

LES TRACES DU DÉBAT SUR LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

par Stéphane BERNATCHEZ*

Le débat en théorie constitutionnelle sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité influence les décisions rendues par la Cour suprême du Canada. D'une part, les juges s'en inspirent pour légitimer leur propre action constitutionnelle sous le régime de la Charte canadienne des droits et libertés. Plusieurs arrêts de la Cour suprême font d'ailleurs état de ce discours d'auto-légitimation. D'autre part, l'incertitude relative à la légitimité du pouvoir judiciaire se traduit par des attitudes de retenue et d'activisme. Ainsi, la politique judiciaire, l'interprétation constitutionnelle et législative, la limitation des droits sous l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés et la détermination des sanctions d'inconstitutionnalité sont déterminées en fonction de ces justifications du contrôle constitutionnel. Les théories de la légitimité peuvent d'ailleurs servir à évaluer les positions prises par les juges dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

Decisions rendered by the Supreme Court of Canada have been influenced by the constitutional theory debate on the legitimacy of judicial review. On the one hand, judges have drawn on it in order to validate their own constitutional actions under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Indeed, many Supreme Court cases have utilized this type of justificatory discourse. On the other hand, uncertainties surrounding the legitimacy of judicial power are manifested by attitudes of restraint and activism. Thus, judicial policy, constitutional and legislative interpretation, the limitation of rights under section one of the Charter and the declaration of constitutional invalidity are determined in light of these justifications of constitutional judicial review. Theories of legitimacy can likewise serve to assess stances taken by judges in this context.

*. Chargé de cours et candidat au doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur remercie, pour leur lecture critique de versions préliminaires de ce texte, les constitutionnalistes Danielle Pinard, François Chevette et José Woehrling. La recherche a été subventionnée par le CRSH.

SOMMAIRE

1.	Les discours d’auto-légitimation de la Cour suprême	171
2.	La politique judiciaire en matière constitutionnelle	193
	<i>L’intérêt pour agir</i>	195
	<i>L’intervention</i>	197
	<i>Le caractère théorique ou hypothétique</i>	200
	<i>La fonction consultative</i>	201
	<i>La preuve constitutionnelle</i>	202
	<i>L’application de la Charte</i>	206
3.	L’interprétation	209
	<i>Approches interprétatives</i>	210
	<i>L’interprétation de certains droits</i>	222
	<i>La théorie de l’imprécision</i>	229
4.	La limitation des droits et libertés	234
	<i>La construction du test de l’article premier et son évolution</i>	234
	<i>Les difficultés internes du test de l’arrêt Oakes</i>	246
	<i>L’abandon du test instrumental de l’arrêt Oakes</i>	251
	<i>L’article premier et le dialogue</i>	257
	<i>La fonction de l’article premier</i>	262
5.	Les sanctions d’inconstitutionnalité	269
	<i>La confusion conceptuelle</i>	272
	<i>Le choix de la sanction, le dialogue et le système juridique</i>	276
	Conclusion	284

«En d'autres termes, le système des catégories dans lequel se pensent aujourd'hui la démocratie et le pouvoir du juge est certainement – en tout cas, ce sera la thèse ici défendue – l'obstacle majeur à une compréhension de la justice constitutionnelle»¹.

Mon hypothèse est double : (1) alors que, dès 1985², le juge Lamer invitait les juges à se débarrasser de tout doute concernant la légitimité de leurs décisions sous la *Charte canadienne des droits et libertés*³ [Charte], cette question continue d'être omniprésente dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada⁴; au surplus, (2) les positions prises par les juges quant à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité peuvent servir à expliquer les décisions rendues par la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême reconnaissait d'ailleurs que l'intervention judiciaire «est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans

-
1. Dominique Rousseau, «Pour une Cour constitutionnelle ?» (2002) 1/2 R.D.P. 363 à la p. 365 [D. Rousseau].
 2. *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 au para. 16 [*Renvoi sur la Motor Vehicle Act*] : «On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité».
 3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [Charte].
 4. C'est aussi l'avis de l'ex-juge Bertha Wilson, première femme nommée à la Cour suprême du Canada en 1982. L'honorable Bertha Wilson, «Constitutional Advocacy» (1992) 24 *Ottawa L. Rev.* 265 aux pp. 269-270 [B. Wilson] : «Although Lamer J. stated in the *Reference Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, that "adjudication under the Charter must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy", in fact the lingering doubts remain». Elle ajoute plus loin : «The doubt about the legitimacy of judicial review persists and finds expression by different members of the Court in different ways -- in terms of a distinction made between law and policy, law being for the courts and policy for governments, or in terms of courts not getting into the wisdom as opposed to the *vires* of the legislation (the pre-*Charter* Laskin concern), or perhaps the most straightforward rationale, namely the concept of the courts owing deference to the legislature as the elected representatives of the people». Ce lien entre la conception qu'a le juge de son rôle et les résultats judiciaires a déjà été souligné, concernant l'interprétation juridique, par Chaïm Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979 au n° 96 à la p. 175 : «Selon qu'il accorde plus ou moins d'importance au principe de la séparation des pouvoirs, et selon la manière dont il conçoit l'autonomie du pouvoir judiciaire, malgré le primat accordé au pouvoir législatif, le juge se croira obligé, du moins formellement, de se conformer strictement à la lettre de la loi, ou à la volonté du législateur qui l'a votée, ou, en s'avisant que tout le droit n'est pas dans la loi, il reconnaîtra que son rôle est de concilier le droit avec l'équité».

notre système constitutionnel»⁵. En rendant ses décisions, la Cour suprême cherche notamment à assurer sa propre légitimité⁶.

En ce sens, le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'a pas qu'un intérêt académique ou théorique, il se manifeste également dans les contrôles judiciaires de constitutionnalité, justifiant même les résultats de nombreuses décisions. Déjà en 1952, Eugene Rostow faisait ce même constat à propos de la Cour suprême des États-Unis, lorsqu'il soutenait que l'incertitude quant au caractère démocratique du contrôle judiciaire est un facteur déterminant de la décision :

The idea that judicial review is undemocratic is not an academic issue of political philosophy. Like most abstraction, it has far-reaching practical consequences. I suspect that for some judges it is the mainspring of decision, inducing them in many cases to uphold legislative and executive action which would otherwise have been condemned. Particularly in multiple opinions of recent years, the Supreme Court's self-searching often boils down to a debate within the bosoms of the Justices over the appropriateness of judicial review itself.⁷

Souvent, la différence entre un jugement concluant que la norme contestée est compatible avec la *Charte* et un autre qui en déclare l'inconstitutionnalité, ou entre le jugement majoritaire et l'opinion minoritaire, dépend largement du choix entre la déférence à l'égard du législateur et un certain activisme judiciaire. Voilà la thèse que je veux soutenir ici en montrant comment les résultats du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous le régime de la *Charte* demeurent dépendants des représentations qu'entretiennent les juges quant à la légitimité de leur action constitutionnelle. Cette argumentation ne peut se faire ici qu'à partir d'une analyse du discours judiciaire et, plus particulièrement, de celui de la Cour suprême du Canada.

5. [1998] 2 R.C.S. 217 au para. 98.

6. Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997; Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002. Dans ses analyses de la jurisprudence relative aux droits des minorités, Andrée Lajoie a montré que la légitimité judiciaire était liée à l'adhésion aux valeurs dominantes de la société.

7. Eugene V. Rostow, «The Democratic Character of Judicial Review» (1952) 66 Harv. L. Rev. 193 à la p. 194 [E. V. Rostow].

Ces représentations trouvent leurs fondements dans des conceptions du droit, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie que l'on peut associer aux différentes théories du droit. Par exemple, plusieurs tenants de la retenue judiciaire s'inscrivent dans une perspective que l'on peut associer au positivisme juridique. En vertu de ce paradigme juridique hérité de la modernité politique, la légitimité démocratique se conceptualise selon le modèle de la démocratie représentative et de la rationalité formelle⁸. En conséquence, le sort de la norme juridique sous examen dépend directement des considérations sur le pouvoir judiciaire et ses limites dans une démocratie qui accorde la priorité au suffrage universel, à la règle de la majorité et à la représentation. Selon cette conception élémentaire de la démocratie, les juges doivent respecter les décisions des élus et s'abstenir de leur substituer leurs propres préférences, opinions ou valeurs. À l'inverse, les partisans de l'activisme judiciaire soutiennent que les individus ont des droits moraux qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre des lois ou décisions prises par la majorité. En construisant l'interprétation des garanties constitutionnelles, les tribunaux doivent définir les droits et les principes juridiques qui les sous-tendent, ce qui les amène à formuler de nouvelles normes juridiques, et à élaborer les moyens nécessaires pour leur mise en œuvre.

Sous le régime de la *Charte*, l'on retrouve des traces du questionnement «existentiel» des juges dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, et ce, en dépit du fait que la Cour suprême ait tenté de dissiper le malaise antidémocratique des juges. La présence du doute antidémocratique dans les jugements découlerait du fait que «la Cour suprême est incapable de justifier convenablement, au plan théorique, ses pouvoirs constitutionnels puisqu'elle demeure sensible, à tort, à cette vision dogmatique de la démocratie»⁹ : «[...] la Cour suprême n'a pu résoudre elle-même les contradictions qui entravent sa démarche. D'une part, elle semble reconnaître le bien-fondé, voire le caractère incontournable, du paradigme démocratique élémentaire (principe de retenue judiciaire). D'autre part, pourtant, elle semble s'arroger des pouvoirs qui

-
8. Michel Coutu, «Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle» (2004) 56-57 *Droit et Société* 233 [M. Coutu].
 9. Karim Benyekhlef, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1993) 38 R.D. McGill 91 à la p. 100 [K. Benyekhlef].

contredisent, voire nient, le paradigme démocratique élémentaire. Il y a antinomie dans l'action»¹⁰.

Parce qu'elle adopte à la fois des approches de retenue et d'activisme judiciaires, la jurisprudence de la Cour suprême se trouve non seulement à refléter cet imbroglio sur la légitimité de la justice constitutionnelle, mais aussi elle y contribue et l'alimente directement. En effet, tandis qu'elle énonce que les juges doivent être convaincus de la légitimité de leur action constitutionnelle, la Cour continue par ailleurs de tergiverser en faisant valoir l'argument antidémocratique selon lequel le contrôle judiciaire du pouvoir législatif serait contraire à la nature des institutions démocratiques canadiennes.

Les tableaux où se joue le débat sur la légitimité du juge constitutionnel canadien correspondent aux principaux aspects de la *Charte* dont la Cour suprême eut à décider jusqu'à maintenant. Les quatre grandes questions qui ont marqué la jurisprudence de la Cour soulèvent toutes, à leur manière, le rapport que le pouvoir judiciaire entretient avec les pouvoirs constituant, législatif et exécutif :

C'est ainsi que [la Cour suprême] s'attacha tout d'abord à fournir des indications sur l'approche interprétative (large, généreuse et progressiste) qu'il convient que les tribunaux adoptent. Elle dut par la suite assez rapidement définir les paramètres d'application de l'article premier de la *Charte*, ce qui constituait probablement le principal défi d'une première phase interprétative; elle élaborà à cette occasion un *test* comportant différents volets, ce qui permit par la suite de structurer la discussion et de faciliter l'application de cet article. La Cour eut par ailleurs rapidement à se prononcer sur la difficile question du domaine d'application de la *Charte* ainsi que, plus récemment, sur l'étendue des remèdes disponibles à l'encontre des lois fautives.¹¹

10. *Ibid.* aux pp. 99-100.

11. Jacques Frémont, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation» dans *Droit contemporain 1994, Canadian National Report, XIV^e Congrès international de droit comparé, Athènes, août 1994, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995, 644 à la p. 663* [J. Frémont].

Le présent texte entend donc examiner ces différents éléments, en plus d'en ajouter quelques-uns reliés à des questions de procédure et de preuve, en proposant pour chacun d'eux une critique analytique fondée sur la pratique du droit constitutionnel au Canada, une approche qui se concentre principalement sur l'analyse du discours, de l'argumentation et du raisonnement se manifestant dans la jurisprudence de la Cour suprême. Le présent article veut montrer la prégnance du doute concernant la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité dans la jurisprudence de la Cour suprême sous le régime de la *Charte*. Mais d'abord, il s'agit de faire état des discours de la Cour suprême relativement à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

1. Les discours d'auto-légitimation de la Cour suprême

Lorsqu'elle aborde directement la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, la Cour suprême, dans sa rhétorique d'auto-légitimation, fournit elle-même la première trace du débat. La réflexion que mènent les juges quant à leur légitimité démocratique, c'est-à-dire quant aux limites légitimes de leur action constitutionnelle, fait partie intégrante du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Jusqu'à présent, la Cour suprême a tenté de légitimer son rôle constitutionnel en avançant plusieurs arguments, résumés comme suit par le juge Iacobucci dans la célèbre affaire *Vriend c. Alberta* [*Vriend*] :

De fait, il se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu'on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la Charte permet aux tribunaux d'usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s'est passé et de ce que l'on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la Charte en 1981-1982.

131 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 pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu'aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n'étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l'article premier, ainsi que je l'ai

déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l'importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 Va. L. Rev. 771).

132 Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la Charte, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

133 Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalider des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d'une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l'exprime éloquemment dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple» (p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmier les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2).

134 Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la Charte et, par suite, de donner aux tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

135 Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour

l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la Charte et l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

136 Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

137 Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la Charte énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la Charte, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation -- l'art. 33 -- a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75).

138 À mon avis, la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, loc. cit.). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de

nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, loc. cit., à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

139 La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la Charte pour les soustraire à la Charte). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

140 Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt Oakes, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

141 Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, précité, le juge La Forest).

142 Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la Charte et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à

intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la Charte (voir W. Black, «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 Forum constitutionnel 126; D. M. Beatty, «Law and Politics» (1996), 44 Am. J. Comp. L. 131, à la p. 149; M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 Osgoode Hall L.J. 661).¹²

Parmi ces justifications, certaines ont été plus dominantes dans le discours de la Cour suprême : 1) le nouveau pouvoir des juges résulte en fait de la décision des élus, 2) le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet de renforcer le processus démocratique, 3) le contrôle judiciaire de constitutionnalité sert à promouvoir un idéal moral (i.e. les valeurs libérales) et 4) ce contrôle permet d'instaurer un dialogue entre les tribunaux et les législateurs. Je vais examiner brièvement ces arguments, en notant que la persistance de ces considérations dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada constitue déjà une première manifestation de l'incertitude entourant le caractère démocratique des juges du plus haut tribunal lorsqu'ils interviennent dans les questions relatives aux droits et libertés.

1) La Cour a d'abord affirmé que le nouveau pouvoir des juges découlait d'une décision des élus d'enchâsser la *Charte* dans la Constitution canadienne. Cette référence à la décision historique des élus ne doit pas faire oublier cependant, «le fait que la Cour suprême elle-même a joué un rôle très important dans le processus de rapatriement de la Constitution, rôle qui a légitimé l'enchâssement de la Charte»¹³. Néanmoins, les juges ont souvent mentionné qu'ils avaient en quelque sorte hérité de la *Charte* et de la tâche de l'appliquer. En effet, le juge Lamer a écrit dans le *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act* :

12. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 au para. 130 [*Vriend*].

13. Marc Gold, «La rhétorique des droits constitutionnels» (1988) 1 R.J.T. 1 à la p. 15 [M. Gold]. Voir *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 [*Re : opposition*]; voir également le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.¹⁴

Commentant ce renvoi, Luc B. Tremblay est d'avis que celui-ci doit être interprété comme signifiant qu'il faut rejeter le paradigme démocratique élémentaire pour jauger la légitimité de la justice constitutionnelle: «[S]i cette interprétation est la bonne, il faut comprendre que la Cour suprême nous invite à reconnaître que la théorie “majoritaire” a été abandonnée une fois pour toute et donc, à se doter d'une autre théorie métaconstitutionnelle. Ainsi, toute argumentation, toute critique au sujet de la légitimité des décisions constitutionnelles fondée uniquement sur la théorie démocratique “majoritaire” sera désormais suspecte»¹⁵.

S'il peut paraître paradoxal que l'argument, que l'on peut qualifier d'argument historique ou originaliste, se réfère au principe de la démocratie représentative pour justifier le contrôle judiciaire dont l'effet est précisément de

14. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, supra note 2 au para. 15. Voir aussi Bertha Wilson, «We didn't Volunteer» (1999) avril Options politiques 8. Dans l'affaire *Vriend*, supra note 12 aux para. 132, 134, la Cour suprême a même suggéré que c'était là la décision du peuple canadien (para. 132 et 134) : «Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la Charte, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles. [...] Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la Charte et, par suite, de donner au tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime».

15. Luc B. Tremblay, «Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act, (C.B.)» (1987) 18 R.D.U.S. 140 à la p. 177 [L. B. Tremblay].

remettre en question les décisions des élus¹⁶, l'on notera au surplus que le souhait formulé s'est avéré vain. En effet, depuis ce renvoi, les juges ne se sont pas libérés de tout doute quant à leur légitimité et cette situation explique plusieurs choix judiciaires. Pour le démontrer, je vais tenter plus loin d'en retrouver les multiples et fréquentes traces dans les raisonnements judiciaires des juges de la Cour suprême du Canada sous le régime de la *Charte*.

De plus, dans ce même *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la position adoptée par la Cour suprême, selon laquelle les juges doivent se libérer de tout doute quant à leur légitimité démocratique, est fortement limitée par une autre affirmation qui fait réapparaître le paradigme démocratique élémentaire¹⁷. Le juge Lamer y écrit en effet ceci: «Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution»¹⁸. Ainsi, l'action du juge constitutionnel serait légitime en autant qu'elle manifeste une attitude de retenue judiciaire :

Selon cette doctrine, il ne revient pas au pouvoir judiciaire de se prononcer sur l'à-propos d'une loi : la décision d'adopter telle ou telle mesure législative relève de la stricte compétence du législateur. On parle alors du principe de retenue (ou de déférence) judiciaire. [...] Le principe de retenue judiciaire découle directement de celui de la suprématie du Parlement, principe primordial en droit constitutionnel canadien.¹⁹

Aux États-Unis, cette approche de déférence constitue d'ailleurs l'une des techniques de légitimation servant à réconcilier le contrôle judiciaire de

16. La Cour a par ailleurs affirmé que le principe majoritaire n'équivaut pas au principe démocratique. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 au para. 140 : «[u]n autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière». Voir aussi le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 5 au para. 76.

17. Voir K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 96.

18. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 à la p. 496.

19. K. Benyekhlef, *supra* note 9 aux pp. 96-97.

constitutionnalité et la démocratie²⁰, ce qui peut, par ailleurs, paraître contraire au constitutionnalisme américain qui fonde la limitation du pouvoir sur un système de poids et contrepoids entre les différentes institutions gouvernementales plutôt que sur l'autolimitation de chacune d'elles²¹. L'approche de déférence a eu une influence importante dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada puisque celle-ci a souvent fait preuve de retenue judiciaire dans son contrôle constitutionnel, notamment sous l'article premier de la *Charte* lors de l'assouplissement du critère de l'atteinte minimale (cette question sera abordée plus loin). Pourtant, la distinction sur laquelle s'appuie cette approche de retenue judiciaire s'avère elle-même problématique. En effet, la distinction entre la sagesse, ou l'opportunité, et la constitutionnalité des décisions du législateur ne serait qu'un «trompe-l'oeil» puisqu'en déterminant si un objectif législatif est suffisamment important ou non, le tribunal doit nécessairement se prononcer sur l'à-propos ou le bien-fondé de la politique législative²².

Même si certains auteurs prétendent que cette distinction entre l'opportunité politique et le contrôle judiciaire est, quoique critiquable, nécessaire pour maintenir la légitimité du contrôle judiciaire²³, il paraît difficile

-
20. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962; Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980. Cette approche se retrouve également dans les théories originalistes: Raoul Berger, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation» (1988) 73 *Cornell Law Review* 350; Robert H. Bork, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems» (1971) 47 *Ind. L. J.* 1.
21. John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1984. Dans une lettre adressée à James Madison, le 15 mars 1789, afin de convaincre ce dernier de la nécessité d'ajouter une déclaration des droits dans la constitution américaine, Thomas Jefferson esquissait déjà une conception du contrôle judiciaire fondée sur ce système de contrepoids: «[i]n the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning, and integrity»: voir R.B. Bernstein, *Thomas Jefferson*, Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pp. 71-75.
22. K. Benyekhlef, *supra*, note 9 à la p. 98.
23. Mark Gold, *supra* note 13 à la p. 18. Gold explique comme suit cette position: «À notre avis, la Cour remet en question la sagesse d'un texte législatif chaque fois qu'il y a un contrôle judiciaire. Elle n'a pas le choix; cela fait partie intégrante de la tâche d'interprétation de la Charte. [...] Si l'on admettait qu'il n'y a pas de grandes différences entre les fonctions des juges et celles des législateurs, comment justifier alors le contrôle judiciaire dans une société

d'adhérer aux théories du contrôle de constitutionnalité qui ont cherché à justifier la légitimité du pouvoir judiciaire en suggérant que les juges doivent s'abstenir de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois. Une telle approche risquerait de réintroduire la conception paradigmatique de la démocratie qui a servi à condamner le contrôle judiciaire de constitutionnalité: lorsqu'elle justifie l'action légitime du juge constitutionnel en la soumettant à la primauté du pouvoir législatif, la théorie constitutionnelle se bute alors à un obstacle épistémologique²⁴.

2) La Cour suprême a avancé une seconde justification de son contrôle constitutionnel en présentant celui-ci comme un renforcement du processus démocratique. Dans l'affaire *R. c. Holmes*, on affirme en effet que le contrôle judiciaire permet la participation démocratique des groupes ou individus traditionnellement exclus du processus politique :

L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation.²⁵

Dans cet extrait, le juge Dickson exprime toutefois deux points de vue contradictoires. Il laisse d'abord subsister la possibilité d'une référence au paradigme démocratique élémentaire alors que l'on pouvait conclure, à la suite du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, que cette théorie majoritaire de la démocratie avait été abandonnée²⁶. Par la suite, il prône la thèse du renforcement de la démocratie qui est en fait issue de la théorie processualiste de John Ely²⁷.

démocratique? Il faut insister sur une différence entre le raisonnement judiciaire et le raisonnement politique pour bien légitimer le pouvoir des juges dans la société contemporaine».

24. K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 112.

25. *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914 aux pp. 931-932 (j. Dickson).

26. L.B. Tremblay, *supra* note 15.

27. John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

Selon cette théorie, reprise dans le débat canadien par Patrick Monahan²⁸ et H.S. Fairley²⁹, le contrôle judiciaire de constitutionnalité sert à renforcer le processus démocratique en permettant à des minorités («discrètes et isolées») qui sont exclues du pouvoir politique traditionnel de faire valoir leur point de vue. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs référé à cette théorie d'Ely, élaborée à partir d'une décision de la Cour suprême des États-Unis³⁰, dans son interprétation tant attendue de l'article 15 de la *Charte*. En effet, dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia* [Andrews], le juge McIntyre écrit d'une part :

Ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple, pour reprendre l'expression de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4, confirmé par la suite dans l'arrêt *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), à la p. 372, d'une [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15.³¹

et, d'autre part, la juge Wilson écrit :

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais ajouter quelques mots à ce que mon collègue a dit au sujet des résidents permanents qui n'ont pas la citoyenneté canadienne et qui forment le genre de [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» dont parle la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4.

Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] «ces groupes de la société dont les besoins et les

-
28. Patrick Monahan, *Politics and the Constitution : the Charter, federalism, and the Supreme Court of Canada*, Agincourt (Ont.), Carswell, 1987.
29. H.S. Fairley, «Enforcing the Charter : Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review» (1982) 4 *Supreme Court L. R.* 217.
30. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).
31. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 au para. 49.

aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus»: voir J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 151.³²

De même, dans l'affaire *Vriend*, au moment de justifier l'interprétation large comme mesure de réparation constitutionnelle, le juge Iacobucci s'appuie sur cette conception d'Ely :

À mon avis, le processus par lequel la législature de l'Alberta a décidé d'exclure l'orientation sexuelle de l'IRPA n'était pas conforme aux principes démocratiques. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'IRPA procédait d'un choix législatif conscient et délibéré. Bien que le juge McClung invoque ce fait pour justifier la non-intervention des tribunaux, plusieurs auteurs arrivent à la conclusion contraire dans les théories relatives à la révision judiciaire qu'ils ont élaborées (voir, par exemple, Black, loc. cit., J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, «A Theory of Judicial Review Under the Charter», dans *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), aux pp. 97 à 138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)).

Je le répète, la notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, loc. cit; Jackman, loc. cit., à la p. 680).³³

Aux États-Unis, cette théorie processualiste de John Ely a reçu de sévères critiques de la part de philosophes du droit et constitutionnalistes

32. *Ibid.* au para. 4-5.

33. *Vriend*, *supra* note 12 au para. 174-176.

réputés³⁴. Ronald Dworkin, notamment, conçoit plutôt le contrôle judiciaire comme la possibilité d'affirmer les valeurs fondamentales de la démocratie libérale. Au Canada, Peter Hogg a également critiqué cette approche procédurale³⁵. Ces critiques ont fait valoir que les droits et libertés protégés n'avaient pas seulement une valeur procédurale, par exemple la liberté de circulation ou la liberté de religion ne servant pas à compléter le processus politique. Au surplus, les droits et libertés ne sont pas exclusivement invoqués par les individus ou groupes défavorisés dans le processus politique normal («les minorités discrètes et isolées»), comme en fait foi l'usage de la liberté d'expression commerciale par les personnes morales, notamment les fabricants de cigarettes³⁶. Aussi, à cette conception procédurale développée par Ely, d'aucuns ont préféré une conception substantielle, voire morale.

3) Parmi les justifications du contrôle judiciaire de constitutionnalité mentionnées par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vriend*, se trouve justement la référence à un idéal moral : «Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière»³⁷. Cette position se rapproche de l'une des approches importantes dans la théorie constitutionnelle, soit celle défendue notamment par le philosophe du droit Ronald Dworkin.

Selon ce dernier, «[l]a révision judiciaire garantit que les questions de fond, dans le domaine de la morale politique, seront finalement exposées et débattues comme des questions de principe et non comme des questions aux enjeux exclusivement politiques; or, cette transformation ne peut être menée intégralement à bien dans un cadre législatif»³⁸. Ces principes moraux, il appartient aux juges de les expliciter. En ce sens, la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité ne peut se fonder, comme le pense Ely, sur la

34. Voir notamment : Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 (chap. 2: *The Forum of Principle*); Laurence H. Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories» (1980) 89 Yale L. J. 1063.

35. Peter W. Hogg, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» (1987) 25 Osgoode Hall L. J. 87.

36. *RJR-Macdonald c. Canada (P. G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

37. *Vriend*, *supra* note 12 au para. 140.

38. Ronald Dworkin, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996 aux pp. 94-95.

protection des procédures de la démocratie. Suggérant une lecture morale des droits que l'on peut qualifier d'égalitariste³⁹, Dworkin prétend que, même si les juges émettent des jugements de valeurs, cela ne leur confère pas un trop grand pouvoir discrétionnaire. Selon Dworkin, c'est au contraire en se fondant à la morale politique que le jugement juridique peut prétendre à une certaine objectivité; sinon, il serait impossible de prétendre qu'une thèse soit meilleure qu'une autre et seul le relativisme pourrait régner.

