

# Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité

---

Yves-Marie MORISSETTE\*

<b>INTRODUCTION</b> .....	31
<b>A. L'idée de légitimité</b> .....	31
<b>B. La perception qu'en ont les juges canadiens</b> .....	33
<b>C. Plan</b> .....	34
<b>I. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL DE L'EXTÉRIEUR DU DROIT POSITIF</b> .....	35
<b>A. Le regard de l'historien des institutions</b> .....	35
<b>B. Le regard du théoricien du droit</b> .....	39
1. «Charter Jurisprudence» au Canada .....	39
2. Une théorie légitimante sans contenu fixe .....	45
<b>II. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL DE L'INTÉRIEUR DU DROIT POSITIF</b> .....	49
<b>A. Le débat extrajudiciaire sur la légitimité du juge constitutionnel</b> .....	49
1. Ignorer le droit et le juge .....	50
2. Résister à la Charte et au juge .....	53
<b>B. Le débat judiciaire sur la légitimité du juge constitutionnel</b> .....	58
1. Les idées générales : Vriend (et al.) .....	58
2. Les idées particulières : justiciabilité, retenue judiciaire et «dialogue» .....	60
<b>CONCLUSION</b> .....	63

---

\* Professor, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill.





Il m'a semblé qu'il serait utile pour commencer de cerner rapidement l'idée qui nous rassemble ici : la légitimité. J'ai donc d'abord consulté cet humble auxiliaire de la pensée, le dictionnaire, pour circonscrire le sens que revêt le mot «légitimité». La légitimité est le caractère de ce qui est légitime et toutes les définitions qu'on trouve de ce terme se ressemblent sur un point essentiel : elles partent toutes de la légalité pour, progressivement, s'éloigner d'elle. En voici une : est légitime ce qui est «1. Consacré par la loi. 2. Établi conformément à la Constitution ou aux traditions politiques. 3. Conforme à l'équité, à la morale, à la raison.»

### A. L'idée de légitimité

Légalité et légitimité ont une racine commune, le mot latin *lex*, et dans son acception première la légitimité se confond avec la loi : aussi reconnaît-on que ce qui est conforme à la loi est en principe légitime, et que la légalité, du moins dans une société fondée sur l'État de droit, est porteuse d'une légitimité considérable. Mais l'idée de légitimité, comme on vient de le voir, a une extension bien plus grande que celle de «légalité», elle permet même de juger la loi et le droit dans son ensemble. «La légitimité, comme l'a écrit un philosophe français, est donc, non pas seulement *un problème politique*, mais *le problème de la politique*. [...] La politique est ainsi toujours tiraillée entre deux formes de son échec : l'arbitraire d'un pouvoir absolu, seulement légal, et la faiblesse d'un pouvoir qui accepte d'être jugé<sup>1</sup>.» En somme, nous touchons avec la légitimité au problème central de la philosophie politique moderne, celui de la place respective qu'occupent la raison et la volonté dans la prise de décision politique. C'est ce problème fondamental qu'évoque ici Paul Kahn, dès le début de sa communication *Judicial Review and Democratic Legitimacy*.

---

1. P. Duran, «Légitimité», dans *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II, *Les notions philosophiques*, t. I, Paris, Presses Universitaires de France, 1990 à la p. 1459 (italiques dans le texte original).

En philosophie politique, la réflexion sur la légitimité finit par s'affranchir complètement du droit et elle débouche sur les problèmes de la désobéissance civile, des lois injustes, de la subversion, de la révolution et des guerres dites «justes». Mais nous n'en sommes pas là. Nous nous intéressons ici à une forme beaucoup plus spécifique de légitimité, qui est encore arrimée au droit : la légitimité des décisions judiciaires par lesquelles les tribunaux jugent la loi à la lumière de la constitution. C'est le premier pas dans la dissociation entre légalité et légitimité.

Ce problème, ici, peut sembler diffus, puisqu'en principe les tribunaux de droit commun sont tous compétents pour juger la loi dans le cadre de procédures ordinaires et qu'il n'y a donc pas à proprement parler de juge constitutionnel en droit canadien. Voilà qui à première vue distingue radicalement notre situation de celle qui existe en France, par exemple, où la question est institutionnellement très localisée, le contrôle de la constitutionnalité des lois étant le domaine réservé du seul Conseil constitutionnel, et où ce contrôle se pratique *a priori*, c'est-à-dire avant l'adoption de la loi<sup>2</sup>. Mais en réalité, ici comme aux États-Unis, le problème de la légitimité du juge se pose d'abord et avant tout autour d'une institution, la Cour suprême, devant qui aboutissent tôt ou tard presque toutes les questions susceptibles de mettre en cause la légitimité du juge<sup>3</sup>.

- 
2. Pour une excellente synthèse sur le contrôle de la constitutionnalité des lois en droit français, et les intéressantes controverses doctrinales dont il a fait l'objet au cours du XX<sup>e</sup> siècle, voir J.-Y. Morin, «Le pouvoir des juges et la démocratie» (1994) 28 R.J.T. 801. Un modèle mitoyen, qui permet le contrôle *a posteriori* mais l'assujettit à une procédure spéciale, est celui de l'article 100 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne.
  3. Je suis tout à fait conscient que, dans l'écrasante majorité des cas, ces questions sont d'abord entendues par un tribunal de première instance et une cour d'appel, et que la Cour suprême refuse à l'occasion d'entendre un appel où les questions sont du type de celles qui nous intéressent ici : par exemple, *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. n° 1365 (C.A.) et [1999] C.S.C.R. n° 364 (où la demande de permission d'appeler est en instance de décision [la demande a depuis été accordée, le 1<sup>er</sup> juin 2000]), ou *Villeneuve c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2199 (C.A.) et [1998] C.S.C.R. n° 86 (où la permission d'appeler a été refusée). Néanmoins, je ne crois pas qu'on puisse nier que le phénomène sur lequel nous nous penchons est vécu avec une bien plus grande intensité au niveau de la Cour suprême.

## B. La perception qu'en ont les juges canadiens

À ce sujet, il n'est peut-être pas sans intérêt de noter qu'un ouvrage récent de science politique a tenté de déterminer, par une sorte de sondage, comment les quelque 125 juges d'appel en fonction au Canada perçoivent la question de leur propre légitimité dans le contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>4</sup>. Or, il en ressort que l'opinion des juges de la Cour suprême du Canada sur cette question diffère sensiblement de celle des juges de cours d'appel. La différence n'est pas importante au point de susciter l'étonnement, mais elle dénote tout de même de la part des seconds un degré d'inconfort plus élevé que chez les premiers lorsqu'il est question du contrôle de la constitutionnalité des lois au moyen de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>5</sup>. Ces données sont intéressantes mais on les considérera avec circonspection et on se gardera d'en

- 
4. I. Greene, C. Baar, P. McCormick, G. Szablowsky et M. Thomas, *Final Appeal — Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*, Toronto, James Lorimer & Company, 1998 aux pp. 212-215. Les auteurs ont utilisé une méthode de recherche comprenant, entre juillet 1991 et mars 1996, 102 entrevues avec des juges de toutes les cours d'appel canadiennes, y compris la Cour fédérale, ainsi qu'avec les neuf juges de la Cour suprême du Canada. Un questionnaire écrit remis lors de l'entrevue portait sur le profil professionnel des juges interviewés. Il appert cependant des résultats cités que toutes ces entrevues n'ont pas nécessairement comporté toutes les mêmes questions, ou que les juges consultés n'ont pas tous répondu à toutes les questions.
  5. On me pardonnera de reproduire ici, pour l'intelligence de cette question, quelques larges extraits de l'ouvrage, lequel a d'ailleurs fait l'objet sur ce sujet de commentaires dans la grande presse. On y lit ceci, sous le sous-titre *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*ibid.* aux pp. 187-188) : «We asked eighty-nine judges to what extent they perceived themselves to be lawmakers, as opposed to being merely law interpreters. They were asked to answer on a five-point scale, with 1 representing "lawmaker" and 5 representing "law interpreter". The average response was 3.8, closer to the law-interpreter role, although the average response of seven Supreme Court judges was just 3.1. [...] On average, the judges thought they were lawmakers in only about 15 per cent of the cases they heard (but one Supreme Court of Canada judge ventured that as many as 60 per cent of the top court's cases involved lawmaking) [...] We asked the judges whether they thought the Charter had created a "crisis of legitimacy" for the courts — a phrase which was used by some judges in the mid-1980s to describe their fears about judges becoming involved in lawmaking through high-profile Charter of Rights cases. The judges were evenly split on this issue, with thirty-three of seventy-three thinking that such a crisis existed (45 per cent), and thirty-two saying that there was no crisis; the remainder were neutral. The twenty-two judges who described themselves fundamentally as law-interpreters were more likely to think that there was a crisis of legitimacy than those who perceived themselves as having a mixed lawmaking and law-interpreting role. [...] Supreme Court of Canada judges are less concerned about the newly expanded lawmaking role of the judges. Four out of five felt that the Charter of Rights had changed the role of the court, bringing it closer to a lawmaking function. But of five judges questioned, all disagreed with the proposition that the Charter had created a crisis of legitimacy for the court, and one strongly disagreed. The consensus was that through the political process, the Supreme Court had been handed a lawmaking role by the people of Canada, and that this new role was generally accepted. But there was certainly no such consensus among appellate judges as a whole on the question.»

surestimer la signification. Je ne voudrais pas mettre en doute l'opportunité de travaux comme ceux-ci, trop rares au Canada, où l'on place le judiciaire sous la lunette de la science politique et où l'on considère, notamment, son fonctionnement effectif en tant qu'institution étatique. Mais je crois que sous un de ses aspects, celui que j'ai relevé ici, la recherche en question prête à la critique : celle d'avoir confondu qualitatif et quantitatif et d'avoir procédé à un décompte d'impressions plus susceptibles d'illustrer l'adage anglais *Beauty is in the eye of the beholder* que d'éclairer le débat sur la légitimité judiciaire. Aussi se contentera-t-on ici d'en retenir que les juges les plus exposés à la controverse dans ce débat semblent aussi les plus confiants, ce qui n'est pas inintéressant.

### 3. Plan

Il sera donc question ici, spécifiquement, de la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge<sup>6</sup>, notion protéiforme que j'identifierai désormais dans ce texte comme la question de la légitimité du juge constitutionnel ou, pour faire plus court, de la légitimité judiciaire.

Même circonscrite de la sorte, l'idée de légitimité est indissociable de plusieurs autres questions classiques en droit constitutionnel : par exemple, le statut du juge constitutionnel, le processus de nomination dont il est issu, sa représentativité, les fondements de ses décisions ou les sources de l'interprétation en droit constitutionnel, etc. Il est évidemment hors de question de traiter de tous ces aspects ici. Aussi vais-je me contenter de situer les questions, sans nécessairement tenter d'y répondre, et le faire sous deux angles distincts. Cela explique que j'aie divisé cet exposé en deux parties. La première (I), que j'intitule «La légitimité du juge constitutionnel de l'extérieur du droit positif», examinera la question (A) sous un angle historique et (B) à partir d'écrits canadiens (et parfois américains) en théorie du droit, traités sélectivement. La seconde (II), que j'intitule «La légitimité du juge constitutionnel de l'intérieur du droit positif», portera sur (A) les rapports conflictuels entre d'une part les législatures ou les gouvernements et d'autre part les tribunaux, et (B) sur le contentieux technique consacré aux limites souhaitables des interventions du juge constitutionnel.

---

6. On ne dit plus maintenant en anglais que «the legitimacy of judicial review», expression à coloration américaine où «judicial review» n'a plus le sens étroit qu'il avait autrefois au Canada. Il y a eu ici un glissement de sens qui coïncide avec un rapprochement entre deux conceptions du droit constitutionnel.

## I. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL DE L'EXTÉRIEUR DU DROIT POSITIF

Une recherche rapide que j'ai effectuée récemment dans un index bibliographique informatisé m'a permis de vérifier qu'entre 1981 et 1999, il s'est publié 112 articles de périodiques juridiques où l'expression *judicial activism* apparaissait dans le titre. Le même index démontre que 261 articles publiés au cours de la même période ont traité du sujet *judicial activism* (le premier groupe d'articles est évidemment un sous-ensemble du second). Bref, il se publie beaucoup de travaux savants sur ce sujet, bien que ce soit surtout aux États-Unis, et une simple synthèse de ces contributions à la théorie constitutionnelle dépasserait largement le cadre qui m'est fixé. En outre, la théorie n'est pas tout ce que l'on trouve à l'extérieur du droit positif; je pense en particulier qu'il faut tenir compte de certaines données historiques propres au Canada. Je vais donc esquisser ici une synthèse, en commençant par les données historiques.

