

Prolégomènes

Juges et pouvoirs: le pouvoir des juges depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Alain-Robert NADEAU

Résumé

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* et son enchâssement dans la Constitution en 1982, il semble que le régime constitutionnel canadien, en rupture avec la tradition anglaise qui faisait de la souveraineté du Parlement un dogme quasi absolu, se soit rapproché du modèle constitutionnel américain en ce que les tribunaux ont depuis cette date un mandat clair d'appliquer et d'interpréter les droits et libertés fondamentaux. Bien que les tribunaux aient exercé un pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois avant l'avènement de la *Charte canadienne*, en raison du partage des compétences législatives entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales et du contrôle des activités juridictionnelles, il ne fait aucun doute que les garanties constitutionnelles consacrées par la *Charte canadienne* ont insufflé un esprit nouveau qui a modifié le rôle des juges dans la société. Après avoir démontré que l'interprétation des garanties constitutionnelles, contrairement en cela aux lois ordinaires, ne saurait se faire en recherchant l'intention présumée des constituants, l'auteur examine les différentes conceptions théoriques et les méthodes d'interprétation des droits constitutionnels. Adoptant une conception dualiste, qui distingue les partisans de la retenue judiciaire de ceux de l'activisme judiciaire, l'auteur démontre que les tribunaux doivent bénéficier d'une large marge de manœuvre afin de réaliser pleinement l'objet des droits et libertés fondamentaux consacrés par la *Charte cana-*

dienne en précisant toutefois que cela ne signifie pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois est sans limites. Les juges doivent, au contraire, interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi que les principes moraux communautaires. Enfin, l'auteur estime que certaines dimensions structurelles de la *Charte canadienne*, qui la distinguent favorablement du *Bill of Rights* américain ainsi que de la situation qui prévalait avant son adoption en 1982 en raison du partage des compétences législatives, permettent d'établir un juste équilibre entre les droits de la société et ceux des individus. En ce sens, *la Charte canadienne* garantit nos idéaux démocratiques en ce qu'elle participe à la réalisation de principes qui sont devenus les fondements de la vie politique et sociale.

Juges et pouvoirs: le pouvoir des juges depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Alain-Robert NADEAU*

Introduction	XXIII
1. L'interprétation des garanties constitutionnelles	XXVIII
1.1. La distinction entre les lois ordinaires et les garanties constitutionnelles	XXIX
1.2. Les conceptions théoriques et les méthodes d'interprétation.	XXXIII
a) La retenue judiciaire	XXXVI
b) L'activisme judiciaire	XL
2. Le pouvoir des juges	XLVI
2.1. Le contrôle de la constitutionnalité des lois avant l'avènement de la <i>Charte canadienne</i>	XLVI
2.2. L'exercice du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois: quelques illustrations	IL
a) La grande crise, le « <i>New Deal</i> » canadien et la Cour suprême.	L

* Membre du comité de la Revue du Barreau et coordonnateur de ce numéro spécial marquant le vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Alain-Robert Nadeau est avocat et docteur en droit constitutionnel. Il est l'auteur de *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, publié aux Éditions Carswell, pour lequel il a reçu le Prix 2001 de la Fondation du Barreau du Québec ainsi que de *Annotated Royal Canadian Mounted Police Act and Regulations*, publié aux Éditions Yvon Blais. L'auteur tient à remercier M^e Pierre Thibault, M^e Suzanne Vadboncoeur ainsi que M. Alain Goupil pour leurs commentaires et leurs suggestions.

b) Le duplessisme, la « <i>grande noirceur</i> » et la Cour suprême	LIII
Conclusion	LV

La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

Montesquieu, L'Esprit des lois (1748)

C'est une vérité universelle, comme le soulignait si justement Montesquieu dans *L'Esprit des lois* (1748), que la liberté politique des individus n'est assurée que dans la mesure où les gouvernements n'abusent pas de leurs pouvoirs. S'inspirant de la tradition libérale classique, la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux était inspirée par le souci d'éviter que l'autonomie des individus ne soit compromise par la maladresse du pouvoir politique. De la *Magna Carta* (1215), en passant par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) et le *Bill of Rights* américain (1791), à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations unies (1948), l'objectif ultime des chartes des droits et libertés consiste non seulement à garantir les droits et libertés fondamentaux mais aussi, et surtout peut-être, à limiter les pouvoirs de l'État en les subordonnant à la loi. L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et son enchâssement dans la Constitution, le 17 avril 1982, s'inscrivent dans cette longue tradition démocratique qui a vu la raison vaincre l'arbitraire².

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 [ci-après désignée la *Charte canadienne*].
2. Pour un historique succinct de la tradition libérale classique ainsi que de l'origine des garanties constitutionnelles, on consultera avec intérêt le chapitre trois de *Vie privée et droits fondamentaux* (2000). Voir: A.-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la protection de la vie privée en droit canadien et américain et en droit international*, Éditions Carswell, Scarborough (Ont.), 2000, p. 66 à 80. Voir aussi: R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, Yale University Press, New Haven (Conn.), 1957.

Bien qu'il puisse y avoir aujourd'hui un débat relativement à l'impact véritable que la *Charte canadienne* a eu sur la société³, nul ne saurait contester le fait que, si elle n'a pas changé de façon radicale le cadre juridique québécois et canadien, elle a très certainement eu des répercussions importantes, voire cruciales, sur le

-
3. Dans un ouvrage récent publié sous le titre évocateur de *The Charter Revolution & The Court Party* (2000), F.L. Morton et Rainer Knopff, des politologues de l'Université de Calgary, parlent de révolution afin de désigner les années 1980 et 1990 caractérisées par l'introduction de la *Charte canadienne* dans le système politique canadien. Ainsi s'expriment-ils: «Just as the 1960s are remembered by Canadian historians as the decade of Quebec "Quiet Revolution", so the 1980s and 1990s will be remembered as the period of Canada's "Charter Revolution". Since the adoption of the Charter of Rights and Freedoms in 1982, Canadian politics has been transformed. A long tradition of parliamentary supremacy has been replaced by a regime of constitutional supremacy verging on judicial supremacy». Pour sa part Kent Roach, un constitutionnaliste respecté de l'Université de Toronto, estime qu'il est erroné de prétendre que le pouvoir des juges est un phénomène nouveau qui résulte de l'adoption de la *Charte canadienne*. Dans un ouvrage récent intitulé *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001), il affirme ce qui suit: «Most people think that judicial activism was not a problem in Canada before Prime Minister Pierre Trudeau gave law professors and lawyers the gift of a Charter. In fact, complaints that the courts were subverting the intent of the constitution, making bone-headed decisions, and usurping the decisions of elected governments were made long before Canadians ever heard of the Charter or Mr. Trudeau». À titre d'illustration, il rappelle que le regretté juge en chef Dickson a fait preuve d'une créativité qui a profondément modifié le droit canadien: «Long before the enactment of the Charter, Chief Justice Dickson, a former corporate lawyer from Manitoba, had creatively and boldly reshaped the criminal law, family law, and private law to take account of changing social and economic needs, the importance of not punishing the morally innocent, and other principles». Dans une allocution devant les membres de l'Association du Barreau canadien faite en marge du dixième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne*, l'ancien juge en chef du Canada, le très honorable Antonio Lamer, semblait partager cette conception que la *Charte canadienne* avait profondément bouleversé le système politique canadien. Il s'exprimait ainsi: «[The Charter represents] a revolution on the scale of the introduction of the metric system, the great medical discoveries of Louis Pasteur, and the invention of penicillin and the laser». Dans un discours prononcé lors de la conférence de l'Association d'études canadiennes marquant le vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne*, l'actuel ministre de la Justice du Canada, l'honorable Martin Cauchon affirmait que l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la Constitution s'inscrivait dans un contexte de continuité et de changements. Ainsi s'exprimait-il: «Bien que ces deux expressions puissent paraître, à première vue, contradictoires, je crois que l'adoption et l'enchâssement de la Charte s'est faite dans un contexte de continuité et de changements. Continuité de nos traditions libérales les plus chères et changements de la nature du document ainsi que du rôle des tribunaux dans la société canadienne». Voir: F.L. MORTON et R. KNOPFF, *The Charter Revolution & The Court Party*, Bradview Press Ltd., Peterborough (Ont.), 2000, p. 4; K. ROACH, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law Inc., Toronto, 2001, p. 35 et 4; A. LAMER, Allocution devant les membres de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, 17 avril 1992; M. CAUCHON, Allocution devant l'Association d'études canadiennes, Ottawa, 18 avril 2002.

rôle et les pouvoirs qu'exercent les juges dans la société. Bien que le pouvoir des juges de déclarer inconstitutionnelles des lois valablement adoptées par le Parlement et les assemblées législatives provinciales ne constitue pas un phénomène nouveau⁴, il est incontestable que l'avènement de la *Charte canadienne* – laquelle comportait un message clair et non équivoque à l'intention des tribunaux quant à leur pouvoir de déclarer inopérantes les lois qui lui étaient incompatibles –, a apporté une dimension nouvelle à la protection des droits et libertés fondamentaux au Canada⁵.

Cette dimension nouvelle se caractérise notamment par le mandat explicite confié aux tribunaux de jauger la conformité constitutionnelle des lois à la lumière des droits et libertés fondamentaux consacrés par la *Charte canadienne*⁶. Ainsi, si le pouvoir

4. J'examinerai cette question dans la seconde partie de cet article.

5. La protection des droits et libertés fondamentaux n'était pas méconnue au Canada avant l'avènement de la *Charte canadienne* en 1982. Plusieurs provinces canadiennes avaient déjà adopté des lois fondamentales visant expressément la protection des droits et libertés fondamentales. Au Québec, l'Assemblée nationale avait déjà adopté, en 1975, la *Charte des droits et libertés de la personne*, laquelle occupe un espace privilégié dans l'ordre juridique canadien en raison de l'inclusion d'une disposition expresse de préséance, mais surtout en raison de son objet considérablement plus vaste que les autres lois ou codes provinciaux portant sur la protection des droits et libertés de la personne. Le Parlement fédéral, quant à lui, avait adopté un «*Bill of Rights*», la *Déclaration canadienne des droits*, le 10 août 1960. Première loi canadienne ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits et libertés fondamentales, la *Déclaration canadienne des droits* voyait cependant, contrairement en cela à la *Charte canadienne*, son domaine d'application restreint aux matières qui relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Cependant, malgré une disposition claire qui permettait l'examen judiciaire de la conformité des lois émanant du Parlement, les tribunaux ont généralement adopté une attitude réductrice en interprétant ses dispositions. L'arrêt *Curr* (1972), dans lequel le juge en chef Laskin affirmait la nécessité d'aborder la *Déclaration canadienne* avec prudence, exemplifie cette attitude interprétative réductrice de la Cour suprême du Canada. Ainsi s'exprimait-il: «C'est avec une extrême prudence qu'il faut aborder les termes généraux de l'alinéa 1a) [le concept d'application régulière de la loi ou, selon l'appellation anglo-américaine, le «due process of law»] lorsqu'il s'agit de les appliquer pour annuler des dispositions législatives valablement adoptées par un parlement dans lequel des représentants élus par le peuple jouent un rôle primordial». La volonté de la Cour suprême du Canada de prendre certaine distance avec cette interprétation restrictive de la *Déclaration canadienne des droits* s'est exprimée dès les premières affaires ayant été interprétées par la Cour. Voir: *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12; *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), app. III; *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889. Voir aussi: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 639; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 124. Voir aussi: *Canada (Procureur général) c. Lavell*; *Isaac c. Bédard* (1973), [1974] R.C.S. 1349; *Canada (Procureur général) c. Canard* (1975), [1976] 1 R.C.S. 170. Voir *contra*: *R. c. Drybones* (1969), [1970] R.C.S. 282.

