

Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada

Danielle PINARD*

Ce texte s'intéresse au traitement de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada. Il traite de la notion de principe implicite, de ses justifications et de ses rôles, ainsi que de ses liens avec les idées de lacune et de complétude du droit. Il aborde de façon critique les quatre principales utilisations de ces principes par la Cour suprême du Canada, soulignant l'importante part de création judiciaire qu'elles mettent en œuvre, et la complaisance bienveillante dont les parlementaires font preuve face à ce qui n'a peut-être que les apparences de nouvelles limites imposées à leur souveraineté.

INTRODUCTION	2
I LA NOTION DE PRINCIPE IMPLICITE	3
1- Les principes implicites	4
A. Principes	4
B. Principes « implicites »	5
2- De possibles usages judiciaires	11
A. Interprétation du droit écrit	11
B. Comblement de lacunes	12
II QUELQUES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES CANADIENNES	17
III QUATRE CAS D'UTILISATION	19
1- <i>Le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i> : une solution exceptionnelle à un problème exceptionnel? Le principe implicite de la primauté du droit face à la règle écrite de la suprématie de la Constitution	20
2- <i>New Brunswick Broadcasting</i> : la Cour alliée des parlementaires? Le principe implicite des privilèges parlementaires face à la liberté de la presse expressément protégée	23
3- <i>Le Renvoi sur la rémunération des juges</i> : on n'est jamais si bien servi que par soi-même. Le principe implicite de l'indépendance judiciaire	25
4- <i>Le Renvoi sur la sécession</i> : l'art de rétablir le dialogue. Quatre principes implicites, un blocage politique et l'absence de poésie d'une procédure de modification constitutionnelle	27
CONCLUSION	31

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Ce manuscrit a été publié : Danielle PINARD, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada », (2007) 55 *JöR* 625.

INTRODUCTION

Au moment de l'écriture de ces lignes, on diffuse à la télévision une séance publique de comparution d'un candidat juge à la Cour suprême du Canada devant un comité parlementaire *ad hoc*¹. Il s'agit d'une première dans l'histoire de cette Cour. En effet, depuis la création de l'institution en 1875², les juges de la Cour suprême du Canada sont nommés par le gouvernement fédéral, en l'absence de tout rôle des parlementaires³. La constitutionnalisation d'une *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982⁴ a cependant accru une prise de conscience déjà latente de l'important pouvoir dévolu aux juges qui sont les arbitres ultimes du respect de la Constitution par l'État. On a notamment dénoncé le déficit démocratique du processus de leur nomination. Certaines mesures ont récemment été considérées en vue d'en assurer une plus grande transparence. La comparution publique de la personne dont on propose la nomination au plus haut tribunal du pays en fait partie.

Il est indéniable que la Cour suprême du Canada jouit d'un pouvoir considérable, surtout lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité des actes de l'État.

Cet important pouvoir judiciaire inhérent au contrôle de constitutionnalité s'est récemment manifesté au Canada par une utilisation nouvelle et créatrice de principes implicites dans la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dans quatre opinions rendues entre 1985 et 1997, la Cour a étonné la communauté juridique canadienne par une utilisation inhabituelle de principes non écrits.

Au nom du principe dit « fondamental » de la primauté du droit, la Cour suprême a prononcé en 1985 la validité fictive temporaire d'un ensemble considérable de lois qu'elle venait par ailleurs de déclarer inconstitutionnelles en se fondant sur le principe du constitutionalisme, celui-là expressément prévu dans la Constitution⁵.

La Cour a rejeté en 1993 une allégation de violation de la liberté de la presse au motif que le principe des privilèges parlementaires, en vertu duquel l'expulsion de journalistes de l'enceinte

¹ 27 février 2006.

² Il peut paraître surprenant que l'ultime tribunal d'appel n'ait pas été créé par le document constitutif du pays, le *British North America Act, 1867*, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [aujourd'hui et ci-après : *Loi constitutionnelle de 1867*]. Certaines craintes identitaires des Canadiens français de l'époque auraient à cet égard joué un rôle. Strayer écrit : « French Canadians feared that a final Court of Appeal for the whole of the Dominion would be composed predominantly by English-speaking protestant common lawyers who would neither understand the civil law nor be impartial where language or religious issues were involved » : Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e édition, Toronto, Butterworths, 1988, p. 22. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a donné au Parlement fédéral le pouvoir de créer une cour générale d'appel pour le Canada. En vertu de ce pouvoir, le Parlement fédéral a adopté en 1875 la *Loi sur la Cour suprême et la Cour de l'Échiquier*, L.C. 1875 c. 11. Cette loi se retrouve aujourd'hui sous la forme suivante : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. c. S-26.

³ *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 2, art. 4 (2).

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, ch. 11 (R.-U.) [ci-après : *Charte canadienne des droits et libertés*].

⁵ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, ci-après : *Renvoi sur le Manitoba*.

parlementaire avait été décidée en l'espèce, jouissait aussi, mais implicitement, d'une valeur constitutionnelle⁶.

En 1997, elle a inféré de la protection constitutionnelle ponctuelle de certains aspects de l'indépendance judiciaire l'existence d'un vaste principe constitutionnel non écrit d'indépendance de la magistrature⁷.

Elle a enfin décidé, en 1998, que certains principes constitutionnels sous-jacents encadraient l'exercice du droit à la sécession, et imposaient dans certains cas une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi à tous les acteurs du fédéralisme canadien⁸.

Dans chacun de ces cas, la Cour suprême du Canada a intégré dans son raisonnement des normes implicites qui ont en fait joué un rôle déterminant.

Cette utilisation judiciaire de principes implicites en a surpris plusieurs. Le Canada a certes historiquement hérité de la tradition juridique de *common law* de par sa conquête par l'Empire britannique. La création ou le développement de règles de droit par les tribunaux n'y est donc pas inconnue. Mais le statut colonial du Canada n'a pas seulement déterminé sa tradition juridique, il l'a aussi assujéti au principe de la suprématie du droit impérial sur le droit colonial. Puisque les principales lois constitutionnelles du Canada sont des lois britanniques, ce principe de la suprématie du droit impérial s'y est traduit par celui de la suprématie de la Constitution. Or, la jurisprudence canadienne a traditionnellement confiné aux seules règles constitutionnelles écrites le statut de préséance afférent à cette suprématie. Au-delà de l'étonnement initial, la reconnaissance judiciaire de normes constitutionnelles non écrites à statut supra législatif mérite donc attention et réflexion.

Le présent texte discutera de ces quatre décisions les plus significatives de la Cour suprême du Canada en matière de principes implicites (III), après avoir esquissé des éléments d'analyse de la notion même de principe implicite (I) et mis en relief certains traits particuliers du constitutionnalisme canadien qui délimitent la pertinence et la recevabilité de la notion au Canada (II).

I La notion de principe implicite

Avant d'esquisser certaines caractéristiques du contexte constitutionnel canadien qui en modulent l'application (II) et d'aborder certaines décisions judiciaires qui en ont traité (III), il importe d'abord de considérer la notion même de principe implicite. On verra la difficulté de définition des principes implicites et les possibilités de leur utilisation judiciaire, qui vont du simple usage argumentatif au comblement de lacunes dans la Constitution formelle.

⁶ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, ci-après : *New Brunswick Broadcasting*.

⁷ *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3, ci-après : *Renvoi sur la rémunération*.

⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, ci-après : *Renvoi sur la sécession*.

1- LA NOTION DE PRINCIPES IMPLICITES

Après avoir souligné la polysémie du terme « principe » et adopté une conception relativiste de la notion, on abordera ici les justifications requises par le caractère implicite des principes qui nous intéressent.

A. Principes

La notion de principe est inhérente au monde du droit. Selon les doctrines juridiques, on traitera tout simplement de principes, de principes généraux du droit ou encore de principes reconnus par les lois de la république. Tant la tradition romano-germanique que la tradition de *common law* reconnaissent l'existence de ces principes du droit⁹.

On se sert de la notion, mais on la définit rarement¹⁰.

La polysémie du terme est indéniable, Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* propose en ces termes une définition minimale des principes de droit, qui servira de point de départ:

Règles, noms ou constructions qui servent de base au droit, comme sources de sa création, application ou interprétation.¹¹

On y retrouve l'idée de base, de fondement. Les origines latines de l'expression lui donnent une connotation de commencement, d'origine fondatrice¹².

⁹ Voir René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2002. Ces auteurs écrivent, à propos de la première : « La collaboration des juriste à l'œuvre d'élaboration, et non seulement d'application, du droit se manifeste encore par l'usage qui est fait, dans les droits de la famille romano-germanique, de certains « principes généraux », que les juristes peuvent trouver parfois dans la loi elle-même, mais qu'ils savent aussi, à l'occasion et si cela se révèle nécessaire, trouver en dehors même de la loi » (p. 120). Ils ajoutent, à propos de la seconde : « Dans les pays de droit jurisprudentiel même, on a tendance à mettre au premier plan, plus que l'intervention de cette source subsidiaire du droit qu'est la raison, les « principes juridiques » qui résultent de l'ensemble des décisions judiciaires » (p. 295).

¹⁰ « [L]es juristes parlent (...) des principes juridiques comme d'une notion bien connue. Ils se dispensent ainsi de l'analyser », G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 326, cité dans Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république*, Aix-en-Provence et Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 2001, p. 85.

¹¹ André-Jean ARNAUD, Jean-Guy BELLEY et autres, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, « principes du droit ». On peut encore définir le principe comme : « [U]ne proposition dotée d'un haut degré de généralité ou d'indétermination sémantique, et qui constitue une règle première, élémentaire ou directrice dont il peut être tiré un certain nombre de conséquences », CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 85. Les auteurs canadiens Brierley et Macdonald réfèrent en ces termes aux principes généraux du droit : « [A] host of general notions deriving from political organization, the economic system and social regulation that sustain what has been described as the « western idea of law », John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, p. 128.

¹² Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, édition de 1994, « Principe : n.m. d'abord noté *principe* (fin XII^e s.), est emprunté au latin *principium*, dérivé de *princeps* « qui occupe la première place » ... Le mot latin désigne le commencement, l'origine dans le temps, en particulier le début d'un ouvrage, l'entrée en matière d'un discours; par abstraction, il désigne l'origine fondatrice, d'où, au pluriel *principia*, les éléments dont qqch. est formé, les fondements ».

Quoiqu'un caractère de généralité soit très souvent attribué à ces règles que l'on qualifie de principes¹³, Guastini suggère plutôt, et avec à propos, une compréhension relativiste du « principe », dont il dégage six conceptions non exclusives¹⁴. Il peut s'agir, selon lui, de propositions ayant :

- un haut niveau de généralité, ou
- un haut niveau d'abstraction, ou
- un caractère programmatique, ou
- un niveau élevé dans la hiérarchie des normes, ou
- un rôle spécialement important ou fondamental dans le système juridique, ou encore
- une fonction de sélection ou d'interprétation des normes applicables dans un cas donné.¹⁵

Il semble que « pour les conceptions relativistes, les principes juridiques ne constituent donc qu'un ordre flexible et transitoire »¹⁶.

Il apparaît en effet plus utile de s'intéresser à l'utilisation qui est faite de ces principes que de tenter désespérément de les définir ou d'en découvrir une essence propre.

B. Principes « implicites »

Le vocabulaire employé par la Cour suprême du Canada pour référer au type de norme auquel s'intéresse le présent texte est multiple. On y retrouve par exemple les termes principe implicite¹⁷, principes fondamentaux¹⁸, principes sous-jacents¹⁹, principes constitutionnels directs fondamentaux²⁰, principes structurels²¹, principes structurels sous-jacents non écrits²², ou encore principes constitutionnels non écrits²³. On utilisera ici tout simplement la notion de principe implicite.

On oppose les principes implicites aux principes écrits. La notion étroite de droit écrit, le « jus scriptum sensu juridico », connue de la doctrine du droit romain, renvoyait à un critère de validité

¹³ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2003, p. 100 : « Les principes généraux sont des règles de droit objectif ... exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité. ... Bien que cela semble un pléonasme, c'est la *généralité* des principes généraux du droit qui marque le mieux leur définition et les distingue des simples règles de droit ».

¹⁴ R. GUASTINI, « Sui principi di diritto », *Diritto e società*, no 4, 1986, p. 602, cité dans CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 87.

¹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, *id.*, pp. 87-88.

¹⁶ *Id.*, p. 88.

¹⁷ *Renvoi sur le Manitoba*, par. 750.

¹⁸ *Id.*, p. 724; *Renvoi sur la rémunération*, par. 95; *Renvoi sur la Sécession*, par. 49.

¹⁹ *Renvoi sur la sécession*, par. 1.

²⁰ *Id.*, par. 32.

²¹ *Renvoi sur la rémunération*, par. 95.

²² *Id.*, par. 107.

²³ *Id.*, par. 84; *Renvoi sur le Manitoba*, p. 766; *Renvoi sur la Sécession*, par. 52.

fondé sur l'autorité de l'auteur de la norme, notamment le souverain législateur²⁴. La notion de droit écrit réfère aujourd'hui à l'ensemble des règles adoptées par voie législative²⁵.

Les principes de droit peuvent donc être écrits, dans la mesure où, dans leur intégralité ou dans certaines de leurs manifestations, ils font l'objet d'une règle de droit exprimée dans des dispositions formellement adoptées par un parlement ou une autorité constituante afin de leur donner des effets juridiques. Ainsi, la présomption d'innocence est consacrée au Canada tant dans la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶ que dans le *Code criminel*²⁷. Le *Code civil du Québec* reconnaît le principe de la bonne foi²⁸. La *Loi d'interprétation* du Canada confirme le principe de la souveraineté parlementaire²⁹.

La question de la force normative de ces principes écrits et de leur place dans la hiérarchie des normes se résout en principe facilement : ils n'ont de force et de valeur que celles dont jouit le document écrit qui les consacre³⁰.

Les principes auxquels on s'intéresse ici sont cependant ceux que l'on dit non écrits, implicites ou sous-jacents. Ils ne sont pas formellement exprimés dans une disposition du corps d'un texte de droit écrit. Au mieux, on peut les rattacher, directement ou indirectement, à une mention d'un préambule. Au pire, ils ne font l'objet d'aucune reconnaissance dans le droit écrit.

C'est à propos de ces principes implicites que se poseront avec acuité les questions de leur rôle, de leur valeur juridique et de la légitimité de leur utilisation par les tribunaux.

L'existence de principes implicites semble bien souvent tenue pour acquise dans le monde du droit. Les ouvrages de doctrine y consacrent une section dans le chapitre sur les sources du droit. Les juges les mentionnent en passant, ou encore s'en servent comme fondement argumentatif principal de leur jugement.

