
La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit

Luc B. Tremblay*

La notion de «primauté du droit» est difficile à cerner en théorie constitutionnelle canadienne. L'auteur se propose de préparer le terrain afin de permettre une meilleure compréhension de cette notion. L'obstacle principal à surmonter pour ce faire est, selon lui, d'ordre méthodologique.

Après avoir exposé quelques-uns des postulats fondamentaux de la théorie constitutionnelle dominante et après avoir démontré l'existence d'une confusion entourant la description de la primauté du droit en droit canadien, l'auteur en vient à la conclusion que cette confusion est due à l'approche positiviste des auteurs canadiens. Selon lui, cette approche est empreinte d'une tension entre, d'une part, ses présupposés épistémologiques qui contraignent ces auteurs à fonder leur doctrine uniquement sur la réalité juridique empirique et, d'autre part, la nécessité de recourir à des constructions théoriques afin d'élaborer une description cohérente et complète de la notion de primauté du droit. L'auteur termine en suggérant qu'une approche herméneutique pourrait peut-être réussir là où l'approche positiviste s'est montrée insuffisante.

It is difficult to define the notion of the rule of law as it applies to Canadian constitutional law. The author presents an analysis aimed at providing a better understanding of this concept. He argues that the primary obstacle to surmount is one which is methodological.

Following a discussion of the fundamental principles governing the dominant constitutional theory, and an explanation of the confusion surrounding the definition of the rule of law in Canada, the author concludes that this confusion is a result of the positivist approach taken by Canadian writers. There is an inherent tension underlying positivism between its epistemological presuppositions which compel these writers to base their doctrine solely on an empirical juridical reality, and the need to resort to theoretical constructs in an attempt to develop a complete and coherent conceptualization of the rule of law. The author concludes with the suggestion that a hermeneutic approach would provide a more satisfactory definition of the rule of law.

* Professeur de droit à l'Université de Sherbrooke.

© Revue de droit de McGill
McGill Law Journal 1994
Mode de référence: (1994) 39 R.D. McGill 101
To be cited as: (1994) 39 McGill L.J. 101

Sommaire

Introduction

I. La théorie constitutionnelle canadienne dominante

II. Quelques causes méthodologiques apparentes

III. La cause méthodologique profonde

Conclusion

* * *

Introduction

Pour plusieurs juristes canadiens, le concept de la primauté du droit est comme Protée : dès qu'on l'approche ou qu'on le touche, il s'enfuit et se transforme. Il apparaît insaisissable. Certains écrits du professeur Peter Hogg, qui font autorité en théorie constitutionnelle canadienne, légitiment ce jugement. Commentant le sens et la portée du préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ énonçant que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la primauté du droit, le constitutionnaliste a soutenu que «[t]he reference to the 'rule of law' [...] seems unhelpful since the phrase is so notoriously vague»². Peut-être est-ce pour cette raison que les deux premières éditions de son traité *Constitutional Law of Canada*, publiées en 1977 et en 1985, ignoraient totalement le concept : Hogg n'y consacrait pas même une page et la notion ne figurait pas à l'index détaillé³.

¹Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

²P.W. Hogg, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982 à la p. 9.

³P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977 ; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985. La deuxième édition mentionne le concept à la page 346 en expliquant que l'application du droit commun aux autorités publiques était, pour Dicey, un élément de la primauté du droit. La troisième édition de cet ouvrage (P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992), publiée après la rédaction de ce texte, fait maintenant référence au concept de la primauté du droit dans trois contextes. Premièrement, dans les sections réservées à l'analyse du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, [1985] 4 W.W.R. 385 [avec renvois aux R.C.S.], dans lequel la Cour suprême du Canada justifia, sur la base de la primauté du droit, la décision de maintenir des lois inconstitutionnelles temporairement valides. Néanmoins, Hogg critique ce fondement : «'[N]ecessity' would have been the more conventional rubric [...]» (*ibid.* à la p. 912. Voir aussi *ibid.* à la p. 1258). À son avis, le concept de la primauté du droit est «usually a mere rhetorical flourish» (*ibid.* à la p. 1257). Deuxièmement, Hogg fait allusion au concept de la primauté du droit dans le cadre de l'application du droit commun aux autorités publiques en reprenant le court passage qu'il avait rédigé dans sa deuxième édition (*ibid.* à la p. 1244). Enfin, à deux reprises, l'auteur associe le con-

