

Le Cour suprême du Canada et le processus démocratique : redéfinition et impact politique

VALÉRIE MAYER*

Si l'étude du contrôle de constitutionnalité passe aujourd'hui par l'évocation obligée des modèles kelsénien et américain, il est déjà beaucoup plus difficile d'identifier et d'appréhender le rôle de la Cour suprême du Canada au sein du système politique canadien.

Parce que le modèle auquel elle renvoie est opacifié par l'omniprésence américaine, et surtout parce que depuis les débuts de la Fédération elle est en porte-à-faux avec la mission traditionnellement assignée à une institution de ce type, la Cour suprême du Canada réserve bien des surprises à l'observateur étranger. Exigeant tout d'abord et au sens strict du terme, cher à la tradition sociologique, une véritable « déconstruction de l'objet », l'étude de l'institution nécessite ensuite une extrême habileté à saisir et à jongler avec les contradictions. Effectivement, si la Cour existe au titre de cour générale d'appel depuis 1875, la position ambiguë du Dominion face à Londres et les contestations des Provinces ne l'ont conduite à exercer son rôle d'arbitre des compétences que dans les années 1950, alors qu'elle ne devenait gardienne des libertés qu'en 1982 où, enchâssée dans l'Acte de 1867 remodelé, la Charte des Droits et Libertés lui en confiait la mission explicite. Ainsi, et sans oublier que le Canada vit depuis 1867 dans un climat de perpétuelle remise en cause de ses institutions, il s'agit de comprendre comment :

- 1 / le déficit initial de légitimité de la Cour suprême et l'ambivalence de sa mission au sein de la Fédération,
- 2 / l'amènent paradoxalement à se situer au cœur du processus démocratique en en redéfinissant les règles essentielles,
- 3 / et à en proposer une nouvelle lecture, différente de la règle de droit fondatrice.

* Université de Paris I Panthéon-Sorbonne.

I — LE DÉFICIT INITIAL DE LÉGITIMITÉ DE LA COUR SUPRÊME
ET L'AMBIVALENCE DE SA MISSION AU SEIN DE LA FÉDÉRATION

Au Canada, les débats sur la finalité et le caractère des institutions mises en place par l'AANB de 1867 durent depuis plus de cent vingt ans¹. Qu'il s'agisse des rapports avec la métropole impériale qui ne prennent fin officiellement qu'en 1931 avec le Statut de Westminster, des pouvoirs du gouvernement fédéral face aux provinces, ou du statut de la langue française, tout se passe comme si ce pays ne cessait pas d'être achevé.

Le Canada, contrairement à la plupart des États souverains, ne possède pas de loi fondamentale proprement dite. La Constitution canadienne — ou si l'on préfère le droit constitutionnel canadien — comprend au départ certains textes fondamentaux², des lois impériales, des arrêtés en conseils impériaux, certaines lois organiques adoptées par le Parlement d'Ottawa, des lettres patentes et, depuis 1982, une Charte des Droits et Libertés. A vrai dire, de toutes les constitutions fédératives celle du Canada apparaît comme la plus diffuse et la plus éparsée qu'il soit. Il est même impossible d'énumérer avec certitude tous les textes formant la Constitution proprement dite ; certaines lois britanniques appartiennent à la *Common Law* et de nombreuses conventions constitutionnelles³ font en outre partie du droit constitutionnel canadien.

Toutefois la Constitution ne comprend pas uniquement ces documents et coutumes. La jurisprudence en matière constitutionnelle, c'est-à-dire la somme des jugements qui depuis 1875 ont porté d'une façon ou d'une autre sur l'interprétation juridique de ces textes ou de ces coutumes, fait tout autant partie du droit constitutionnel canadien. Cependant, c'est l'étude du système judiciaire mis en place en 1867 qui accuse le caractère hybride de l'Acte fondateur.

I / *La Cour suprême, création du Parlement*

En 1867, lorsque le Dominion émerge en entité constituée, la suprématie du Parlement était affirmée⁴ et l'État fédéral canadien risquait

1. AANB : Acte de l'Amérique du Nord britannique voté par le Parlement de Westminster en 1867, resté à Londres jusqu'en 1982 parce que les Provinces n'avaient jamais pu s'entendre sur une formule d'amendement conjointe, il fut « rapatrié », et amendé dans des conditions de crise politique sans précédent qui, tout en brisant le dernier lien colonial avec Londres, mirent définitivement en cause la forme de l'État en provoquant une radicalisation extrême des revendications du Québec, qui n'a toujours pas signé la Constitution.

2. L'AANB de 1867, de 1871, celui de 1945 et le Statut de Westminster de 1931.

3. Une convention est une règle qui, non obligatoire en droit, est néanmoins considérée comme source de légitimité.

4. Comme l'illustre le premier considérant de la loi constitutionnelle de 1867 : « ... une Constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni. »

d'adopter la conception selon laquelle le Parlement était le maître absolu de la législation, en position de force dans ses rapports avec les Provinces.

