

Le juge et la conservation du régime politique au Canada

Marc Chevrier

Volume 19, Number 2-3, 2000

Judiciarisation et pouvoir politique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/040225ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/040225ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (print)

1703-8480 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Chevrier, M. (2000). Le juge et la conservation du régime politique au Canada. *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 65–87. <https://doi.org/10.7202/040225ar>

Article abstract

Although many elements of the Canadian political system were changed by the 1982 constitutional reform, it has, in its limited capacity, managed on the whole to maintain the political regime. For instance, the organic duality of the written and unwritten law, which has always defined Canadian constitutionalism, was kept unaltered. This article attempts to shed some light on how the Supreme Court of Canada has continued to lean towards the preservation of the "constitutional regime", exercising a fundamental function in a democracy of a monist type where formal resort to constitutional amendment is seldom used. The author demonstrates how the Court attempted to register the democratic changes of the regime and to harmonize them with its immutable principles. In doing so, the Court nevertheless diminished the value of constitutional written law and advanced an essentialist conception of judicial power.

LE JUGE ET LA CONSERVATION DU RÉGIME POLITIQUE AU CANADA

Marc Chevrier
Institut d'Études Politiques de Paris

La réforme constitutionnelle entreprise au Canada en 1982 s'est réalisée avec une grande économie de moyens et de changements. À part la cession au Canada du pouvoir constituant et l'incorporation d'une charte constitutionnelle des droits, la réforme de 1982 change peu de choses au système politique canadien. Bien que les propositions de réforme du sénat fédéral et de la Cour suprême aient abondé avant 1982, ces institutions restent intactes. L'organisation judiciaire ne subit aucune modification. On ne crée pas de cour constitutionnelle, ni ne revoit le mode de sélection et de nomination des juges, ni ne répartit autrement les juridictions respectives de la Cour suprême et des cours d'appel provinciales. Et la Loi constitutionnelle de 1982, qui systématise le droit constitutionnel canadien par l'énumération des lois de Westminster qui en font partie, ne transforme pas ce droit en véritable constitution écrite ; bon nombre de normes implicites, dont les conventions constitutionnelles, continuent de se greffer au droit écrit. En somme, la réforme de 1982 rénove le symbolisme constitutionnel et en réordonne les principes sans modifier pour autant le fonctionnement des institutions politiques et judiciaires. Le contrôle judiciaire des lois, que l'on a élargi par l'inclusion d'une charte des droits dans le bloc de constitutionnalité, n'apparaît pas comme une innovation : les tribunaux exerçaient déjà un tel contrôle au regard du partage des compétences législatives ; les effets de cette inclusion sur le système politique sont lents à se révéler, se manifestant au fil des décisions de justice. De plus, cette réforme maintient tous les acquis de la monarchie constitutionnelle établie en 1867, voire, elle la renforce¹.

1. La monarchie constitutionnelle ressort visiblement renforcée de la réforme de 1982 qui la range parmi la liste des « matières » qui ne peuvent faire l'objet d'une modification constitutionnelle qu'avec l'unanimité des onze parlements du Dominion. Voir : art. 41, Loi constitutionnelle de 1982. (Cette désignation paraîtra à certains plutôt vétuste, mais, officiellement, le Canada demeure toujours, selon ses textes constitutionnels, un dominion.)

Marc Chevrier, L'Agora, C.P. 96, Ayer's Clift (Québec), Canada, J0B 1C0.
courriel : chevrierm@hotmail.com

Bref, elle modifie des éléments du système politique sans toucher au régime dans son ensemble².

Ces mises au point étant faites, notre intention n'est pas de nier les nombreuses transformations de l'État et de la société civile et politique que la réforme de 1982 et sa Charte canadienne ont suscitées depuis 1982, ce que de nombreuses études ont mis en lumière³. À trop insister cependant sur ces changements, on risque d'oublier ce qui, indépendamment de cette réforme, continue de se maintenir, comme ce jeu constant entre le droit écrit et le droit non écrit, ou *dualisme organique* des normes, qui n'a cessé de définir le droit constitutionnel canadien. Harmoniser ces changements avec ce qui se conserve dans le régime politique canadien est une tâche qui s'exerce en continu, et les juges au Canada ont pris soin de l'accomplir. Or, il appert que la synthèse de l'évolution du système politique canadien et des caractéristiques fondamentales du régime est l'une des principales fonctions que s'est reconnue la Cour suprême depuis 1982. Tout en contrôlant la validité des lois au regard de la Charte canadienne ou de la Loi constitutionnelle de 1867, la Cour s'est employée à définir peu à peu les normes implicites du régime, à délimiter l'interface entre le droit écrit et le droit non écrit, à réconcilier la logique induite par la Charte canadienne et le parlementarisme canadien. Gardienne des libertés depuis 1982, la Cour s'est posée également en gardienne de ce qu'elle appelle le « régime constitutionnel »⁴. Ce faisant, la Cour remplit une

-
2. Dans un document qui annonce le programme de sa réforme constitutionnelle, Pierre Elliott Trudeau entrevoit un renouvellement du régime. Plusieurs éléments de sa proposition initiale ont dû être abandonnés lors des négociations de l'automne 1981, comme la réforme du sénat. La monarchie constitutionnelle est conservée, comme dans toutes les propositions de réforme déposées par P. E. Trudeau depuis les années 1960. Voir : Gouvernement du Canada, Pierre Elliott Trudeau, *Le temps d'agir. Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1978, 28 p.
 3. Difficile de citer ici l'abondante littérature qui a enrichi les études juridiques et politiques depuis 1982. On notera cependant les études suivantes : Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, McClelland & Stewart inc., 1993, 292 p. ; Peter H. Russell, « Canadian Constraints on Judicialization from Without », *International Political Science Review*, 1994, vol. 15, n° 2, p. 165-175 ; Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 217 p.
 4. Ces décisions sont nombreuses. Parmi les récentes, on notera *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* ; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 ; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 ; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

Résumé. Bien que la réforme constitutionnelle de 1982 ait apporté de nombreux changements au système politique canadien, elle a, économe de moyens, préservé dans son ensemble le régime politique, dont notamment ce dualisme organique du droit écrit et non écrit qui n'a cessé de définir le constitutionnalisme canadien. Cet article essaie de mettre en lumière la fonction de conservation et d'adaptation du «régime constitutionnel» que la Cour suprême du Canada a continué d'exercer après 1982, fonction fondamentale dans une démocratie moniste qui recourt peu souvent à la procédure d'amendement pour faire évoluer le régime. L'auteur montre comment la Cour a tenté d'enregistrer les mutations démocratiques du régime et de les accorder avec ses principes invariants, au risque toutefois de dévaloriser le droit constitutionnel écrit et de succomber à une conception essentialiste du pouvoir juridictionnel.