Certes, il n'est pas facile de décrire le sens exact de la «primauté du droit» : elle fait partie de ces notions qui paraissent confuses, chargées d'émotion et contestées. Néanmoins, s'il est vrai, comme semblent l'admettre les juristes canadiens, que la «primauté du droit» constitue un «principe fondamental»⁴ ou l'un des «postulats fondamentaux»⁵ de la constitution canadienne, nous ne saurions nous satisfaire d'un concept protéiforme. Il est donc de notre devoir de trouver le moyen de s'en emparer et de l'interroger afin de le comprendre.

La cause fondamentale de la difficulté (voire l'impossibilité) qu'ont les théoriciens de la constitution canadienne à saisir et à décrire d'une façon cohérente le sens de la primauté du droit en droit canadien est méthodologique. Dans la première partie, j'exposerai quelques-uns des postulats fondamentaux de la théorie constitutionnelle canadienne dominante. Dans la seconde partie, j'exposerai quelques raisons qui expliquent l'apparente confusion relativement aux descriptions de la primauté du droit en droit canadien. Enfin, dans la troisième partie, je soutiendrai que les postulats méthodologiques de la théorie constitutionnelle dominante sont fondamentalement inadéquats pour saisir le sens de la primauté du droit en droit canadien.

Ce texte est une réflexion préliminaire. Avant d'élaborer une conception cohérente de la primauté du droit en droit canadien, il est nécessaire de comprendre les raisons pour lesquelles les travaux actuels ne sont pas satisfaisants. Cette réflexion est singulièrement importante dans la mesure où elle présuppose que la faiblesse de ces derniers a pour cause fondamentale les règles méthodologiques qui guident les constitutionnalistes.

I. La théorie constitutionnelle canadienne dominante

J'utiliserai le mot «constitution» pour décrire un ensemble de normes (règles ou principes) relatives à la création et à la réglementation des institutions politiques d'un ou plusieurs États. Une théorie constitutionnelle est un ensemble d'assertions organisées d'une façon cohérente et systématique qui délimite son objet d'étude, un ou plusieurs aspects d'une «constitution», et le représente à un certain degré d'abstraction à certaines fins (par exemple, «définir» sa «nature», le décrire, l'exposer, l'expliquer, le justifier, le critiquer, etc.). Elle peut être qualifiée de *générale* lorsqu'elle représente une «constitution» en général et de *restreinte* lorsqu'elle n'en représente qu'un aspect.

Une théorie constitutionnelle comprend toujours des présupposés méthodologiques fondamentaux qui orientent le choix des questions, des problèmes, et la stratégie la plus adaptée pour les résoudre. On peut la qualifier de *normative* lorsqu'elle représente un ou plusieurs aspects d'une constitution «idéale» qui, dérivée d'une théorie politique ou morale plus fondamentale, prescrit un ensemble de

cept de la primauté du droit à celui de «constitutionnalisme» (*ibid.* aux pp. 1257, 1263). Cependant, il semble préférer ce dernier concept au premier.

⁴Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, *ibid.* à la p. 748.

⁵Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121 à la p. 142, 16 D.L.R. (2^e) 689 [avec renvois aux R.C.S.], tel que traduit dans F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 74.

normes (standards, principes, valeurs, etc.) auxquelles la constitution et les institutions politiques d'un ou plusieurs États devraient se conformer, et permet d'évaluer le caractère acceptable, raisonnable, moral ou juste de ces constitutions et de ces institutions politiques telles qu'elles existent en fait. Une théorie constitutionnelle normative énonce ce qu'on désignera par propositions de morale politique. On peut qualifier une théorie constitutionnelle de *descriptive* lorsqu'elle représente un ou plusieurs aspects d'une constitution «réelle», c'est-à-dire d'un *fait social* qui «existe» dans le monde ou qui est *en fait* «reconnu» et «accepté» comme normatif dans un ou plusieurs ordres juridiques⁶. Une théorie constitutionnelle descriptive énonce des «propositions» qui, on le précisera plus bas, peuvent être des propositions de droit ou des propositions de fait.