De manière générale, cette approche morale reçoit un accueil plutôt favorable tant dans la théorie constitutionnelle⁴⁰ que dans la pratique judiciaire. Selon la perspective morale du contrôle judiciaire de constitutionnalité, «le pouvoir judiciaire a désormais le mandat exprès de sanctionner les valeurs fondamentales enchâssées à l'encontre des lois votées par le parlement et les législatures»⁴¹. Les tribunaux devraient alors chercher à atteindre un «équilibre entre les valeurs libérales fondamentales et les valeurs démocratiques»⁴². Cela équivaldrait toutefois à reconnaître une dichotomie entre les libertés et la démocratie, selon laquelle les premières s'opposent à la volonté démocratique des élus, maintenant en place l'obstacle épistémologique qu'est le paradigme démocratique élémentaire⁴³. Néanmoins, la Cour suprême a affirmé la priorité de telles valeurs sur les décisions politiques et législatives afin de légitimer son action constitutionnelle.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, le juge en chef Dickson adopte une conception morale du contrôle judiciaire lorsqu'il écrit que :

39. Voir notamment : Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, Ronald Dworkin, *Freedom's Law : Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Sur cette approche, voir Luc Bégin, «L'impartialité des juges et la lecture morale des droits» (1997) 38 C. de D. 417.

40. Voir notamment : Luc B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459; Luc B. Tremblay, «Le Canada de la *Charte*: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste?» (1995) 40 R. D. McGill 487; L Bégin, *id.*; Luc Bégin, «Le juge en tant que tiers impartial» dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, dir., *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, 67.

41. L.B. Tremblay, *supra* note 15 à la p. 243.

42. *Ibid.*

43. Voir l'explication de K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 112.

[I]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer⁴⁴.

De plus, dans ses commentaires sur «la façon générale d'aborder l'article premier» émis à l'occasion de l'affaire *R. c. Keegstra*, le juge en chef Dickson explique que la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit promouvoir ces valeurs sous-tendant la *Charte*⁴⁵. De même, dans l'arrêt *R. c. Butler*, le juge Gonthier reconnaît que le contrôle judiciaire de constitutionnalité peut veiller à la défense d'un certain ordre moral :

En fait, le problème n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la Charte, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel. Ce ne sont pas toutes les demandes fondées sur la moralité qui justifieront la suppression de droits garantis par la Charte. Comme l'a écrit R. Dworkin dans le chapitre de *Taking Rights Seriously* (1977), intitulé «Liberty and Moralism», à la p. 255:

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et

44. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 64.

45. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 au para. 734-738

positions et penser à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Cette tâche que Dworkin attribue au Parlement incombe également à notre Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la Charte. Il existe ici deux dimensions importantes qui nous permettent d'établir une distinction entre la moralité au sens général et les «conceptions fondamentales de la moralité».⁴⁶

La Cour suprême considère que l'État peut restreindre un droit en se fondant «sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique»⁴⁷. La Cour accepte l'idée que «la désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la Charte»⁴⁸. Une telle conception du droit fondé sur la moralité a été reprise récemment dans les affaires *R. c. Malmo-Levine* et *R. c. Caine*⁴⁹ relatives à la criminalisation de la simple possession de marijuana.

Selon Luc Bégin, en empruntant cette direction, «la Cour ouvre la porte [...] à un travestissement téléologique des droits. Ces derniers, transformés en biens ou en valeurs, sont appelés à être hiérarchisés dans chaque situation de «désapprobation morale» en fonction des biens ou des fins qu'ils sont présumés viser. Or, si tel est le cas, à partir du moment où les droits sont des valeurs parmi d'autres valeurs on ne voit plus très bien quels peuvent être les critères rationnels permettant de lever suffisamment le doute quant à l'arbitraire ou l'irrationalité des hiérarchies ponctuellement établies.» Et Bégin conclut :

Par la méconnaissance de la distinction entre normes et valeurs, l'intervention des juges dans la définition de notre éthique collective risquerait soit de donner prise à une accusation d'interventionnisme indu – car inadéquatement justifiée –, soit de se faire frileuse au point de ne servir que les intérêts de légitimation du législateur dans ses interventions dans les questions de moralité, ce qui n'est guère

46. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 au para. 155.

47. *Ibid.* au para. 80.

48. *Ibid.*

49. *R. c. Malmo-Levine* et *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

préférable. Pour le dire autrement, soit les juges participeraient à une intervention «préférentielle» dans les questions de moralité, soit ils légitimeraient une telle intervention. Serait négligé dans l'un et l'autre cas le rôle qui devrait être celui des juges dans une démocratie pluraliste où les droits fondamentaux inscrivent le droit et sa légitimation dans un horizon de moralité de type principiel, ce rôle devant être celui de gardien des normes dans le respect desquelles les valeurs multiples peuvent s'exprimer.⁵⁰

Cette jurisprudence des valeurs⁵¹ se heurte au pluralisme axiologique et à l'impossibilité d'établir un consensus quant à l'idée du bien⁵² : cette problématique contemporaine du pluralisme axiologique ne reçoit pas une réponse satisfaisante de la part du libéralisme politique, malgré les célèbres efforts des penseurs libéraux tels Rawls, Nagel et Larmore⁵³. C'est pourquoi d'aucuns y ont substitué une approche démocratique, fondée sur une conception

-
50. Luc Bégin, «L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective» dans Georges Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault, dir., *Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées*, Sherbrooke, G.G.C., 1999, 220 aux pp. 237-238 [L. Bégin].
51. Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, «L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité» (2003) numéro spécial R. du B. 237 aux pp. 247-248 : «Par jurisprudence des valeurs, nous entendons toute méthode d'interprétation fondée sur une éthique constitutionnelle de la conviction, qui affirme d'emblée la prééminence de valeurs ou de principes fondamentaux et tend à établir une hiérarchie des valeurs constitutionnelles devant guider l'interprète dans son travail d'énonciation et d'application des normes fondamentales. À la différence de la jurisprudence formelle, la jurisprudence des valeurs rejette la neutralité axiologique, elle recherche la cohérence sur un plan matériel, d'ordre éthique, et non d'un point de vue purement formel. [...]»
52. Daniel Weinstock, «Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine» dans Lukas K. Sosoë, dir., *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, 2002, 67. À la page 68, Daniel Weinstock écrit : «Le problème du pluralisme axiologique naît du fait qu'il existe au sein des sociétés modernes une importante variété d'ensembles de croyances et de conceptions du bien raisonnables, et qu'une théorie de la justice espérant pouvoir se justifier aux yeux des adhérents de ces différentes conceptions ne saurait puiser sa justification dans les ressources conceptuelles de l'une d'entre elles. Le problème du pluralisme culturel émerge de la difficulté de faire coexister à l'intérieur d'un même espace politique des groupes culturels dont les membres sont soucieux de préserver leur identité culturelle mais qui perçoivent, à tort ou à raison, leur survie culturelle comme étant en conflit avec celle d'autres groupes avec lesquels ils ont à partager le même espace politique».
53. *Ibid.*; voir aussi Daniel Weinstock, «Démocratie et délibération» (2000) 63 Archives de Philosophie 405 [D. Weinstock, «Démocratie et délibération»].

de la politique délibérative inspirée des travaux de Jürgen Habermas⁵⁴. Même si celle-ci semble également se heurter au pluralisme⁵⁵, c'est néanmoins une des avenues prises par la Cour suprême dans sa jurisprudence récente, comme je vais le montrer à l'instant.

4) L'idée qui semble de plus en plus recevoir l'approbation de la Cour suprême consiste à soutenir que les juges constitutionnels participent à un dialogue avec le législateur. Ce concept trouve ses fondements dans les théories de la démocratie délibérative. Celles-ci estiment que le rôle du pouvoir judiciaire se justifie dans la mesure où il contribue à la délibération démocratique⁵⁶. Cette idée de dialogue comme justification du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'est pas nouvelle, comme en fait foi la théorie constitutionnelle américaine. Abram Chayes, notamment, écrivait ce qui suit :

And judicial participation is not by way of sweeping and immutable statements of *the* law, but in the form of a continuous and rather tentative dialogue with other political elements – Congress and the executive, administrative agencies, the profession and the academics, the press and wider publics. [...] In such a setting, the ability of a judicial pronouncement to sustain itself in the dialogue and the power of judicial action to generate assent over the long haul become the ultimate touchstones of legitimacy.⁵⁷

54. Voir notamment Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

55. D. Weinstock, «Démocratie et délibération», *supra* note 53.

56. Frank I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government» (1986) 100 Harv. L. Rev. 4 à la p. 34; Cass R. Sunstein, *One Case at a Time : Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review» (1993) 91 Mich. L. Rev. 577; K. Benyekhlef, *supra* note 9; J. Frémont, *supra* note 11; Mark Van Hoecke, «Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation» (2001) 14 Ratio Juris 415; Luc Tremblay, «Deliberative Democracy and Liberal Rights» (2001) 14 Ratio Juris 424; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 [K. Roach].

57. Abram Chayes, «The Role of The Judge in Public Law Litigation» (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281 à la p. 1316 [A. Chayes]. Voir aussi E.V. Rostow, *supra* note 7 à la p. 208: «The process of forming public opinion in the United States is a continuous one with many participants – Congress, the President, the press, political parties, scholars, pressure groups, and so on. The discussion of problems and the declaration of broad principles by the Courts is a vital element in the community experience through which American policy is made. The Supreme Court is, among other things, an educational body, and the Justices are inevitably teachers in a vital

Dans le débat théorique canadien, l'idée de dialogue est principalement conçue en termes de relations dialogiques entre les pouvoirs législatif et judiciaire. La formulation la plus connue en théorie constitutionnelle canadienne est certes celle de Peter Hogg et Allison Bushell/Thornton : «Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent body as a dialogue»⁵⁸. En analysant les réponses du législateur aux décisions judiciaires, les tenants de l'approche du dialogue ont montré que les réformes législatives poursuivaient les délibérations entreprises devant les tribunaux⁵⁹.

La discussion de cette approche s'est également poursuivie dans la théorie et la doctrine constitutionnelles⁶⁰. Dans son appréciation de cette métaphore du dialogue, Jean Leclair prétend que «le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême est difficilement conciliable avec la nécessaire séparation qui doit exister entre les pouvoirs judiciaire et législatif»⁶¹. À l'encontre de cette thèse légitimante, certains auteurs ont fait valoir que le dialogue est en réalité un monologue des tribunaux, dans la mesure où les décisions de la Cour suprême, qui reconnaissent l'existence de droits constitutionnels dans un contexte où les législateurs hésitent à recourir à la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte*, s'imposent aux législateurs⁶². On

national seminar.»

L'idée de dialogue entre le législateur et la Cour suprême dans le contexte de l'interprétation juridique a également été invoquée par Chaïm Perelman (*supra* note 4 à la p. 152).

58. Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such Bad Thing After All)» (1997) 35 Osgoode Hall L. J. 75 à la p. 79. Voir aussi Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"» (1999) 37 Osgoode Hall L. J. 529; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2003 à la p. 33-11 et s. [P. Hogg, *Constitutional Law*].

59. À titre d'exemple de décisions judiciaires ayant donné suite à des modifications législatives : *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

60. Voir notamment K. Roach, *supra* note 56.

61. Jean Leclair, «Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien» (2003) R. du B. (Numéro spécial du XXe anniversaire de la Charte) 377 à la p. 382 [J. Leclair]. Dans le même sens : Frederick C. De Coste, «The Separation of State Powers in Liberal Polity : *Vriend v. Alberta*» (1999) 44 McGill L.J. 231. Cette position se fonde sur une conception classique de la séparation des pouvoirs, formulée en termes d'opposition entre les pouvoirs plutôt que de collaboration.

62. F.L. Morton, «Dialogue or monologue?» (1999) Options politiques 23 [F.L. Morton].

considère que les réponses législatives aux décisions judiciaires, qui consistent souvent à adopter la solution proposée par la Cour, sont en fait du «Charter ventriloquism»⁶³. C'est l'idée d'obéissance, plutôt que celle de dialogue, qui est ici invoquée pour décrire la situation⁶⁴. Selon cette critique, il existerait ainsi une hiérarchie entre les tribunaux et les assemblées législatives, en faveur des premiers.

L'on pourrait se demander, au surplus, si la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité doit dépendre d'une éventuelle activité postérieure du législateur. Cependant, comprise dans sa dimension institutionnelle, la métaphore du dialogue peut-elle devenir une description systémique de la séparation des pouvoirs susceptible d'assurer une légitimation procédurale du contrôle de constitutionnalité? Quoi qu'il en soit, cette idée a été reprise et accréditée par la Cour suprême comme légitimation du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Par exemple, dans l'affaire *Vriend*, le juge Iacobucci écrit :

À mon avis, la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, loc. cit.). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, loc. cit., à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la Charte pour les soustraire à la Charte). Ce dialogue

63. Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, «Six degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell» (1999) 37 Osgoode Hall L. J. 515 à la p. 521.

64. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 391. F.L. Morton, *supra* note 62 à la p. 23 : «Obeying orders is not exactly what most of us consider dialogue».

et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.⁶⁵

Plusieurs arrêts de la Cour suprême ont depuis référé à cette métaphore du dialogue en guise d'idée légitimante⁶⁶. Comme l'a montré le professeur Leclair, telle qu'utilisée par la Cour suprême, la métaphore du dialogue, paradoxalement, «sert à justifier autant l'activisme judiciaire que son contraire»⁶⁷. En guise d'exemple d'activisme judiciaire, l'on peut citer l'affaire *Vriend*, alors que la Cour suprême a développé cette idée normative du dialogue. Après avoir insisté sur les rapports dialogiques entre les pouvoirs législatif et judiciaire, la Cour suprême, à la majorité, adopte cependant une solution, l'interprétation large, qui serait moins conforme à l'idée de dialogue que celle proposée par le juge Major, dissident, et consistant à suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre au législateur de corriger lui-même la loi⁶⁸.

À l'inverse, la Cour suprême a aussi invoqué le dialogue pour justifier la déférence à l'égard du législateur. Parmi les exemples de retenue judiciaire, l'un des cas les plus discutables est sans doute l'affaire *R. c. Mills* [*Mills*]. Alors qu'elle avait invalidé l'ancienne procédure dans l'affaire *R. c. O'Connor*⁶⁹ [*O'Connor*], la Cour suprême devait examiner les nouvelles dispositions du *Code criminel*⁷⁰ relatives à la communication des dossiers confidentiels des victimes dans les infractions d'ordre sexuel. Tandis que la Cour justifie, dans l'arrêt *Mills*, sa décision (de reconnaître valides les dispositions législatives) en

65. *Vriend supra* note 12 aux para. 138-139.

66. Voir notamment *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Bell Express Vu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 5 aux para. 74-78.

67. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 382.

68. *Ibid.* à la p. 405. Comme je l'ai déjà indiqué, le choix de l'interprétation large semble se justifier davantage, en l'espèce, par la théorie procédurale du renforcement de la démocratie que par la théorie du dialogue.

69. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

70. L.R.C. 1985, c. C-46.

invoquant le dialogue entre elle et le Parlement fédéral⁷¹, des auteurs ont montré que la nouvelle législation reprenait l'opinion dissidente exprimée dans l'affaire *O'Connor*⁷². Selon Jean Leclair :

Mills constituait donc l'exemple paradigmatique d'une situation où la Cour aurait dû exiger de l'assemblée législative qu'elle invoque l'article 33 de la *Charte*. À l'inverse, si la Cour entendait reconnaître la validité de la loi, il lui aurait fallu renverser sa précédente décision. Bien sûr, cette dernière solution risquait de la faire mal paraître. La Cour a donc choisi une troisième avenue. Elle a invoqué la métaphore du dialogue de manière à justifier sa décision de confirmer la validité de la loi sur la base d'une supposée coopération institutionnelle.⁷³

Le rôle délibératif du contrôle judiciaire risque d'être sérieusement compromis lorsque les juges adoptent des attitudes déférentes ou interventionnistes. En effet, la retenue judiciaire équivaut à refuser la discussion et diminue la rationalité du processus d'élaboration des normes juridiques :

When courts defer rather than scrutinize, the role of constitutional dialogue is seriously diminished. Government officials may no longer need to explain or to justify their actions in political-moral terms. At

-
71. *R. c. Mills*, *supra* note 66 au para. 58 : «Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés; le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables. Il importe particulièrement de reconnaître ce fait dans le contexte de la violence sexuelle. La façon dont notre société et notre système judiciaire ont traité les plaignants en matière d'agression sexuelle dans le passé est regrettable. D'importantes modifications ont été effectuées par voie législative dans le but de reconnaître les droits et intérêts des plaignants en matière criminelle et de mettre fin aux stéréotypes qui ont fait tant de tort aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix».
72. Jamie Cameron, «Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation : A Comment on *R. v. Mills*» (2000) 38 *Alta L. Rev.* 1051; Don Stuart, «*Mills* : Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?» (1999) 28 *C. R.* (5th) 275.
73. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 411. Pour un exemple de retenue judiciaire fondée sur la théorie du dialogue, voir les motifs des juges dissidents dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66.

best, they may be obligated merely to articulate a governmental purpose, to be accepted uncritically by the court.⁷⁴

À l'opposé, l'activisme judiciaire risquerait d'empiéter sur les autres forums de délibération constitutionnelle, en prédéterminant la discussion elle-même et, surtout, son résultat. Dans le discours du juge constitutionnel canadien, cela intervient principalement dans le raisonnement sous l'article premier (lorsque le tribunal en arrive à suggérer la mesure législative qui devrait être adoptée) et dans le choix de la sanction d'inconstitutionnalité (parmi les types d'ordonnances, remèdes, réparations ou mesures de redressement susceptibles d'avoir cet effet, il y a l'interprétation large).

Quoi qu'il en soit, aucun argument, ni celui du dialogue ni les autres justifications invoquées par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vriend*, n'a réussi jusqu'ici à empêcher que le raisonnement judiciaire soit influencé, sinon déterminé, par cette question de la légitimité (ou l'illégitimité) du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Ainsi, malgré ces discours d'autolégitimation et au-delà des articles 1 et 24 de la *Charte* ainsi que du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui confèrent aux tribunaux le pouvoir d'appliquer la *Charte*⁷⁵, le débat sur la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle s'est poursuivi⁷⁶. La Cour suprême continue de faire montre d'attitudes contradictoires d'activisme et de retenue judiciaires. Comme l'écrit Andrée Lajoie

[...] une partie de la Cour au moins (hélas pour la cohérence, il n'est pas certain que ce soit toujours la même [...]) se sent mal à l'aise et s'inquiète de sa légitimité dans ce rôle qui lui a pourtant été dévolu par

74. Stanley Ingber, «Judging Without Judgment : Constitutional Irrelevancies and the Demise of Dialogue» (1994) 46 Rutgers L. Rev. 1473 à la p. 1549.

75. Pour un exemple de cette justification positiviste-légaliste référant au mandat conféré par la Constitution elle-même, voir notamment *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

76. La Cour suprême le reconnaît d'ailleurs dans *Vriend supra* note 12 au para. 133: «Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalider des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la "légitimité" d'une telle action par les tribunaux».

la Constitution écrite, dans le respect des exigences les plus formalistes du positivisme le plus pur⁷⁷.

La présence du doute antidémocratique traverse les jugements rendus par les juges de la Cour suprême du Canada. Recherchons-en maintenant les traces, sans aucunement prétendre dresser l'état (actuel et exhaustif) du droit ou de la jurisprudence sur les aspects qui seront abordés.

2. La politique judiciaire en matière constitutionnelle

Les questions de politique judiciaire, dont celle de justiciabilité, comptent aussi parmi les premières manifestations du nouveau rôle de la Cour suprême du Canada sous le régime de la *Charte*. En définissant les questions préliminaires telles l'application de la *Charte*, les règles relatives à l'intérêt pour agir et à l'intervention ainsi que les règles de preuve et de connaissance judiciaire en matière constitutionnelle, la Cour suprême élabore une conception du contrôle de constitutionnalité qui révèle à l'évidence certaines traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle. Aucun doute, ces questions soulèvent celle de la légitimité du pouvoir judiciaire et des rapports que ce dernier doit entretenir avec les autres pouvoirs étatiques⁷⁸. Au-delà de l'apparent caractère technique de ces questions, ce sont les frontières entre les systèmes politique et judiciaire qui se définissent ainsi et qui m'intéressent ici plus particulièrement.

Depuis l'avènement de la *Charte* dans le régime juridique canadien, une transformation du contrôle judiciaire de constitutionnalité s'est opérée, avec la mise en place de nouveaux modes d'exercice de la fonction de juger. En ce sens, l'on a assisté à la création d'un *Public Law Litigation* semblable à l'évolution qu'a connu la révision judiciaire aux États-Unis⁷⁹. La conception classique de la

77. Andrée Lajoie, «Schachter, ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens : actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 525 à la p. 537.

78. Voir en ce sens, Lorne M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review. The Law of Justiciability in Canada*, Scarborough, Carswell, 1999 [L. Sossin]. D'ailleurs, selon Sossin, les capacités et la légitimité du processus judiciaire est précisément l'un des critères dont se servent les tribunaux pour déterminer si une question est justiciable.

79. A. Chayes, *supra* note 57.

résolution du conflit a cédé la place à une approche où le juge contrôle les politiques publiques au regard de certains principes tels l'égalité et la liberté. Certains critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité ont noté que la Cour semble avoir modifié ses positions sur certaines questions afin de s'acquitter de ses nouvelles responsabilités. Plus fondamentalement, la Cour suprême du Canada montre des attitudes contradictoires d'activisme et de retenue judiciaires. Par exemple, elle a assoupli les règles relatives à la capacité d'agir (à titre de partie) et d'intervenir (ès qualités d'intervenant). De même, elle a accepté de décider certaines causes qu'elle aurait auparavant considérées trop théoriques. Deux des plus farouches opposants du chartisme, Ted Morton et Rainer Knopff, dénoncent cette politique d'ouverture, qu'ils perçoivent comme une preuve du trop grand pouvoir dont disposent les juges sous la *Charte*. Ces professeurs de l'Université de Calgary voient dans cette politique judiciaire une véritable révolution qui profite d'abord à ces partisans de la *Charte*, juges, professeurs de droit, groupes d'intérêt, etc., qu'ils réunissent au sein de ce qu'ils nomment le «court party» (parti judiciaire)⁸⁰. Morton et Knopff écrivent :

Étant donné l'assouplissement des règles sur la preuve, la capacité d'agir, le caractère théorique et les intervenants, ainsi que l'habileté nouvelle des groupes d'intérêt canadiens à utiliser les litiges constitutionnels comme tactique politique, il est probable qu'il y aura fort peu de grandes initiatives gouvernementales en matière de politique qui échapperont aux contestations fondées sur la Charte. L'intervention des tribunaux dans l'élaboration des politiques n'est plus exceptionnelle et sporadique, dépendant des divergences occasionnelles entre les intérêts des particuliers et la politique du gouvernement; elle est devenue plus systématique et constante⁸¹.

-
80. F.L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution & the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000 [F.L. Morton et R. Knopff, *The Charter*]. Kent Roach a cependant fait remarquer que Morton et Knopff semblent davantage préoccupés par l'action judiciaire des groupes progressistes, par opposition à celle des groupes conservateurs : K. Roach, *supra* note 56 à la p. 145. Pour un exemple d'analyse de l'action judiciaire de l'un de ces groupes, voir Christopher P. Manfredi, *Feminist Activism in the Supreme Court. Legal Mobilization and the Women's Legal Education and Action Fund*, Vancouver, UBC Press, 2004.
81. F.L. Morton et Rainer Knopff, «La Cour suprême, à l'avant-garde de l'élite intellectuelle - le mouvement fondé sur la charte dans la politique postmatérialiste» dans Janet Ajzenstat, dir., *Le constitutionnalisme canadien: 1791-1991* (révisé par Louis Massicotte), Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, 59 à la p. 67 [F.L. Morton et R.

Ainsi, selon les politologues Morton et Knopff :

Ces modifications de la procédure témoignent de la volonté de la Cour de faire des déclarations générales en matière de politique constitutionnelle même lorsqu'elle n'est pas saisie d'un litige en bonne et due forme qui met directement en cause les questions de politique sur lesquelles elle veut se prononcer. C'est pourquoi les litiges, matière ordinaire de l'activité judiciaire, sont maintenant une condition suffisante, mais non nécessaire, pour que le judiciaire intervienne dans la politique d'intérêt public⁸².

Ils voient dans cette évolution de la politique judiciaire une transformation nécessaire pour que la Cour suprême puisse jouer son rôle d'oracle.

L'intérêt pour agir

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le paragraphe 24(1) de la *Charte* offrent différents recours afin de faire valoir les droits et libertés garantis par cette dernière. Quiconque veut s'adresser aux tribunaux doit avoir, à titre de partie ou d'intervenant, cette qualité pour agir en justice. Dans sa jurisprudence sous la *Charte*, la Cour suprême a confirmé, sur la question de l'intérêt pour agir, une approche qu'elle avait prise peu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En effet, la Cour suprême avait déjà reconnu que pour demander une déclaration d'inconstitutionnalité (par requête en jugement déclaratoire), il n'était pas nécessaire d'être directement touché dans ses droits; il suffit d'avoir, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi⁸³. La Cour suprême rappelle cette approche dans la seconde affaire *Borowski c. Canada*⁸⁴ [*Borowski*]. Cependant, cet opposant notoire à l'avortement avait perdu cette qualité pour agir dans la mesure où le pourvoi était devenu théorique, l'article 251 du *Code criminel* ayant été déclaré inconstitutionnel l'année précédente dans l'affaire *R. c. Morgentaler*⁸⁵.

Knopff, «La Cour suprême»].

82. *Ibid.* à la p. 67.

83. *Thorson c. Canada (P. G.)*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Canada (Ministre de la justice) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

84. *Borowski c. Canada (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

85. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Outre le critère exigeant qu'il y ait une question juridique sérieuse à trancher, il faut également, pour présenter une requête en jugement déclaratoire par exemple, qu'il n'y ait pas d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal. Or, dans l'appréciation de ces critères, les tribunaux possèdent un certain pouvoir discrétionnaire. Qu'il suffise ici de mentionner et de comparer certains arrêts où la Cour suprême a reconnu cet intérêt pour agir et d'autres où elle a refusé de se prononcer. Ainsi, dans l'affaire *Conseil du Patronat du Québec c. Québec (P. G.)*⁸⁶, la Cour a reconnu un intérêt suffisant pour contester la constitutionnalité des dispositions «anti-briseurs» de grève du *Code du travail*, en l'absence d'un conflit de travail particulier. À l'opposé, dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*⁸⁷, elle a considéré qu'il valait mieux attendre qu'un demandeur du statut de réfugié conteste lui-même les dispositions législatives relatives au nouveau processus de revendication de ce statut.

La Cour suprême a également accepté que l'on puisse agir dans une contestation judiciaire de constitutionnalité en invoquant les droits d'autrui. Et même en invoquant des droits dont on ne peut être soi-même bénéficiaire. Par exemple, une personne morale peut invoquer la liberté de religion. Dès l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*⁸⁸, la Cour suprême a statué que les personnes morales avaient la qualité pour agir en défense d'une accusation criminelle ou pénale en invoquant des droits dont elles ne sont pas bénéficiaires. Ainsi, une personne morale a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*. En n'obligeant pas que ce soit le sujet du droit en cause qui agisse en défense, le test a un caractère objectif, c'est-à-dire que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle : tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

Cette approche libérale montre bien que la Cour suprême veut élargir son rôle en vertu de la *Charte*. Peter Hogg écrit :

86. *Conseil du Patronat du Québec Inc. c. Québec (P. G.)*, [1991] 3 R.C.S. 685.
87. *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*, [1992] 1 R.C.S. 236.
88. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

These counsels of restraint have not proved to be particularly compelling in the context of standing. In that context, we have seen that the Court has often chosen to grant standing to a party with no special interest in the proceedings, in order to enable a constitutional issue to be litigated⁸⁹.