Abstract. Although many elements of the Canadian political system were changed by the 1982 constitutional reform, it has, in its limited capacity, managed on the whole to maintain the political regime. For instance, the organic duality of the written and unwritten law, which has always defined Canadian constitutionalism, was kept unaltered. This article attempts to shed some light on how the Supreme Court of Canada has continued to lean towards the preservation of the «constitutional regime», exercising a fundamental function in a democracy of a monist type where formal resort to constitutional amendment is seldom used. The author demonstrates how the Court attempted to register the democratic changes of the regime and to harmonize them with its immutable principles. In doing so, the Court nevertheless diminished the value of constitutional written law and advanced an essentialist conception of judicial power.

double fonction : instituer les normes implicites du régime qu'elle fait venir à l'existence ; préserver le régime même, dont elle fixe les composantes invariables. Cette fonction est d'autant plus fondamentale que le Canada, au cours de son histoire, a compté plutôt sur ses tribunaux et sur les arrangements politiques négociés que sur la procédure formelle d'amendement pour faire évoluer sa constitution⁵.

La compétence dite «inhérente» des tribunaux au Canada, dérivée de l'autorité des anciennes cours royales de justice anglaises dont ces tribunaux sont les «descendants» et qui les fonde à contrôler la légalité des actes de l'administration et à appliquer la constitution,

5. Voir : Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans *La cour suprême comme agent de changement politique, Les études*, Ivan Bernier et Andrée Lajoie, (dir.), Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1986, p. 1-110.

semble être, aux dires de la Cour suprême, l'une des caractéristiques centrales du régime constitutionnel canadien⁶. Ainsi, la Cour conçoit l'élargissement du contrôle judiciaire des lois intervenu en 1982 non pas tant comme un mandat impératif, expressément fondé sur la loi fondamentale écrite, que comme le prolongement du pouvoir de contrôle des tribunaux supérieurs, pouvoir qui préexistait à la fondation du pays⁷. Par ailleurs, tout en insistant sur cette continuité de la fonction juridictionnelle au Canada, la Cour célèbre dans la réforme de 1982 l'avènement d'un « régime nouveau⁸ ». Mais si nouveauté il y a, elle ne modifie en rien le dualisme organique des normes, qui ira en s'amplifiant.

LA SCIENCE POLITIQUE CONTEMPORAINE ET L'ÉTUDE DU RÉGIME

On reconnaît généralement plusieurs fonctions aux cours constitutionnelles ou suprêmes. David Easton distingue notamment les suivantes : accroître le soutien au régime, répartir les ressources juridiques, énoncer les valeurs et les principes du régime politique, voir à

-
6. Voir *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307. Thèse reprise dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. Cette fondation monarchique de la compétence « inhérente » des cours supérieures au Canada avait déjà été affirmée dans d'autres décisions plus anciennes. Voir notamment le juge Pigeon dans *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd*, [1980] 1 R.C.S. 695, p. 713, et le juge Ritchie dans *Valin c. Langlois*, (1879), 3 R.C.S. 1, p. 19.
 7. Il peut sembler curieux que la Cour suprême s'appuie sur cette filiation royale pour établir la compétence des tribunaux supérieurs au Canada en matière de la validité des lois. Selon Barry L. Strayer, la Cour aurait adhéré à la théorie exposée par le publiciste W.R. Lederman suivant laquelle les articles 96 à 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 auraient eu pour but de créer un système judiciaire comparable aux cours royales de justice en Angleterre, juridictions centralisées qui pouvaient réviser la légalité des actes des officiers et des organismes de l'État. Bien que cette analogie comporte des faiblesses, la Cour l'a reprise à son compte, la confirmant même après 1982. Voir : Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, Toronto, Butterworths, 1988, 352 p. Pour l'exposé de la thèse de Lederman, voir : W.R., Lederman, « The Supreme Court of Canada and the Canadian Judicial System », *Mémoires de la Société royale du Canada*, 1975, série IV, 13, p. 209-225.
 8. Dans l'affaire *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour suprême a vu dans cette réforme l'avènement d'un « nouveau régime ». Elle écrit que le « nouveau contrat social démocratiquement conclu » en 1982 fonde les tribunaux canadiens, en leur qualité de fiduciaires des droits constitutionnalisés, à corriger les textes du législateur. Voir par. 134 et 135.

la structuration des rôles d'autorité au sein du régime⁹. Louis Favoreu assigne au contrôle juridictionnel des lois six fonctions nécessaires au fonctionnement des régimes démocratiques : la pacification de la vie politique ; la régulation et l'authentification des changements politiques ; le renforcement de la cohésion de la société politique ; la diffusion et l'enracinement des droits fondamentaux ; la protection de ces droits ; l'adaptation de la Constitution¹⁰.

Bien que David Easton inclue le régime politique dans son schéma théorique du système politique, la science politique contemporaine, notamment canadienne, semble avoir préféré à ce premier concept celui, plus englobant, de système politique, qui permet de tenir compte aussi bien des structures économiques et sociales que des institutions politiques, de même que d'appliquer les théories cybernétiques au domaine politique¹¹. Les traités de science politique décrivent certes le régime parlementaire canadien, présenté le plus souvent comme une simple dérivation et transplantation, dans un contexte fédéral, du régime britannique originel. Mais le régime politique y est décrit par quelques esquisses, sans approfondissement.

Aux États-Unis, Theodore Lowi¹², et plus récemment, Bruce Ackerman, ont renoué avec l'analyse du régime politique. Dans une analyse du système politique américain, qui combine l'histoire, le droit, la philosophie avec la science politique, B. Ackerman soutient que la constitution de 1787 a engendré trois régimes constitutionnels distincts¹³. L'auteur ne donne pas de définition systématique du

9. Voir David Easton, *Analyse du système politique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1974, 486 p.

10. Louis Favoreu et L.A. Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Paris, Marseille, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, 315 p.

11. Outre les analyses de David Easton, *The Political System. An Inquiry into the State of Political Science*, 2^e édition, New York, 1953 ; *A Systems Analysis of Political Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1977, 507 p., on notera celle de Karl Deutsch, *The Nerves of Government : Models of Political Communication and Control*, 2^e édition, New York, 1969, 316 p. La science politique française semble plus attachée au concept de régime politique qu'elle distingue toutefois du système et de la société politiques. Jean-Louis Quermonne en propose une définition qui inclut le principe de légitimité, la structure des institutions, le système de partis et la forme et le rôle de l'État, mais qui en exclut la société civile. Par régime politique, l'auteur entend : « l'ensemble des éléments d'ordre idéologique, institutionnel et sociologique qui concourent à former le gouvernement d'un pays donné pendant une période déterminée. » Voir : Jean-Louis Quermonne. *Les régimes politiques occidentaux*, coll. « Points », Paris, Éditions du Seuil, 1986, 316 p. (p. 12).

12. *La deuxième république des États-Unis*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, 444 p.

13. Bruce Ackerman, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, 434 p.

concept de régime. Il entend par régime constitutionnel « la matrice de rapports institutionnels et de valeurs fondamentales ordinairement considérée comme la toile de fond de la vie politique ordinaire. » Outre le droit formel écrit posé par la constitution, B. Ackerman inclut dans le régime ce qu'il appelle tantôt les « idéaux constitutionnels organisateurs¹⁴ », tantôt des « valeurs fondamentales ». Ces idéaux s'accompagnent d'une « culture permanente d'une tradition historique concrète¹⁵ », d'une « tradition continue du discours¹⁶ », dont les tribunaux sont, selon l'auteur, les porte-voix privilégiés.