### A. Le regard de l'historien des institutions

Deux éléments d'information méritent d'être relevés lorsque l'on considère la genèse du contrôle de la constitutionnalité des lois en droit canadien.

La première chose à noter, c'est que nous avons eu tout le temps nécessaire pour nous habituer au phénomène. L'histoire constitutionnelle *coloniale* du Canada permettait déjà une forme embryonnaire de contrôle judiciaire de la validité des lois. Par conséquent, l'idée mise de l'avant en 1803 aux États-Unis dans l'arrêt *Marbury v. Madison*<sup>7</sup> n'était pas nécessairement de nature à faire frémir les juristes canadiens.

Les origines du contrôle judiciaire au Canada ont été étudiées en détail dans l'ouvrage fort intéressant et documenté que nous devons au juge Barry L. Strayer<sup>8</sup>. J'emprunte à cet ouvrage l'essentiel des références historiques qui suivent. Avant la Confédération, les colonies canadiennes, comme du reste les autres colonies britanniques, étaient investies du pouvoir d'adopter des lois d'application locale, mais sous une importante réserve : ces lois ne pouvaient entrer en conflit avec celles en vigueur dans la métropole. Cette restriction avait

---

7. 5 U.S. 137 (1803).

8. D.B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts — The Function and Scope of Judicial Review*, 3d ed., Toronto, Butterworths, 1988.

parfois sa source dans une loi impériale<sup>9</sup>, mais il arrivait aussi qu'elle découle d'un exercice de la Prérogative Royale et qu'on la trouve exprimée dans l'instrument par lequel était mandaté le gouverneur d'une colonie<sup>10</sup>. Diverses formules servaient à l'exprimer<sup>11</sup>. On les jugerait aujourd'hui très imprécises. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'elles aient engendré des interprétations contradictoires. Selon certaines d'entre elles, les tribunaux auraient été justifiés d'exercer un pouvoir de contrôle extrêmement étendu sur la validité des lois coloniales. Le cas de figure ici est celui d'un juge australien, le juge Boothby : s'autorisant d'une telle interprétation, ce magistrat de l'État de South Australia rendit des décisions d'annulation qui suscitérent une vive polémique<sup>12</sup>. Dans le

- 
9. *Ibid.* à la p. 6. Strayer donne l'exemple ancien d'une loi de 1696, *An act for preventing frauds, and regulating abuses in the plantation trade*, 7 & 8 Will. III, c. 22, dont l'article 9 annulait explicitement toute règle de droit («laws, by-laws, usages or customs [...] in force [...] in [...] the said plantations») incompatible avec ses dispositions ou celles de toute loi impériale ultérieure ayant aussi pour objet les plantations coloniales.
  10. *Ibid.* Strayer, encore, donne l'exemple du gouverneur Cornwallis de Nouvelle-Écosse et du gouverneur Murray de Québec.
  11. *Ibid.* par exemple, dans le cas du gouverneur Cornwallis, la formule se lisait : «said Laws, Statutes and Ordinances [s'agissant de textes adoptés dans la colonie] are not to be repugnant but as near as may be agreeable to the Laws and Statutes of this our Kingdom of Great Britain.» Bien que l'idée soit intelligible, l'imprécision qui l'enveloppe ne pouvait manquer de susciter quelques questions fondamentales : La règle incorpore-t-elle le common law britannique? S'applique-t-elle non seulement aux lois en vigueur et à celles qui visent expressément la colonie, mais aussi aux lois futures et à celle d'application uniquement métropolitaine?
  12. Cet épisode singulier de l'histoire coloniale britannique est relaté par A. Todd, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Lonans & Green, 1894 aux pp. 846-854 et par A. B. Keith, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Clarendon Press, 1912, vol. I aux p. 402 et suivantes et vol III aux pp. 1343-1346. Il est loin d'être évident que le juge Boothby ait eu entièrement tort. dans l'exercice de sa compétence, il avait notamment «denied the power to the Colonial legislature to allow a Court consisting of the Governor and his Executive Council to act as a Court of Appeal from the Supreme Court of the Colony.» (A.B. Keith, *supra* à la p. 300.) Le gouvernement de l'État voulut le faire destituer «on the ground of the confusion into which his extraordinary views had thrown the Colonial administration and the course of justice.» (*Ibid.* à la p. 1243.) De fait, commente Keith (*ibid.* à la p. 402.) Les opinions du juge Boothby étaient «interesting because they show the high-water mark of distrust of Colonial law.» Il s'ensuivit une véritable saga, s'échelonnant de 1861 à 1867, et au cours de laquelle la législature de l'État tenta en deux occasions de saisir le gouvernement britannique d'une adresse conjointe des deux chambres pour que la Reine destitue le juge Boothby. La demande essuya un refus dans les deux cas. La première fois, le duc de Newcastle, secrétaire aux colonies, répondit après avoir consulté que «her Majesty's government considered "that a colonial judge is not only at liberty but bound to entertain the question whether a colonial law, material to the decision of the question of law before him, is or is not valid"; that Judge Boothby was right in the main, though not in every instance, when he questioned the validity of certain acts of the South Australian legislature; and that, inasmuch as this legislature, when it passed the addresses for the judge's removal, was not, strictly speaking, legally constituted [her Majesty's government] had not deemed expedient to advise the Crown to remove Judge Boothby, pursuant to the said address.» (A. Todd, *supra*

sillage de cette controverse, Westminster finit par intervenir pour préciser et restreindre par le *Colonial Laws Validity Act* de 1865 la règle quelque peu confuse qu'avait suivie jusque-là la pratique coloniale britannique. Au Canada, par l'Acte d'Union de 1840, on avait infléchi dans le même sens la portée de cette règle. Cela dit, dans son principe même, le pouvoir de déclarer des lois *ultra vires* pour cause d'incompatibilité avec une loi impériale n'était pas matière à controverse avant la Confédération. Peut-être n'a-t-il pas été exercé dans les faits, mais son existence ne semble pas avoir été mise en doute<sup>13</sup>. Aussi la transition de 1867 entre les Canadas et le Canada s'est-elle faite sans heurt sur ce plan. Le juge Strayer rappelle ici que, invalidant une loi provinciale parce qu'elle contrevient au partage des pouvoirs énumérés aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>14</sup>, les tribunaux canadiens se trouvent simplement à donner effet au *Colonial Laws Validity Act*.

Observons pour en terminer avec cet aspect des choses qu'il y a quand même une différence de taille entre le cas américain et le cas canadien : le premier est directement issu de la Révolution américaine, le second du régime colonial anglais que combattait, justement, la Révolution américaine. Il en résulte une distinction au niveau des finalités théoriques du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le *Bill of Rights*, oeuvre du constituant, renvoie à des normes de fond dont on justifiait l'existence, à l'origine du moins, par référence à une conception moderne<sup>15</sup> du droit naturel. La constitution canadienne, quant à elle, ne sera complétée par l'addition d'une déclaration de droits fondamentaux que longtemps après sa promulgation. Pendant les 115 premières années de son existence, elle est une loi du souverain adopté en son parlement. Les tribunaux, lorsqu'ils lui donnent effet, ne font pas obstacle à la volonté du souverain : au contraire, ils s'y conforment. Le dispositif institutionnel qui en assure la sanction, et qui n'a d'application, en fin de compte, que pour les colonies, et non pour la

---

à la p. 847). Par la suite, le *Colonial Laws Validity Act* vint tirer au clair le fond de ce différend et «the condition of non-repugnancy to the general principles of English law disappeared for good.» (A.B. Keith, *supra* à la p. 410).

13. Le juge Strayer écrit (D.B. Strayer, *supra* à la note 8) : «Whether the courts in what is now Canada ever invalidated *ultra vires* legislation is not clear, but it may be assumed fairly confidently that at the time of Confederation they would have been prepared to do so in a proper case. If the legislative instrument of a colonial lieutenant governor in council could be set aside for want of authority, the same could be done to a colonial statute which exceeded the legislative powers conferred on the colonial assembly.»
14. 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.).
15. «Moderne» au sens étroit du terme, c'est à dire inspirée par la philosophie des Lumières et le jusnaturalisme.

métropole, reflète cette conception des choses<sup>16</sup>. De nos jours, la distinction paraît peut-être trop subtile (certains diraient même captieuse), mais elle a longtemps imprégné le discours judiciaire au Canada, le juge se percevant comme l'instrument d'une volonté déjà arrêtée dans le détail. Et rappelons qu'il a fallu attendre 1998 pour que soit officiellement reconnue en droit anglais à la fois l'idée générale que le juge crée du droit et les conséquences qui découlent de cette idée<sup>17</sup>. L'explication traditionnelle de la fonction du juge a beaucoup perdu de sa vraisemblance depuis qu'elle met en cause, non plus la volonté du souverain, mais celle, ô combien plus hypothétique, du constituant.

De plus, comme on le sait, le contrôle de la constitutionnalité des lois au Canada a pendant longtemps été limité au contrôle du partage des compétences législatives. C'est cette réalité que décrivait Paul Weiler dans une phrase qu'on a souvent citée : «*[The issue is] which jurisdiction should have power to work the injustice, not whether the injustice should be prohibited completely*»<sup>18</sup>. Frank Scott, que j'ai eu le plaisir de côtoyer comme collègue pendant quelques années, disait pour sa part : «*Jurisdiction over human rights in Canada means who has jurisdiction to ignore human rights*»<sup>19</sup> mais les résistances que suscitait l'idée parmi les juges de la Cour, et le fait qu'elle est utilisée de façon rarissime avant 1982<sup>20</sup>, montre bien que pendant la majeure

- 
16. Le Comité judiciaire du Conseil privé ne se confond pas avec la Chambre des Lords siégeant en appel des décisions de tribunaux anglais. Par ailleurs, les membres du Comité judiciaire exprimaient à Sa Majesté, longtemps d'ailleurs de manière unanime, une *recommandation* quant à l'issue de l'appel au Conseil privé. En somme, c'est le souverain qui agit, ce qui occulte le problème de la légitimité du juge et qui explique pourquoi le débat autour de *Marbury v. Madison* n'a pas véritablement eu d'écho en Amérique du Nord britannique : l'idée du contrôle judiciaire, comme on le disait plus haut, n'était pas révolutionnaire, parce qu'au fond on pouvait se dire que le contrôle demeurerait entre les mains du souverain. Voir J. Frémont, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation», dans Association québécoise de droit comparé, *Droit contemporain 1994 — Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995 aux pp. 644 et suivantes, à la p. 651.
17. Je pense ici au remarquable jugement de la Chambre des Lords dans *Kleinwort Benson Ltd. v. London City Council*, [1998] H.L.J. N° 39.
18. P. Weiler, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973) 23 *University of Toronto Law Journal* 307 à la p. 344.
19. Que la Cour suprême traduit par l'expression «déclaration des droits implicite».
20. Évoquée dans les arrêts *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S.100; *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285 et *Oil, Chemical and Atomic Workers c. Imperial Oil*, [1963] R.C.S. 584, elle a subi un assez net revers dans *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, mais elle est tenace et réapparaît dans *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2 puis, plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

partie de notre histoire le juge canadien n'était pas enclin à juger les lois au fond, que ce soit à partir d'une conception quelconque du droit naturel, de la justice ou des droits inaliénables de la personne humaine. En contrepartie de cette attitude marquée par la réticence, les juges voyaient rarement leur légitimité mise en doute.

## B. Le regard du théoricien du droit

Comme je l'ai dit tout à l'heure, une réalité s'impose tout de suite à l'esprit : le nombre et l'envergure des travaux qui se sont publiés dans le domaine depuis le début des années 80. Je serais tenté de dire, très sérieusement, qu'il y en a tout simplement trop, et que le lecteur, même entreprenant et doué, voit sa capacité de compréhension et d'absorption mise à rude épreuve, à supposer qu'il parvienne à consacrer le temps nécessaire à l'entreprise. On peut s'en faire une idée d'ensemble en consultant certains des articles qui s'écrivent *sur* ce qui s'écrit dans le domaine : je pense par exemple aux textes relativement récents de Richard Devlin où celui-ci passe en revue les travaux qui abordent la Charte sous l'angle de la théorie juridique<sup>21</sup>. Il qualifie lui-même ce corpus de *almost unmanageable*, presque démesuré. Un peu de laconisme serait une amélioration opportune dans ce domaine. Or, on s'en doute, la question de la légitimité du juge occupe ici une place centrale. Néanmoins, nous sommes encore loin d'avoir atteint au Canada le gigantisme qui caractérise cette spécialité de la théorie du droit aux États-Unis.

### 1. «Charter Jurisprudence» au Canada

Pour démêler cet écheveau, je ferai un certain nombre d'observations préalables et de caractère général :

1. D'abord, j'écarterai les contributions délibérément mineures, ou encore celles plus pointues où l'on commente, par exemple, un arrêt précis. Certaines décisions ont fait couler beaucoup d'encre (ainsi, l'arrêt *Dolphin*

---

*provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 aux par. 104 et 317.

