

La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien : un concept qui dessert les intérêts du citoyen?

Jean LECLAIR*

INTRODUCTION.....	85
I. L'ARRÊT <i>VRIEND</i> : LE DIALOGUE AU SERVICE DE L'ACTIVISME JUDICIAIRE	89
II. L'ARRÊT <i>MILLS</i> : LE DIALOGUE AU SERVICE D'UNE DÉFÉRENCE JUDICIAIRE INAPPROPRIÉE	94
III. POUR UNE APPROCHE DIALOGIQUE VÉRITABLEMENT DÉMOCRATIQUE : QUELQUES PISTES À EXPLORER.....	96
CONCLUSION	98

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

Un texte publié en 1997 par Peter Hogg et Allison Bushell [Thornton] est en grande partie à l'origine du débat qui sévit actuellement au sujet de l'approche dialogique¹. Les auteurs tentent d'y démontrer que le contrôle judiciaire, aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*², n'est pas illégitime. Dans la plupart des cas, disent-ils, les assemblées législatives possèdent la latitude nécessaire pour adopter de nouvelles lois poursuivant des objectifs analogues à ceux que visaient les lois invalidées. En effet, la majorité des mesures législatives invalidées le sont au motif qu'elles ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale développé dans *R. c. Oakes*³. Les tribunaux ne dictent donc pas les solutions. Ils dialoguent plutôt avec les assemblées législatives, ce qui tend à promouvoir un débat public sur les valeurs fondamentales garanties par la *Charte*.

¹ P.W. HOGG and A.A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All) » (1997) 35 *Osgoode Hall L. J.* 75. Leur point de vue est développé dans P.W. HOGG and A.A. THORNTON, « Reply to "Six Degrees of Dialogue" » (1999) 27 *Osgoode Hall L.J.* 529.

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, [ci-après citée : *Charte*].

³ [1986] 1 R.C.S. 103 aux p. 138-139. Le test peut être résumé de la façon suivante. Dans un premier temps, la partie qui défend la mesure contestée doit démontrer qu'il s'agit d'une règle de droit qui poursuit un objectif suffisamment important pour justifier une violation du droit en litige. Dans un deuxième temps, elle doit établir que le moyen employé par le législateur est proportionnel à l'objectif visé. Trois conditions doivent être satisfaites pour que soit établi ce lien de proportionnalité. Il doit exister un lien rationnel entre le moyen employé et l'objectif visé, l'atteinte au droit touché doit être minimale et enfin, il doit exister un équilibre entre les effets de la mesure contestée et l'objectif visé.

La professeure Billingsley⁴ affirme que cette interaction (« action/reaction process »⁵) entre les pouvoirs judiciaire et législatif ne peut à elle seule légitimer le contrôle judiciaire. La légitimité de ce dernier requiert, au surplus, que le discours des deux interlocuteurs (tribunaux et assemblées législatives) soit véritablement « entendu » par le public⁶. Le titre de son texte évoque d'ailleurs cette idée : « Listening to the dialogue. » Or, elle démontre que tel n'est pas le cas, et plus spécifiquement, que la couverture médiatique des décisions judiciaires dépasse de beaucoup en étendue celle qui est accordée aux réponses législatives qu'elles suscitent. Elle en tire la conclusion suivante :

« [t]he public has been hearing the words of the courts but not the corresponding words of the legislatures. [...] In order for any exchange between the courts and the legislatures to be of value and in order for the value of any such exchange to be reasonably assessed by the public, both sides of the exchange must be reported. The public must be informed of whatever dialogue is taking place between the courts and the legislatures. »⁷

L'intérêt du texte de la professeure Billingsley, c'est qu'il nous renvoie au problème soulevé par la définition accordée, par les auteurs de doctrine et par la Cour suprême elle-même, au concept de « dialogue ». À mon sens, le principal problème soulevé par la métaphore du dialogue, c'est qu'elle vise à décrire les rapports qui existent (ou qui devraient exister) entre les institutions législative et judiciaire en matière d'interprétation constitutionnelle, en omettant de nous dire en quoi ces nouveaux rapports serviront le citoyen. En fait, je suis d'avis que le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême a pour conséquence de reléguer le citoyen au statut de simple observateur de la vie politique, plutôt que d'encourager sa participation active.