Cependant, dans ses origines politiques, ce sont les débats antérieurs à 1867 qui, dans une certaine mesure, décident du fondement du système judiciaire fédéral et au sein de l'acte de 1867 ce sont les articles 96 à 101 qui organisent le système judiciaire, sans d'ailleurs ériger en institutions les recommandations qu'ils formulent. L'article 101 surtout pose le problème délicat du statut de la Cour suprême. Celui-ci stipule effectivement :

« Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada »...

Or cette recommandation ne prit forme qu'en 1875 lorsque le Parlement vota la première loi sur la Cour suprême du Canada qui, modifiée plusieurs fois depuis, ne lui conférait pas le statut constitutionnel qui l'aurait mise à l'abri de toute contestation.

Effectivement, et c'est là la pierre d'achoppement de tous les débats, la Cour suprême du Canada, à la différence de celle des Etats-Unis et des cours constitutionnelles européennes, ne bénéficie d'aucune légitimité constitutionnelle. Que s'est-il donc passé depuis 1875 ?

La Cour fut créée au titre de cour générale d'appel, elle comprend aujourd'hui neuf juges nommés jusqu'à 75 ans par le Gouverneur en conseil, dont trois choisis au Québec, tous devant être juge ou avocat.

Elle détient et rend une juridiction d'appel et une juridiction spéciale¹ et depuis 1982 se trouve investie, par l'article 24 de la Charte, tribunal de dernier recours en cas d'atteinte aux droits et aux libertés². Quelles sont plus précisément ses attributions ? La Cour suprême est avant tout une cour d'appel (art. 54 de la loi sur la Cour suprême). Jusqu'en 1949, date à laquelle les recours au Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine à Londres sont abolis, la Cour n'a de suprême que le nom. Effectivement, en concurrence avec cette instance impériale, elle se cantonne dans un rôle de subordination, accentué par les recours multiples des Provinces qui voient en Londres une ouverture vers une interprétation moins centralisatrice du partage des compétences.

En 1976 et 1983 de nouveaux pas sont franchis vers l'autonomie et la modernisation puisque, d'une part, la Cour devient maîtresse de son ordre du jour et d'autre part les parties au procès peuvent désormais s'adresser à la Cour *via* deux satellites, permettant ainsi de remédier aux

1. Articles 35 et 55 de la loi sur la Cour suprême du Canada.

2. Article 24 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »

voyages coûteux et à la lenteur des travaux. De fait, la Cour traite des questions de droit (et non des faits) qui ont déjà été entendues par les cours inférieures et sa juridiction couvre à la fois les domaines provincial, fédéral, en matière de droit civil, pénal et constitutionnel. Mais la procédure qui aboutit à la saisine de la Cour est complexe.

Tout d'abord, chaque requête est examinée par trois des neuf juges et les décisions sont prises à la majorité des voix, ce qui signifie bien entendu que deux juges peuvent permettre ou refuser l'accès d'un cas à la Cour. Les requêtes acceptées prennent ensuite la forme de requête de *writ of certiorati* et les causes sont inscrites à la Conférence hebdomadaire de la Cour.

C'est au cours de cette Conférence, sur la base de seuls documents écrits, que la Cour peut, si au moins quatre des neuf juges sont d'accord, décider d'entendre un cas. Le chemin n'est donc pas aisé et l'on estime à peu près à 1 ou 2 % des cas traités par les cours inférieures le nombre de ceux parvenant en Cour suprême.

La procédure conduisant à la décision est, quant à elle, encore beaucoup plus longue. Des trois sessions (hiver, printemps, automne) pendant lesquelles elle siège la Cour est rarement au complet, le quorum étant de cinq juges (art. 25 de la loi sur la Cour suprême) ou même de quatre « pour connaître des causes où les parties consentent à être entendues devant une cour ainsi composée » (art. 29). De fait, et même si chacune des sessions a obligation de se prolonger « jusqu'à ce qu'il ait été disposé des affaires soumises à la Cour » (art. 32.4), c'est le plus souvent à cinq ou sept des neuf juges qu'il revient de décider.

Ainsi, après avoir entendu les arguments de l'appelant et de l'intimé (qui peuvent demander à la Cour de statuer sur tout ou partie du jugement ou de l'ordonnance en cause) les juges se retirent, confient des travaux de recherche à leurs clercs (deux par juges), et rédigent chacun leur opinion motivée. Une nouvelle fois c'est lors de la Conférence que tout se décide.

Généralement, après une discussion laissant la parole aux juges dans l'ordre inverse d'ancienneté à la Cour, une majorité se dégage ; un de ses membres, spontanément ou bien désigné par le juge en chef, rédige un avant-projet, les autres juges réservant leur opinion jusqu'à ce que le projet définitif soit mis en circulation et il est bien évident que c'est au cours de cette étape et autour de ces projets (*drafts*) et commentaires de projets que la décision dégageant majorité, opinions concurrentes et dissidentes prend forme. Lorsque la décision est rédigée, le jugement est rendu public et au titre de l'article 54 de la loi sur la Cour suprême est « définitif et péremptoire ».