Si l'utilisation judiciaire de principes écrits se situe dans la voie de l'orthodoxie constitutionnelle, le recours à des principes implicites requiert quant à lui un minimum de justification. La notion même de principe « implicite », avec sa connotation de préexistence, d'un état latent qui n'attend qu'une déclaration pour accéder au monde de l'action, et qui ne relève donc pas de la création judiciaire, demande des explications³¹. Plus déterminant sera le rôle du principe dans le jugement, et plus grande devrait être la nécessité de la démonstration de son existence.

²⁴ ARNAUD, *op. cit.*, note 11, « sources du droit ». Cette notion étroite de droit écrit est opposée à une autre, à la fois plus ancienne et plus englobante, basée sur la nature des moyens de connaissance.

²⁵ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2004, « droit écrit ».

²⁶ Par. 11d).

²⁷ *Code criminel*, L.R.C. c. C-46, art. 6 (1) a).

²⁸ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2805.

²⁹ *Loi d'interprétation*, L.R.C. c. I-21, art. 42.

³⁰ La question est peut-être plus délicate lorsque la mention du principe ne se retrouve que dans le préambule du document écrit. Voir *infra*.

³¹ Une chose dite implicite est en effet présentée comme pré existante, déjà là, attendant une découverte, et non pas une création. Le dictionnaire définit ainsi le terme implicite : « qui est virtuellement contenu dans une proposition, un fait, sans être formellement exprimé, et peut être tiré par déduction, induction », *Le Petit Robert* (1995).

Le degré de justification judiciaire du recours à des principes implicites se range sur un continuum qui va de l'absence totale à une tentative désespérée de rattachement au droit écrit, que d'aucuns ont située dans une vague d' « obsession textuelle »³², fruit d'un « cadre de pensée où le support textuel apparaît comme le remède à l'arbitraire »³³.

Il arrive que l'existence de principes implicites soit tout simplement affirmée par les tribunaux, sans plus, qui semblent alors tenir pour acquise leur inclusion dans le système juridique³⁴.

Certains principes implicites, sans toutefois faire l'objet d'une règle de droit écrit, trouvent cependant une certaine justification textuelle³⁵. On peut ainsi les rattacher à une disposition préliminaire ou au préambule de lois ordinaires ou de lois constitutionnelles.

S'il est admis que le préambule fait incontestablement partie d'une loi, on considère traditionnellement qu'il n'est pas, en soi, une source autonome de droit. Il formule des intentions, des valeurs, des idéaux³⁶. Le préambule peut énoncer le contexte factuel d'adoption d'une loi, son objet. Il est généralement utilisé à des fins d'interprétation des dispositions contenues dans la loi³⁷.

³² CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 253, qui cite D. Turpin.

³³ *Id.*, p. 254.

³⁴ Voir par exemple, pour une affirmation du principe de la souveraineté parlementaire par la Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525. On y lit, à la p. 548 : « À mon avis, cette disposition [par. 42(1) de la *Loi d'interprétation* : « Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi »] reflète le principe de la souveraineté du Parlement, lequel principe entraînerait des résultats identiques même dans l'hypothèse de l'inexistence ou de l'inapplicabilité de cette disposition ».

³⁵ La doctrine reconnaît cette distinction entre les principes implicites que l'on peut, d'une certaine façon, rattacher à des dispositions de droit écrit, et ceux pour lesquels un tel rattachement est impossible. Voir, par exemple, l'opposition qu'élabore Guastini entre les principes implicites qui résultent d'une interprétation du droit écrit et ceux qui sont « apocryphes », « totalement créés par les interprètes » : R. GUASTINI, « Principi di diritto », *Digesto*, IV ed., Torino, UTET, 1995, p. 68, cité dans CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 39, note 34; Dans le même sens, voir la distinction élaborée par Walters entre les « free-standing » et les « text-emergent unwritten constitutional norms » : Mark D. WALTERS, « The Common Law Constitution in Canada : Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law », (2001) 51 *University of Toronto L. J.* 91, p. 98; voir enfin, dans le même sens, Michel FROMONT, « Les normes constitutionnelles non écrites dans la République fédérale d'Allemagne », dans Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (sous la direction de), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2000, p. 131.

³⁶ « Le contenu des préambules se caractérise par la formulation de valeurs, d'idéaux (élevés), de convictions, de motivations, bref par la conception que se fait de lui-même le constituant », Peter HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, Aix-en-Provence et Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Économica, 2004, p. 221. Voir aussi, pour une approche des préambules sous l'angle de leurs objets politiques et rhétoriques, qui visent notamment une conscientisation citoyenne : Kent ROACH, « The Uses and Audiences of Preambles in Legislation », (2001) 47 *McGill L.J.* 129.

³⁷ Voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Thémis, 1999, pp. 72 et ss.; Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e édition, Toronto, Butterworths, 2002, pp. 296 et ss. Une telle considération classique du rôle des préambules a amené un auteur à écrire, en 1977, que : « le préambule de l'A.A.N.B. [Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867], quel que soit son contenu, aura une portée limitée de nature essentiellement interprétative », Louis SORMANY, « La portée constitutionnelle du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique », (1977) 18 *Cahiers de Droit* 91, 96. La Cour suprême du Canada infirmera ses prédictions.

Des interprètes du droit ont cependant fait jouer un rôle plus autonome à certains préambules de lois fondamentales³⁸. Ainsi, Le Conseil constitutionnel français a confirmé en 1971 que des principes auxquels renvoie le préambule de la Constitution française³⁹ jouissaient d'une valeur juridique telle qu'ils permettaient en eux-mêmes un prononcé d'inconstitutionnalité⁴⁰.

Le court préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit par exemple comme suit: « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit... ». L'existence du principe de la primauté du droit est donc expressément affirmée⁴¹.

La référence peut être plus globale, à un ensemble générique de principes. Ainsi, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* renvoie expressément aux principes généraux du droit⁴². De même, le préambule de la Constitution française renvoie aux principes généraux reconnus par les lois de la République⁴³.

D'autres préambules contiennent des mentions générales, à partir desquelles les tribunaux ont pu déduire l'existence de principes particuliers. Ainsi, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au Canada, renvoie en ces termes au droit anglais :

Whereas the Provinces ... have expressed their desire to be federally united into one Dominion ... with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom...

Il semble que les auteurs de ce texte aient en fait eu à l'esprit les conventions constitutionnelles nécessaires à l'existence d'un gouvernement parlementaire responsable⁴⁴. Même si l'on accepte depuis que les termes de la Constitution canadienne doivent être interprétés de façon généreuse et évolutive⁴⁵, on verra qu'il y a une distance spectaculaire entre l'intention initiale et le rôle que la Cour suprême du Canada a fait jouer à ce préambule. Elle y a en effet vu un renvoi aux principes

³⁸ Voir par exemple Alain-François BISSON, « Préambules et déclarations de motifs ou d'objets », (1980) 40 *Revue du barreau (Québec)* 58, qui rappelle, à la p. 59, que : « l'interprète habile ou, comme on dit, motivé, pourra y trouver des principes généraux du droit ou la confirmation de ces principes, spécialement lorsqu'il s'agit de préambules de lois fondamentales ».

³⁹ Il s'agit en fait de la notion de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république » contenue au préambule de la Constitution de 1946, et à laquelle fait référence le préambule de la Constitution de 1958. Voir CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 17.

⁴⁰ Voir la Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Le Conseil constitutionnel français y déclare certaines dispositions législatives non conformes à la Constitution en ce qu'elles sont contraires au principe de la liberté d'association qu'elle dit faire partie de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

⁴¹ Sur la référence à Dieu dans les préambules des lois constitutionnelles, voir HÄBERLE, *op. cit.*, note 36, pp. 223 et ss.

⁴² Le paragraphe pertinent de cette longue Disposition préliminaire se lit comme suit : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les *principes généraux du droit*, les personnes, les rapports entre les personnes ainsi que les biens » (je souligne), *Code civil du Québec*, précité, note 28.

⁴³ *Supra*, note 39.

⁴⁴ WALTERS 2001, *loc. cit.*, note 35, p. 130 : « [T]he primary objective behind the 'similar-in-principle' clause seems to have been to secure for Canada the various non-justiciable constitutional conventions necessary for a system of responsible parliamentary government ».

⁴⁵ Voir, sur cette question de l'interprétation évolutive de la Constitution canadienne, l'arrêt de principe du Conseil Privé de Londres : *Edwards v. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124.

constitutionnels britanniques, et s’y est amplement référée pour justifier l’existence de principes implicites en droit constitutionnel canadien⁴⁶.

Dans le cas des mentions générales de préambules, l’identification d’un principe particulier laisse au juge une marge d’appréciation certaine. Le rattachement au texte peut encore être invoqué au soutien de l’existence du principe⁴⁷, mais il n’est qu’indirect et ne joue qu’à titre d’assise formelle. Un pouvoir judiciaire important préside à son identification, mais cette dernière peut encore être présentée comme une simple découverte de ce qui est déjà là, reconnu par le texte.

L’utilisation judiciaire de ces principes implicites que l’on peut vaguement rattacher à une mention législative illustre la fragilité de la distinction formelle entre l’interprétation du droit écrit et l’utilisation de principes implicites pour combler une lacune du droit écrit⁴⁸.

L’interprétation du droit écrit est au cœur de la fonction judiciaire. C’est ce que font les juges. L’activité d’interprétation ne demande pas de justification. Elle ne donne en principe lieu à aucune critique d’usurpation de pouvoir⁴⁹. On peut être d’accord ou non avec l’interprétation retenue, mais on ne remet pas en question le fait que le juge ait agi dans les limites de sa compétence constitutionnelle. À l’opposé, le comblement de lacunes et le bien-fondé du recours à des principes non écrits doivent être expliqués. Il peut dès lors être tentant, lorsqu’une disposition de droit écrit fait une allusion obscure ou même indirecte à un principe implicite que l’on souhaite utiliser, de présenter ce que l’on fait comme un pur exercice d’interprétation des lois. On cherche ainsi à parer de la légitimité de l’interprétation un acte judiciaire beaucoup plus créateur. On verra par exemple que la jurisprudence canadienne a torturé certaines vagues expressions de ce tout aussi vague préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de leur faire dire ce que de toute évidence ils ne voulaient pas dire, ni par leur libellé, ni par leur objet ou leur histoire.

Qu’il s’agisse d’un principe expressément nommé dans un préambule ou encore d’une mention générale que l’on y retrouve et de laquelle un juge peut déduire l’existence d’un principe particulier, il demeure que le choix de la simple mention d’un principe dans un préambule, par opposition à son insertion dans la formulation d’une règle de droit dans le corps de la loi, laisse « implicite » sa valeur normative. L’autorité qui édicte le texte de droit écrit présume l’existence du principe, l’affirme, expressément ou par la voie d’une mention générale, mais s’abstient de

⁴⁶ Voir *infra*, partie III.

⁴⁷ Voir pour une telle affirmation, en droit canadien : WALTERS 2001, *loc. cit.*, note 35, p. 102 : « Thus, it was in order to provide both additional textual support for the authority of judicial review under unwritten law and a textually grounded guideline for the content of supreme unwritten law that McLachlin J. and Lamer CJC turned to the « similar in principle » recital in the preamble ».

⁴⁸ Voir *infra*, la question des lacunes. On réfère ici à l’utilisation de principes implicites présentée sous un angle d’interprétation des notions floues du droit écrit. L’intimité de la connexion entre interprétation du droit écrit et utilisation de principes implicites peut cependant aussi se manifester de façon inverse, lorsque seront interprétées de façon étroite des dispositions de droit écrit de façon à créer un espace de vide, de lacune susceptible d’être comblée par une règle autre, jugée plus adéquate, et déduite d’un principe implicite du droit.

⁴⁹ En matière constitutionnelle, on doit cependant admettre que certaines règles de droit écrit formulées en termes vagues ont donné lieu à des interprétations judiciaires particulièrement élaborées qui s’apparentent à de la création. On pense par exemple, en droit canadien, aux diverses étapes et méthodes requises pour l’identification d’une violation des droits à l’égalité (*Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497). Voir *infra*, Conclusion, pour d’autres exemples.

statuer sur sa valeur normative. Ce sont les interprètes du droit qui s’emparent alors de la question.

Une autre forme de justification des principes implicites consiste à en déduire l’existence d’un certain nombre de manifestations ponctuelles dans des règles de droit écrit⁵⁰. Est ici mise en œuvre une forme de raisonnement dialectique, qui permet d’inférer l’existence d’un principe à partir d’un certain nombre de reconnaissances ponctuelles dans le droit écrit, et de dire ensuite ce principe « sous-jacent », source ultime de ses manifestations ponctuelles. Le principe est ainsi à la fois la conséquence et la source de ses expressions précises dans des règles de droit écrit. Les principes sous-tendent un système juridique, et en résultent. Un mouvement dialectique est en œuvre: les principes fondent le droit, le nourrissent, tout comme leurs diverses manifestations ponctuelles dans le droit permettent d’en confirmer l’existence.

Les justifications apportées par les juges au soutien de l’existence de principes implicites, lorsqu’elles existent, ne sont cependant pas toutes liées à cette préoccupation de rattachement textuel. Une idée de complétude du droit et la réalité d’une organisation étatique sont aussi des considérations invoquées afin de justifier l’existence de principes implicites.

D’une part, un jugement porté sur une nécessaire complétude du système juridique, allié à l’interdiction faite au juge de « refuser de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi »⁵¹, font en sorte que les juges s’estiment parfois autorisés à asseoir leurs jugements sur des principes implicites, lorsqu’ils concluent à l’existence d’une lacune dans la loi. Le comblement des lacunes de la loi est un rôle que les juges font jouer aux principes implicites⁵². La fiction de la complétude du système juridique et l’obligation faite aux juges de juger constituent donc à la fois la justification de l’existence de principes implicites et celle de leur utilisation, par les juges, afin de combler les lacunes de la loi.

D’autre part, la réalité d’un ordre constitutionnel et politique spécifique, et notamment son rattachement à une influence, voire une imposition historique particulière, amènent aussi les juges à conclure à l’existence de principes implicites d’organisation étatique. On pense par exemple, dans le cas du système parlementaire canadien, d’origine britannique, à des principes tels ceux de la démocratie, du gouvernement responsable ou encore à celui de l’indépendance judiciaire. En ce sens, les principes sont le reflet d’une certaine réalité sociale et politique. Avant même d’être normatifs, ils sont ainsi descriptifs⁵³.

⁵⁰ On peut ainsi parler d’induction amplifiante : voir Luc SILANCE, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l’induction amplifiante », dans CH. PERELMAN (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1968, 489. Voir *infra*, partie III 3, le *Renvoi sur la rémunération*, pour une telle induction du principe de l’indépendance judiciaire à partir de certaines manifestations ponctuelles.

⁵¹ Cette règle se retrouve, au Québec, à l’article 41.2 de la *Loi d’interprétation*, précitée, note 29, dont le texte complet est le suivant : « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi ». Perelman affirme que « dans presque tous les systèmes juridiques modernes, existe pour le juge l’obligation de juger, à laquelle il ne peut se soustraire sans commettre un déni de justice », Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », dans PERELMAN, *op. cit.*, note 50, 537, p. 538.