L'intervention

De même, la Cour suprême a élargi les règles d'intervention. Peter Hogg observe que le statut d'intervenant est reconnu plus facilement dans les litiges publics par rapport aux litiges privés :

For instance, in a case challenging the constitutional validity of a statute, the court's decision will affect persons other than the parties, and some of these persons may have an interest sufficient to qualify them as intervenors. As well, intervenor status is more often granted at the higher levels of court, where the cases have been distilled to the purely legal issues⁹⁰.

Morton et Knopff critiquent cette approche de la Cour suprême qui contribuerait à la création du «*Court Party*», ce mouvement formé notamment de groupes d'intérêts qui utilisent la *Charte* afin de faire avancer des causes (surtout de gauche) qui ne réussissent pas dans le forum politique traditionnel⁹¹. Cet élargissement des règles relatives à l'intervention judiciaire aurait eu pour conséquence d'accroître l'activité des groupes d'intérêt devant les tribunaux. Morton et Knopff écrivent : «Les groupes d'intérêt sont de plus en plus les principaux intéressés dans les litiges fondés sur la *Charte*, sinon à titre de plaideur, alors à titre de soutien financier ou d'intervenant»⁹².

Dans une conception traditionnelle de la démocratie représentative, l'intervention élargie des groupes d'intérêts, l'élargissement des règles de preuve, d'intervention, de qualité pour agir, bref, les modifications de la procédure constitutionnelle, éveillent des soupçons d'illégitimité démocratique du pouvoir judiciaire. Ces transformations des règles judiciaires déplaceraient

89. P.W. Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 58, p. 56-18, para. 56.3 (c).

90. *Ibid.* à la p. 56-25.

91. F.L. Morton et R. Knopff, *The Charter*, *supra* note 80.

92. F.L. Morton et R. Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 aux pp. 65-66.

les débats politiques, et peut-être même le pouvoir politique, vers les tribunaux. Cependant, dans la perspective de la démocratie délibérative, cette participation accrue ne peut qu'être encouragée. En effet, selon le modèle de démocratie délibérative, la validité d'une norme dépend de l'accord, dans le cadre d'une discussion pratique, des personnes concernées (principe de discussion). D'élargir de la sorte le forum judiciaire, par la désignation d'*amicus curiae* par exemple, participe d'un souci d'accroître la délibération démocratique.

Au surplus, en contextualisant le contrôle de constitutionnalité, il s'agit d'examiner les conséquences sur les formes de vie de la norme constituée par la juxtaposition d'un droit et d'une loi qui le limite. Dans cette perspective, le contrôle constitutionnel nécessite une construction négociée entre les différents acteurs des contextes pragmatiques dans lesquels s'insère la norme. C'est pourquoi l'élargissement du débat aux différents intervenants et la prise en compte des réalités factuelles deviennent nécessaires dans cette transformation de la fonction de juger. Cette transformation découle de l'impossibilité pour l'auteur de la norme de prévoir tous les cas d'application, ce qui était présupposé dans la conception formaliste de la rationalité. Dans cette perspective, le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet d'examiner les conséquences des normes juridiques à la lumière de leurs contextes d'application.

À l'inverse, selon les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité, cet assouplissement des questions pratiques préliminaires témoignerait de la volonté de la Cour suprême d'établir non seulement le droit mais aussi les politiques législatives. En déplaçant de plus en plus le pouvoir politique vers les tribunaux, la Cour s'arrogerait le droit de décider de questions qui étaient auparavant débattues dans le forum politique traditionnel.

La Cour a aussi considérablement assoupli sa doctrine sur la capacité d'agir et le caractère théorique, ce qui a facilité la tâche des groupes d'intérêt qui voulaient porter leur cause devant les tribunaux⁹³.

93. *Ibid.* à la p. 66. Pour une évaluation des difficultés de certains groupes minoritaires devant les tribunaux, voir Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, *supra* note 6.

Ces critiques de la «nouvelle» politique judiciaire y voient la volonté de la Cour suprême de se placer en position d'oracle⁹⁴.

Peu importe le jugement que l'on porte sur cette politique judiciaire, il semble évident qu'il y a eu transformation du rôle des tribunaux, et plus spécifiquement de la Cour suprême. Cette dernière doit définir les limites de sa fonction dans ses rapports avec les autres pouvoirs. Même sur une question aussi technique que celle de l'avis préalable qui doit être envoyé au procureur général dans les cas de contestation de la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement, la Cour suprême réfère à cette notion de séparation des pouvoirs et au rôle des tribunaux :

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la Charte et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.⁹⁵

94. Morton et Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 aux pp. 64-65 : «De propos délibéré, la Cour suprême s'est transformée; tribunal traditionnel d'arbitrage de style britannique, elle est devenue une instance qui cherche à résoudre des problèmes sociaux en faisant des déclarations de portée générale sur la politique constitutionnelle. Elle se perçoit comme l'oracle en matière constitutionnelle et s'estime habilitée à élaborer ses normes pour la société tout entière et non seulement pour les parties au litige. Désormais, l'établissement de la politique constitutionnelle occupe la première place, et le litige concret est relégué au second plan. On peut même dire que le litige concret dont la Cour est saisie est simplement l'occasion – suffisante mais plus nécessaire désormais – d'exercer cette fonction d'oracle.». Voir également de ces mêmes auteurs F.L. Morton et Rainer Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992 à la p. 169 et s.

95. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 au para. 48.

Le caractère théorique ou hypothétique

Il arrive qu'un tribunal soit saisi de questions hypothétiques. Un certain pouvoir discrétionnaire existe lorsque le tribunal doit décider s'il se prononce sur une question devenue théorique. Ainsi, dans *Borowski* (1989), la question fut jugée théorique alors que dans *Tremblay c. Daigle*⁹⁶, la Cour suprême a tout de même rendu son jugement malgré le fait que la cause soit devenue théorique avant la tenue de l'audience (l'intimée ayant déjà subi un avortement alors que l'injonction demandée visait à l'y en empêcher). Comme il est écrit dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre de la santé et des services communautaires) c. G. (J.)*, «[e]n règle générale, la Cour ne statue pas sur des questions théoriques, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire et elle peut l'exercer dans certaines circonstances»⁹⁷.

Néanmoins, dans *Borowski*, la Cour suprême a dégagé certains critères afin de déterminer comment les tribunaux doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire :

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. [...] La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires. [...] La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiètement sur la fonction législative.⁹⁸

Comme l'indique ce dernier facteur à considérer, la question du rôle du pouvoir judiciaire dans le système constitutionnel constitue l'un des critères déterminants. Certains constitutionnalistes ont proposé de simplifier encore davantage le test. Par exemple, Peter Hogg suggère, à la suite de son analyse de

96. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

97. *Nouveau-Brunswick (ministre de la santé et des services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 au para. 41.

98. *Borowski c. Canada (P. G.)*, *supra* note 84 aux para. 31, 34, 40.

la jurisprudence de la Cour suprême, que cette dernière accepte de décider de questions théoriques lorsque la question juridique est sérieuse et qu'elle sera adéquatement débattue par les parties⁹⁹. Kent Roach insiste également sur la possibilité de débattre la question dans un forum contradictoire, ce qui amène Lorne Sossin à conclure comme suit : «The approach advocated by Hogg and Roach emphasize one aspect of justiciability, that of institutional capacity, at the expense of another, that of legitimacy of judicial intervention in the circumstances»¹⁰⁰.

Il peut se produire que de telles questions hypothétiques soient soulevées dans le cadre d'un renvoi. Le tribunal exerce alors son pouvoir discrétionnaire et peut refuser de répondre à une question soumise par renvoi. Il peut en être ainsi, par exemple, parce que «la teneur de cette question n'est pas suffisamment juridique ou parce que sa nature ou l'information fournie ne permettent pas à la Cour d'y apporter une réponse complète ou exacte»¹⁰¹. Dans le renvoi concernant l'opposition du Québec au rapatriement¹⁰², la Cour suprême a accepté de répondre aux questions qui lui étaient posées malgré le fait que le rapatriement avait déjà eu lieu.

La fonction consultative

Dans le contexte d'un renvoi, le tribunal n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue plutôt un rôle consultatif. Comme cela fut reconnu aux États-Unis, une séparation stricte des pouvoirs semble empêcher qu'une cour puisse se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif. La validité constitutionnelle de cette procédure de renvoi avait jadis été affirmée¹⁰³ et, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a confirmé qu'elle pouvait valablement exercer une telle fonction consultative¹⁰⁴. Il est évident que cette procédure peut être utilisée à des fins politiques, comme en

99. P. Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 58 aux pp. 56-19, 56-20. Voir dans le même sens Kent Roach, *Constitutional Remedies*, Toronto, Canada Law Book, 1996 aux pp. 5-36 à 5-45.

100. L. Sossin, *supra* note 78 à la p. 104.

101. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 au para. 10.

102. *Re : opposition*, *supra* note 13 à la p. 806.

103. *Re References by Governor-General in Council*, [1910] 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571.

104. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 5 au para. 15.

témoignent les renvois survenus dans le cadre du rapatriement et, plus récemment, les avis consultatifs sur la sécession du Québec et le mariage entre personnes du même sexe¹⁰⁵. Dans ce dernier cas cependant, la Cour suprême a évité partiellement le rôle politique que le gouvernement voulait lui faire jouer en s'abstenant de répondre à la quatrième question qui lui était posée¹⁰⁶. Invoquant notamment les droits acquis des gais et lesbiennes qui s'étaient déjà mariés, la nécessité d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada ainsi que la stratégie du gouvernement d'emprunter la voie législative plutôt que de porter en appel les décisions des juridictions inférieures qui avaient déclaré inconstitutionnelle l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, la Cour suprême a ainsi évité d'aborder la question plus fondamentale, en traduisant le tout dans son langage juridique :

Lorsque le droit reconstruit de manière autonome les conflits sociaux dans son propre discours, sous des conditions procédurales hautement artificielles, il déclenche un remarquable «effet d'aliénation». Le droit ne résout aucunement les conflits qui lui sont soumis, mais reconstruit des conflits propres qu'il est en mesure de résoudre¹⁰⁷.

L'une des facettes de cette juridicisation concerne précisément les questions de preuve, ce qu'il s'agit maintenant d'aborder brièvement.

La preuve constitutionnelle

Quant aux règles de preuve en matière de droits et libertés, elles sont maintenant plus larges qu'elles ne l'étaient autrefois dans le contentieux constitutionnel. Morton et Knopff prétendent que :

la nouvelle attitude de la Cour, désormais disposée à accepter les «preuves extrinsèques» ou les «faits sociaux», c'est-à-dire des

105. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, *supra* note 101.

106. La Cour identifie les critères guidant un tel refus, *ibid.* au para. 62 : «La Cour peut néanmoins refuser de répondre à une question posée dans un renvoi lorsqu'elle juge qu'il serait inapproprié d'y répondre, soit parce que sa teneur n'est pas suffisamment juridique (ce qui n'est pas le cas en l'occurrence), soit parce que tenter d'y répondre créerait des problèmes à d'autres égards».

107. Gunther Teubner, «Un droit spontané dans la société mondiale?» dans Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 197 à la p. 216.

renseignements sur les questions de fond plus générales qui sont en cause, a donné une nouvelle importance à son rôle dans l'élaboration des politiques. En fait, sa décision la plus remarquée, celle qui a été rendue dans l'affaire *Morgentaler*, n'aurait pas été possible sans le recours à des faits extrinsèques¹⁰⁸.

Traditionnellement, en droit constitutionnel canadien, le traitement des questions de preuve par les tribunaux a largement été influencé par le formalisme judiciaire hérité de la tradition britannique¹⁰⁹. *Le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*¹¹⁰ est considéré comme un point tournant dans le contentieux constitutionnel, puisque la Cour suprême y a accepté des données de sciences économiques afin de décider du bien-fondé de la loi visant à lutter contre l'inflation. Fait à noter, cette acceptation de preuves extrinsèques ou de faits sociaux (faits législatifs) précède de quelques années l'entrée en vigueur de la *Charte*. Par conséquent, il ne faudrait pas entièrement imputer à cette dernière la modification de l'approche judiciaire en ce domaine. Néanmoins, il faut bien reconnaître que les questions de droits et libertés mettent généralement en cause des faits sociaux, ou faits législatifs, et que cette dimension est souvent déterminante afin de décider du caractère raisonnable, ou non, des limitations au droit ou à la liberté en cause.

L'évolution du test de l'article premier a conduit, sur cette question, à deux normes de contrôle. En vertu du test sévère de l'article premier, les tribunaux exigent une preuve de l'existence de faits sociaux alors que dans la version plus souple, on se satisfait de la rationalité de la croyance législative. L'opposition entre les juges McLachlin et Laforest dans l'arrêt *RJR-MacDonald c. Canada (P. G.)*¹¹¹ tourne largement autour de cette question. La juge McLachlin critique le Procureur général du Canada pour avoir fait défaut de présenter à la Cour les éléments de preuve pour défendre l'interdiction de la publicité des produits du tabac¹¹².

108. F.L. Morton et R. Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 à la p. 65.

109. Pour l'historique de cette question, voir Danielle Pinard, «La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac» (1994) 39 R.D. McGill 401 [D. Pinard].

110. [1976] 2 R.C.S. 373.

111. *RJR-MacDonald c. Canada (P.G.)*, *supra* note 36.

112. *Ibid.* au para. 165 et s.

Bref, «[o]n voit donc se dessiner en jurisprudence une certaine reformulation du test des limites raisonnables, qui le replace en partie en partie dans le contexte d'une analyse judiciaire du caractère rationnel de l'évaluation législative des faits, par opposition à celui d'une analyse judiciaire directe de l'existence de ces mêmes faits»¹¹³. Cette attitude de déférence à l'égard du législateur s'est manifestée à l'occasion, entre autres, des affaires *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*¹¹⁴ [*Edwards Books*], *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*¹¹⁵ [*Irwin Toy*] et *McKinney c. Université de Guelph* [*McKinney*]¹¹⁶. Dans *Irwin Toy*, par exemple, la Cour a respecté le compromis auquel en est arrivé le législateur considérant qu'il s'agissait d'une décision qui exigeait «l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires» :

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [...]

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.¹¹⁷

De la même manière, dans l'affaire *McKinney*, la Cour suprême a respecté l'évaluation faite par le législateur puisqu'il s'agissait d'une question de preuve socio-économique. On y lit, sous la plume du juge LaForest :

-
113. D. Pinard, *supra* note 109 à la p. 421.
 114. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.
 115. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
 116. *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.
 117. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, *supra* note 115 aux para. 79-81.

J'examine maintenant la question de savoir si la retraite obligatoire porte «le moins possible» atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.¹¹⁸

Le juge établit également le lien entre la retenue judiciaire et l'évaluation de preuves de sciences sociales contradictoires :

Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, [...] la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.¹¹⁹ [nos soulignés]

118. *McKinney c. Université de Guelph*, supra note 116 au para. 104.

119. *Ibid.* au para. 112.

Dans l'affaire *Adler c. Ontario*, la juge L'Heureux-Dubé résume comme suit la question de la preuve constitutionnelle et de son rapport avec la retenue judiciaire :

Dans les applications subséquentes du critère énoncé dans *Oakes*, notre Cour a modifié la norme de justification à laquelle l'État doit satisfaire en matière de preuve et de fardeau de preuve, et a fait preuve d'une plus grande retenue envers le choix du législateur dans les cas de lois à caractère social, c'est-à-dire une loi ayant un objectif valide relié à la justice sociale. Par exemple, notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la Charte (*Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199).¹²⁰

Ces arrêts montrent bien que les questions de preuve en matière constitutionnelle soulèvent le problème de l'activisme ou la retenue judiciaires et, de ce fait, celle de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

L'application de la Charte

Enfin, la question de l'application de la *Charte* peut également receler ce genre de problématique. Certains exemples de retenue judiciaire en témoignent. Par exemple, dans l'affaire *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, relative à l'extradition aux États-Unis d'un individu susceptible d'y subir la peine de mort, le juge LaForest, au nom de ses collègues L'Heureux-Dubé et Gonthier, hésite à appliquer les garanties de la *Charte* :

[...] bien que les décisions du pouvoir exécutif soient, bien entendu, assujetties au contrôle judiciaire, la compétence des tribunaux de

120. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 au para. 91.

s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans ce domaine «doit s'exercer avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures»; voir *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 558. L'exécutif a des connaissances beaucoup plus grandes que la Cour dans le domaine des relations extérieures et est en meilleure position pour évaluer un grand nombre des éléments qui ont été présentés précédemment. Je ne crois pas que l'appelant se soit acquitté de la charge d'établir que ses droits en vertu de Charte ont été violés.¹²¹

Pourtant, dans *Operation Dismantle c. La Reine* [*Operation Dismantle*], la Cour suprême avait jugé que la *Charte* s'applique à la prérogative royale, rejetant du même coup la doctrine des questions politiques, une approche développée par la Cour suprême des États-Unis prescrivant «qu'il existe certaines «questions politiques» qu'une cour de justice devrait refuser de trancher»¹²². De l'aveu même de la juge Wilson, si cela soulève la question de la compétence judiciaire ou institutionnelle, «son thème sous-jacent est la séparation des pouvoirs, le rôle dans lequel doivent se cantonner les tribunaux par rapport aux autres organes du gouvernement»¹²³. La décision sur l'application de la *Charte* dans *Operation Dismantle* tranche avec la position prise en 1980 dans *Inuit Tapirisat c. P. G. Canada* où la Cour suprême avait jugé que la décision de l'autorité gouvernementale, en l'occurrence le Conseil des ministres, échappait au contrôle judiciaire en raison de son caractère politique¹²⁴.

Les juges ont donc à la fois fait preuve de retenue et d'activisme dans l'application de la *Charte* au gouvernement. À l'inverse, les juges n'ont pas hésité à appliquer la *Charte* aux lois, s'abstenant toutefois de le faire à l'égard des privilèges parlementaires¹²⁵. En la matière, l'une des questions les plus particulières demeure la distinction entre le droit civil québécois et la *common law* de droit privé dans les autres provinces. Cette différence entre les deux

121. *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 au para. 837.

122. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 au para. 55. Malgré la distance prise avec la doctrine américaine des questions politiques, la Cour aurait défini une approche canadienne des questions politiques, qui exclurait dans certains cas la justiciabilité : L. Sossin, *supra* note 78 à la p. 145 et s.

123. *Operation Dismantle c. La Reine*, *supra* note 122 au para. 55.

124. *Inuit Tapirisat c. P.G. Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

125. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

régimes s'explique par le fait que la Cour suprême a établi, dans l'affaire *Dolphin Delivery*¹²⁶, le critère de l'intervention gouvernementale pour déterminer si la *Charte* s'applique à la norme en cause. La Cour a ultérieurement reconnu qu'en conséquence «la Charte aura une application plus générale au Québec que dans les autres provinces»¹²⁷.

Que les normes étatiques, notamment celles du législateur, soient plus facilement visées par la *Charte* fait dire à certains que la Cour suprême s'érige en gardienne du législateur et consacre le libéralisme comme philosophie officielle de la *Charte*. Allan Hutchison et Andrew Petter, notamment, ont exprimé des réserves à l'égard d'une telle approche¹²⁸. Leur pensée a été résumée comme suit par la professeure Danielle Pinard :

Plus encore, on constate que des documents constitutionnels de protection de droits et libertés, comme la Charte canadienne, risquent d'agir comme freins aux interventions législatives aptes à assurer, dans les faits, une réelle protection aux droits. En effet, en conformité avec la philosophie libérale, l'idée que les réelles atteintes à la liberté individuelle ne proviennent que de l'État fonde cette philosophie, c'est donc contre ces interventions qu'il faut protéger l'individu. Allan C. Hutchison et Andrew Petter ont bien montré en quoi une telle conception de la liberté n'est ni conforme à la réalité canadienne actuelle, ni souhaitable comme modèle de société. Les forces libres du marché peuvent être extrêmement préjudiciables à la liberté individuelle, ont-ils écrit, et, pour plusieurs, l'intervention de l'État est au contraire la seule voie possible de libération.¹²⁹

Cette conception du contrôle de constitutionnalité consiste à accorder à l'État le monopole de la production du droit, ce qui relève, en théorie du droit, d'un positivisme juridique classique. Selon le libéralisme classique, il importe de protéger l'individu contre les empiétements étatiques, en lui garantissant les

126. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

127. *McKinney c. Université de Guelph*, *supra* note 116 au para. 147.

128. Allan Hutchison et Andrew Petter, «Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter» (1988) 38 U. T. L. J. 278 [Hutchison et Petter].

129. Danielle Pinard, «Les dix ans de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois: quelques réflexions» (1992) 24 Revue de droit d'Ottawa 193 à la p. 225. L'auteure réfère ici aux pages 283-284 de Hutchison et Petter, *supra* note 128.

libertés individuelles constitutives de sa sphère d'autonomie personnelle. Cela nécessite évidemment de la part des tribunaux un interventionnisme accru, selon la responsabilité qui leur échoit depuis l'avènement de la *Charte*.

De manière générale, la politique judiciaire de la Cour suprême semble confirmer que celle-ci estime que la *Charte* a transformé son rôle dans le système constitutionnel canadien. Jugée du point de vue des principes de la démocratie représentative, cette redéfinition des règles relatives à la qualité pour agir, à l'intervention, à la preuve et à l'application de la *Charte*, est incompatible avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. Toutefois, dans l'optique de la démocratie délibérative, cette ouverture des débats judiciaires se justifie par la volonté de faciliter l'accès et de favoriser la participation des différentes parties intéressées. Sur ces aspects, d'énormes lacunes continuent bien sûr de marquer le processus judiciaire. Mais, dans sa forme actuelle, le contrôle de constitutionnalité semble néanmoins plus démocratique qu'en d'autres régimes constitutionnels. Pour ne citer qu'un exemple, Dominique Rousseau, qui est bien connu pour son modèle de démocratie continue¹³⁰, dérivé de la démocratie délibérative, apporte certaines pistes pour modifier le Conseil constitutionnel français, lesquelles touchent : au mode de désignation des juges constitutionnels, au moment du procès constitutionnel, afin de «basculer d'un contrôle *a priori* vers un contrôle *a posteriori*», aux acteurs du procès constitutionnel, dans le but premier de faire du justiciable l'acteur principal en lui reconnaissant le pouvoir de contester la constitutionnalité des lois, et enfin, à la procédure contentieuse¹³¹.

3. L'interprétation

Des traces du débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité apparaissent également dans l'interprétation des droits et libertés. Plusieurs interprétations particulières des droits et libertés peuvent être considérées comme des exemples de telles traces. Qu'une interprétation juridique soit du même coup une réflexion quant à la fonction du pouvoir judiciaire, voilà une idée qui a déjà été exprimée par le juge en chef Laskin :

130. Dominique Rousseau, «De la démocratie continue» dans Dominique Rousseau, dir., *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

131. D. Rousseau, *supra* note 1 aux pp. 372-375.

...[d]ès qu'il est admis, comme il le faut en l'espèce, que l'on peut raisonnablement différer d'opinion sur l'effet d'un texte visant un objectif qui est lui-même mis en question, nous nous trouvons dans une situation où notre opinion sur ce que doit être la juridiction et le rôle de cette Cour influencera notre conclusion¹³².

Dans le même sens, le professeur Georges Legault écrit que «l'interprétation des articles de la Charte ne peut se faire sans référer à la question cruciale de l'équilibre des pouvoirs législatif et judiciaire»¹³³.

Au-delà de toutes les interprétations particulières construites en plus de vingt ans de jurisprudence sous la *Charte*, la Cour suprême a énoncé quelques approches interprétatives générales. Cette évolution nous informe quant aux conceptions du contrôle judiciaire de constitutionnalité entretenues par les juges du plus haut tribunal. C'est à l'étude de celles-ci que je vais d'abord me consacrer. Par la suite, des exemples tirés de l'interprétation de certains droits seront analysés afin d'y déceler des signes du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

Approches interprétatives

La méthode originaliste (textuelle et intentionnaliste) - La Cour suprême avait tôt tenté d'établir la légitimité de son action constitutionnelle par le recours à une méthode d'interprétation constitutionnelle. Notamment, l'interprétation textuelle et l'interprétation historique ont parfois été utilisées afin de justifier l'intervention constitutionnelle du tribunal. Par exemple, un argument de texte a été invoqué dans l'affaire *Operation Dismantle* afin de justifier le contrôle de la Cour suprême sur une question considérée hautement politique :

[d]’ailleurs, le par. 24(1) de la Charte, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu’«un tribunal compétent» a la responsabilité de statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il «estime convenable et juste eu égard aux

132. *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, 831. Pour illustrer cette affirmation, qu'il suffise de rappeler la position du juge en chef Laskin, en comparaison avec celle du juge Dickson dans *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.

133. Georges A. Legault, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada» (1989) *Ethica* 95 à la p. 97.

circonstances», je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue «question politique»¹³⁴.

Dans l'interprétation des droits et libertés, les arguments de texte servent généralement à justifier des positions conservatrices. Par exemple, dans la célèbre affaire *R. c. Morgentaler*, le juge McIntyre, dissident, écrit :

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la Charte. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la Charte et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la Charte.¹³⁵

Poursuivant son raisonnement quant au rôle de la Cour, le juge McIntyre avance que «les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la Charte et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas» :

Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp «prochoix» ou «provie», car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la Charte, ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n'est absolu. Il existe toutefois un problème en ce sens que la Cour doit conférer à l'énoncé général des droits et libertés que contient la Charte une substance et une vitalité véritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s'acquitter de cette tâche sans assujettir la loi à au moins certaines de leurs opinions et préférences?¹³⁶

134. *Operation Dismantle c. La Reine*, supra note 122.

135. *R. c. Morgentaler*, supra note 85 à la p. 136.

136. *Ibid.* aux para. 188, 190.

La réponse à cette question repose, selon le juge McIntyre, dans le choix de l'approche interprétative. Il adopte une approche interprétativiste que l'on a nommée «originaliste» dans la théorie constitutionnelle américaine. Il s'en remet ainsi au texte et aux travaux préparatoires de la *Charte* :

Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive à cet égard. Dans des arrêts comme *Hunter c. Southam Inc.*, 1984 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 1 R.C.S. 295, à la p. 344, la Cour a recommandé que, dans l'application de la *Charte* et de ses dispositions, soit adoptée ce qu'on a appelé une «méthode qui tient compte de l'objet visé». J'interprète cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la *Charte* doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter «d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question.¹³⁷

Ainsi, le juge McIntyre semble d'avis que les valeurs et le sens des droits sont déterminés par le texte de la *Charte*. Au-delà de cette méthode textuelle, l'opinion du juge montre bien comment l'approche interprétative est reliée à la conception qu'a le juge de la légitimité du contrôle judiciaire. La méthode textuelle et la méthode historique, que l'on peut associer au positivisme juridique, sont les principales approches interprétatives utilisées afin de faire preuve de retenue judiciaire.

137. *Ibid.* au para. 190.