6. Ce message clair et non équivoque est apporté par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel consacre la suprématie de la Constitution, ainsi que par

des juges de contrôler la constitutionnalité des lois ne saurait faire aucun doute⁷, son étendue soulève cependant de vives controverses puisque, dans l'exercice de ce contrôle, les tribunaux doivent de plus en plus faire appel à des considérations qui ne sont pas exclusivement d'ordre juridique.

Aujourd'hui, il nous faut bien l'admettre, des questions qui étaient jusque-là débattues et décidées dans les enceintes parlementaires – comme les droits ancestraux des autochtones⁸, les droits des homosexuels⁹, les droits à l'égalité¹⁰, les droits linguistiques¹¹ et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité¹², le droit à la vie privée¹³, la peine de mort¹⁴, l'aide au suicide¹⁵, l'avortement¹⁶ ou encore la liberté d'expression, de laquelle découle notamment celle des pornographes de s'adonner à leurs activités réprouvées par la majorité de la population¹⁷ – sont désormais décidées et tranchées par les tribunaux. C'est sans doute ce qui a fait dire à Michael Mandel, un professeur de

l'article 24 de la *Charte canadienne* qui offre un recours explicite au cas d'atteinte ou de violation des droits et libertés qui y sont consacrés. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'énonce ainsi: «52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. (2) La Constitution du Canada comprend: a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi; b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe; c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b)». En ce qui a trait à l'article 24, voir la reproduction de la *Charte canadienne* à l'annexe A. Voir: *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Loi constitutionnelle de 1982*].

7. Alors qu'au Canada, le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois a été expressément consacré par les constituants à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, aux États-Unis, c'est la *Cour Marshall* (1801-1836) qui s'est elle-même attribué cette compétence dans l'arrêt *Marbury* (1803). Voir: *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Voir aussi: J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1991, p. 126.
8. Voir: *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
9. Voir: *M c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.
10. Voir: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
11. Voir: *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.
12. Voir: *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.
13. Voir: *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.
14. Voir: *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.
15. Voir: *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.
16. Voir: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
17. Voir: *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 145.

l'Université York (Osgoode Hall), que la *Charte canadienne* a eu pour effet de judiciariser le pouvoir politique au Canada¹⁸.

Cet exercice par les juges de leurs pouvoirs accrus et, surtout peut-être, le fait qu'ils doivent dorénavant se prononcer sur des questions politiques controversées, irriguent les critiques, lesquelles se font de plus en plus nombreuses. De nombreux commentateurs, journalistes, professeurs de droit et des politologues, d'anciens premiers ministres provinciaux et même des juges¹⁹ considèrent que les tribunaux ont fait preuve d'activisme judiciaire²⁰, voire se sont substitués aux représentants élus de la

18. Voir: M. MANDEL, *La Charte canadienne des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996.
19. Dans une entrevue qu'il accordait au quotidien torontois le *National Post* au mois de janvier 2001, le juge Bastarache affirmait que la Cour suprême du Canada était allée trop loin dans son interprétation des garanties constitutionnelles et qu'il estimait nécessaire de reconsidérer certaines de ses décisions. Ainsi s'exprimait-il: «[the Court went] too far in inventing an exclusionary rule beyond the level Parliament intended and in protecting "ill-defined" aboriginal rights». Il ajoutait ce qui suit: «I'm not saying that's the case now, but I personally would favor reconsidering a certain number of decisions of the Court». Plus récemment, le juge en chef de la Cour d'appel de Terre-Neuve et ancien premier ministre de la province, Clyde Wells, a critiqué, dans une lettre ouverte au quotidien torontois le *Globe & Mail*, le juge William Marshall de son tribunal en raison du fait que celui-ci avait, dans une décision judiciaire, critiqué la Cour suprême du Canada et lui reprochait notamment d'avoir fait preuve d'activisme judiciaire. Dans *N.A.P.E.* (2002), une décision controversée de la Cour d'appel rendue le 6 décembre 2002, le juge Marshall accusait la Cour suprême du Canada d'usurper les pouvoirs du Parlement. Voir: C. SCHMITZ, «Supreme Court goes "too far": Judge», *National Post*, 13 janvier 2001; J.-C. LECLERC, «Une attaque de l'intérieur qui risque de miner la magistrature», *Le Devoir*, 13 janvier 2003; *Newfoundland Association of Public Employees c. R.*, [2002] N.C.L.A. 72.
20. Circonscrire et délimiter la signification de l'activisme judiciaire est une tâche complexe à laquelle je m'attarderai dans le second volet de cette première partie. L'acception populaire, celle du moins véhiculée par les médias d'information et par certains politologues, apparaît relever davantage de la mythologie juridique que de la réalité concrète. Cette acception de l'activisme judiciaire, nous dit Kent Roach, comporterait quatre éléments: la capacité pour les juges de légiférer, d'insuffler leur propres préférences personnelles, d'accorder des droits aux minorités au détriment de la majorité et, finalement, de se substituer à la volonté des représentants élus de la population. Dans un article qu'elle publiait, il y a quelques années, dans une revue de droit de la Colombie-Britannique, l'actuel juge en chef de la Cour suprême du Canada, la très honorable Beverley McLachlin, répudiait cette conception réductionniste en déconstruisant ces mythes. Quant à moi, je m'emploierai plutôt à examiner les différentes conceptions théoriques des méthodes d'interprétation des droits constitutionnels. Voir: K. ROACH, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law Inc., Toronto, 2001, p. 13; B. McLACHLIN, «Charter Myths», (1999) 33 *University of British Columbia Law Review* 23.

population, lesquels bénéficieraient d'une plus grande légitimité. Ce faisant, les tribunaux usurperaient les pouvoirs traditionnellement conférés aux pouvoirs législatif et exécutif dans les démocraties parlementaires.

La *Charte canadienne* a-t-elle opéré une révolution du système politique? Les juges se sont-ils véritablement arrogé les pouvoirs traditionnellement dévolus aux représentants élus de la population? Ces questions sont au cœur même du débat politique et juridique actuel; il m'apparaît opportun, après deux décennies d'interprétation de la *Charte canadienne*, d'esquisser certaines pistes de réflexion. La détermination de l'étendue du pouvoir des juges dans la société québécoise et canadienne procède de l'examen de deux éléments.

D'abord, il est nécessaire de considérer les règles d'interprétation des garanties constitutionnelles puisqu'elles constituent la matière que façonnent les juges et permettent d'apprécier l'étendue et la légitimité de l'exercice de leurs pouvoirs (1.). Ensuite, je m'attarderai, en faisant une brève incursion dans l'histoire constitutionnelle, au pouvoir des juges de contrôler la constitutionnalité des lois avant l'avènement de la *Charte canadienne* (2.).

1. L'interprétation des garanties constitutionnelles

La considération des règles d'interprétation des garanties constitutionnelles est essentielle dans la mesure où ce sont celles-ci qui, en raison de leurs formulations et en raison de la nature formelle de la *Charte canadienne*, insuffleraient une vigueur nouvelle aux pouvoirs des juges. De fait, bien que le pouvoir des juges leur soit conféré formellement par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est indubitable que l'application de ce pouvoir découle notamment de l'interprétation des garanties constitutionnelles consacrées par la *Charte canadienne*. D'où l'importance de considérer la distinction qui existe entre les lois ordinaires et les garanties constitutionnelles (1.1.). Une fois les distinctions appropriées établies, je m'attarderai aux conceptions théoriques des différentes méthodes d'interprétation des garanties constitutionnelles (1.2.).

1.1. La distinction entre les lois ordinaires et les garanties constitutionnelles

La toute première chose qu'il me faut rappeler – bien que cela puisse sembler superfétatoire compte tenu de l'évidence manifeste – est que l'objectif de l'interprétation des garanties constitutionnelles, contrairement en cela à l'interprétation des lois ordinaires²¹, ne consiste pas à rechercher l'intention présumée des auteurs du texte constitutionnel mais plutôt, comme le soulignait le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* (1989)²², en se fondant sur une interprétation large et généreuse, à rechercher l'objet de la loi de façon à assurer l'effectivité de la protection constitutionnelle.

Dès ses premiers arrêts, la *Cour Dickson* (1984- 1990) avait tenu à prendre ses distances avec l'interprétation restrictive qui avait caractérisé l'appréciation des garanties juridiques édictées par la *Déclaration canadienne des droits*. Dans l'arrêt *Oakes* (1986)²³, le juge en chef Dickson affirmait que, bien qu'instructive, la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits*

21. L'examen de la valse-hésitation qui caractérise l'interprétation des lois ordinaires dépasserait largement le cadre de cette analyse. Qu'il suffise de mentionner qu'à l'heure actuelle, il semblerait que le principe judiciaire quant à la méthode analytique pour interpréter les lois ordinaires ne soit pas définitivement fixé. Dans les arrêts *Verdun* (1996) et *McIntosh* (1995), la *Cour Lamer* (1990-2000) semble avoir marqué, par une faible majorité, sa préférence pour la méthode du sens ordinaire des mots. Cette méthode constituerait le point de départ de l'analyse d'interprétation des lois et les juges ne devraient pas s'écarter du sens grammatical des termes à moins que le contexte ne l'exige. Ces décisions de la Cour suprême sont d'autant plus surprenantes que dans la série d'arrêts *Stuart Investments Ltd.* (1984) – *Notre-Dame de Bon-Secours* (1994) en droit fiscal (ayant fait traditionnellement l'objet d'une interprétation plus stricte et littérale que les autres domaines du droit), la Cour avait rejeté la méthode d'interprétation grammaticale au profit de l'interprétation téléologique. Voir: *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, 552 et 553 (j. L'Heureux-Dubé); *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, 704 (j. Lamer); *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, 439 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. Voir aussi: en droit fiscal, les arrêts suivants: *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Alberta Treasury Board c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Québec (Communauté urbaine) c. Notre-Dame de Bon-Secours (Corporation)*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Bronfman Trust c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 32; *R. c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Johns-Manville Canada Inc. c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 46; *R. c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; *Stuart Investments Ltd. c. R.*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Mont-réal (Ville) c. ILGWU Center Inc.* (1971), [1974] R.C.S. 59.

22. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

23. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 124.

n'était nullement déterminante. Dans l'arrêt *Therens* (1985)²⁴, le juge Le Dain affirmait que le caractère constitutionnel de la *Charte canadienne* accordait un mandat plus clair aux tribunaux, lequel permettait de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement.

Toutefois, l'affirmation de la nécessité d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne* de façon généreuse, large et libérale – plutôt que rigide et formaliste – prend véritablement sa source dans l'arrêt *Hunter* (1984)²⁵. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson rappelle, en s'appuyant sur la tradition anglo-américaine, la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards* (1930)²⁶ voulant que la *Loi constitutionnelle de 1867* ait planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer²⁷. Il cite aussi avec approbation l'énoncé de lord Wilberforce dans l'arrêt *Fisher* (1980)²⁸ selon lequel la Constitution des Bermudes devait recevoir une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé l'austérité du juridisme tabulaire et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés. Il rappelle enfin que cette façon d'aborder les textes constitutionnels était aussi compatible avec les règles classiques d'interprétation de la constitution américaine énoncées par la *Cour Marshall* (1801-1836) dans l'arrêt *McCulloch* (1819)²⁹.