Dans les pages qui suivent, après avoir exposé de quelle façon la Cour suprême a défini le sens du mot « dialogue », je tenterai de démontrer que cette métaphore sert à justifier tout autant l'activisme judiciaire que son

⁴ Cet article était, à l'origine, un commentaire du texte, reproduit dans ce volume, de la professeure BILLINGSLEY intitulé « Listening to the Dialogue: An Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation ».

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, « [B]oth sides of the dialogue [must be] readily apparent to the Canadian public. »

⁷ *Ibid.*

contraire. Son intérêt est plus rhétorique que substantiel. J'insisterai tout particulièrement sur le fait que le dialogisme institutionnel proposé par la Cour, en légitimant le recours à l'interprétation élargie (« reading in »), a pour conséquence de décourager la participation des citoyens aux débats fondamentaux qui traversent notre société. Enfin, j'évoquerai certains embryons de solutions qui permettraient de développer une approche dialogique qui aurait pour effet d'encourager la participation des citoyens au processus de gouvernance.

En prenant appui sur l'opinion de Hogg et Bushell, la Cour suprême a proposé une définition beaucoup plus ambitieuse du dialogue que celle proposée par les deux auteurs. Ceux-ci utilisaient cette allégorie pour démontrer que les décisions judiciaires, bonnes ou mauvaises, « rarely preclude a legislative sequel and usually get one »⁸. En d'autres mots, la métaphore était employée à des fins descriptives. La Cour suprême, quant à elle, va plutôt recourir à cette métaphore pour développer une « théorie » du rapport qui existe – ou devrait exister – entre les institutions législative et judiciaire en matière d'interprétation constitutionnelle.

La Cour suprême a développé sa conception de l'approche dialogique dans les arrêts *Vriend c. Alberta*⁹ et *R. c. Mills*¹⁰. Les faits de ces deux affaires seront analysés plus loin. Je me contenterai ici d'exposer le point de vue de la Cour au sujet de la notion de dialogue.

Aux dires de celle-ci¹¹, les assemblées législatives, comme les tribunaux, ont un rôle spécifique à jouer dans l'ordre constitutionnel canadien :

« Il incombe [...] 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. »¹²

⁸ P.W. HOGG and A.A. THORNTON, « Reply to “Six Degrees of Dialogue” », *supra* note 1 à la p. 535.

⁹ [1998] 1 R.C.S. 493 [ci-après cité : *Vriend*].

¹⁰ [1999] 3 R.C.S. 668 [ci-après cité : *Mills*].

¹¹ Dans *Vriend*, la majorité était composée des juges en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache. Le juge Major était dissident.

¹² *Vriend*, au par. 136.

De cette spécificité des rôles découle l'existence d'un « respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle »¹³. Les limites intrinsèques de certains droits garantis par la *Charte*, ainsi que l'article premier et l'article 33 témoignent, dit la Cour, de ce respect mutuel en ce qu'ils reconnaissent le rôle essentiel confié au législateur en matière constitutionnelle¹⁴. La Cour poursuit en affirmant :

« 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, [...]). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi [...], les tribunaux parlent au législatif [...] 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, [...]). 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 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*). *Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.* »¹⁵

La métaphore du dialogue ne vise plus simplement ici à décrire la capacité de réaction des assemblées législatives aux décisions judiciaires. L'approche proposée est normative plutôt que simplement descriptive. Hogg et Bushell ont d'ailleurs pris soin de marquer la distance qui sépare leur conception du dialogue de celle de la Cour suprême : « [w]e cannot take credit for the idea of the Supreme Court self-consciously engaging the legislatures in dialogue when rendering Charter decisions »¹⁶. A preuve que la Cour suprême va bien plus loin que les deux auteurs, elle

¹³ *Mills*, au par. 55, où l'on fait référence aux par. 136-137 de *Vriend*.