La décision du juge Lamer dans le *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique* marque une évolution importante dans l'approche interprétative de la Charte par la Cour suprême. C'est à l'occasion de cet avis consultatif, faut-il le rappeler, que le juge Lamer avait indiqué que les juges doivent «aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité»¹³⁸. Après s'en être alors remis à la décision des élus de confier, avec la Charte, une nouvelle tâche aux tribunaux, le juge Lamer a rejeté, afin d'interpréter l'expression «principes de justice fondamentale» de l'article 7, l'approche historique consistant à recourir à l'intention du constituant conformément à la théorie de l'intention originelle (ou originalisme) :

Si on veut que «l'arbre» récemment planté qu'est la Charte ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance¹³⁹.

À cet égard, il peut paraître surprenant de retrouver, quelques années plus tard, sous la plume du même juge Lamer, devenu juge en chef, le passage suivant lors de l'interprétation du droit à la liberté de l'article 7 :

Même s'il est reconnu que les cours de justice, par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la Charte, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepassse l'intention manifeste de ses rédacteurs¹⁴⁰.

138. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, supra note 2 au para. 15.

139. *Ibid.* au para. 52.

140. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 au para. 15.

Dans cette affaire, le juge Lamer avait limité le droit à la liberté à sa dimension physique.

S'il est vrai que la formulation des droits et libertés dans la *Charte* présente un caractère flou, une teneur indécise, une texture ouverte, il est erroné d'y voir une réalité nouvelle par rapport aux autres normes juridiques. Cette dimension interprétative caractérise le droit dans son ensemble, et non seulement le droit constitutionnel. La démonstration serait ici très longue, mais quiconque s'intéresse à l'interprétation juridique connaît ce caractère indéterminé du droit. Cet aspect a été exacerbé ou exagéré par certaines théories du droit, notamment celles des courants critique et postmoderne, qui entraînent le droit vers le nihilisme ou, à tout le moins, le scepticisme. Ces approches sous-estiment les contraintes argumentatives, systémiques et institutionnelles qui pèsent sur le processus judiciaire.

Ainsi, la réserve judiciaire dans l'interprétation constitutionnelle n'est pas réellement différente de celle que l'on peut observer dans l'interprétation des lois ordinaires ou dans l'interprétation de la *common law*. Dans l'interprétation législative, la référence constante à la notion de l'intention du législateur peut d'ailleurs être comprise comme une tentative des tribunaux de faire porter sur ce dernier la responsabilité de la production du droit. De même, dans l'interprétation de la *common law*, la Cour suprême a parfois considéré que les changements nécessaires relèvent du législateur. Par exemple, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D. F.)*, elle a refusé d'imposer la détention d'une femme enceinte dont la conduite mettait en cause la santé du fœtus :

Considérés dans leur ensemble, les changements qu'il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l'ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu'aux tribunaux de décider si de telles modifications sont

opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme.¹⁴¹

La méthode téléologique - Dès ses premiers arrêts sous la *Charte*, la Cour suprême a précisé que cette dernière n'est pas une loi ordinaire et qu'elle doit recevoir, par conséquent, une interprétation large et libérale plutôt que formaliste. Ainsi, dans *Hunter c. Southam*, la Cour suprême a établi que l'interprétation des droits et libertés doit emprunter à la méthode téléologique¹⁴². Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, voici comment le juge en chef Dickson formule les principes d'interprétation constitutionnelle :

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la Charte. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la Charte consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation

141. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 au para. 47.

142. *Hunther c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 aux para. 18-20 : «[c]ette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La Charte *canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [...]

Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés est de considérer le but qu'elle vise ...».

doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.¹⁴³

L'interprétation téléologique a prévalu dans de nombreuses décisions. Il continue d'en être ainsi. Cette approche emprunte largement à la théorie morale du droit¹⁴⁴, c'est-à-dire que «l'interprétation téléologique d'une disposition constitutionnelle constitue une forme de raisonnement par lequel les juges matérialisent, concrétisent ou réalisent les *principes* qui sous-tendent les droits ou libertés enchâssés»¹⁴⁵. Dans une telle interprétation téléologique des droits constitutionnels, un principe est :

une *norme*, générale et abstraite, reconnue par l'interprète, qui exprime un jugement de valeur selon lequel la protection d'un intérêt particulier est désirable et constitue une raison suffisante de conférer des droits constitutionnels et, corrélativement, d'imposer des devoirs à l'État (l'exécutif et le législatif)¹⁴⁶.

Il existerait ainsi un droit moral (i.e. un droit fondé sur un principe) :

Il s'ensuit que la *justification*, le *fondement*, ou la *raison d'être* d'un droit constitutionnel garanti et, corrélativement, d'un devoir juridique imposé à l'état dans le but de protéger *tel* intérêt est le *droit moral* qui affirme que *cet* intérêt particulier est digne d'une protection constitutionnelle et qu'il constitue une raison suffisante pour conférer un droit juridique et, corrélativement, imposer un devoir à l'État. On

143. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 88 aux para. 116-117.

144. Voir Luc B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», *supra* note 40.

145. *Ibid.* à la p. 463.

146. *Ibid.* à la p. 464.

pourrait ainsi affirmer que le but d'une disposition constitutionnelle est de protéger ou promouvoir un *droit moral*.¹⁴⁷

Cependant, selon Hugo Cyr, l'interprétation constitutionnelle serait davantage holistique et pragmatiste que téléologique¹⁴⁸. Selon cette analyse, l'interprétation aurait ainsi fort peu à voir avec le processus logico-déductif, les arguments étant appréciés et soupesés les uns par rapport aux autres : il existerait généralement un argument plus déterminant, qui colore tous les autres, et la Cour ferait les ajustements nécessaires pour que les autres arguments aillent dans le même sens. Dans l'interprétation des questions institutionnelles et de partage des compétences législatives, ce serait les arguments basés sur la théorie du fédéralisme (arguments de théorie constitutionnelle et de fédéralisme), par opposition aux arguments de texte, aux motifs historiques (intentions des constituants de 1867), qui servent de lignes directrices. Sous la *Charte*, l'interprétation semble d'abord axée sur les valeurs et les finalités. Mais la démarche serait globale, c'est-à-dire que tous les facteurs sont interreliés, «l'interprète décide d'un argument en ayant en tête tous les autres»; «c'est au fond l'ensemble qui compose les parties plutôt que l'inverse»¹⁴⁹. Avec cette approche holistique, s'envolent les prétentions de la méthode téléologique de la vérité-cohérence et de la bonne réponse : «[i]l s'agit en effet de la fin d'un monde, celui du cartésianisme»¹⁵⁰.

Ce qui sera cohérent ne peut être déterminé par un individu qu'à la fin du processus de réajustement et non *a priori*. Le résultat du processus, c'est-à-dire la forme que prendra l'équilibre, dépendra des divers éléments de connaissance de chacun. Ainsi, l'holisme justifie le pluralisme interprétatif en ce qu'il implique que l'interprétation sera le fruit d'une succession de réajustements, de *tradeoffs* où chaque élément de la connaissance est appelé à être modifié au profit d'une des images possibles de la cohérence de l'ensemble. Il suffit que l'interprète fasse un ajustement différent dès le départ et la cohérence de l'ensemble pourrait exiger une interprétation toute différente de celle effectuée. De plus, les expériences et connaissances de chacun

147. *Ibid.* à la p. 470.

148. Hugo Cyr, «L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme» (1998) 43 R.D. McGill 565 [H. Cyr].

149. *Ibid.* à la p. 578.

150. *Ibid.* à la p. 587.

étant différentes, les éléments à réajuster le sont aussi. Par conséquent, l'image de la cohérence interne variera selon les individus. C'est donc pour ces deux motifs, soit l'absence de principes plus fondamentaux que d'autres et qu'il n'existe pas qu'une seule bonne réponse, que la théorie de la vérité comme cohérence ne peut être utilisée afin d'évaluer la justesse d'une décision prise par autrui.¹⁵¹

Cyr conclut son texte en formulant six propositions, parmi lesquelles on retrouve celles-ci :

1) La décision judiciaire sur une question constitutionnelle n'est jamais prise en comptabilisant les arguments issus des différents axes argumentatifs reconnus (texte, précédents, autorités, théories, valeurs, pragmatisme et histoire) mais en les agençant et les ajustant les uns aux autres de manière à ce qu'ils pointent tous dans la même direction. Il y a donc un holisme explicite dans l'interprétation constitutionnelle.

2) Les théories traditionnelles du droit fondent généralement leur vision de l'interprétation sur la prémisse qu'il existe une bonne réponse, ou que s'il n'y a pas une seule bonne réponse, alors le décideur doit exercer sa discrétion à l'intérieur d'un cadre défini (approche kelsénienne) ou doit l'exercer de façon à choisir celle dont le résultat substantif protège mieux les intérêts d'un groupe en particulier. Mon propos visait surtout à contester la première prémisse et à tenter d'expliquer pourquoi il existe une pluralité d'interprétations possibles. J'ai tenté de démontrer que la deuxième prémisse était épistémologiquement déficiente et qu'elle l'était même au regard de sa propre logique. Quant à la troisième, ma réflexion fait voir implicitement pourquoi les intérêts de certains groupes peuvent sembler devoir être protégés, puisque nos croyances et leur charge émotive nous inclinent de certains côtés, sans toutefois permettre d'identifier quels intérêts une interprétation constitutionnelle devrait favoriser. Il s'agira du sujet d'un autre essai.

3) La vérité, qu'on la comprenne dans un sens de correspondance ou de cohérence, n'est d'aucune utilité pour l'interprétation constitutionnelle et son évaluation. Elle n'est qu'un compliment fait à une affirmation en laquelle on croit. Elle peut être utile une fois la

151. *Ibid.* aux pp. 586-587.

décision prise mais pas avant qu'elle ne le soit. La vérité ne peut servir d'élément régularisant de l'interprétation puisque toute connaissance est une construction.¹⁵²

La méthode contextuelle - Par la suite, la Cour a aussi adopté ce qu'elle appelle la méthode contextuelle, une méthode d'application de la *Charte* qui est également devenue une méthode interprétative¹⁵³. C'est ainsi que les juges de la Cour suprême ont pu parler d'une «méthode contextuelle d'interprétation de la Charte»¹⁵⁴ et qualifier l'approche ou la méthode contextuelle comme «un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale»¹⁵⁵. La méthode contextuelle est maintenant consacrée dans plusieurs arrêts de la Cour suprême. C'est à la juge Wilson dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (P. G.)* qu'est généralement attribuée la paternité de cette méthode. Elle y écrivait, entre autres, ceci :

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie.¹⁵⁶

Pour illustrer cette méthode contextuelle d'interprétation, l'on peut mentionner les arrêts *Ford c. Québec (P. G.)* et *Suresh c. Canada (Ministre de*

152. *Ibid.* à la p. 609.

153. Sur cette évolution, voir Danielle Pinard, «La méthode contextuelle» (2002) 81 R. du Bar. Can. 323 [D. Pinard].

154. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 au para. 145.

155. *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 au para. 142.

156. *Edmonton Journal c. Alberta (P. G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 au para. 52.

la citoyenneté et de l'immigration). Dans le premier¹⁵⁷, la Cour semble avoir interprété la *Charte* à la lumière d'une clause interprétative implicite, qui devait précisément être enchâssée dans la constitution à cette époque par l'Accord du lac Meech¹⁵⁸. Dans le second¹⁵⁹, la Cour suprême a référé aux éléments contextuels des attentats terroristes du 11 septembre 2001 pour interpréter l'article 7 de la *Charte*.

Si l'adoption de la méthode contextuelle par la Cour suprême a parfois suscité un certain enthousiasme¹⁶⁰, cette méthode est surtout caractérisée par l'incertitude : d'une part, les modes de détermination du contexte sont indéfinis et, d'autre part, l'on risquerait par conséquent d'introduire un pouvoir discrétionnaire en rendant la décision entièrement dépendante du contexte¹⁶¹. La question de savoir comment opère la contextualisation demeure entière.

Les théories traditionnelles de l'interprétation, de même que les approches critiques qui rejettent le droit parce que trop indéterminé dans sa formulation textuelle, n'interrogent généralement pas le moment d'application du droit. Et surtout, elles ne voient pas en quoi l'application rejaillit ou rétroagit sur l'interprétation¹⁶² : c'est pourquoi on ne peut distinguer, comme le fait Jürgen Habermas en s'appuyant sur la thèse de Klaus Günther¹⁶³, les moments de justification et d'application pour montrer qu'il s'agit de deux discours différents, avec chacun sa logique argumentative. Günther prétend que la nature de l'indétermination varie selon que l'on justifie l'adoption d'une norme ou qu'on applique une norme. Dans le premier cas, il doit s'agir de justifier la norme, c'est-à-dire que la validité de la norme doit satisfaire un critère d'universalisation, au terme d'une procédure argumentative. Lors de

157. *Ford c. Québec (P. G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

158. Accord constitutionnel du 3 juin 1987.

159. *Suresh c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

160. Voir par exemple, Shalin M. Sugunasiri, «Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability», (1999) 22 *Dalhousie L. J.* 126.

161. D. Pinard, *supra* note 153 à la p. 323.

162. Voir notamment Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999; François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

163. Klaus Günther, «Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale» (1992) 37 *Ar. philo. dr.* 269. Selon cette distinction, dans les discussions relatives à l'application, l'indétermination ne porte pas sur la validité de la norme, sa justification en raisons, mais sur le choix de la norme valide la plus appropriée.

l'application de la norme, puisqu'il existe déjà des normes valides, l'indétermination consiste plutôt dans le choix de la norme.

Cette fausse distinction sert à légitimer l'action constitutionnelle des juges :

En tout cas, la justice constitutionnelle, qui part du cas particulier, se *limite* à l'*application* de normes (constitutionnelles) dont la validité est présumée; c'est pourquoi, en ce qui concerne les tâches que peuvent légitimement remplir la Justice et la Législation, la distinction entre discussions portant sur l'application des normes et discussions portant sur leur justification offre tout de même un critère de délimitation fondé sur la logique de l'argumentation¹⁶⁴.

Habermas écrit encore :

Quant à une Cour constitutionnelle qui obéit à une conception procéduraliste de la Constitution, [...] elle n'a nullement besoin d'abuser de la légitimité dont elle est créditée et peut rester dans les limites des compétences de l'application du droit, clairement définies en termes de logique de l'argumentation¹⁶⁵.

Pour rejeter cette distinction entre le discours de justification et le discours d'application d'une norme, il suffit de rappeler que les travaux récents en théorie de l'interprétation montrent bien que c'est au moment de l'application d'une norme que celle-ci se définit. C'est ce que Wittgenstein appelle le paradoxe de la règle. D'ailleurs, la jurisprudence relative aux normes constitutionnelles illustre bien que dans l'application des droits et libertés, les juges les élaborent, les définissent. En prenant compte du moment d'application, l'interprétation ne peut être que contextuelle. La question devient plutôt celle de savoir comment ce contexte doit être reconstruit, une question qui dépasse largement l'objet du présent texte.

164. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 aux pp. 284-285.

165. *Ibid.* à la p. 303.

L'interprétation de certains droits

Au-delà des grandes approches interprétatives dégagées par les juges du plus haut tribunal canadien, l'analyse de plusieurs arrêts peut servir à illustrer l'importance du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire dans l'application et l'interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte*. Par ailleurs, en raison de la division en deux étapes du raisonnement sous la *Charte*, d'abord l'interprétation du droit puis la limitation du droit sous l'article premier, la question des rapports qu'entretient le pouvoir judiciaire avec les élus est souvent confinée à la seconde étape. La présence de la disposition limitative de l'article premier a favorisé une interprétation absolutiste de certains droits et libertés. Notamment pour des raisons de fardeau de preuve, la Cour suprême a parfois préféré réserver toute discussion relative à la limitation des droits et libertés au stade du raisonnement de l'article premier. À titre d'exemple, la liberté d'expression a été définie comme incluant toute forme d'expression, à l'exception de la violence. C'est ainsi que la fomentation de la haine¹⁶⁶, la sollicitation pour fins de prostitution¹⁶⁷ et la pornographie¹⁶⁸ ont été considérées comme des discours protégés par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il est vrai que la restriction de ces types de discours, qui s'éloignent du cœur de la liberté d'expression, sera plus facile et justifiera, par conséquent, un contrôle moins rigoureux, à l'étape de l'article premier, des dispositions du *Code criminel* qui les interdisent en tout ou en partie.

Revenons maintenant à l'étape de l'interprétation des droits. La célèbre affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, avant même d'être une question de droit à la vie et/ou de droit à la mort, illustre une divergence de vues entre des conceptions de la fonction judiciaire. Ce choix entre la retenue et l'activisme judiciaires explique en partie la division de cinq juges contre quatre. Rédigeant les motifs de la majorité, le juge Sopinka précise :

D'une part, la Cour doit être consciente de son rôle au sein de la structure constitutionnelle de notre forme de gouvernement démocratique et ne doit pas chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des

166. *R. c. Keegstra*, supra note 45.

167. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

168. *R. c. Butler*, supra note 46; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi. D'autre part, la Cour est non seulement habilitée à se prononcer sur cette question mais elle est même tenue de le faire si la Charte paraît avoir été violée. Le pouvoir d'examiner une loi pour déterminer si elle est compatible avec la Charte s'étend tant aux questions de fond que de procédure. Les principes de justice fondamentale laissent une grande place au jugement individuel et la Cour doit veiller à ce qu'ils ne deviennent pas des principes qui sont de justice fondamentale aux yeux de l'intéressé seulement.¹⁶⁹

À l'inverse, la dissidence, qui déclare inconstitutionnelle la disposition du *Code criminel* interdisant l'aide au suicide, fait preuve de moins de déférence à l'égard du législateur. Le juge Lamer, notamment, écrit :

On peut qualifier également l'infraction d'aide au suicide de «controversée» et «chargée d'éléments moraux»; il serait donc injuste pour notre Cour de circonscrire indûment les choix qui s'offrent au Parlement dans l'analyse des «pressions politiques contradictoires» qui forgent sa décision¹⁷⁰.

Il poursuit :

Pour ce faire, cette préoccupation des choix complexes et délicats demandés au Parlement parmi différentes options politiques raisonnables, dont certaines risquent de porter atteinte aux droits d'un particulier ou d'un groupe plus qu'à un autre, ne signifie pas que le Parlement peut, quand il le juge nécessaire, enfreindre à sa discrétion des droits garantis par la Charte.¹⁷¹

L'interprétation de l'article 15 de la *Charte*, le droit à l'égalité, est un autre exemple de la relation entre l'interprétation constitutionnelle et la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Déjà dans l'affaire *Andrews*, la première décision de la Cour suprême portant sur l'article 15, des juges de la Cour suprême ont eu recours à la théorie du renforcement de la représentation de John Ely pour interpréter le droit à l'égalité¹⁷².

169. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para. 139.

170. *Ibid.* au para. 87.

171. *Ibid.* au para. 88.

172. *Andrews*, *supra* note 31.

L'interprétation du droit à l'égalité des femmes permet d'illustrer les rapports entre l'interprétation constitutionnelle et le rôle des tribunaux sous la *Charte*. Analysant l'intégration des valeurs véhiculées par les femmes dans le droit canadien, Andrée Lajoie en arrive à la conclusion suivante :

Le schéma qui se dégage permet de dichotomiser entre deux groupes de décisions. Le premier regroupe des affaires relatives à la vie privée des femmes : avortement et violence sous toutes ses formes : la Cour les accueille en majorité, du moins pour partie (11/4) (trois des quatre exceptions concernant les critères de preuve en matière d'agression sexuelle), invoquant surtout l'intégrité, la dignité, la justice et même parfois l'égalité. Le second touche au contraire leur vie publique, notamment travail et activité politique, et réunit les pourvois en matière de discrimination sociale, politique ou économique : la Cour les rejette en majorité (8/3), en récusant parfois même expressément l'égalité, pour préférer la volonté du Parlement, la liberté du gouvernement ou d'association, la justice individuelle et l'équité et l'autonomie des conjoints.

Bref, les femmes peuvent mener leur vie privée à l'abri de la violence familiale, sexuelle et même symbolique, et la Cour les protégera même contre les dangers que les grossesses non désirées font courir à leur santé psychologique. Mais pour l'argent et le pouvoir, on repassera : dans la sphère publique, ni l'égalité économique, ni la participation politique ou sociale significative ne leur sont accessibles, surtout si, en plus d'être femmes, elles ont le tort supplémentaire d'être Autochtones...¹⁷³

Andrée Lajoie confirme alors l'hypothèse qu'elle développe concernant les valeurs des minorités en général, qu'il s'agisse de minorités politiques comme les Autochtones et les Québécois, ou de minorités sociales comme les femmes et les gais et lesbiennes, à savoir que les valeurs minoritaires sont prises en compte par les tribunaux lorsqu'elles ne remettent pas en cause les intérêts et les valeurs majoritaires¹⁷⁴.

173. Andrée Lajoie *et al.*, *Quand les minorités font la loi*, *supra*, note 6 à la p. 77. L'auteur s'appuie ici sur la recherche menée par Andrée Lajoie, Marie-Claude Gervais, Éric Gélinau et Richard Janda, «La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême» (2000) 34 R.J.T. 563.

174. *Ibid.*; voir aussi Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 6.

À ces analyses qui reposent sur une méthodologie complexe, qu'il soit permis de superposer une hypothèse qui se vérifie également dans l'analyse du discours judiciaire. Le sort des valeurs minoritaires repose au surplus sur les conceptions qu'ont les juges de la fonction judiciaire, c'est-à-dire que les droits des minorités se verront reconnus ou écartés selon qu'il s'agit d'une question sur laquelle les juges font habituellement preuve d'activisme ou de retenue¹⁷⁵.

L'interprétation et l'application des droits dans certaines affaires mettant en cause les intérêts et les valeurs des femmes peuvent servir d'illustrations. Dans les domaines où les droits des femmes ont été le plus souvent reconnus, la plupart de ces affaires relevaient du droit criminel (avortement, violence), une branche du droit où les juges estiment qu'ils ont toute la légitimité pour agir en raison de leur expertise¹⁷⁶. À l'inverse, dans les affaires où les valeurs défendues par les femmes n'ont généralement pas eu gain de cause, il s'agissait de domaines où les tribunaux font preuve de retenue à l'égard des choix législatifs et gouvernementaux¹⁷⁷. Par exemple, dans l'affaire de l'*Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*¹⁷⁸, la question en cause était de savoir si l'on pouvait obliger le gouvernement fédéral à subventionner une association représentant les intérêts des femmes autochtones afin qu'elle puisse participer aux discussions sur la réforme de la Constitution. Évidemment, dans la perspective de la démocratie délibérative, la participation au débat constitutionnel et la reconnaissance d'une liberté positive (qui crée pour l'État

175. Car il faut faire attention de ne pas associer la retenue au conservatisme et l'activisme au progressisme; cela dépend également du caractère conservateur ou progressif de la loi sous examen. Ainsi, si les juges font preuve d'activisme à l'égard d'une loi progressiste, cela équivaut à faire preuve de retenue à l'égard d'une loi conservatrice.

176. *R. c. Morgentaler*, supra note 85; *R. c. Butler*, supra note 46; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. O'Connor*, supra note 69; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Mills*, supra note 66; *R. c. Pelletier*, [1999] 3 R.C.S. 863; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443. Les deux affaires suivantes ne relèvent pas directement du droit criminel puisqu'abordées dans la perspective des libertés publiques : *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252 (harcèlement sexuel); *Tremblay c. Daigle*, supra note 96 (avortement).

177. *Weatherall c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307.

178. *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

une *obligation de faire*) auraient dû être encouragées. La Cour suprême a décidé que «la Charte canadienne des droits libérés ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale»¹⁷⁹. Concluant que la preuve ne permet pas de conclure que les quatre groupes subventionnés n'étaient pas représentatifs du point de vue des femmes, les juges de la Cour suprême ont choisi de respecter la décision gouvernementale.

Comparer les interprétations du droit de vote et de la liberté d'association sous la *Charte* peut aussi servir d'exemple quant aux différentes approches adoptées par les juges et à l'importance de leur conception du pouvoir judiciaire et de son rôle. Dans l'interprétation de l'article 3 (le droit de vote) les juges considèrent qu'il s'agit d'un droit fondamental dans le régime démocratique et, en conséquence, invalident généralement les lois qui le restreignent. Ainsi, dans l'affaire *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, écrit que le droit de vote est «un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi»¹⁸⁰.

Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de soutenir.¹⁸¹

En conséquence, la disposition de la loi électorale fédérale qui privait du droit de vote les détenus ayant commis des crimes graves a été considérée comme étant une restriction inconstitutionnelle. Également, dans l'affaire *Figuroa c. Canada (P. G.)*, où était en cause la constitutionnalité de dispositions législatives fédérales qui n'accordent certains avantages qu'aux seuls

179. *Ibid.* au para. 91 (j. McLachlin).

180. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 9.

181. *Ibid.* au para. 11.

partis politiques ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales, le droit de vote y est encore largement interprété. Il vise le droit à la représentation effective, qui ne se limite pas au droit à un représentant efficace au Parlement ou à l'Assemblée législative. L'article 3 de la *Charte* a pour objet d'accorder aux citoyens le droit de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

Le fait que les droits garantis par l'art. 3 sont des droits de participation étaye la thèse que l'art. 3 doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. L'article ne fait pas état de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l'art. 3 que l'élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l'art. 3 doit être interprété d'une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l'importance de la participation individuelle à l'élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l'objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l'art. 3.¹⁸²

Sur cette base, la Cour en arrive à la conclusion que le critère des 50 candidatures viole l'article 3 de la *Charte*, dans la mesure où il :

réduit la capacité des citoyens d'influencer la politique sociale en introduisant leurs idées et leurs opinions dans le débat public par leur participation au processus électoral. Elle [il] mine aussi la capacité des citoyens d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète exactement leurs préférences. Dans chaque cas, la condition contestée est incompatible avec l'objet même de l'art. 3 de la *Charte*, savoir la

182. *Figueroa c. Canada (P. G.)*, [2003] 1 R.C.S. 192 au para. 26.

protection du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral¹⁸³.

Cette interprétation large et généreuse du droit de vote contraste avec l'interprétation d'autres droits, dont celle de la liberté d'association. Il est intéressant de noter que certains voient dans la jurisprudence récente de la Cour suprême, en particulier l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁸⁴, un avenir stimulant pour la liberté d'association¹⁸⁵. La prise en compte du droit international qui s'y manifeste pourrait amener une évolution importante de la liberté d'association en raison de l'attachement du droit international aux droits du travail. Or, dans le passé, depuis le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*¹⁸⁶, la contextualisation a plutôt servi à limiter cette liberté. En effet, les tribunaux ont préféré laisser au législateur la responsabilité des relations de travail, estimant qu'il s'agit d'un domaine où la retenue judiciaire est de mise dans l'interprétation et la mise en œuvre de la liberté d'association. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*¹⁸⁷, relative aux systèmes des certificats de compétence et d'adhésions syndicales dans l'industrie de la construction québécoise, malgré qu'elle reconnaisse un aspect négatif à la liberté d'association, c'est-à-dire une liberté de ne pas s'associer, la Cour suprême fait preuve d'une certaine retenue à l'égard du législateur dans le contexte des relations de travail. Notamment, le juge LeBel écrit, commentant une décision précédente¹⁸⁸, que «la Cour suprême a entièrement laissé le domaine des relations du travail au processus politique, au Parlement et aux législatures provinciales»¹⁸⁹. Plus loin, il ajoute :

Par ailleurs, les arrêts de notre Cour n'ont jamais conclu que les lois du travail se trouvaient à l'abri d'un examen fondé sur la Charte. Ils n'affirment pas que l'al. 2d) ou les autres dispositions de la Charte n'exigeront jamais qu'une loi sur les relations du travail soit déclarée invalide ou qu'elle fasse l'objet d'une autre forme de réparation.