⁵² Voir *infra*, la discussion du comblement des lacunes.

⁵³ Sur cette question de la production sociale du droit, voir, par exemple, BERGEL, *op. cit.*, note 13, par 149 et ss : « Les relations entre le droit et les faits sociaux ».

2- De possibles usages judiciaires

Les juges peuvent recourir aux principes implicites à des fins rhétoriques, pour interpréter le droit écrit ou encore pour combler des lacunes.

Les principes de droit constitutionnel font certes partie des éléments traditionnels du discours judiciaire au Canada⁵⁴. On y retrouve, depuis longtemps, de nombreuses références aux principes de la souveraineté parlementaire, de la suprématie de la constitution, de la primauté du droit ou encore de l'indépendance judiciaire. La chose n'est en ce sens pas nouvelle.

Les principes jouissent d'une importante force de persuasion. Ils procèdent de la nature des valeurs, des jugements de valeur. Ils suscitent l'adhésion. « [L]es principes rencontrent un vif succès, a-t-on pu écrire, parce qu'ils permettent de terminer la chaîne justificative. Tels, ils ne réclament pas de justification »⁵⁵. Ils nous ramènent à l'origine fondatrice, aux fondements⁵⁶.

L'utilité argumentative des principes est importante. Ils justifient une décision - comme ils peuvent justifier un argument - en soulignant sa conformité aux valeurs juridiques fondamentales. Les principes servent à insérer une question de droit précise dans le contexte plus large de la culture juridique qui lui donne lieu. Ils servent de décor, de contexte, de musique d'ambiance. La conformité d'un jugement aux principes de droit rend le premier acceptable, légitime.

Cette aptitude à susciter l'adhésion, qui est le propre d'une argumentation fondée sur les principes, peut se manifester à l'occasion de leur utilisation judiciaire à diverses fins.

Il peut s'agir de la simple mise en place d'un environnement discursif favorable, de l'interprétation de règles de droit écrit ou encore de la création d'effets juridiques indépendants (le comblement de lacunes). Selon les cas de figure, on attribuera ainsi aux principes implicites une valeur symbolique, juridique ou encore supra législative.

A. Interprétation du droit écrit

Il est bien admis que les principes servent à interpréter le droit écrit⁵⁷.

Une disposition législative ambiguë sera interprétée à la lumière des principes du droit. Par exemple, le *Code civil du Québec* a été interprété à lumière du principe de la relativité des contrats, ou encore de celui de la liberté contractuelle⁵⁸. De même, on a interprété une disposition statutaire québécoise à la lumière du principe qui veut que la personne accusée ne soit pas contraignable à témoigner⁵⁹. Certaines conceptions du principe du fédéralisme président

⁵⁴ Peter Hogg écrit, par exemple : « It goes without saying that the Constitution of Canada is constructed on a set of unwritten or implicit principles that have profoundly influenced the drafting of the text and that continues to influence its interpretation », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, édition à feuilles mobiles, ch. 15.9(g).

⁵⁵ Marie-Claire PONTHEAUX, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Paris, Économica, 1994, p. 208.

⁵⁶ Voir *supra*, note 12, la définition du *Dictionnaire historique de la langue française*.

⁵⁷ CÔTÉ, *op. cit.*, note 37, pp. 463 et ss; SULLIVAN, *op. cit.*, note 37, pp. 343 et ss.

⁵⁸ Voir les causes citées dans CÔTÉ, *id.*, p. 465.

⁵⁹ *Vidéotron Limitée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

inévitablement à l'interprétation des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales⁶⁰. Tout comme le principe de l'indépendance judiciaire a guidé l'interprétation de la règle de cette même loi qui attribue au Parlement fédéral le pouvoir de déterminer la rémunération des juges des cours supérieures au Canada⁶¹.

On retrouve, en contexte constitutionnel, une manifestation particulière de cette utilisation judiciaire des principes à des fins interprétatives. En effet, en vertu de la présomption de constitutionnalité, les tribunaux favoriseront, dans la mesure où le texte de loi le permet, une interprétation conforme aux principes constitutionnels, notamment celui du fédéralisme et celui de la protection des droits et libertés⁶².

B. Comblement de lacunes

Si l'utilisation judiciaire de principes implicites à de simples fins rhétoriques ou pour l'interprétation du droit écrit est parfaitement conforme à l'orthodoxie juridique canadienne, leur traitement comme source autonome d'effets juridiques est plus controversée.

Un rôle joué par les principes du droit et dont on dit qu'il est essentiel est celui du comblement des lacunes. Il mérite une attention particulière. Car le comblement de lacunes du droit par le recours aux principes implicites confère incontestablement à ces derniers une importante force de production autonome d'effets juridiques.

Lacune

On parle de lacune lorsque non seulement on conclut à une absence de règle applicable à la solution d'un cas particulier, mais que l'on *déplore* cette absence⁶³. On ne doit pas minimiser l'ampleur de la marge de manœuvre interprétative qui peut présider à une conclusion présentée comme la découverte d'une lacune objectivement observée dans le droit. L'affirmation de l'existence d'une lacune se situe quelque part sur un continuum qui rattache deux absolus : la pure constatation objective et la décision discrétionnaire. On oppose en effet parfois la lacune

⁶⁰ Voir, par exemple, en matière d'environnement, *R. c. Crown Zellerbach Canada Limité*, [1988] 1 R.C.S. 401.

⁶¹ Voir l'interprétation de l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans *R. c. Beaugregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, notamment le propos suivant, à la p. 77 : « Le pouvoir du Parlement de fixer les traitements et les pensions des juges des cours supérieures n'est pas illimité. S'il y avait un indice qu'une loi fédérale traitant de ces questions avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d'une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l'indépendance judiciaire et la loi en question pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ».

⁶² « [I]f words in a statute are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted » : *McKay c. R.*, [1965] R.C.S. 798, 804; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45; *Re Demande fondée sur l'article 83.28 du Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35 : « Cette présomption reconnaît le rôle crucial des valeurs constitutionnelles dans le processus législatif et, de façon plus générale, dans la culture politique et juridique canadienne. Par conséquent, lorsqu'une disposition peut être interprétée de deux manières également plausibles, il y a lieu d'adopter l'interprétation qui est conforme aux valeurs de la Charte ».

⁶³ « Mais ce qui est incomplet n'est entaché de « lacune » que s'il provoque un sentiment positif de dissatisfaction, de désapprobation. Il y aura donc lacune lorsque quelque chose fait défaut, alors qu'il devrait exister quelque chose » : C.W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », dans PERELMAN, op., cit., note 50, 161, p. 162.

immanente à la lacune transcendante, idéologique, ou fausse⁶⁴. La première serait le fait d'un manque, d'une absence objective et observable dans l'ordre juridique, d'un « vide » jugé inadéquat⁶⁵. La seconde résulterait d'un jugement d'inadéquation implicitement porté cette fois sur une règle de droit par ailleurs applicable⁶⁶. La lacune idéologique, par exemple, résulterait d'un jugement d'« inadéquation par rapport à une idée, à un idéal, à une idéologie de l'ordre normatif »⁶⁷. Elle serait ontologiquement une fausse lacune. Mais elle serait traitée comme une lacune par le juge qui a décidé de son existence. On reviendra à cette idée lors de l'analyse de la jurisprudence canadienne, qui n'est pas exempte de tels jugements d'inadéquation présentés comme des constats de lacunes. Qu'il suffise pour le moment de souligner que l'utilisation de principes implicites pour combler une lacune comporte deux importants volets de création judiciaire: dans les cas extrêmes, le juge crée à la fois la lacune et le contenu qu'il substitue à son espace; il doit d'abord créer le problème, pour ensuite créer la solution.

Lacune et incomplétude

La notion de lacune implique l'idée d'incomplétude⁶⁸. On parle de lacune en droit lorsque l'on observe, et regrette, l'absence d'une règle régissant un cas particulier. Conclure à l'existence d'une lacune « implique toujours un jugement de valeur sur l'incomplétude du système normatif »⁶⁹. Il importe de distinguer la lacune dans le droit écrit de la lacune dans le système juridique en tant que tel. Alors que la première notion est compatible avec une conception dominante, qui nie l'existence d'un pouvoir créateur de droit pour le juge, la seconde lui fait violence.

Lacune dans le système juridique

Accepter l'idée de l'incomplétude du système juridique, c'est accepter le pouvoir du juge de créer du droit. En effet, le juge a l'obligation de juger⁷⁰. Si le système juridique est incomplet, il devra donc, dans les cas de lacunes, décider en fonction de normes qu'il créera. À moins qu'il ne s'appuie sur une conception jusnaturaliste de complétude⁷¹.

C'est pourquoi semble préférée une fiction de complétude du système juridique, dans laquelle les règles de droit applicables à toute situation sont déjà là, préexistantes, et où la seule lacune qui se puisse concevoir est celle du droit écrit.

⁶⁴ Voir, par exemple, ARNAUD, *op. cit.*, note 11, « lacune »; Paul FORIERS, « Les lacunes du droit », dans PERELMAN, *op. cit.*, note 50, p. 9.

⁶⁵ « La vraie lacune est dès lors une lacune subie ... [elle] s'impose comme le fruit d'une constatation », FORIERS, *id.*

⁶⁶ « Nous disons également – encore que plus rarement – qu'il y a lacune du droit lorsque la règle figurant dans l'ordonnement juridique pour résoudre un cas déterminé n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste. À ce moment, on parle d'ailleurs de fausse lacune; fausse puisqu'il existe formellement une règle mais que cette règle va être écartée par celui qui a mission de juger », *id.*

⁶⁷ Amedeo G. CONTE, « Décision, complétude, clôture », dans PERELMAN, *op. cit.*, note 50, 67, p. 69.

⁶⁸ ARNAUD, *op. cit.*, note 11, « lacune ». « 2. Au sens strict, sorte d'incomplétude, état d'un système normatif qui n'est pas complet ... ». Cette incomplétude peut être objective, dans le cas des vraies lacunes, ou encore décidée, dans le cas des fausses lacunes.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Supra*, note 51.

⁷¹ ARNAUD, *op. cit.*, note 11, « complétude ».

Lacune dans le droit écrit

La fiction de la complétude du système juridique est puissante et commode. Voulant que le juge puisse « trouver la solution de tout différend dans une règle de droit préexistante »⁷², elle nie toute création judiciaire de droit, et fonde la légitimité de la décision judiciaire sur son rattachement à une règle de droit préexistant dans l'ordre juridique.

Cette fiction de la complétude du système juridique, alliée à une reconnaissance de l'incomplétude du droit écrit et donc de lacunes y afférentes, pose les jalons de la justification de l'utilisation judiciaire des principes implicites du droit pour combler les lacunes du droit écrit.

L'interdiction classique faite au juge de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » se comprend dès lors, non pas comme l'octroi d'un pouvoir créateur, mais plutôt comme une habilitation à aller puiser à la source que constituent les principes implicites du droit, en cas de silence du droit écrit.

Selon une telle conception, une lacune ne peut donc qu'être illusoire, transitoire. Il s'agit en effet d'une première impression liée à une perception du phénomène juridique trop étroitement limitée au champ couvert par le droit écrit⁷³. L'illusion de lacune disparaît dès qu'est considéré le système juridique dans son ensemble qui, du fait de sa complétude, doit comprendre des principes implicites.

Comblement de lacunes dans la Constitution formelle

Le recours judiciaire à des principes implicites pour combler des lacunes dans la Constitution formelle est plus problématique. Il se situe sur un autre registre, et soulève d'importantes questions. C'est le théâtre d'un pouvoir judiciaire extrêmement important, notamment exercé dans les décisions de la Cour suprême du Canada qui seront commentées plus loin. On entend ici, par Constitution formelle, la Constitution formelle rigide, soit l'ensemble des règles qui « ont une valeur supérieure à celles de toutes les autres normes positives et ne peuvent être modifiées que conformément à une procédure spéciale, plus difficile à mettre en œuvre »⁷⁴.

Tout d'abord, et principalement, la notion même de lacune dans le contexte de la Constitution formelle ainsi définie est éminemment discutable. La Constitution formelle ne constitue pas en soi un système normatif complet. Il s'agit plutôt d'un lieu particulier qui figure au sein d'un système juridique plus large, au sommet de la hiérarchie des normes. Ce qui ne se trouve pas dans la Constitution formelle n'est pas une « lacune », un « manque » ou un « vide », il s'agit plutôt d'un espace d'exercice libre de la souveraineté législative. Si la fiction de la complétude du système juridique est utile et, à la rigueur nécessaire, en ce qu'elle balise et justifie l'obligation faite au juge de juger, l'application de la Constitution formelle ne requiert nullement une telle

⁷² *Id.*

⁷³ Voir, dans le même sens, CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, qui écrit, à la p. 192 : « La lacune devient une illusion de l'esprit qui s'efface après examen du système juridique ou, éventuellement, d'autres systèmes normatifs ».

⁷⁴ Georges BURDEAU, Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 22^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, p. 54.

fiction de complétude. Il n'est donc pas surprenant que certains nient avec à-propos la possibilité même de l'existence d'une lacune dans la Constitution formelle⁷⁵.

La notion de lacune dans la Constitution formelle est donc essentiellement une lacune idéologique, une fausse lacune. Alors que la lacune immanente implique une absence de règle qui est déplorée, on a vu que la fausse lacune dans le droit écrit est en général une désapprobation judiciaire d'une règle par ailleurs applicable. La fausse lacune attribuée à la Constitution formelle est plus complexe; c'est en réalité la réprobation judiciaire de l'absence d'une règle à l'intérieur de cet ordre de normes supra législatives. Le regret ou la désapprobation judiciaires ne portent cette fois donc pas tant sur la substance ou l'applicabilité d'une règle de droit que sur l'identification de l'acteur étatique qui devrait avoir compétence à l'égard d'une certaine matière, et sur les limites qui devraient éventuellement lui être imposées par la Constitution formelle.

Une règle de la Constitution formelle peut entraîner l'invalidité d'une loi qui lui est contraire et ne peut être modifiée que par les autorités constituantes; regretter l'absence d'une règle dans la Constitution formelle à propos d'une question particulière, c'est en fait désapprouver la liberté législative qui prévaut à l'égard de cette question. Une discrétion judiciaire importante, de la nature du jugement de valeur, est donc déjà mise en œuvre à l'étape de la détermination de l'existence d'une lacune dans la Constitution formelle.

Effets

L'utilisation judiciaire de principes implicites pour combler une supposée lacune dans la Constitution formelle représente le cas extrême du comblement des lacunes par les principes implicites. Elle permet de nier un espace d'action légitime du législateur et de créer une limite imposée à ce dernier, à l'aune de laquelle la validité de ses actions sera dorénavant mesurée. Le comblement d'une lacune dans la Constitution formelle par le recours à des principes implicites confère en effet à la nouvelle règle que l'on y lira la valeur juridique de l'ensemble qui la reçoit, soit une valeur supra législative.