¹⁴ *Vriend*, au par. 137.

¹⁵ *Vriend*, aux par. 138-139 [nous soulignons]. Le par. 139 est cité dans *Mills*, au par. 57.

¹⁶ P.W. HOGG and A.A. THORNTON, « Reply to “Six Degrees of Dialogue” », *supra* note 1 à la p. 532.

formule sa conception du dialogue dans une affaire où elle procède à une « interprétation élargie », c'est-à-dire à un ajout judiciaire à la loi (« reading in »). La définition du dialogue proposée par Hogg et Bushell exclut de telles situations parce que, à leurs yeux, elle vise simplement à décrire la capacité de réaction des assemblées législatives et non à justifier une interaction beaucoup plus complexe entre les institutions judiciaire et législative.

L'approche proposée par la Cour suprême soulève des problèmes à la fois théorique et pratique. Je n'examinerai pas ici les problèmes théoriques sinon pour souligner que la notion de dialogue énoncée par la Cour a pour effet de télescoper les rôles respectifs du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, ce qui risque d'emporter de graves conséquences sur la légitimité ou force morale de leurs actions respectives¹⁷.

Si on laisse de côté les considérations théoriques pour s'en tenir aux effets pratiques de l'invocation de la métaphore du dialogue, on constate que cette dernière est invoquée tout autant pour justifier l'activisme judiciaire (i) que son contraire (ii). Son invocation est incohérente et il est donc impossible pour un législateur de mesurer son impact véritable. Enfin, la métaphore sert à légitimer le recours au « reading in », technique qui contribue à décourager la participation du citoyen au processus de gouvernance.

I. L'ARRÊT *VRIEND* : LE DIALOGUE AU SERVICE DE L'ACTIVISME JUDICIAIRE

Dans l'arrêt *Vriend*, la Cour suprême a exposé longuement son point de vue sur la nature dialogique des rapports entretenus par les pouvoirs judiciaire et législatif. Or, chose curieuse, cette affaire est l'archétype de l'interventionnisme judiciaire. Dans cette affaire, la métaphore a permis de présenter l'intervention unilatérale de la Cour comme une simple réponse donnée à l'occasion d'un dialogue avec le pouvoir législatif. La métaphore a servi de paravent à l'activisme judiciaire.

En l'espèce, la Cour suprême a conclu, à l'unanimité, que la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans l'*Individual's Rights Protection Act*¹⁸ de l'Alberta, avait pour

¹⁷ À ce sujet, lire J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », à paraître en 2003 dans la *Revue du Barreau* du Québec.

¹⁸ R.S.A. 1980, c. I-2, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1).

effet de nier le droit à l'égalité garanti par la *Charte*. Néanmoins, tous les juges n'étaient pas du même avis au sujet de la réparation appropriée. Le juge Iacobucci, au nom de la majorité, a conclu qu'il était de mise d'inscrire judiciairement l'orientation sexuelle dans la loi en litige par le moyen d'une interprétation élargie – « reading in ». Tout autre réparation lui apparaissait inappropriée. Prononcer l'inconstitutionnalité des articles en litige tout en suspendant la mise en œuvre de cette déclaration de manière à permettre au législateur de remédier au problème n'a pas rencontré l'avis favorable du juge Iacobucci. Il a jugé que l'interprétation élargie entraînait des conséquences minimales sur l'économie générale de la loi puisque, dit-il, « il était raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution »¹⁹.