David Easton accorde une grande place au régime politique dans sa théorie du système politique. Selon lui, le régime représente un élément relativement stable de ce système qui combine trois composantes : les valeurs instituées, un corpus de normes, légales et coutumières, et une structure particulière de l'autorité qui répartit les rôles¹⁷. Ainsi, le régime englobe bien plus que la constitution, au sens formel du terme. Il comprend selon D. Easton, « les parts des attentes établies qui peuvent difficilement être considérées comme faisant partie de la Constitution, qu'elle soit formelle ou informelle, écrite ou coutumière, même dans un système hautement légaliste¹⁸. » Tout comme le fera B. Ackerman, D. Easton recourt au concept de matrice pour désigner le régime dans son ensemble : « Le régime se réfère à la matrice générale des attentes régularisées dans les limites desquelles les actions politiques sont habituellement considérées comme dotées d'autorité, quels que soient la manière et le lieu où ces attentes sont exprimées¹⁹. » Or, bien que la science politique canadienne, qui a emprunté beaucoup à l'analyse systémique de D. Easton, fasse peu de cas du régime politique, plusieurs politologues semblent présupposer que la réforme de 1982 a significativement modifié le régime politique canadien²⁰.

14. Bruce Ackerman, *ibid.*, p. 175.

15. *Ibid.*, p. 46.

16. *Ibid.*, p. 52.

17. David Easton, *Analyse du système politique*, p. 182.

18. *Ibid.*, p. 182.

19. *Ibid.*, p. 182.

20. Voir notamment : Alan C. Cairns, « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade », dans *La Charte : dix ans après*, Gérard A. Beaudoin (dir.), Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1992, 238 p. (p. 171). Voir : « The Politics of Constitutional Renewal in Canada » dans *Redesigning the State; the Politics of Constitutional change*, Keith G. Banting et Richard Simeon (dir.), Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 130. Voir aussi : Roger Gibbins, « The Impact of the American Constitution on Contemporary Canadian Constitutional Politics » dans *The Canadian & American Constitutions in Comparative Perspective*, Marian C. McKenna (dir.), Calgary, University of Calgary Press, 1993, p. 131-145.

LA FONCTION INSTITUTIVE DU JUGE EN DÉMOCRATIE DUALISTE SELON BRUCE ACKERMAN

Dans son ouvrage *Au nom du peuple*, B. Ackerman soutient que la constitution américaine de 1787 n'est pas si écrite qu'on croit; elle demeure gouvernée par des «méta-normes» non écrites qui, parallèlement à la procédure formelle d'amendement, permettent au peuple américain d'instituer un nouveau régime, soit un nouvel ordre de valeurs et d'idéaux, appelés à régir la loi suprême du pays. Selon B. Ackerman, ce mécanisme informel combine la prééminence présidentielle et le pouvoir qu'ont les juges de codifier le droit. Si c'est le président qui a l'initiative de la réforme et la responsabilité de mobiliser les élus et la population autour de son projet, les juges n'interviennent qu'à la toute fin, une fois seulement que le peuple a parlé, par des «actes solennels et fondés», en faveur d'un nouveau régime constitutionnel. Auquel cas, les juges doivent accepter de codifier par leurs interprétations les principes du nouveau régime dans l'ordre constitutionnel légué par les régimes précédents. Se pose alors aux juges le problème de ce que B. Ackerman appelle la synthèse inter-générationnelle²¹.

Ce problème est de savoir incorporer les principes du nouveau régime dans la constitution et de savoir conserver la validité des principes précédents, quitte à les réinterpréter et à ordonner autrement leur sens et leur importance. Le juge a donc une fonction éminemment conservatrice; il sauvegarde les régimes anciens et fait advenir le nouveau. Les thèses de B. Ackerman postulent donc la légitimité et l'existence aux États-Unis d'une forme «irrégulière» d'amendement de la constitution²².

Les idées de B. Ackerman peuvent-elle se transposer dans le contexte d'une démocratie moniste, comme la démocratie canadienne, qui «attribue aux élus du peuple le pouvoir absolu de le représenter, et par là même le pouvoir souverain de faire la loi et de la défaire^{23?}»

21. Ce que B. Ackerman appelle la «synthèse entre les générations». Voir: chapitre IV, section «La cour suprême: le problème de la synthèse», p. 126-146. Voir également le chapitre V relatif à la république moderne après le *New Deal*, p. 156-176.

22. Ces thèses ont suscité aux États-Unis beaucoup d'intérêt sans toutefois faire l'unanimité. Pour avoir un aperçu des débats, voir le numéro de novembre 1999 de la revue *Constitutional Political Economy*, et notamment: Keith E. Whittington, «From Democratic Dualism to Political Realism: Transforming the Constitution», *Constitutional Political Economy*, vol. 10, n° 4, 1999, p. 405-414. Les travaux d'Ackerman inspirent aussi les juristes français. Voir Jean-Michel Blanquer, «L'ordre constitutionnel d'un régime mixte», *Revue du droit public*, 1998, 5/6, p. 1527-1540.

23. Formulation empruntée à B. Ackerman.

Cette transposition soulève deux difficultés. Les sciences sociales et le droit public ont assez peu porté attention à l'étude des caractéristiques du régime politique canadien, de son évolution et de ses traditions intellectuelles, qu'elles aient étudié certains de ses éléments, insérés dans le cadre d'analyse du système politique global. Or, le régime politique canadien n'est ni vraiment le parlementarisme anglais, ni encore les républicanismes américain ou français. Autre difficulté : l'histoire politique du pays ne se prête guère au découpage auquel B. Ackerman soumet l'histoire américaine. On ne peut dire qu'au Canada de grandes mobilisations populaires ont provoqué ou accompagné les changements du — ou de — régime, alors que, selon l'auteur, elles auraient instauré des régimes nouveaux aux États-Unis, en nette rupture avec les précédents, par une voie autre que le droit formel applicable — en 1787, le droit confédéral et, par la suite, la procédure formelle d'amendement. Au Canada, le régime a évolué en grande partie par l'édition de lois constitutionnelles, adoptées par le parlement de Westminster, dont la dernière date de 1982. Le peuple n'a pas pris une part directe à la fondation et à la rénovation du régime, que ce soit par référendum ou par convention constitutionnelle, procédures de démocratie directe dont les libéraux républicains avaient réclamé en vain l'instauration au XIX^e siècle²⁴. Une partie de cette évolution s'est réalisée par le droit non écrit. La Loi constitutionnelle de 1982, qui vient systématiser la définition des normes constitutionnelles²⁵, laisse toutefois subsister ce droit avec le droit écrit.

L'INSTITUTION JUDICIAIRE DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL EN DÉMOCRATIE MONISTE: UNE ANALYSE DES DÉCISIONS DE «SYNTHÈSE» DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Néanmoins, les théories de B. Ackerman ne sont pas totalement inapplicables au cas canadien. Il est possible d'envisager que, même dans une démocratie moniste, les juges se livrent à un exercice de synthèse, certes différent de celui auquel se livreraient les juges américains. Cet exercice consiste à enregistrer les transformations du

24. Pour ce qui est de la réclamation d'une convention constitutionnelle sur le modèle américain, voir le «testament politique» de l'ancien chef du parti Patriote, sa conférence à l'Institut canadien de Montréal du 17 décembre 1867, dans Louis-Joseph Papineau, *Un demi-siècle de combats. Interventions publiques*, choix de textes et présentation par Yvan Lamonde et Claude Larin, Montréal, Fides, 1998, p. 575-611.