21. R. Devlin, «The Charter and Anglophone Legal Theory» (1997) 4 *Review of Constitutional Studies* 19 [*Theory*], et, du même auteur, «Some Recent Developments in Canadian Constitutional Theory» (1996) 22 *Queen's Law Journal* 81 [*Developments*]. Je me suis beaucoup appuyé sur ces deux articles, où l'auteur survole l'ensemble de la production de langue anglaise dès lors que ses visées sont théoriques plutôt que simplement doctrinales.

*Delivery*<sup>22</sup> a suscité plus d'une vingtaine de commentaires publiés), dont une partie sur le problème de la légitimité du juge constitutionnel, mais il ne me paraît pas utile de revenir sur ces travaux ici<sup>23</sup>.

2. On peut observer qu'il y a eu une maturation dans les commentaires savants et que les contributions critiques sont plus nombreuses parmi les écrits récents : il semble que les critiques de la légitimité judiciaire aient mis quelques années pour discerner la cible précise de leurs objections.

3. Dans ce qui s'écrit au Canada, on sent bien la présence des théories légitimantes issues des États-Unis. À cet égard, les circonstances nous ont peut-être favorisés en nous permettant de bénéficier dès le départ de 200 ans d'histoire constitutionnelle en droit américain. Cette maturation du droit américain, en passant, se présente moins comme une progression linéaire que comme un changement intermittent d'épistémè<sup>24</sup>. Si l'on s'appuie sur la thèse de Paul Khan, on peut avancer, sous réserve de nuances que je ferai plus loin, que la théorie juridique au Canada se loge là où elle se loge aujourd'hui aux États-Unis. Je ne suis pas sûr, en revanche, que le système juridique, par opposition aux travaux savants (j'entends ici *scholarship*), ait fait montre de la même capacité d'assimilation de l'expérience américaine, et c'est peut-être fort bien comme cela.

4. Au Canada, on a relativement peu écrit en langue française sur la légitimité du juge constitutionnel; la qualité des travaux en existence est indéniable, mais plusieurs se présentent comme des synthèses de débats menés ailleurs plutôt que comme des thèses développées en théorie du droit sur la légitimité judiciaire. En somme, on semble plus porté vers l'analyse, parfois il

---

22. [1986] 2 R.C.S. 573. Il a inspiré, par exemple, le texte de P.A. Gall, «Dolphin Delivery and the process of constitutional decision-making : some lessons to be learned», paru dans D. Schneiderman, dir., *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Carswell, 1991 à la p. 411, texte qui devrait figurer dans un compte-rendu exhaustif des contributions doctrinales à la question de la légitimité du juge constitutionnel.

23. Je ferai une exception dans la deuxième partie de l'exposé lorsque j'aborderai l'arrêt *Vriend*, l'une des rares décisions de principe sur la légitimité judiciaire; je m'arrêterai alors sur certains des commentaires qu'elle a inspirés.

24. Je retiens ici l'analyse de P. Kahn dans *Legitimacy and History — Self-Government in American Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1992, où sont examinées quatre moments dans la théorie constitutionnelle américaine, présentés comme quatre «conceptual models of order», «the models of making, maintenance, growth and community». Ces modèles, qui se rapprochent de la notion d'épistémè chez Foucault, ont selon la thèse de l'auteur la capacité de structurer la pensée : «The models I identify are frameworks of thought that are constantly available. They inform ordinary experience before they provide a structure for theoretical explanation. The models themselves are not dependent upon historical experience; they make it possible.» (*Ibid.* à la p. 211).

est vrai très théorique, que vers la construction ou la réfutation d'un système justificatif<sup>25</sup>.

5. Si l'on voulait identifier certaines constantes dans ce corpus documentaire, on pourrait d'abord observer (i) qu'il est moins étalé idéologiquement que ce que l'on trouve dans les commentaires américains (en particulier, il y a une nette sous-représentation à droite, là où l'on retrouverait Richard Epstein aux États-Unis, et il y a une certaine sous-représentation à gauche également, là où l'on retrouverait Duncan Kennedy aux États-Unis), (ii) que la veine *fabianist* héritée de la tradition politique canadienne y est bien représentée, et que (iii) l'alignement dans le débat se fait entre ceux qui jugent la Charte sévèrement (les «*Charter sceptics*») et ceux qui en font l'apologie (les «*Charter romantics*») <sup>26</sup>.

6. Un consensus assez étendu, mais pas l'unanimité, semble s'être fait assez rapidement après 1982 sur l'inutilité de remettre en question le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois à partir d'une charte de droit fondamentaux, mais le débat se continue sur la manière dont ce contrôle doit être exercé; par contre, certains suggèrent des contraintes à son exercice qui, si elles étaient consacrées en droit, pourraient menacer le contrôle en question dans son principe.

7. L'existence des articles 1 et 33 de la Charte a eu pour conséquence, dès le début de ce débat, qu'il ne pourrait être mené comme il l'est aux États-Unis. Il y a donc, pour cette raison parmi d'autres, un décalage entre le débat sur la légitimité judiciaire dans l'université américaine et dans l'université canadienne : leurs point de départ et point d'arrivée respectifs sont ailleurs.

---

25. Un excellent ouvrage, qui aujourd'hui commence à dater un peu, est celui que J. Gosselin a tiré de sa thèse de doctorat, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991. De même, l'article de J.-Y. Morin (*supra* note 2) situe admirablement la question mais sans véritablement avancer de thèse à ce sujet. On peut mentionner aussi le rapport substantiel de J. Frémont, *supra* note 16, ainsi que, dans un mode moins synthétique et plus proches de la thèse sur la légitimité judiciaire, les textes de K. Benyekhlef, «*Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit*» (1993) 38 *Revue de droit de McGill* 91 à la p. 644; A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, et L.B. Tremblay, «*La Justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité?*» (1998) 10 *Revue d'études constitutionnelles* 41. On trouve aussi des contributions plus polémiques : voir par exemple Y.-M. Morissette, «*Canada as a Post-Modern Kritarchy*» (1998) 72 *Australian Law Journal* 72.

26. Pour reprendre l'expression de R. Penner dans une recension de *Just Words* (1997-98) 25 *Manitoba Law Journal* 567.

8. Cela dit, la filiation entre les écoles de pensée *actuelles ou récentes* au Canada et aux États-Unis est claire, comme s'est déjà appliqué à le démontrer un auteur qui a passé en revue sept des théories sur la légitimité alors en existence<sup>27</sup>. Si l'on voulait en situer quelque-unes sur un axe horizontal, on placerait probablement à un extrême les thèses de Lorraine Weinrib<sup>28</sup> (le contrôle judiciaire doit sa légitimité au fait qu'il donne lieu à des décisions de principe éclairées sur les limites justifiables imposées aux droits fondamentaux), de Patrick Monahan au milieu (un milieu très canadien : il faut réaffirmer l'importance des valeurs collectives et des processus politiques au Canada, et le faire notamment par un contrôle judiciaire qui favorise la délibération collective et l'accès de tous à ces processus) et de Michael Mandel (la Charte est un instrument de défense du *statu quo* et le contrôle judiciaire, processus qui sert à judiciariser le politique, neutralise la volonté démocratique des classes sociales défavorisées)<sup>29</sup>. Mais cette répartition n'est pas entièrement satisfaisante car elle omet de mentionner la critique «conservatrice» de la légitimité judiciaire, principalement incarnée ici par Frederick L. Morton et Rainer Knopff<sup>30</sup>. Que cette dernière conception des choses puisse être exprimée avec éloquence, cela ne fait aucun doute à mes yeux, mais je me demande s'il ne s'agit pas d'un combat d'arrière-garde au Canada, un débat qui n'a plus sa raison d'être depuis, justement, l'adoption de la Charte. Il peut cependant se continuer, et se continue de fait, dans les pays qui demeurent rigoureusement fidèles à un principe de suprématie parlementaire<sup>31</sup>.

---

27. J. Gosselin, *supra* note 25 aux pp. 153-223, qui établit les parallèles suivants, plus ou moins étroits selon le cas : Monahan avec Ely, Fairley avec Ely, L. Weinrib avec Dworkin, Bayefsky avec Bickel, Slattery avec Agresto ainsi que Nagel, puis MacKay, Hutchinson, Petter et Mandel avec le mouvement Critical Legal Studies dont, notamment, Duncan Kennedy.

28. L. Weinrib, «The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter» (1988) 10 *Supreme court Law Review* 469 et «Learning to Live With The Override» (1990) 35 *McGill Law Journal* 541.

29. M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (trad. de H. Juste), Montréal, Boréal, 1996, d'abord paru en anglais en 1994 sous le titre *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*.

30. F.L. Morton et R. Knopff, auteurs de nombreux textes sur la question, dont *Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 1998, et *Charter politics*, Scarborough, Nelson Canada, 1992.

31. Voir par exemple Lord Hoffman, «Human Rights and the House of Lords» (1999) 62 *Modern Law Review* 159 (qui contient une critique vigoureuse d'une certaine jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), et Lord Irvine of Laird, «Parliamentary Sovereignty and Judicial Independence», dans J. Hatchard et P. Slinn, dir., *Parliamentary Supremacy and Judicial Independence : A Commonwealth Approach*, Londres, Cavendish Publishing Ltd, 1998 à la p. 29, particulièrement à la p. 33.

9. Dans sa version la plus récente, le débat sur la légitimité du juge constitutionnel se poursuit mais s'est sans doute raffiné. Il continue d'opposer, d'une part, les défenseurs de ce que j'appellerais une algèbre des droits fondamentaux (le parti de la «raison»)<sup>32</sup>, et d'autre part les sceptiques qui voient dans la Charte une entrave à la justice sociale (le parti de la «volonté démocratique»)<sup>33</sup>. C'est bien sûr par les seconds que la légitimité du contrôle judiciaire est mise à mal<sup>34</sup>.

10. J'ajoute que certains travaux récents visent la Charte elle-même, et le modèle politique qu'elle a instauré au Canada, mais qu'ils se trouvent par le fait même à toucher la légitimité judiciaire. Ils ne la heurtent pas toujours de front. Parmi les travaux de ce type, on trouve l'ouvrage collectif paru sous la direction de David Schneiderman et Kate Sutherland, *Charting the Consequences : The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*<sup>35</sup>. Comme l'annonce son titre, l'ouvrage est consacré aux effets de la Charte sur la vie politique et la société canadiennes. Bien que la perspective critique varie en intensité d'un auteur à l'autre<sup>36</sup>, l'ensemble concourt à faire ressortir l'impact très significatif sur la vie politique canadienne des valeurs libérales enchâssées par

- 
32. Je placerais actuellement dans cette catégorie l'ouvrage de D. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice*, Toronto, Toronto University Press, 1995 (qui a suivi *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*, Boston, M. Nijhoff, 1994); R. Devlin dans «Some Recent Developments in Canadian Constitutional Theory», *supra* note 21, en fait une recension approfondie et louangeuse, en le comparant à l'ouvrage de Hutchinson cité ci-dessous.
33. Je placerais ici, entre autres titres possibles, A.C. Hutchinson, *Waiting for Coraf : A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995. Ce titre, comme beaucoup s'en souviendront, est un pastiche d'*En attendant Godot*, de Samuel Beckett; Coraf est l'acronyme anglais de la Charte.
34. Aussi est-il peut-être utile d'en résumer très sommairement la thèse sur ce point : le discours des droits fondamentaux est irrémédiablement indéterminé et il confère un pouvoir décisionnel disproportionné à une élite qui n'est pas représentative de la population et qui par propension naturelle résiste à un programme réformateur axé sur la justice sociale. R. Devlin, dans «The Charter and Anglophone Legal Theory», *supra* note 21 aux pp. 35-43, synthétise efficacement le débat sur les droits individuels.
35. D. Schneiderman et K. Sutherland, dir., *Charting the Consequences : The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
36. En ce sens que, par exemple, le texte d'Y. de Montigny, «The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec», dans *ibid.* à la p. 3, attribue à la Charte des effets moins néfastes que ne le fait le texte de K.A. Lahey, «The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Income Tax Law and Policy», dans *ibid.*; de toute évidence, cela est attribuable avant tout au domaine où les auteurs ont choisi d'étudier l'impact de la Charte.