L'établissement de ce principe judiciaire par la *Cour Dickson* (1984-1990), qui veut que les droits et libertés garantis par la

24. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 639.

25. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

26. *Edwards c. Canada (Procureur général)*, [1930] A.C. 124.

27. L'arrêt *Edwards* (1930), faut-il le rappeler, est la décision du Comité judiciaire du Conseil privé qui a renversé le *Renvoi relatif à la signification du mot personne* (1928) dans lequel la Cour suprême du Canada avait conclu que les femmes n'étaient pas des personnes. Cette formulation classique du vicomte Sankey est à l'effet suivant: «The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. "Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention": Canadian Constitutional Studies, Sir Robert Borden (1922), p. 55. Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board – it is certainly not their desire – to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation [...]». Voir: *Renvoi relatif à la signification du mot personne de l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867*, [1928] R.C.S. 276, inf. par *Edwards c. Canada (Procureur général)*, [1930] A.C. 124.

28. *Minister of Home Affairs c. Fisher*, [1980] A.C. 319, cité par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 156.

29. *McCulloch c. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

Charte canadienne bénéficient d'une interprétation large et libérale, rend cependant nécessaire l'établissement de paramètres afin de baliser le processus d'interprétation³⁰. C'est incidemment ce qu'a fait le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* (1985)³¹. Après avoir réitéré l'opinion de la Cour sur la façon d'aborder l'interprétation des garanties constitutionnelles, il a tenu à préciser que l'analyse constitutionnelle se fait par la détermination de l'objet³² et subsidiairement des effets des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*³³.

30. Voir: P. MACKLEM, «Constitutional Ideologies», (1988) 20 *Ottawa Law Review* 117, 144 et 145; M. GOLD, «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1, 4.
31. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.
32. Dans *Big M Drug Mart Ltd.* (1985), il affirmait ce qui suit: «[l]e sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés ou des droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que par conséquent, comme l'illustre l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. Voir: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (j. Dickson).
33. La première étape de l'analyse consiste donc à déterminer, dans les cas où l'objet d'une loi entre en conflit direct avec une garantie de la *Charte canadienne*, si l'objectif poursuivi par la loi constitue un objectif valable. Si ce premier critère de l'objet n'est pas satisfait, là s'arrête l'analyse puisque l'invalidité est prouvée. Si au contraire, une loi a un objet valable, il devient alors nécessaire d'en considérer les effets pour la faire déclarer inapplicable. Bien qu'elle se disait généralement en accord avec les motifs du juge en chef Dickson, la juge Wilson ajoutait qu'il lui semblait nécessaire de distinguer la méthode analytique à utiliser dans les affaires qui relèvent de la *Charte canadienne* et la méthode d'analyse traditionnellement employée pour trancher les litiges portant sur le partage des compétences. Dans ce dernier cas, l'analyse doit mettre l'accent sur l'objet de la loi tout en faisant presque abstraction des effets de celle-ci alors que dans le cas de la *Charte canadienne*, les tribunaux doivent adopter une méthode analytique axée sur les effets. Selon elle, tant qu'une loi viole par ses effets une des garanties de la *Charte canadienne*, la considération de l'objet sous-jacent à son adoption ne présente aucun intérêt. Ce ne sera qu'exceptionnellement que l'objet de la loi se révélera antithétique à celui d'une garantie constitutionnelle et que la méthode analytique optimale consistera à envisager globalement la loi contestée en faisant porter l'analyse à la fois sur son objet et sur ses effets. Dans *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte* (1991), Jacques Gosselin faisait une constatation

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985), le juge Lamer refusait d'assimiler la notion de principe de justice fondamentale, que l'on retrouve consacrée à l'article 7 de la *Charte canadienne*, à celle de principe de justice naturelle, une garantie essentiellement procédurale, et cela malgré le témoignage non équivoque de certains individus ayant participé directement à la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. S'exprimant pour la majorité, le juge Lamer affirmait que cette interprétation «[...] serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté en ce qui concerne les droits garantis par la Charte [...]»³⁴.

Puis, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (1987)³⁵, le juge McIntyre a rappelé, comme l'avait fait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* (1985)³⁶, que le contenu de la *Charte canadienne* devait être interprété en tenant compte de certains paramètres que sont: la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, la tradition constitutionnelle, l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes à notre société. Ainsi, bien que l'interprétation des garanties constitutionnelles doive obéir à des règles souples qui puissent permettre la réalisation de leur objet, il est indubitable que les juges ne sauraient insuffler leurs préférences personnelles. Aujourd'hui, la méthode contextuelle³⁷, qui semble

analogue lorsqu'il affirmait: «Malgré la démarche axée d'abord sur l'objet de la loi, que prône le juge Dickson, il faut avouer que dans le contexte de la *Charte*, c'est plus souvent par le biais de ses effets que l'impact d'une mesure législative peut être saisi. Ce n'est, en réalité, qu'exceptionnellement que l'objet d'une loi va se révéler anthithétique à celui d'une disposition de la Charte et que ce seul constat va suffire à disposer du litige. C'est pourquoi, en général, l'effet de la loi apparaît le critère déterminant de l'analyse.» Voir: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Voir aussi: J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1991, p. 72; R. LANGLOIS, «La Charte et les règles d'interprétation constitutionnelle», (1987) 28 *Cahiers de droit* 207. Voir généralement: *Québec (Procureur général) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 88; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 133; *Québec (Procureur général) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575.

34. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 501 et 502.

35. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

36. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

37. De son énonciation originelle par le juge Wilson, dans l'arrêt *Edmonton Journal* (1989), à son application actuelle, le moins que l'on puisse dire est que la portée et l'étendue de la méthode contextuelle ont considérablement évolué. Dans cet arrêt, le juge Wilson faisait mention d'une méthode dualiste – qui dis-

avoir gagné la faveur de la Cour suprême, baliserait l'exercice d'interprétation des garanties constitutionnelles.

Malgré la consécration de cette méthode contextuelle par la Cour suprême, il ne faut pas perdre de vue le fait que l'interprétation des garanties constitutionnelles, nous rappelait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *B. (R.)* (1994), est «[...] strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus»³⁸. Il importe, ajoutait-il, de respecter l'intention manifeste des législateurs. Le respect de cette intention manifeste du législateur dépendra, dans une large mesure, de la conception théorique et de la méthode d'interprétation adoptées par le juge chargé d'examiner la revendication constitutionnelle.

1.2. Les conceptions théoriques et les méthodes d'interprétation

Plusieurs courants doctrinaux ont tenté de justifier ou, au contraire, de contester la légitimité des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois. En excluant l'inclassable mouvement des *Critical Legal Studies*³⁹, on pourrait conceptualiser, pour les

tinguait la méthode abstraite de la méthode contextuelle – pour interpréter les garanties constitutionnelles. Elle reconnaît qu'un droit particulier ou une liberté particulière peut avoir une valeur différente selon le contexte. Sur le plan conceptuel, la méthode contextuelle postule que le juge chargé d'examiner une affaire tient compte de l'ensemble des circonstances pertinentes plutôt que de s'appuyer sur des règles interprétatives mécanistes. Voir: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Voir aussi: A-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Éditions Carswell, Scarborough (Ont.), 2000, p. 96 à 105; D. PINARD, «La méthode contextuelle», (2002) 81 *Revue du Barreau canadien* 323.

38. Dans l'arrêt *B. (R.)* (1994), le juge en chef Lamer, qui s'exprimait en son propre nom, réitérait cette conception qui favorise la retenue judiciaire en affirmant que la souplesse de l'interprétation des garanties constitutionnelles ne permettait pas aux juges de «[...] dénaturer le sens et l'objet véritable, ou encore forger un droit constitutionnel qui outrepassé l'intention manifeste de ses rédacteurs». Voir: *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 337 (j.c. Lamer). Voir aussi: *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 (j. Bastarache).

39. Pour les partisans des *Critical Legal Studies*, la réalisation de l'idéal constitutionnel n'est pas seulement la tâche du pouvoir judiciaire, mais aussi des pouvoirs législatif et exécutif. Bien que diverses tendances caractérisent ce mouvement, certaines caractéristiques communes, dont celle de la remise en question de la pensée néo-libérale – qui se fonde sur l'autonomie individuelle – et le fait que les partisans des *Critical Legal Studies* suggèrent une transformation de l'ordre social, politique et économique unissent leur pensée. Cette transformation, qui ne peut se faire que par la déconstruction des structures

fins de ce propos, ces différentes doctrines en adoptant une approche dualiste⁴⁰ qui distingue les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire (a.) de ceux qui, au contraire, préconisent la doctrine de l'activisme judiciaire (b.).

Exprimé simplement, on peut affirmer que ce qui distingue le plus fondamentalement les partisans de la retenue judiciaire par rapport à ceux de l'activisme judiciaire est la reconnaissance ou, en revanche, la négation du fait que les garanties constitutionnelles comportent un idéal moral. Certains, comme Alexander Bikel dans *The Least Dangerous Branch* (1962)⁴¹, un partisan de la

juridiques actuelles, lesquelles ne font que perpétuer les inégalités, se fonde sur trois axiomes: le précepte selon lequel une procédure équitable et une décision motivée équivalent à la justice; l'idée suivant laquelle le processus contradictoire permet de découvrir la vérité; le postulat voulant que l'expertise du pouvoir judiciaire conduise à une décision sage. De fait, ce n'est pas tant la justification de la légitimité du pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux qui préoccupe les tenants des *Critical Legal Studies* que la répudiation de la structure juridique néo-libérale. Voir: J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1991, p. 144 à 147 et 199 à 223. Voir généralement: M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996; A.C. HUTCHINSON, *Dwelling On the Threshold – Critical Essays on Modern Legal Thought*, Toronto, Carswell, 1988; A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, «Private Rights / Public Wrongs – The Liberal Lie of the Charter», (1988) 38 *University of Toronto Law Journal* 278; M. TUSHNET, *Red, White and Blue – A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988; M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; J. LEUBSDORF, «Deconstructing the Constitution», (1987) 40 *Stanford Law Review* 181; R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986; D. KENNEDY et K.E. KLARE, «A Bibliography of Critical Legal Studies», (1984) 94 *Harvard Law Review* 461; M. TUSHNET, «Critical Legal Studies and Constitutional Law – An Essay of Deconstruction», (1984) 36 *Stanford Law Review* 623; A. HUTCHINSON et P. MONAHAN, «Law, Politics and Critical Legal Scholars – The Unfolding Drama of American Thought», (1984) 36 *Stanford Law Review* 199; G.E. WHITE, «The Inevitability of Critical Legal Studies», (1984) 36 *Stanford Law Review* 649; J.E. BICKENBACH, «CLS and CLS-ers», (1984) 9 *Queen's Law Journal* 263; D. KENNEDY, «The Structure of Blackstone's Commentaries», (1979) 28 *Buffalo Law Review* 205.

40. Cette conception dualiste de la méthode d'interprétation des droits constitutionnels n'est pas entièrement originale. Elle a fait l'objet de ma réflexion dans le chapitre troisième de *Vie privée et droits fondamentaux* (2000), un ouvrage que je publiais au mois de décembre 2000. Voir: A.-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Éditions Carswell, Scarborough (Ont.), 2000, p. 80 à 96.