Cependant, à côté de cette juridiction d'appel, la Cour détient aussi une juridiction spéciale (art. 55 de la loi sur la Cour suprême) appelée procédure de référence, où la Cour est sommée par le Gouverneur en conseil de répondre à une question de droit ou de fait, intéressant l'interprétation de l'AANB, la constitutionnalité ou l'interprétation d'une législation fédérale ou provinciale ou d'actes de leurs gouvernements respectifs. La Cour

adresse alors au Gouverneur en conseil son opinion certifiée sur chacune des questions en donnant ses raisons à l'appui de chaque réponse. Cette opinion, qui dans sa forme est identique à toute décision rendue sur appel, oblige tous les juges à motiver leur réponse.

C'est cette procédure spéciale qui a donné lieu au Rapatriement de la Constitution en 1982 et qui, par là même, a projeté la Cour sous les feux de la rampe, l'exposant aux attaques et aux critiques les plus violentes quant à sa place au sein du système politique canadien.

2 / La Cour occupe une place marginale au sein du système politique canadien

Il faut à présent comprendre pourquoi la Cour, tant sur le plan des institutions que sur celui de la culture politique, ne cesse de chercher sa place au sein du système canadien.

Créée sur le mode américain, fonctionnant sur une base statutaire et non constitutionnelle, piégée dans son rôle d'arbitre des compétences, projetée sur la scène politique en 1981, la Cour a dû apprendre à mesurer l'effet de ces jugements. Ce processus de maturation politique fut lent. Si à partir des années 1970 (et peut-être à cause des revendications provinciales et surtout québécoises de plus en plus pressantes) la Cour est de plus en plus disposée, en droit public et constitutionnel, à étudier des cas qui lui étaient jusqu'alors restés étrangers, c'est replacé dans le contexte du Rapatriement de la Constitution que son rôle apparaît avec le plus d'acuité.

En 1980, alors que les discussions sur une éventuelle réforme constitutionnelle durent depuis plus de vingt ans déjà, le retour des libéraux au pouvoir et l'offensive de P. E. Trudeau déclenchent le processus. Passant ici sur les controverses politiciennes, on peut retenir que le judiciaire émerge de l'échec de la négociation politique, du politique « en faillite ». Parce qu'en 1981 le politique¹ n'arrive pas à gérer une situation conflictuelle où la passion l'emporte sur la raison, le judiciaire, la Cour en dernier ressort est sollicitée pour trancher.

Or, s'il est dans la tradition judiciaire anglo-saxonne un principe selon lequel dans une affaire concernant un litige ordinaire (les tribunaux ont adopté la même règle concernant un litige constitutionnel) les cours n'ont pas à répondre à des questions hypothétiques, en 1981 la situation est différente puisque l'Attorney général concède que la question peut être résolue.

A cette date, face au projet unilatéral de Rapatriement du gouvernement Trudeau, six des dix Provinces font front et, au nom des six, trois

1. En 1981 s'il est vrai que le politique oppose les Provinces au gouvernement fédéral, le débat est surtout fondé sur les différentes appréciations qu'ont de la Fédération P. E. Trudeau du côté canadien et R. Lévesque du côté québécois.

d'entre elles adressent un renvoi à leur cour d'appel respective posant des questions qui peuvent se résumer ainsi :

- le projet du gouvernement fédéral restreint-il les droits des Provinces ?
- l'appui unanime des Provinces est-il nécessaire au Parlement pour envoyer une Adresse à la Reine ?

La controverse se déplace sur le terrain constitutionnel lorsque les cours sollicitées remettent des avis totalement différents, rendant dès lors le recours à la Cour suprême inévitable.

Le débat dura tout l'été 1981 et c'est en décembre que la Cour rendit un avis historique dans lequel, embarrassée par les questions, elle tranchea en opérant une distinction contestée entre légalité et légitimité de la convention constitutionnelle.

Pour la Cour le processus du Rapatriement nécessite le consentement d'une majorité substantielle mais non unanime de Provinces. Ainsi, en séparant loi et convention, légalité et légitimité, la Cour est amenée à effectuer tout un travail d'interprétation du droit afin de trancher un litige politique. Et cet épisode est révélateur de l'émergence politique de la Cour. Effectivement, sollicitée par les instances politiques la Cour intervient dans le débat pour y mettre un terme et, paradoxalement, signer son engagement dans le processus démocratique.

II - L'AMÉNENT PARADOXALEMENT À SE SITUER AU CŒUR DU PROCESSUS DÉMOCRATIQUE

Pour le Canada, le processus démocratique ce sont avant tout les principes généraux du droit que véhicule l'AAAB de 1867 (principe de souveraineté parlementaire, absence de déclaration des droits et définition d'un fédéralisme original, motivé par le refus de l'exemple américain et la particularité historique des peuples fondateurs), de même qu'une tradition de négociation politique caractérisée par les conférences constitutionnelles où les doléances des provinces trouvent à s'exprimer, et souvent à se faire entendre ; et enfin, l'attitude relativement réservée des tribunaux, en particulier de la Cour suprême, qui adoptent une interprétation statique des textes, où le principe de présomption de constitutionnalité de l'acte législatif n'est pas remis en cause.