Il s'agit du déplacement d'un espace d'action dans l'ordre constitutionnel, d'une modification du champ de la souveraineté respective des acteurs étatiques, unilatéralement décidé par l'un d'eux, soit le pouvoir judiciaire.

Cette utilisation de principes implicites pour combler ce qu'un juge présente comme une lacune dans la Constitution formelle entraîne donc des conséquences concrètes importantes. Le principe auquel on a recours acquiert un statut supra législatif. Ce statut pourra éventuellement autoriser le prononcé du caractère inopérant d'une règle de droit jugée contraire à ce principe. Il ne pourra être modifié qu'en vertu de la procédure formelle. Le principe constitutionnalisé pourra de plus donner lieu à des obligations juridiques qui, elles aussi, lieront l'État.

La consécration du nouveau principe pourra enfin exiger une réorganisation au sein même de l'ordre des normes formellement constitutionnelles. En effet, malgré un discours officiel de

⁷⁵ « Là où il n'y a pas de règle de droit constitutionnel, c'est que la matière n'est pas de niveau constitutionnel et revient au pouvoir législatif ou gouvernemental. Dès lors, le juge constitutionnel n'a pas à combler de lacune », le doyen Georges Vedel cité PONTTHOREAU, *op. cit.*, note 55, p. 47.

coexistence harmonieuse des règles et principes à statut constitutionnel⁷⁶, il arrivera fatalement des situations ponctuelles de conflit, dans lesquelles le principe implicite mènera vers une solution incompatible avec une autre règle constitutionnelle, écrite celle-là. Une pondération aura alors inévitablement lieu, qu'elle soit ou non explicitement reconnue. Que l'on procède alors, implicitement ou explicitement, à de la simple conciliation par interprétation, ou encore à une hiérarchisation selon la préséance de la règle spéciale sur la règle générale ou encore de la règle postérieure sur la règle antérieure, l'un devra alors céder le pas à l'autre, de façon ponctuelle sinon définitivement. Il ne serait guère surprenant que, d'une façon ou d'une autre, on en arrive à privilégier le principe constitutionnel implicite. En effet, on ne l'aura pas fait émerger de ce monde de l'implicite pour lui faire aussitôt céder le pas. Lorsque prévaudra donc concrètement le principe implicite, ce qui sera vraisemblablement la règle, ce dernier privera concrètement d'effets une règle constitutionnelle écrite, explicite. Dès lors, non seulement un principe implicite accèdera-t-il au monde des normes constitutionnelles supra législatives, mais il jouira de plus et *de facto* d'un statut de préséance au sein de ces dernières⁷⁷.

Justifications

Si, en soi, l'utilisation de principes implicites par les juges requiert une certaine forme de justification, cette dernière est *a fortiori* requise lorsqu'il s'agit de les élever à l'ultime sommet de la hiérarchie des normes.

Le rattachement au texte est encore plus désespérément recherché, même s'il en est réduit à l'interprétation créatrice d'une simple mention générale retrouvée dans un préambule. Alors que la disponibilité du recours à des principes implicites requiert parfois comme préalable obligé une interprétation judiciaire créatrice apte à justifier une conclusion de lacune présentée comme objective, la possibilité de rattachement de ces principes à une vague allusion textuelle donnera aussi lieu à une interprétation pour le moins énergique. Un tel type d'interprétation ne réussit cependant pas toujours à dissimuler le fondement non écrit de la décision⁷⁸.

Moins le rattachement au texte sera plausible, plus une justification convaincante devra être développée sur un autre registre de valeur⁷⁹.

On recherchera du côté des intentions originelles des autorités constituantes des arguments favorables à la reconnaissance du principe implicite.

⁷⁶ Voir *infra*, introduction de la partie III.

⁷⁷ Voir, pour une conclusion semblable énoncée en contexte de droit américain, Jed RUBEN, « The New Unwritten Constitution », (2001) 51 *Duke Law Journal* 289, qui écrit, à la p. 299, à propos d'une décision rendue par la Cour suprême des États-Unis en 2000 [*Boy Scouts of America c. Dale*, 530 U.S. 640 (2000)] dans laquelle cette cour a décidé qu'une loi étatique interdisant la discrimination à l'égard des homosexuels était inapplicable à une organisation de « boy scouts » : « Finally, and most important for present purposes, the Court's answer suggests that the *unenumerated* right of association occupies a higher constitutional status than the First Amendment's *enumerated* rights themselves ».

⁷⁸ Voir ici aussi RUBEN, *id.*, p. 293 et 294 : « But to a certain point, of course, the fact that a court claims to be 'interpreting' a clause does not render the results any less unwritten. ... [S]ome putative interpretations of the constitutional text ... are so strained that they have to be regarded as excursions into unwritten constitutional law ».

⁷⁹ Mark D. WALTERS, « Incorporating Common Law into the Constitution of Canada : *Egale v. Canada and the Status of Marriage*, (2003) 41 *Osgoode Hall L. J.* 75, p. 86.

Seront sondées à des fins argumentatives l'histoire constitutionnelle et les valeurs sociales et politiques à l'œuvre dans la tradition juridique.

Mais il semble que ce soit une logique des conséquences qui joue le rôle déterminant dans la décision judiciaire de recourir à un principe implicite en matière constitutionnelle. La ferme volonté d'arriver à un résultat, ou d'en éviter un autre, l'intime conviction que la direction privilégiée est la seule qui soit à la fois moralement justifiable et conforme à l'esprit de la tradition juridique, et la certitude que le juge est incontestablement l'acteur qui doit procéder au nécessaire réajustement des normes doivent concourir⁸⁰.

II QUELQUES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES CANADIENNES

Certaines caractéristiques de la tradition juridique canadienne et québécoise donnent à la question des principes constitutionnels implicites une couleur tout à fait particulière.

La vie commune de sources historiques de droit civil et de common law, de souveraineté parlementaire et de suprématie de la constitution ne peut en effet être un long fleuve tranquille.

La Conquête britannique de 1759 de certaines colonies d'Amérique du Nord n'a juridiquement réussi qu'à demi. Dès 1774, le conquérant a dû, face à la résistance des habitants de cette ancienne colonie française de peuplement qui est éventuellement devenue la province de Québec, rétablir en matière de « *property and civil rights* » le droit antérieur à la Conquête⁸¹. Au Canada, la seule tradition juridique du Québec est encore aujourd'hui caractérisée de cette dualité : un droit privé de droit écrit, et un droit public de *common law*. Selon les points de vue, les deux traditions ont été dénaturées, ou encore se sont mutuellement enrichies du fait de leur coexistence. Quoi qu'il en soit, il y a de fortes chances que le juriste québécois approche le droit constitutionnel avec une vision particulière, qui n'est pas insensible à l'autorité du droit écrit, et s'inquiète du pouvoir créateur des juges. J'en suis, de toute évidence. Et on pourrait s'interroger sur l'impact à cet égard des trois juges du Québec qui siègent à la Cour suprême du Canada⁸². Cette dualité juridique est propre à la province de Québec; le reste du Canada évolue dans la tradition juridique de *common law*, tant en droit privé qu'en droit public.

Le droit constitutionnel canadien, au Québec comme partout ailleurs au pays, en est donc un qui se situe dans la tradition du droit anglais. Il reconnaît tant la *common law*, cette production judiciaire et casuistique du droit⁸³, que le *statute law*, les lois du parlement. Si le droit commun s'y retrouve dans la *common law* au sens strict, et notamment dans les principes qui la fondent et que l'on peut en déduire, il demeure que le législateur souverain n'est pas lié par cette source de

⁸⁰ Un auteur a déjà souligné avec à-propos que la question des lacunes en droit est avant tout une question de droit constitutionnel, soit une question de répartition des fonctions entre les juges, les législateurs, et, pourrions-nous ajouter, les autorités constituantes : CANARIS, *loc. cit.*, note 50, p. 163.

⁸¹ *Quebec Act, 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (U.K.).

⁸² La loi sur la Cour suprême prévoit en effet que trois des neuf juges qui composent cette Cour doivent être du Québec : *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 2, art. 6.

⁸³ ARNAUD, *op. cit.*, note 11, « common law : 2. Dans les systèmes de « droit anglais », désigne cette portion du droit distincte du droit légiféré ... qui a autorité non en vertu de la volonté du législateur, mais de par la reconnaissance donnée par les cours aux principes et usages existant au sein de la société ».

droit et qu'il peut donc la modifier ou la renverser par l'adoption d'une loi⁸⁴. Cet ordonnancement des règles de droit, dans la tradition de droit anglais, est d'ailleurs illustré par une attitude judiciaire de retenue quant au développement des règles de *common law*. Ainsi la Cour suprême du Canada a-t-elle pu écrire que les modifications à ces dernières « qui auront des effets complexes et d'une grande portée relèvent du législateur »⁸⁵.

Pour des raisons d'ordre historique, la souveraineté parlementaire au Canada évolue cependant dans le contexte, inhabituel pour un tel principe, de la suprématie de la Constitution. En effet, les principales lois constitutionnelles du Canada sont des lois britanniques⁸⁶ qui ont historiquement joui du principe de la suprématie des lois impériales sur les lois coloniales⁸⁷. La préséance de ces mêmes lois constitutionnelles est aujourd'hui prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁸, tout comme y est aussi prévue une procédure de modification de la Constitution⁸⁹.

Le Canada, ancienne colonie britannique d'Amérique du Nord, emprunte donc le principe britannique fondamental de la souveraineté parlementaire⁹⁰, mais sa Loi constitutionnelle fondatrice de 1867, document écrit et suprême, rappelle plutôt la structure constitutionnelle des États-Unis d'Amérique⁹¹.

Dès la création, en 1867, du Canada fédéral que l'on connaît aujourd'hui, il était clairement établi que seules des lois, soit des règles de droit écrit, pouvaient jouir de cette suprématie de la Constitution⁹². En effet, en réaction à un courant théorique qui aurait souhaité l'assujettissement des lois coloniales aux principes fondamentaux du droit anglais⁹³, le Parlement britannique a adopté en 1865 la *Colonial Laws Validity Act*⁹⁴ qui précisait la primauté des lois impériales⁹⁵ et niait expressément une telle valeur de préséance aux règles et principes de *common law* britannique⁹⁶.

⁸⁴ SULLIVAN, *op. cit.*, note 37, p. 340 : « It follows from the principle of legislative sovereignty that validly enacted legislation is paramount over the common law ».

⁸⁵ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 16.

⁸⁶ La *Loi constitutionnelle de 1867* et les modifications qui lui ont été apportées jusqu'en 1982.

⁸⁷ *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict., c. 63 (R.-U.).

⁸⁸ Paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « La Constitution est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

⁸⁹ Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁹⁰ On l'a vu, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* renvoie aux principes constitutionnels britanniques.

⁹¹ Un auteur rappelle en ces termes cette caractéristique : « Our Constitution may be similar in principle to that of the United Kingdom, but it is, as Dicey himself remarked, in many respects similar in structure to that of the United States : that is , it is largely a written instrument (or instruments) of supreme law, overseen by a degree of judicial review as to the validity of statutes that has never, to this day, been exercised by the courts of the United Kingdom », Warren J. NEWMAN, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation », (2005) 16 *National Journal of Constitutional Law* 175, p. 287.

⁹² « [W]hen the Dominion of Canada finally emerged as an entity in 1867 positivism was in the ascendancy in England. The whole letter and spirit of the *British North America Act 1867* bears witness to this fact » : STRAYER, *op. cit.*, note 2, p. 4.

⁹³ Voir l'explication de WALTERS 2003, *loc. cit.*, note 79, p. 108.

⁹⁴ Précitée, note 87.

⁹⁵ *Id.*, art. 2.

⁹⁶ *Id.*, art. 3. Voir, sur cette question, l'excellente analyse de Mark D. Walters : WALTERS 2001, *loc. cit.*, note 35 ; WALTERS 2003, *loc. cit.*, note 79.

La suprématie de la Constitution est donc au Canada, comme c'est généralement le cas, une suprématie dont ne jouissent en principe que des règles de droit écrit⁹⁷. Il s'agit de la Constitution formelle et rigide du Canada. La disposition de droit écrit qui prévoit aujourd'hui le principe de la suprématie de la « Constitution du Canada »⁹⁸, contient d'ailleurs une définition de cette dernière qui consiste en une liste de *lois*⁹⁹.

La Constitution canadienne comprend certes des règles de droit écrit, des règles de *common law*, des principes et des conventions¹⁰⁰. Si toutes ces normes participent à la structuration d'un objet commun, leurs diverses sources ne doivent pas être confondues. Elles ont divers types de valeur normative et occupent des positions différentes dans la hiérarchie des normes. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs déjà insisté avec véhémence sur une des distinctions qui existent au sein de cet ordre normatif : les conventions constitutionnelles, a-t-elle écrit, ne sont pas juridiques, et la sanction de leur non respect est politique, et non judiciaire¹⁰¹.

Le récent discours judiciaire canadien sur la primauté de principes constitutionnels implicites est donc juridiquement peu orthodoxe. On se demande comment des principes, notamment des principes de *common law*, normalement assujettis à une préséance législative, ont pu acquérir un statut supra législatif¹⁰². Il s'agit d'une promotion majeure et inattendue dans l'ordre jusque-là accepté de la hiérarchie des normes au Canada.

La prochaine section en aborde les quatre principales manifestations jurisprudentielles.

III QUATRE CAS D'UTILISATION

La Cour suprême du Canada a été créée en 1875, par une loi adoptée par le Parlement fédéral¹⁰³. Elle est l'ultime tribunal d'appel au Canada. Elle rend jugement dans des contextes de litige et émet des avis consultatifs sur demande des gouvernements. Elle est composée de neuf juges nommés par le gouvernement fédéral.

La Cour exerce un contrôle de constitutionnalité¹⁰⁴ et assure ainsi le respect de la Constitution formelle au Canada, constituée principalement des Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982. La première a mis en place les structures et institutions de l'État fédéral canadien que l'on connaît

⁹⁷ « Logiquement dans un pays qui pratique le constitutionnalisme et a donc une constitution écrite, les règles et principes de valeur constitutionnelle ne peuvent être que des normes écrites », FROMONT, *loc. cit.*, note 35, p. 131; « Where there is a written constitution that takes precedence over other laws, the tendency is to confine the term [constitutional law] to the rules of the written constitution, even though, typically, many of the laws under which governance actually takes place are not to be found in the written document. This usage has become firmly established in the United States and has tended to migrate from there to other countries that, like Canada, have a written constitution that takes precedence over other laws », Peter HOGG et Cara F. ZWIBEL, « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada », (2005) 55 *University of Toronto Law Journal* 715, p. 718.

⁹⁸ Par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁹⁹ *Id.*, par. 52(2).