41. Dans *The Least Dangerous Branch* (1962), Bickel affirme ce qui suit: «When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. Nothing [...] can alter the essential

méthode de la retenue judiciaire, estiment que l'on ne saurait l'inférer légitimement alors que d'autres, comme Ronald Dworkin dans *Taking Rights Seriously* (1977)⁴², un partisan de la méthode de l'activisme judiciaire, s'accordent à dire que l'interprétation des droits constitutionnels est inéluctable dans la mesure où la formulation des garanties constitutionnelles – bien que certaines d'entre elles puissent être relativement précises – est généralement ouverte de telle sorte que les tribunaux puissent adopter des principes judiciaires à la lumière de principes moraux contextuels⁴³.

reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy». Un mouvement important de la doctrine américaine dénonce cette prééminence du pouvoir judiciaire dans le système politique américain, en ce qu'elle ne serait pas conforme au système de poids et de contrepoids qu'a voulu instaurer le *constituant* américain. Pour Agresto, la philosophie qui animait les délégués de la Convention de Philadelphie était non seulement que la liberté exigeait une forme de gouvernement qui soit issue de la volonté populaire mais aussi l'idée que tout exercice de pouvoir devait être contrôlé. S'inspirant d'une proposition de James Madison lors de la rédaction de la Constitution, il suggère qu'un amendement soit fait à la Constitution américaine afin que les décisions constitutionnelles de la Cour suprême soient assujetties à un veto du Congrès, un peu comme le Congrès, qui par une majorité qualifiée, peut renverser le veto du Président. Voir A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New York, Bobbs-Merrill, 1962, p. 16 à 18; J. AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1984, p. 10. Voir aussi: G.V. JACOBSON, *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1986; L.A. GRAGLIA, «Constitutional Mysticism – The Aspirational Defense of Judicial Review», (1985) 98 *Harvard Law Review* 1331; S.A. BARBER, *On What the Constitution Means*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1984.

42. Dans *Taking Rights Seriously* (1977), Ronald Dworkin affirme, s'inspirant sans doute de John Stuart Mill qui indiquait que le propre d'une démocratie libérale est de se prémunir contre la dictature de la majorité, ce qui suit: «The Constitution and particularly the *Bill of Rights*, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest». Voir: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, p. 133.
43. Le fait que je me réfère, en y puisant abondamment, au cadre théorique américain relativement aux différentes conceptions des méthodes d'interprétation des garanties constitutionnelles ne signifie nullement que j'avalise cette proposition répandue selon laquelle il n'existerait aucune différence entre la *Charte canadienne* et le *Bill of Rights* américain, dont l'essentiel a été adopté en 1791. Bien au contraire. D'une facture moderne qui s'inspire des grands documents internationaux visant la protection des droits et libertés, la *Charte canadienne* comporte des dimensions structurelles plus démocratiques. J'ai en tête notamment le barème de raisonabilité de l'article premier ainsi que la disposition de dérogation de l'article 33, lesquels permettent, contrairement en cela à l'absolutisme de certaines garanties constitutionnelles américaines, aux parlements de contrecarrer les décisions des tribunaux en adoptant une simple loi. À titre d'exemple, on peut penser au Premier amendement à la Constitution américaine qui prohibe expressément au Congrès d'adopter une loi qui aurait pour effet de limiter la liberté d'expression.

a) *La retenue judiciaire*

La doctrine de la retenue judiciaire, au sens où je l'entends, comprend la *méthode historiciste* et la *méthode circonspecte*. De façon générale, les partisans de la retenue judiciaire considèrent que les textes constitutionnels ne comportent pas d'idéal moral et, en conséquence, les individus n'ont pas de droits moraux à faire valoir contre l'État⁴⁴. Bien que sensibles au mouvement du *Legal Realism*⁴⁵ – selon lequel on ne saurait nier l'influence de facteurs extrinsèques au texte constitutionnel et plus particulièrement la considération des facteurs sociaux – les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire sont résolument *positivistes*⁴⁶. Ils considè-

44. Pour Dworkin, il y a deux formes antagonistes et incompatibles de retenue judiciaire: le scepticisme (*skepticism*) et la déférence (*judicial deference*). La théorie sceptique attaque l'activisme judiciaire à sa base même en prétendant qu'il n'y a pas d'idéal moral et que les particuliers n'ont pas des droits moraux à faire valoir contre l'État. L'un des plus grands défenseurs de la théorie sceptique est incontestablement le juge Learned Hand qui, dans un exposé, fait à *The Oliver Wendell Holmes Lectures* de l'Université Harvard en 1957 et publié l'année suivante sous le titre *The Bill of Rights* (1958), affirmait que les revendications à un idéal moral ne représentaient rien de plus que les préférences des juges. Si les juges de la Cour suprême justifient leurs décisions sur cette base plutôt que de s'appuyer sur les droits constitutionnels ou sur le droit positif, ils usurpent le pouvoir des gens élus. Voir: L. HAND, *The Bill of Rights*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1958. Voir aussi: R. DWORKIN, *Freedom's Law – The Moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, p. 1 à 38; R. DWORKIN, *Laws Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 72 à 115 et 355 à 399.
45. Aux États-Unis, le mouvement du *Legal Realism* s'élevait contre la doctrine du *Classical Legal Thought* qui exprimait le triomphe du principe du laissez-faire consacré dans l'arrêt *Lochner* (1905). Simplement exprimé, on peut affirmer que le *Legal realism* se caractérisait par l'affirmation voulant que la normativité juridique soit indissociable des facteurs sociaux. Voir: *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905); M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law (1870-1960) – The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 169 à 246. Voir généralement: T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995; C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers – Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1974 (1959). Voir aussi: C. LLEWELLYN, «Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound», (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222; R. POUND, «The Call for a Realist Jurisprudence», (1931) 44 *Harvard Law Review* 697; B.N. CORDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1921; R. POUND, «Law Books in Action», (1910) 44 *American Law Review* 12; O.W. HOLMES, «The Path of Law», (1896) 10 *Harvard Law Review* 472; O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881.
46. Les positivistes s'opposent à la théorie des droits naturels et établissent une séparation stricte entre le droit et la morale. Voir généralement: T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995; C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers – Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1974 (1959). Voir aussi: H. KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford,

rent que les tribunaux doivent céder le pas aux décisions des autres branches du gouvernement, à moins que les décisions ne contreviennent directement à une garantie constitutionnelle spécifique et qu'il ne puisse y avoir d'autres interprétations possibles. Inutile de préciser qu'ils considèrent que la reconnaissance de certains droits innomés par les juges de la Cour suprême n'est qu'une usurpation des pouvoirs des autres branches du gouvernement. On peut distinguer deux méthodes d'interprétation des droits constitutionnels au sein des partisans de la retenue judiciaire: la *méthode historiciste* et la *méthode circonspecte*.

La *méthode historiciste*, au sens où je l'entends, regroupe la méthode textuelle (*strict constructionalism*) et la méthode qui vise la recherche de l'intention originelle (*originalism*). La méthode textuelle veut que l'interprétation de la Constitution se fasse exclusivement en fonction du libellé des garanties constitutionnelles⁴⁷. Pour les *strict constructionalists*, les termes de la Constitution expriment l'étendue du consentement de la population et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est légitime qu'en autant qu'il s'en tienne au sens littéral des garanties constitutionnelles et que les tribunaux n'invalident que les lois qui y contreviennent directement.

La variante la plus populaire de cette méthode d'interprétation est probablement la méthode qui vise la recherche de l'intention originelle – que la doctrine américaine a qualifiée d'*originalism* – suivant laquelle, pour demeurer légitimes, les tribunaux doivent donner au texte constitutionnel une interprétation qui reflète l'intention particulière qu'en avaient les constituants américains au moment de l'adoption du texte constitutionnel⁴⁸.

Oxford University Press, 1991; D. LYONS, *In the Interests of the Governed*, Oxford, Oxford University Press, 1991; J. DINWIDDY, *Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1989; G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1989; F. ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1983; H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

47. Cette méthode historiciste doit être distinguée de l'école américaine, proposée par Philipp Bobbitt dans *Constitutional Interpretation* (1991), connue sous le nom d'*historicism*, laquelle est analogue et se confond avec l'approche originaliste et se confond parfois avec l'approche textuelle en ce qu'elle se réfère à un texte constitutionnel précis. Voir: P. BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

48. Dans la période de l'après-guerre, le juge Hugo Black se fera le défenseur de cette méthode. Pour lui, certaines garanties constitutionnelles, comme le Premier Amendement, prévoient des absolus qui ne sauraient laisser de place à l'interprétation. Il reconnaît cependant que la polysémie de certaines expres-

L'intention première du constituant demeure donc la seule source légitime pour l'interprétation judiciaire. L'illustration jurisprudentielle la plus célèbre de cette méthode d'interprétation des droits constitutionnels est incontestablement le *Renvoi relatif à la signification du mot personne* (1928) dans lequel la *Cour Anglin* (1924-1933) a statué qu'une femme n'était pas une personne au sens de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁹.

La *méthode circonspecte* quant à elle prend en considération les effets pratiques des décisions ou encore la conformité du résultat avec l'opinion publique. Les partisans de la méthode circonspecte considèrent que les tribunaux devraient adopter, de façon générale, une interprétation littérale des textes constitutionnels sauf en ce qui a trait à la réalisation de certains objectifs. Ainsi, la légitimité du pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois ne se justifierait que lorsque les décisions des tribunaux refléteraient ces objectifs. Dans *Constitutional Interpretation* (1991)⁵⁰, Philip Bobbitt identifie une méthode qu'il qualifie de *prudential* qui prend en considération les effets pratiques des décisions⁵¹.

sions, comme par exemple la garantie constitutionnelle du Huitième amendement contre les peines cruelles et inusitées, donnerait plus de latitude à l'interprète. Voir généralement: R. BERGER, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation», (1988) 73 *Cornell Law Review* 350; R. BERGER, *Federalism: The Founder's Design*, Norman (Ok.), University of Oklahoma Press, 1987; R. BERGER, *Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

49. Dans *Renvoi relatif à la signification du mot personne* (1928), la *Cour Anglin* (1924-1933) a statué qu'une femme n'était pas une personne au sens de l'article 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge en chef Anglin affirmait ce qui suit: «But, in s. 11, which provides for the constitution of the new Privy Council for Canada, the word “persons”, though unqualified, is probably used in the more restricted sense of “male persons”. For the public offices thereby created women were, by the common law, ineligible and it would be dangerous to assume that the use of the ambiguous term “person” the Imperial Parliament meant in 1867 to bring about so cast a constitutional change affecting Canadian women, as would be involved in making them eligible for selection as Privy Councillors». Cette décision sera renversée par le comité judiciaire du conseil privé de la Chambre des lords dans l'arrêt *Edwards* (1930). Voir *Renvoi relatif à la signification du mot personne*, [1928] R.C.S. 276, 287 (j.c. Anglin), inf. par *Edwards c. Canada*, [1930] A.C. 124.
50. Dans *Constitutional Interpretation* (1991), Phillip Bobbitt propose une classification qui comporte six méthodes d'interprétation distinctes: la méthode historique (*historical*), la méthode textuelle (*textual*), la méthode structurelle (*structural*), la méthode doctrinale (*doctrinal*), la méthode éthique (*ethical*) et la méthode circonspecte (*prudential*). Voir: P. BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
51. Dans la première partie du XX^e siècle, les arguments de circonspection ont été associés avec les doctrines qui visaient à protéger les positions politiques de la Cour suprême. Ce type d'argument a été introduit par le juge Brandeis dans

Dans *Democracy and Distrust: A Theory for Judicial Review* (1980)⁵², John Hart Ely considère qu'en interprétant les garanties constitutionnelles, les tribunaux doivent adopter une interprétation littérale du texte constitutionnel à moins que les dispositions de la législation examinée ne mettent en péril le processus démocratique⁵³. Ainsi, un certain activisme judiciaire ne se justifierait que dans la mesure où, confiné à l'aspect procédural, il permettrait aux individus de débattre adéquatement des questions d'intérêt public.