Or le problème fondamental de toute démocratie étant de réconcilier le principe de liberté avec celui d'autorité, la seule façon de protéger les droits que sont la liberté d'expression, la protection contre toute arrestation arbitraire, etc., est de les inclure dans la Constitution afin qu'aucune législature, qu'aucun gouvernement ne puisse les violer. De fait, si l'insertion de ces droits dans le texte de référence sert énormément leur valeur éducative, symbolique, politique, elle apparaît essentielle dans le cadre d'un gouvernement fédéral, où la répartition des compétences donne à chaque législature l'autorité pour légiférer sur les droits fondamentaux.

1 / La Charte canadienne des Droits et Libertés

La plupart des Etats dotés d'institutions démocratiques possèdent une déclaration des droits dans leur Constitution. Jusqu'en 1982 le Canada a fait partie des exceptions, sans que cela signifie bien entendu que la protection de ces droits y ait été inexistante mais plutôt non uniforme¹.

Pendant, les débats sur l'insertion d'une déclaration des droits dans la Constitution ont duré plus de vingt ans et la Charte canadienne des Droits et Libertés de 1982 en est le résultat. Ainsi, en étant intégrée à l'AAAB de 1867 elle fait partie du droit constitutionnel canadien. Cette Charte est le fruit de plusieurs influences. Comme nombre d'autres textes de la même inspiration, elle est impérative en droit², s'impose à toutes les autorités; le judiciaire étant chargé de son interprétation et de son application. Ce dernier point doit justement nous intéresser ici. Effectivement, si le Rapatriement et la Charte ont eu pour effet immédiat d'élargir le champ de la révision judiciaire des actes législatifs et exécutifs, de modifier le rôle des tribunaux et de la Cour suprême en particulier, ils ont aussi eu pour conséquence une transformation radicale du processus démocratique.

Tout d'abord, le rôle de la Cour confrontée à la Charte implique un réordonnement de l'équilibre des pouvoirs. Dans le rôle d'arbitre des compétences, la Cour ne s'attaquait pas à la règle de la représentativité puisque la législation était déclarée invalide seulement parce qu'elle n'avait pas été promulguée par le niveau de gouvernement adéquat. Depuis 1982 tout est différent : la Cour peut remettre en cause le droit du gouvernement de promulguer certaines lois et peut s'opposer en fait à la règle de la suprématie parlementaire, héritage du système britannique.

Mais le plus étonnant est que ce défi est posé par la Charte elle-même dans ses articles 24 et 52³ par rapport à l'article 1 qui limite les droits énoncés à une justification qui puisse se démontrer dans le cadre « d'une société libre et démocratique », cette limitation étant laissée à la seule appréciation de la Cour. Là est le cœur du problème : parce que l'impact du rôle de la Cour (un rôle d'interprétation) est crucial, c'est désormais la

1. L'AAAB contient certaines garanties collectives et institutionnelles. Du développement de la législation côté fédéral retenons surtout le *Bill of Rights* de 1960 voté par le Parlement d'Ottawa, qui est donc une loi ordinaire et qui ne peut viser que les activités fédérales. Du côté provincial, la législation reste très dispersée de 1946 aux années 70 où le Québec entreprend de se doter d'une Charte provinciale complète.

2. Essentiellement les documents internationaux comme la Déclaration universelle de 1948, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte des Nations Unies, mais aussi la Déclaration canadienne des droits.

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

jurisprudence qui façonne la Constitution, le droit constitutionnel, même si l'article 33 tente de concilier la doctrine de la suprématie parlementaire et le contexte de la révision judiciaire¹.

Comment dans un tel contexte mettre en lumière le rôle de la Cour ?

2 / Et son interprétation par la Cour suprême

Depuis que la Charte est en vigueur la Cour est saisie plus de 500 fois par an. Bien qu'elle ne traite qu'une infime partie des demandes qui lui sont soumises, le rythme de son travail s'accélère grâce à la modernisation de ses structures. Par exemple, depuis le printemps 1990 elle peut entendre des causes dans les deux ou trois mois qui suivent leur inscription. Ainsi, les cent et quelques décisions rendues à ce jour forment un corpus jurisprudentiel de tout premier intérêt, dont il est utile de tirer quelques chiffres, afin de saisir comment la Cour s'acquitte de sa mission de protection des droits et libertés.

Dans les quinze premiers cas entendus, l'appelant vit sa requête confirmée à 60 %, soit dans neuf cas exactement. Parmi ces quinze décisions cinq lois provinciales et trois lois fédérales furent déclarées inconstitutionnelles, ce qui constituait un début assez activiste. Mais surtout, la Cour a interprété l'article 1 de sorte que lorsqu'il y a violation d'un droit garanti, la charge de la preuve démontrant que la loi contestée est justifiable « dans le cadre d'une société libre et démocratique » revient à celui qui soutient le texte incriminé, housculant ainsi la tradition habituelle de présomption de constitutionnalité.