¹⁰⁰ WALTERS 2001, *loc. cit.*, note 35, p. 97.

¹⁰¹ *Renvoi relatif à la modification de la constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753.

¹⁰² WALTERS 2003, *loc. cit.*, note 79, p. 85.

¹⁰³ *Supra*, note 2.

¹⁰⁴ Sa juridiction n'est cependant nullement limitée aux aspects constitutionnels. Elle rend jugement en toute matière sur des questions qu'elle estime être d'intérêt national.

aujourd'hui. On y retrouve les règles d'organisation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ainsi que le partage des compétences législatives. La *Charte canadienne des droits et libertés* et une procédure de modification constitutionnelle constituent l'essentiel de la seconde.

Dans la foulée des conséquences majeures de ces ajouts à la Constitution formelle, on retrouve des propos judiciaires portant sur les modalités de cohabitation du droit nouveau avec le droit ancien. En effet, malgré l'ampleur de la réforme, il demeure qu'il ne s'est nullement agi d'un moment révolutionnaire, et que les règles et principes constitutionnels de 1982 se sont ajoutés à la structure constitutionnelle mise en place depuis 1867, et ne l'ont nullement mise de côté. Il est donc arrivé que la Cour ait à se prononcer sur les modalités d'intégration de ce droit nouveau. La Cour privilégie une approche qu'elle présente comme une conciliation harmonieuse. On a par exemple jugé que les droits à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés* ne devaient pas être appliqués de façon à remettre en cause la diversité inhérente à un système fédéral¹⁰⁵ ou encore de façon à mettre en péril des protections confessionnelles issues du pacte confédéral initial¹⁰⁶.

Dans les quatre causes discutées dans cette partie, la Cour suprême a eu recours à des principes implicites, dans des contextes où étaient aussi en cause des règles de droit écrit de la Constitution formelle.

Elle s'est autorisée du principe de la primauté du droit pour accorder une période de validité fictive et temporaire à des lois qu'elle venait par ailleurs de déclarer inconstitutionnelles (1). Elle a opposé un principe implicite de privilèges parlementaires à une revendication fondée sur la liberté de la presse (2). Elle a inféré de la protection constitutionnelle écrite de certains aspects de l'indépendance judiciaire l'existence d'un principe implicite sous-jacent d'indépendance judiciaire (3). Elle a enfin assujéti la validité d'une éventuelle sécession au respect d'une obligation constitutionnelle de négocier issue de certains principes implicites, notamment celui de la démocratie (4).

L'analyse des arrêts ne prétend à aucune exhaustivité. On abordera essentiellement l'utilisation des principes par la Cour, ainsi que la justification du rôle et de la valeur hiérarchique qui leur sont accordés.

1- Le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba : une solution exceptionnelle à un problème exceptionnel? Le principe implicite de la primauté du droit face à la règle écrite de la suprématie de la Constitution¹⁰⁷

Dans une opinion émise en 1985, la Cour suprême du Canada a prononcé l'inconstitutionnalité de toutes les lois adoptées en anglais seulement par la législature du Manitoba¹⁰⁸. Il s'agissait en fait

¹⁰⁵ HOGG, *op. cit.*, note 54, p. 52-66.

¹⁰⁶ *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1198-1199. Pour une formulation récente de cette fiction d'harmonie, voir *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 1 : « Comme notre Cour l'a affirmé à de nombreuses occasions, il n'existe aucune hiérarchie des dispositions constitutionnelles, et les garanties d'égalité ne peuvent donc pas servir à invalider d'autres droits conférés expressément par la Constitution. Toutes les parties de la Constitution doivent être interprétées globalement ».

¹⁰⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, ci-après *Renvoi sur le Manitoba*.

de la presque totalité des lois provinciales en vigueur, la province ayant fait fi de ses obligations constitutionnelles depuis 1890. Le paragraphe 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit le principe de la suprématie de la constitution, et la sanction de caractère inopérant des règles de droit incompatibles. La Cour devait donc déclarer ce caractère inopérant des lois manitobaines. Face à l'ampleur de la déclaration, et en vue d'éviter le vide juridique et la situation de chaos qui s'ensuivraient selon elle, la Cour s'est autorisée du principe implicite de la primauté du droit pour conférer une période de validité fictive temporaire aux lois qu'elle avait déclarées inconstitutionnelles¹⁰⁹. Il s'agissait de la toute première fois où la Cour suspendait les effets d'un jugement d'inconstitutionnalité. Selon la Cour, si le principe de la primauté du droit est à la base de la suprématie de la Constitution, il requiert aussi l'existence « d'un ordre réel de droit positif » et ne s'accommode donc pas d'un État sans droit¹¹⁰.

À l'appui de la place de la primauté du droit comme principe fondamental dans l'ordre constitutionnel canadien, la Cour a d'abord souligné sa mention dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹¹, ainsi que ce qu'elle a appelé son « inclusion implicite » dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹². Selon la Cour, la première mention rend *incontestable* le statut constitutionnel de la primauté du droit¹¹³. Elle affirme que la primauté du droit est un postulat constitutionnel fondamental reconnu par les préambules, mais qu'elle est aussi un principe « nettement implicite [*clearly implicit*] de par la nature même d'une constitution »¹¹⁴, et ce malgré l'absence de traitement exprès dans une disposition précise¹¹⁵. Elle invoque l'intention des fondateurs du pays, qui, selon elle, ont certainement souhaité « une société soumise à la primauté du droit »¹¹⁶.

En contravention de prescriptions constitutionnelles expresses qui l'enjoignaient à déclarer inopérantes les lois inconstitutionnelles du Manitoba¹¹⁷, la Cour a donc autorisé la continuation temporaire d'une violation constitutionnelle qu'elle a par ailleurs dite grave¹¹⁸, au nom du principe implicite et multiforme de la primauté du droit.

¹⁰⁸ L'article 23 de la loi ayant créé la province du Manitoba, la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app. II, prévoit que les lois provinciales doivent être adoptées en anglais et en français.

¹⁰⁹ La Cour écrit : « La garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne permettra pas non plus que la province du Manitoba se trouve désormais sans système juridique valide et efficace. Il sera donc nécessaire de considérer les lois unilingues de la législature du Manitoba qui, n'était-ce de leur vice sur le plan constitutionnel, seraient actuellement en vigueur, comme temporairement valides et opérantes pour la période durant laquelle il sera impossible à la législature du Manitoba de se conformer à son obligation constitutionnelle », *Renvoi sur le Manitoba*, p. 758.

¹¹⁰ *Id.*, p. 749.

¹¹¹ « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ».

¹¹² « With a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom ».

¹¹³ *Renvoi sur le Manitoba*, p. 750.

¹¹⁴ *Id.*, p. 750.

¹¹⁵ *Id.*, p. 751.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, précitée, note 108, et le paragraphe 52 (1) de *La loi constitutionnelle de 1982*.

¹¹⁸ La Cour insiste en effet, dans cette affaire, sur l'importance fondamentale des droits linguistiques. Elle écrit, par exemple : « L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain », *Renvoi sur le Manitoba*, p. 744.

Nul ne conteste une présence diffuse du principe de la primauté du droit dans l'ordre constitutionnel canadien. D'ailleurs, comme c'est bien souvent le cas, l'ambiguïté même de la notion est apte à fonder l'adhésion qu'elle suscite. La valeur juridique du principe, et sa place dans la hiérarchie des normes sont cependant controversées. Certains en nient le caractère juridique, préférant traiter la primauté du droit comme une simple valeur constitutionnelle¹¹⁹. Un important malaise a donc été causé par la place que lui a consacrée la Cour dans l'ordonnement juridique canadien, en lui permettant, *de facto*, de nier l'effectivité d'une autre norme constitutionnelle, celle-là expressément enchâssée, soit celle qui exigeait en l'espèce un prononcé judiciaire du caractère inopérant des règles de droit provinciales contraires aux exigences constitutionnelles de bilinguisme.

Les lois constitutionnelles qui jouissent au Canada d'une valeur supra législative ont été adoptées sur une période qui s'échelonne sur plus de cent ans. Les possibilités de conflit ou à tout le moins de nécessité d'ajustement entre les diverses normes qu'elles contiennent sont réelles. Et ces occasions de conflit seront multipliées par l'apparition des principes implicites. Or, la Cour suprême du Canada a développé à l'égard de cette question un discours d'eurythmie, une fiction de symbiose qui nie toute possibilité de conflit et prétend concilier harmonieusement tant les règles constitutionnelles écrites que les principes implicites¹²⁰.

Nulle part dans le *Renvoi sur le Manitoba* ne retrouve-t-on donc de mention d'un conflit, en l'espèce, entre l'aspect de la primauté du droit expressément manifesté dans une règle de droit écrite prévoyant le caractère inopérant des lois manitobaines adoptées en anglais seulement et cet autre aspect du principe, innommé celui-là, d'un nécessaire ordre de droit positif. Il ne faut donc pas se surprendre que l'on n'y souligne pas non plus la préséance que l'on accorde, dans les faits, au second.

Les justifications apportées par la Cour au soutien du statut constitutionnel de la primauté du droit semblent fragiles. La Cour n'a pu invoquer que des déclarations de préambules de lois constitutionnelles, explicite dans un cas et implicite dans l'autre. Un rattachement textuel à une mention d'un préambule ne peut être la meilleure preuve de la valeur juridique d'une norme. Et encore moins de sa valeur supra législative. L'argument est d'autant moins convaincant que les deux lois porteuses de ces préambules étaient inapplicables en l'espèce¹²¹. L'intention présumée des fondateurs du pays, quant à elle, relevait au mieux du domaine de l'hypothèse.

La préoccupation de la Cour à l'égard des conséquences de sa décision semble être la motivation la plus convaincante. Au-delà des arguties juridiques, on comprend très bien que la Cour ait voulu éviter le désastre qui aurait vraisemblablement suivi une déclaration d'inconstitutionnalité non qualifiée. Elle s'en exprime d'ailleurs fort bien dans le jugement. Si certains résultats de l'application orthodoxe du droit devaient incontestablement être évités, la question demeure cependant de l'autorité étatique légitimement habilitée à le faire. La Cour a décidé qu'*elle* était cet acteur.

¹¹⁹ HOGG, *loc. cit.*, note 97, p. 719; NEWMAN, *loc. cit.*, note 91, p.187.

¹²⁰ Voir *supra*, introduction de la présente partie.

¹²¹ En effet, l'affaire reposait sur la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, précitée, note 108; la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou encore la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont on a invoqué les préambules, étaient inapplicables.

2- *New Brunswick Broadcasting* : la Cour alliée des parlementaires? Le principe implicite des privilèges parlementaires face à la liberté de la presse expressément protégée¹²²

Quelque part en 1990, le président de l'Assemblée législative de la province de la Nouvelle-Écosse a refusé à des journalistes la possibilité de filmer les travaux des parlementaires avec leurs propres caméras, au motif que cela nuirait au décorum et au bon déroulement des débats parlementaires. Il a pris cette décision en s'appuyant sur les privilèges parlementaires. Ces derniers ne sont pas expressément reconnus dans la Constitution canadienne¹²³, et on estimait jusqu'à ce jour qu'ils relevaient, dans l'ordre normatif canadien, du domaine des règles statutaires et des règles de *common law*. Les journalistes ont contesté cette décision et ont invoqué qu'elle contrevenait à la liberté de la presse expressément protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁴. La Cour suprême a confirmé la décision du Président de l'assemblée législative provinciale. Elle a affirmé le statut constitutionnel de certains privilèges inhérents des parlementaires, y compris le privilège d'exclure des étrangers, en les rattachant aux principes constitutionnalisés en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dès lors, a décidé la Cour, la liberté de la presse ne pouvait être invoquée de façon à abroger ces privilèges¹²⁵.

Comme elle l'a fait dans le *Renvoi sur le Manitoba*, la Cour affirme ici la valeur supra législative de principes implicites, soit, en l'espèce, certains privilèges parlementaires inhérents. Elle lie leur insertion dans la constitution canadienne au fameux rattachement à la constitution britannique que l'on retrouve au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁶. L'existence de règles de droit portant sur de tels privilèges, qu'il s'agisse de *common law* ou de droit statutaire fédéral ou provincial, ne pose encore une fois aucun problème¹²⁷. Elle est indéniable, et fait partie de l'environnement constitutionnel canadien. Malgré le fait que la Cour affirme qu'il s'agit d'une conclusion incontestable¹²⁸, le volet controversé de la décision consiste en la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges¹²⁹. Le rattachement au texte de la constitution est encore plus faible ici que dans le *Renvoi sur le Manitoba*. Il est indirect, limité à une mention générale d'un préambule, dont on doit conclure à la fois à l'existence d'un principe particulier et à la reconnaissance de sa valeur supra législative. Une ambivalence est d'ailleurs présente dans le jugement, où la Cour semble hésiter entre qualifier ce qu'elle fait d'affirmation de nouveaux principes constitutionnels ou tout simplement d'interprétation des normes floues du droit écrit¹³⁰.

¹²² *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, ci-après *New Brunswick Broadcasting*.

¹²³ Si ce n'est d'une attribution de compétence législative au Parlement fédéral en matière de privilèges parlementaires fédéraux; article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹²⁴ Par. 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹²⁵ *New Brunswick Broadcasting*, pp. 368, 373, 390.

¹²⁶ Comme dans les autres affaires traitées dans cette partie, la Cour invoque aussi d'autres motifs auxquels on ne s'intéressera pas ici, comme la tradition historique et principe pragmatique, *id.*, p. 374.

¹²⁷ La Cour le reconnaît même avec une certaine candeur : « Il ne s'agit pas non plus ici d'une simple convention à laquelle les tribunaux n'ont pas donné un effet juridique; la jurisprudence indique que le statut juridique des privilèges inhérents n'a jamais été mis en doute », *id.*, p. 377-378.

¹²⁸ *Id.*, p.377.

¹²⁹ La Cour affirme d'ailleurs clairement que certains privilèges inhérents bénéficient de ce statut constitutionnel « peu importe qu'il existe ou non un pouvoir de légiférer en matière de privilège dans la constitution provinciale et qu'il y ait eu ou non adoption de dispositions relatives au privilège », *id.*, p. 374. Des règles de droit écrit et des règles de *common law* acquièrent donc ce statut.

¹³⁰ « À mon avis, loin de contredire la proposition que le Parlement et les législatures possèdent des privilèges constitutionnels inhérents, le texte de notre constitution écrite l'appuie.

Elle souligne en effet et explicitement bien comprendre les graves conséquences de l'ajout de nouvelles normes à statut constitutionnel¹³¹, tout en insistant qu'il ne s'agit en l'espèce que de donner effet à l'intention des fondateurs du pays, telle que manifestée dans le texte du préambule¹³². Dans une affaire ultérieure, la Cour qualifiera cependant elle-même ce qu'elle a fait dans *New Brunswick Broadcasting* de confirmation de l'argument qui veut « que la Constitution canadienne compren[ne] des normes non écrites »¹³³.