la Charte<sup>37</sup>, et tend aussi à souligner comment, vu de la gauche, cet impact est souvent décevant. Mais, il ne s'agit pas à proprement parler d'une critique dirigée contre le pouvoir judiciaire : il s'agit plutôt d'une critique dirigée contre la Charte elle-même. L'essai publié il y a deux ans par Joel Bakan, *Just Words : Constitutional rights and Social Wrongs*<sup>38</sup>, adopte une perspective commune à celle de plusieurs des auteurs réunis autour de Schneiderman et Sutherland : une perspective qui s'identifie comme externe, progressiste et critique<sup>39</sup>. Tout en reconnaissant à la Charte certains effets positifs<sup>40</sup> et en ne lui attribuant pas l'entière responsabilité de la dérive libérale au Canada<sup>41</sup>, l'ouvrage soutient qu'elle freine tout progrès significatif sur le plan de la justice sociale, qu'elle occulte la nature essentiellement politique des décisions prises sous son empire et qu'elle confie ces décisions à des agents conservateurs dans la société : («[Judges], and the legal profession in general, are about the last group we should expect to act as agents of progressive social change<sup>42</sup>.») Ici encore, cependant, on peut se demander si c'est véritablement la légitimité du juge qui est prise pour cible, ou si ce n'est pas plutôt ce qui est présenté comme

- 
37. Dans une recension de l'ouvrage (1998) 36 *Alberta Law Review* 1039, A. C. Carins décrit le phénomène comme suit : «What follows 1982 is a multitude of discrete responses to the new constitutional world of the Charter. Courts, especially the Supreme Court, have to learn how to handle their new responsibilities in a constitutional climate in which the hegemony of federalism and parliamentary supremacy have been attenuated. The chapters in this volume document the courts' response to their new obligations. Governments learn how to Charter-proof their legislation, and that the notwithstanding clause is an instrument not to be lightly employed. Governments have also learned to their distress that the constitution is no longer theirs to transform by executive federalism. The Charter has generated non-deferential citizen stakeholders in what they view as their constitution.»
38. J. Bakan, *Just Words : Constitutional Rights and Social Wrongs*, Toronto, Toronto University Press, 1997. Bakan est aussi le co-auteur de l'un des textes paru dans l'ouvrage de Schneiderman et Sutherland.
39. Dans une recension de l'ouvrage (1998) 23 *Queen's Law Journal* 509, Beverley Baines reproche à Bakan sur ce point précis de ne pas se montrer suffisamment critique envers la perspective «interne».
40. Par exemple, la Charte se révèle un instrument efficace de protection de la liberté d'expression, bien que cette protection soit «atomistic, anti-statist and negative», et donc mal adaptée pour résister à l'idéologie qui imprègne l'organisation économique et technologique des moyens de communication (J. Bakan, *supra* note 38 à la p. 70). La protection des droits des minorités et des droits démocratiques comptent aussi parmi les acquis de la réforme de 1982.
41. «Though the Charter undoubtedly has some negative effects on social justice on Canadian politics and social relations, the erosion of democracy and social justice in Canada today is radically overdetermined, driven by a wide array of economic, social, and political forces, of which the Charter is only one.» (*Ibid.*, p. 145).
42. *Ibid.* p. 113.

l'idéologie dominante au sein de la magistrature : en d'autres termes, une magistrature plus représentative et plus progressiste serait plus légitime<sup>43</sup>.

11. Que conclure, succinctement, sur le regard du théoricien du droit? Je laisserai la parole ici à Richard Devlin, qui me semble avoir formulé la chose très expressivement en deux courts passages de son article : «The Charter may have done more for legal theory than legal theory has done for the Charter<sup>44</sup>.»

*While the Charter cannot be said to have caused [the] fractionalization in Canadian legal theory, Charter based claims and Charter discourse [have] been an important discursive terrain for the articulation of this dissensus. In short, the Charter is both fractured and fracturing. And so I would conclude by suggesting that rather than promoting order and coherence, contemporary Charter-inspired legal theory refracts the messiness of the problematic that is called Canada.<sup>45</sup>*

## 2. Une théorie légitimante sans contenu fixe

À mon sens, toutes ces thèses sur la légitimité du juge constitutionnel sur-déterminent le problème (le point de vue Weinrib/Dworkin) ou le sous-déterminent (le point de vue Hutchinson/Mandel), et n'accordent pas l'importance qu'il mérite au caractère nécessaire mais contingent de la décision de justice dans une société fondée sur l'État de droit. Derrière la décision du juge constitutionnel, en effet, se trouve la décision judiciaire tout court, dont la décision du juge constitutionnel n'est qu'une espèce particulière. Il me semble que le problème doit être attaqué à ce niveau. Voilà pourquoi je préfère pour ma part une théorie légitimante beaucoup moins hégémoniste et que certains qualifieraient de positiviste.

---

43. Certes, l'ouvrage contient une critique soutenue de plusieurs thèses légitimantes sur le contrôle judiciaire de la constitutionnalité, développée au chapitre 2. L'auteur conclut ce chapitre en affirmant que ni l'un ni l'autre des deux types de légitimation (invoquant le bien-fondé des décisions judiciaires ou la confiance dont les tribunaux seraient dignes) ne résistent à l'analyse (*Ibid.* pp. 40-42).

44. R. Devlin, «The Charter and Anglophone Legal Hteory», *supra* note 21 à la p. 66.

45. *Ibid.* à la p. 79.

Cette explication du phénomène descend en droite ligne de Kelsen, mais elle incorpore l'analyse plus approfondie et plus nuancée<sup>46</sup> qu'en a fait Hart et elle se prolonge par des travaux plus récents comme ceux de Philip Bobbitt<sup>47</sup> et Dennis Paterson<sup>48</sup>. Abordé sous cet angle, le contrôle de la constitutionnalité des lois en droit américain (lequel à ce niveau d'abstraction ne diffère pas du droit canadien) est le fruit d'une technique d'argumentation, d'une éristique à base de six procédés<sup>49</sup>, et là seul est ce qui lui confère sa légitimité. Patterson écrit :

*There is nothing more to constitutional law (or any other body of doctrine) than the use of the six modalities of argument. For jurisprudence, both constitutional and general, the lesson is clear : the essential task of jurisprudence is the accurate description of our legal practices of argument. Theory [by "theory" I mean to follow Bobbitt's usage — that is, a "sublime explanatory mechanism"] is banished not because it is wrong, but because it is irrelevant. If law is an argumentative practice composed of the six modalities of argument, then the key to understanding law lies in understanding how these forms are deployed in legal argument. What, then, justifies a judicial decision?*

- 
46. Je ne veux pas laisser entendre par là que H. Kelsen a manqué de nuance : expliquer la nature intime de l'interprétation en droit, et donc la fonction du juge, n'était pas son propos dans la *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Dalloz, Paris, 1962, et il ne consacre donc au sujet qu'un court chapitre. Néanmoins, les bases d'une conception cohérente de l'interprétation juridique sont déjà là. Cette conception gagnera beaucoup en subtilité avec des travaux ultérieurs, dont au premier chef ceux de Hart, mais elle ne changera pas dans son principe essentiel. Il ne faut pas oublier que Kelsen, selon l'expression de Simone Goyard-Fabre, «n'était pas un méditatif de cabinet», et qu'il fut l'auteur en 1918 d'un projet de constitution adopté ultérieurement par l'Autriche. Ce projet comprenait la création d'une Cour constitutionnelle dont Kelsen fut lui-même membre pendant quelque temps et qui contrôlait la constitutionnalité des lois. On a écrit des quantités de choses sur sa conception de la norme fondamentale mais beaucoup moins sur sa conception de l'interprétation. Pour une contribution approfondie et critique sur ce sujet, voir P. Amssek, «À propos de la théorie kelsenienne de l'absence de lacunes dans le droit», dans *La pensée politique de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, Université de Caen, 1990, n° 17, p. 121 et suivantes.
47. P. Bobbitt, *Constitutional Fate : Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, (*Fate*) ainsi que *Constitutional Interpretation*, 1991 (*Interpretation*).
48. D. Patterson, *Law and Truth*, New York, Oxford University Press, 1996, et tout particulièrement le chapitre 7 de cet ouvrage, «Truth in Law : A Modal Account».
49. Entendue comme un art de la controverse. Le mot a parfois des connotations péjoratives, en particulier chez Aristote qui critique la pratique dans ses *Réfutations sophistiques* (chapitre 11), mais je veux pour ma part lui donner ici un sens rigoureusement neutre. Les six procédés d'argumentation étudiés par P. Bobbitt (dans *Fate*, *supra* note 47 aux pp. 12-13 : «historical, textual, structural, doctrinal, ethical, prudential») sont une forme d'éristique. On peut bien sûr ne pas partager entièrement l'analyse de Bobbitt, souhaiter y ajouter ou en retrancher quelque chose, mais je considère qu'il porte le regard au bon endroit.

*And how is justification related to legitimacy? The judicial decision is legitimate to the extent that it is rendered according to law. A decision is made “according to law” when one or more of the six modalities is employed to reach the decision.<sup>50</sup>*

Il s’ensuit que, si la méthode utilisée est garante de la conformité du résultat avec la constitution, et qu’elle suffit par elle-même à en assurer la légitimité, la recherche d’une théorie explicative extérieure au droit est donc vaine : on aura beau chercher, on ne trouvera jamais. Aussi les théories sur la légitimité du juge constitutionnel se multiplient-elles sans qu’on parvienne jamais à les départager de manière décisive, faute d’un critère de vérité valable. Certes, il est tout à fait opportun que ce débat ait lieu, mais il a lieu à l’extérieur du droit. Cette vision de la décision judiciaire, qui ne vaut pas que pour l’interprétation de la constitution, se révèle en tout cas particulièrement prégnante lorsque l’on considère le juge constitutionnel. Je pense que, depuis longtemps, elle avait pénétré la conscience subjective des juristes, dont celle de beaucoup de juges, mais qu’elle était occultée par des explications officielles qui exagéraient le degré de détermination du droit. Aujourd’hui, elle ne gêne plus guère, et cela est à mon sens on ne peut plus sain : car c’est en connaissant les limites incompressibles du raisonnement juridique que l’on se gardera d’en surestimer la puissance normative ... et du coup d’en affaiblir la légitimité. Les signes de ce déplacement de sens ne manquent pas.

Ainsi, dans une conférence récente, Madame la juge L’Heureux-Dubé s’en prend à l’image du juge «activiste» (expression presque antinomique) en ces termes.

*It is also often suggested that activist judges place their personal preferences above the requirements of the law. Yet such criticism ignores the process of legal reasoning and justification that forms part of every legal decision. Legal interpretation requires a judge to use arguments and sources that are acceptable within the legal community, and justify the decision with regard to those values. This accusation also fails to recognize that cases that make their way to appeal*

---

50. D. Patterson, *supra* note 48, p. 137. Le passage entre parenthèses est une note infrapaginale. On notera que cette thèse, bien qu’elle soit minimaliste en comparaison de plusieurs autres, attribue néanmoins une certaine teneur méthodologique à la juridicité (est de droit la décision judiciaire issue de l’un des procédés d’argumentation consacrés en droit); cela me paraît la distinguer de la thèse kelsenienne d’origine, selon laquelle est de droit la décision rendue par le décisionnaire habilité à trancher la question.

*courts generally reach that stage precisely because there are no clear or already determined legal principles to decide the questions at issue.*<sup>51</sup>

---

51. C. L'Heureux-Dubé, *Judicial Independence and Judicial Activism*, conférence prononcée le 21 août 1999, Association du Barreau canadien, Council Awards Luncheon. Je partage entièrement ce point de vue que j'avais exprimé il y a quelques années en ces termes : «In fact, you could even say that, when a legal question is worthy of a court's consideration, it is *precisely because* that question has no pre-determined answer.» Voir Y.-M. Morissette, *supra* note 25 à la p. 297.

Évaluant l'utilité de l'article 33 de la Charte dans son traité, Peter Hogg écrit :

*What tends to come before the courts are delicate questions of public policy in which community objectives are in opposition to individual rights. Aid to Catholic schools, Sunday closing, hate propaganda, obscenity, prostitution, mandatory retirement and the protection of the French language are examples, taken almost at random from recent case. There is no general agreement as to the appropriate legislative response to such issues, because there is no general agreement on the weight to be accorded the various competing values. When legislation is enacted, it inevitably finds its way into the courts as a Charter case. There is no clear answer to such a case, either in morality or in law. The question of legitimacy is this : why should the views of non-elected judges prevail over the views of the elected legislators?<sup>52</sup>*

J'en donnerais comme exemple l'affaire *Somerville*<sup>53</sup>, entendue en 1996 par la Cour d'appel de l'Alberta et où furent déclarées *ultra vires* certaines dispositions de la *Loi électorale du Canada* relatives aux dépenses électorales<sup>54</sup> au motif qu'elles violaient les libertés d'expression et d'association, ainsi que le droit de vote, garantis par la Charte. Examinant la question à la lumière du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>55</sup>, la Cour d'appel estima que l'objectif même des dispositions législatives en question, qui limitaient les dépenses électorales, contrevenait à la Charte. Ce faisant, la Cour d'appel se trouvait à placer l'incompatibilité entre la loi et la constitution hors de portée d'une intervention législative ultérieure destinée à rétablir un régime de contrôle des dépenses électorales effectuées par des tiers. Il y a deux raisons à cela. La première, qui n'était peut-être pas absolument irrémédiable, est que, l'objectif même des dispositions ayant été jugé irrégulier, toute mesure législative ayant le même objectif succomberait au regard du premier volet du critère posé par l'arrêt *Oakes*<sup>56</sup>. La seconde, irrémédiable celle-là, est que la mesure législative, parce

---

52. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (avec mises à jour), Agincourt, Carswell, 1996 au par. 36-8.