25. Voir : par. 52(2), *Loi constitutionnelle de 1982*.

régime et à concilier, par de nouvelles interprétations de l'histoire et de la constitution, certains principes invariants du régime et les mutations survenues. Nous irons même jusqu'à avancer cette hypothèse : au cours des dernières années, une des tâches de synthèse de la Cour suprême du Canada a été la conciliation des principes non républicains du régime et l'évolution démocratique de ce dernier²⁶. Cette tâche particulière sera illustrée à partir de plusieurs décisions de la Cour, rendues entre 1981 et 1998. De manière plus générale, la synthèse que doit opérer la Cour consiste à harmoniser les éléments structurels du régime politique canadien – le parlementarisme, l'unité du système judiciaire, etc. –, régis pour la plupart par le droit non écrit, avec le nouveau constitutionnalisme introduit par la réforme de 1982. Cette tâche d'harmonisation apparaît notamment dans toutes les décisions où la Cour s'emploie à invoquer ce qu'elle appelle le « régime constitutionnel » canadien. Cette fonction ne consiste donc pas seulement à défendre le régime constitutionnel en place contre toute atteinte législative, comme si le régime était un ordre de principes déjà posés²⁷. Dans la mesure où un « régime, c'est la mise en œuvre d'une idéologie », comme l'observait Georges Burdeau²⁸, une cour suprême, maîtresse de l'interprétation d'un ordre constitutionnel où le droit non écrit prend une grande part, est l'instance qui met en forme les schémas idéologiques sous-jacents au régime en place.

Illustrons notre propos. Dans un renvoi de 1981, la Cour dut décider si le gouvernement fédéral canadien pouvait légalement entreprendre seul une réforme majeure de la constitution en demandant au parlement de Westminster de renoncer à son résidu de souveraineté sur le Canada²⁹. Plusieurs États provinciaux opposés à ce projet prétendaient qu'une convention constitutionnelle, une norme non écrite née de la pratique intergouvernementale canadienne, exigeait leur consentement préalable. Pour résoudre le litige, la Cour devait considérer une vieille loi impériale édictée en 1867, silencieuse sur le

26. Par principes non républicains, on peut entendre les principes du régime constitutionnel canadien dont le sens ou l'origine dérivent de la monarchie anglaise, ou qui s'opposent à la reconnaissance de la souveraineté populaire et de la séparation des pouvoirs.

27. Selon Loïc Philip, la défense du régime, des principes qui sont à sa base, est l'une des grandes missions des cours constitutionnelles. Cela dit, l'auteur ne s'étend guère sur ce qu'est cette défense et comment elle se distingue de la protection des droits fondamentaux. Voir : Loïc Philip, « Les cours constitutionnelles » dans *Traité de science politique. Les régimes politiques contemporains*, Jean Leca et Madeleine Grawitz (dir.), Paris, Presses universitaires de France, 1985, tome 2, p. 406-445.

28. Georges Burdeau, *Traité de science politique. Les régimes politiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, tome V, 3^e éd., 1985, p. 355.

29. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S., 753.

mode d'amendement de la constitution, qui se bornait à décrire sommairement certains rouages d'une monarchie parlementaire fédérale dont la constitution devait reposer sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. La Cour se sortit d'affaire en reconnaissant l'existence en droit des conventions constitutionnelles, règles non écrites mais obligatoires politiquement, qui viennent corriger le droit écrit ancien.

Bien qu'elles ne fassent pas l'objet d'une formulation juridique définitive et officielle, ces règles possèdent néanmoins une valeur obligatoire que les acteurs politiques ne peuvent enfreindre sans s'exposer à la sanction du peuple ou de leurs collègues. Les conventions constitutionnelles jouent un rôle central dans un système de droit non écrit, tel que celui qui existe au Canada, importé du modèle britannique : elles viennent assouplir et moderniser les règles de droit écrit pour les rendre conformes aux principes de légitimité ou aux valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Si la constitution du Canada accorde formellement aux représentants du monarque le pouvoir législatif et le pouvoir de dissoudre la chambre élue, par l'effet de conventions développées depuis 1867, les détenteurs réels de ces pouvoirs sont devenus la chambre élue et le premier ministre, détenteurs légitimes de l'autorité étatique. Selon la Cour, les conventions constitutionnelles s'imposent aux acteurs politiques au même titre que les règles de droit écrit ; seulement, leur sanction relève du domaine politique, c'est-à-dire des institutions étatiques non judiciaires, de l'opinion publique, voire de l'électorat, les tribunaux étant incompétents pour en sanctionner l'observance. Même si la violation de ces conventions n'entraîne aucune sanction juridique, ce droit non écrit peut revêtir plus d'importance que les lois écrites. À ce titre, il est une « partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel³⁰. » Malgré le caractère changeant, incertain ou vague de ces conventions et l'absence de sanctions juridiques qui leur sont attachées, les tribunaux les « codifient », la forme écrite du jugement les obligeant à les décrire et à les commenter, bref à se prononcer sur leur existence³¹.

Par un exercice magistral et patent de « législation judiciaire », la Cour constatait donc l'évolution démocratique du régime et indiquait le mécanisme de cette évolution, à savoir ces normes non écrites qui désignent le premier ministre, chef du parti majoritaire en chambre, comme le détenteur légitime de l'autorité gouvernementale. Cette reconnaissance de la mutation démocratique du régime comporte

30. *Ibid.*, p. 883. Ambiguïté de traduction, la version française du jugement parle de « régime constitutionnel », alors que l'anglais emploie l'expression « constitutional system ».

31. *Ibid.*, p. 885.

toutefois une contrepartie non républicaine. Cette complémentarité s'accorde tout à fait avec la conception burkéenne de la constitution qui fait des juges et des acteurs politiques des représentants fiduciaires du peuple et qui laisse à la coutume, à son évolution graduelle et « organique », le soin d'adapter le régime³². C'est sous les auspices de ce droit non écrit que le parlementarisme canadien a permis la concentration progressive des pouvoirs dans la personne du premier ministre fédéral qui domine et son parti, et le parlement, et l'administration publique³³. Le droit écrit, qui ne mentionne ni la fonction de premier ministre, ni *a fortiori* l'étendue de ses pouvoirs réels, laisse entièrement jouer le droit informel et les usages politiques³⁴.

Dans une autre affaire, tranchée en 1993, qui ne mettait pas en jeu à proprement parler la Charte canadienne, la Cour acheva une nouvelle fois une synthèse constatant les mutations du régime constitutionnel canadien. La Cour devait décider si une cour supérieure d'un État provincial pouvait contrôler la validité d'une loi adoptée par un autre État dans une action civile en dommages-intérêts³⁵. Cette affaire fut l'occasion pour la Cour de statuer sur les fondements de la compétence constitutionnelle des tribunaux supérieurs au Canada. Deux difficultés se présentaient à la Cour. Le contrôle de la validité des lois au regard du partage des compétences législatives, exercé depuis bien avant la réforme de 1982, ne trouvait pas de fondement juridique dans le droit constitutionnel écrit. Ce contrôle s'était institutionnalisé après 1867 du fait de la prédominance du droit colonial anglais sur le droit canadien et de ce que jusqu'en 1949, une juridiction britannique pouvait contrôler la validité du dernier au regard du premier. Autre difficulté : la Loi constitutionnelle de 1982 ne réglait pas non plus la question de la compétence des tribunaux. Bref, cette dernière loi de Westminster élargissait le bloc de constitutionnalité tout en laissant intacte la question des fondements du contrôle exercé par les cours supérieures sur les lois. Autre parfaite illustration du caractère conservateur de la réforme de 1982.