Pour le juriste qui désire clarifier le concept de la primauté du droit au Canada, les ouvrages doctrinaux dominants qui s'inscrivent dans le cadre d'une théorie constitutionnelle *générale et descriptive* du droit constitutionnel canadien constituent généralement le point de départ logique et naturel⁷.

Il n'est pas facile d'énoncer avec certitude les postulats fondamentaux de cette théorie au Canada puisque, d'une part, les constitutionnalistes canadiens ne les exposent pas clairement et que, d'autre part, il existe plusieurs conceptions de ce que devrait être une théorie générale descriptive du droit en théorie générale du droit⁸. Néanmoins, les caractéristiques communes des ouvrages qui nous occupent révèlent que le cadre théorique qui guide leurs auteurs procède plus ou moins implicitement des postulats fondamentaux d'une théorie positiviste de la science du droit. Même s'il est difficile de savoir s'il s'agit d'une théorie unique, il y a de bonnes raisons de croire que cette théorie s'inscrit, en partie tout au moins, dans le cadre du positivisme juridique anglo-saxon⁹.

⁶Les théories constitutionnelles descriptives peuvent être regroupées en deux catégories selon leurs postulats épistémologiques : les théories «empiriques» et les théories «herméneutiques». Nous évoquerons cette distinction dans la conclusion.

⁷Parmi les ouvrages, nous pouvons inclure les suivants : H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1990 ; Chevrette et Marx, *supra* note 5 ; J.E. Magnet, *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1989 ; G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990 ; J.D. Whyte, W.R. Lederman et D.F. Bur, *Canadian Constitutional Law: Cases, Notes and Materials*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1992 ; N. Finkelstein, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 1986 ; et bien sûr, P.W. Hogg, *supra* note 3. Dans ce texte, je référerai à l'un ou l'autre de ces ouvrages pour justifier certains aspects de ma critique. Il ne faudrait pas en déduire, par ailleurs, que je porte un jugement défavorable sur la qualité de ces travaux.

⁸Voir par ex. V. Villa, *La science du droit*, trad. par O. Nerhot et P. Nerhot, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

⁹Cette assertion est fondée sur le fait que la théorie constitutionnelle dominante au Canada procède de la théorie constitutionnelle dominante au Royaume-Uni. Voir G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1957 à la p. 2. Par positivisme anglo-saxon, j'entends les diverses théories positivistes élaborées dans les pays de tradition de *common law* qui ont guidé l'enseignement et la pratique du droit constitutionnel anglo-canadien. Voir par ex. H.L.A. Hart, dir., *Collected Works of Jeremy Bentham: Of Laws in General*, Londres, Athlone Press, 1970 ; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2^e éd., Londres, J. Murray, 1832 ; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Il n'est pas nécessaire de préciser le contenu de ces théories pour mes fins.

Je qualifierai de purement *empirique* la théorie positiviste qui guide les constitutionnalistes canadiens. En effet, ces auteurs privilégient l'expérience et l'observation des faits comme fondement de la connaissance. Ils semblent postuler non seulement que les propriétés essentielles du droit et de la constitution forment un ensemble de faits «objectifs» qui existent dans la «réalité extérieure», mais qu'elles *doivent* être décrites uniquement en fonction de ce qui est observable empiriquement, indépendamment de l'interprétation, des théories, des préconceptions ou des préjugés fondés sur les jugements de valeur du théoricien¹⁰. Ainsi, les éléments «essentiels» du droit et de la constitution, tels qu'ils *sont*, demeurent toujours le point de référence en vertu duquel on peut vérifier la validité d'une description particulière du droit (conception ou théorie)¹¹.