Pour la majorité de la Cour, ce recours à l'interprétation élargie est simplement une forme de dialogue institutionnel. Le processus démocratique n'est pas entravé puisque le législateur « peut en réponse adopter une loi » et parce qu'il est toujours en mesure d'« invoquer l'art. 33 de la *Charte* »²⁰. Hogg et Bushell partagent ce point de vue. Puisqu'il aurait été possible pour le gouvernement albertain de recourir à l'article 33, sa décision de ne pas tenter d'écarter le jugement de la Cour est le résultat, selon eux, de son propre choix – « its own choice »²¹. Pareille conclusion est empreinte d'une certaine naïveté. Premièrement, elle ne tient aucunement compte du fait que, politiquement, « [i]t's pretty hard to go against that kind of judgement »²² comme l'affirmait le Premier ministre albertain, Ralph Klein, au lendemain du jugement. Deuxièmement, elle est très difficilement conciliable avec le fait que l'assemblée législative albertaine, en toute connaissance de cause, avait refusé d'inclure l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite²³. Troisièmement, on peut

¹⁹ *Vriend*, au par. 162.

²⁰ *Ibid.*, au par. 178.

²¹ P.W. HOGG and A.A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », (April 1999) Policy Options 19, à la p. 21 : « [B]ecause using the notwithstanding clause to override the decision had been an option, it is clear that this outcome was not forced on the government, but rather was its own choice based on, among other things, what the Court has said about the equality guarantee in the Charter of rights. »

²² Citation rapportée dans « Tackle Rights Backlog » *The Toronto Star* (4 avril 1998).

²³ Cette inclusion avait été proposée par deux fois, en 1984 et en 1992 par la Alberta Human Rights Commission : J.F. FLETCHER and P. HOWES, « Supreme Court

s'interroger sur le type de dialogue institutionnel qu'elle engendre. Bien sûr, des démonstrations publiques ont été tenues pour influencer la décision du gouvernement. Toutefois, pour l'essentiel, seuls les membres du cabinet ainsi qu'un comité ministériel de quatre membres ont été appelés à se prononcer sur la réponse à donner au jugement de la Cour suprême²⁴. Dans les faits, le gouvernement albertain a finalement choisi de ne rien faire.

L'approche du juge Major, dissident sur la question de la réparation, aurait favorisé un véritable débat parlementaire. Selon lui, une approche minimaliste aurait été de rigueur. La réparation appropriée consistait à prononcer l'inconstitutionnalité des dispositions en litige et à suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité. Cette façon de faire aurait eu pour conséquence d'obliger le législateur à intervenir.

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 délai. De cette manière, les tribunaux encouragent la participation des citoyens – directement, et indirectement par l'intermédiaire des députés – aux débats fondamentaux qui traversent notre société. Modifier la loi pour satisfaire aux exigences de la Cour oblige le gouvernement à convaincre sa députation à voter publiquement en faveur du changement et à justifier son point de vue. L'inverse est également vrai. Cet exercice, en soi, est fort salutaire dans toute démocratie qui se respecte. Elle éduque les citoyens à la participation, et les députés au courage politique²⁵. Il ne faut pas oublier également que, dans l'éventualité où la réponse législative enfreindrait les critères énoncés par la Cour, il serait toujours loisible à un tribunal d'intervenir à nouveau, si la nouvelle loi était portée à son attention. Bref, alors que le juge

Cases and Court Support: The State of Canadian Public Opinion » (2000) 6 Choices/Choix 30, à la p. 38.

²⁴ D. HENTON, « Alberta will abide by court ruling, Klein says » *The Toronto Star* (3 avril 1998).

²⁵ Il importe également d'encourager une plus grande responsabilisation des élus au motif que la plupart des lois ne feront jamais l'objet d'une contestation judiciaire. En conséquence, plutôt que de procéder par correctifs judiciaires *a posteriori*, il vaut mieux encourager l'élaboration, par l'appareil gouvernemental, d'un mode d'adoption des lois plus soucieux des droits et libertés garantis par la *Charte*.

Iacobucci accorde sa préférence au citoyen et au député passifs, le juge Major les préfère actifs²⁶.