53. *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 205 (C.A. Alta).

54. Il s'agissait spécifiquement des dépenses dites «des tiers».

55. [1986] 1 R.C.S. 103.

56. Ce premier volet, je le rappelle, impose à la partie qui se porte à la défense de la restriction législative aux droits fondamentaux de «démontrer que l'objectif visé par cette restriction législative est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Seul un objectif carrément urgent et réel peut satisfaire cette condition». C'est ainsi que la chose est énoncée dans l'arrêt récent *Travailleurs et travailleuses*

qu'elle contrevient selon la Cour à l'article 3 de la Charte, n'aurait pu être rétablie par une loi dérogatoire adoptée en vertu de l'article 33 de la Charte<sup>57</sup>. Or, la conclusion de droit à l'origine de ce verrouillage, et dont les conséquences sont onéreuses pour le législateur, est aussi controversable que toute autre conclusion sur une question semblable : d'ailleurs, un an plus tard, la Cour suprême, unanimement, critiquera comme non fondée la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta<sup>58</sup>.

## II. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL DE L'INTÉRIEUR DU DROIT POSITIF

Il n'est pas très fréquent que la jurisprudence aborde explicitement la question spécifique de la légitimité du juge. Cela tient probablement à ce que, dans la plupart des cas, le débat judiciaire présuppose la légitimité du tribunal : celle-ci fait l'objet, en quelque sorte, d'un postulat préalable et implicite, elle n'est pas matière à discussion en raison même du fait que les parties se sont présentées devant le juge. Mais certaines situations font exception. On peut les répartir, globalement, en deux catégories.

### A. Le débat extrajudiciaire sur la légitimité du juge constitutionnel

Bien que cela soit rare en droit canadien, il peut arriver que le postulat de légitimité mentionné au paragraphe précédent fasse entièrement défaut. Il arrive aussi, ce qui est moins rare, que les parties en présence ne s'entendent pas sur la portée souhaitable de ce postulat, tout en convenant de laisser le juge en décider. Dans la première hypothèse, certains des intéressés pourront refuser de se présenter devant le tribunal, voire refuser de se plier à sa décision. Mais il faut

---

*unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1518 (T.U.A.C.) c. KMart Canada Ltd.*, [1999] A.C.S. n° 44, par. 34.

57. C'est ce qu'expliquent P. W. Hogg et A.A.. Bushell dans, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter or Rights Isn't Such a Bad Thing After All)» (1997) 35 Osgoode Hall Law Journal 75, aux pp. 94-95.

58. Voir *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 55-56 «[La Cour d'appel de l'Alberta] a souligné que l'objectif de la limitation des dépenses des tiers était lui-même contraire à la Charte canadienne car il assurait un traitement préférentiel à l'expression des candidats et des partis politiques et ce, au détriment des tiers. [...] À notre avis, cependant, l'objectif de la loi référendaire québécoise est fort louable, au même titre que l'objectif de la *Loi électorale du Canada*.» Mais voir aussi *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, où l'on voit que, même si la Cour ne revient pas sur la critique de l'affaire *Somerville* exprimée dans l'arrêt *Libman* (par. 37), la qualification de l'objectif législatif ne fait plus l'unanimité.

signaler ici que les comportements de résistance au droit ne sont pas les seules issues possibles lorsqu'il y a désaccord de principe sur la légitimité du juge; il existe aussi, de l'intérieur de l'ordre constitutionnel canadien, une manière *légale*<sup>59</sup> de se soustraire à certaines décisions du juge constitutionnel, possibilité dont la seule existence accroît considérablement à mon sens la légitimité de ce dernier. Je reviendrai sur ce paradoxe. Dans la seconde hypothèse, on verra s'élever une contestation, souvent assez ardue, sur la portée souhaitable de la décision à venir : et ici interviendront quelques notions aujourd'hui bien ancrées en droit positif, comme l'idée de justiciabilité ou celle de retenue judiciaire. La question de la légitimité du juge est alors domestiquée par la jurisprudence, le judiciaire la réintroduisant dans son champ réservé, celui de la légalité prétorienne. On trouve dans l'expérience constitutionnelle canadienne depuis 1982 des illustrations de chacune de ces hypothèses.

### 1. Ignorer le droit et le juge

La première hypothèse, je le répète, est rare. Pourtant, il y a un cas récent où l'on a vu un acteur d'envergure dans le système juridique canadien s'attaquer de front à la légitimité du juge constitutionnel : je pense ici à la position du gouvernement du Québec à l'occasion du *Renvoi sur la sécession du Québec*<sup>60</sup>, position qui le menait en toute logique, et qui le conduisit effectivement, au refus pur et simple de participer à la procédure de renvoi. Pour trois raisons au moins, je ne pense pas que l'on puisse tirer de cet exemple des conclusions de portée générale sur la légitimité du juge constitutionnel en droit canadien. Tout d'abord, ce litige hors du commun comportait des enjeux d'une telle ampleur qu'ils le distinguent d'emblée des questions de droits fondamentaux maintenant tranchées quotidiennement par les tribunaux, et cela même si les questions de cet ordre sont parfois elles aussi l'occasion d'un affrontement apparent entre le judiciaire et le législatif. En effet, par certaines réactions qu'il a suscitées au Québec, le *Renvoi* mettait en cause non seulement la légitimité du juge, mais celle aussi de la légalité même, ce qui dépasse en gravité tout ce que l'on a observé jusqu'ici au Canada dans le contentieux sur les droits fondamentaux<sup>61</sup>. Ensuite, l'avis par

---

59. J'entends ici légal par opposition à illégal, inconstitutionnel ou anticonstitutionnel.

60. [1998] 2 R.C.S. 217.

61. Je ne veux pas laisser entendre ici que le contentieux sur les droits fondamentaux n'est jamais susceptible de provoquer des comportements extrêmes de résistance au droit : c'est ce qui se produisit avant ainsi qu'après la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), comme le relate l'intéressante monographie de J. Bass, *Unlikely heroes : the dramatic story of the Southern judges of the Fifth Circuit who translated the Supreme Court's Brown decision into a revolution for equality*, New York, Simon and Schuster, 1981. Simplement, dans le champ des droits fondamentaux, on ne semble

lequel la Cour répond aux questions du *Renvoi* ne dit rien sur le refus du gouvernement du Québec de prendre part à la procédure, ni d'ailleurs sur l'attaque ainsi portée contre la légitimité de la Cour. En d'autres termes, bien qu'en un sens il ne se soit agi que de cela, il n'est pas explicitement question dans cet avis de la légitimité de la décision rendue<sup>62</sup>. Enfin, les prises de position politiques après l'avis de la Cour autorisent à penser que la décision a renforcé la légitimité de l'institution, ou qu'en tout cas elle a désamorcé la polémique à ce sujet. On a pu ainsi noter un subtil infléchissement dans les propos du Premier ministre du Québec, ses critiques postérieures à la décision ayant pris pour cible la procédure de renvoi plutôt que la Cour elle-même<sup>63</sup>; mais son amabilité n'était peut-être que passagère<sup>64</sup>. Quoi qu'il en soit, cet épisode de l'histoire

---

pas encore avoir vécu en droit canadien une situation d'égale gravité. J'ajoute que, tout au long de la saga que fut l'affaire *Brown*, les États récalcitrants comparurent et plaidèrent, et que le Kansas, la Caroline du Sud, la Virginie et le Delaware étaient tous représentés par d'éminents avocats devant la Cour suprême des États-Unis.

62. Certes, le *Renvoi* aborde le problème de la «justiciabilité» des questions posées par le Gouverneur en conseil (*Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 60, par. 24-31), ce qui constitue l'expression juridique d'une argumentation sur l'illégitimité d'une décision judiciaire disposant de ces questions. Mais, dans la mesure où l'on ne remet pas en doute la légitimité de la décision de la Cour tranchant le problème juridique de la justiciabilité, on concède déjà quelque chose de fort important. En refusant de s'en remettre à l'appréciation de la Cour suprême sur ce point, le gouvernement du Québec se montrait cohérent dans l'ordre du politique, celui où il prétend concentrer son action.
63. Dès le lendemain de la décision. M. Lucien Bouchard répondait ainsi à une question qui lui était posée en conférence de presse : « — Q : Monsieur Bouchard, vous qui avez si souvent condamné la Cour suprême en disant qu'elle penche toujours du même bord comme disait M. Duplessis, est-ce que ce n'est pas paradoxal que ce soit la Cour suprême aujourd'hui qui vous offre l'une des conditions gagnantes que vous cherchiez tant? — Lucien Bouchard : D'abord, je trouve intéressant [*sic*] beaucoup d'éléments qui apparaissent dans cette décision. Il faut le reconnaître. Il faut penser aussi que la Cour suprême sert une leçon, peut-être à beaucoup de gens, certainement au gouvernement fédéral qui a voulu jeter la Cour suprême dans l'arène politique, qui a voulu s'approprier l'autorité juridique de l'institution pour ses fins à lui. Alors, c'est je crois l'affirmation d'une indépendance judiciaire que la Cour suprême fait. En ce qui me concerne, je crois que vous devez vous rappeler que j'ai surtout attaqué le gouvernement fédéral d'avoir voulu réduire la Cour suprême à une sorte de rôle de pantin en voulant l'utiliser à des fins politiques alors que c'est fondamentalement une institution judiciaire qui aime rendre des jugements en toute impartialité. » Transcription de la conférence de presse du Premier ministre Lucien Bouchard le 21 août 1998, *Bowdens Media Monitoring Limited*, p. 12. Ce ton contraste avec celui d'une publicité publiée par le parti du Premier ministre le 16 février 1998 dans les quotidiens du Québec et qui comparait la Cour suprême à la Tour de Pise.
64. À l'occasion d'une conférence internationale sur le fédéralisme, une entrevue accordée le 5 octobre 1999 par M. Joseph Facal, ministre québécois des Affaires internationales, au journaliste Paul Wells du *National Post*, montre un net durcissement de ton à l'endroit de la Cour suprême et de son avis : «As far as the Supreme Court ruling is concerned, if some of our distinguished guests raise that, I will politely have to remind them that the questions submitted by the Supreme Court were written by the federal government, and that, with all due respect,

constitutionnelle et politique du Canada, pour important qu'il soit, paraît unique en son genre. S'il montre à quoi peut résister la légitimité du juge sur le terrain politique, il ne nous éclaire pas beaucoup sur ses fondements théoriques en droit constitutionnel.

Je voudrais tout de même avant de quitter ce sujet relever deux aspects significatifs du *Renvoi* pour nos fins actuelles. En premier lieu, j'observe que la Cour sera parvenue à repousser une attaque sans précédent contre sa légitimité alors qu'elle était en situation de particulière vulnérabilité<sup>65</sup>. En second lieu, elle l'aura fait par les seuls moyens, méthodiques mais nécessairement limités, dont dispose une institution judiciaire : en l'occurrence, le recours à un *amicus curiae*, une procédure ouverte comportant l'audition de plusieurs intervenants, la réception d'avis obtenus d'experts et le dépôt de mémoires substantiels, un débat oral dans un cadre apolitique, puis une décision unanime, motivée mais sans longueur, empreinte de mesure et tenant explicitement compte des limites du droit<sup>66</sup>. Il est trop tôt pour mettre au net l'enseignement à tirer de tout cela.

---

the nine justices are unilaterally named by the prime minister of Canada, without any process of ratification of these nominations by the Legislature. — National Post [NP] : So Quebec is not bound by the decision of the Supreme Court? — Mr. Facal : Absolutely not. Absolutely not. — NP : But the federal government is bound? — Mr. Facal : No, I'm saying that the question of Quebec sovereignty is a political question, not a legal question. [...] NP : — These comments reflect the official position of the government of Quebec? — Mr. Facal : It is the current official line of the government of Quebec.» Pourtant, en vantant l'indépendance de la Cour dans sa conférence de presse du 21 août citée à la note précédente, M. Bouchard semblait bien concéder que le processus de nomination de juges n'avait pas compromis leur impartialité. M. Facal ignorait-il l'existence de cette déclaration? M. Bouchard aurait-il simplement changé d'idée? Bien des revirements sont possibles dans l'ordre du politique qui ne le sont pas dans celui du droit.