Il existe plusieurs théories ou conceptions de la science juridique empirique. Néanmoins, je les regrouperai, pour des raisons pratiques, en deux catégories distinctes¹². Selon les théories de la première catégorie, la science du droit constitutionnel doit avoir pour objet le droit conçu uniquement en termes de *normes* ou de *règles de droit constitutionnel* objectivement valides. Ces théories entraînent deux corollaires. Premièrement, elles présupposent l'existence objective de critères de validité d'une «règle» ou d'une «norme» juridique. On peut associer les théories les plus familières en théorie générale du droit aux travaux de H.L.A. Hart¹³. Elles font reposer la validité des règles sur l'existence de *faits* spécifiques observables et vérifiables empiriquement, qu'on appelle les sources de droit, comme leur énonciation dans un document particulier (la constitution écrite, la loi, les décisions judiciaires, par exemple) émanant d'une certaine institution (généralement étatique) conformément à une procédure reconnue ou, comme le fait qu'une certaine pratique ait été suivie par un groupe de personnes pendant un temps donné¹⁴. Mais quelles que soient ces théories, le constitution-

¹⁰Les philosophes disent qu'une science empirique est conçue pour «refléter» la réalité comme un «grand miroir de la nature». Voir par ex. M. Bunge, *Treatise on Basic Philosophy*, vol. 1, Dordrecht, D. Reidel, 1974 à la p. 83.

¹¹Une telle qualification peut sembler radicale, puisque les auteurs eux-mêmes n'exposent pas la méthode qui les guident dans leurs recherches. Cette lacune peut induire en erreur : elle laisse entendre soit que la méthode est évidente et univoque, soit qu'il n'est pas nécessaire de la clarifier. Ces indications sont critiquables et s'accordent difficilement avec le point de vue «scientifique» quel qu'il soit par ailleurs.

¹²Cette classification peut sembler ne pas tenir compte des diverses conceptions des sciences empiriques en théorie générale du droit. Néanmoins, toutes les distinctions ne sont pas nécessaires pour le moment. Les catégories que je présente constituent des *idealtypes* de deux catégories de théories de la science juridique.

¹³«[L]aw may most illuminatingly be characterized as a union of primary rules of obligation with secondary rules» (*supra* note 9 à la p. 91). On pourrait aussi associer ces théories aux travaux de Hans Kelsen : «L'assertion, qui est évidente, que l'objet de la science du droit est le droit, inclut l'assertion — qui est moins évidente — que la science du droit a pour objet les normes juridiques, — toutes ou certaines [...]» (*Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962 à la p. 95).

¹⁴Notons que les travaux de Hart peuvent être conçus comme n'étant pas «purement» empiriques, notamment à l'égard de l'identification de la règle fondamentale du système juridique, la «règle de reconnaissance», qui énonce les critères *ultimes* de validité. Ainsi, même si Hart lui-même concevait sa théorie comme «empirique» (*ibid.* à la p. 245) plusieurs auteurs ont soutenu qu'elle procédait plutôt de l'«herméneutique» en sciences sociales. Voir par ex. P.M.S. Hacker, «Hart's Philosophy of Law» dans P.M.S. Hacker et J. Raz, dir., *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 1 ; N. McCormick, *H.L.A. Hart*, Californie, Stanford University Press,

naliste doit décrire les normes ou les règles juridiques valides à l'aide de propositions qu'on appelle des *propositions de droit*, susceptibles d'être vraies ou fausses selon qu'elles *correspondent* ou non à ces règles ou normes.