Or, la Cour profita de cette affaire pour affirmer que « les cours supérieures des provinces sont investies d'une compétence inhérente pour appliquer les dispositions des lois constitutionnelles qui lient les

32. Frank O'Gorman, *Edmund Burke. His Political Philosophy*, Bloomington & London, Indiana University Press, 1973, 153 p. Voir notamment le chapitre 2 « The British Constitution », p. 45-66.

33. Sur ce phénomène, voir : Donald J. Savoie, *Governing from the Centre. The Concentration of Power in Canadian Politics*. Toronto, University of Toronto Press, 1999.

34. Voir : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 4^e éd., 1996, (section 1.2).

35. *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

gouvernements au Canada.» Par inhérente, il faut entendre que le pouvoir de contrôle de ces cours peut s'exercer en dépit de l'absence d'une habilitation expresse dans la constitution, et ce de manière continue, sauf si un autre tribunal est désigné par le législateur. C'est donc une compétence à la fois autonome et résiduaire. Et comment la Cour justifie-t-elle cette conception de la compétence des tribunaux supérieurs ? Voici sa réponse :

Cette question revêt cependant un autre aspect plus fondamental. Les cours supérieures des provinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. Constituées par les provinces en vertu du par. 92(14) de la Loi constitutionnelle et présidées par des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral [...], elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale³⁶.

La Cour rappelle ici les fondements monarchiques de la compétence des tribunaux supérieurs au Canada. Ces derniers apparaissent à ses yeux comme « l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers » et détiennent cette compétence par la légitimité que leur conférerait une certaine analogie historique qui les poserait en héritiers des cours royales de justice émanant du souverain britannique. La compétence des tribunaux canadiens trouve donc un fondement autonome, sans lien avec le droit écrit de la loi fondamentale ; elle semble s'appuyer, pour parler en des termes wébériens, davantage sur une légitimité traditionnelle que sur une légitimité rationnelle. (À moins que la Cour ne laisse entendre, mais fort maladroitement, qu'il s'est opéré au Canada un transfert d'autorité du monarque et de ses représentants vers les tribunaux.) Cette conception de la compétence inhérente des tribunaux supérieurs permet ensuite à la Cour d'établir l'égale aptitude de tous les juges du système judiciaire canadien à interpréter et à appliquer la constitution. De la même façon, la Cour justifie l'exercice de sa « juridiction unificatrice » sur les tribunaux des États provinciaux. En insistant ainsi sur le caractère unitaire du système judiciaire qu'elle préside, la Cour promeut l'idée d'une Common Law souveraine qui règne, inaltérable, malgré les mutations du régime et qui puise sa légitimité dans un octroi royal d'un temps immémorial. Par cette synthèse, la Cour

36. Le juge La Forest cite ici un passage du jugement rendu par le juge Estey en 1982. Voir : *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 326 et 327. Cette affirmation du juge Estey reprend un principe établi par plusieurs précédents de la Cour. Voir note 6.

atténue les nouveautés de la réforme de 1982, qui ne font dans son esprit qu'étendre la portée d'une juridiction inhérente, préexistante aussi bien à la réforme de 1982 qu'à la loi fondatrice du Dominion.

La Cour revint à une autre occasion sur la compétence inhérente des cours supérieures. En 1995, dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd*³⁷, elle exposa ce que l'on pourrait appeler une conception « essentialiste » de la compétence judiciaire. La Cour fit sienne la doctrine du juriste anglais I.H. Jacob qui s'efforça de définir la compétence inhérente de la Haute Cour de Justice d'Angleterre³⁸. Selon ce juriste, la compétence juridictionnelle émane « non pas d'une loi ou d'une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice. » Cette compétence est inhérente en ce sens qu'il « s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure ; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice³⁹. » Une fois de plus, la Cour insiste sur le rôle crucial que jouent les cours supérieures, descendantes des cours royales de justice d'Angleterre, à l'intérieur du régime constitutionnel canadien, pour conclure que ces cours « doivent avoir les pouvoirs qui constituent leur essence même⁴⁰. » Bref, dans cette affaire, la Cour combine filiation monarchique et essentialisme juridictionnel pour fonder la compétence inhérente des tribunaux supérieurs canadiens.

Peu à peu, la Cour devrait résoudre les difficultés qu'a soulevées l'insertion du nouveau constitutionnalisme de 1982 dans le régime politique canadien. Deux difficultés finiraient par poindre. Le contrôle de constitutionnalité induit dans le système politique une logique de contestation de l'autorité et des interventions de l'État. Dans un régime parlementaire, cette logique peut inciter des groupes à contester le fonctionnement interne du parlementarisme. Ensuite, cette logique de contestation, qui tend à englober tout le champ du politique, sollicite tout particulièrement la fonction de synthèse assumée par les juges canadiens. Comme la constitution canadienne est formée d'un droit, en partie écrit, en partie non écrit, les juges doivent expliciter les principes structurels sous-jacents au régime et les accorder avec le libéralisme multiculturaliste de la Charte canadienne. Et ce rôle d'explicitation des tribunaux revêt d'autant plus

37. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

38. I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court », *Current Legal Problems*, vol. 23, 1970, p. 23.

39. Passages cités et soulignés par le juge Lamer.

40. Paragr. 36.

d'importance que le constituant est parvenu difficilement à se prononcer, notamment depuis l'incorporation en 1982 d'une nouvelle procédure d'amendement.

Dès 1987, la Cour suprême dut éclaircir les rapports entre le nouveau droit constitutionnel ajouté en 1982 et le droit ancien toujours en vigueur. Dans un renvoi fait par le gouvernement ontarien, elle fut saisie d'un projet de loi prévoyant le financement public des écoles catholiques séparées qui jouissaient depuis 1867 de certains droits et privilèges protégés par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867⁴¹. Dans sa décision, la Cour dut admettre que, bien que l'octroi de protections aux écoles confessionnelles heurtât la logique de l'égalité de statut et de droits induite par la Charte canadienne, celle-ci n'abrogeait ni ne modifiait les protections accordées par le droit constitutionnel préexistant.