A ce propos, le message lancé par la Cour aux tribunaux inférieurs est clair : la Charte n'a pas à être traitée comme le *Bill of Rights* de 1960, elle ne donne pas lieu à la recherche de la constitutionnalité, elle l'impose. Les juges ne peuvent se soustraire à leur devoir, à leur mandat, et les avocats sont encouragés à évoquer la Charte pour leurs clients.

Cependant, tout en ayant une conscience aiguë de leur tâche, les juges ont tout autant conscience de ses limites imposées d'ailleurs par la « société libre et démocratique » dont ils sont les gardiens présumés. Cette remarque s'impose principalement et paradoxalement dans l'arrêt *BC Motor Vehicle Act*², considéré comme le plus activiste de la Cour.

Dans cet arrêt, la Cour a évité de considérer les intentions des Fondateurs et a traité des principes de « justice fondamentale » de l'article 7 de la Charte garantissant le droit à un traitement de justice équitable pour tous. Mais le juge Lamer, écrivant pour la majorité, fut sensible aux craintes que pouvait susciter une super-législature judi-

1. Article 33 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ces dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte. »

2. *Reference Re BC Motor Vehicle Act*, 1985, 2 SCR 486.

ciaire ». Il tenta même d'éclairer le raisonnement et d'apaiser ces craintes en spécifiant que l'obligation constitutionnelle de justice positive serait circonscrite aux « principes essentiels de notre système de droit ».

Ce ton modérateur se retrouve dans une autre décision de la Cour, *Operation Dismantle*¹, qui met un frein à la tentative d'utiliser la Charte contre la politique militaire du Canada. Là, le juge en Chef Dickson refuse de se cantonner derrière l'argument de la prérogative royale pour ne pas examiner la constitutionnalité d'un acte gouvernemental ; mais en même temps la Cour refuse d'entendre des causes mettant en relation des théories concurrentes en matière de Défense, de telles théories relevant à ses yeux plus de la conjecture que du fait.

En fait, le changement d'optique de la Cour dans son interprétation de la Charte est plus évident et plus systématique au fur et à mesure que la Cour est familière du texte et l'on constate qu'à partir de 1986 les plaignants sont de moins en moins assurés de voir leurs requêtes aboutir. Cette remarque est particulièrement intéressante si l'on s'attarde sur le traitement réservé aux droits linguistiques. Dans trois décisions de 1986 relatives aux langues officielles², la Cour, avec seulement une opinion dissidente, a rejeté les plaintes. Elle a considéré que le droit pour chacun de s'exprimer dans la langue de son choix devant les tribunaux n'exigeait pas de ces derniers qu'ils rendent les documents relatifs au procès dans cette même langue, ou bien encore que tous les juges présents soient totalement bilingues.

Pour résumer, entre 1986 et 1988 la Cour a rendu trente-deux décisions relatives à la Charte et n'en a agréé que huit en faveur des plaignants, ce qui fait chuter le taux de 60 % à 25 %. Parmi ces jugements, trois actes fédéraux se virent amputés, le plus spectaculaire étant bien sûr l'annulation de l'article 251 du Code criminel relatif à l'avortement³ ; en revanche aucune loi provinciale ne fut déclarée inconstitutionnelle.

Ainsi, si l'on confronte les décisions concernant la Charte et la législation provinciale et fédérale, on ne peut avancer que le principe parlementaire ait été mis à mal par le judiciaire. Les juges n'ont effectivement pas supplanté les politiciens élus, la Cour apparaissant plus comme réformatrice qu'usurpatrice. Pourquoi alors penser, et comment démontrer à partir de là, que la Cour a pourtant bel et bien tracé les contours nouveaux du processus démocratique au Canada ?

1. *Operation Dismantle vs The Queen*, 1986, 1 SCR 441.

2. *Bilodeau vs Att. Gen. Manitoba*, 1986, 1 SCR 449 ; *MC Donadl vs City of Montréal*, 1986, 1 SCR 460 ; *Société des Acadiens vs Association of Parents*, 1986, 1 SCR 549.

3. *The Queen vs Morgentaler*, 1988, 1 SCR 30.

III - ET À EN PROPOSER UNE NOUVELLE LECTURE,
DIFFÉRENTE DE LA RÈGLE DE DROIT FONDATRICE

C'est donc sur une double ambiguïté (celle de son statut et celle de son rôle au sein de la Fédération) que la Cour suprême a été amenée à agir au sein du processus démocratique. Cette tâche n'a pas été aisée et les juges reconnaissent eux-mêmes encore en 1988 avoir beaucoup à apprendre du texte que l'on soumettait de plus en plus à leur appréciation¹. Mais aujourd'hui, même si la jonction a été difficile à réaliser pour la Cour, les choses sont différentes de ce qu'elles étaient avant 1982.