65. Plusieurs facteurs y contribuaient, dont les suivants : (1) il s'agissait d'une procédure de renvoi, à laquelle nous sommes habitués en droit canadien, mais dont on sait qu'elle n'est pas possible dans des pays de tradition juridique voisine comme les États-Unis ou l'Australie, au motif justement qu'elle constitue un détournement de la fonction judiciaire, (2) bien que théoriquement l'avis de la Cour ne soit que consultatif, la législature du Québec ne peut pas se soustraire à la décision, ou à ses effets, au moyen de l'article 33 de la Charte, lequel est manifestement inapplicable ici, et (3) on ne peut nier que, portant sur les conditions possibles d'une modification radicale à la constitution, l'affrontement avec un potentiel constituant est direct (c'est un peu comme si Louis XVI avait consulté son Parlement sur les projets de MM. Robespierre, Danton, etc.).
66. De sorte qu'en fin de compte, c'est en montrant ce détachement et la conscience de ces limites que la Cour affirme sa légitimité. Elle explique (*Renvoi sur la sécession du Québec, supra* note 60, par. 93) : «Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.» Plus loin, elle poursuit avec ces observations (*Ibid.* au par. 100) : «Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l'intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et

## 2. Résister à la Charte et au juge

J'ai fait allusion plus haut à la manière légale de se soustraire à la Charte et à certaines décisions du juge constitutionnel, une donnée du problème qui, selon moi et paradoxalement, accroît la légitimité du juge constitutionnel canadien. Il s'agit, bien entendu, de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cité ci-dessous pour fins de commodité<sup>67</sup>. Cette disposition controversée, issue des négociations difficiles entre les gouvernements fédéral et provinciaux en 1981, fut semble-t-il l'un des deux ou trois compromis décisifs qui rendirent possible la réforme de 1981<sup>68</sup>. Aujourd'hui, avec 17 ans de recul (ce qui, j'en conviens, est fort court dans l'histoire constitutionnelle d'un pays), il appert que l'article 33 n'a pas eu, ou du moins n'a pas encore eu, l'avenir controversé que lui prédisaient certains. Sans aller au fond de cette question, il est utile de rappeler à grands traits la controverse doctrinale et jurisprudentielle suscitée par cette disposition, et de faire le point sur son utilisation actuelle. Trois propositions, notamment, ont été débattues dans la doctrine au sujet de l'article 33, mais elles ont été écartées par la jurisprudence : on a ainsi soutenu (i) que la loi par laquelle est invoquée la clause dérogatoire doit identifier spécifiquement le ou les droits visés par la dérogation, (ii) que l'article 33 ne vise que les cas où

---

d'évaluations d'ordre politique. La Cour n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.» On pourrait avancer que, dans ce cas-ci au moins, la Cour semble avoir une meilleure compréhension du rapport entre la légitimité et la légalité que certains des principaux acteurs politiques canadiens.

67. **33.** (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

68. Voir K.G. Banting et R.E.B. Simeon, dir., *And No One Cheered*, Agincourt, Methuen, 1983.

un texte légal fait déjà l'objet d'une décision judiciaire le déclarant inconstitutionnel, et (iii) que l'invocation de l'article 33 est sujette au contrôle judiciaire par le biais de l'article 1 de la Charte.

Si l'on se reporte sur le plan de la pratique constitutionnelle, l'article 33 ne passe pas inaperçu. Dans un cas marquant, l'utilisation qu'en fit une législature équivalait en quelque sorte à affirmer qu'elle considérait la Charte elle-même comme illégitime, une tare qui, si l'on admet ce raisonnement, aurait logiquement<sup>69</sup> atteint toutes les décisions de justice rendues sous l'empire de la Charte. On se souvient en effet que, par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*<sup>70</sup>, la législature du Québec prétendit soustraire à l'application des articles 2 et 7 à 15 de la Charte l'ensemble des lois provinciales en vigueur au Québec, et ce à compter du 17 avril 1982, jour où la Charte avait pris effet au Canada<sup>71</sup>. Il est clair aujourd'hui, en raison de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*<sup>72</sup>, que cette dérogation générale (par loi *omnibus*, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour suprême) ne pouvait avoir l'effet rétroactif souhaité par la législature, et que par conséquent, aux termes de l'article 33 de la Charte, cette loi devait cesser d'avoir effet dans tous les cas le 23 juin 1987, soit cinq ans après son adoption<sup>73</sup>. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême choisit, sagement à mon avis, de résoudre cette question dans un mode plutôt technique, à partir d'arguments classiques utilisés en interprétation des lois, et elle rappela qu'un texte de loi, en l'occurrence le paragraphe 33(1) de la Charte, n'a d'effet rétroactif que si ce résultat est clairement conforme au texte, soit parce qu'il est explicite sur ce point, soit parce que sa portée intentionnelle ne laisse pas de place au doute<sup>74</sup>. Outre la loi *omnibus* de 1982, le gouvernement souverainiste du Québec continua d'inclure dans chaque loi subséquente une clause dérogatoire

---

69. Il y a une limite à cet argument logique, limite tracée par le parallélisme entre la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, qu'illustrent bien des arrêts comme *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 ou *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

70. L.Q. 1982, c. 21.

71. Je rappelle que la loi britannique modifiant le droit du Royaume-Uni (le *Canada Act 1982* (R.-U.), 1982, c. 11, entra en vigueur au moment de la sanction royale le 29 mars 1982, alors que le texte modifiant le droit canadien (la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'Annexe B du *Canada Act 1982*) entra en vigueur par la proclamation mentionnée dans son article 58, laquelle eut lieu le 17 avril 1982 (voir la *Gazette du Canada*, Partie III, p. 33, 21 septembre 1982).

72. [1982] 2 R.C.S. 712.

73. *Ibid.* aux pp. 26 et 36 de Quick Law.

74. La Cour cite deux arrêts, *Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547 et *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, ainsi que l'ouvrage de P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982.

formulée en des termes identiques à celle de la loi de 1982. Mais cette pratique fut interrompue à compter du 2 décembre 1985, date de l'élection d'un gouvernement libéral. Depuis, aucune de ces clauses n'ayant été reconduite, la pratique commencée en 1982 s'est terminée<sup>75</sup>. Si nous avons ici un cas marquant de dérogation, il est resté sans suite.

Mettons donc de côté cette situation particulière, continue de 1982 à 1987 mais anormale malgré tout. Au moment où nous nous penchons sur la question, l'article 33 a été invoqué cinq fois depuis son adoption<sup>76</sup>. Un seul de ces cas est survenu hors du Québec, en Saskatchewan. Il a fait l'objet d'une contestation judiciaire et il était peut-être le moins lourd de tous puisque la législature de la Saskatchewan avait eu recours à l'article 33 en 1986 afin de placer hors de portée de la Charte un texte que la Cour suprême jugea par la suite conforme à la Charte<sup>77</sup>. En ce qui concerne les quatre cas survenus au Québec,

- 
75. Cette pratique a cessé lors de la première session de la 33<sup>e</sup> législature du Québec, de sorte que la clause standard fit sa toute dernière apparition comme l'article 87 de la *Loi sur le vérificateur général*, L.Q. 1985, c. 38, dernier texte adopté au cours de la cinquième session de la 32<sup>e</sup> législature. Néanmoins, certaines dispositions de trois lois adoptées au cours de la 32<sup>e</sup> législature (*La Loi modifiant la loi sur l'instruction publique et diverses dispositions législatives*, c. 8, la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les municipalités*, c. 27 et la *Loi portant abrogation de lois et dispositions législatives omises lors des refontes de 1888, 1909, 1925, 1941 et 1964*, c. 37) ne devaient entrer en vigueur que le 1<sup>er</sup> juillet 1986 et bénéficieraient donc potentiellement de la déclaration conforme à l'article 33 de la Charte jusqu'au 30 juin 1991. Les titres de ces lois montrent bien combien la pratique était aveugle et tenait de l'automatisme.
76. Je ne tiens pas compte ici des menaces d'invoquer l'article 33 ou des tentatives infructueuses ou avortées de le faire. Ce fut le cas, par exemple, lorsque le gouvernement de l'Alberta annonça en Chambre en 1987 qu'il rétablirait au moyen de l'article 33 une législation que la Cour suprême déclara cependant constitutionnelle dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (voir P. Lougheed, «Why A Notwithstanding Clause», *Points of View*, Centre for Constitutional Studies, 1998, p. 10). Ce fut encore le cas, en 1998 avec le Projet de loi n° 26 de la législature de l'Alberta. Cette loi aurait dérogé à la Charte afin de limiter les dédommagements qu'auraient pu toucher les victimes des stérilisations forcées autrefois pratiquées par le gouvernement de cette province. Le 11 mars 1998, devant les protestations du public, M. Jon Havelock, ministre de la Justice dans le gouvernement Klein, annonçait devant la législature que ce projet de loi était retiré. Voir la dépêche de la Presse canadienne, 29 avril 1998, «Alberta session ends», par E. Kenny. Selon P.W. Hogg, *supra* note 52 à la page 36-3 (m. à j. 1997) le gouvernement libéral élu le 2 décembre 1985 aurait utilisé l'article 33 cinq fois; je crois qu'en réalité il ne l'a été utilisé que quatre fois.
77. Voir *S.D.G.M.R. c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, où la Cour reprend les conclusions du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, pour conclure à la majorité, et pour divers motifs tenant (les juges Beetz, Le Dain, La Forest et McIntyre) à la portée de la liberté d'association protégée par l'article 2b) ou (le juge Dickson) à l'application de l'article 1 de la Charte, que la législation protégée par l'article 33 n'enfreignait pas la Charte.

trois n'étaient pas vraiment controversés<sup>78</sup>. La quatrième dérogation, au contraire, a soulevé une vive polémique : il s'agissait de la dérogation relative aux modifications à la *Charte de la langue française*<sup>79</sup> rendues nécessaires par l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*<sup>80</sup>. On sait ce qu'il en advint : elle provoqua la démission de quatre membres anglophones du cabinet Bourassa, entraîna le retrait par le gouvernement du Manitoba de son soutien à l'Accord du Lac Meech et suscita une vive animosité ailleurs au Canada contre cet accord. En 1993, lorsque la dérogation vint à échéance, le gouvernement Bourassa modifia de nouveau la *Charte de la langue française* et put ainsi s'abstenir d'invoquer de nouveau l'article 33 de la Charte.

Si l'on voulait approfondir cet examen de la pratique des clauses dérogatoires, on pourrait porter le regard, parmi les lois relatives aux droits fondamentaux aujourd'hui en vigueur au Canada, vers celles qui comprennent une disposition similaire à l'article 33 de la Charte : par exemple, l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>81</sup>, l'article 1 du *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*<sup>82</sup> de l'Alberta et l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>83</sup> du Québec. La première de ces dispositions ne fut invoquée qu'une seule fois, lors de la proclamation de la *Loi sur les mesures de guerre* en octobre 1970<sup>84</sup>, la deuxième n'a jamais été invoquée et la troisième ne l'a été, à ma connaissance, que sept fois, dans des situations non controversées<sup>85</sup>.

---

78. Voir sur ce point A. Bayefsky, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987) 32 McGill Law Journal 791 à la p. 824, notes 124-126.

79. L.R.Q., c. C-11.

80. [1982] 2 R.C.S. 712.

81. S.C. 1960, c. 44, S.R.C. 1970, Ann. II. Cette disposition énonce dans sa partie liminaire : «Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter [suit l'énumération de diverses garanties juridiques].»

82. R.S.A., c. H-11.7. L'article 1 se lit comme suit : «(1) Unless it is expressly declared by an Act of the Legislature that it operates notwithstanding this Act, every law of Alberta is inoperative to the extent that it authorizes or requires the doing of anything prohibited by this Act.»

83. L.R.Q., c. C-12. L'article 52 se lit : «Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.»

84. D'où l'on voit que, si le Québec a contribué plus que sa part au débat sur les clauses dérogatoires, il l'a fait non seulement comme créancier mais aussi comme débiteur.

85. Je pense par exemple aux articles 149 à 151 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, dont personne, je pense, ne serait tenté de contester le bien-fondé.