183. *Ibid.* au para. 58.

184. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

185. Voir notamment Alain-Robert Nadeau, «Approche contextuelle et droit international», *J. du Bar.*, vol. 33, no 15, 15 septembre 2001.

186. [1987] 1 R.C.S. 313.

187. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209.

188. *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

189. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 187 au para. 161.

Néanmoins, notre Cour a toujours fait preuve de retenue quant aux interventions constitutionnelles en matière de relations du travail. Cette attitude non-interventionniste a eu comme résultat concret que les mécanismes de négociation et les droits qui ont largement défini le rôle des syndicats pendant plus d'un demi-siècle au Canada n'étaient plus, jusqu'à maintenant, protégés par la Charte. Celle-ci est restée une force neutre en ce qui concerne ces droits.¹⁹⁰

Il est intéressant de noter que, dans la phrase qui suit immédiatement, le juge LeBel fait remarquer que «[c]ertains ont exprimé leur mécontentement et des critiques à l'égard de cette attitude», et que cela réfère à des critiques très connus du contrôle judiciaire de constitutionnalité, soit Michael Mandel¹⁹¹ et Allan C. Hutchison¹⁹². Il faut toutefois préciser que la retenue exprimée dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.* sert des intérêts contraires à ceux que la retenue avait favorisés dans le renvoi de 1987.

La théorie de l'imprécision

Paul Amselek a bien montré la non-objectivité et l'incomplétude des règles juridiques¹⁹³. Cette nature non résolue des règles de droit s'explique en partie comme suit :

Les règles juridiques sont des outils mentaux [...] autoritairement mis en service, en vigueur, par la pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner : il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances – marges qu'évoquaient précisément chez les Romains la notion même de «jus» dans son sens le plus originaire, et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de «droit» qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture,

190. *Ibid.* au para. 162.

191. Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 1994 à la p. 269 et s.

192. Allan C. Hutchison, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

193. Paul Amselek, «La teneur indéfinie du droit» (1992) 26 R.J.T. 1.

de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte.¹⁹⁴

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, c'est sur ce texte de Paul Amselek que le juge Gonthier, au nom de la Cour suprême, s'appuie pour déterminer le critère de précision requis afin qu'une norme ne soit pas déclarée inconstitutionnelle : «une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire»¹⁹⁵. Il faut que «ces normes donnent lieu à un débat judiciaire», qu'elles «comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. [...] Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques»¹⁹⁶. En l'espèce, le terme indûment dans l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁹⁷, lequel interdit d'empêcher indûment la concurrence, a été jugé suffisamment précis pour préserver la constitutionnalité de la disposition législative.

Somme toute, cette norme de précision s'avère peu sévère pour le législateur¹⁹⁸. Car, depuis toujours, les tribunaux ont réussi à interpréter et appliquer des normes juridiques caractérisées par leur texture ouverte¹⁹⁹. Pourtant, l'un des fondements de la théorie de l'imprécision, relié au principe de la primauté du droit et au besoin de sécurité juridique, vise l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens²⁰⁰. L'expertise des tribunaux en matière d'interprétation peut difficilement servir de critère afin de déterminer si les citoyens peuvent raisonnablement prendre connaissance à l'avance du droit.

Par ailleurs, la Cour suprême a adopté une approche contextuelle de la nullité pour imprécision en précisant que la norme peut varier selon les

194. *Ibid.* à la p. 4.

195. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 au para. 71.

196. *Ibid.*. Aux para. 61, 63.

197. S.R.C. 1970, c. C-23.

198. Pour un avis contraire, voir Anouk Violette, «Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle» (2003) 63 R. du B. 103.

199. Sur cette notion de texture ouverte : Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

200. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra* note 195 aux pp. 632-635.

circonstances. Dès l'arrêt de 1992, le juge Gonthier avait suggéré une certaine retenue dans la mise en œuvre de la théorie de l'imprécision : «Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet»²⁰¹. Dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, portant sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario²⁰², le juge Gonthier a rappelé qu'il «faudrait faire preuve de retenue»: «La théorie de l'imprécision au regard de l'art. 7 ne doit pas servir à imposer une camisole de force à l'État dans les domaines de la politique sociale»²⁰³. Il ajoute plus loin :

Dans le contexte environnemental, chacun d'entre nous est menacé par la dégradation de la santé et des biens que cause la pollution. Lorsque le législateur prévoit des mesures de protection au moyen de lois de nature réglementaire comme la LPE, il convient que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande retenue quand ils examinent les infractions prévues dans ces lois au regard de la Charte.

Je conclus donc que l'objectif et le contenu de l'al. 13(1)a) LPE, les valeurs de la société qui le sous-tendent, de même que la nature réglementaire de l'infraction qu'il prévoit ont tous une incidence sur l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 alléguée par CP. Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manoeuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.²⁰⁴

En se fondant sur ces considérations, le juge Gonthier en arrive à la conclusion que l'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* fournit un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire et qu'il satisfait, par conséquent, au critère énoncé dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Dans son étude de la théorie de l'imprécision, Marc Ribeiro fait remarquer que les facteurs contextuels ne servent qu'à justifier la déférence envers le législateur²⁰⁵. En fait, la Cour suprême ne semble pas exiger davantage de

201. *Ibid.* à la p. 642.

202. L.R.O. 1990, c. E-19 [LPE].

203. *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 au para. 49.

204. *Ibid.* aux para. 58, 59.

205. Marc Ribeiro, *Limiting Arbitrary Power. The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, Vancouver, UBC Press, 2004 à la p. 106.

précision en présence d'une loi pénale. Ni dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, ni dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, les juges n'ont reconnu que la nature de la loi pouvait avoir un impact sur l'exigence constitutionnelle de précision. Au surplus, le juge Gonthier a même rejeté la pertinence de la nature de la loi pour les fins de l'analyse relative à l'imprécision :

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. En droit pénal, on peut penser que l'État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire. À mon avis, cependant, si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'«atteinte minimale» de l'analyse fondée sur l'article premier.²⁰⁶

Dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à la théorie de l'imprécision, les juges accordent de l'importance aux rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Parmi tous les arrêts pertinents, c'est sans doute l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*²⁰⁷ qui l'illustre le mieux. Les juges de la Cour suprême devaient se prononcer sur l'imprécision de l'article 43 du *Code criminel* :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La juge McLachlin, au nom de la majorité, maintient la constitutionnalité de l'article 43 en le jugeant suffisamment précis, mais en y excluant les cas d'application suivants :

Le châtement corporel infligé à un enfant de moins de deux ans lui est préjudiciable et n'est d'aucune utilité pour corriger vu les limites

206. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, supra note 195 au para. 70.

207. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

cognitives d'un enfant de cet âge. Le châtement corporel infligé à un adolescent est préjudiciable en ce sens qu'il risque de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Le châtement corporel infligé à l'aide d'un objet, comme une règle ou une ceinture, est préjudiciable physiquement et émotionnellement. Le châtement corporel consistant en des gifles ou des coups portés à la tête est préjudiciable. Ces formes de châtement, pouvons-nous conclure, ne sont pas raisonnables.²⁰⁸

Les juges Deschamps et Arbour, qui écrivent chacune des motifs dissidents, s'opposent à une telle reconstruction judiciaire de l'article 43, laquelle aurait pour effet d'éviter toute conclusion d'imprécision. Pour sa part, la juge Arbour écrit notamment ceci :

En toute déférence, j'estime qu'une telle interprétation restrictive d'un moyen de défense prévu par la loi est incompatible avec le rôle que les tribunaux jouent à l'égard des moyens de défense que la loi ou la common law reconnaît en matière criminelle. [...] En l'absence d'une conclusion à l'existence d'une violation de la Constitution par le législateur, j'estime que l'interprétation atténuée que la Juge en chef donne au moyen de défense prévu par la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu'ils doivent jouer en matière criminelle.²⁰⁹

Quant à la juge Deschamps, elle s'en remet également à une conception du pouvoir judiciaire pour refuser de «créer une disposition valide sur le plan constitutionnel»²¹⁰ :

En limitant radicalement une disposition législative et en en restreignant de façon importante l'application envisagée, la Cour n'interpréterait pas les vues du législateur, mais leur substituerait ses propres vues. Ce n'est pas le rôle qui lui appartient.²¹¹

En conclusion, la position majoritaire, qui manifeste une retenue dans la solution et un interventionnisme dans la méthode, heurte la conception du rôle des tribunaux qu'exprimait le juge Dickson dans *Hunther c. Southam Inc.* : «Il

208. *Ibid.* au para. 37.

209. *Ibid.* aux para. 132, 138.

210. *Ibid.* au para. 215.

211. *Ibid.* au para. 216.

n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives»²¹².

4. La limitation des droits et libertés

Pour démontrer l'hypothèse à la base du présent texte, selon laquelle le sort du contrôle de constitutionnalité demeure largement tributaire des représentations qu'entretiennent les juges quant à leur légitimité, le domaine privilégié s'avère certes la jurisprudence élaborée par la Cour suprême sous l'article premier de la *Charte*. Il est intéressant de noter que, selon les critiques maintes fois entendues, l'article premier, que l'on a d'abord vu comme une garantie contre le gouvernement des juges²¹³, est devenu la disposition de la *Charte* qui permet le plus aux juges de s'immiscer dans le travail du législateur. En effet, c'est surtout dans la détermination du caractère raisonnable et justifiable des limitations aux droits et libertés que les juges de la Cour suprême se sont divisés entre des attitudes de retenue et d'activisme judiciaires, attitudes dictées par des conceptions de la légitimité démocratique de l'action constitutionnelle du pouvoir judiciaire.

La construction du test de l'article premier et son évolution

Il est bien connu que le test de l'article premier, que doit satisfaire toute règle de droit qui restreint un droit ou une liberté, a d'abord été élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes [Oakes]*, par le juge en chef Dickson :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la

212. *Hunther c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. au para. 44.

213. Voir notamment André Morel, «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges» (1983) 61 R. du Bar. Can. 81 [A. Morel]; 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, 119 à la p. 132 et s.; voir, plus récemment, K. Roach, *supra* note 56.

Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».²¹⁴

Ce test de l'arrêt *Oakes*, trop souvent compris de manière rigide et formelle alors qu'en l'espèce son application à l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* suggérait le contraire²¹⁵, a connu une évolution au fil des décisions. Le juge en chef Dickson, qui avait dès le départ laissé entendre que «la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances»²¹⁶, a lui-même assoupli ce test peu de temps après l'avoir énoncé. Dans l'affaire *Edwards Books*, il écrit :

214. *R. c. Oakes*, *supra* note 44 aux para. 69, 70.

215. Effectivement, l'article 8 a échoué le test de l'article premier puisqu'il n'était pas lui-même rationnel, c'est-à-dire qu'il établissait une présomption de trafic de drogue à partir de la seule possession d'un stupéfiant, ce qui n'était pas un critère expressément mentionné dans le passage reproduit ci-haut.

216. *R. c. Oakes*, *supra* note 44 au para. 70.

Les choix du législateur concernant d'autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la Charte, et la loi qui en résulte n'a pas à être parfaitement ajustée de manière à résister à un examen judiciaire. La simplicité et la commodité administrative sont des préoccupations légitimes des rédacteurs de ce genre de lois.²¹⁷

Je tiens à souligner qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables.²¹⁸

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.²¹⁹

Dans cet arrêt *Edwards Books*, le juge La Forest, qui deviendra par la suite le principal tenant d'un assouplissement du test de l'arrêt *Oakes*, abonde dans le même sens :

Permettez-moi tout d'abord de souligner, comme le mentionne l'avis du Juge en chef, qu'en décrivant les critères circonscrivant l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Cela me paraît essentiel, étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite. En interprétant la Constitution, les tribunaux doivent être conscients de ce que le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McGowan*, précité, à la p. 524, appelle [TRADUCTION] «la réalité pratique de la vie», à laquelle le législateur doit répondre. C'est particulièrement le cas dans un domaine comme celui présentement en cause, où se font sentir autant de pressions opposées. [...]

217. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, supra note 114 au para. 125.

218. *Ibid.* au para. 145.

219. *Ibid.* au para. 142.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manoeuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter. Dans un cas comme la présente affaire, il me semble que le législateur fait face à un dilemme: ou bien il laisse la Loi imposer un fardeau à ceux qui observent un jour de culte autre que le dimanche, ou bien il prévoit des exemptions qui auront pour effet pratique de contrecarrer sensiblement l'objectif qu'il cherche à promouvoir et qui elles-mêmes auront pour résultat d'imposer un fardeau à ceux qui observent le dimanche et peut-être même à d'autres personnes aussi. Cela étant, il me semble que le choix de prévoir ou non une exemption pour ceux qui observent un jour autre que le dimanche doit demeurer essentiellement le choix du législateur. Toute considération d'égalité mise à part, cela est vrai autant des compromis qui doivent être faits lorsque des exemptions religieuses sont créées. Ces choix exigent une connaissance approfondie de toutes les circonstances. Il y a des choix qu'un tribunal n'est pas en mesure de faire.²²⁰

Cette souplesse dans l'application du test de l'article premier semble conforme à ce que voulait le juge en chef Dickson, comme il l'écrivait finalement dans l'affaire *R. c. Keegstra* :

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence, et le juge La Forest décrit admirablement cette méthode souple dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490: «Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la Charte, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.»²²¹

220. *Ibid.* aux para. 176, 178 aux pp. 794-796.

221. *R. c. Keegstra*, *supra* note 45 au para. 47.

La Cour suprême justifie sa déférence envers le pouvoir législatif en référant au caractère représentatif des législateurs élus. Une telle justification ne peut que contribuer à la prégnance du doute antidémocratique dans l'esprit des juges. Par exemple, dans l'affaire *Irwin Toy*, on peut lire :

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.²²²

Dans sa jurisprudence postérieure à *Oakes*, la Cour suprême a élaboré diverses variables contextuelles afin de moduler l'intensité avec laquelle les critères de l'article premier doivent être appliqués et plus particulièrement les sous-critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale²²³. C'est ainsi par exemple que la nature du droit invoqué, la nature de la loi en cause, la capacité institutionnelle respective du législateur et du tribunal, les intérêts en présence, notamment lorsque la loi protège un groupe vulnérable ou selon que l'État agit comme arbitre entre des intérêts opposés ou comme adversaire d'un individu, sont susceptibles d'influer sur la sévérité du contrôle judiciaire²²⁴. Dans l'affaire *Adler c. Ontario*, la juge L'Heureux-Dubé résume certaines de ces variables contextuelles :

notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la Charte (*Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur*

222. *Irwin Toy Ltd c. Québec (P. G.)*, supra note 115 au para. 79 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson).

223. José Woehrling, «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés: l'état de la jurisprudence de la Cour suprême» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 [J. Woehrling].

224. Voir notamment les arrêts : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, supra note 114; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, supra note 115; *Mckinney c. University de Guelph*, supra note 116.

général), [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199)²²⁵.

Ces critères de modulation permettent une certaine contextualisation du test de proportionnalité, conformément à la «méthode contextuelle» développée par la Cour suprême²²⁶. Les juges ont ainsi eu recours à ces variables afin d'assouplir le test de l'arrêt *Oakes*. Comme l'a écrit Jacques Frémont, «[o]n trouve au cœur de cette jurisprudence un respect manifeste pour la fonction législative qui n'est pas sans rappeler la traditionnelle retenue judiciaire dans le contentieux relatif au partage des compétences législatives»²²⁷.

C'est donc l'appréciation de ces variables qui dicte le choix entre l'activisme judiciaire et la retenue judiciaire. En fait, l'application de l'article premier démontre que la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'est pas entièrement réglée, et ce, même chez les juges. Ce que l'ex-juge Wilson a ainsi exprimé :

I think if you study the decisions of the Court on this subject in the order in which they were handed down you will see the ambivalence on the part of the Court. The Court seems to have concluded that the strict application of *Oakes* may be appropriate in some cases and the more flexible approach of reasonableness in others. What has happened, in effect, is that the members of the Court have come to some kind of compromise on the application of the *Oakes* test. In *Irwin Toy v. Quebec (A.G.)*, it drew a distinction between cases in which the government was attempting to mediate the conflicting interests of competing groups, where a less demanding justification standard was appropriate, and cases in which the government was best described as the «singular antagonist» of the individual whose right had been infringed, where a more demanding justification standard was appropriate. However, the Court

225. *Adler c. Ontario*, *supra* note 120 au para. 91.

226. Pour une analyse de la jurisprudence pertinente, voir D. Pinard, *supra* note 153 aux pp. 346-349.

227. Jacques Frémont, «La sanction des lois inconstitutionnelles et la fonction législative des tribunaux à la lumière de l'arrêt *Schachter*» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, *supra* note 77, p. 545, à la page 547.

has obviously not stuck to its compromise solution as is clear from *R. v. Chaulk*, and the most that can be said at present is that the state of the law is quite uncertain. If I may be permitted a quick look into the future it would be my guess that the flexible approach will win out. The doubt about the legitimacy of judicial review persists and finds expression by different members of the Court in different ways -- in terms of a distinction made between law and policy, law being for the courts and policy for governments, or in terms of courts not getting into the wisdom as opposed to the *vires* of the legislation (the pre-*Charter* Laskin concern), or perhaps the most straightforward rationale, namely the concept of the courts owing deference to the legislature as the elected representatives of the people. I must confess that to me judicial review and deference to the legislature are an incompatible pair and I fear that our attempt to combine them has simply resulted in a muddying of the jurisprudential waters!²²⁸

Malgré tous les efforts de la Cour suprême pour préciser le test de l'article premier, la difficulté d'application est demeurée, comme en témoignent les jugements partagés dans les affaires *RJR MacDonald Inc. c. Canada (P. G.)* [*RJR MacDonald*]²²⁹, *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P. G.)* [*Thomson Newspapers*]²³⁰ et *Sauvé c. Canada (Direction générale des élections)* [*Sauvé*]²³¹. Ce sont les opinions des juges de la Cour suprême, bien davantage que la doctrine²³² ou le jugement récent de la Cour d'appel de Terre-Neuve (dans lequel le juge Marshall, au nom de deux de ses collègues, invitait la Cour suprême à revoir son interprétation de l'article premier²³³), qui militent le plus fortement en faveur d'une révision de l'application de l'article premier. Il convient, par conséquent, d'examiner brièvement ces affaires de la Cour suprême, dans la mesure où elles constituent des traces du débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de

228. B. Wilson, *supra* note 4 aux pp. 269-270.

229. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P. G.)*, *supra* note 36 (5 juges contre 4).

230. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P. G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877 (5 juges contre 3).

231. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 (5 juges contre 4).

232. Voir notamment Leon E. Trakman, Willam Cole-Hamilton et Sean Gatién, «*R. v. Oakes 1986-1997. Back to the Drawing Board*» (1998) 36 Osgoode Hall L. J. 83; J. Leclair, *supra* note 61, 414; Timothy Macklem et John Terry, «*Making the Justification fit the Breach*» (2000) 11 S.C.L.R. 575.

233. *Newfoundland (Treasury Board) c. Newfoundland Assn. of Public Employees*, 2002 NLCA 72 (juges Marshall, Steele, Roberts), 6 décembre 2002, rapporté à (2002), 221 D.L.R. (4th) 513. La Cour suprême a finalement décliné l'invitation : *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

constitutionnalité. Plus précisément, ce sont ces hésitations entre des attitudes d'interventionnisme ou de déférence qui témoignent de la prégnance de cette question dans l'esprit des juges.

Dans *RJR MacDonald*, la position majoritaire de la juge McLachlin tranche avec la retenue exprimée par le juge La Forest. Ce dernier, fidèle à la position qu'il avait exprimée dès l'affaire *Edwards Books*, est moins sévère à l'égard du législateur qui a choisi d'interdire la publicité relative aux produits du tabac :

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que les exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* doivent être appliquées avec souplesse en tenant compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Le terme «raisonnables» employé à l'article premier est nécessairement une indication qu'il y a lieu de faire preuve de souplesse.²³⁴

Selon le juge La Forest, la loi en cause est «précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d'une grande retenue»²³⁵ et la liberté invoquée en l'espèce, la liberté d'expression des compagnies de tabac, suggère d'appliquer une norme de justification moins sévère :

le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier²³⁶.

Dans son application du sous-critère de l'atteinte minimale, examinant une option moins attentatoire, il écrit :

Il semble donc que le Parlement avait des motifs impératifs de rejeter une interdiction partielle de la publicité et d'imposer plutôt une interdiction totale. C'est pourquoi notre Cour ferait un geste tout à fait artificiel si elle décidait, purement dans l'abstrait, qu'une interdiction partielle de la publicité serait aussi efficace qu'une interdiction totale. À mon avis, c'est précisément le type de «ligne de démarcation» que notre Cour a déclaré

234. *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, supra note 36 au para. 63.

235. *Ibid.* au para. 70.

236. *Ibid.* au para. 75.

être du ressort des législatures et non des tribunaux. Notre Cour a été claire sur ce point dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, où elle a déclaré, à la p. 990, que le gouvernement devait disposer «d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes».²³⁷

Écrivant au nom de la majorité, la juge McLachlin, quant à elle, estime que l'analyse contextuelle ne diminue pas l'obligation qu'a l'État de justifier les restrictions au droit. On doit éviter de «remplacer la démonstration raisonnée envisagée par la Charte par l'exercice du pouvoir discrétionnaire ad hoc d'un tribunal»²³⁸. Elle ajoute :

Cependant, comme pour le contexte, il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la Charte lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, 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.²³⁹

Étant d'avis que la loi en cause est de nature pénale (contrairement au juge La Forest), que la liberté d'expression n'est pas nécessairement moins importante du fait qu'elle sert à réaliser des profits (elle mentionne notamment l'exemple des propriétaires de journaux) et que la preuve présentée est insuffisante, la juge McLachlin conclut que les dispositions législatives contestées sont inconstitutionnelles.

237. *Ibid.* au para. 104.

238. *Ibid.* au para. 134.

239. *Ibid.* au para. 136.

Lorsque l'on compare les opinions des juges La Forest et McLachlin, il est évident que la distinction entre leurs conclusions dépend largement de la norme de contrôle judiciaire que chacun d'eux considère appropriée en l'espèce. Celle-ci est déterminée en fonction de leur conception respective des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Cela vaut également dans l'affaire *Thomson Newspapers*, où était en cause la constitutionnalité de la disposition de la loi électorale fédérale interdisant la publication de sondages dans les derniers jours d'une campagne électorale.

D'un côté, le juge Gonthier, dissident, qui débute son jugement en mentionnant que les sondages sont considérés comme une réduction du discours politique «au plus petit dénominateur commun»²⁴⁰, est d'avis que :

notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du Parlement dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel²⁴¹.

De l'autre côté, le juge Bastarache, au nom de la majorité, est plutôt d'avis que «la nature de la forme d'expression en litige dans le présent cas ne tend pas à indiquer, à première vue, qu'une approche empreinte de retenue est appropriée en l'espèce»²⁴² et que «la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages»²⁴³. En conséquence, le juge Bastarache est d'avis «qu'il convient de faire montre de peu de retenue dans la présente affaire, car les facteurs contextuels précités indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important»²⁴⁴.

Encore une fois, le résultat du contrôle judiciaire de constitutionnalité dépend de l'application de ces variables contextuelles. Si le juge estime devoir faire

240. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, supra note 230 au para. 2. Il écrit : «Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique».

241. *Ibid.* au para. 42.

242. *Ibid.* au para. 95.

243. *Ibid.* au para. 112.

244. *Ibid.* au para. 118.

preuve de retenue, la norme est jugée constitutionnelle. Et l'appréciation de ces variables ou facteurs contextuels relève de considérations soupesées différemment d'un juge à l'autre. Cela est apparu très clairement, encore une fois, dans la récente affaire *Sauvé*. De la manière dont la juge en chef McLachlin entame ses motifs, l'on sait déjà qu'il sera difficile pour le procureur général de justifier pourquoi les détenus ayant commis des crimes graves n'ont pas le droit de voter : «[i]l faut une bonne raison pour entraver le droit de vote, qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne»²⁴⁵. Après avoir réaffirmé l'application du test formulé dans l'arrêt *Oakes*, qui permet au tribunal d'analyser rigoureusement tous les aspects du processus de justification, la juge en chef exprime son désaccord par rapport à son collègue Gonthier qui proposait une approche de retenue judiciaire :

Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Il s'agit ici non pas de substituer la préférence philosophique de la Cour à celle du législateur, mais de s'assurer que la justification de ce dernier est fondée sur la logique et le bon sens²⁴⁶.

Le juge Gonthier estimait en effet que le fait de priver certains détenus du droit de vote lors d'élections fédérales était une question de philosophie sociale et politique, appelant une retenue judiciaire :

Mon désaccord avec le Juge en chef revêt par ailleurs un caractère plus fondamental. La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la «preuve scientifique» ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit, selon moi, s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications

245. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 1.

246. *Ibid.* au para. 9.

favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Je conclus que c'est le cas en l'espèce.²⁴⁷

Plus loin, il discute de la norme de sévérité avec laquelle il convient d'appliquer l'article premier, en se situant par rapport à la norme de justification exigeante posée par la juge en chef McLachlin :

Dans ses motifs, le Juge en chef applique une norme qui semble plus exigeante que celle de la «justification» mentionnée précédemment. Elle décrit le droit de vote comme étant un «droit démocratique fondamental» et laisse entendre que le fait qu'il ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 place en quelque sorte la barre haute pour le gouvernement lorsque vient le temps d'en justifier la restriction (par. 13 et 14). L'adoption de cette nouvelle norme de justification est problématique en ce sens qu'elle paraît fondée sur l'avis qu'une seule philosophie sociale ou politique plausible est susceptible de justifier la restriction ou la non-restriction du droit. Elle est erronée au vu du libellé de l'article premier de la *Charte*. Il est clair que cette disposition n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui ne peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.²⁴⁸

Vingt ans après l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'application de l'article premier, qui intervient dans presque tous les contrôles de constitutionnalité, cause toujours problème. Cela tient au fait que les juges semblent éprouver encore un certain malaise antidémocratique dans leur rapport au législateur. À cet égard, l'article premier, lieu par excellence de l'expression de ce doute, est certes marqué par le débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

247. *Ibid.* au para. 67.

248. *Ibid.* au para. 95.

Dans ce qui suit, je ferai d'abord une critique interne du test de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*, avant de suggérer des pistes pour son éventuel remplacement.

Les difficultés internes du test de l'arrêt Oakes

Si, d'un côté, le test élaboré dans l'arrêt *Oakes* semble entraîner les juges sur le terrain législatif, de l'autre, l'assouplissement de ce test manifeste une trop grande déférence envers le législateur. Les attitudes d'activisme et de retenue judiciaires paraissent, en conséquence, insatisfaisantes²⁴⁹. Plus important encore, c'est le choix entre l'une ou l'autre de ces attitudes qui s'avère le principal problème; en réalité, ce choix semble d'abord et avant tout dicté par les conceptions de la séparation des pouvoirs et, en conséquence, de la limite légitime du contrôle constitutionnel. Et si cela militait en faveur d'une remise en question du test de l'arrêt *Oakes* et de ses suites, qu'en serait-il?