De plus, la Cour confère à ces privilèges inhérents une place de préséance dans l'ordonnement juridique, qui prive ponctuellement d'effets la liberté de la presse par ailleurs explicitement protégée. Il s'agit d'une conséquence majeure en contexte démocratique. Une fiction d'harmonie entre les normes constitutionnelles, avec, comme corollaire, un refus d'établir une quelconque règle de hiérarchisation expresse entre elles, est encore à l'œuvre. « C'est une règle fondamentale, non contestée en l'espèce, nous rappelle la Cour, qu'une partie de la constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la constitution »¹³⁴. Elle en conclut cependant que la liberté de la presse ne peut donc abroger le privilège d'expulser des étrangers de l'assemblée législative¹³⁵. Il est difficile de ne pas voir dans cette décision la mise en œuvre d'une hiérarchisation ponctuelle *de facto* opérée entre les deux valeurs constitutionnelles jugées être en opposition, soit la liberté de la presse et l'exercice des privilèges parlementaires, et une préséance accordée à la seconde. Comme dans le *Renvoi sur le Manitoba*, le principe implicite est privilégié, sans pour autant que cette conclusion ne soit formulée comme telle.

La fin poursuivie par la Cour est louable, elle souhaite un fonctionnement efficace de la démocratie parlementaire et le respect des souverainetés respectives des acteurs constitutionnels. La Cour souligne l'importance des travaux parlementaires en contexte démocratique¹³⁶. Elle rappelle que si l'enchâssement d'une Charte constitutionnalisée a considérablement modifié l'équilibre des forces entre les acteurs de l'État au Canada, en octroyant aux tribunaux le pouvoir de vérifier la compatibilité du contenu des lois avec les droits de la Charte, cette dernière n'implique toutefois nullement l'entrave des *processus* législatifs¹³⁷.

Cela ressort de la première partie de notre constitution écrite, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (...) », *id.*, p. 375.

¹³¹ « Je suis d'accord avec l'essentiel de la pensée du professeur Hogg lorsqu'il fait observer que l'ajout d'autres textes aux 30 déjà énumérés à l'annexe du par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* risque d'avoir de graves conséquences compte tenu de la suprématie et de l'enchâssement prévus relativement à la « Constitution du Canada » aux par. 52(1) et 52(3) », *id.*, p. 378.

¹³² « Je conclus que le texte écrit de la Constitution du Canada appuie, plutôt que d'y déroger, la conclusion que nos organismes législatifs possèdent les pouvoirs constitutionnels inhérents historiquement considérés comme nécessaires à leur bon fonctionnement », *id.*, p. 378.

¹³³ *Renvoi sur la rémunération*, par. 90.

¹³⁴ *New Brunswick Broadcasting*, p. 373.

¹³⁵ *Id.*, p. 373.

¹³⁶ « L'assemblée législative est l'élément essentiel du système de gouvernement représentatif. Il est de la plus haute importance que les débats qui s'y déroulent ne soient pas perturbés ni paralysés d'aucune façon », *id.*, 387.

¹³⁷ « On nous demande d'affirmer que la *Charte* a non seulement enlevé aux corps législatifs le droit d'adopter les lois qu'ils désirent, mais aussi qu'elle a éliminé le droit constitutionnel que le Parlement et les assemblées législatives possèdent depuis longtemps d'exclure des étrangers et d'assujettir au contrôle supérieur des tribunaux la décision du président quant à ce qui gêne le fonctionnement de l'Assemblée. Je ne vois rien dans la *Charte* qui exigerait ou justifierait de procéder à la réaffectation des pouvoirs concernés », *id.*, p. 389.

La reconnaissance de principes implicites à laquelle la Cour se livre dans *New Brunswick Broadcasting* est compatible avec la tradition de respect de la souveraineté parlementaire au Canada. En constitutionnalisant les privilèges parlementaires, la Cour protège l'autonomie de la branche législative contre ce qu'elle-même semble concevoir comme d'éventuels abus de contrôle judiciaire! Il s'agit à cet égard d'une décision judiciaire magnanime. Le paradoxe de la chose est cependant que cette protection de l'autonomie législative se réalise en partie au détriment de la souveraineté parlementaire. En effet, la constitutionnalisation des privilèges parlementaires leur confère un statut supra législatif et les assujettit à la procédure de modification constitutionnelle, limitant d'autant la souveraineté de la branche législative¹³⁸.

3- Le Renvoi sur la rémunération des juges : on n'est jamais si bien servi que par soi-même. Le principe implicite de l'indépendance judiciaire¹³⁹

Dans une opinion rendue le 18 septembre 1997, la Cour suprême du Canada a confirmé la valeur supra législative du principe implicite de l'indépendance judiciaire. Elle l'a fait de façon éminemment discutable, soit dans un *obiter dictum* long et motivé de quelque vingt-sept paragraphes, dans une cause qui ne nécessitait donc nullement un tel prononcé, et dans laquelle les juges étaient directement intéressés, en ce qu'elle portait sur la rémunération des juges¹⁴⁰. La Cour a décidé dans cette affaire que l'indépendance judiciaire expressément protégée dans le contexte des causes pénales¹⁴¹ comprend un élément de sécurité financière qui exige notamment la mise en place de commissions de la rémunération des juges qui soient indépendantes, objectives et efficaces, et dont l'autorité publique chargée de déterminer en dernier ressort cette rémunération ne peut écarter la recommandation que si elle démontre la rationalité de sa décision de le faire¹⁴². L'*obiter dictum* de la Cour visait à assurer la mise en place d'une telle procédure à l'égard de la détermination de la rémunération de *tous* les juges au Canada, et ce peu importe que ces juges siègent ou non en matière pénale.

La particularité de cette affaire, quant à l'objet qui nous intéresse dans le présent texte, est que diverses facettes de l'indépendance judiciaire au Canada font l'objet d'une protection constitutionnelle explicite dans des dispositions particulières des lois constitutionnelles de 1867

¹³⁸ Un des juges de la Cour suprême qui a entendu cette affaire a d'ailleurs souligné ce paradoxe, dans des motifs distincts : « Il me semble que la perspective de la perte de tout contrôle législatif sur ses droits et privilèges serait un prix bien cher à payer par l'appelant pour les soustraire à l'application de la *Charte*. Pour produire un tel effet, on s'attendrait à plus que la simple mention générale, dans un préambule, d'une «constitution semblable dans [le] principe», opinion du juge Sopinka, *id.*, p. 396.

¹³⁹ *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3, ci-après *Renvoi sur la rémunération*.

¹⁴⁰ Voir la dissidence éloquentes du juge La Forest, qui souligne l'illégitimité de l'exercice et dénonce la « théorie douteuse » de l'existence d'une structure constitutionnelle implicite : *id.*, p. 172 et ss.

¹⁴¹ Le paragraphe 11d de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit en effet le droit, accordé à tout *inculpé*, d'être jugé par un tribunal indépendant.

¹⁴² L'essentiel de la décision de la Cour consiste donc en une interprétation d'un principe constitutionnel écrit, soit l'indépendance judiciaire en contexte pénal. Mais le caractère extrêmement créateur de l'interprétation développée par la Cour, avec la mise en place d'un processus précis, n'échappe à personne (voir *infra*, Conclusion), pas même aux auteurs du jugement. En effet, la Cour acceptera de suspendre dans le temps les effets de son jugement, de façon à permettre aux autorités politiques de mettre en place le processus dont on leur a dit qu'il était constitutionnellement requis. Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges (no 2)*, [1998] 1 R.C.S. 3, pour l'opinion de la Cour sur cette seule question de la suspension.

et de 1982. C'est donc afin de combler ce qu'elle a estimé être une lacune dans cet ensemble de mesures de protection de droit écrit que la Cour a recouru à un principe implicite.

La Constitution formelle du Canada protège expressément, par des règles de droit écrit, l'indépendance judiciaire des juges qui siègent en droit pénal¹⁴³, ainsi que la nomination, la rémunération et l'inamovibilité de certains juges, soit ceux des cours supérieures¹⁴⁴. Elle ne contient donc aucune règle précise portant sur le volet sécurité financière de l'indépendance des juges des cours provinciales qui siègent en matière civile. C'est là une « lacune » que la Cour suprême a comblée. Elle a estimé que les diverses dispositions qui protègent certaines facettes de l'indépendance judiciaire n'étaient en réalité que des manifestations ponctuelles d'un grand principe implicite d'indépendance judiciaire dont elles tirent leur origine¹⁴⁵.

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en particulier son allégué qui renvoie aux principes constitutionnels britanniques, est ici encore utilisé comme support textuel à l'affirmation du principe implicite de l'indépendance judiciaire.

La Cour considère que le caractère non exhaustif des diverses protections constitutionnelles écrites de l'indépendance judiciaire, avec les « lacunes importantes » qu'il crée, est un « problème »¹⁴⁶. On l'a vu, on réfère à une lacune lorsque l'on observe une absence là où on aurait souhaité trouver une règle. On retrouve ici une illustration parfaite de la fausse lacune. La possibilité logique d'une lacune ne peut en effet qu'être le propre d'un système juridique que l'on prétend complet. Or, par définition, la Constitution formelle n'a pas cette prétention. Elle fait plutôt partie d'un système plus large, au sein duquel elle joue un rôle particulier, soit de protéger un certain nombre de règles du jeu et de valeurs en les retirant du champ de la liberté parlementaire¹⁴⁷. Parler d'une lacune dans la Constitution formelle, c'est en fait regretter l'absence d'une telle protection dans un cas précis, et désapprouver son corollaire, soit la liberté d'action législative qui prévaut en la matière.

La Cour rattache encore une fois l'existence d'un principe implicite d'indépendance judiciaire au considérant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que l'on souhaite pour le Canada « a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom »¹⁴⁸. Mais elle élabore cette fois beaucoup plus sur le rôle de ce préambule. La Cour rappelle d'abord qu'un préambule sert traditionnellement « à préciser l'objet d'une loi ainsi qu'à faciliter l'interprétation de termes ambigus »¹⁴⁹. Selon elle, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* va cependant plus loin. « Il reconnaît et confirme, écrit la Cour, l'existence de principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867* »¹⁵⁰. Ces

¹⁴³ *Supra*, note 141.

¹⁴⁴ Articles 96, 100 et 99 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴⁵ *Renvoi sur la rémunération des juges*, par. 83.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 87.

¹⁴⁷ Voir, *supra*, texte accompagnant les notes 74 et ss. Voir aussi, dans le même sens, l'opinion dissidente du juge La Forest dans cette même affaire, où il écrit notamment, au par. 319 : « Les dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le Juge en chef, « l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* » ... Au contraire, ils sont la Constitution. ».

¹⁴⁸ « L'existence de ce principe ... est reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* », peut-on lire dans l'opinion de la Cour, *Renvoi sur la rémunération des juges*, par. 83.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 95.

¹⁵⁰ *Id.*

dispositions substantielles attestent ainsi l'existence des principes généraux. Une protection constitutionnelle écrite d'un aspect particulier de l'indépendance judiciaire prouve donc l'existence du principe général de l'indépendance judiciaire¹⁵¹. La Cour voit même beaucoup plus dans le préambule, en ce qu'elle y lit « une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel »¹⁵². Des principes implicites sous-tendent donc les dispositions constitutionnelles qui n'en sont que des illustrations ponctuelles, et le préambule, vague support textuel de ces principes, invite les tribunaux à y puiser afin de combler les lacunes du texte écrit. La boucle est ainsi bouclée.

La Cour n'a pas discuté, dans cette affaire, d'un éventuel aménagement requis au sein des normes constitutionnelles, du fait de cette reconnaissance d'un principe implicite. Le contexte de la cause ne soulevait nullement une telle question¹⁵³. Mais il est indéniable que, suite à cette reconnaissance, les dispositions constitutionnelles qui habilent, explicitement celles-là, le Parlement fédéral¹⁵⁴ et les législatures provinciales¹⁵⁵ à déterminer la rémunération des juges doivent dorénavant être assujetties aux exigences processuelles déclarées par la Cour comme étant inhérentes au principe implicite de l'indépendance judiciaire. Encore une fois, on a l'impression que la préséance a été *de facto* accordée à un principe implicite.

La Cour suprême du Canada a souhaité dans cette affaire dépolitiser la question de la rémunération des juges. Pour ce faire, elle a mis en place un processus où un organisme indépendant joue un rôle d'intermédiaire. Considérée dans l'abstrait, l'intention est peut-être louable. Mais dans un contexte où étaient en jeu les intérêts économiques de la magistrature, et où une impartialité exemplaire de la part de la Cour était plus que jamais requise, les moyens utilisés par cette dernière pour arriver à ses fins ont nourri une réelle inquiétude¹⁵⁶.

4- Le Renvoi sur la Sécession : l'art de rétablir le dialogue. Quatre principes implicites, un blocage politique et l'absence de poésie d'une procédure de modification constitutionnelle¹⁵⁷

À la fin de l'été 1998, la Cour suprême du Canada a répondu à des questions qui lui avaient été présentées par le gouvernement fédéral à propos d'une éventuelle sécession unilatérale de la province de Québec, de sa conformité avec la Constitution du Canada et avec le droit

¹⁵¹ « Loin d'indiquer que l'indépendance des juges des cours provinciales n'est consacrée dans la Constitution que pour les cas où ces cours exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation, l'al. 11d) atteste l'existence d'un principe général d'indépendance de la magistrature qui s'applique à tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent », *id.*, par. 107.

¹⁵² *Id.*, par. 95. Elle ajoute, au par. 104 « Celui-ci [le préambule] 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 [*gaps*] des dispositions expresses du texte constitutionnel ».

¹⁵³ Pas plus, d'ailleurs, qu'il ne soulevait celle de l'existence du principe. On a en effet souligné plus haut qu'il s'agissait de l'expression d'un *obiter dictum*, puisque la Cour pouvait rendre jugement en l'espèce en se fondant sur une règle de droit écrit.

¹⁵⁴ Article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 92(14).

¹⁵⁶ La situation est en cela différente de celle discutée dans *New Brunswick Broadcasting*, où l'on cherchait plutôt à protéger la démocratie parlementaire.

¹⁵⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, ci-après *Renvoi sur la sécession*.

international¹⁵⁸. La Cour a déclaré qu'une telle sécession unilatérale n'était autorisée ni par l'une ni par l'autre. À propos du volet constitutionnel de la question, la Cour a estimé qu'il mettait en jeu quatre principes implicites, soit la démocratie, le fédéralisme, le constitutionnalisme [et la primauté du droit] et enfin les droits des minorités¹⁵⁹. Dans certaines circonstances, selon la Cour, ces principes implicites pourraient donner lieu à une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi un projet de sécession¹⁶⁰. Cette obligation incomberait à tous les acteurs du fédéralisme canadien. Il s'agirait d'une obligation juridique substantielle, qui lierait les gouvernements¹⁶¹, mais dont les tribunaux ne contrôlèrent ni les conditions de production ni l'exécution¹⁶².