Au Canada, le professeur Monahan, de l'Université York (*Osgoode Hall*), propose une méthode d'interprétation analogue à celle proposée par Ely. À l'instar d'Ely, le professeur Monahan considère que la légitimation du pouvoir judiciaire procède du renforcement de la participation, qui s'effectue par le biais des garanties procédurales, des individus au processus démocratique. Dans *Politics and the Constitution* (1987)⁵⁴, il rejette l'interprétation

l'arrêt *Ashwander* (1936). Voir: *Ashwander c. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936). Voir aussi: *Home Building Association and Loan Association c. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934). La crise économique et la *Dépression* des années trente ont justifié l'énonciation de cette méthode qui prend en considération les effets pratiques des décisions. Selon Bobbitt, cette approche n'est pas limitée aux situations de crises et d'urgence mais s'applique aussi aux situations factuelles qui peuvent jouer sur les politiques économiques. Voir: P. BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

52. J.H. ELY, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

53. Selon lui le processus démocratique est mis en péril lorsque le système politique ne remplit pas ses fins en permettant l'adoption d'une loi indésirable ou encore la violation des droits des minorités. Voir: J.H. ELY, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, p. 101 et 102. Voir aussi: P. BREST, «The Fundamental Rights Controversy – The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship», (1981) 90 *Yale Law Review* 1063, 1092 et 1093.

54. Dans *Politics and the Constitution* (1987), le professeur Monahan affirmait ce qui suit: «According to the conventional view, liberty is a zone of prepolitical autonomy [...]. State regulation represents public intervention into this private realm and is therefore to be regarded with suspicion. But it turns out that the central elements of this private realm – property, contract and the market – either depend upon or assume the intervention of the state.» Le professeur Monahan considère qu'il n'y a pas nécessairement d'antinomie entre le pouvoir d'intervention de l'État et la protection des libertés individuelles. En interprétant la *Charte canadienne*, les tribunaux devraient tendre vers la réalisation d'un idéal démocratique – qui se réaliserait par le biais de l'article premier – en protégeant les assises des démocraties libérales tels le droit d'association, la liberté d'expression et les droits à l'égalité et en suscitant la discussion autour des enjeux fondamentaux de la société. L'idéal démocratique canadien comprendrait deux aspects: la défense et la promotion de la participation et de l'accès égal de tous les membres de la société au processus politique et la possibilité de remettre en question les structures et les arrangements à l'intérieur de

néolibérale – qui consiste à concevoir les libertés individuelles comme créant autour de chaque individu une zone d'autonomie personnelle où toute action de l'État est *a priori* conçue comme coercitive – que la Cour suprême du Canada aurait donnée à la *Charte canadienne* en précisant que, contrairement au *Bill of Rights*, la *Charte canadienne* comporte une dimension collective ou communautaire.

Dans *The Least Dangerous Branch* (1962)⁵⁵, ouvrage qui aura une influence considérable sur la doctrine américaine, Alexander Bickel propose une conception apparentée qui suggère que la légitimité du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ne se justifierait que lorsque les décisions des tribunaux, à cause de leur caractère non représentatif, reflètent un consensus existant dans la population. S'il n'est pas possible pour les tribunaux d'atteindre ce consensus, ils devraient s'abstenir – acte qu'il qualifie de *passive virtue* – de se prononcer sur les garanties constitutionnelles. Au Canada, dans un article intitulé *The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1987)⁵⁶, la professeure Anne Bayefsky propose une méthode d'interprétation qui s'inspire largement de celle proposée par Bickel.

b) *L'activisme judiciaire*

La doctrine de l'activisme judiciaire, au sens où je l'entends, comprend la *méthode idéaliste* et la *méthode pragmatique*. Les partisans de l'*activisme judiciaire* considèrent que les individus, détenteurs des pouvoirs résiduels, ont des droits moraux à faire valoir contre l'État et que les tribunaux peuvent adopter des principes judiciaires à la lumière de principes moraux contextuels. Ainsi, l'interprétation des droits constitutionnels est inéluctable dans la mesure où la formulation des garanties constitutionnelles – bien que certaines d'entre elles puissent être relativement préci-

la société. Voir: P. MONAHAN, *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987, p. 249 à 251. Voir aussi: A. PETTER, «The Politics of the Charter», (1986) 8 *Supreme Court Law Review* 473; H.S. FAIRLEY, «Enforcing the Charter – Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review», (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 217.

55. A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New York, Bobbs-Merrill, 1962.

56. A. BAYEFSKY, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 791.

ses⁵⁷ – est généralement ouverte et fait appel à des standards moraux contextuels. Bien que les distinctions entre les différentes méthodes d'interprétation soient plus ornementales que dans le cas des partisans de la retenue judiciaire, on peut distinguer deux méthodes: la *méthode idéaliste* et la *méthode pragmatique*.

Le représentant le plus marquant de la *méthode idéaliste* – celui ayant la conception la plus structurée en ce qui a trait à la justification de la légitimité du pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois – est incontestablement le professeur Ronald Dworkin de l'Université d'Oxford. Dans *Taking Rights Seriously* (1977)⁵⁸, il affirme qu'en choisissant de libeller les dispositions du *Bill of Rights* avec des concepts, plutôt qu'en adoptant une conception déterminée, les constituants américains avaient exprimé leur volonté que les garanties constitutionnelles puissent s'adapter à l'évolution de la société⁵⁹.

Il est impératif, soutient-il, de garder à l'esprit cette distinction essentielle que les philosophes ont faite entre un concept et une conception⁶⁰. Il réfute les méthodes d'interprétation favori-

57. Pour les tenants de l'activisme judiciaire, la différence entre les droits nommés et les droits innomés relève davantage de la sémantique puisque cette conception n'est qu'une appellation créée par les constitutionnalistes pour exprimer une conception. Dans la mesure où l'on admet que le *Bill of Rights* américain ou la *Charte canadienne* édicte des principes moraux abstraits qui traduisent l'idéal politique de la société, la question de savoir si l'on retrouve un énoncé textuel spécifique devient superfétatoire.

58. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

59. Il faut préciser toutefois que ce ne sont pas toutes les dispositions du *Bill of Rights* ou de la *Charte canadienne* qui réfèrent à des principes moraux abstraits. À titre d'illustration, le Troisième amendement à la Constitution américaine ne comporte pas un principe général consacrant le droit à la vie privée. Il ne protège la vie privée que d'une manière incidente, c'est-à-dire lorsqu'en temps de paix, des soldats logent dans la résidence d'un individu sans son consentement. Au Canada, les garanties constitutionnelles relatives aux langues officielles et au droit à l'instruction dans la langue de la minorité laissent peu de place à l'insertion d'éléments moraux. Ce commentaire doit cependant être mis en perspective avec cette distinction surprenante que faisait le juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens* (1986) selon laquelle le droit d'employer la langue officielle de son choix dans les affaires dont se saisit un tribunal ne comportait pas le droit d'être entendu par les membres de ce même tribunal. Voir: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549. Voir cependant: *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768. Voir aussi: R. BILODEAU, «Une analyse critique de l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau Brunswick* et l'avenir précaire du bilinguisme judiciaire au Canada», (1986-87) 32 *Revue de droit de McGill* 232.

60. Dans *Taking Rights Seriously* (1977), le professeur Dworkin exprime cette distinction qu'il faut faire entre une conception et un concept de la manière suivante: «But the theory of meaning in which this argument depends is far too

sant la retenue judiciaire, en ce qu'elles offrent une conception beaucoup trop étroite de la portée des droits constitutionnels en la cristallisant au texte ou à l'intention présumée des auteurs de la Constitution. La formulation de ces garanties a été délibérément choisie et soigneusement libellée par les auteurs de la Constitution. Fruit de compromis entre différentes tendances politiques ou philosophiques, certaines garanties constitutionnelles ont été volontairement adoptées en utilisant une formulation équivoque et imprécise⁶¹.

Accepter l'idée que l'interprétation des garanties constitutionnelles doit correspondre à l'intention présumée de ses auteurs équivaudrait à fixer son interprétation à une époque révolue ou, en utilisant une métaphore, soutenir que les juges sont limités à la considération d'une photographie, volontairement floue, prise il y a de cela, en ce qui concerne le *Bill of Rights*, plus de deux siècles. Les tribunaux doivent, au contraire, jouir d'une large marge de manœuvre afin de réaliser pleinement l'objet des garanties constitutionnelles. Agissant sous la dictée de principes – plutôt que sous l'impulsion des pressions populaires momentanées – les tribunaux et les juges qui les composent constituent le seul forum jouissant de l'indépendance essentielle à la protection et à la préservation de certains droits fondamentaux.

Ce pouvoir judiciaire d'appréciation n'est cependant pas sans limitations et ne peut servir, comme le formulent parfois les criti-

crude; it ignores a distinction that philosophers have made but lawyers have not yet appreciated. Suppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my "meaning" was limited to these examples, for two reasons. First, I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that latter; in that case I should want to say that my instructions covered that case he cited, not that I have changed my instructions. I might say that I meant the family guided by the concept of fairness, not by any specific conception of fairness I might have had in mind». Voir: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, p. 134.

61. Dans son ouvrage intitulé *The American Supreme Court* (1960), le professeur McCloskey, affirme ce qui suit: «We have seen that both the meaning of the Constitution and the nature of the Supreme Court's authority were left in doubt by the framers, that circumstances nonetheless conspired to favor the early growth of both constitutionalism and judicial power, but that those same circumstances also helped to set the terms within which these institutions would develop». Voir: R.G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p. 23.

ques de cette méthode, aux juges pour exprimer leurs préférences personnelles ou leurs propres conceptions morales. En rendant leurs décisions, les juges doivent interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi qu'en tenant compte des principes moraux communautaires⁶².

Dans *Freedom's Law* (1996), le professeur Dworkin écrivait: «Our constitutional law, and like all law is anchored in history, practice and integrity»⁶³. Bien que les juges ne soient pas liés à la conception originelle, ils doivent néanmoins identifier le principe que voulaient consacrer les auteurs de la Constitution. Dans *Law's Empire* (1986)⁶⁴, il proposait de tenir compte de l'adéquation de la contribution du juge avec l'ensemble de la structure juridique et morale émanant de l'interprétation constitutionnelle en faisant une analogie entre les juges et une série d'auteurs qui écriraient, à des époques différentes, les chapitres d'un même roman. Ce critère est ce qu'il appelle le «fit test» et exige que l'interprétation donnée à une garantie constitutionnelle puisse se rattacher logiquement à son historique législatif et jurisprudentiel⁶⁵.

Plusieurs auteurs de la doctrine, tant américaine que canadienne, défendent des conceptions analogues, que Jacques Gosselin regroupe sous l'expression «Garder l'idéal moral vivant» et qui fait du pouvoir de contrôle judiciaire le gardien ultime des valeurs de la société⁶⁶. C'est principalement à l'argument voulant que le

62. Voir: R. DWORKIN, «Natural Law Revisited», (1982) 34 *University of Florida Law Review* 165.

63. R. DWORKIN, *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, p. 11.

64. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1986.