L'arrêt *M. c. H.*²⁷ est un bon exemple des vertus de la retenue judiciaire. Dans cette affaire, la Cour²⁸ a conclu que l'article 29 de la loi ontarienne sur le droit de la famille²⁹ contrevenait au paragraphe 15(1) de la *Charte*. Aux termes de la disposition en litige, un « conjoint » était une personne mariée, ou encore, « l'homme ou la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité [...] de façon continue depuis au moins trois ans ». « Cohabiter » étant également défini comme le fait de « [v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non ». La Cour a jugé que l'exclusion des couples de même sexe constituait une violation du droit à l'égalité et qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 1. La disposition établissait une distinction illicite en privant les membres d'un couple de même sexe du droit de demander des aliments, droit reconnu par la loi aux autres « conjoints » de

²⁶ Qu'on ne se méprenne pas, je considère personnellement que l'orientation sexuelle doit constituer un motif illicite de discrimination. Toutefois, à mes yeux, il existe des moyens plus démocratiques que d'autres de gagner cette bataille.

En droit américain, on s'est également posé la question de savoir si les tribunaux devraient être en mesure de proposer des modifications au législateur s'ils constataient l'existence d'irrégularités (constitutionnelles ou non). À ce sujet, lire R.J. KROTOSZYNSKI, JR., « Constitutional Flares: On Judges, Legislatures, and Dialogue » (1998) 83 *Minn. L. Rev.* 1; N.K. KATYAL, « Judges as Advice Givers » (1998) 50 *Stan. L. Rev.* 1709; W. H. CLUNE, « Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change » (1984) 93 *Yale L. J.* 763; T.M. FINE, « Dialogues Between Coordinate Branches and Stories of Their Failings » (1999) 25 *N.Y. U. Rev. L. & Soc. Change* 331. Dans une réponse faite à N.K. KATYAL, le juge Abner J. MIKYA, ancien juge en chef de la Cour d'appel fédérale (District de Columbia), rejetait carrément la suggestion voulant que les tribunaux puissent proposer des changements aux assemblées législatives : « That it is undemocratic is obvious; that such corrections might bring on even worse solutions to the problem at hand is less obvious, but even more true. Judges don't have that kind of know-how. More importantly, the institution of the judiciary is ill-suited to such activity. » (A.J. MIKYA, « Why Judges Should Not be Advicegivers: A Response to Professor Neal Kaytal » (1998) 50 *Stan. L. Rev.* 1825, à la p. 1827.

²⁷ [1999] 2 R.C.S. 3 [ci-après cité : *M. c. H.*].

²⁸ La majorité était constituée de huit juges. Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Binnie se sont joints aux juges Cory et Iacobucci qui ont rédigé l'opinion majoritaire (le premier a rédigé la partie du jugement relative à la violation du par. 15(1) de la *Charte*, alors que le deuxième a plutôt traité de l'article premier de la *Charte* et de la réparation qu'il convenait d'accorder); les juges Major et Bastarache ont rédigé des motifs concordants. Le juge Gonthier était dissident.

²⁹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3.

sexe différent. La distinction était discriminatoire au motif qu'elle perpétuait le préjugé selon lequel les personnes formant des unions de même sexe sont « incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle »³⁰.

En guise de réparation, la Cour aurait pu, à l'instar de la juge de première instance, recourir à l'interprétation élargie. La juge avait déclaré que les mots « l'homme et la femme » figurant à l'article 29 devaient être remplacés par les mots « deux personnes ». La Cour suprême a plutôt déclaré inconstitutionnel l'article en litige et suspendu, pour une durée de six mois, l'effet de cette déclaration. Le grand nombre de loi touchées par la modification du terme « conjoint » et la nature politique du problème ont porté la Cour à conclure que le législateur devait se voir accorder une certaine latitude dans l'élaboration de solutions³¹.

Les suites de cette affaire démontrent que les assemblées législatives se sont prévaluées de cette latitude. La Cour, dans *M. c. H.*, s'est contentée d'affirmer que les mêmes bénéfices devaient être accordés aux couples de même sexe et aux couples de sexe différent en matière de perception des obligations alimentaires. Elle n'a jamais affirmé que ces couples devaient être désignés par le même vocable. La plupart des assemblées législatives provinciales ont donc satisfait à l'obligation qui leur était faite par la décision, en empruntant toutefois des avenues différentes³².