Une autre difficulté de synthèse se présenta en 1993, quand la Cour dut statuer si le refus de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse d'ouvrir les tribunes du public aux médias pour filmer les débats était une atteinte à la liberté d'expression⁴². Cette contestation était problématique en ce que le statut, le fonctionnement interne, les privilèges et la composition des assemblées législatives sont partiellement définis par le droit constitutionnel écrit. Les droits individuels devraient-ils pouvoir faire entrer leur logique, et partant, le contrôle des tribunaux, dans l'enceinte des corps élus ? La Cour opta pour une lecture conservatrice de l'évolution de constitutionnalisme au Canada. Tout d'abord, elle disposa que la définition de la « Constitution du Canada » offerte par l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 n'est pas exhaustive. Le droit constitutionnel canadien ne se borne ni au droit écrit, ni aux lois constitutionnelles auxquelles renvoie cet article. Ensuite, elle fit entrer les privilèges des assemblées législatives dans le droit non écrit. Ainsi, le fondement normatif du parlementarisme au Canada se trouve dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, aux termes duquel le Dominion sera doté d'une « constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni. » Cette double assertion étant faite, la Cour put conclure que les privilèges dits « inhérents » des assemblées législatives échappent au contrôle juridictionnel. Au dire de la juge McLachlin, l'enchâssement d'une charte constitutionnelle écrite « n'annule pas l'intention manifeste exprimée dans le préambule de notre Constitution que le Canada conserve les préceptes constitutionnels fondamentaux qui sous-tendaient la démocratie parlementaire britannique. » Or, les privilèges

41. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

42. *New Brunswick Broadcasting Co. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

nécessaires au bon fonctionnement des corps législatifs du Canada font partie des principes non écrits et non exprimés du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867. Ils ne sont ni abrogés ni diminués par la garantie écrite des droits individuels qui s'applique à « la législature et au gouvernement de chaque province⁴³ ».

Cette lecture conservatrice de l'inclusion de la Charte canadienne dans le régime constitutionnel ne semble pas avoir rallié tout à fait la Cour. Dans l'affaire *Harvey*, la Cour valida à l'unanimité une loi du Nouveau-Brunswick qui rendait inéligible pour une période de cinq ans tout député déclaré coupable d'un acte illicite. Une majorité de juges résolut de ne pas décider si l'inéligibilité échappe au contrôle fondé sur la Charte, les parties n'ayant pas soulevé cette question. La juge McLachlin réitéra ses thèses sur l'immunité des privilèges parlementaires à l'égard de ce contrôle. Par une distinction laborieuse, le juge en chef Lamer, s'appuyant sur l'article 32 de la Charte, établit que tout privilège exercé conformément à la loi tombe sous le contrôle judiciaire, alors qu'un privilège prévu par le règlement interne de l'Assemblée y échappe⁴⁴.

La décision rendue dans *New Brunswick Broadcasting* est l'une des premières où la Cour a dû se prononcer sur sa fonction d'explicitation et de transposition des principes structurels inexprimés du régime constitutionnel. Elle y est revenue en 1997, dans deux renvois qui soulevaient la question de la garantie de l'indépendance de la magistrature⁴⁵. Plusieurs États provinciaux demandaient à la Cour d'examiner si leurs propres juridictions jouissaient effectivement de la garantie d'indépendance prévue à l'al. 11d) de la Charte canadienne. Or, cet alinéa ne vise que les tribunaux qui exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation. Il ne s'applique donc pas aux cours exerçant une juridiction civile. Cependant, une fois de plus, le droit non écrit vient au secours des lacunes du droit écrit. Si elle est partiellement reconnue par diverses dispositions des lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, l'indépendance de la magistrature n'en demeure pas moins, selon la Cour, une norme constitutionnelle non écrite.

L'idée de régime apparaît encore une fois dans le jugement rendu dans ces renvois. « Notre constitution, écrit le juge Lamer, est dérivée d'un régime constitutionnel dont les règles fondamentales ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents

43. Art. 32, Loi constitutionnelle de 1982.

44. *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996], 2 R.C.S. 876. Voir paragr. 2.

45. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

faisant autorité⁴⁶». Une bonne partie du droit non écrit est ainsi constitutionnalisé par le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867. Celui-ci énonce «les principes structurels de la Loi constitutionnelle de 1867» et invite les tribunaux à transformer ces principes «en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel⁴⁷.» La fonction supplétive du droit non écrit se réalisera donc par la jurisprudence de la Cour qui verra notamment à définir la nature et l'étendue de la coexistence du «régime britannique de gouvernement» importé au Canada et de la Charte canadienne fondée sur la suprématie constitutionnelle. Toutefois, la dérivation judiciaire des principes constitutionnels ne s'arrêtera pas à la définition des termes de cette coexistence. Le juge Lamer donne en exemple de nombreux principes structurels forgés par la Cour : le principe de la reconnaissance totale dans tout le système juridictionnel canadien des décisions de justice ; le principe de la suprématie de la loi fédérale sur la loi provinciale en cas de conflit ; la primauté du droit et la déclaration d'invalidité avec sursis, l'électivité des institutions parlementaires, les privilèges inhérents des corps législatifs, etc. Bref, la Cour se considère comme une juridiction constituante du droit non écrit, lequel enveloppe de ses présupposés un noyau de droit écrit. C'est elle qui définit l'un et interprète l'autre, comme c'est elle qui fait coexister l'un avec l'autre, en vertu d'une compétence inhérente qui est en elle-même un élément «immanent» du régime constitutionnel canadien.

Cependant, la décision de ranger le principe de l'indépendance judiciaire dans le droit non écrit, déduit d'un préambule très imprécis, plutôt que dans le droit écrit qui y consacre plusieurs dispositions⁴⁸, est problématique à plus d'un point de vue. Selon les juristes Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, cette incorporation était inutile⁴⁹ ; sans être systématique, le droit écrit donne à l'indépendance judiciaire une protection suffisante pour les tribunaux tant civils que criminels. De plus, s'il est vrai que le préambule de la Constitution de 1867 fonde l'indépendance judiciaire, il s'ensuit alors que ni la clause limitative de la Charte, ni le pouvoir dérogatoire ne peuvent être invoqués pour limiter ce principe, puisque ces dispositions ne s'ap-

46. Paragr. 92. La version anglaise du jugement parle de «constitutional order».

47. Paragr. 104.

48. Voir les articles 96 à 101 relatifs aux cours supérieures dans les États provinciaux de la Loi constitutionnelle de 1867, abondamment étudiés par les juristes canadiens.

49. Jean Leclair, Yves-Marie Morissette, «L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n° 3, 1999, p. 494.

pliquent qu'aux garanties de la Charte⁵⁰. Plus problématique encore est la lecture que le juge Lamer tire de l'histoire constitutionnelle britannique et canadienne. Or, comme l'observe le juge La Forest dans sa dissidence, le droit anglais n'a jamais posé de limite au pouvoir du Parlement, détenteur de la souveraineté, de porter atteinte à l'indépendance de la magistrature⁵¹. Et quant à affirmer que le préambule de la constitution de 1867 contient le principe général de l'indépendance judiciaire, inspiré de la séparation des pouvoirs comme le laisse entendre le juge Lamer, cela tient, selon les deux juristes, de la « manipulation » de l'histoire et de la « mythification » de la constitution de 1867. Aucun élément de preuve historique ou juridique ne permet d'établir selon eux que cette constitution, document technique rédigé pour l'administration d'une colonie, ait pu incorporer des idées tirées des Lumières américaines et européennes. Cette réécriture de l'histoire canadienne et britannique est également problématique en ce que la Cour cherche à limiter le « pouvoir des législatures sans s'appuyer sur des textes explicites⁵² ». MM. Leclair et Morissette reprochent à la Cour de vouloir « faire de la magistrature un cénacle imperméabilisé à l'encontre de toute intervention gouvernementale⁵³ ».