65. R. DWORKIN, *Law's Empire*, *ibid.*, p. 228 à 242.

66. Dans un article intitulé *The Nature of Judicial Review* (1982) publié dans la *Yale Law Review*, Wellington affirmait voir dans le contrôle judiciaire le seul moyen de permettre que s'incarnent les valeurs morales que la société américaine s'est données parce que cet idéal trouve difficilement son expression par la voie politique. C'est une approche semblable que propose Fiss dans un article publié dans la *Stanford Law Review* intitulé *Objectivity and Interpretation* (1982). Il soutient que le texte de la Constitution américaine incorpore certaines valeurs fondamentales de la société et qu'il appartient aux tribunaux de donner à ces valeurs leur pleine signification. Il ne croit pas que, par le biais du processus d'interprétation, les juges imposent leurs propres valeurs en choisissant parmi les diverses interprétations possibles celle qui correspond le plus à leurs préférences. Dans *The Constitution, the Courts, and Human Rights* (1982), Perry considère que le rôle de la Cour suprême est de réconcilier les deux aspirations fondamentales du système politique américain: le désir que des

pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois soit antimajoritaire que s'attaquent les partisans de ce que nous qualifions de *méthode pragmatique*.

Moins développée, l'analyse des pragmatiques entrecroise, pour s'y superposer à l'occasion, celle des idéalistes en ce qu'ils acceptent l'idée que les tribunaux puissent insuffler les idéaux moraux de la société, insistant qu'il s'agit d'une réalité incontournable. Autrement dit, que l'on s'insurge ou non contre le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois, un fait demeure: le *constitutionnalisme* est une doctrine profondément ancrée dans le système constitutionnel américain⁶⁷. Pour le professeur Tribe, dans *American Constitutional Law* (1988)⁶⁸, la

représentants élus décident des orientations de la société et le désir d'incarner, par delà les vicissitudes du moment, un certain respect des valeurs morales essentielles. Bien que contraire à la règle de la majorité, le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois qu'exercent les tribunaux sert le principe démocratique puisqu'il permet d'incarner et de garder vivant l'idéal qu'il sous-tend. Au Canada, dans *The Canadian Constitution and the Courts* (1988), à l'instar de Perry, Strayer voit dans le contrôle judiciaire, malgré son caractère antimajoritaire, le moyen privilégié de renforcer et d'incarner l'idéal démocratique. Le rôle du pouvoir judiciaire est légitime parce qu'il permet de corriger les erreurs de parcours et les excès occasionnels du processus politique afin de le rendre conforme à l'idéal qu'il s'est lui-même fixé auparavant. Loin d'être en contradiction avec le principe démocratique, le pouvoir de contrôle des tribunaux contribue à sa réalisation. Voir: H. WELLINGTON, «The nature of Judicial Review», (1982) 91 *Yale Law Review* 486; O. M. FISS, «Objectivity and Interpretation», (1982) 34 *Stanford Law Review* 739; M. PERRY, *The Constitution, the Courts, and Human Rights – An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven, Yale University Press, 1982; B. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988. Voir aussi: L.E. WEINRIB, «The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter», (1988) 10 *Supreme Court Law Review* 469.

67. Il s'agit là de l'une des concordances entre ceux que nous qualifions de pragmatiques et ceux que nous qualifions d'idéalistes. Dans *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin, affirmait: «Constitutionalism – The theory that the majority must be restrained to protect individual Rights – may be a good or bad political theory, but the United States has adopted that theory, and to make the majority judge in its own cause seems inconsistent and unjust. So the principle of fairness seems to speak against, not for, the argument from democracy». Voir: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, p. 142.

68. Dans *American Constitutional Law* (1988), le professeur Tribe affirmait, en ces termes, que l'argument de la majorité n'est pas nécessairement concluant lorsque l'on considère que l'exercice du pouvoir ne correspond pas exactement à l'idéal que nous en avons: «If judicial review thus may be somewhat more democratic than stereotype, it may also be true that the democracy of legislative and executive politics is overstated. The point does not require much developments: the ways in which representative democracy in practice diverges from the ideal are well-known. The result then is an imperfectly antidemocratic judicial process and an imperfectly democratic political process; the conclusion which this

dichotomie que l'on cherche à entretenir entre le caractère démocratique du pouvoir politique exercé par les élus de la population et le caractère antidémocratique du pouvoir judiciaire est «more metaphorical than real» en ce sens qu'il ne faudrait pas non plus surestimer le caractère démocratique des institutions politiques.

Au Canada, dans un article intitulé *The Charter Rights and American Theories of Interpretation* (1987)⁶⁹, Peter W. Hogg justifie le pouvoir de contrôle des tribunaux par des arguments d'utilité. D'abord, le pouvoir de contrôle des tribunaux n'est pas absolu puisque ces derniers ne déclarent une loi contraire à la *Charte canadienne* que lorsque celle-ci entre directement en conflit avec l'une de ses dispositions. Ensuite, il affirme que l'interprétation doit tout de même tenir compte de l'histoire législative, des précédents, de l'objet de la disposition et de son rapport avec les autres dispositions de la *Charte canadienne* et de la Constitution. Enfin, même si une loi était déclarée inconstitutionnelle, elle peut survivre parce que le législateur peut décider de la repromulguer en utilisant la disposition de dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne*, laquelle constitue un des éléments qui permettent de réconcilier contrôle judiciaire et démocratie.

En somme, alors que les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire fondent la légitimité du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois sur des facteurs exégétiques, les tenants de la doctrine de l'activisme judiciaire la fondent sur les valeurs morales qui tendent à protéger certains attributs essentiels de la démocratie. Que l'on adopte l'une ou l'autre de ces doctrines, un fait demeure cependant: les juges ne peuvent simplement adopter des principes judiciaires qui reflètent leurs conceptions morales ou leurs préférences personnelles; ils doivent au contraire, faut-il le rappeler, s'appuyer sur les précédents et interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi que par les principes moraux communautaires.

result suggests is that, contra the critics, it cannot be consent which is the sole touchstone of legitimacy». Voir: L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola (N.Y.), The Foundation Press, 1988, p. 64 et 65.

69. P. HOGG, «The Charter Rights and American Theories of Interpretation», (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 87.

2. Le pouvoir des juges

L'affirmation voulant que les juges fassent preuve d'activisme judiciaire laisse supposer que le pouvoir des juges de contrôler la constitutionnalité des lois est une invention nouvelle; en ce qu'elle serait une émanation de la *Charte canadienne*. Or il n'en est rien. Les tribunaux canadiens (le pouvoir judiciaire) exerçaient déjà un contrôle juridictionnel des pouvoirs législatif et exécutif en raison du partage des compétences entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales. Ce phénomène n'est pas nouveau.

J'examinerai donc, dans un premier temps, le cadre théorique du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois avant l'avènement de la *Charte canadienne* (2.1.), pour ensuite, dans un second temps, en déterminer l'étendue en observant l'application de ce contrôle judiciaire à l'aide de quelques illustrations (2.2.).

2.1. Le contrôle de la constitutionnalité des lois avant l'avènement de la *Charte canadienne*

Historiquement, les tribunaux canadiens ont été déchirés entre l'application du principe de la primauté du droit et le respect de la *doctrine de la souveraineté du Parlement*⁷⁰ qui empêchaient les juges de statuer que le Parlement ou une assemblée législative provinciale avait outrepassé ses compétences législatives. Dogme fondamental du parlementarisme britannique, le principe de la souveraineté du Parlement niait aux tribunaux le pouvoir

70. Le principe de la souveraineté du Parlement signifie essentiellement que le Parlement constitue l'autorité suprême de l'État et résulte de la lutte entre le roi et le Parlement anglais qui s'est résolue lors de la «Glorieuse révolution» de 1689. En théorie, il exprime l'absence de toute contrainte légale au pouvoir législatif. Ainsi le Parlement ou les assemblées législatives provinciales peuvent adopter des lois rétroactives ou qui vont à l'encontre du droit international, légaliser des actions étatiques qui seraient autrement illégales et même restreindre les droits fondamentaux des individus. En pratique, au Canada, il est soumis à deux importantes limitations: le partage des compétences entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales et la *Charte canadienne*. Toutefois, le Parlement et les assemblées législatives peuvent déroger à certaines garanties constitutionnelles – les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* – par l'utilisation de la disposition de dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne*. Voir: A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 1993, p. 89 à 95; R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., tome I, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 298 à 300.

d'annuler une loi du Parlement ou encore de la considérer comme nulle ou inconstitutionnelle⁷¹.

Au Canada, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait consacré la doctrine de la souveraineté du Parlement. Aussi, la structure politique fédérale du gouvernement s'opposait à cet absolutisme conceptuel et favorisait une atténuation de principe afin de permettre aux tribunaux d'exercer un contrôle juridictionnel de l'activité législative du Parlement et des assemblées législatives provinciales. Plusieurs auteurs de la doctrine, dont Dicey, ont tenté de réconcilier le pouvoir de contrôle juridictionnel de l'activité étatique et le principe de la souveraineté du Parlement, mais on peut, à l'instar du professeur Tremblay de l'Université de Montréal, expliquer ce pouvoir de contrôle juridictionnel en affirmant simplement que la limitation des pouvoirs de l'État est implicite à la structure politique canadienne⁷². Ainsi, le fédéralisme⁷³ et l'*Acte relatif à la validité des lois coloniales* (1865) – dont l'appellation originale de *Colonial Validity Act* (1865) est mieux connue⁷⁴ –, laquelle subordonnait les lois canadiennes à la confor-

71. Dans *Introduction of the Study of the Constitution* (1952), Dicey affirmait ce qui suit: «Thirdly, there does not exist in any part of the British Empire any person or body of persons, executive, legislative or judicial, which can pronounce void any enactment passed by the British Parliament on the ground of such enactment being opposed to the constitution, or on any ground whatever, except, of course, its being repealed by Parliament». Voir: A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., Londres, MacMillan and Co., 1952, p. 90 et 91.

72. Voir le *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, conf. par, [1939] A.C. 117 ainsi que notre discussion dans le second volet de cette partie.

73. Les conflits juridictionnels étant inévitables entre les deux niveaux de gouvernement, on peut concevoir difficilement que la résolution de ceux-ci puisse se faire sans l'apport des tribunaux. Voir: A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 1993, p. 191.

74. La *Colonial Laws Validity Act*, adoptée par le Parlement britannique en 1865, requérait la conformité des lois coloniales avec les lois impériales et consacrait ainsi le pouvoir de contrôle juridictionnel des tribunaux canadiens et britanniques. Dans son ouvrage intitulé *Droit constitutionnel – Principes* (1993), le professeur Tremblay de l'Université de Montréal explique que la *Colonial Laws Validity Act* consacrait l'existence du contrôle judiciaire: «Sur la base du *Colonial Laws Validity Act*, le *judicial review* des lois trouvait son fondement légal, du moins en 1867 [note supprimée]. Bien qu'il consacrait la souveraineté législative du Canada, le *Statut de Westminster* (1931) maintenait la *Colonial Laws Validity Act* pour les fins de l'application de la *Loi constitutionnelle de 1867*». Selon le professeur Tremblay, la conséquence qu'il faut en tirer est la suivante: «Ainsi, toute loi, fédérale ou provinciale, incompatible avec ces articles et qui modifiait le partage des pouvoirs était illégale parce que non conforme à une loi impériale qui était protégée, toujours pour partie, par la *Colonial Laws Validity Act* [note supprimée]». Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 1993, p. 194.

mité avec les lois britanniques, avaient déjà consacré l'existence du pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux⁷⁵.