L'assemblée législative ontarienne, directement interpellée par la décision, a remédié à la difficulté en introduisant l'expression « partenaire de même sexe » – « same-sex partner » – aux côtés du mot « conjoint » dans plus d'une soixantaine de lois³³. Pour satisfaire à la définition, deux personnes de même sexe doivent avoir cohabiter de manière continue pour une période qui, en général, est d'au moins un an ou, plus exceptionnellement, d'au moins trois ans. Quant à la définition du mot « conjoint », elle n'a pas été modifiée. En agissant de la sorte, le gouvernement ontarien reconnaissait aux couples de même sexe les droits réclamés, « while preserving the traditional values of the family by protecting the definition

³⁰ *M. c. H.*, au par. 73, M. le juge Cory.

³¹ *Ibid.*, au par. 147, M. le juge Iacobucci.

³² Les informations qui suivent sont tirées de J. MURPHY, « Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance » (2001) *U. of T. L.Rev.* 299.

³³ Le titre de la loi modificatrice est éloquent : *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, c. 6.

of “spouse” in Ontario law »³⁴. Le gouvernement fédéral, quant à lui, a plutôt choisi l’expression « conjoint de fait » – « common law partner »³⁵ – pour désigner les couples non mariés qu’ils soient de même sexe ou non. Le terme « époux » ne vise, quant à lui, que les personnes mariées. La Colombie-Britannique, de son côté, a opté pour l’inclusion de tous les types de couples sous le vocable « spouse »³⁶. Un pareil éventail de solutions aurait été impossible si la Cour avait imposé son choix.

Nous verrons maintenant que si la métaphore du dialogue permet de dorer la pilule de l’activisme judiciaire, elle autorise également son contraire, une déférence judiciaire inappropriée.

II. L’ARRÊT *MILLS* : LE DIALOGUE AU SERVICE D’UNE DÉFÉRENCE JUDICIAIRE INAPPROPRIÉE

Les faits dans *R. c. Mills* nous importent moins que l’invocation qu’on y fait de la métaphore du dialogue. Était mise en doute, dans cette affaire, la validité constitutionnelle des articles du *Code criminel* régissant la communication des dossiers privés à l’occasion de poursuites relatives à des infractions d’ordre sexuel³⁷. Les dispositions en litige avaient été adoptées en réponse à une décision de la Cour suprême³⁸ portant sur la procédure de common law que devait suivre un accusé cherchant à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession d’un tiers.

Ce qui est troublant dans l’arrêt *Mills*³⁹, c’est que la Cour y voit un exemple de dialogue alors que les dispositions en litige n’étaient rien d’autre qu’une reproduction presque intégrale de l’opinion *dissidente* de la

³⁴ Propos tenus par le procureur général Jim FLAHERTY et rapportés par J. MURPHY, « Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance » (2001) *U. of T. L.Rev.* 299, à la p. 304.

³⁵ *Loi visant à moderniser le régime d’avantages et d’obligations dans les Lois du Canada*, L.C. 2000 c. 12.

³⁶ *Definition of Spouse Amendment Act, 1999*, S.B.C. 1999, c. 29.

³⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 278.1 à 278.91.

³⁸ *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

³⁹ La critique qui suit s’inspire en partie de l’article de J. Cameron, « Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills* » (2000) 38 *Alb. L.Rev.* 1051.

Cour dans *O'Connor*⁴⁰. *Mills* constituait donc l'exemple paradigmatique d'une situation où la Cour aurait dû exiger de la législature 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 dialogue⁴¹ de manière à justifier sa décision de confirmer la validité de la loi sur la base d'une supposée coopération institutionnelle.

