

## Les Cahiers de droit



Konrad LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1988, 817 p., ISBN 28027 0431 1, 5, 486 francs.

Patrice Garant

Volume 31, Number 1, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043014ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043014ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Garant, P. (1990). Review of [Konrad LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1988, 817 p., ISBN 28027 0431 1, 5, 486 francs.] *Les Cahiers de droit*, 31(1), 313–315. <https://doi.org/10.7202/043014ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1990

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Comme ce semble être le cas pour les législateurs belges, c'est précisément ce à quoi semble « condamné » le gouvernement canadien.

En somme, *L'avortement en Belgique* est très instructif sur l'évolution de la situation en Belgique. Mais il se révèle aussi extrêmement éclairant pour celles et ceux qui cherchent à saisir la nature et la portée des débats qui agitent présentement les sociétés québécoise et canadienne et qui interpellent les gouvernements du pays, alors même que les tribunaux sont de plus ou moins bon gré contraints de jouer un rôle apparemment plus politique que strictement judiciaire. Il ne s'agit peut-être que d'une transparence momentanément plus poussée du fait que « le droit se situe à l'intersection de l'intégration du système politique et de la fonction d'intégration sociale de l'État » (p. 140). Il reste que l'examen du processus de politisation de l'avortement en Belgique ne relève pas d'un exercice purement exotique.

Raymond HUDON  
*Université Laval*

Konrad LENAERTS, **Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen**, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1988, 817 p., ISBN 28027 0431 1, 5, 486 francs.

L'élargissement fulgurant du contrôle de la constitutionnalité au domaine des droits de la personne a amené la Cour suprême du Canada, les autres juridictions, ainsi que la doctrine canadienne à investiguer le droit constitutionnel comparé. C'est ainsi que le droit constitutionnel américain de même que le droit européen sont de plus en plus fréquentés par les juristes canadiens. Une certaine parenté de notre Charte constitutionnelle avec le *Bill of Rights* de 1787 et la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950 n'est pas sans rendre pertinente la connaissance des jurisprudences américaine et européenne.

L'œuvre du professeur Lenaerts, de l'Université catholique de Louvain et du Collège

d'Europe, ainsi que *visiting professor* à Harvard, est l'une des rares à donner en langue française un exposé du droit constitutionnel américain dans une perspective comparative. L'ouvrage est la mise à jour d'une thèse de doctorat présentée à Louvain en 1982.

L'ouvrage porte sur le contrôle de la constitutionnalité, c'est-à-dire sur ce que l'auteur intitule « la délimitation du pouvoir par le juge » au regard de la Constitution ou de ce qui en fait office dans le cadre européen, soit les traités. Dans les deux premières parties, l'auteur décrit les missions respectives du juge américain et du juge européen ; dans une troisième partie, il procède à l'analyse comparative des deux systèmes.

Ce thème de la délimitation du pouvoir est central dans la mission constitutionnelle du juge, qu'il s'agisse du maintien de l'équilibre entre les « pouvoirs » dans l'État ou de la protection de la personne face à l'État. Il s'agit d'une préoccupation certes ancienne au Canada dans la jurisprudence plus que centenaire sur le partage des compétences ; toutefois cette préoccupation est devenue presque une obsession avec la Charte constitutionnelle de 1982 qui investit le juge constitutionnel de la mission de définir quelles atteintes aux droits fondamentaux sont « raisonnables » et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique. (art. 1 de la Charte).

La première partie est consacrée à la mission du pouvoir judiciaire fédéral américain. L'auteur y décrit comment l'évolution du droit constitutionnel américain, déterminée par la jurisprudence de la Cour suprême, a abouti à une séparation absolue des pouvoirs, un fédéralisme coopératif et une protection solide de la sphère juridique de l'individu. Il y a eu délimitation horizontale du pouvoir par résolution des conflits entre le président et le Congrès, par la fixation de la portée des prérogatives du législatif, de l'exécutif et du judiciaire respectivement. Il y a eu, par ailleurs délimitation verticale du pouvoir par le juge sur deux plans : le plan du fédéralisme, c'est-à-dire du partage des

compétences entre l'Union et les États fédérés; et le plan des droits humains, c'est-à-dire celui du partage de la sphère d'intervention de la puissance publique et de celle de la liberté de l'individu. Dans le chapitre III, en 77 pages, l'auteur trace un tableau saisissant de l'évolution de la jurisprudence sur le partage en décrivant les principales théories constitutionnelles et en insistant sur l'importance de la question de réglementation du commerce interétatique. Le chapitre IV sera d'un intérêt encore plus grand pour le lecteur canadien. Après avoir rappelé quelle était l'intention des constituants de 1787, l'auteur explique comment s'est développée la jurisprudence surtout à l'encontre des interventions des États, puis du Fédéral, autour de cinq pôles que la doctrine a appelé : 1) le principe des *implied limitations on government*; 2) le principe du « *respect of settled expectations* »; 3) le principe de la « *government regularity* »; 4) le principe des « *preferred rights* » et 5) le principe de « *l'equal protection* ».

Dans la deuxième partie, l'auteur nous présente brièvement l'ordre juridique européen découlant de ses traités constitutifs d'une part et la place de la Convention européenne de Strasbourg qui lie chacun des États membres de la CEE. Il s'agit, comme le rappelait le professeur Claude Gautron, de la Faculté de droit de Bordeaux (France) lors d'une conférence à la Faculté de droit de l'Université Laval d'un ordre qui se situe à mi-chemin entre l'ordre international classique et l'ordre constitutionnel du type de celui que l'on retrouve dans les systèmes fédéraux. Il en résulte un contrôle juridictionnel exercé d'un côté par la Cour de justice de la communauté européenne (Luxembourg) et de l'autre par la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg). L'auteur décrit ensuite comment le juge de Luxembourg exerce sa mission de délimitation horizontale du pouvoir, soit la solution des conflits entre les instances communautaires, et de délimitation verticale, soit la solution des conflits entre la communauté et les États membres. Quant à la protection de l'individu dans l'ordre juridique

européen, la situation est plus complexe car l'individu peut être protégé par la Cour de Luxembourg dans son rapport avec l'autorité communautaire, mais également par la Cour européenne de Strasbourg face à l'autorité nationale dont il relève.