La Cour a déclaré dans ce Renvoi que la procédure de modification constitutionnalisée en 1982¹⁶³ permet de réaliser au Canada tout changement constitutionnel souhaité, y compris la sécession d'une province¹⁶⁴. Elle a cependant ajouté à ce chapitre de droit écrit de la Constitution formelle une obligation de négocier, non écrite celle-là, issue de principes implicites.

Les principes implicites font dans ce renvoi l'objet de développements plus soutenus.

La question de la conformité constitutionnelle d'une sécession unilatérale appelait une définition de la Constitution du Canada¹⁶⁵. C'est du moins ce qu'a conclu la Cour. Plutôt que de s'en tenir à une définition strictement juridique, la Cour a choisi la définition la plus large qui soit, soit :

... le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Voici le texte des trois questions qui ont été soumises à la Cour : « 1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? 2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? 3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? », *id.*, par. 2.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 32.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 69 et 88.

¹⁶¹ *Id.*, par. 54 et 89.

¹⁶² *Id.*, par. 100.

¹⁶³ Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁶⁴ *Renvoi sur la sécession*, par. 84-85.

¹⁶⁵ Le texte de la première question réfère en effet à la conformité d'une sécession unilatérale avec la « Constitution du Canada », question précitée, note 158.

¹⁶⁶ *Renvoi sur la sécession*, par. 32. Il est intéressant de remarquer ici que cette définition provient du *Renvoi relatif à la modification de la constitution du Canada*, précité, note 101. La Cour devait décider, dans ce renvoi de 1981, de la conformité du « rapatriement de la constitution », soit de la demande d'une dernière loi constitutionnelle au Parlement britannique, avec le droit constitutionnel et avec les conventions constitutionnelles au Canada. La définition est empruntée à la partie du renvoi qui discutait de cette question des conventions constitutionnelles (pages 849 et ss.), et qui devait donc reposer sur la vision la plus englobante qui soit de la constitution, de façon à justifier l'inclusion en son sein de ces conventions dites non juridiques. La formulation initiale de la définition de Constitution du Canada retenue dans le *Renvoi sur la sécession* se retrouve donc dans un contexte d'où est complètement absente toute considération de suprématie de la constitution.

La Cour présente ici expressément la constitution canadienne comme « un cadre juridique exhaustif »¹⁶⁷, qui comprend tant des conventions constitutionnelles que des règles de droit écrit et des « principes constitutionnels directeurs fondamentaux »¹⁶⁸. Cette fiction d'exhaustivité des règles constitutionnelles permet à la Cour de prétendre qu'à propos de chaque question qui lui est posée elle peut confirmer l'existence d'une réponse qui pré existe dans l'ordre normatif constitutionnel. Elle permet aussi de toujours trouver dans cet ensemble de règles la solution à des questions nouvelles, produits de l'évolution historique.

Selon la Cour, les principes implicites constituent les « prémisses inexprimées du texte de la Constitution »¹⁶⁹. La Cour ne tente plus, cette fois, de convaincre de l'existence d'une confirmation textuelle de l'existence de tous ces principes. Elle accepte candidement, et pour la première fois, que ce rattachement au texte de la Constitution n'existe que pour certains d'entre eux, et ce uniquement « par une allusion indirecte dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 »¹⁷⁰. La légitimité du recours aux principes implicites n'est donc plus essentiellement textuelle. Elle repose plutôt, maintenant, sur des considérations fonctionnelles. Le texte de la Constitution ne prévoit pas tous les problèmes et toutes les situations qui peuvent survenir¹⁷¹. Cette incomplétude de la Constitution écrite doit être palliée car, par définition, semble-t-il, la Constitution doit répondre à toute question qui se pose aujourd'hui ou qui se posera dans l'avenir. On voit ici à l'œuvre la fiction de complétude du système juridique constitutionnel. En cas de silence du droit constitutionnel écrit, on retrouvera la réponse à toute question dans les principes qui le sous-tendent. On pourra encore prétendre que les juges ne créent pas la solution constitutionnelle, mais qu'ils la découvrent dans un ordre normatif exhaustif.

La discussion du caractère exhaustif de la Constitution canadienne et des sources qui la composent, au nombre desquelles figurent les principes implicites, aurait pu laisser planer une incertitude quant à la valeur de ces derniers. En effet, si la Cour mentionne l'existence des règles écrites, elle inclut dans ces sources les conventions de la constitution, dont elle s'est acharnée à démontrer le caractère non juridique et strictement politique dans le *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution*¹⁷². La Cour inclut donc dans sa définition large de la Constitution du Canada à la fois des règles politiques, non assujetties à des sanctions judiciaires, et des règles formellement constitutionnelles. Or, tout doute quant au statut des principes implicites se dissipe lorsque la Cour affirme qu'ils peuvent « donner lieu à des obligations juridiques substantielles ... qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale »¹⁷³. Ils lient les tribunaux et les gouvernements¹⁷⁴. Les principes jouissent donc, dans ce renvoi comme dans les trois causes discutées précédemment, d'un caractère supra législatif. La manifestation de ce caractère se retrouve, cette fois, non pas dans la préséance à l'égard d'une loi ou encore dans l'ineffectivité

¹⁶⁷ *Renvoi sur la sécession*, par. 32.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*, par. 49.

¹⁷⁰ *Id.*, par. 51.

¹⁷¹ *Id.*, par. 32.

¹⁷² *Renvoi relatif à la modification de la constitution du Canada*, précité, note 101. La Cour semble ainsi retenir une définition de droit constitutionnel très inclusive, que l'on retrouve dans les pays de constitution souple, où, par nature, les limites définitionnelles de la Constitution formelle rigide ne se posent pas. Voir, par exemple, HOGG, *loc. cit.*, note 97, pp. 718-719.

¹⁷³ *Renvoi sur la sécession*, par. 54.

¹⁷⁴ *Id.*

ponctuelle d'une autre règle constitutionnelle, mais bien dans la production d'une norme, elle aussi supra législative. Il s'agit en l'espèce d'une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi un projet de sécession, lorsque certaines conditions sont présentes.

La Cour écrit dans ce Renvoi que les principes implicites « fonctionnent en symbiose »¹⁷⁵. On doit admettre qu'elle procède d'ailleurs en l'espèce à une excellente démonstration de cette affirmation : la discussion des impacts réciproques des principes invoqués, soit le fédéralisme, la démocratie, la primauté du droit et la protection des minorités, en contexte de sécession, est remarquable de clarté et d'à-propos. Reste cependant que, si cette harmonie de coexistence des principes est ici ponctuellement possible dans un discours théorique sur une éventuelle sécession, la fiction dont elle procède demeure indéniable pour un regard réaliste. Et si les principes concourent ici à la production harmonieuse d'une obligation constitutionnelle de négocier, on ne doit pas oublier que cette obligation non écrite devra dorénavant être lue dans une procédure de modification constitutionnelle de droit écrit vraisemblablement conçue comme étant exhaustive.

Saisie d'une situation politiquement délicate, soit celle d'une éventuelle sécession du Québec, la Cour suprême du Canada a misé sur les valeurs de dialogue et de démocratie. Elle a pris soin d'éviter de stigmatiser les positions en présence. L'objectif est encore une fois louable. D'autant plus que ce sont des autorités politiques qui lui ont demandé de se prononcer. On peut cependant, encore une fois, remarquer le paradoxe de l'augmentation du contenu de la constitution rigide par les juges, avec son corollaire, soit la limitation des pouvoirs législatifs, en vue de protéger le dialogue démocratique.

Quoique seul le *Renvoi sur la rémunération* réfère expressément à cette idée, les quatre opinions de la Cour peuvent être analysées comme des exemples de comblement de lacunes par le recours à des principes implicites.

Dans chacun des cas, on a soumis à la Cour un problème auquel la Constitution formelle apportait une solution qu'elle a estimée inadéquate. D'où la conclusion d'une lacune à combler.

Quelles étaient donc ces lacunes auxquelles la Cour a décidé de remédier?

Dans l'affaire du Manitoba, le silence de la Constitution quant aux conséquences immédiates du prononcé d'inconstitutionnalité de la quasi-totalité d'un ordre juridique a été traité comme une lacune qu'il fallait combler.

En l'absence de protection constitutionnelle des privilèges parlementaires, l'exercice de la liberté de la presse risquait de perturber régulièrement le décorum du processus parlementaire. Un principe implicite a su combler cette lacune.

Le fait que la Constitution écrite ne protège que certains aspects de l'indépendance judiciaire risquait de mettre en péril l'uniformité du mécanisme de détermination de la rémunération des

¹⁷⁵ *Id.*, par. 49.

juges que la Cour a estimé requis par certaines dispositions. Le principe implicite de l'indépendance judiciaire a remédié à cette situation.

L'éventualité de la sécession du Québec crée d'importantes tensions politiques au Canada. Le mouvement souverainiste au Québec estime qu'il s'agit essentiellement d'une question politique. Les autorités fédérales demandent à la Cour un avis consultatif sur la légalité de la réalisation d'un tel projet. La Constitution est silencieuse sur la question. La Cour comblera cette lacune en inférant de principes implicites, notamment celui de la démocratie, l'existence d'une obligation juridique de négocier imposées à tous les acteurs du fédéralisme canadien.

Dans tous ces cas, c'est un jugement porté par la Cour sur l'inadéquation ou le caractère incomplet des règles écrites de la Constitution formelle qui l'a amenée à conclure à l'existence d'une lacune et à la combler par le recours aux principes implicites. On retrouve ici l'exemple paradigmatique de la fausse lacune, de la lacune qui est le produit d'une décision, et non d'une observation¹⁷⁶.

Ces déclarations judiciaires d'existence de principes implicites sont porteuses de graves conséquences en ce qu'elles ajoutent du contenu à la Constitution formelle, limitant ainsi les souverainetés parlementaires fédérale et provinciales. Il s'agit de décisions qui, dans une tradition de démocratie parlementaire, requièrent des justifications¹⁷⁷.

Des explications d'ordre méthodologique, fondées sur une nécessaire complétude du droit, ne convainquent pas. Par définition, la Constitution formelle ne constitue pas un ordre normatif complet. Il s'agit plutôt d'un espace, dans un ordre normatif, où l'on retrouve les règles du jeu et les valeurs fondamentales. Ce qui ne s'y trouve pas ne constitue pas une « lacune ». Ce qui ne s'y trouve pas se retrouve ailleurs, et relève du champ d'action des parlements. On peut à l'occasion le regretter. Mais les seuls regrets, même ceux du plus haut tribunal du pays, ne devraient pas suffire à déplacer une sphère d'action dans l'ordonnement constitutionnel. La procédure de modification constitutionnelle a été prévue à cette fin¹⁷⁸.

CONCLUSION

La nomination du juge Marshall Rothstein à la Cour suprême du Canada a été annoncée le 1^{er} mars 2006, tel que prévu et deux jours après sa comparution publique devant un comité parlementaire¹⁷⁹. Il était dans les faits choisi par le premier ministre du Canada au moment de sa comparution, et on se demande quel scénario extrême aurait pu renverser le cours des choses. Il demeure cependant que cette nouvelle étape du processus a été fort bien accueillie et que

¹⁷⁶ *Supra*, partie I, texte accompagnant les notes 64 et ss.

¹⁷⁷ Contrairement à ce qu'avance la Cour, on est très loin de l'« incontestable »; voir *New Brunswick Broadcasting*, p. 377, et *Renvoi sur le Manitoba*, p. 750.

¹⁷⁸ « When an unwritten constitutional principle is directly enforced in that fashion, it is hard to avoid the conclusion that the Constitution has been modified by judicial fiat in defiance of the procedure laid down by the Constitution for its amendment », HOGG, *op. cit.*, note 54, p. 15-47.

¹⁷⁹ Monsieur le juge Rothstein présente certes des habiletés juridiques incontestables. Mais, au moment de sa nomination en 2006, soit près de 140 après l'expression des craintes identitaires des Canadiens-français de 1867, à propos d'un ultime tribunal d'appel au Canada, voir STRAYER, *op. cit.*, note 2, monsieur le juge Rothstein ne parle pas français et ne connaît pas la tradition juridique de droit civil.

beaucoup ont souligné l'effort de transparence et de démocratisation ainsi mis en œuvre. Monsieur le juge Rothstein a fort élégamment répondu aux questions, elles aussi fort courtoises, des députés. Tous se sont efforcés d'établir un précédent positif¹⁸⁰.

Il est vrai que la Cour suprême du Canada jouit d'un pouvoir considérable. Le choix des personnes appelées à y siéger est crucial.

L'analyse qui précède a exploré la manifestation la plus récente et la plus spectaculaire de cet important pouvoir judiciaire : l'utilisation de principes constitutionnels implicites.

La théorie du dialogue, telle que conçue au Canada, semble difficilement justifier la légitimité de cette utilisation (1). À la lumière de l'importante part de création judiciaire que l'on retrouve aussi dans l'interprétation de la constitution écrite, on peut cependant se demander si le recours aux principes implicites requiert réellement une justification particulière (2), d'autant plus que les parlementaires semblent à ce jour s'en accommoder fort bien (3).

1- Une théorie du dialogue difficilement applicable

Une théorie dite du dialogue occupe au Canada une place importante dans le discours sur la légitimité du contrôle judiciaire. Curieusement, et pour des raisons d'ordre technique, la déclaration judiciaire de principes constitutionnels implicites semble échapper en partie à son emprise.

Sans faire en cela œuvre d'originalité, la doctrine d'abord¹⁸¹, puis la jurisprudence canadienne¹⁸² ont tenté de rattacher la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité en contexte de droits et libertés à une forme de dialogue institutionnel établi entre les diverses autorités étatiques préoccupées de la protection des droits et libertés. Cette théorie se fonde en partie sur la structure même de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, si cette dernière jouit de la suprématie de la Constitution et autorise des jugements d'inconstitutionnalité¹⁸³, elle permet aussi à l'État d'apporter des limites raisonnables aux droits et libertés qu'elle protège¹⁸⁴, et habilite même les divers parlements au Canada à déroger à la suprématie de certains, pour une période déterminée¹⁸⁵. On répond ainsi, à ceux qui s'inquiètent de l'absence de légitimité démocratique de prononcés d'inconstitutionnalité des lois par des juges nommés par le pouvoir politique, que les représentants élus des parlements conservent toujours le pouvoir d'élaborer des limites raisonnables et, dans certains cas, de déroger à certains droits. Un sain dialogue s'établit ainsi, dans un concert d'efforts des différentes branches de l'État en vue d'assurer la protection des droits et libertés

¹⁸⁰ On comprendra que l'on souhaite éviter au Canada les excès auxquels a pu donner lieu le processus de ratification sénatoriale de certaines nominations judiciaires aux Etats-Unis d'Amérique.