Dans *Mills*, la Cour a donc approuvé une loi qui, compte tenu du contexte, aurait nécessité le recours à l'article 33 de la *Charte*. L'article 1 n'était d'aucune utilité, à moins d'admettre que la Cour avait parlé pour ne rien dire dans *O'Connor*. Si une simple loi peut contrevenir directement aux interprétations judiciaires qui fixent le sens de la Constitution, comment peut-on encore parler de la suprématie de cette dernière? Comment est-il dès lors possible de savoir dans quelles circonstances il sera nécessaire – ou non – de recourir à la disposition de dérogation pour éluder une décision judiciaire? L'enjeu n'est pas banal puisque c'est la suprématie de la Constitution qui est au cœur de cette question. Comme le souligne avec raison Don Stuart, « [t]he Court in *Mills* chooses to de-emphasise the very nature of the entrenchment of rights and the existence of section 52 of the *Constitution Act* that makes the Constitution the supreme law of the land »⁴².

Le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif sortent néanmoins gagnants dans *Mills*. Le pouvoir législatif, car on lui reconnaît le droit de contredire la Cour par le biais d'une simple loi dans un contexte où l'article 33 de la *Charte* aurait dû être invoqué. La Cour, parce que la métaphore du dialogue lui permet de se tirer d'un mauvais pas en l'autorisant à opérer, sous le couvert d'une collaboration institutionnelle au service de la « démocratie », un renversement radical d'opinion.

⁴⁰ À ce sujet, lire D. Stuart, « *Mills*: Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost? » (1999) 28 C.R. (5th) 275; J. CAMERON, « Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills* » (2000) 38 *Alb. L.Rev.* 1051.

⁴¹ *Mills*, au par. 55 : La majorité de la Cour rappelle qu' « [i]nsister sur une conformité servile [à la solution proposée dans *O'Connor*] irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle. » Voir également les par. 56-59.

⁴² D. STUART, *supra* note 40 à la p. 277.

L'approche incohérente de la Cour soulève donc de graves problèmes. À la lumière de *Vriend* et *Mills*, que doit-on conclure au sujet de la portée véritable de la métaphore du dialogue?

III. POUR UNE APPROCHE DIALOGIQUE VÉRITABLEMENT DÉMOCRATIQUE : QUELQUES PISTES À EXPLORER

L'idée d'un dialogue institutionnel entre les pouvoirs judiciaire et législatif pose à la fois des problèmes théoriques et des problèmes pratiques. Pour y remédier, et plus spécifiquement, pour éviter que le pouvoir judiciaire n'empiète sur le domaine réservé au pouvoir législatif, certaines pistes de solutions pourraient être explorées⁴³ :

1) Les tribunaux devraient opter pour une approche minimaliste lorsque vient le temps pour eux d'élaborer des mesures réparatrices en matière constitutionnelle. Selon moi, les tribunaux devraient, autant que possible, se contenter d'invalidier les lois (en suspendant si nécessaire la déclaration d'invalidité). Cette façon de faire, nous l'avons vu, impose alors au législateur l'obligation d'intervenir. Cette approche s'apparenterait un peu à la procédure établie aux termes du *Human Rights Act 1998*⁴⁴ adopté en Grande Bretagne.

2) Pour que les assemblées législatives puissent avoir un pouvoir égal à celui des tribunaux dans l'interprétation de la Constitution, ce qui les autoriserait véritablement à faire valoir leur point de vue, il faudrait prévoir un processus qui conférerait une force morale aux interventions législatives adoptées en réponse à une décision judiciaire. Certaines modifications pourraient être apportées à la clause nonobstant (article 33 de la *Charte*) qui permettrait l'atteinte de cet objectif. Si, par exemple, la majorité requise pour permettre sa mise en œuvre était renforcée (ex : 60 % des députés inscrits – par opposition aux députés votants), l'adhésion des membres de

⁴³ Pour une étude plus approfondie de ces propositions, lire J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », à paraître en 2003 dans la *Revue du Barreau* du Québec.

⁴⁴ (R.-U.), 1998, c. 42. À propos de cette loi, lire K. MALLESON, « A British Bill of Rights: Incorporating The European Convention on Human Rights » (1999) 5 *Choices/Choix* n° 1.

l'opposition serait nécessaire et le débat qui s'ensuivrait pourrait conférer à la loi dérogatoire la force morale requise⁴⁵.