Si éclairante soit l'analyse doctrinale que ces auteurs font de l'avis de la majorité dans ces renvois de 1997, elle a toutefois le défaut de se confiner à l'étude du droit relatif à l'indépendance judiciaire. Lorsqu'on met ensemble les décisions où la Cour joue avec le dualisme organique du droit constitutionnel canadien, la décision de la majorité ne paraît pas une surprise, si vulnérable soit-elle à la critique de l'histoire ou du droit. Cette décision met en lumière les jeux de textes et de légitimation auxquels se prête l'adaptation du régime constitutionnel par une Cour qui en maîtrise finalement tous les termes et qui a une nette prédilection pour le droit non écrit.

À la lumière de ces décisions, on comprend alors mieux l'attitude choisie par la Cour dans le renvoi sur la « sécession » du Québec⁵⁴. Elle y balisa le droit du Québec à faire sécession à partir de quatre « principes constitutionnels sous-jacents » : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, le respect des droits minorités. On voit encore la Cour s'étendre sur le dualisme organique des normes en droit constitutionnel canadien, ce mélange

50. *Ibid.*, p. 495.

51. Voir : juge La Forest, *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, par. 304-310.

52. Le juge La Forest, paragr. 316.

53. Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », *op. cit.*, p. 512.

54. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

de droit écrit et de droit non écrit, dont les tribunaux explicitent les principes du deuxième pour combler les lacunes du premier. Une fois de plus, la Cour tente de justifier l'existence de ce droit non écrit, fait de règles et de principes de base, en raison du fait « qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution⁵⁵. » Bien que les principes « sous-jacents » soient incorporés au bloc de constitutionnalité par une « allusion indirecte » d'un préambule, il serait « impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale⁵⁶. » Même si le droit écrit est silencieux sur le droit à la sécession d'un État provincial, ce silence ne saurait poser de difficultés aux juges. Depuis longtemps déjà, ils actualisent les fondements d'un régime constitutionnel qui ne s'exprime ni n'évolue par la seule voix, intermittente, du constituant. Cette digression, si elle établit la légitimité de la décision de la Cour, réitère aussi la légitimité générale du rôle prédominant que jouent les tribunaux au Canada dans la conservation et l'adaptation du régime constitutionnel.

Qui plus est, le Cour délimite du même coup le cadre normatif par le truchement duquel elle examinera la sécession du Québec. Bien que le droit constitutionnel écrit soit silencieux sur la question, la Cour comble cet apparent silence en créant ce qu'un analyste anglais appellera le droit commun constitutionnel (*constitutional common law*)⁵⁷. Plus riche et plus subtil à ses yeux que le droit écrit, ce droit constitutionnel implicite paraît le seul qui puisse réconcilier la légalité avec la légitimité démocratique. Comme le faisait remarquer Mark D. Walters, en réalité, bien que la Cour ait insisté sur la primauté de la constitution écrite, les motifs de son renvoi reposent en bonne partie sur un « antipositivisme » suivant lequel la constitution écrite n'est pas « souveraine » du tout⁵⁸.

Une fois ces principes posés, comment la Cour tente-t-elle de réconcilier l'existence d'un droit à la sécession avec le régime ? On voit la Cour en réaffirmer plusieurs principes, d'inspiration non républicaine. Tout d'abord, elle dut confirmer la validité de la procédure de renvoi, l'*amicus curia* ayant objecté que la Cour ne pouvait émettre d'avis consultatifs à l'exécutif, à moins d'y être autorisée par la constitution⁵⁹. L'un des motifs retenus par la Cour

55. Paragr. 32.

56. Paragr. 51.

57. Mark D. Walters, « Nationalism and the Pathology of Legal Systems : Considering the Quebec Secession Reference and its Lessons for the United Kingdom », *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, p. 382.

58. *Ibid.*, p. 384. Voir aussi : Donna Greschner, « The Quebec Secession Reference : Goodbye to Part V ? », *Forum constitutionnel*, vol. 10, n° 1, 1998, p. 23.

59. Voir paragr. 12.

pour justifier la validité de cette procédure, en dépit de l'absence d'une habilitation constitutionnelle, est que « la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. » Le législateur peut « à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux », même si, comme l'admet la Cour, « le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État⁶⁰. » On notera que dans plusieurs pays de droit anglo-saxon, la procédure du renvoi judiciaire est conçue comme une fonction exécutive. La *High Court* d'Australie, le plus haut tribunal du pays, a refusé d'entendre les demandes de renvoi, parce qu'il s'agit d'une fonction qui relève de l'exécutif et non des tribunaux⁶¹. La Cour suprême des États-Unis s'est objectée à de telles pratiques, pour la même raison⁶². De plus, on voit la Cour rejeter l'idée que la « volonté souveraine » d'une population suffise à instaurer un nouvel ordre constitutionnel⁶³. Elle confirme ainsi la doctrine canadienne de la valeur purement consultative, et non décisionnelle, du référendum⁶⁴. Au Canada, précise-t-elle, le pouvoir constituant appartient aux élus, et non au peuple⁶⁵.

Pendant, la Cour n'était pas si légaliste que de se rabattre sur ces seuls principes pour faire triompher la pure légalité d'un ordre fédéral inaltérable sur la légitimité démocratique d'un référendum. Elle ne pouvait pas fermer les yeux sur le fait que le mouvement souverainiste au Québec, après quelques intermèdes violents qui avaient marqué les années 1960 et le début des années 1970, a

60. Voir paragr. 15. Dans une opinion dissidente appuyée par trois autres juges, la juge McLachlin s'était déjà exprimée sur l'absence de principe strict de séparation des pouvoirs dans *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1995] 1 R.C.S. 725, paragr. 52 : « la Constitution canadienne n'est pas caractérisée par une séparation stricte du pouvoir judiciaire et législatif. »

61. *Re Judiciary and Navigation Act* (1921) 29 C.L.R. 257.

62. Voir : Hogg, déjà cité. Selon l'auteur, le recours à la procédure de renvoi est le signe qu'au Canada la séparation des pouvoirs entre les tribunaux et les autres organes de l'État n'est pas aussi nette et acceptée comme principe qu'elle le devrait.

63. Voir les paragr. 67, 75 et 76.

64. Parlant du référendum, la Cour dit : « La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel [...] » Voir paragr. 87.

65. Voir le paragr. 88 : « Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. »

emprunté une voie démocratique, acceptant de jouer le jeu politique d'après les règles du parlementarisme canadien. La Cour prend acte de cette mutation en créant de toute pièce dans le droit canadien un droit à l'autodétermination, dont elle balise les conditions et les étapes. Ainsi, un référendum obtenant une majorité claire positive fait obligation à la classe politique de négocier de bonne foi les termes de la souveraineté. La Cour entrevoit plusieurs possibilités : soit que la négociation réussisse et que l'accession à la souveraineté suive les formes prévues par la Constitution ; soit qu'elle échoue, aboutissant néanmoins à la reconnaissance internationale d'un nouvel État créé *de facto*, notamment si le Québec a négocié de bonne foi avec le reste du Canada dans le respect des principes posés par la Cour⁶⁶. Cependant, si la sécession devait advenir, peu importe qu'elle emprunte la voie formelle de l'amendement négocié ou la voie de la déclaration unilatérale, il apparaît que ce serait la Cour qui codifierait dans la constitution ce changement fondamental.