A la batterie d'inquiétudes et de questions toutes légitimes que l'on était en droit de se poser, des réponses s'esquissent. Ces réponses s'ordonnent autour de deux constatations de taille.

I / *La progressive cristallisation de la norme jurisprudentielle*

Dans tous les Etats, c'est la Constitution, écrite ou coutumière, qui spécifie quels sont les organes qualifiés pour poser le droit. Au Canada, la règle de droit donne une place importante à l'autorité compétente (le Parlement) pour édicter la loi. Mais à ce rôle direct que joue l'organe créateur est venu s'ajouter celui, plus indirect mais tout aussi effectif, des tribunaux en général et de la Cour suprême en particulier. De fait, si l'on analyse les sources formelles du droit au Canada (la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine) on s'aperçoit combien la jurisprudence a réussi à s'imposer au regard du processus démocratique.

Soulève-t-on le voile derrière lequel se cacherait le « gouvernement des juges » ou bien celui abritant le « veto des sages »² ? Sans doute ni l'un ni l'autre, mais plutôt celui d'une remise en cause de l'appréciation du pacte initial.

Le rôle de la Cour, qui s'accroît depuis 1982 surtout en matière de droits et libertés, tend à donner un nouveau profil à la règle de droit en en redéfinissant les contours et les éléments.

De fait, la négociation politique et le fédéralisme sont ébranlés et, dans la lignée de la pensée de M. Trudeau, le *nation building* semble l'emporter face au *province building* puisque dans ses décisions la Cour suprême donne le ton pour la Fédération et que certains domaines législatifs auparavant réservés aux provinces, comme les langues par exemple, sont maintenant soumis à des critères nationaux, dégagés de la Charte par la Cour.

Ainsi, si le législateur adopte la loi, la Cour l'interprète et, en vertu du système politique canadien, en interprétant la loi et surtout la Constitu-

1. Entretien à la Cour suprême du Canada avec le juge Antonio Lamer le 20 juillet 1988.

2. Article de Claude Emeri, *RDP*, 2, 1990.

tion, elle la précise, la qualifie, l'adapte aux circonstances nouvelles et lui donne vie. Dans cette mesure elle crée du droit en faisant évoluer une constitution qu'on ne peut amender comme une simple loi. De sorte que demeure vraie cette déclaration du juge en chef Dickson que la Cour et le Parlement créent du droit, mais pas pour les mêmes fins et pas de la même façon.

Curieusement donc, ce n'est pas la Charte en elle-même qui redéfinit le processus démocratique mais bien la Cour, qui en en donnant une certaine lecture en réoriente les axes essentiels. Cependant, ce processus de redéfinition, caractérisé par ce que l'on pourrait appeler « la cristallisation de la norme jurisprudentielle », n'est pas particulier au Canada. Le problème se pose aussi dans d'autres sociétés occidentales où, pour des raisons diverses, les décisions gouvernementales sont moins facilement acceptées et sont plus fréquemment remises en cause par voie de recours. Aujourd'hui, la Cour suprême du Canada profondément renouvelée depuis 1982¹, mandatée par l'article 24 de la Charte, est un élément déterminant du système politique canadien. Dans la mesure où elle crée de nouveaux mécanismes du processus décisionnel, et où l'Etat de droit qu'elle doit protéger est construit autour d'une certaine notion des droits de l'homme, elle doit être considérée comme l'une des trois branches du gouvernement. Ce faisant, fait-elle appel à des valeurs extra-constitutionnelles ? Sans doute, la sociologie juridique, qui scrute les motifs des décisions afin de dégager, par-delà l'arrêt, le paysage sociologique de l'affaire, a laissé soupçonner, a révélé, les subjectivités sociales, idéologiques, intellectuelles, qui peuvent se glisser sous un jugement impartial. On comprend à partir de là combien l'impact du rôle de la Cour, au-delà de ses conséquences directes sur l'Etat, peut être marquant pour la société civile. Et ceci plus encore dans un système politique où l'écrit jurisprudentiel a toujours eu du mal à s'intégrer à l'écrit institué.

2 / *L'incorporation des Droits de l'homme au Droit positif*

On réapprécie aujourd'hui à sa juste valeur la thèse du Doyen Hauriou selon laquelle une constitution est toujours duale, à la fois politique et sociale.

En garantissant les droits des gouvernés, en leur reconnaissant un espace séparé des gouvernants, le pacte social change de nature. Dans cet esprit d'ailleurs, la Charte, s'ordonnant autour du citoyen et non plus des pouvoirs publics, partant de la société civile et non plus de l'Etat, définit leurs rapports respectifs et surtout, *via* la Cour suprême, assure un mécanisme de sanction des organes de l'Etat. Aussi est-ce « l'écrit jurisprudentiel » qui attire l'attention et qui, au-delà des questions que l'on ne cesse

1. Depuis 1981 la Cour a perdu huit de ses membres, seul le juge Lamer nommé Juge en Chef en juillet 1990 en remplacement du juge Dickson fait partie de la Cour qui a rendu l'avis sur le Rapatriement.

de se poser sur la légitimité de l'autorité à interpréter le droit, laisse apparaître le problème inéluctable de l'incorporation des droits de l'homme au droit positif.