3) Ne pas empiéter sur le domaine réservé au pouvoir législatif signifierait également, pour le pouvoir judiciaire, une reconsidération du test élaboré dans *Oakes* pour juger du caractère raisonnable d'une limite apportée à un droit ou une liberté. Le test, tel qu'il est présentement construit, est de nature plus empirique que normatif. Ainsi, la détermination du caractère raisonnable de la limite apportée à un droit implique, pour l'essentiel, l'examen par le tribunal de faits à caractère social, économique ou scientifique. Ces faits sont invoqués pour expliquer les causes ou les effets de certains phénomènes comme, par exemple, le lien qui existe entre promotion et consommation des produits du tabac. Cette preuve dite de science sociale prend souvent la forme d'hypothèses et d'approximations savantes, bien souvent contradictoires. Il en découle que le test de *Oakes* oblige les juges à se prononcer sur des questions qui ne relèvent pas de leur champ d'expertise, mais bien plutôt de celle du législateur. Le critère du moyen le moins attentatoire incite même les tribunaux à y aller de suggestions – d'intuitions? – qui, par la suite, peuvent s'avérer inappropriées ou, pis encore, qui pourraient ne pas satisfaire aux exigences du test de *Oakes*.

4) Enfin, les tribunaux devraient développer des approches dialogiques qui obligent le législateur à être à l'écoute *des justiciables* lorsqu'il élabore des mesures susceptibles de mettre en péril certaines valeurs fondamentales garanties par la Constitution. L'affaire *Corbière c. Canada*⁴⁶ est une bonne illustration du potentiel offert par cette approche. Dans cette affaire, une disposition en litige de la *Loi sur les Indiens*⁴⁷ a été déclarée inconstitutionnelle, mais la déclaration d'inconstitutionnalité a été suspendue pendant dix-huit (18) mois. Plutôt que d'imposer une solution, la Cour a exigé du Parlement qu'il consulte les principaux intéressés. Une telle approche encourage nettement la participation des citoyens concernés et celle des acteurs politiques en général. Elle reconnaît que le rôle des institutions de l'État est de servir les citoyens en

⁴⁵ Un document rédigé en septembre 1980 et appelé le « Kirby memorandum » avançait l'idée d'une majorité renforcée : H. LEESON, « Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger » (2000) 6 *Choices/Choix* n° 4, à la p. 11.

⁴⁶ [1999] 2 R.C.S. 203. Il en va de même de l'arrêt *M. c. H.* dont j'ai parlé plus haut.

⁴⁷ L.R.C. 1985, c. I-5.

assurant, autant que possible, leur participation *directe* à la gouvernance.

CONCLUSION

La force symbolique des mots ne doit pas être négligée. Affirmer l'existence d'un dialogue institutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux est un outil rhétorique fort puissant. Employé à mauvais escient, la métaphore du dialogue pourrait servir de justification à une réinterprétation des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui ne servirait pas nécessairement les intérêts des citoyens. Le bien-être de ces derniers, faut-il le rappeler, est la raison d'être des institutions étatiques. Il est également au cœur de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Employée à bon escient, une approche dialogique axée sur le souci d'être à l'écoute des citoyens pourrait, à l'inverse, enrichir le débat démocratique de manière tangible. Si la métaphore du dialogue ne sert qu'à légitimer le pouvoir des organes étatiques sans égard aux intérêts des citoyens, c'est une notion qui n'a pas sa raison d'être. En guise de conclusion, je citerai le passage suivant du texte de M^{mes} Lowe et Stratton⁴⁸ : « in hierarchical relationships it falls to the most powerful to take the initiative and create safe places for open and frank dialogues to occur. » J'ajouterai simplement : « Courts should heed those words. »

⁴⁸ Voir, dans la présente publication, D. LOWE et M. STRATTON, « Talking With the Public: The Public, Communication and the Civil Justice System », p. 81.