C'est donc dire qu'au moment de la formation de la fédération canadienne en 1867, le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois constituait déjà un précepte fondamental sur lequel reposait la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁶. C'est aussi sur cette base que la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les lois qui visaient à soustraire les activités gouvernementales au pouvoir de contrôle des tribunaux⁷⁷. C'est ce qui m'amène

-
75. Bien qu'après l'adoption du *Statut de Westminster* (1931), le Parlement et les assemblées législatives provinciales auraient pu accorder ce pouvoir de contrôle juridictionnel des lois à une institution autre que la Cour suprême, l'attribution de cette compétence lui a été expressément conférée en 1949 par la *Loi sur la Cour suprême*. Voir: *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, L.C. 1949, c. 37. Voir aussi: *British Coal Corp. c. R.*, [1933] A.C. 500; *Renvoi relatif à la Loi visant la modification de la Loi sur la Cour suprême du Canada*, [1940] R.C.S. 49, conf. par, [1947] A.C. 127. Voir généralement: W.S. LIVINGSTON, «Abolition of Appeals from Canadian Courts to the Privy Council», (1950-51) 64 *Harvard Law Review* 104; F.R. SCOTT, W. de B. FARRIS et D.M. GORDON, «Abolition of Appeals to the Privy Council – A Symposium», (1947) 25 *Revue du Barreau canadien* 557.
76. Dans *Droit constitutionnel – Principes* (1993), le professeur Tremblay de l'Université de Montréal affirmait ce qui suit: «En conséquence, en 1867, lorsque les hommes politiques regroupèrent, dans un système de gouvernement, les provinces de l'Amérique du Nord Britannique, qui étaient alors des colonies britanniques, ils ne pouvaient certes pas exclure, à cause précisément du contexte colonial, le droit des tribunaux d'assurer la conformité de la législation coloniale à la législation impériale». Dans *The Canadian Constitution and the Courts* (1988), Strayer cite l'ancien secrétaire aux colonies pour qui le pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux ne saurait faire de doute: «As matters now stood if the legislature of Canada acted *ultra vires*, the question would be first be raised in the Colonial Law Courts; and would ultimately be settled by the Privy Council at home». D'ailleurs le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par le comité judiciaire du Conseil privé avait été spécifiquement reconnu par *An Act of the Better Administration of Justice in His Majesty's Privy Council*, 1833 (U.K.), 3-4- Will IV, c. 41 qui faisait du comité judiciaire du Conseil privé la plus haute autorité judiciaire de l'Empire britannique. Voir: A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 1993, p. 192; B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts – The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988. Voir aussi: *Campbell c. Hall*, [1774] Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.).
77. La Cour suprême a déjà statué qu'une loi provinciale visant à soustraire les activités gouvernementales au pouvoir de contrôle des tribunaux était inconstitutionnelle. Voir: *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Les «clauses privatives» de l'autorité judiciaire et l'octroi d'immunité ou de pouvoirs discrétionnaires illimités ne peuvent avoir pour effet de supprimer le pouvoir de contrôle judiciaire. Voir: *British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric*, [1962] R.C.S. 642; *Farrell c. Workmen's Compensation Board* (1961), [1962] R.C.S. 48; *Jarvis c. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425; *Association des*

à examiner quelques illustrations du contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux avant l'avènement de la *Charte canadienne*.

2.2. L'exercice du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois: quelques illustrations

L'activisme judiciaire, du moins dans sa conception popularisée, est généralement associé à la *Charte canadienne*. Bien qu'il soit incontestable que la *Charte canadienne* ait insufflé une vigueur nouvelle aux tribunaux, il apparaît tout aussi incontestable, on l'a vu, que les tribunaux bénéficiaient déjà du pouvoir de déclarer inopérantes les lois, adoptées par le Parlement ou par une assemblée législative provinciale, qui étaient *ultra vires* de leurs compétences constitutionnelles.

En plus du partage des compétences, la Cour suprême du Canada a déjà invalidé des lois en raison du fait que celles-ci, ou certaines de leurs dispositions, portaient atteinte à des valeurs fondamentales du système politique canadien. Qualifiés par certains de *charte implicite des droits et libertés*, les droits innomés, c'est-à-dire de droits qui ne font pas l'objet d'une énonciation spécifique dans la Constitution⁷⁸, ont déjà été l'objet de reconnais-

employés de radio et télévision du Canada (S.C.F.P.-C.T.C.) c. S.R.C., [1975] 1 R.C.S. 118; *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1986] 2 R.C.S. 539. Voir cependant: *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *R. c. White* (1955), [1956] R.C.S. 154.

78. Le *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta* (1938) constitue vraisemblablement la première application, par la Cour suprême du Canada, de la protection des droits innomés. Bien qu'elle ait justifié formellement la déclaration d'inconstitutionnalité sur la base du partage des compétences, la Cour suprême a reconnu dans cette affaire que des droits qui ne font pas l'objet d'une énonciation spécifique dans la Constitution pouvaient bénéficier de la protection constitutionnelle. L'article 26 de la *Charte canadienne*, tout comme d'ailleurs le Neuvième amendement à la Constitution américaine, consacre expressément la protection constitutionnelle aux droits innomés. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998), la Cour suprême indiquait que la Constitution comportait des principes fondamentaux non écrits. Ces principes fondamentaux – que sont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit ainsi que le respect des minorités – doivent guider l'interprétation de l'étendue des droits et obligations des individus ainsi que le rôle des institutions politiques. Le droit à la vie privée, reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Hunter* (1984) constitue une excellente illustration d'un droit constitutionnel qui ne fait pas l'objet d'une énonciation spécifique. Voir: *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, conf. par, [1939] A.C. 117; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 217; *Hunter c. Southam*, [1984] R.C.S. 145.

sance par les tribunaux et ceux-ci les ont invoqués pour justifier des déclarations d'inconstitutionnalité.

Déjà, la Cour suprême du Canada a invalidé des lois valablement adoptées par le Parlement ou par des assemblées législatives provinciales, provoquant même des crises constitutionnelles dont l'ampleur rappelle les débats qui ont cours aujourd'hui relativement à la *Charte canadienne*. On peut penser au «*New Deal*» canadien (a.) ainsi qu'à la période de la «*grande noirceur*» (b.).

a) *La grande crise, le «New Deal» canadien et la Cour suprême*

À l'instar des États-Unis d'Amérique, le Canada a adopté des législations – aussi qualifiées de «*New Deal*» –, afin de résorber la crise qui secouait le monde occidental à la fin des années vingt. Ce «*New Deal*» canadien a été initié par le Premier ministre Richard B. Bennett en 1935⁷⁹ et visait, bien que trop tard, à juguler le chômage endémique qui sévissait. Modelé sur celui du Président Roosevelt, le «*New Deal*» canadien présentait un train de mesures concernant le salaire minimum, les pensions, le contrôle des prix, l'assurance-chômage et l'assurance-maladie. Cependant, la plupart des mesures relevaient de la compétence constitutionnelle exclusive des provinces.

Réélu en 1935, le premier ministre libéral Mackenzie King renvoya les législations formant le «*New Deal*» à la Cour suprême du Canada afin d'en jauger la constitutionnalité. C'est sans grande surprise que la Cour suprême déclara inconstitutionnelles, à l'exception du troisième cas où il y avait égalité des voix, les lois fédérales concernant le contrôle des prix agricoles⁸⁰, l'assurance-chômage⁸¹ et le salaire minimum⁸². Le comité judiciaire du Conseil privé, qui constituait la juridiction d'appel

79. Né à Hopewell au Nouveau-Brunswick, Richard Bedford Bennett (1870-1947) a été premier ministre du Canada de 1930 à 1935. Il a fait sa carrière politique en Alberta. Il doit sa victoire aux élections de 1930, après une longue série de défaites électorales, au mécontentement engendré par la crise de 1929. Il sera battu aux élections de 1935 par William Lyon McKenzie King à qui il avait fait mordre la poussière en 1930.

80. Voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1937] A.C. 377, aff. [1936] R.C.S. 398.

81. Voir *Canada (Procureur général) c. Ontario (Procureur général)*, [1937] A.C. 355, aff., [1936] R.C.S. 427.

82. Voir *Canada (Procureur général) c. Ontario (Procureur général)*, [1937] A.C. 376, en appel de [1936] R.C.S. 461.

ultime jusqu'en 1949, concluait que les trois législations étaient *ultra vires* de la compétence du Parlement.

Ces décisions du comité judiciaire du Conseil privé, lequel refusait de considérer que la Dépression constituait une situation d'urgence, qui aurait justifié l'attribution de pouvoirs exceptionnels, irriguèrent de vives controverses. Frank Scott, le célèbre constitutionnaliste-poète de l'Université McGill et V.P.M. Kennedy, un professeur de l'Université de Toronto, critiquèrent sévèrement les décisions du Conseil privé, et ce dernier proposa même l'abolition des appels au comité judiciaire du Conseil privé⁸³.

C'est aussi dans cette foulée de la crise de 1929 que «Bible Bill» Aberhart⁸⁴, un évangéliste bien connu, devenait le premier ministre du premier gouvernement du crédit social de l'Alberta. Désireux d'accroître le revenu moyen des ménages afin de lutter contre la pauvreté, comme l'exigeait la doctrine créditiste, son gouvernement adoptait une série de mesures afin de contrôler les banques et le crédit. Aberhart tenta aussi de museler la presse,

83. Les commentaires de Frank Scott ne laissent subsister aucun doute quant à l'importance de ces décisions puisqu'il affirmait que ces décisions étaient à l'origine d'une «révolution constitutionnelle». Ainsi s'exprimait-il: «Foreign judges, ignorant of the Canadian environment and none too well versed in Canadian constitutional law have caused this constitutional revolution». Quant à la proposition du professeur Kennedy d'abolir les appels au conseil privé, elle semble avoir été entendue par les parlementaires puisqu'un projet de loi visant à abolir les appels au conseil privé a été déposé en 1939, après qu'un comité du Sénat ait déposé un rapport très critique relativement à l'attitude décentralisatrice du comité judiciaire. Bien que le projet de loi n'ait pas été adopté à ce moment, l'abrogation des appels au Conseil privé dix ans plus tard serait une conséquence directe de cette crise constitutionnelle. Dans son ouvrage intitulé *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001), Kent Roach affirme ce qui suit: «The decade of delay does not diminish the fact that the abolition of appeals to the Privy Council was a response to the way that it has restricted federal powers». Voir: F.R. SCOTT, «The Consequences of the Privy Council Decisions», (1937) 15 *Revue du Barreau canadien* 485, 491; V.P.M. KENNEDY, «The British North America Act: Past and Future», (1937) 15 *Revue du Barreau canadien* 393; K. ROACH, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law Inc., Toronto, 2001, p. 44.

84. William Aberhart (1878-1943) est le fondateur du Crédit social au Canada. Il s'était fait connaître de la population albertaine par ses émissions radiophoniques hebdomadaires portant sur la Bible. Apôtre des théories populistes du britannique Clifford Douglas, son ascension politique coïncide avec la grande crise économique des années trente. Il préconisait l'adoption de mesures économiques radicales comme la nationalisation des établissements de crédits et l'adoption d'un salaire minimum universel, une allocation mensuelle qui aurait été attribuée à chaque citoyen; ce qu'il appelait le «crédit social». Il a été premier ministre de l'Alberta de 1935 à 1943.

qui lui était largement défavorable, en introduisant une loi qui contraignait les journalistes à révéler leurs sources d'information.