Dans la troisième partie, l'auteur fait une synthèse comparative. Premièrement, il compare les fondements de la délimitation du pouvoir par le juge dans l'ordre américain et l'ordre européen, qu'il s'agisse des fondements textuels ou contextuels. Il décrit ensuite le champ d'action du juge dans cet exercice de délimitation : cela est important à cause du danger d'immixtion relativement directe du pouvoir judiciaire dans le processus de décision politique. Théoriquement, le juge comme arbitre doit viser le maintien de l'équilibre constitutionnel. Cela est relativement aisé lorsqu'il s'agit de la délimitation horizontale, mais cela l'est beaucoup moins dans l'autre cas. En matière de partage des compétences, c'est le manque de précision de la constitution dans la description des rapports entre les sphères de compétence en cause qui amène le juge à combler les lacunes. Il en résulte que la créativité du juge s'exerce par la détermination des moyens les moins préjudiciables à « l'unité du marché ». Cela est aussi vrai dans le système américain qu'européen... ; il serait facile de démontrer que cette conclusion vaut pour le système canadien comme le révèle certains arrêts récents de la Cour suprême du Canada à tendance plutôt centralisatrice.

Ainsi la verticalité est devenue une garantie d'une uniformité nécessaire au sein de l'ordre juridique commun ; certains arrêts récents de la Cour suprême du Canada vont aussi dans ce sens.

L'auteur constate que la délimitation verticale du pouvoir par le juge n'est pas neutre et a une « tendance centripète ». Cela est non moins vrai dans le cas canadien surtout dans la jurisprudence dominante de la Cour suprême canadienne des trente dernières années.

En ce qui concerne la protection des droits de la personne, les différences sont

plus grandes entre le système américain et le système européen. La créativité du juge américain a été poussée dû au fait qu'il n'était pas en présence d'un catalogue exhaustif des droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'homme était par contre au départ limitée par un catalogue des droits rédigé de façon minutieuse ; toutefois dans certains de ses arrêts cette dernière a su manifester un dynamisme remarqué : les arrêts sur les questions de l'interruption volontaire de grossesses en sont une illustration. Une autre différence importante réside dans l'aspect « judiciaire » de la spécificité de chacun des systèmes, notamment tout ce qui concerne la procédure, la structure du contentieux, la qualité des parties, l'effet des jugements...

L'analyse de Lenaerts suppose déjà une certaine initiation au droit américain et au droit européen mais la clarté de l'exposé le rend accessible à un large public. Il s'agit d'un texte très richement documenté ; les principaux ouvrages et articles publiés tant aux États-Unis qu'en Europe sont cités avec à propos.

Cet ouvrage est appelé à devenir un classique du droit constitutionnel comparé et un modèle du genre car rares sont les véritables textes où l'on fait vraiment œuvre de comparatiste. Ceci suppose une connaissance poussée des systèmes que l'on compare, une connaissance de l'intérieur, ce qui est manifestement le cas de M. Lanaerts.

Patrice GARANT  
*Université Laval*

Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur (coll. Alter Ego), 1989, 304 p., ISBN 2-89127-094-0.

BARREAU DU QUÉBEC, *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec*, vol. 6, *Les sûretés*, Cowansville, Yvon Blais, 1986-87, 253 p.

Depuis l'Antiquité, le crédit a été le « nerf » du commerce. Son rôle, actuellement, est capital pour le développement et le fonctionnement de l'économie.

Cependant, on obtient du crédit facilement et à bon marché, si l'on peut fournir des garanties de remboursement solides. Le dicton séculaire, « on ne prête qu'aux riches », continue d'être vrai au moins quant à son fondement. En effet, avec le temps, les garanties personnelles ont perdu, en partie, leur importance. Ce sont les garanties réelles, ou les sûretés, qui répondent aux besoins modernes du crédit avec des raffinements juridiques accrus.

Le capital-actions, ou « capital risque », ne suffit pas, à lui seul, dans la très grande majorité des cas, à répondre aux besoins financiers des entreprises. Si l'on consulte les statistiques on constate que, de loin, le ratio penche lourdement du côté du financement par voie d'emprunt. Ce recours au crédit est parfois abusif mais toujours nécessaire. Appelé, improprement, « capital-emprunt », il assure la liquidité financière et les investissements à long terme.

Pour ces motifs, le régime des sûretés prend une place de plus en plus importante dans notre droit économique. On constate aussi que, depuis quelques années, les différentes facultés de droit du Québec ont institué des cours sur la capitalisation des entreprises et des sûretés intitulés « Financement de l'entreprise ».

Dans ce domaine, notre jurisprudence est devenue abondante, nuancée et, parfois, touffue. La doctrine connaît, dans ce domaine, depuis une quinzaine d'années, un foisonnement justifié. Des ouvrages remarquables furent publiés portant sur les garanties personnelles<sup>1</sup> ou réelles<sup>2</sup>.

Il faut souligner, néanmoins, la parution d'ouvrages d'un genre différent et ayant un but pratique ou d'initiation évidents. Ils ne

1. Louise POUQUIER-LEBEL, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1986.

2. Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1987, 454 p.  
Robert DEMERS, *Le financement de l'entreprise. Les aspects juridiques*, Sherbrooke, Les éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1985, 388 p.