¹⁸¹ Voir, par exemple, Peter HOGG et Allison BUSHHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

¹⁸² Voir, par exemple, *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

¹⁸³ En vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁸⁴ Article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹⁸⁵ *Id.*, art. 33.

Quoiqu'il en soit de sa valeur¹⁸⁶, la théorie du dialogue semble inapte à justifier un exercice de contrôle de constitutionnalité fondé sur un principe implicite.

En effet, les sphères d'autonomie parlementaires dont on dit qu'elles jouent un rôle clé dans ce dialogue institutionnel sont difficilement applicables aux principes implicites. En effet, dans la mesure où ces principes sont en général rattachés au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui autorise les limites raisonnables leur est techniquement inapplicable.¹⁸⁷ Ces principes ne sont pas non plus visés par la disposition de la Charte qui autorise les divers parlements au Canada à déroger à la suprématie de certains droits et libertés.

Les fondements principaux de la défense du contrôle de constitutionnalité par la théorie du dialogue faisant défaut, on doit rechercher ailleurs, si besoin est, une justification du contrôle de constitutionnalité fondé sur les principes implicites.

2- Plus de création judiciaire dans le recours aux principes implicites qu'en interprétation du droit écrit?

Il se peut cependant que l'on ait à déconstruire cette idée qui veut que l'existence d'une règle de droit écrit confère inévitablement à l'activité d'interprétation judiciaire à laquelle elle donne lieu une légitimité dont on ne peut que déplorer l'absence dans le cas du recours judiciaire aux principes constitutionnels implicites.

Le recours aux principes constitutionnels implicites, associé ou non au comblement de lacunes, est certes un acte judiciaire créateur et porteur de conséquences juridiques fondamentales. Mais l'est-il nettement plus que l'interprétation des normes écrites du droit constitutionnel? La différence, s'il en est, en est-elle une de nature, ou de simple degré? Ou encore n'est-elle qu'illusoire?

Il se peut que la marge de manœuvre judiciaire soit dans les deux cas équivalente et, qu'en termes de préoccupations démocratiques, le premier présente même un avantage sur le second, soit celui de la transparence, de la visibilité et de l'imputabilité.

On ne doit en effet pas oublier que la simple interprétation de la Constitution formelle écrite implique, en soi, une marge d'appréciation judiciaire considérable. Les termes utilisés dans un document constitutionnel sont souvent vagues, généraux, et laissent place à une vaste panoplie de significations sémantiques. De plus, le droit canadien reconnaît depuis longtemps l'importance d'une interprétation généreuse, large et évolutive des lois constitutionnelles¹⁸⁸. À cet égard, l'intention initiale des auteurs du texte ne représente pas une réelle contrainte pour l'interprète¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cette théorie ne fait pas l'unanimité. Voir, par exemple, Andrew PETER, "Twenty years of Charter Justification: From Liberalism to Dubious Dialogue", (2003) 52 *University of New-Brunswick L.J.* 187.

¹⁸⁷ Voir par exemple, en ce sens, *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 72.

¹⁸⁸ *Edwards c. A.G. Canada*, précité, note 45.

¹⁸⁹ Voir, par exemple, *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979 ch. 288*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Il ne faut donc pas se surprendre de retrouver en jurisprudence des « interprétations » pour le moins originales de règles constitutionnelles écrites.

Ainsi, l'interprétation de la disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui autorise l'État à apporter des limites raisonnables aux droits et libertés protégés a donné lieu à un test technique et fonctionnel, malgré un libellé fort impressionniste. En effet, le texte de cette disposition, qui utilise les termes « limites raisonnables ... dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »¹⁹⁰, a été interprété par la Cour de façon à exiger l'application d'un test technique en deux critères, le premier portant sur l'importance de l'objectif poursuivi par la mesure attentatoire aux droits et libertés, et le second, sub-divisé en trois volets, sur la proportionnalité entre la fin poursuivie et les moyens utilisés¹⁹¹.

De même, la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui exprime en ces termes la sanction du principe de la suprématie de la Constitution « [La Constitution] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »¹⁹² a aussi reçu une interprétation judiciaire fort créatrice. La Cour suprême y a notamment lu la possibilité pour un juge d'ajouter ou d'exclure de la portée de la loi des cas qui auraient inconstitutionnellement été exclus ou inclus par le législateur¹⁹³.

La Cour a enfin interprété le droit constitutionnel d'un inculpé d'être jugé par un « tribunal indépendant »¹⁹⁴ comme incluant le droit d'être jugé par un juge dont la rémunération aura été déterminée en vertu d'un processus qui inclut l'intervention d'un organisme administratif indépendant, objectif et efficace¹⁹⁵.

Si ces interprétations jouissent en principe de la légitimité habituellement inhérente à toute interprétation judiciaire de droit écrit, l'absence de commune mesure entre le droit élaboré par la Cour supposément sur le fondement d'une disposition écrite et le langage de cette dernière met en lumière l'importante part de création mise en œuvre.

Considéré à l'aulne de cette interprétation constitutionnelle créatrice, le phénomène de la déclaration judiciaire de principes constitutionnels implicites perd en originalité.

La comparaison entre ces deux modes de création judiciaire de droit que sont l'interprétation créatrice du droit écrit et la déclaration de principes implicites peut même jouer en faveur de cette dernière. En effet, la nature même de la déclaration judiciaire de principes constitutionnels implicites exige une forme de justification : les juges qui y procèdent savent qu'ils ont à démontrer le bien-fondé de l'exercice. Alors que la légitimité de l'interprétation judiciaire du droit écrit va de soi, celle de la déclaration de principes implicites, en raison de son caractère ouvertement inhabituel et inventif, dépend des justifications que l'on peut y apporter. Un jugement fondé sur une telle déclaration risque fort d'être plus explicite quant à sa motivation réelle, permettant ainsi transparence, discussion et critique.

¹⁹⁰ Article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹⁹¹ Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁹² Paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁹³ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

¹⁹⁴ Article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹⁹⁵ *Renvoi sur la rémunération*.

3- Des parlementaires heureux

D'une certaine façon, les parlementaires au Canada conservent, en théorie du moins, le dernier mot en matière constitutionnelle. En effet, ce sont eux, les membres des assemblées législatives provinciales, du Sénat et de la Chambre des communes, qui sont les acteurs autorisés à mettre en œuvre la procédure de modification constitutionnelle¹⁹⁶. Ils ont donc les moyens juridiques de renverser une décision judiciaire leur apparaissant inopportune. De façon plus drastique, on pourrait même envisager l'hypothèse qu'ils mettent ainsi fin à tout contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur le préambule des lois constitutionnelles ou encore sur des principes implicites autonomes¹⁹⁷. Il s'agirait de l'ultime dernier mot du dialogue.

Mais cette possibilité n'est peut-être que théorique. En effet, dans le contexte politique actuel au Canada, l'important consensus requis par la formule de modification en rend l'usage très difficile. De plus, aucun politicien ne souhaite l'opprobre populaire qui résulterait du renversement d'une décision judiciaire fondée sur les principes implicites et présentant les allures d'une protection de droits ou de libertés.

Fondamentalement, il se peut cependant que les parlementaires soient en fin de compte assez satisfaits de ces jugements fondés sur les principes implicites. En effet, au-delà d'une première apparence de limites imposées aux parlementaires par ces décisions judiciaires, il se peut que ces dernières aient en réalité pavé la voie à une légitimité accrue pour un certain espace d'autonomie parlementaire.

Le recours au principe de la primauté du droit, dans le *Renvoi sur le Manitoba*, a accordé aux élus de la province une période de temps pour traduire les lois inconstitutionnellement adoptées en anglais seulement. Si le prononcé d'inconstitutionnalité, en soi, a confirmé l'existence d'une obligation de bilinguisme qui impose des contraintes à la législature provinciale, l'utilisation du principe implicite a plutôt facilité sa tâche, en lui accordant un bien précieux : du temps. À plus long terme, d'autres parlements au Canada ont pu profiter de telles suspensions de prononcés d'inconstitutionnalité. En effet, cette mesure de suspension, développée dans le contexte d'une gravité exceptionnelle de l'affaire du Manitoba, a été reprise par la suite par la Cour dans un certain nombre de cas d'inconstitutionnalité fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans lesquels la Cour n'a même plus senti le besoin de discuter d'un quelconque rattachement aux principes implicites¹⁹⁸. On semble considérer, tout simplement, que la suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité fait désormais partie des options dont peut se prévaloir une cour qui procède à un prononcé d'inconstitutionnalité en vertu du principe de la suprématie de la Constitution en matière de Charte. Les parlementaires canadiens profitent désormais de cette banalisation, dans des situations dans lesquelles les justifications originelles ne

¹⁹⁶ Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁹⁷ Pour l'évocation d'une telle possibilité de limitation du contrôle judiciaire de constitutionnalité par modification constitutionnelle, en contexte européen, voir PONTTHOREAU, *op. cit.*, note 55, p. 49; Louis FAVOREU, « Rapport introductif », AVRIL et VERPEAUX, *op. cit.*, note 35, 13, p. 16; CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 10, p. 137 note 1.

¹⁹⁸ Voir, sur cette question, Bruce RYDER, « Suspending the Charter », (2003) 21 *Supreme Court Law Review* (2d) 267.

jouent nullement, d'une modalité d'application de jugements d'inconstitutionnalité pourtant développée dans un contexte exceptionnel.

Au-delà d'une première impression qui voit dans le *Renvoi sur la rémunération des juges* une limite constitutionnelle additionnelle imposée aux parlementaires, il se peut que cette décision ait en réalité grandement facilité la tâche de ces derniers dans un contexte économique difficile. En effet, la reconnaissance du statut constitutionnel d'un grand principe d'indépendance judiciaire, avec les contraintes que l'on y a dites inhérentes quant à la détermination de la rémunération de tous les juges au Canada, a fait en sorte que les parlementaires ont pu consentir aux juges des hausses de rémunération qu'ils devaient refuser à la fonction publique. Ils ont pu imputer aux tribunaux la responsabilité de ces décisions salariales: il ne s'agit plus d'une décision politique autonome, il s'agit désormais de répondre aux exigences constitutionnelles déclarées par la Cour. Paradoxalement, le *Renvoi sur la rémunération* a ainsi servi à légitimer des décisions politiques controversées.

Les parlementaires ne peuvent que se réjouir de la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges parlementaires dans *New Brunswick Broadcasting*. Cette décision leur reconnaît une autonomie processuelle considérable dont ils ne sauraient logiquement se plaindre.

Le *Renvoi sur la sécession* a généralement été bien reçu de la communauté politique au Canada. Face à une situation délicate, la Cour a tenté de rétablir un dialogue entre les divers acteurs concernés, et les partisans des diverses options ont pu y trouver des arguments favorables. La Cour a déclaré qu'une sécession unilatérale serait illégale, tant du point de vue du droit constitutionnel que de celui du droit international. Elle a cependant insisté sur l'importance de l'expression claire de la volonté démocratique d'un peuple, si tant est qu'il existe un peuple québécois, et sur l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier imposée à tous les acteurs du fédéralisme canadien, lorsque certaines conditions sont rencontrées. Si l'avis de la Cour n'a pas concrètement réussi à rétablir au Canada un dialogue sur cette question de la sécession du Québec, il a enrichi les positions respectives¹⁹⁹, et il n'a certes pas déplu au point où l'on songe à renverser ses conclusions par un recours à un amendement constitutionnel.

Les parlementaires ont donc à ce jour de bonnes raisons de ne pas s'indigner trop vertement des opinions de la Cour fondées sur des principes implicites. Du moins dans le cas des quatre principales causes de la Cour suprême du Canada discutées dans ce texte.

De plus, s'il est encore trop tôt pour parler d'une tendance, la Cour suprême du Canada semble moins encline à la déclaration de principes constitutionnels implicites²⁰⁰. Et elle rappelle même l'importance de la souveraineté parlementaire²⁰¹.

¹⁹⁹ Dans les suites du *Renvoi sur la sécession*, le Parlement fédéral a adopté la *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26. Le Parlement du Québec a répondu à la loi fédérale avec la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.R.Q., chapitre E-20.2.

²⁰⁰ Voir, par exemple, le ton du jugement unanime de la Cour dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, une contestation constitutionnelle principalement fondée sur des principes implicites, où l'on retrouve notamment le propos suivant, fort éloquent : « Autrement dit, les arguments soulevés par

On a dénoncé une certaine judiciarisation des questions politiques à laquelle a donné lieu l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰², et la relative passivité avec laquelle les parlementaires regardent leur échapper le contrôle sur les grandes questions de société²⁰³. La tolérance politique de la constitutionnalisation judiciaire de principes implicites s'inscrit peut-être dans cette mouvance plus large.

On doit cependant remarquer qu'une volonté politique claire de limiter le contrôle judiciaire de constitutionnalité aux seules règles de droit écrit de la Constitution formelle et d'ainsi mettre fin aux déclarations judiciaires de principes constitutionnels implicites, si elle existait, ne serait pas nécessairement fructueuse.

Qui sait, la Cour suprême du Canada, mère de ces principes implicites, déciderait peut-être, de toute façon, que ses petits sont exclus du champ d'application de la procédure de modification constitutionnelle, en vertu, cette fois, d'un méta principe implicite ...²⁰⁴

les appelants ne reconnaissent pas que, dans une démocratie constitutionnelle telle que la nôtre, la protection contre une loi que certains pourraient considérer injuste ou inéquitable ne réside pas dans les principes *amorphes* qui sous-tendent notre Constitution, mais dans son texte et dans l'urne électorale » [je souligne] (par. 66). Voir aussi le commentaire de Peter Hogg : « Unwritten constitutional principles are vague enough to arguably accommodate virtually any grievance about government policy. Fortunately, lower courts have maintained a wise reluctance to invalidate government initiatives on the basis of unwritten constitutional principles, and the Supreme Court of Canada shows some sign of reining in its creative impulses », HOGG, *op. cit.*, note 54, p. 15-49.

²⁰¹ Elle l'a fait dans l'affaire *Babcock* dans laquelle, face à une argumentation fondée sur les principes implicites, elle répond en ces termes : « Il faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement », *Babcock c. P.G. Canada*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 55.

²⁰² Voir, par exemple, Michael MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wal & Thompson, 1989. Traduit par Hervé JUSTE, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996.

²⁰³ Voir, pour deux exemples récents de décision judiciaires déterminantes sur des questions sociales fondamentales : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 (sur la question du recours à des assurances privées pour obtenir des services de santé), et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6 (sur la question du port du kirpan à l'école).

²⁰⁴ La Cour aurait cependant alors à nuancer l'affirmation péremptoire selon laquelle : « [l]a population du Canada, agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en oeuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien » (je souligne), *Renvoi sur la sécession*, par. 85.