Adoptée en 1937, ces trois lois albertaines seront l'objet d'un renvoi à la Cour suprême du Canada. Dans le *Renvoi sur trois lois de l'Alberta* (1938), le plus haut tribunal du pays déclara ces lois inconstitutionnelles⁸⁵. La Cour suprême conclura que les trois lois – *An Act Respecting the Taxation of the Banks; An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act; An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Informations* – sont *ultra vires* de la compétence de l'Alberta en précisant toutefois, dans le cas de la troisième, qu'elle portait atteinte à un précepte fondamental du parlementarisme britannique, à savoir la libre discussion des affaires publiques dont l'appellation contemporaine n'est nulle autre que la liberté d'expression. Cette décision est à l'origine de ce que certains ont appelé la *charte implicite des droits et libertés*⁸⁶.

La décision de la Cour suprême du Canada suscita l'indignation du Premier ministre Aberhart et de son lieutenant, Ernest Manning – le père de Preston Manning, l'ancien chef du parti réformiste, lequel critiquera sévèrement le pouvoir des juges –, et aura un impact considérable sur le mouvement crédit-social canadien. Aussi, il est vraisemblable de croire que cette crise constitutionnelle des années trente, laquelle opposa le Parti créditiste de l'Alberta et la Cour suprême du Canada, peut expliquer les préoc-

85. Bien que la Cour ait, par une pluralité de voix, disposé du pourvoi sur la base du partage des compétences, elle a tenu à rappeler que la libre discussion publique est un précepte fondamental du système parlementaire britannique. Qualifiant cette législation de «rétrograde», le juge Cannon précisait ce qui suit: «Under the British system, which is ours, no political party can erect a prohibitory barrier to prevent the electors from getting information concerning the policy of the government. Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. [...] As stated in the preamble of the British North America Act [depuis lors renommée la *Loi constitutionnelle de 1867*], our constitution is and will remain, unless radically changed, "similar in principle to that of the United Kingdom"». Voir: *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, 145 et 146 (J. Cannon), conf. par, [1939] A.C. 117.

86. Dans *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001), Kent Roach affirmait ce qui suit: «A sense of history is very helpful in understanding contemporary concerns in Western Canada about judicial activism being imposed from Ottawa. The war between the Supreme Court and the Alberta Social Credit government had cultural as well as economic dimensions». Voir: K. ROACH, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law Inc., Toronto, 2001, p. 45.

cupations des Canadiens de l'ouest du pays à l'égard du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois.

b) *Le duplessisme, la «grande noirceur» et la Cour suprême*

C'est néanmoins au Québec, dans les années cinquante où la vaste majorité de la population était encore profondément attachée à des valeurs traditionnelles, que la Cour suprême du Canada suscitera les plus vives controverses. Sur une période de moins de dix ans, de 1951 à 1959, la Cour suprême invalidera plusieurs lois et règlements adoptés par le gouvernement dirigé par Maurice Duplessis ou, encore, par les municipalités québécoises. Ainsi, la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste* – mieux connue par son appellation populaire de «Loi du cadenas»⁸⁷ –, la *Loi de la fermeture à bonne heure*⁸⁸ ainsi qu'un règlement municipal de la Ville de Québec empêchant la distribution de tracts dans les rues⁸⁹ ont été invalidés par la Cour suprême.

En plus de l'invalidation de ces lois et de ces règlements, la Cour suprême a également renversé une décision de la Cour d'appel du Québec qui condamnait un témoin de Jéhovah pour libelle diffamatoire du fait qu'il avait distribué des tracts dans les rues de la municipalité de Saint-Joseph en Beauce⁹⁰ et maintenu les condamnations en dommages-intérêts à l'encontre des policiers qui s'étaient immiscés dans une résidence afin de disperser une assemblée de témoins de Jéhovah⁹¹ ou qui avaient procédé à l'arrestation puis à l'emprisonnement de témoins de Jéhovah qui distribuaient des tracts dans les rues de la ville de Verdun⁹².

87. Voir *Switzman c. Québec (Procureur général)*, [1957] R.C.S. 265. Cette décision invalidait la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, L.R.Q. 1941, c. 52.

88. Voir *Henry Birks Ltd. c. Montréal (Cité de)*, [1955] R.C.S. 799. L'appelant contestait à la fois la *Loi de la fermeture à bonne heure*, L.R.Q. 1941, c. 239, laquelle permettait aux villes d'adopter un règlement concernant la fermeture des commerces, et le *Règlement n° 2048* de la Ville de Montréal qui ordonnait la fermeture des commerces lors de certaines fêtes religieuses.

89. Voir *Saumur c. Québec (Cité de)*, [1953] 2 R.C.S. 299.

90. Voir *Boucher c. R.*, [1951] R.C.S. 265. Selon la Cour suprême, le fait pour un témoin de Jéhovah de distribuer des tracts dans les rues publiques ne contrevenait pas à l'article 133 du *Code criminel*, L.R.C. 1927, c. 36.

91. Voir *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

92. Voir *Lamb c. Benoît*, [1959] R.C.S. 321.

Cependant, parmi toutes ces décisions de la Cour suprême du Canada rendues dans les années cinquante, celle qui suscita la plus grande controverse est incontestablement l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis* (1959)⁹³. Dans cette affaire, la Cour maintenait la condamnation en dommages-intérêts de 25 000\$ – une somme importante à l'époque – à l'encontre du premier ministre, Maurice Duplessis, qui avait fait révoquer le permis d'un restaurateur montréalais en raison de la sympathie qu'il manifestait aux témoins de Jéhovah.

Si on peut voir aujourd'hui dans ces décisions une affirmation des droits et libertés fondamentaux, on ne saurait ignorer que dans le Québec des années cinquante l'élite québécoise, voire la vaste majorité de la population, y percevait plutôt une violation flagrante des droits du Québec. Nous sommes ici dans la période dite de la «*grande noirceur*» en raison de l'autoritarisme du clergé et du gouvernement dirigé par le premier ministre Duplessis. À cette époque cependant, il faut néanmoins se rappeler, comme le souligne si justement le professeur Roach, à quel point les témoins de Jéhovah et les communistes étaient impopulaires au Québec, si l'on veut apprécier l'étendue de la controverse que ces décisions de la Cour suprême ont suscitée⁹⁴. Ce sont très certainement ces décisions de la Cour suprême du Canada qui ont fait dire au Premier ministre Duplessis que: «la Cour suprême est comme la Tour de Pise, elle penche toujours du même côté».

Aujourd'hui encore, une certaine élite québécoise, me semble-t-il, réproouve toujours la *Charte canadienne* et les décisions de la Cour suprême du Canada qui l'interprètent. Cela s'explique sans doute en raison de ces stigmates historiques, mais vraisemblablement aussi en raison du fait que l'Assemblée nationale du Québec n'a pas expressément ratifié la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle enchâsse la *Charte canadienne*. Ce point de

93. Voir *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

94. Dans *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001), Kent Roach affirme ce qui suit: «All these cases are today rightly remembered as civil liberties classics, but it is often forgotten just how unpopular Jehovah's Witnesses and communists were in Quebec because they attacked the catholicism that, at that time, was the root of Quebec's identity». Puis, il ajoute: «A sense of history is again helpful in explaining concerns about judicial activism being imposed from Ottawa». Voir: K. ROACH, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law Inc., Toronto, 2001, p. 46 et 47.

vue n'est toutefois pas partagé par la vaste majorité de la population québécoise qui, au contraire, estime – dans une proportion de 92 % – que la *Charte canadienne* a été une bonne chose pour le Canada⁹⁵. Je tiens à le rappeler.

CONCLUSION

L'interprétation des garanties constitutionnelles, contrairement en cela aux lois ordinaires, ne saurait se faire en recherchant l'intention présumée des auteurs du texte constitutionnel. Au contraire, il est nécessaire de l'aborder en se fondant sur une interprétation large et généreuse de façon à réaliser pleinement l'effectivité de la protection constitutionnelle. Adoptant une méthode dualiste, qui distingue les partisans de la retenue judiciaire de ceux de l'activisme, je constate que ce qui distingue les premiers des seconds est la reconnaissance ou, au contraire, la négation du fait que les garanties constitutionnelles comportent un idéal moral.

Accepter l'idée, comme le prétendent les partisans de la retenue judiciaire, que l'interprétation des garanties constitutionnelles doit correspondre à l'intention présumée des constituants équivaldrait à en fixer l'interprétation à une époque révolue. Les tribunaux doivent jouir d'une large marge de manœuvre afin de réaliser pleinement l'objet, et subséquemment les effets sous-tendus par les garanties constitutionnelles. Cela ne signifie nullement que le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois est sans limites. Bien au contraire. En rendant leurs décisions, les juges ne peuvent simplement adopter des principes judiciaires qui reflètent leurs conceptions morales ou leurs préférences personnelles; ils doivent s'appuyer sur les précédents et interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi que par les principes moraux communautaires.

95. Une enquête d'opinion publique menée au mois d'avril 2002, par la firme Environics pour le compte du Centre de recherche et d'information sur le Canada (CRIC), révélait que 88 % des Canadiens avaient entendu parler de la *Charte canadienne* et le même pourcentage considérait qu'elle était une bonne chose pour le Canada. Au Québec, la *Charte canadienne* était perçue favorablement par 91 % des Québécois. Il s'agit du pourcentage le plus élevé de toutes les régions du Canada. Pis encore, tant les Québécois francophones que les Québécois favorables à l'indépendance s'accordaient à dire, dans des proportions respectives de 91 et 92 pour cent, que la *Charte canadienne* a été une bonne chose pour le Canada.

Or, malgré les prétentions contraires et les critiques formulées à l'encontre des tribunaux, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas un phénomène nouveau qui résulte de l'adoption de la *Charte canadienne*. Bien qu'il me faille reconnaître que l'adoption de la *Charte canadienne* a insufflé une vigueur nouvelle aux tribunaux – et tout particulièrement à la Cour suprême du Canada qui avait adopté une interprétation réductionniste de la *Déclaration canadienne des droits* –, on ne saurait affirmer que les tribunaux canadiens ont usurpé les pouvoirs traditionnellement dévolus aux représentants élus de la population.

Avant même l'avènement de la *Charte canadienne*, les tribunaux canadiens exerçaient un contrôle de la constitutionnalité des lois en raison du partage des compétences constitutionnelles et du contrôle de l'activité juridictionnelle. Ainsi, une loi qui envahissait le champ de compétence de l'autre ordre de gouvernement était déclarée inopérante et ne faisait généralement pas l'objet d'une réadoption par l'autre ordre de gouvernement. Or une loi qui est déclarée invalide en raison du fait qu'elle porte atteinte à un droit ou à une liberté consacrés par la *Charte canadienne* peut faire l'objet d'une nouvelle législation, laquelle en corrigerait les défauts. Cette relation symbiotique entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif a donné vie à la métaphore du dialogue.

La *Charte canadienne* comporte des dimensions structurelles – on peut penser au barème de raisonnable de l'article premier ou encore à la disposition de dérogation de l'article 33 – plus démocratiques que celles que l'on retrouve dans le *Bill of Rights* américain. Ces éléments structurels distinguent favorablement la *Charte canadienne* de l'absolutisme de certaines garanties constitutionnelles consacrées par le *Bill of Rights* puisque, contrairement au Congrès, les parlements canadiens peuvent toujours contrecarrer l'effet d'une décision judiciaire en adoptant une simple loi.

À vrai dire, en établissant un juste équilibre entre le droit de la société et les droits des individus, la *Charte canadienne* constitue, pour reprendre cette citation liminaire de Montesquieu, une disposition des choses par laquelle le pouvoir arrête le pouvoir. En ce sens, la *Charte canadienne* garantit nos idéaux démocratiques en ce qu'elle participe à la réalisation de principes qui sont devenus les fondements de la vie politique et sociale.