Je crois que tous les gouvernements au Canada sont maintenant pleinement conscients des conséquences politiques onéreuses qui accompagnent le dépôt devant la législature d'un projet de loi tant soit peu controversé où par surcroît on prétend invoquer la clause dérogatoire de l'article 33. Au Québec, les suites de l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*<sup>86</sup> le démontrent. Je crois par conséquent que l'on a exagéré les risques que présentait le compromis exprimé en 1981 par l'inclusion de cette disposition dans le projet de Charte. Certes, en ces matières, les choses doivent s'apprécier dans la longue durée. Mais l'évolution de la conjoncture politique depuis l'adoption par le Québec de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* me paraît tout à fait positive. Peut-être à très long terme cette disposition tombera-t-elle en désuétude, comme on l'a déjà suggéré<sup>87</sup>. En tout cas, l'analogie est tentante avec deux autres pouvoirs exorbitants, le pouvoir de désaveu et le pouvoir déclaratoire<sup>88</sup>.

Je conclurai sur ce point en soulignant que l'arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>89</sup>, probablement le plus récent face à face de quelque importance entre un gouvernement et la Cour suprême du Canada, a montré comment l'article 33 peut soutenir l'autorité du juge constitutionnel. J'ignore si l'on doit considérer cet arrêt comme un indice de ce que M. Peter Loughheed a déjà décrit : la faculté qu'aurait l'article 33 de galvaniser les tribunaux<sup>90</sup>. Mais il me semble clair que la décision prise par le gouvernement de l'Alberta de s'abstenir, en fin de compte, d'invoquer l'article 33, aura donné la juste mesure de l'opposition contre

---

86. *Supra* note 58.

87. Voir A. Bayefsky, *supra* note 78 à la p. 823.

88. Voir à ce sujet les propos du juge La Forest dans l'un des jugements majoritaires rendus dans l'affaire *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, par. 21 : «Le pouvoir de désaveu, qui était en déclin depuis longtemps, n'a pas été utilisé depuis 1942. Le pouvoir déclaratoire a connu le même sort et a seulement été utilisé deux fois depuis les années 60. C'est l'ampleur même de ces pouvoirs qui empêche leur utilisation fréquente ou inappropriée. Ce sont non pas les tribunaux mais les forces politiques qui ont dicté leur quasi-abandon. Ce sont, comme on l'a dit du pouvoir de désaveu, des pouvoirs [traduction] "délicats" et "difficiles" à exercer, qui "seront toujours considérés comme un exercice rigoureux de pouvoir, sauf dans les cas de grande nécessité manifeste ..." [...] L'utilisation inappropriée de ces pouvoirs soulèvera toujours de graves questions politiques que les autorités provinciales et l'ensemble des citoyens s'empresseraient de soulever. En un mot, la protection contre l'exercice abusif de ces pouvoirs draconiens repose sur les forces politiques, certes mal définies, mais très réelles et efficaces, qui sous-tendent le fédéralisme.»

89. [1998] 1 R.C.S. 493.

90. P. Loughheed, *supra* note 76 à la p. 14 : «There is a further way in which section 33 may actually expand the rights afforded to Canadians. Knowing that governments can resort to section 33, courts may feel more willing to apply stricter interpretations of the enumerated rights and freedoms. Difficult decisions will be made more easily knowing that society and its government will have the ultimate say in the matter.»

la décision de la Cour et, en dernière analyse, aura donné raison à la Cour sur un plan politique<sup>91</sup>.

## B. Le débat judiciaire sur la légitimité du juge constitutionnel

Même si les rapports entre le Judiciaire et le Législatif sont fréquemment mentionnés dans la jurisprudence, on ne trouve pas beaucoup de décisions de principe sur la question spécifique de la légitimité du juge appelé à censurer la loi au nom de la constitution.

### 1. Les idées générales : Vriend (et al.)

Avant 1982, le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*<sup>92</sup> était peut-être la décision la plus significative à cet égard, mais elle traitait du problème dans le langage de l'époque, celui d'un système parlementaire fédéral où la légitimité du juge n'était guère contestée.

---

91. Qu'on en juge par la dépêche suivante de la Presse canadienne, en date du 1<sup>er</sup> mai 1998, qui montre bien, je crois, comment la décision de la Cour a des retombées politiques concrètes : «Premier Ralph Klein's first speech in the heart of Alberta's Bible Belt since a controversial Supreme Court ruling on gay rights was remarkable only for what wasn't said. It had been expected that Klein might be the focus of anger from religious and social hardliners for adopting the Vriend decision. [...] Klein was given little attention as he arrived in Treasurer Stockwell Day's riding in this city of 60,000, halfway between Calgary and Edmonton. There was only polite applause during his speech — particularly when he reminded the audience that Alberta's economy is booming. Later, during a question and answer session, Klein was asked about the state of the province's health care, the justice system, and the potential fallout from anti-gambling votes being held in Calgary, Edmonton and elsewhere in the province. Klein was not repentant when questioned by reporters about his government's decision to accept the gay-rights ruling in the face of widespread opposition. "It was a tough decision and caucus had to deal with it," he said. "At the end of the day, caucus stuck together as a team." Klein said he was not surprised at the lack of critics of his government's decision attending the constituency meeting. "No, because these people have their own personal views and convictions and they probably have already expressed those views. Day, a former Christian pastor, has openly voiced his displeasure at the high court ruling. But he said his constituents are waiting to see how the government puts up what it calls "fences" around sensitive issues such as gay marriage and sex education in the province's schools. "People I've talked to in the constituency are saying, 'Well, we'll look to see what legislation will be protected.' That's generally the feeling." Members of the audience said the issue has not gone away but in the month since the ruling, some of the outrage has been blunted. "I think the people of Alberta have sucked it up and decided there's nothing they can do to change it and they've accepted it," said Jordan Sinclair. But another local Tory said many of those opposed to the ruling purposely did not attend. "They just stayed away," the man said, declining to give his name. "That's the way we are — it's just polite that way." Organizers were pleased with the attendance and suspected those who did not attend were either enjoying the unseasonably hot weather or were watching the Edmonton Oilers stave off elimination in the NHL playoffs.»

92. [1976] 2 R.C.S. 373.

De nos jours, ce sera incontestablement l'arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>93</sup> que l'on citera le plus volontiers sur cette question. Elle est abordée, assez brièvement mais explicitement, dans le jugement conjoint des juges Cory et Iacobucci : l'un et l'autre, mais le second surtout, ont rédigé des motifs sur ce sujet. L'arrêt *Vriend*, on s'en souvient, a déclaré contraire à l'article 15 de la Charte l'article 7 du *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*<sup>94</sup> parce que cette disposition, consacrée au droit à l'égalité dans l'emploi, omettait d'énumérer l'orientation sexuelle parmi les motifs prohibés de discrimination. Le juge Cory, répondant aux motifs du juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta<sup>95</sup>, se prononce avec l'appui de la Cour sur la retenue judiciaire et l'hypothèse d'un affrontement entre les tribunaux et la législature<sup>96</sup>.

Le juge Iacobucci approfondit la question en faisant précéder la deuxième partie de son jugement d'une «Introduction [sur] la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte»<sup>97</sup>. Il y passe en revue les raisons pour lesquelles, à son avis, l'argument d'illégitimité ne devrait pas avoir cours au Canada. Je les résumerais comme suit. (1) C'est le peuple canadien, par l'entremise des élus, qui a redéfini la constitution pour marquer le passage d'un système de suprématie parlementaire à un système de suprématie constitutionnelle. (2) Par ce nouveau contrat social démocratiquement conclu, on a en connaissance de cause placé les tribunaux en situation de fiduciaires des droits fondamentaux et d'arbitres de la Charte. (3) Leur statut indépendant et leur obligation de motiver leurs décisions sont garants de la conformité de leurs jugements à la constitution. (4) Le respect par les tribunaux d'une autonomie législative convenable est assuré par l'importance accordée, aux termes de l'article 7, à l'application régulière de la loi, par l'analyse que commande l'article 1, par la retenue judiciaire en matière de mesures réparatrices, et par la possibilité que l'article 33 soit invoqué. (5) Il s'est instauré un véritable dialogue entre les autres organes du gouvernement et les tribunaux. (6) L'idée de démocratie transcende la règle majoritaire et mobilise aussi certaines valeurs fondamentales, comme la dignité de l'être humain, que la Charte, démocratiquement adoptée, a rehaussées au-dessus des lois. (7) La souveraineté

---

93. *Supra* note 88.

94. R.S.A. 1980, c. H-11.7.

95. (1996), 132 D.L.R. (4th) 595.

96. [1998] 1 R.C.S., par. 54-56. Il appert que le juge Major, dissident en partie, ne partage pas entièrement ce point de vue : voir les par. 198-201.

97. *Ibid.* par. 129-143; le juge Iacobucci revient sur la question aux par. 172-178 de ses motifs, où il entreprend de réfuter l'analyse du juge McClung sur la mesure corrective appropriée.

parlementaire est un moyen de parvenir à la démocratie et non une fin en soi<sup>98</sup>. Que ce jugement ne mettra pas un point final au débat sur la légitimité devrait aller de soi. Déjà, au moins deux commentaires sérieux le critiquent<sup>99</sup>. Mais on ne peut non plus nier que les positions respectives dans ce débat sont maintenant plus nettes.

## 2. Les idées particulières : justiciabilité, retenue judiciaire et «dialogue»

Outre cette décision (et quelques autres que l'on peut aussi qualifier de décisions de principe<sup>100</sup>), il existe maintenant en droit canadien un important contentieux technique *autour* de la légitimité du juge constitutionnel. Dans ce contentieux, la question de la légitimité n'est pas traitée en toutes lettres mais plutôt par le moyen de concepts juridiques, comme les idées de justiciabilité<sup>101</sup> ou de retenue judiciaire, qui invitent à une réflexion sur la portée souhaitable de l'intervention judiciaire. C'est presque toujours par l'entremise de ces concepts que le droit prétorien parle de la légitimité du juge, de sorte que, contrairement à ce que l'on observe dans l'arrêt *Vriend*, l'idée de légitimité proprement dite devient ici évasive. Si certains de ces concepts, comme la notion, précisément, de justiciabilité, paraissent garder leur distance par rapport au fond politique du débat<sup>102</sup>, cette autonomie analytique n'est pas toujours facile à maintenir : je

---

98. Cette idée est empruntée à W. Black, «Vriend, Rights and Democracy» (1996) 7 Constitutional Forum 126, que cite le juge Iacobucci.

99. Voir T. Macklem, «Vriend v. Alberta : Making the Private public» (1999) 44 McGill Law Journal 197 et F.C. DeCoste, «The Separation of Powers in Liberal Polity : Vriend v. Alberta» (1999) 44 McGill Law Journal 231. Le premier texte, comme son titre l'indique, vise la décision sous un aspect étranger à ce qui nous intéresse ici. Le second, tout en reconnaissant des mérites à la décision, la critique dans le sens habituel.

100. Je pense ici, en particulier, à *M. c. H.*, [1999] A.C.S. n° 23; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 et *Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. n° 1365 (C.A.).

101. La production doctrinale sur le sujet dans les revues juridiques est abondante et elle comprend maintenant des monographies spécialisées : voir par exemple, de parution toute récente, G. Tremblay, *Les tribunaux et les questions politiques — Les limites de la justiciabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999 et L. Sossin, *Boudaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, Scarborough, Carswell, 1999.

102. Cette proposition ne va pas nécessairement de soi : on pourrait soutenir, par exemple, que l'arrêt *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441 a non seulement écarté du droit canadien ce que l'on connaît en droit américain sous le nom de «political questions doctrine», mais qu'il a pavé la voie pour le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 et que désormais soulever une question dans une enceinte judiciaire suffit à rendre celle-ci justiciable.

pense ici, en particulier, au célèbre critère de l'arrêt *Oakes*<sup>103</sup> dont Jacques Gosselin a parfaitement expliqué en quoi il constitue une tentative (légitime, sans doute) d'objectiver le politique<sup>104</sup>. Au moyen de ces concepts, le pouvoir judiciaire contribue, selon la métaphore consacrée, au «dialogue»<sup>105</sup> avec le pouvoir législatif et, dans une moindre mesure, le pouvoir exécutif : il précise le cadre de ce dialogue et détermine à l'occasion ce sur quoi il portera. Cet aspect de la légitimité judiciaire est donc d'un intérêt particulier pour les juristes et on peut se demander si, interprétant l'article 1 de la Charte et la notion de retenue judiciaire comme il le fait, le pouvoir judiciaire laisse suffisamment de place à ce dialogue avec la législature. En d'autres termes, are they really on speaking terms?

Or, nous disposons sur cette question d'une recherche fortement documentée que Peter Hogg et Allison A. Bushell ont effectuée en 1997<sup>106</sup>. S'attachant à évaluer empiriquement l'argument de l'illégitimité du contrôle judiciaire, ces deux auteurs ont examiné les suites de 65 espèces dans lesquelles des tribunaux canadiens ont invalidé un texte de loi en raison d'une

---

103. [1986] 1 R.C.S. 103.