La Cour reconnaît donc la légitimité démocratique du projet souverainiste et valide ainsi dans son ensemble le recours au référendum comme démarche d'accession du Québec au statut d'État souverain⁶⁷. Elle va même jusqu'à dire qu'un vote majoritaire en faveur de la souveraineté du Québec mettrait les représentants politiques du reste du Canada dans l'obligation constitutionnelle de négocier avec le gouvernement de l'État du Québec les termes de ce projet⁶⁸. Affirmation que les souverainistes du Québec n'ont pas manqué de reprendre à leur compte pour crier victoire⁶⁹. Si la Cour est disposée à faire des concessions aux souverainistes sur le plan de la légitimité, sur celui de la légalité, par contre, elle n'en fait aucun⁷⁰. Elle subordonne entièrement la démarche d'accession du Québec à la souveraineté, fondée à deux reprises sur le principe démocratique, à l'ordre constitutionnel canadien, régi selon elle par quatre principes paradigmatiques d'une valeur égale. Sans exclure que la population du Québec forme un «peuple» au sens du droit international, la Cour refuse de lui appliquer le droit à l'autodétermination, puisque d'après elle, la population québécoise n'est ni en situation coloniale, ni opprimée, ni privée d'un

66. Voir paragr. 103. Également les paragr. 143, 144 et 155.

67. Voir paragr. 87 et 88.

68. Voir paragr. 88 et 92.

69. *Notes pour une déclaration liminaire du premier ministre du Québec*, M. Lucien Bouchard, au lendemain de l'Avis de la Cour suprême du Canada sur le renvoi du gouvernement fédéral, Québec, 21 août 1998. «La démarche souverainiste est légitime», *Le Devoir*, 22 août 1998.

70. Voir paragr. 104 : «Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada.»

accès réel au gouvernement⁷¹. À toutes fins utiles, le droit international le cède à l'ordre constitutionnel interne de la fédération⁷².

Ainsi, en créant un droit à l'autodétermination ressortissant au seul droit interne canadien, la Cour valide la primauté symbolique et juridique de cet ordre d'une part sur le droit international, et d'autre part sur les prétentions d'un mouvement souverainiste cherchant à fonder la sécession sur la volonté populaire. Ce faisant, elle maintient en place la validité et l'actualité de certains principes paradigmatiques du régime — le dualisme organique du droit écrit et droit non écrit⁷³ et certains principes non républicains — lequel n'accorde en droit qu'une valeur consultative au référendum et place le *locus* de la souveraineté dans le parlement⁷⁴.

La Cour suprême est donc l'instance de superlégitimation qui conserve et ordonne le régime constitutionnel d'une démocratie moniste et qui en instaure les mutations. L'avis consultatif d'août 1998 lui a permis de faire d'une pierre trois coups. Elle légitime de nouveau son rôle d'énonciatrice des principes constitutionnels implicites du régime, dont elle est « l'oracle⁷⁵ » et sa capacité de régler leurs rapports avec le texte écrit de la constitution. Elle se confirme également dans son rôle d'arbitre des conflits à l'œuvre dans la *politie* canadienne et affirme son aptitude à les « résoudre » par sa science du droit. De manière plus générale, elle confirme de nouveau la validité de l'ordre constitutionnel rénové en 1982 et en fait valoir la prééminence sur tout projet de sécession qui s'écarterait des principes balisés par elle. Enfin, elle enregistre une mutation démocratique du régime, soit l'émergence d'un mouvement souverainiste apte à observer les règles du parlementarisme canadien et à prendre le pouvoir, en conciliant cette évolution avec certains principes non républicains du régime constitutionnel. Quand bien des conflits menaceraient

71. Voir paragr. 136 et 138.

72. Michael Mandel, « Une Cour au service du gouvernement canadien », *Le Devoir*, 1^{er} octobre 1998.

73. S'agissant de la monarchie constitutionnelle anglaise, R. Carré De Malberg use du concept de « dualité organique des pouvoirs ». *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922 (Réédition Presses du CNRS, 1962), tome 2, p. 87 et suiv.

74. Les États-Unis font une plus large place à la démocratie directe. Voir Jame Gray Pope, « Republican Moments: The Role of Direct Popular Power in the American Constitutional Order », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139, n° 2, 1990, p. 287. On peut considérer la théorie du constitutionnalisme américain exposée par Bruce Ackerman comme une tentative de réconciliation de la tradition républicaine du pays avec le libéralisme.

75. José Woehrling, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 37, 1999, p. 3-27.

l'existence même de la *politie* canadienne, le régime constitutionnel, sous les auspices de la Cour, semble pouvoir les absorber, grâce aux ressources d'un droit non écrit dont elle n'a de cesse de repousser les bornes.

UNE CONCLUSION PROVISOIRE

Cette étude bien fragmentaire du rôle particulier que joue la Cour suprême dans l'institution du régime constitutionnel au Canada ne prétend pas en avoir éclairé tous les aspects ni tiré toutes les conséquences. Il faudra y revenir. Le constitutionnaliste Peter W. Hogg a su mettre en lumière une particularité de ce régime de droit semi-écrit : « Le réel désavantage d'une constitution qui ne soit ni écrite, ni complète est que les normes de la constitution ne s'offrent pas d'emblée à la connaissance des non juristes. Les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982 [...] se présentent plutôt comme des outils techniques à l'usage des juristes et dépourvus d'élégance, de concision et parfois difficiles à comprendre. Et, en aucune façon, elles n'incluent l'ensemble des normes du droit constitutionnel canadien⁷⁶. » Avec la Grande-Bretagne, le Canada fait partie des rares pays occidentaux dépourvus de véritable constitution écrite. Or, la conséquence d'un tel état de fait n'est pas que stylistique. Il détermine le régime politique même, lequel repose au Canada sur une idéologie et un ensemble de principes implicites relativement stables au fil du temps que les tribunaux canadiens, au premier chef la Cour suprême, se trouvent à énoncer et à rationaliser. Fait capital, le régime constitutionnel canadien se pense et s'institue par les juges ; cette institution judiciaire du régime, loin d'avoir diminué en importance avec la réforme constitutionnelle de 1982, semble s'être accentuée avec elle. Le régime constitutionnel canadien ne se rénovant guère par de grandes mobilisations démocratiques que fait aboutir la procédure d'amendement, le pouvoir judiciaire devient au Canada le gardien et le créateur d'un univers expansionniste de droit implicite qui enrobe un noyau ou vétuste, ou incomplet, de droit écrit, lui-même fort peu déterminé par le constituant. Cet expansionnisme d'une Common law constitutionnelle souveraine a pour corollaire une espèce d'*indignité* du droit écrit⁷⁷, comme s'il parlait pour ne rien dire.

76. Notre traduction. Peter W. Hogg, *op. cit.*, section 1.4.

77. Expression empruntée à Jeremy Waldron. Dans son récent essai, il constate que le droit écrit du législateur souffre en général d'une certaine indignité dans la théorie juridique anglo-saxonne par rapport au droit jurisprudentiel. Voir : Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 206 p.

En accomplissant cette œuvre constituante, le Cour suprême tâche néanmoins d'enregistrer les mutations du régime par la codification du jugement et de les concilier avec les principes invariants du régime. Pour attentive qu'elle soit à ces changements, elle veille à conserver le régime, s'érigeant en héritière d'une tradition immémoriale qui fait entrer la compétence des tribunaux dans la catégorie des essences et non dans celle des faits historiques et politiques.