Le débat autour de la Charte depuis 1982, et autour de la Cour suprême depuis huit ans, en est l'exemple.

Tout d'abord, la Charte fut perçue par le grand public comme une arme politique (liée qu'elle était au Rapatriement) et non comme une affaire de juristes. Il ne fut donc pas étonnant qu'elle soit immédiatement utilisée comme moyen de lutte politique et que la Cour soit exposée de ce fait aux plus vives critiques. Ensuite, la Charte élabore une vision particulière des droits et libertés à l'article 1 qui les limite¹ et suggère à l'article 15² une approche du principe d'égalité telle que les Provinces ont exigé et obtenu un délai de trois ans avant son entrée en vigueur afin d'ajuster leur législation. Ce sont là les deux points cristallisant le changement radical de la lecture de la règle de droit imposé au Canada *via* la Cour suprême.

La disposition limitative de l'article 1 de la Charte, tirée en partie du pacte de l'oux sur les droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme fut insérée au cours de la rédaction de la Charte à la demande des autorités provinciales³. Cette disposition n'a cessé depuis de susciter les débats les plus vifs parmi les spécialistes jusqu'à ce que la Cour en clarifie la portée dès 1986 dans l'arrêt *Oakes*⁴. Dans cet arrêt, la Cour avait à connaître de la loi sur les stupéfiants qui à son article 8 prévoyait que si la Cour constatait que l'accusé était en possession de stupéfiants il était présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins de prouver le contraire, il devait être déclaré coupable. L'accusé *Oakes* a évoqué l'inconstitutionnalité de cet article qu'il estimait en violation de l'article 11d de la Charte qui énonce :

« Tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial et à l'issue d'un procès public et équitable. »

Ainsi l'arrêt *Oakes*, en donnant gain de cause au plaignant, renverse la charge de la preuve et par conséquent renforce le crédit de la présomption d'innocence. Mais ce qui importe ici, c'est surtout qu'en rendant sa déci-

1. Article 1 (1) de la Charte canadienne des Droits et Libertés : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

2. Article 15 (1) de la Charte : « La loi ne fait acception de personne et s'applique à tous, et tous ont droit au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

3. Article de A. L. C. de Mestra, *AIJC*, 2, 1986, 279-282.

4. *The Queen vs Oakes*, 1986, 1 SCR 103.

sion la Cour a établi une jurisprudence du principe limitatif de l'article 1. Elle a en quelque sorte conçu la thèse de la proportionnalité de la limitation des droits garantis en établissant certaines corrélations entre la forme de la limitation, le but de la limitation et le rapport devant exister entre ce but et la mesure limitative. C'est ce que l'on a appelé le *test Oakes* ainsi défini¹.

— Celui qui invoque une limitation doit en apporter la preuve. Pour justifier une limitation deux critères doivent être satisfaits : l'objectif doit être en rapport avec les mesures qui apportent une restriction au droit garanti, et doit être suffisamment important pour justifier la suppression dudit droit ; la partie invoquant l'article 1 doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et justifiés. C'est le critère de proportionnalité qui implique que :

- les mesures soient équitables et non arbitraires, qu'elles soient conçues pour atteindre l'objectif et aient un lien rationnel avec cet objectif ;
- le moyen choisi soit de nature à porter atteinte le moins possible au droit en question ;
- enfin qu'il y ait proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi.

Appliquant le test au cas qui lui était soumis la Cour a estimé que si le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants était un objectif légitime, il ne pouvait en revanche y avoir de lien rationnel entre le fait établi (la possession) et le fait présumé (la possession à des fins de trafic). Ainsi, l'article 8 de la loi fut déclaré nul et le plaignant eut gain de cause.

Cet exemple, au-delà de l'aspect symbolique qu'il recouvre (la présomption de constitutionnalité n'est plus effective avec la Charte) est significatif dans la logique de redéfinition de la règle de droit initiale. En s'adressant aux tribunaux et donc en dernier ressort à la Cour suprême, le justiciable légitime l'espace qu'il occupe face au législateur et obtient une garantie supplémentaire qui fait jurisprudence. Cette garantie se superpose aux règles du droit positif, s'impose même face à elles en acquérant le principe d'autorité de la chose jugée. Ainsi est-ce de l'interprétation, de la définition jurisprudentielle que les droits de l'homme s'enrichissent et s'agrègent au droit positif.

Il en va de même pour l'égalité devant la loi ou l'article 15 de la Charte. En février 1989, dans son arrêt *Andrews* la Cour a donné pour la première fois son interprétation du concept d'égalité en invalidant une loi de Colombie britannique qui interdisait aux non-citoyens de devenir membres du Barreau. Les effets de cette décision ont largement dépassé le Barreau ou même l'ensemble des corporations professionnelles pour devenir un des cas les plus importants de la jurisprudence depuis 1982.