104. J. Gosselin, *supra* note 25 aux pp. 86-87 (références omises) : « Tant les concepts de »limites raisonnables« que ceux de »société libre et démocratique« soulèvent des questions d'opinion où il n'existe pas à proprement parler de consensus. C'est pourquoi ces concepts donnent lieu à des vues divergentes même parmi les personnes «raisonnables». En conséquence, ils laissent une grande place à la discrétion des juges qui peuvent parfois donner libre cours à leurs choix personnels davantage qu'à une analyse juridique. Afin de contrer ce reproche, la Cour s'est efforcée de créer autour de l'article 1 un cadre analytique qui, tout en prenant comme référent le texte de ce dernier article, en vient à l'occulter. Contrairement au libellé de l'article 1, ce cadre analytique prend à dessein la forme d'un test détaillé où le juge apparaît appliquer une norme fixe et préétablie. Cette façon de faire, très répandue dans le contexte américain, a été décrite par Nagel comme étant : [«Jan effort to create impersonal, formal rules that can constrain the Court itself. [...] The aspiration is that, once established, these rules be sufficiently clear and external to the judges to allow for objectivity.» Ainsi, sous la plume du juge Dickson dans l'arrêt *Oakes*, le libellé de l'article 1 s'est métamorphosé et a été subsumé en un examen en deux temps opéré à partir de quatre paramètres qui n'est pas sans rappeler le test développé par la Cour suprême des États-Unis en application du 1<sup>er</sup> amendement.»

105. Voir sur cette notion B. Slattery, «A Theory of the *Charter*» (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 701; J. Jay, «Policy, politics and law : changing relationships in light of the Charter» (1997) 9 *National Journal of Constitutional Law* 1; A. Bayefsky, *supra* note 78 à la p. 826, parle pour sa part d'un «continuing colloquy» entre les instances politiques, la profession juridique et les tribunaux; l'expression est empruntée au juriste américain A.M. Bickel. Depuis quelques temps, l'étude de cet aspect de la légitimité s'est enrichie de travaux menés sous un autre angle, en considérant la perspective gouvernementale dans le dialogue constitutionnel : voir par exemple J.L. Hiebert, «Wrestling with Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy», *Choix*, Vol. 5, n° 3, publication de l'Institut de recherche en politiques publiques, juillet 1999.

106. J'en répète la référence : P.W. Hogg et A.A. Bushell, *supra* note 57.

contravention à la Charte. Ce corpus comprenait notamment les 39 cas où, avant la rédaction de l'article, la Cour suprême avait déclaré *ultra vires* des dispositions d'une loi fédérale ou provinciale. Leur analyse, comme on le verra, dépasse le cadre de l'article 1. Même s'il n'y est pas directement question de justiciabilité ou de retenue judiciaire, toute décision d'annulation dans la motivation de laquelle ces notions seraient mises à contribution serait incluse dans le corpus étudié. En revanche, la recherche porte sur des arrêts attaquant un texte législatif, de sorte que certains jugements très controversés de la Cour suprême, mais qui censuraient une pratique gouvernementale plutôt qu'une loi, sortent du cadre de l'étude<sup>107</sup>. Ces nuances étant faites, je citerai les auteurs sur les caractéristiques du dialogue qu'ils envisagent :

*Why is it usually possible for a legislature to overcome a judicial decision striking down a law for breach of the Charter? The answer lies in four features of the Charter : (1) section 33, which is the power of legislative override; (2) section 1, which allows for "reasonable limits" on guaranteed Charter rights; (3) the "qualified rights", in sections 7, 8, 9 and 12, which allow for action that satisfies standards of fairness and reasonableness; and (4) the guarantee of equality of rights under section 15(1), which can be satisfied through a variety of remedial measures. Each of these features usually offers the competent legislative body room to advance its objectives, while at the same time respecting the requirements of the Charter as articulated by the courts.<sup>108</sup>*

L'examen quantitatif des réactions aux décisions sous étude démontre que, dans 56 des 69 cas, il y a eu intervention législative, sous forme soit de modification avant la décision judiciaire de dernière instance (11 fois), d'abrogation (7 fois), de modification postérieure à la décision (33 fois), ou recours à l'article 33 (2 fois). L'examen qualitatif des décisions recensées confirme l'existence d'un «dialogue» permanent entre le Judiciaire et le Législatif, et les auteurs concluent :

*[T]he critique of the Charter based on democratic legitimacy cannot be sustained. To be sure, the Supreme Court of Canada is a non-elected, unaccountable body of middle-aged lawyers. To be sure, it does from time to time strike down statutes enacted by the elected, accountable, representative legislative bodies. But, the decisions of the Court almost*

---

107. On pourrait songer ici, par exemple, à l'arrêt *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; il ne me paraît pas problématique que l'on ait omis de tels arrêts car, après tout, la *légitimité* de l'Exécutif dans l'élaboration du droit n'a pas de commune mesure avec celle, hiérarchiquement supérieure, du Législatif.

108. P.W. Hogg et A.A. Bushell, *supra* note 57 à la p. 82.

*always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual rights and liberty.*<sup>109</sup>

Je ne surprendrai personne en disant que cette argumentation ne convainc pas tous les observateurs<sup>110</sup>. Elle modifie cependant de manière fondamentale les termes d'un autre dialogue, celui qui met en présence les «*Charter sceptics*» et les «*Charter romantics*».

## CONCLUSION

Bien entendu, ce rapide examen de certaines modalités d'exercice des pouvoirs judiciaire et législatif n'épuise pas, loin de là, le sujet fort vaste de la légitimité judiciaire. Cette légitimité est aussi mise en cause, quoiqu'en arrière-plan, lorsque sont évoquées des questions aussi diverses que le processus de nomination des juges<sup>111</sup>, leur inamovibilité<sup>112</sup>, voire l'intelligibilité de leur jurisprudence<sup>113</sup>. Observons pour conclure qu'il y a maintenant au Canada, et ce depuis quelques années déjà, un véritable débat politique sur «l'activisme judiciaire». Il ne saurait être question ici de tenter d'en faire le tour, mais je voudrais conclure en attirant l'attention sur certaines choses qui se sont publiées, ou se publieront prochainement, sur le sujet, et qui permettent d'identifier rapidement les tenants et aboutissants de ce (désormais éternel?) débat. L'Institut de recherche en politiques publiques annonçait au printemps 1999 la publication d'une série d'études de fond sur la place du judiciaire dans la vie politique

---

109. *Ibid.* à la p. 105.

110. Voir en particulier les textes de Morton et Knopff cités ci-dessous.

111. Pour une contribution récente et bien informée sur cette question, voir J.S. Ziegel, «Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada», *Choix*, Vol. 5, n° 2, publication de l'Institut de recherche en politiques publiques, juin 1999.

112. Par exemple, je rappelle ici les commentaires significatifs (certains diraient inquiétants) du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bell c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 1-5.

113. *The Globe and Mail* publie le 12 octobre 1999, en page A8, un article de K. Makin intitulé «Order in the Supreme Court — Unanimity : Is it creating as many problems as it solves?», et dont le propos est de signaler que l'unanimité réalisée dans certains jugements (comme l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497) se fait au prix de la cohérence et de l'intelligibilité de la décision, ce qui en affaiblit l'autorité morale (et on serait tenté d'ajouter, intellectuelle). En somme, des décisions unanimes quant au dispositif mais incompréhensibles par leur contenu sont-elles revêtues de toute la légitimité voulue?

canadienne<sup>114</sup>; deux de ces études, citées ici, sont déjà publiées. Paraissait aussi en avril 1999 un numéro du mensuel *Options*, édité par le même institut, sur le thème «Les juges ont-ils trop de pouvoir?». Dans ce numéro interviennent ou se répondent l'honorable Bertha Wilson<sup>115</sup>, Peter H. Russell<sup>116</sup>, Preston Manning<sup>117</sup>, Peter Hogg et Allison Thornton<sup>118</sup>, Frederick L. Morton<sup>119</sup>, Lorraine Eisenstat Weinrib<sup>120</sup>, Rainer Knopff<sup>121</sup> et Sébastien Lebel-Grenier<sup>122</sup>. Presque toutes ces personnes prennent part depuis longtemps au débat sur la légitimité judiciaire. Leurs opinions sont connues. Chacune des contributions que je viens d'énumérer présente l'avantage d'être dotée d'un titre lapidaire qui en résume la thèse centrale — et l'argumentation, qui dans tous les cas est robuste, s'appuie sur une documentation étendue.

\*  
\* \*

Ma conclusion personnelle rejoint sur certains points importants l'analyse de Paul Kahn telle que je la comprends.

La question de la légitimité du juge constitutionnel ne se pose véritablement au Canada que depuis 1982. On peut bien sûr nuancer cette affirmation mais je ne pense pas que quiconque la prendrait frontalement d'assaut.

---

114. F. Vaughan, «Judicial Activism in Canada : Patterns and Trends»; K. Malleson, «A British Bill of Rights : Incorporating the European Convention on Human Rights»; J. Hiebert, «Wrestling with Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy»; J. Ziegel, «Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada»; J. Fletcher et P. Howe, «Canadian Public Opinion on the Courts and the Charter : Results of a National Survey»; et G. Hein, «Interest Group Litigation In Canada, 1988-1998», dans Institut de recherches en politiques publiques.

115. «We Did't Volunteer», *ibid.* à la p. 8.

116. «Reform's Judicial Agenda», *ibid.* à la p. 12.

117. «A "B" for Prof. Russell», *ibid.* à la p. 15, suivi d'une réponse de P. Russell, *ibid.* à la p. 17.

118. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», *ibid.* à la p. 19, version sommaire de l'article déjà cité (P.W. Hogg et A.A. Bushnell, *supra* note 57).

119. «Dialogue or Monologue», *ibid.* à la p. 23.

120. «The Activist Constitution», *ibid.* à la p. 27.

121. «Courts Don't Make Good Compromises», *ibid.* à la p. 31.

122. «La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire», *ibid.* à la p. 35.

La réforme de 1982 a marqué une étape très importante dans notre histoire constitutionnelle : c'est je crois ce qu'exprimait le juge Dickson lorsque, dans une phrase qui décrit les choses plutôt qu'elle ne les explique, il a parlé du passage d'une suprématie parlementaire à suprématie constitutionnelle. Mais cette réforme demeure dans son essence une réforme technocratique, conçue par des hommes politiques (lesquels, à l'époque, l'emportaient considérablement par le nombre sur les femmes politiques) avec l'aide de juristes, à la lumière d'expériences voisines dans le grand ensemble anglo-américain. Dans ce contexte, on ne peut vraiment invoquer une intention d'origine, ni une vision des «Pères fondateurs» (ce qui pouvait facilement se concevoir avec la Constitution de 1867), ni encore certains événements hors du commun dans la vie politique du pays (comme la Révolution et la Guerre civile américaine) dont la constitution aurait recueilli et exprimé la signification héroïque. Le Grand Événement, pour nous, ce fut, justement, la réforme de la Constitution, pas la Révolution ou la Guerre civile. Nous n'en sommes pas encore remis. Tous ces facteurs convergent pour écourter, appauvrir et simplifier le débat canadien sur la légitimité du juge constitutionnel. Et au fond, il se peut que ce soit très bien comme cela : les Canadiens n'ont peut-être pas d'aspirations héroïques, peut-être même souhaitent-ils simplement vivre en paix avec leurs semblables.

Néanmoins, il aura fallu à peine 20 ans pour que le débat sur la légitimité du juge constitutionnel devienne trop théorique. C'est maintenant et de plus en plus une affaire de théoriciens, alors que la légitimité du juge constitutionnel, pour citer Kahn, «*must be located in its success as a practice*». Il y a quelque chose d'interminable et d'éternel à la théorie constitutionnelle mais aucune des théories en existence n'explique pleinement le phénomène du constitutionnalisme. Aux États-Unis, cette pratique judiciaire existe depuis 200 ans : «*it is a practice of governance that has worked within an historically changing set of expectations. It has worked well at times, and poorly at others.*»

Je pense que le mieux que l'on puisse espérer ici, c'est de faire de même. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est controversé, il va le demeurer. Le juge constitutionnel doit s'appliquer à régler au jour le jour les difficultés qui surviennent, rester fidèle à la méthode judiciaire, supporter l'interminable débat théorique à son sujet, s'intéresser de préférence aux travaux savants qui adoptent un parti-pris d'humilité épistémologique devant la pratique (Bobbitt, Hogg) et, surtout, s'abstenir à tout prix d'épouser une théorie constitutionnelle quelconque prétendant tout expliquer d'avance et une fois pour toutes. À ces conditions, l'institution judiciaire acquerra une patine qui la protégera des éclaboussures de la place publique. Il sera utile de reparler de la légitimité du juge constitutionnel de temps à autre. Mais souvenons-nous que, si la parole est d'argent, le silence est d'or.