Il ne faut pas s'y tromper, le test de l'arrêt *Oakes* ne vise qu'à objectiver les standards indéterminés («limites raisonnables», «société libre et démocratique») que l'on retrouve dans le texte de l'article premier. Imaginer un tel cadre analytique sous forme de test ne servirait qu'à camoufler le caractère discrétionnaire du pouvoir dont jouissent les juges lors de l'examen du bien-fondé de la limitation. Selon le constitutionnaliste José Woehrling :

[I]e «test» formel de la raisonnable sert à expliquer, à justifier et à rationaliser cette décision, mais ne permet pas d'en démonter les ressorts, ni a fortiori de la prédire. Autrement dit, le rôle que joue le «test» de raisonnable est principalement «rhétorique». Il permet au juge de convaincre son auditoire (et de se convaincre lui-même...) que la décision qu'il a adoptée constitue le fruit d'une démarche rationnelle plutôt que d'une préférence subjective²⁵⁰.

249. Pour une évaluation de celles-ci, voir notamment : Stéphane Bernatchez, «Critique de la retenue et de l'activisme judiciaires en vertu de la théorie procédurale de la démocratie et du droit de Jürgen Habermas» dans André Duhamel, Daniel Weinstock et Luc B. Tremblay, *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Thémis, 2001, 207.

250. J. Woehrling, *supra* note 223 à la p. 34.

Dans son ouvrage sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, Jacques Gosselin écrit :

[...] l'utilisation de formules et de tests ajoute une dimension qui tend à occulter le rôle créateur du juge dans sa décision en présentant celle-ci comme le résultat d'un test mécanique d'une norme qui demeure extérieure à la volonté de son interprète et lui permet ainsi d'exercer un pouvoir sans en assumer véritablement la responsabilité [...]
[...] il est un peu illusoire de croire qu'en appliquant les quatre critères posés par les deux volets de l'analyse qu'ils font en vertu de l'article 1 de la Charte, les tribunaux utilisent une norme objective et impersonnelle qui est toujours indépendante de leur propre volonté et qui les contraint fortement.²⁵¹

De l'avis de plusieurs, le test imaginé par le juge Dickson, dans son interprétation de la clause limitative, ne respecterait pas le texte de l'article premier. Évidemment, les développements en théorie de l'interprétation juridique ne permettent certainement pas d'affirmer que le texte constitue en l'espèce une contrainte forte sur l'interprète, mais néanmoins cela montre que la limitation des droits pourrait être envisagée autrement.

Ainsi, dès le départ, le professeur Morel, qui voyait dans la clause limitative une garantie contre le gouvernement des juges, affirmait que «l'article 1 de la Charte canadienne a opté clairement pour un régime qui, plus que d'autres, privilégie la souveraineté parlementaire. Si on l'avait voulu autrement, il aurait fallu caractériser les limites permises par un mot plus exigeant que le mot «raisonnable»»²⁵². C'est également l'avis de Jacques Gosselin, qui écrit :

Ainsi, le critère de l'importance et de l'urgence de l'objectif législatif, de même que celui de l'atteinte minimale au droit, ajoutent, d'après nous, au texte de l'article 1 tout en permettant aux tribunaux de s'immiscer dans les choix législatifs des parlements, davantage que ce qui est nécessaire à la réalisation de la finalité de la Charte. [...] En insistant sur la nécessité de respecter les composantes de ce test et en le présentant comme un impératif découlant de la Constitution elle-même, la Cour

251. Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991 à la p. 120 [J. Gosselin].

252. A. Morel, *supra* note 213 à la p. 93.

suprême cherche à retenir l'autorité et la légitimité du texte constitutionnel tout en le reformulant²⁵³.

Hugo Cyr est également d'avis que «ce test à quatre volets que la Cour suprême a élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [...] elle ne l'a pas lu dans l'article premier mais l'a plutôt projeté dans cet article et en a fait l'*alter ego* de celui-ci par construction jurisprudentielle»²⁵⁴.

De même, selon le juge LaForest, le test de l'arrêt *Oakes* se serait inadéquatement substitué à l'article premier. Commentant la décision du juge de première instance dans l'affaire de la publicité du tabac, il écrit :

Tout au long de sa décision, il parle des exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* comme d'un «critère». Ce faisant, il a adopté le point de vue, que partagent malheureusement certains auteurs, que les exigences en matière de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* sont comparables à celles applicables à l'article premier ou les ont même remplacées. Ce point de vue se fonde sur une interprétation erronée de la jurisprudence de notre Cour. Le «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu'il l'applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique». Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation.²⁵⁵

253. J. Gosselin, *supra* note 251 aux pp. 120-121.

254. H. Cyr, *supra* note 148 aux pp. 578-579.

255. *RJR-MacDonald c. Canada (P. G.)*, *supra* note 36 au para. 62 (j. La Forest).

S'agissant de cette question de l'incompatibilité entre le test de l'arrêt *Oakes* et les exigences de l'article premier, le critère de proportionnalité pose un problème de logique interne²⁵⁶. Inspirés des trois niveaux de contrôle développés par la Cour suprême des États-Unis dans son application de l'égalité de protection des lois du XIV^e amendement²⁵⁷, la Cour suprême du Canada a élaboré ces sous-critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Toutefois, contrairement à ce qui est le cas aux États-Unis, les trois niveaux de contrôle s'appliquent ici cumulativement, plutôt qu'alternativement. Ce cumul des trois étapes pose un problème logique, puisque l'on rencontre d'abord le critère le moins sévère (le lien rationnel), puis le plus exigeant (l'atteinte minimale) et, enfin, le critère intermédiaire (la proportionnalité) qui devient inutile lorsqu'on atteint ce dernier stade. Puisqu'il faut passer au travers des trois critères, le critère le plus sévère devient évidemment l'étape ultime. «Par conséquent, il n'y a aucune modulation possible de la sévérité du contrôle judiciaire; celui-ci devra être le plus rigoureux possible dans tous les cas»²⁵⁸. Ainsi, alors que les trois sous-critères du critère de proportionnalité auraient dû suggérer la création de trois normes de contrôle, le test de l'article premier donne plutôt lieu à deux normes de contrôle. L'une sévère, propre à l'activisme judiciaire, et l'autre faisant appel à la retenue ou la déférence à l'égard du législateur.

Le professeur Woehrling adresse quatre critiques à la démarche analytique proposée par la Cour suprême²⁵⁹, que je résume comme suit :

-
256. Sans établir ici de lien de causalité, ce test aurait été l'œuvre, selon Morton et Knopff, *The Charter*, *supra* note 80 à la p. 111, d'un clerc (alors âgé de 23 ans) du juge Dickson, Joel Bakan, aujourd'hui professeur de droit.
257. Le contrôle rigoureux (*strict scrutiny*), qui s'applique, par exemple, aux distinctions fondées sur la race, la religion ou l'origine ethnique ainsi que pour les droits jugés fondamentaux (droit de vote, notamment), exige que la loi soit justifiée par un intérêt primordial (*overriding state interest*); le contrôle minimal (*minimal scrutiny*) ne demande qu'un objectif légitime (*legitimate state interest*) et, enfin, dans le contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny*), la loi doit viser à atteindre un objectif important (*important governmental objective*) et la distinction doit avoir un lien substantiel avec le but poursuivi.
258. J. Woehrling, *supra* note 223 à la p. 17. Si la Cour suprême choisit la méthode alternative plutôt que cumulative, cela équivaldrait à établir des catégories d'examen judiciaire en fonction du droit ou de la liberté en cause. Une telle approche peut conduire à fonder le contrôle de constitutionnalité sur une théorie générale des droits.
259. *Ibid.* aux pp. 18-22.

- 1) D'abord, elle ne respecte pas le texte de l'article premier, puisque seules les restrictions jugées nécessaires seront considérées satisfaisantes, alors que le texte de l'article premier parle de limites raisonnables. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il fait remarquer que «ce qui "raisonnable" n'est pas forcément "nécessaire"».
- 2) Appliqué au pied de la lettre, le test de l'arrêt *Oakes* ne semble permettre aucune marge d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne le sous-critère de l'atteinte minimale. Logiquement, une seule mesure législative est susceptible de porter le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté. Évidemment, dans un régime fédéral, cette exigence risque de devenir un mécanisme d'uniformisation entre les différentes législations provinciales. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême a tôt fait d'assouplir son test dans l'affaire *Edwards Books*, cette difficulté se posait puisque le Nouveau-Brunswick offrait un régime législatif moins attentatoire à l'égard de la liberté de religion que celui de l'Ontario, ce qui n'a pas empêché la Cour suprême de considérer que la loi ontarienne satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.
- 3) Le test de l'arrêt *Oakes* pourrait modifier les rapports institutionnels entre les législateurs et les tribunaux, dans la mesure où ces derniers dicteraient les choix législatifs. Alors que les juges doivent imaginer des solutions de rechange ou, encore, formuler des suggestions (comme dans l'affaire *Ford* où la Cour suprême avait déjà en 1988 suggéré la prédominance du français dans l'affichage commercial, solution retenue par le législateur québécois en 1993), le critère de l'atteinte minimale est si exigeant qu'il a fallu l'appliquer modérément.
- 4) Les sous-critères de proportionnalité se réduisent souvent à un seul. Le critère du lien rationnel, qui est peu exigeant, étant habituellement satisfait, l'on en arrive par la suite à examiner le critère le plus rigoureux, qui devient l'ultime test pour la norme contestée. Une fois celle-ci analysée, soit la norme est déjà déclarée inconstitutionnelle, auquel cas il est inutile d'aller plus loin, soit il faut examiner la norme de contrôle intermédiaire, ce qui devient redondant. En effet, logiquement, si la norme contestée a réussi l'épreuve la plus difficile, l'on voit mal comment elle pourrait échouer le critère de proportionnalité, même dans sa version reformulée dans l'affaire *Dagenais*. (J'ajouterais : à moins, bien entendu, se s'abstenir

de conclure sur le précédent critère de l'atteinte minimale, comme l'a fait la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Sharpe*).²⁶⁰

Bref, cette construction du test de l'arrêt *Oakes* et son application ultérieure ont obligé la Cour à certaines contorsions par rapport au test tel qu'imaginé au départ. C'est ce qui explique l'addition de variables contextuelles. Sans parler des preuves à caractère social, économique, scientifique que les juges doivent soupeser, malgré les contradictions et leur manque d'expertise²⁶¹. Devant toute cette complexité, les jugements sous l'article premier en arrivent parfois à n'être que des jugements de valeurs²⁶².

L'abandon du test instrumental de l'arrêt Oakes

Mais, au surplus, il faut se demander si le test *Oakes* permet vraiment de vérifier si une norme est constitutionnelle. Une fois qu'il est déterminé qu'une mesure législative vise un objectif suffisamment important, ce qui est le cas pour la quasi-totalité des normes législatives, il s'agit d'examiner si les moyens utilisés sont proportionnels à cet objectif. Cependant, pour juger de la protection constitutionnelle d'un droit et de sa limitation, est-ce vraiment là la question pertinente, soit celle de savoir si les moyens législatifs sont bien conçus pour atteindre leur objectif? En d'autres termes, le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit-il principalement porter sur la question de savoir si une norme législative qui porte atteinte à un droit est intrinsèquement efficace? Au plan de la logique juridique, la limitation d'un droit est-elle justifiée à partir du moment où la mesure sous examen répond à cette évaluation fin-moyens? Certaines raisons peuvent ici justifier l'abandon du critère de proportionnalité tel que conçu depuis l'arrêt *Oakes*.

260. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45. Au para. 101, au moment de conclure sur le critère de l'atteinte minimale, la juge en chef écrit : «En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition présente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.»

261. Sur cette question, voir notamment D. Pinard, *supra* note 109.

262. Danielle Pinard, «Activisme ou retenue dans la méthode : démarche en quête de points de repères» dans M.J. Mossman et G. Otis, dir., *supra* note 40, p. 213.

D'une part, avant même l'élaboration du test de *Oakes*, le professeur Morel faisait observer que «[c]ontrairement au concept de nécessité, celui de raisonabilité n'implique pas que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi»²⁶³. Il poursuivait :

[e]n qualifiant par l'adjectif «raisonnable» la nature des restrictions permises aux termes de l'article 1, non seulement le législateur constitutionnel recourait-il à un mot qui, dans la langue usuelle, connote une certaine liberté de choix et une discrétion, mais il devait savoir qu'il utilisait «a term of legal art» dont la signification, en droit public, est consacrée²⁶⁴.

Selon le professeur Morel, «l'article 1 de la Charte institue ce qu'on pourrait appeler un contrôle de compatibilité».

Contrôle de compatibilité, en effet, puisque par les mots «dans le cadre d'une société libre et démocratique», l'article énonce une norme avec laquelle doivent s'accorder les limitations légales auxquelles les droits et libertés sont assujettis. C'est la frontière au-delà de laquelle les restrictions ne sont plus tolérables, parce qu'elles remettraient en question cela même qui est le garant des droits et des libertés que la Charte énonce. Ce que l'article 1 exige, c'est que les mesures restrictives puissent être justifiées sans entrer en conflit avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Ces principes devraient fournir en quelque sorte un cadre de référence pour évaluer, non pas le caractère raisonnable des limitations, mais leur légitimité. Car cette légitimité cesse, à partir du moment où il appert que les mesures restrictives portent atteinte aux fondements ou aux caractères essentiels d'une société libre et démocratique.²⁶⁵

Parmi les suggestions possibles, l'on pourrait mentionner celle consistant à rapprocher le contrôle de constitutionnalité d'une norme de contrôle en droit administratif, l'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil constitutionnel français

263. A. Morel, *supra* note 213 à la p. 94.

264. *Ibid.* à la p. 96.

265. *Ibid.* à la p. 98.

a parfois adopté une telle norme de contrôle²⁶⁶. Évidemment, l'on pourrait voir dans une telle norme de retenue judiciaire qu'une nouvelle trace de la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs.

D'autre part, le test de l'article premier, conçu comme contrôle des moyens par rapport à des fins, présente un problème épistémologique fondamental. Il place en effet le jugement juridique devant être effectué dans le cadre du critère de proportionnalité de l'article premier tel qu'interprété dans l'affaire *Oakes* sous le paradigme de la rationalité instrumentale. Sans entrer trop avant dans les considérations philosophiques concernant l'insuffisance de ce modèle de rationalité comme fondement du jugement pratique²⁶⁷, l'on peut à tout le moins souligner quelques problèmes pratiques et, même, théoriques.

Premièrement, lorsqu'il s'agit de vérifier si les moyens utilisés permettent d'atteindre l'objectif législatif visé et que le contrôle de constitutionnalité se résume, à peu de choses près, à cela, l'importance n'est alors accordée qu'aux seuls moyens mis en œuvre par le législateur. En fait, les fins ou les raisons de légiférer sont généralement considérées, sous le critère de l'objectif législatif, comme étant suffisamment importantes, se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles selon le test de *Oakes*²⁶⁸. Cette approche accorde en conséquence trop peu d'importance aux fins poursuivies et à l'importance du droit auquel il est porté atteinte. C'est ainsi, par exemple, que la juge McLachlin en arrive à affirmer ceci dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)* :

La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur

266. Voir l'affaire des nationalisations, déc. No 81-132 du 16 janvier 1982 : «Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789». Voir aussi la décision Sécurité et liberté du 20 janvier 1981 : «Considérant que [...] il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci alors qu'aucune disposition du Titre I de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789».

267. Voir notamment les principaux ouvrages de Jürgen Habermas.

268. L. Bégin, *supra* note 50 aux pp. 234-235.

a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi.²⁶⁹

Deuxièmement, comme le montre l'ajout de variables contextuelles modulant l'intensité avec laquelle le test de l'article premier doit s'appliquer, «il n'est pas suffisant de vérifier l'admissibilité d'une restriction à travers une épreuve essentiellement instrumentale, portant sur la légitimité du but poursuivi, le caractère approprié des moyens choisis et la nécessité d'y recourir»²⁷⁰. Ce type d'analyse de la solution optimale, avec son usage du test de proportionnalité dans une perspective coût-bénéfice ou fin-moyen, emprunte les fondements utilitaristes de la théorie économique du droit, laquelle «propose de définir les conditions d'une rationalité substantielle auxquelles elle entend soumettre les décisions publiques»²⁷¹. La Cour suprême, à la majorité, a d'ailleurs reconnu que :

[d]ans la mesure où ils sont pertinents pour l'application de la *Charte*, relèvent alors de l'analyse fondée sur l'article premier les arguments utilitaires commandant une analyse coûts-bénéfices des avantages dont jouirait la majorité par rapport aux inconvénients que subirait la minorité²⁷².

Olivier de Schutter explique comme suit le problème plus fondamental que pose la rationalité instrumentale sur laquelle s'appuie le test de l'article premier dans sa version *Oakes* :

-
269. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para. 225.
270. Olivier de Schutter, «Les cadres du jugement juridique» (1998) 2 *Annales de Droit de Louvain* 177, 178-179. Voir également, pour une remise en cause de la conception instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité : Olivier de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999 [O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*].
271. Philippe Coppens et Jacques Lenoble, «Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle» dans Philippe Coppens et Jacques Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1, à la page 11 [P. Coppens et J. Lenoble].
272. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 101 (juges Gonthier et Binnie, pour leurs collègues McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache).

L'exigence classique de la proportionnalité, qui postule une adéquation des moyens par rapport aux fins poursuivies et un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces moyens et ces fins, avoue une double dette envers la forme de rationalité qu'on s'accorde aujourd'hui à reconnaître dépassée : d'une part, elle suppose le caractère déterminable de la relation entre les moyens et les fins, c'est-à-dire qu'elle attribue à l'environnement dans lequel la décision s'inscrit des caractères de prévisibilité et de stabilité qui lui font en réalité défaut; d'autre part, elle suppose l'univocité des valeurs poursuivies par l'intervention publique, ainsi qu'il ressort nettement de la possibilité d'une «mise en balance» des moyens utilisés et des fins en vue de la réalisation desquelles ils le sont, cette mise en balance supposant une norme commune qui serait, dans la présentation classique de la proportionnalité, comme donnée d'avance et non elle-même susceptible d'être mise en discussion.²⁷³

Comme le montre l'analyse comparée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de la Communauté européenne, de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour suprême du Canada, la conception instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité est insuffisante²⁷⁴. Cette insuffisance est démontrée notamment par des références à la substance du droit (par exemple, la forme d'expression en cause est-elle au cœur de la liberté d'expression?) et aux intérêts en présence (l'État agit-il comme adversaire d'un individu ou comme arbitre entre des intérêts opposés?; l'État protège-t-il un groupe vulnérable?) dans l'examen de la limitation des droits et libertés. Avec comme conséquence que ce n'est plus la rationalité instrumentale qui sert à définir la limitation des droits et libertés; c'est plutôt la notion de raison procédurale :

qui traduit le mieux la méthode d'interprétation du «raisonnable» suivie par les juridictions. La validité de la prétention dépend d'une procédure de discussion dans laquelle chacun devra fonder sa position sur un raisonnement rationnel et logique renvoyant à des autorités juridiquement admises. Les choix de valeurs ne sont pas exclus, mais ils ne sont

273. Olivier de Schutter, «La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles» dans P. Coppens et J. Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, supra note 271 à la p. 321.

274. Sur les juridictions européennes et américaines, voir les travaux d'Olivier de Schutter, mentionnés aux notes 270 et 273, ainsi que l'ouvrage d'Olivier Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant/Éd. UdeB, 1997.

départagés que par l'intermédiaire des justifications apportées *a posteriori*. En ce sens, la raison procédurale transcende le clivage entre raison pure et raison pratique²⁷⁵.

En faveur de l'abandon de la conception instrumentale de l'examen de constitutionnalité, l'on peut, en somme, se demander, comme je le soulevais plus haut, si le test qui découle de cette approche est pertinent pour déterminer si une norme juridique est constitutionnelle ou non. En effet, que le rapport entre les moyens mis en œuvre et la fin poursuivie soit établi assure-t-il la constitutionnalité d'une norme juridique? Est-ce ainsi qu'il faut poser la question? En d'autres termes, examiner si le moyen choisi permet d'atteindre l'objectif visé, est-ce la question pertinente afin de déterminer la constitutionnalité des normes juridiques?

À mon avis, le test instrumental pose mal le problème devant être résolu par le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Il s'agit moins de mesurer l'efficacité interne de la norme contestée que de vérifier sa constitutionnalité et d'établir une norme constitutionnelle. Considérer que le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit servir à mesurer cette efficacité de la mesure contestée, sa capacité à atteindre les fins visées par les moyens choisis, signifie que l'on adhère à une conception classique de la rationalité. Tel qu'interprété depuis l'arrêt *Oakes*, le test de proportionnalité de l'article premier entraîne les juges dans cette voie. La Cour y a en effet élaboré un test de proportionnalité qui prend la forme d'une évaluation de la rationalité instrumentale dont la norme est porteuse.

Une fois abandonnée la conception instrumentale du contrôle de constitutionnalité, il conviendrait plutôt de recentrer le débat constitutionnel autour de la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Au sein d'une démocratie représentative, fondée sur les conceptions traditionnelles de la séparation des pouvoirs et du jugement juridique, l'action du juge constitutionnel est certes illégitime. C'est dans cette compréhension, qui demeure prisonnière de la théorie positiviste du droit avec son insistance sur le monopole du législateur dans la production du droit et la neutralité du juge face à la volonté des élus, que l'on a pu parler d'une crise de la démocratie. En fait, cette crise de

275. *Ibid.* à la p. 667.

la démocratie représentative est celle d'un certain modèle de rationalité²⁷⁶. La garantie de rationalité qu'offre le modèle de la démocratie représentative s'inscrit dans le cadre de la philosophie de la conscience, fortement contestée à la fois par le postmodernisme et par les théories qui s'attachent à repenser la modernité. Il importe d'examiner brièvement quelques-unes de ces avenues. Je débiterai par une approche qui propose une nouvelle forme de rationalité, la rationalité communicationnelle, pour ensuite m'éloigner d'une rationalité de l'action ou de la raison pratique au profit d'une conception systémique du droit.

L'article premier et le dialogue

Conçu dans le cadre d'une démocratie délibérative, l'article premier pourrait permettre davantage le dialogue entre les tribunaux et le législateur²⁷⁷. Selon Jean Leclair, «[n]e pas empiéter sur le domaine réservé au pouvoir législatif supposerait également, de la part du pouvoir judiciaire, une reconsidération du test élaboré dans *Oakes*»²⁷⁸. Le constitutionnaliste Leclair suggère notamment d'adopter une approche de droit comparé. Il s'appuie alors sur le constitutionnaliste José Woehrling qui écrit :

[S]i l'on arrive à démontrer qu'une certaine solution législative a été considérée comme non raisonnable et non justifiable dans un ou, de préférence, plusieurs pays libre(s) et démocratique(s), dont la constitution est similaire à la Charte et dont le niveau de culture et de développement se compare à celui du Canada, un tribunal canadien pourra, en s'appuyant sur cette comparaison objective, plus facilement considérer cette même politique législative comme ne satisfaisant pas les exigences de l'article premier de la *Charte*, que s'il justifiait cette

276. Jacques Lenoble, «Modèles de rationalité et crise de la démocratie» dans Dominique Rousseau, dir., *La démocratie continue*, *supra* note 130 à la p. 83.

277. Cette conception du rôle de l'article premier est partagée par les tenants de la théorie du dialogue : P. Hogg et A. Bushell, *supra* note 58; K. Roach, *supra* note 56; Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp, «La relation entre le juge et le législateur sous le régime de la Charte canadienne : pistes pour un meilleur dialogue» dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir., *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 605 [Bernard et Beauchamp].

278. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 414. Le constitutionnaliste Leclair suggère d'adopter une approche de droit comparé. Il s'appuie alors sur le constitutionnaliste José Woehrling, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme» dans Armand de Mestral et al., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 447 [J. Woehrling, «Le rôle du droit»].

conclusion par les seuls arguments fondés sur l'interprétation d'un texte vague et général que cette dernière. À l'inverse, il sera difficile au juge canadien de déclarer non raisonnable et non justifiable une loi fédérale ou provinciale qui ressemblerait beaucoup à des textes semblables qui ont passé avec succès le test de la validité dans un ou plusieurs pays étrangers qu'on peut considérer comme libres et démocratiques. [...]

Lorsqu'un problème semblable a reçu des solutions différentes ou divergentes dans plusieurs pays pouvant être considérées comme libres et démocratiques, dont les textes constitutionnels et l'environnement social sont comparables à ceux du Canada, cela ne démontre-t-il pas «que des règles de droit différentes, voire opposées, peuvent être toutes et en même temps raisonnables» et que, par conséquent, le législateur démocratique peut librement choisir entre elles? Par conséquent, la divergence des situations juridiques révélée par le droit comparé peut indiquer qu'aucune solution unique ne s'impose absolument et qu'à moins de vouloir se substituer au législateur, le juge ne doit pas chercher à imposer à celui-ci la solution que lui-même préfère.²⁷⁹

Par ailleurs, selon le professeur Leclair, le test de *Oakes* «nuit à l'établissement d'un dialogue institutionnel»²⁸⁰. Dans l'arrêt *Sauvé*²⁸¹, le juge Gonthier, dissident, explique que la conception dialogique des rapports entre les tribunaux et les législateurs doit amener les juges à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des choix législatifs, particulièrement lorsque la question en litige implique des philosophies sociales ou politiques opposées.

L'approche procédurale offre une autre possibilité, distincte de cette notion de dialogue interinstitutionnel, afin de revoir le test de l'article premier de la *Charte*. En fait, il y aurait lieu de redéfinir la proportionnalité en fonction des exigences d'une démocratie délibérative. Cela implique une procéduralisation contextuelle de l'article premier de la *Charte* :

La procéduralisation de la proportionnalité signifierait que, ce qui fait à présent l'objet du contrôle, c'est le fait pour la décision de n'avoir été

279. J. Woehrling, «Le rôle du droit», *supra* note 278 aux pp. 462-463.

280. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 417.

281. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 104 et s.

adoptée qu'au terme d'une procédure dans laquelle ont pu se faire entendre l'ensemble des parties intéressées, et de prendre en compte des observations qui y ont été faites. Soit l'auteur de la mesure a fait droit aux observations soumises dans le contenu de la décision adoptée; soit, s'il ne s'y est pas rangé, il doit en avoir explicité les raisons, à travers une motivation qui soit à la mesure de la pertinence de l'objection formulée. Ainsi la vérification de la proportionnalité ne doit-elle plus prendre appui sur l'hypothèse d'un environnement stable et prévisible d'emblée : ce qui est vérifié, ce n'est pas que la prévision [de l'adéquation des moyens par rapport aux fins poursuivies] ait été parfaitement effectuée, mais que l'ensemble des avis pertinents ait été pris en compte, et ainsi l'incertitude compensée par un dispositif institutionnel approprié. Ainsi également la vérification de la proportionnalité ne suppose-t-elle pas le caractère non problématique des valeurs poursuivies, comme le postulait en revanche la mise en balance, classiquement conçue, des moyens et des fins : les valeurs sur lesquelles prend appui la décision sont celles auxquelles fait appel la justification donnée à la décision adoptée, en réponse à l'ensemble des objections soulevées à son encontre, objections qui doivent provenir d'horizons normatifs différents et même en conflit les uns avec les autres.²⁸² [nos soulignés]

Ainsi, le test de l'article premier cesserait de mesurer si les moyens choisis sont adéquats pour atteindre les objectifs poursuivis. De toute façon, cette conception de la proportionnalité est une impossibilité épistémologique : juger de la constitutionnalité des normes en exigeant de son auteur qu'il ait bien évalué si la mesure permettait d'atteindre sa finalité, c'est oublier que cette évaluation ne peut se faire *a priori*, que l'effectuation du droit ne survient que dans son application, son insertion contextuelle. Il s'agirait plutôt de convoquer et de prendre en considération les différents avis et contextes dans le processus de justification du droit. Dans cet examen contextualisé, «le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut contrôler le processus réflexif»²⁸³. Il s'agit de contextualiser la justification de la norme, ce qui :

implique en effet que les motifs qui expliquent à l'origine l'adoption de la norme ou l'initiation de la politique peuvent se réviser en fonction des effets réels qui résultent de l'application de la norme ou de la mise en œuvre de la politique, comme doivent pouvoir être révisées la norme elle-

282. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, supra note 270 à la p. 322.