1. Cf. Mestral, *op. cit.*, p. 281.

Dans cette décision, la Cour établit un processus en deux étapes pour déterminer si une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination. La personne désireuse de faire appel à l'article 15 doit tout d'abord prouver qu'elle est victime de discrimination, puis que cette discrimination est causée par une loi.

Une fois qu'il est établi que la loi est discriminatoire, le tribunal doit examiner le caractère raisonnable de la loi, comme le prévoit l'article 1. Dans le premier cas « il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation » alors que c'est l'Etat qui porte la charge de la preuve et démontrer que la violation est raisonnable « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Dans cet arrêt la Cour a donné une interprétation « large et libérale » du concept d'égalité qui reflète « un concept élargi » de la discrimination. Effectivement, si l'article 15 interdit les discriminations fondées sur « la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques », la Cour a estimé que ces motifs n'étaient pas exclusifs et qu'ils devaient donc recevoir une « interprétation large et libérale ». Ce faisant, et c'est essentiel ici, elle rejette le critère qui avait été le plus souvent retenu jusqu'alors par les tribunaux canadiens selon lequel les personnes doivent être traitées de façon identique. Le juge McIntyre, écrivant pour la majorité, estime à ce propos que « appliqué au pied de la lettre — ce critère — pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Hitler où un traitement identique était prévu pour tous les Juifs ». Ainsi la Cour adopte-t-elle « la méthode des motifs énumérés ou analogues » qui veut que l'article 15 élimine la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans la Constitution (race, religion, sexe, etc.) ou des motifs considérés comme analogues. Cependant la Cour fait remarquer que « ce ne sont pas toutes les distinctions ou les différences de traitement devant la loi » qui peuvent être considérées comme discrimination au sens de l'article 15 et que « la classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant tel groupe, l'application de règlements différents... sont nécessaires pour gouverner la société moderne ».

Cette décision qui a suscité beaucoup de commentaires touchait non plus seulement aux droits de nature juridique mais aussi à des questions relevant de la sphère sociale et économique. L'impact sur le public, d'autant plus sensible que les causes sont de plus en plus médiatisées, est alors devenu déterminant et l'attention portée au travail des tribunaux, à la Cour suprême, a changé de nature. Là aussi, en définissant un domaine des plus larges, la Cour s'expose aux critiques de ceux qui considèrent que c'est aux élus et non aux juges d'avoir le dernier mot.

Or le problème au Canada est d'une autre nature. Les gouvernants, les partis politiques ont effectivement dès 1981 ouvert à la Cour suprême (qui après tout n'en demandait pas tant...) une voie que la Charte ne fait que légitimer. Que les principes de protection des droits fondamentaux rencontrent des difficultés d'intégration aux principes

généraux du droit d'un Etat n'implique pas forcément qu'il faille les rejeter.

Aujourd'hui, alors que l'esprit du texte sert de support aux juges, c'est l'enveloppe sociologique qui a présidé à son élaboration et en a déterminé les grands axes qui doit attirer l'attention.

En ce sens, et en ce sens seulement, peut être posé le principe de « judiciarisation » de la vie politique canadienne. Si l'interprétation de la Cour suprême peut être soumise aux critiques elle n'est pas, en tant qu'institution, seule responsable de la redéfinition en cours du processus démocratique. Les partis politiques depuis 1981 ont eux-mêmes abandonné leur mission de porte-parole des enjeux sociaux, laissé la voie ouverte au déplacement des débats vers le judiciaire et depuis 1982 les citoyens, les justiciables n'ont assisté nulle part ailleurs qu'à la Cour aux débats sur les grands problèmes de société tels l'avortement, l'égalité, la liberté religieuse.

L'incorporation des droits de l'homme au droit positif doit se faire, mais de quelle manière ? Au Canada aujourd'hui, comme aux Etats-Unis hier, comme en Europe aussi, la judiciarisation de la vie politique est un sujet de recherches. Acceptée aux Etats-Unis, cette autre voie du processus démocratique doit aller dans le sens du renforcement de l'Etat de droit. La Cour suprême du Canada, en élargissant plusieurs de ses références jurisprudentielles aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg plaide pour l'internationalisation de la pensée jurisprudentielle canadienne. Doit-on précisément y voir le danger du « gouvernement des juges » ? Cela n'est pas si sûr. Car si la règle de droit initiale illustrée par l'aphorisme de Dicey : « Le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme et inversement » a été mise à mal, le Parlement occupe toujours une place prépondérante au sein du système politique canadien. La renégociation de la règle du jeu qui lui est aujourd'hui imposée, il l'a lui-même suscitée et acceptée avec le Rapatriement, et le réordonnement des trois branches de gouvernement qu'elle implique n'est pas inéluctablement en sa défaveur.

C'est là un défi à relever parce que le processus démocratique de construction de l'Etat de droit doit concilier à la fois le principe de légalité (la loi est l'expression de la volonté générale) et celui de la *rule of law*.