283. P. Coppens et J. Lenoble, supra note 271 à la p. 21.

même, ou la politique; et elle suppose que, les contextes d'application pouvant être multiples, comme peuvent l'être les perspectives au départ desquelles une appréciation pourra être portée sur la norme ou la politique en cause, l'évaluation associe l'ensemble des acteurs intéressés, à tous les maillons de la chaîne décisionnelle²⁸⁴.

Sur cette base, le contrôle constitutionnel pourrait prendre la forme d'une pondération contextualisée et délibérative des intérêts²⁸⁵. Pour réaliser cet équilibre entre les intérêts en cause, le tribunal doit s'assurer que les conditions procédurales permettent une discussion des objets du litige. Le juge pourrait ainsi mieux veiller au respect des droits, en s'assurant que ceux-ci soient pris en compte dans le processus menant à l'édiction de la norme. Cette conception alternative de la balance des intérêts consiste «à prendre acte de la capacité qu'ont les différents intérêts en jeu, à travers les porte-parole qui en assurent la représentation dans le cadre du procès, de se transformer à l'épreuve de la discussion»²⁸⁶. En fait, «une conception délibérative de l'opération de balance des intérêts admet que ces intérêts peuvent évoluer par leur mise en contact dans le cadre du procès. Mais elle prend acte aussi de ce que les personnes qui assurent la représentation de ces intérêts peuvent être amenées à la découverte qu'il est dans leur intérêt commun d'œuvrer à la révision du cadre à l'intérieur duquel se tient leur discussion, celui qu'imposent les normes juridiques en vigueur»²⁸⁷. Selon une telle approche de la procéduralisation contextuelle, il s'agit :

d'opérer transformation du contexte qui contribue à créer le conflit, et spécialement d'assurer que le litige dans le cadre duquel les intérêts s'opposent fournisse l'occasion de la formulation d'une nouvelle norme

284. O. de Schutter, *supra* note 273 à la p. 343.

285. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *supra* note 269. Cette pondération doit être distinguée de celle suggérée par David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Selon ce dernier, le contrôle judiciaire doit se limiter au principe de proportionnalité entre les effets bénéfiques et préjudiciables, dans l'esprit du sous-critère de proportionnalité formulé par le juge Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Tandis que le principe de proportionnalité au sens de Beatty emprunte à la rationalité instrumentale, l'approche de la pondération contextuelle se veut procédurale.

286. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 16.

287. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 16.

juridique, qui évitera la répétition du conflit à l'avenir, ou bien du moins réduira les risques qu'il surgisse à nouveau²⁸⁸.

Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même mais est commandé par les représentations préexistantes qui définissent les équilibres sociaux propres à la forme de vie acceptée au sein d'une collectivité. En conséquence, toute réalisation d'un objectif normatif implique non seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application.²⁸⁹

Au plan plus fondamental, c'est-à-dire celui des fondements du jugement juridique, le déplacement théorique est important, comme l'explique Olivier de Schutter :

À la place de la séparation nette des entreprises de justification et d'application, on a affaire ici, à une rétroaction de celle-ci sur celle-là. À la place du contexte dans lequel s'inscrit la décision de justice qui, comme chez Pound, comprend un certain nombre de « besoins » à satisfaire, d'intérêts déjà constitués et pesés, le contexte est à définir par les acteurs qu'intéresse la décision de justice à intervenir, à qui la possibilité doit être donnée de réviser leurs préférences personnelles, et d'engager un rapport réflexif aux normes sous lesquelles leurs relations se placent.²⁹⁰

Comprise dans la perspective de la délibération, la question sous l'article premier consiste à élaborer et justifier la norme proposée au regard de la situation de chaque partie et de celles de toutes les personnes susceptibles d'être concernées par cette norme. C'est du moins ce que prescrivent les principes de discussion et d'universalisation de l'éthique de la discussion imaginée par Jürgen Habermas. Toutefois, l'examen de la limitation raisonnable des droits et libertés ne peut se limiter au seul contrôle des conditions *a priori* des délibérations et décisions. Ainsi, en contextualisant le contrôle de constitutionnalité, l'on procède, au besoin, à une

288. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 17.

289. P. Coppens et J. Lenoble, *supra* note 271 aux pp. 18-19.

290. O. de Schutter, *supra* note 270 à la p. 17.

révision de la norme à la lumière des différentes applications possibles, et même, à une transformation du contexte à la base du conflit. En ce sens, le seul échange contradictoire entre les parties au litige ne suffit plus; il doit s'agir d'associer davantage les différents contextes normatifs au procès. Alors que le test instrumental, consacré par l'actuelle interprétation de l'article premier, ne s'intéresse qu'à la norme législative, la limitation d'un droit ou d'une liberté est avant tout un acte visant à définir une norme constitutionnelle, faite de la rencontre d'un droit constitutionnalisé et d'une loi qui le limite. Ce qui ne peut s'évaluer qu'en examinant les conséquences de la norme contestée sur le droit protégé, bref en examinant les formes de vie (le contexte pragmatique) que cette norme constitutionnelle permet de réaliser.

La fonction de l'article premier

Alors que cette dernière alternative s'occupe à repenser le contrôle judiciaire de constitutionnalité dans un modèle de démocratie délibérative, une approche qui est d'ailleurs contestée dans la mesure où l'on ajusterait alors le modèle démocratique au contrôle judiciaire afin de rendre ce dernier légitime²⁹¹, l'on pourrait plutôt se limiter à en analyser la fonction dans un système juridique²⁹². La perspective est ici bien différente de celle traditionnellement affirmée par les théories de la raison pratique avec leurs modèles de rationalité. Il ne saurait s'agir ici d'une vérité pratique à découvrir. Qu'en est-il de cette fonction du contrôle judiciaire dans le système juridique?

Dans un système juridique doté d'une constitution rigide, les droits et libertés constitutionnalisés ne peuvent être modifiés, et encore moins supprimés, par

291. Michel Troper, notamment, plaide contre un tel élargissement du concept de démocratie. Un nouveau concept de démocratie serait conciliable avec l'État de droit puisqu'il s'identifierait purement et simplement avec lui : Michel Troper, «La démocratie comme État de droit» dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville, dir., *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, 55 à la p. 63 et s. Contra : voir K. Benyekhlef, *supra* note 9 : qui plaide en faveur d'une reconceptualisation de la démocratie afin d'y inclure les droits et libertés comme élément essentiel.

292. L'on peut retrouver la source de cette théorie, d'abord éditée en 1928, chez Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, notamment à la page 17, où Eisenmann écrit que «la question en son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme légale, c'est dire que, dérogeant par son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle».

les lois ordinaires. La suprématie des droits et libertés reconnus provient donc de cette rigidité. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit ainsi veiller au respect de cette suprématie. En fait, l'on peut concevoir le contrôle judiciaire de constitutionnalité comme un contrôle de la procédure où le juge constitutionnel examine si le législateur avait la compétence de modifier la norme constitutionnelle par une simple loi. Pouvait-il le faire par la procédure législative ordinaire ou s'agissait-il plutôt d'une modification qui exige la mise en œuvre d'une procédure plus complexe de modification constitutionnelle? La décision d'invalider des règles de droit ne signifie pas «que les mesures prévues ne peuvent être prises, mais qu'elles ne peuvent l'être qu'en empruntant la voie constitutionnelle c'est-à-dire celle de la révision de la Constitution»²⁹³.

Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur. [...] C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois.²⁹⁴

Sous l'article premier de la *Charte*, le contrôle devrait alors établir s'il s'agit d'une limite raisonnable du droit en cause, ce qui serait le cas si la norme constituée par la rencontre du droit (ou de la liberté) et de la disposition contestée s'avérait une norme pouvant être élaborée par le législateur. Si, au contraire, seul le constituant pouvait effectuer une telle modification, le tribunal devrait alors déclarer l'inconstitutionnalité, au motif qu'on n'a pas pu justifier une telle limite (c'est-à-dire qu'une telle limite ne pouvait être apportée par le législateur). Plus exactement, limiter ainsi le droit ne relèverait pas de la compétence du législateur. Par exemple, s'agissant de l'interdiction du droit de vote des détenus ayant commis des crimes graves, une fois constaté qu'il y a atteinte au droit de vote protégé par l'article 3 de la *Charte*, il s'agit de déterminer qui du constituant ou du législateur a le pouvoir d'édicter une telle norme. En ce sens, le contrôle judiciaire de constitutionnalité

293. Louis Favoreu, «Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations» (1982) R.D.P. 377 aux pp. 419-420 [L. Favoreu]. C'est ce qu'on appelle la théorie de l'aiguilleur : Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001 à la p. 187 et s. Elle aurait été créée par Favoreu, puis reprise par Georges Vedel, «Schengen et Maastricht (à propos de la décision no 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)» (1992) 8 RFDA 173 [G. Vedel, «Schengen et Maastricht»], et par Georges Vedel, «La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif», *Le Monde* (8 décembre 1998).

294. G. Vedel, «Schengen et Maastricht», *supra* note 293 aux pp. 178-179.

sous la *Charte* s'apparenterait à celui que les tribunaux ont depuis toujours effectué sous le partage des compétences législatives dans le régime fédéral canadien. Comme la Cour suprême l'a affirmé à quelques 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»²⁹⁵.

Évidemment, en raison de la très grande difficulté de modifier la Constitution par le recours à une procédure complexe d'amendement, cela signifierait que la norme constitutionnelle ne pourrait pas, à toutes fins pratiques, être modifiée. Néanmoins :

l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts²⁹⁶.

De plus, l'article 33 de la *Charte*, qui permet de déroger aux énoncés judiciaires relatifs aux droits constitutionnellement reconnus, pourrait aussi servir ici de «lit de justice»²⁹⁷. C'est-à-dire que le législateur pourrait décider d'assumer la responsabilité d'édicter telle norme en énonçant expressément qu'il s'agit d'une

295. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 à la p. 497 (j. Lamer), citant les propos du juge Dickson dans *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 à la p. 590.

296. G. Vedel, «Schengen et Maastricht», *supra*, note 293 aux pp. 179-180. Vedel poursuit : «Gardons-nous que la créature – la Constitution – n'échappe à son créateur – le pouvoir constituant – et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre».

297. Cette métaphore, énoncée par le doyen Vedel, est résumée comme suit par Michel Troper : «Le lit de justice est une institution de l'ancienne monarchie française, par laquelle le roi surmontait l'opposition des parlements. Ceux-ci étaient des cours dotées de fonctions judiciaires, mais aussi législatives. Lorsque le roi édictait des lois, celles-ci étaient transmises aux parlements, qui devaient les enregistrer pour les rendre exécutoires. Si les parlements s'opposaient aux lois, c'est-à-dire au souverain, ils lui adressaient des «remonstrances». Le roi pouvait passer outre en envoyant des «lettres de Jussion» mais si celles-ci demeuraient sans effet, il se rendait lui-même au Parlement, où il s'asseyait sur un «lit de justice» et rendait l'arrêt ordonnant l'enregistrement. Il exerçait ainsi sa souveraineté.» M. Troper, *supra* note 292 aux pp. 225-226. Voir aussi Pierre Avril et Jean Gicquel, «La constitution est-elle devenue «ringarde»?», *Le Monde* (1^{er} juillet 1999).

dérogation par rapport au droit constitutionnel existant. Évidemment, il est politiquement difficile d'insérer dans une loi une clause dérogatoire :

À l'intérieur d'une société qui porte haut l'étendard du libéralisme et qui s'avère très soucieuse de protéger et de défendre ses libertés fondamentales, il va de soi que ceux qui sont élus par les suffrages de leurs commettants, selon les mécanismes que l'on connaît, ne seront en général pas très à l'aise – c'est le moins que l'on puisse dire – avec l'idée de devoir recourir fréquemment à la clause dérogatoire²⁹⁸.

C'est également l'avis du professeur Leclair :

[e]n ce moment, l'article 33 de la *Charte*, le seul à autoriser un véritable dialogue entre égaux, ne permet pas à une assemblée législative de se réclamer d'une telle légitimité. Une majorité simple des députés votants permet d'assurer l'adoption d'une loi visant à limiter la portée d'un droit constitutionnel.²⁹⁹

Dans cette optique, certaines propositions de réforme de l'article 33 pourraient être étudiées. Parmi celles-ci, l'on peut mentionner l'étude préalable d'un comité parlementaire, la tenue d'un vote libre des députés, l'obligation d'obtenir une majorité renforcée et l'interdiction d'utiliser la disposition dérogatoire *a priori*, c'est-à-dire de manière préventive, avant que la loi ait pu être contestée judiciairement³⁰⁰.

298. A. Baccigalupo, *supra* note 213 à la p. 131.

299. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 413.

300. Ces modifications sont proposées par J. Leclair, *ibid.* à la p. 414. Voir également Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993 aux pp. 208-209, qui propose de modifier ainsi les paragraphes (1) et (3) de l'article 33 (les modifications sont indiquées en italiques): «33.(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a final judicial decision that the legislation or a provision thereof abrogates or unreasonably limits a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. A declaration under this subsection becomes effective upon the agreement of three-fifths of the House of Commons and Senate or three-fifths of the provincial legislature, as the case may be. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect upon the dissolution of the Parliament or legislature making the declaration or five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration».

Autre possibilité, dans ses réponses législatives, le législateur pourrait utiliser davantage, comme le proposait jadis Platon dans *Les lois*, les préambules des lois pour exprimer la justification de sa décision législative³⁰¹. Il pourrait même y inscrire qu'il entend s'écarter de l'interprétation ou de l'argumentation judiciaires. Cela pourrait également se faire dans le *corpus* ou le dispositif de la loi, comme l'a fait le Congrès américain lorsqu'il a écarté une décision de la Cour suprême concernant la liberté de religion et l'accommodement de certaines pratiques religieuses. Brièvement, la situation était la suivante. Dans l'affaire *Employment Division v. Smith* [*Smith*], la Cour suprême avait refusé l'accommodement religieux à des individus qui avaient été congédiés en raison de leur consommation de peyotl dans le cadre de cérémonies religieuses³⁰². Plus important, la Cour suprême avait modifié la norme de contrôle judiciaire : la clause de libre exercice religieux avait jusque-là été interprétée de manière favorable à l'accommodement, ce qui signifie que l'on appliquait la norme de contrôle la plus sévère à l'égard des lois restrictives (le *compelling state interest test*, l'équivalent du critère de l'atteinte minimale)³⁰³. Le Congrès a expressément renversé l'affaire *Smith* en adoptant la *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, dont voici quelques extraits :

SEC. 2. CONGRESSIONAL FINDINGS AND DECLARATION OF PURPOSES.

(a) FINDINGS. – The Congress finds that –

[...]

- (4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and
- (5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.

301. Sur l'usage des préambules, voir : Kent Roach, «The Uses and Audiences of Preambles in Legislation» (2001) 47 R.D. McGill 129.

302. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

303. Ce critère avait été développé dans *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

- (b) PURPOSES. - The purposes of this Act are –
- (1) to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and to guarantee its application in all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and
 - (2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government.

Sec. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

- (a) IN GENERAL. – Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).
- (b) EXCEPTION. – Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrate that application of the burden to the person – (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.³⁰⁴

Suivant cet exemple, le Parlement fédéral ou une législature provinciale pourrait adopter une loi dans laquelle il exprime son désaccord avec la norme de contrôle judiciaire ayant prévalu dans le cadre de l’examen sous l’article premier de la *Charte*. Cela n’exigerait pas, à mon avis, de recourir à la clause dérogatoire

304. *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (1993) (42 U.S.C. 2000bb Supp. V 1993). Cette loi a toutefois été invalidée par la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, dans *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Cependant, en raison des différences quant au principe de la séparation des pouvoirs - contrairement aux États-Unis, il y a une confusion des pouvoirs dans le système canadien de démocratie parlementaire (voir James B. Kelly, *Governing with the Charter. Legislative and Judicial Activism and Framers’ Intent*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2005) -, de la théorie du dialogue comme fondement du contrôle judiciaire de constitutionnalité et de la possibilité d’erreurs judiciaires dans l’interprétation et l’application des droits et libertés (voir l’explication de la juge O’Connor dans sa dissidence), il n’est pas certain qu’une loi canadienne, fédérale ou provinciale, subirait le même sort. Pour une critique d’un tel recours à la théorie du dialogue, voir L. B. Tremblay, *supra* note 60, 636. À l’inverse, le modèle britannique est un exemple du rôle accru du Parlement dans la protection des droits : Janet L. Hiebert, «Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?» (2006) 4 I. Con. 1.

de l'article 33 et montrerait que les tribunaux ne détiennent pas le monopole de l'interprétation et de l'application de la *Charte*.

En repensant le raisonnement sous l'article premier et les conditions de mise en œuvre de l'article 33, se met en place une approche systémique, qui assurerait l'autoreproduction du droit. Cela permet au système juridique d'effectuer une révision continue des règles de droit et d'assurer son unité : «c'est la reproduction auto-créatrice des éléments par les éléments sur la base d'une normativité circulaire et récursive»³⁰⁵. Institutionnalisant l'autocritique du système juridique, le contrôle de constitutionnalité fonctionne ainsi dans le cadre d'un système juridique qui s'occupe principalement de son auto-modification, par la procédure constitutionnelle ou la voie législative.

Enfin, dans cette conception systémique, le recours au droit comparé s'analyse en termes d'autonomie du droit. S'il est vrai qu'une approche instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité «se révèle indifférente (sinon ouvertement hostile) à tout recours au droit constitutionnel comparé et au droit international»³⁰⁶, il faut aussi noter que, dans le contexte de la mondialisation, la jurisprudence constitutionnelle assure également l'autonomie du droit. Face à une globalisation de différents domaines du droit, le droit constitutionnel permet de conserver un droit étatique autonome :

le droit maintient par ce biais sa fermeture opérationnelle et sa différenciation fonctionnelle, et peut même *prétendre*, vu son statut de droit fondamental, arbitrer les conflits surgissant (à l'intérieur du cadre national) entre les sous-systèmes différenciés de la société, entre la politique, l'économie, l'éthique, la culture, l'éducation, la religion, etc.³⁰⁷

Le système juridique doit transformer les règles du droit international dans son propre code, les intégrer, pour en faire des arguments acceptables³⁰⁸.

305. Niklas Luhmann, «L'unité du système juridique» (1986) 31 Ar. philo. dr. 163 à la p. 177.

306. M. Coutu, *supra* note 8 à la p. 255.

307. *Ibid.* à la p. 256.

308. Stéphane Beaulac, «L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international» (2005) 27 S.C.L.R. (2d) 1.

5. Les sanctions d'inconstitutionnalité

L'on retrouve également des traces de la légitimité de la justice constitutionnelle dans la discussion et le choix des sanctions d'inconstitutionnalité édictées en vertu du principe de la suprématie de la Constitution prévu au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁰⁹. Cette question met en cause les rapports entre le législateur et les tribunaux.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême a établi que le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne une déclaration d'invalidité³¹⁰. Dans ce même avis consultatif, la Cour suprême a néanmoins suspendu temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin d'éviter la situation de vide juridique qui aurait prévalu dans la province si les lois manitobaines, dans leur quasi-totalité, avaient été d'un seul coup déclarées inopérantes, et ce, au nom du principe de la primauté du droit, auquel la Cour attribue en l'espèce deux sens, sans nous préciser comment prioriser l'un plutôt que l'autre. Malgré cela, cette décision paraît justifiée car, comme l'explique Niklas Luhmann, la modification du droit ne saurait être globale : «Certes, dans un ordre juridique positif, l'ensemble du droit peut être modifié au moyen d'une décision; mais cela ne peut se faire d'un seul coup»³¹¹.

Ce renvoi montre bien que la déclaration d'invalidité pure et simple peut s'avérer une sanction inappropriée dans certaines circonstances. Suspendre temporairement l'effet de cette déclaration d'invalidité est une variante parfois nécessaire. Afin d'éviter que la sanction normale d'inconstitutionnalité ne produise des effets encore plus négatifs que ceux que l'on cherche à sanctionner, les tribunaux ont élaboré des sanctions alternatives. La difficulté qu'elles soulèvent est que la plupart d'entre elles amènent les juges à reconstruire ou reformuler le régime législatif adopté par le législateur, ce qui fait des juges de véritables co-législateurs. Évidemment, cela fait apparaître le problème de la

309. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».

310. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 746-747.

311. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Ste-Foy, PUL, 2001 à la p. 144. Sur ce point, voir Henri M'Bulu, *Droit et objectivité pratique; analyse de la Jurisprudence féministe et des Critical Legal Studies*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2000 aux pp. 342-343.

légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, ce qui se traduit par des attitudes de retenue et d'activisme judiciaires dont on retrouve des traces dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

De manière générale, les instances parlementaires sont perçues comme un forum institutionnel plus approprié pour déterminer la correction devant être apportée à la norme précédemment déclarée inconstitutionnelle. La jurisprudence de la Cour suprême en fait spécifiquement mention, notamment en raison de ce critère établi dans l'arrêt *Schachter c. Canada* [*Schachter*] consistant à limiter l'ingérence dans l'intention du législateur³¹². La sanction ne doit pas empiéter sur le domaine législatif, ne doit pas changer la nature de ce régime, notamment en fonction des considérations financières. On le voit, cette question de la sanction conduit directement à celle des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire et au questionnement sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Car, comme l'écrit le professeur Woehrling :

Sur le plan des principes constitutionnels, ces techniques sont cependant difficiles à concilier avec la séparation des pouvoirs puisqu'elles amènent les tribunaux à exercer un véritable rôle de «co-législateur». Pour atténuer ce problème, les juges doivent faire preuve de retenue judiciaire : le texte contesté, une fois reformulé par la Cour doit demeurer suffisamment semblable au texte original pour qu'on puisse penser que le législateur l'aurait quand même adopté³¹³.

Dans les discussions des sanctions d'inconstitutionnalité édictées en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de nombreuses traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle peuvent être découvertes dans le discours judiciaire de la Cour suprême³¹⁴. Celles-ci se

312. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 à la p. 707 et s.; Voir aussi *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 à la p. 104; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 à la p. 628; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

313. José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 à la p. 359.

314. L'on peut également observer de telles traces dans les réparations constitutionnelles ordonnées sous le para. 24(1) de la Charte. Voir par exemple *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, notamment au para. 53 où les juges Iacobucci et Arbour écrivent : «[e]n 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

dissimulent parfois derrière des réflexions quant aux conceptions de la séparation des pouvoirs et au rôle respectif des tribunaux et du législateur :

Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.³¹⁵

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.³¹⁶

Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaldrait à faire des choix particuliers entre diverses options dont aucune ne ressort avec suffisamment de précision de l'interaction de la loi en question et des exigences de la Constitution. Cette responsabilité incombe au législateur et non aux tribunaux.³¹⁷

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des

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. Le même raisonnement s'applique aux règles procédurales de common law, comme celle du *functus officio*, qui, dans une certaine mesure, peuvent être incorporées dans des lois. Comme les juges LeBel et Deschamps semblent le reconnaître aux par. 135 et suivants, il faut plutôt considérer qu'il existe des situations où notre Constitution requiert des réparations particulières afin d'assurer le maintien de l'ordre qu'elle vise à établir.»

315. *Schachter c. Canada*, *supra* note 312 au para. 52.

316. *Ibid.*

317. *Ibid.* au para 56.

moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopté sans eux.³¹⁸

À mon avis, il ne conviendrait pas que notre Cour donne à la Loi sur les Indiens une «interprétation large», qui aurait pour effet d'accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d'autres. Une telle décision impliquerait des modifications considérables et détaillées au régime établi par la loi. Élaborer un régime aussi détaillé et choisir parmi plusieurs options ne sont pas des rôles appropriés pour notre Cour en l'espèce (voir *M. c. H.*, précité, au par. 142, motifs du juge Iacobucci).³¹⁹

À mon avis, lorsque l'interprétation large d'une partie d'une loi a des répercussions importantes sur un autre régime distinct prévu par la même loi, il n'est pas prudent de présumer que le législateur aurait adopté la loi dans sa version modifiée. Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaut à faire des choix particuliers, responsabilité qui incombe au législateur, et non aux tribunaux, comme le juge en chef Lamer l'a rappelé dans *Schachter*, précité, à la p. 707.³²⁰

La confusion conceptuelle

Schachter est le premier arrêt de principe concernant les mesures correctives constitutionnelles. Il représente également la principale cause de la confusion qui règne en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, et je ne parle même pas du lien suggéré par le juge en chef Lamer entre l'article premier et la question des remèdes! Pour illustrer l'état de confusion dans les sanctions, je n'examinerai qu'un arrêt, *R. c. Sharpe*, bien que plusieurs autres pourraient ici

318. *Vriend c. Alberta*, supra note 12 au para. 167.

319. *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 au para. 115.

320. *M. c. H.*, supra note 66 au para. 142.

servir d'exemples³²¹. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la disposition législative du *Code criminel* interdisant la possession de pornographie juvénile est constitutionnelle ou si, au contraire, elle constitue une restriction injustifiée de la liberté d'expression. Écrivant pour la majorité, la juge en chef McLachlin conclut que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applications : «dans les circonstances de la présente affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable»³²².

En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.³²³

Alors qu'elle corrige, ou prétend corriger, par interprétation large l'article 163.1, en ajoutant au texte de l'article 163.1 ces deux exceptions, la juge en chef réduit la portée de la règle de droit énoncée par cette disposition législative. Alors, cet ajout au texte (*reading in*) ne serait-il pas plutôt une exclusion ou réduction de la portée de la règle de droit (*reading down*)? Il y a lieu de le croire. Cet ajout au texte (*reading in* par rapport au texte législatif) produise un effet d'exclusion de certains cas (*reading down* par rapport au sens du champ d'application de la norme juridique) devrait suffire à convaincre quiconque des risques d'incohérence dans la jurisprudence relative à la sanction ou réparation dans les cas d'inconstitutionnalité. Il faut en effet distinguer l'ajout au texte législatif de l'effet sur la portée de la règle de droit, comme le suggère la professeure Danielle Pinard dans un article magistral sur la question des sanctions d'inconstitutionnalité³²⁴. Pour mieux comprendre la confusion

321. Voir la recension faite par Danielle Pinard, «Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.» (2003) R. du B. 421 [D. Pinard].

322. *R. c. Sharpe*, *supra* note 260 au para. 114.

323. *Ibid.* au para. 115.

324. D. Pinard, *supra* note 321.

caractérisant l'état du droit sur cette question, je suivrai la démonstration de cette constitutionnaliste.

D'abord, la confusion s'explique en partie par le vocabulaire utilisé en français (interprétation large, interprétation atténuée...), qui ne différencie pas les étapes de l'interprétation et de la sanction. Les juges sont parfois en désaccord quant au moment où ils peuvent recourir à ces techniques. Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*³²⁵, les juges majoritaires et dissidents ne s'entendent pas sur la question de savoir à quelle étape du raisonnement judiciaire il est possible de recourir à l'interprétation atténuée (*reading down*), dans l'appréciation de la validité constitutionnelle de l'article du *Code criminel* permettant d'utiliser une force raisonnable pour corriger les enfants. Cette confusion est due en partie à la terminologie française : «Parler d'interprétation d'une loi, quand il s'agit d'ajouter ou de soustraire des cas d'application que l'on a par ailleurs dit être voulus par le législateur, équivaut à dénaturer complètement le concept»³²⁶. Sans écarter complètement cet imbroglio, la formulation anglaise (*reading down, reading in*) paraît plus appropriée, dans la mesure où l'on n'emploie pas le terme interprétation pour désigner à la fois les formes d'interprétation et de sanction.

Que ce soit en anglais ou en français, la principale cause de la difficulté conceptuelle tient au fait que l'on ne distingue pas entre la norme (la règle de droit) et son libellé (son texte, son support matériel). Ainsi, l'on confond l'ajout au champ d'application de la règle de droit et l'ajout au texte exprimant la règle de droit. Les juges utilisent, à tort, l'expression interprétation large (ou *reading in*) pour décrire ces deux actions. Comme le suggère la professeure Pinard, il serait préférable de privilégier une approche substantielle en s'intéressant aux effets de la sanction sur la règle de droit plutôt que sur son expression matérielle. En distinguant ainsi la règle de droit et l'énoncé législatif³²⁷, l'on peut alors préciser si le problème constitutionnel peut se résoudre en étendant ou limitant

325. [2004] 1 R.C.S. 76.

326. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 433.

327. Sur la distinction entre la règle et l'énoncé, fondamentale en interprétation juridique, voir notamment : Riccardo Guastini, «Interprétation et description des normes» dans Paul Amselek, dir., *Interprétation et Droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 1995, 89; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 314.

la portée de la règle de droit incompatible avec la *Charte*. Une fois l'incompatibilité déterminée en fonction de la règle de droit, il suffit d'établir les sanctions possibles :

La déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple, l'élargissement ou la limitation de la portée de la règle de droit sont des sanctions d'inconstitutionnalité disponibles, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en cas de violation de droits et libertés constitutionnellement garantis³²⁸.

Enfin, il s'agit de choisir la sanction appropriée, selon des critères qui ne sont pas que méthodologiques :

La discussion des critères de choix implique la prise en compte de considérations théoriques sur les fondements de la démocratie parlementaire, sur les rapports entre les diverses branches de l'État quant aux choix de vie en société, sur la légitimité du contrôle judiciaire, et notamment sur les paramètres légitimes qui doivent en éclairer l'exercice³²⁹. [nos soulignés]

Je reviendrai sur cette étape du choix de la sanction, mais juste auparavant, il faut préciser, au plan de la méthode, la dernière étape qu'est la mise en œuvre de la sanction. Celle-ci peut nécessiter une correction du texte qui exprime la norme, par l'ajout ou la suppression de termes par exemple. Mais il ne s'agit là que de la modalité de la mise en œuvre de la sanction.

Dans *Sharpe*, l'inclusion d'une exception par interprétation large n'était pas la «réparation convenable», mais bien plutôt la modalité de mise en œuvre de la sanction choisie, soit la limitation de la portée trop large de la règle de droit qui créait l'infraction criminelle de possession de pornographie juvénile³³⁰.

Suivant cette reconstruction, qui insiste fortement sur la distinction entre la règle de droit et le texte – en précisant que la sanction d'inconstitutionnalité se rapporte à la règle de droit –, la cohérence conceptuelle devient possible :

328. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 475.

329. *Ibid.* à la p. 479.

330. *Ibid.* à la p. 482.

Si l'inconstitutionnalité d'une disposition découle de ce qu'elle exclut à tort, la mesure corrective pourra donc être le *reading in* de ce qui est fautivement exclu, et ce peu importe le style de rédaction utilisé, et même si l'exercice a éventuellement pour effet de retrancher des mots au texte de loi, plutôt que de lui en ajouter (si, par exemple, l'exclusion était expressément formulée). De la même façon, lorsque l'inclusion fautive est la cause de l'inconstitutionnalité, il pourra s'agir d'un cas de *reading down*, même si l'effet concret de la mesure est d'ajouter des mots au texte de loi contesté (par exemple, l'ajout de conditions ou d'exceptions qui auront pour effet de limiter le champ d'application de la règle de droit).³³¹

Le choix de la sanction, le dialogue et le système juridique

Revenons à l'étape précédente, le choix de la sanction et les critères théoriques sur les fondements de la démocratie et de la séparation des pouvoirs devant guider ce choix. Comme l'affirme Pinard, dans le choix de la sanction, surgit à nouveau la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, dont les traces sont bien sûr évidentes dans la jurisprudence de la Cour suprême. Qu'il suffise de comparer les opinions des juges Iacobucci et Major dans l'affaire *Vriend* pour s'en convaincre et pour mesurer à quel point les différences quant aux conceptions du contrôle judiciaire et au rôle des tribunaux à l'égard du législateur sont déterminantes dans le choix de la sanction.

D'abord, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, procède à l'interprétation élargie. La détermination de cette sanction est toutefois précédée d'une introduction sur «*la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*», où le juge fait état des justifications de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité³³². Il rappelle par la suite les «*Principes applicables en matière de mesures correctives*» :

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir

331. *Ibid.* à la p. 452.

332. En partie déjà citée, voir *supra* note 12.

le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la Charte. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiètement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur». [...]

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopter sans eux.³³³

Puis, le juge Major, qui aurait plutôt suspendu la déclaration d'invalidité pour une période d'un an, écrit :

À mon avis, l'analyse faite dans l'arrêt Schachter en ce qui concerne l'interprétation large ne s'impose pas en l'espèce. [...] À mon avis, la Cour, dans l'arrêt Schachter, n'avait pas envisagé les circonstances de la présente affaire, soit le refus de la législature d'inclure l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, comme en fait foi très clairement le dossier. L'interprétation large peut être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu. Une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi en matière de droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, ou il s'agit peut-être de déterminer comment il faudrait modifier la Loi pour la rendre conforme à la Charte. Il vaut mieux laisser à la législature le

333. *Vriend c. Alberta*, supra note 12 aux para. 148, 167.

soin de trancher cette question. Comme il a été dit dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. L'orientation sexuelle pourrait être ajoutée comme motif de distinction illicite à chacune des dispositions contestées. La législature pourrait alors décider de définir l'expression «orientation sexuelle», ou encore poser des limites constitutionnelles à la portée de la protection qu'accorde la Loi. Par ailleurs, la législature pourrait décider de protéger les dispositions qui portent atteinte à la Charte, en invoquant l'art. 33, lequel permet au Parlement ou à la législature d'une province d'adopter une loi qui aura effet indépendamment des droits garantis aux art. 2 et 7 à 15 de la Charte. Vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l'électorat de la province et c'est à eux de choisir quelle voie prendre, qu'ils décident de modifier la loi ou encore d'invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.

La responsabilité d'adopter des dispositions législatives qui s'harmonisent avec les droits garantis par la Charte incombe à la législature. Sauf dans les cas les plus manifestes, les tribunaux ne devraient pas imposer la façon dont une disposition de nature trop limitative doit être modifiée. Il va de soi que les tribunaux ont un rôle à jouer dans la protection des droits garantis par la Charte, rôle qui consiste à déterminer si les dispositions législatives adoptées par la législature sont valides sur le plan constitutionnel. Cependant, ils doivent faire preuve de retenue et respecter le rôle de la législature lorsqu'il existe plusieurs façons de modifier une disposition législative inconstitutionnelle.

Étant donné que la législature refuse manifestement d'inclure l'orientation sexuelle dans la Loi, je conclus que la présente affaire ne se prête pas à l'application de l'interprétation large.³³⁴

Tel qu'il appert à la lecture de ces opinions, le choix de la sanction appropriée soulève des questions importantes quant aux fondements théoriques de la démocratie, de la séparation des pouvoirs et de la fonction de juger. «Joue maintenant à cet égard un rôle important cette théorie, fort à la mode, du dialogue entre les tribunaux et les parlements en matière de respect des exigences de la Charte canadienne des droits et libertés»³³⁵. Je voudrais maintenant faire quelques commentaires dans cette perspective puisque, parmi les paradigmes légitimateurs du contrôle judiciaire de constitutionnalité, l'un des plus importants situe l'action légitime du juge constitutionnel dans le cadre d'un débat public plus large. Cette compréhension de la fonction de juger doit permettre d'évaluer l'approche de la Cour suprême en matière d'ordonnances judiciaires.

La question des ordonnances judiciaires s'avère l'un des principaux domaines où se joue le problème de la légitimité du juge constitutionnel. En conséquence, toute proposition quant au rôle et au pouvoir des tribunaux à ce sujet, parce qu'elle soulève le débat sur la légitimité, doit tenir compte de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire. Dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, la juge Deschamps, dissidente, reconnaît expressément que la Cour «doit tenir compte du principe de la juste répartition institutionnelle des responsabilités entre les tribunaux et les législatures»³³⁶.

Dans l'affaire *Vriend*, la Cour suprême retient la métaphore du dialogue comme justification de son contrôle de constitutionnalité alors qu'elle opte pour l'interprétation large comme réparation appropriée. Qui plus est, la métaphore du dialogue survient dans la partie du jugement intitulée «Réparation». Il convient de préciser que selon la théorie du dialogue de Hogg et Bushell, qui sert de fondement à la Cour suprême, les situations d'interprétation large sont

334. *Ibid.* aux para. 194-199 (j. Major).

335. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 479.

336. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, *supra* note 207 au para. 242.

exclues de leur théorie du dialogue, laquelle ne vise que les cas où une décision judiciaire invalidant une loi en vertu de la *Charte* est suivie d'une réponse législative³³⁷. À leur avis, la métaphore du dialogue ne pourrait s'appliquer lorsque l'interprétation large est la réparation décrétée par le tribunal.

Dans une démocratie délibérative, la décision judiciaire et son dispositif ne doivent pas mettre un terme au débat, la délibération devant en effet être continue. Une compréhension délibérative de la fonction judiciaire suggère que les juges n'aient pas le dernier mot dans le débat sur la constitutionnalité des normes juridiques. Dans *Vriend*, le juge Iacobucci reconnaît que le recours à l'interprétation large «ne met pas un terme au processus législatif puisque le législateur peut en réponse adopter une nouvelle loi» et qu'il «peut toujours invoquer l'art. 33 de la Charte, la disposition dérogatoire»³³⁸. La légitimité des juges dépend de la possibilité d'action qu'ils laissent au contre-pouvoir. Les tribunaux constituant l'un des lieux de discussion, les juges doivent, une fois qu'ils se sont prononcés, retourner le débat sur la validité devant les autres instances discursives, à moins de transformer le tribunal en forum plus large sur cette question. Le juge constitutionnel devrait confier à la sphère publique institutionnalisée et aux parties la tâche de trouver un arrangement négocié. Selon une certaine conception procédurale de la fonction de juger, le juge, une fois constatée l'inconstitutionnalité des normes juridiques eu égard aux principes de liberté, d'égalité, etc., «réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux»³³⁹. Dans le cas du contrôle constitutionnel, ce réinvestissement signifie qu'il faut soumettre la question à la délibération au sein de l'espace public démocratique. C'est d'ailleurs cet effet qu'ont bien souvent les décisions de la Cour suprême, qu'elles aient prononcé la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des normes juridiques contestées³⁴⁰. L'arrêt *Corbière* constitue un bon exemple d'une sanction d'inconstitutionnalité ayant pour effet de favoriser la délibération contextuelle. En l'espèce, il s'agissait d'une

337. P. Hogg et A.A. Bushell, *supra* note 58 à la p. 82.

338. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 au para. 178.

339. Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994 à la p. 114.

340. Voir par exemple la décision sur la constitutionnalité de l'article 43 du *Code criminel*, la disposition législative permettant aux parents, tuteurs ou instituteurs de faire usage d'une force raisonnable afin de corriger un enfant : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, *supra* note 207.

déclaration d'invalidité avec effet suspendu pendant 18 mois, que la juge L'Heureux-Dubé justifie comme suit :

Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu'elle respecte les droits à l'égalité des membres non résidents des bandes indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu'à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68: «le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion». Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la Charte, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Dans P. W. Hogg et A. 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, les auteurs qualifient le contrôle judiciaire au regard de la Charte de [TRADUCTION] «dialogue» entre les tribunaux et le législateur. Les réparations accordées en vertu de la *Charte* doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause. Pour décider de la réparation convenable, le tribunal doit prendre en compte l'effet de son ordonnance sur le processus démocratique, pris au sens large, et encourager ce processus. Comme a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 176:

[L]a notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde.

Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, et dont on a souligné

l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts *Schachter* et *Vriend*, précités.³⁴¹

Cette approche paraît conforme aux principes de la démocratie délibérative. L'approche délibérative et contextuelle semble un jalon valable pour critiquer la jurisprudence de la Cour suprême et son approche dans *Schachter* en matière d'ordonnance judiciaire sous le régime de la *Charte*, et suggérer qu'il faille s'en éloigner. D'ailleurs, l'évolution de la méthode d'analyse de l'article premier vers une démarche contextuelle montre bien les limites de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire lorsqu'il s'agit d'établir un régime législatif. En d'autres termes, si la Cour suprême veut conserver la métaphore du dialogue comme paradigme de légitimation de son action constitutionnelle, elle doit modifier son approche en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, car cette dernière paraît difficilement compatible avec la théorie de la démocratie délibérative.

À la lumière de ce qui précède, réexaminons l'affaire *Vriend*. Malgré son résultat satisfaisant aux yeux de plusieurs (à savoir l'ajout de l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination) l'interprétation large s'avérait-elle la sanction la plus susceptible de susciter une délibération publique? Le constitutionnaliste Jean Leclair répond négativement à cette question:

L'interprétation élargie limite le débat politique à l'acceptation ou au rejet, par les membres du gouvernement, du jugement de la Cour. En invalidant la loi, tout en suspendant l'effet de la déclaration, le tribunal oblige au contraire le gouvernement à porter la question devant l'assemblée législative. L'inaction ne [suffit plus, sinon toute la loi sera inconstitutionnelle à l'expiration] du délai³⁴².

C'est pourquoi le professeur Leclair préfère «[l']approche du juge Major, dissident sur la question de la réparation, [qui] aurait favorisé un véritable débat parlementaire»³⁴³. D'ailleurs, selon Leclair, «les tribunaux devraient, autant que possible, se contenter d'invalider les lois (en suspendant si nécessaire la

341. *Corbière c. Canada*, *supra* note 319 aux para. 116-117.

342. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 405. Une erreur de reproduction a amputé la partie de la phrase entre crochets, qui est ici reproduite à partir d'une version préliminaire du texte que l'auteur avait eu la gentillesse de me faire lire.

343. *Ibid.* à la p. 405.

déclaration d'invalidité)»³⁴⁴. Une telle approche fondée sur l'idée de dialogue s'apparenterait à la procédure de déclaration d'incompatibilité adoptée par le Parlement britannique dans le *Human Rights Act 1998*³⁴⁵. Devant effectuer la difficile réconciliation entre la protection des droits et libertés et le respect de la tradition constitutionnelle et son sacro-saint principe de la souveraineté du Parlement, cette loi permet au tribunal d'émettre une déclaration d'incompatibilité s'il est d'avis que la disposition législative est incompatible avec l'un des droits protégés³⁴⁶. La disposition n'est pas alors invalidée ; elle n'est qu'incompatible et pourra être corrigée par le législateur, au besoin par une procédure législative accélérée³⁴⁷.

Il est intéressant de noter que, dans l'opinion majoritaire du juge Iacobucci, l'interprétation large semble être la sanction d'inconstitutionnalité appropriée non pas tant en raison de l'idée du dialogue que d'une autre théorie de la justification de la légitimité démocratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité. En effet, le juge Iacobucci réfère plutôt à la théorie d'Ely du renforcement du processus démocratique³⁴⁸ afin de justifier une telle intervention du pouvoir judiciaire :

[s]i le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé³⁴⁹.

Les sanctions d'inconstitutionnalité, et en particulier l'interprétation large, peuvent également être analysées à partir d'une conception systémique du contrôle de constitutionnalité. À cet égard, il importe surtout que la sanction d'inconstitutionnalité permette l'autoreproduction du droit. En ce sens, lorsqu'il détermine lui-même le nouveau droit, le juge constitutionnel contribue à ce

344. *Ibid.* à la p. 417. Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp (Bernard et Beauchamp *supra* note 277 aux pp. 623-627) considèrent également que les tribunaux devraient limiter le recours à l'interprétation large afin de favoriser le dialogue entre le juge et le législateur.
345. (R.-U.), 1998, c. 42.
346. Art. 4. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.
347. Art. 10 et annexe 2.
348. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 aux para. 174-179.
349. *Ibid.* aux para. 176.

processus. Dans sa fonction, le contrôle de constitutionnalité permet au droit de se renouveler, de se redéfinir de l'intérieur, de s'auto-crée : ce sont les normes juridiques de la *Charte* qui permettent la production de nouvelles règles juridiques. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité est alors un mécanisme interne du système juridique servant à son autoreproduction. Évidemment, s'il optait pour une déclaration d'invalidité avec effet suspendu, le juge constitutionnel permettrait également au droit de se redéfinir, au contact du système politique.

Conclusion

Dans sa jurisprudence sous le régime de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a fait appel à différentes théories et justifications pour légitimer son action constitutionnelle. Si elle a tenté au départ de s'en remettre au mandat explicite que lui donne la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment à son paragraphe 52(1), la Cour a toutefois distingué par la suite la légalité de la légitimité. Dans la mesure où elle ne fait plus découler la seconde de la première, elle s'en est remise à des théories et des justifications diverses afin de légitimer son action constitutionnelle. Parmi celles-ci, la théorie du dialogue interinstitutionnel, entre les législateurs et les tribunaux, figure au premier rang. Prenant une forme tout autant systémique que délibérative, cette théorie du dialogue ne parvient pas à faire taire la controverse sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

C'est pour cette raison que cette question continue de se manifester dans les décisions de la Cour suprême. Dans l'évolution de sa politique judiciaire, la Cour assouplit les différentes règles de manière à faciliter le recours aux tribunaux. Sur les traces du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité dans l'interprétation des droits et libertés, j'ai trouvé une Cour suprême à la recherche d'une méthode, qu'elle prétend avoir récemment dénichée du côté de la méthode contextuelle. Cependant, cette appréciation du contexte pose certains problèmes. De la même manière, sous l'article premier de la *Charte*, la Cour a élaboré un test qui conduit à différentes normes de contrôle judiciaire. La détermination de la norme appropriée se fonde sur l'évaluation de la légitimité de l'intervention judiciaire en l'espèce. Enfin, la même interrogation s'avère pertinente au moment de choisir la sanction d'inconstitutionnalité. Ici encore, la réponse dépend du choix entre la retenue et l'activisme judiciaires. Telles qu'elles sont conçues, ces positions de retenue et d'activisme reposent sur

des fondements philosophiques et théoriques insatisfaisants. Bien plus, elles ignorent les développements au niveau de l'épistémologie et de la théorie du droit. C'est sans doute pour cette raison que les juges constitutionnels canadiens continuent, par exemple en vertu du raisonnement sous l'article premier, d'adopter soit le critère du rationnel développé dans l'affaire *Oakes*³⁵⁰, soit le critère atténué du raisonnable élaboré dans l'affaire *Edwards Books*³⁵¹.

Pour sortir de cette antinomie, l'option procédurale offre deux pistes, qui peuvent en partie être combinées. La première voie, issue du modèle de la démocratie délibérative, permet de repenser, sur la base d'une redéfinition de ces notions de rationalité et de raison, la nécessaire procéduralisation du contrôle judiciaire. Le juge doit alors contrôler la rationalité discursive invoquée à l'appui de la validité des normes juridiques, en convoquant les parties concernées pour reconstruire le contexte et, au besoin, le modifier afin d'agir sur les situations de conflit. Selon la seconde option, systémique celle-là, c'est à l'étude de la fonction du contrôle judiciaire dans un système juridique qu'il faut s'attacher. Dans cette perspective plus descriptive que normative, toutes les traces d'activisme et de retenue judiciaires peuvent être comprises comme l'exercice d'un processus de différenciation fonctionnelle. En précisant les limites d'une action judiciaire par rapport à une action législative ou gouvernementale, les juges ne chercheraient alors qu'à délimiter les frontières du système juridique par rapport aux autres sous-systèmes de la société (système politique, système de la morale, etc.). Dans la mesure où la retenue et l'activisme servent ainsi à assurer la différenciation du système juridique par rapport au système politique, il s'agit alors de préciser comment justifier les approches judiciaires de la retenue et de l'activisme³⁵². Même si le système juridique est ouvert cognitivement à son environnement, il demeure que ses opérations doivent être juridiques pour assurer la fermeture normative du système. C'est donc à cette tâche que se consacrent constamment les juges : les informations provenant des systèmes politique, moral, économique, social, etc., sont traitées et régulées par des règles propres au système juridique. Selon une approche systémique, le

350. *R. c. Oakes*, *supra* note 44.

351. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra* note 114.

352. Voir en ce sens Luc B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement rationnel» (1999) 44 R.D. McGill 39 et Luc B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement légitime» (2002) 47 R.D. McGill 271.

contrôle de constitutionnalité sert de courroie de transmission dans l'institutionnalisation de la critique, processus discursif caractéristique d'un régime démocratique³⁵³. Cette conception nous éloigne de la recherche d'une légitimité de la justice constitutionnelle dans la perspective de la représentation ou de la démocratie représentative, bien que cela soit encore parfois discuté, paradoxalement.

Évidemment, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, c'est principalement la frontière entre le système politique et le système juridique qui est en cause. Selon Luhmann, le couplage structurel entre ces deux systèmes s'effectue par la Constitution, qui les sépare et les relie à la fois³⁵⁴. Ni entièrement politique ni entièrement juridique, mais politique et juridique à la fois, le contrôle de constitutionnalité participe au couplage structurel entre les deux sous-systèmes. Un simple rappel de quelques-uns des plus célèbres avis consultatifs de la Cour suprême du Canada suffit pour s'en convaincre³⁵⁵. En ce sens, que les juges se situent constamment autour de cette question, comme il a été démontré dans ce texte, n'est guère surprenant. Lorsqu'ils se demandent continuellement s'il faut faire preuve de retenue ou d'activisme, les juges s'interrogent : s'agit-il d'une question qui appartient au système politique ou peut-elle être réglée par le système juridique? Ils procèdent du même coup à la différenciation fonctionnelle du système judiciaire. Et si la difficulté provenait du fait que les tribunaux se trouvent dans le système juridique alors que le contrôle de constitutionnalité les situe dans l'opération de couplage structurel? Faudrait-il alors créer un mécanisme, c'est-à-dire une institution, une cour constitutionnelle par exemple, pour régir spécifiquement ce lien entre le système politique et le système juridique?

Analyser le contrôle de constitutionnalité comme l'un des éléments opérant le couplage structurel du système juridique et du système politique permet de dépasser les termes habituels du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle. L'erreur consisterait peut-être à vouloir accorder au contrôle

-
353. Lukas K. Sosoe, «Éloge de la colonisation?» dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir., *L'année 1795 – Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997, 264 aux pp. 270-273.
354. Niklas Luhmann, «Operational Closure and Structural Coupling : The Differentiation of the Legal System» (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1419.
355. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, supra note 13; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 5.

de constitutionnalité une signification purement juridique, ce que tentent certains juges, ou une activité purement politique, comme le prétendent notamment les *Critical Legal Studies* et leurs héritiers. D'ailleurs, cette dernière position est «le meilleur moyen de ruiner l'autorité du juge constitutionnel car, en tant que «pouvoir politique», il n'a pas de légitimité. Il ne repose pas, en effet, sur l'élection, du moins directement et il n'est pas responsable devant personne»³⁵⁶. En fait, la tâche de contrôler ultimement la constitutionnalité a été accordée ici à un organe judiciaire, alors que la fonction se situe à la frontière du système juridique et du système politique. En conséquence, ou bien l'on accepte cette réalité, en analysant la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité à l'intérieur du système juridique, ou bien l'on crée un conseil constitutionnel (ou une cour constitutionnelle) qui ne soit pas formé uniquement de juristes et qui favorise la discussion élargie des questions relatives aux droits et libertés. Entre-temps, les juges doivent traiter les questions qui leur sont soumises à l'aide des normes du système juridique, comme l'exige la clôture normative du système juridique.

La constitutionnalisation des droits et libertés et le contrôle judiciaire de constitutionnalité permettent l'autoréférence du système juridique. C'est-à-dire que l'obligation qu'ont les normes juridiques, dont l'interprétation est évolutive, de respecter la *Charte*, à défaut de quoi elles sont invalidées, assure l'autoreproduction du droit : les lois, par exemple, sont révisées et le contrôle de constitutionnalité participe à ce processus autopoïétique (le système juridique produisant lui-même les éléments, en l'espèce les normes, qui le constituent à travers le réseau fermé de ces mêmes éléments)³⁵⁷. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité permet au droit d'être un système autoréférentiel.

Par conséquent, la constitution est cette forme par laquelle le système du droit réagit à sa propre autonomie. La constitution doit, en d'autres termes, se substituer à ces états externes qu'avait postulés le droit naturel. Elle se substitue aussi bien au droit naturel selon son ancienne compréhension cosmologique, qu'au droit rationnel avec son concentré théorético-transcendental de l'autoréférence dans la raison se traduisant elle-même devant son propre tribunal. Un texte en partie

356. L. Favoreu, *supra* note 293 à la p. 382.

357. J'ai repris ici, en l'adaptant, la définition fournie par Niklas Luhmann, *Politique et complexité*, Paris, Cerf, 1999 à la p. 52.

autologique en prend la place. Ce qui signifie que la constitution clôt le système du droit en le réglementant comme un domaine dans lequel elle-même réapparaît. C'est par sa réintroduction dans ce système qu'elle constitue le système du droit comme système clos.³⁵⁸

Dans cette perspective, c'est le thème de la légitimité qui doit être repensé, reformulé, sinon dépassé. Il en va de même pour la légitimation, en l'absence de tout étalon extérieur au système juridique. Alors que la question du fondement légitime de la justice constitutionnelle paraît ne plus avoir de sens, c'est à l'examen de la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité qu'il faut se consacrer. Par exemple, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*³⁵⁹, où la question en litige était au sommet de la frontière entre le système politique et le système juridique, la Cour suprême avait bien compris que l'un des enjeux fondamentaux consistait à assurer sa propre légitimité³⁶⁰. Cette question est omniprésente dans les jugements de la Cour suprême et il peut difficilement en être autrement.

358. Niklas Luhmann, «La Constitution comme acquis évolutionnaire» (1995) 22 *Droits* 103, 113.

359. *Supra* note 5.

360. Andrée Lajoie, «La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec» (2000) 19 *Politique et Sociétés* 31; Andrée Lajoie, «L'avis de la Cour suprême dans le renvoi relatif à la sécession du Québec : le plus haut tribunal du pays a avant tout cherché à conforter l'État canadien et à y assurer sa propre légitimité», *Le Devoir* (9 octobre 1998) A7.