Deuxièmement, les théories de cette première catégorie présupposent que le *contenu* et le *sens* des concepts juridiques font partie du droit en ce qu'ils constituent un aspect de la réalité juridique observable empiriquement, comme le fait d'être énoncé dans une règle de droit valide. Même si la forme de l'énonciation peut varier — une règle peut utiliser les mots mêmes du concept ou référer à une ou plusieurs de ses propriétés essentielles —, il est postulé que le *sens* des concepts juridiques a une «existence objective» vérifiable empiriquement que le chercheur doit décrire en des termes moralement neutres qui correspondent à ce qu'il est «réellement». Par exemple, si un théoricien de cette catégorie affirmait qu'au Canada la liberté d'expression ne comprend pas l'expression qui prend la forme de la violence physique, alors il exprimerait une proposition de droit qui, si elle était vraie, correspondrait à l'ensemble de règles de droit *matérielles* valides et spécifiques qui définissent le sens, la portée et le statut de cette liberté et qui excluent cette forme d'expression¹⁵. De même, s'il affirmait qu'en droit constitutionnel canadien la primauté du droit est un principe qui signifie telle chose, alors il énoncerait une proposition de droit qui, si elle était vraie, correspondrait à un ensemble spécifique et autonome de règles de droit *matérielles* qui établit ce principe et cette définition¹⁶. Ainsi, les règles de droit valides formant une conception de la primauté du droit constitueraient, en fait, un *sous-ensemble* distinct de règles de droit constitutionnel matériel, inclus dans le droit lui-même, au même titre que d'autres «secteurs» ou «domaines» matériels distincts comme la liberté d'expression, la souveraineté du Parlement, le fédéralisme, le partage des compétences, etc.

Dans la seconde catégorie des théories de la science juridique empirique, la science du droit constitutionnel doit avoir pour objet, non seulement les «normes» ou les «règles» juridiques objectivement valables ou valides, mais aussi la construction des «principes» et des «doctrines» par lesquels l'ensemble du phénomène constitutionnel ou l'un de ses aspects particuliers (une règle de droit, une décision judiciaire, une résolution, etc.) peut être systématiquement représenté, expliqué et synthétisé. Ces théories s'inspirent radicalement de la méthode et des critères propres aux sciences naturelles : le théoricien doit observer le phénomène, formuler les hypothèses fondamentales conformément au rai-

1981. Nous discuterons brièvement de cette approche dans la conclusion. Pour d'autres raisons, Kelsen (*ibid.*) admettait que la validité des règles de droit n'était pas uniquement une question de fait empirique. Pour identifier les règles de droit valides, le juriste devait «présupposer» l'existence d'une norme fondamentale, la «Grundnorm», qui, pour un auteur, correspond au «basic fiat» méthodologique utilisé par les juristes pour les fins de la science du droit. Voir J.W. Harris, *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1979 à la p. 70. Cependant, une fois la règle fondamentale établie, l'identification des règles de droit constitutionnel valides demeure une question de fait en ce qu'elle renvoie à des «sources formelles» de droit.

¹⁵Voir *Québec (P.G.) c. Irwin Toy Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 970, 58 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Irwin Toy*]; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 à la p. 732, [1991] 2 W.W.R. 1.

¹⁶Voir par ex. Brun et Tremblay, *supra* note 7 à la p. 626 : «Le principe de la primauté du droit, qui depuis longtemps fait partie de notre droit constitutionnel [...]»; Chevrette et Marx, *supra* note 5 à la p. 33.

sonnement inductif, déduire les hypothèses prédictives et les confronter avec la réalité empirique conformément à la méthode «expérimentale». Ainsi, même si les «principes» et les «doctrines» du droit constitutionnel correspondent à ce que les scientifiques appellent des *lois* (universelles), c'est-à-dire des «hypothèses fondamentales», ils ne correspondent pas (nécessairement) à des «normes» ou à des «règles» de droit constitutionnel valides ou valables au sens des conceptions de la première catégorie. Ils constituent une *construction théorique* par laquelle les juristes peuvent représenter, expliquer et intégrer logiquement et systématiquement le phénomène observé (qui inclut les règles juridiques) et prédire ce qui «devrait» probablement arriver¹⁷.

La validité de ces principes et de ces doctrines constitutionnels provient du fait que, après vérification, ils réussissent mieux que tous leurs concurrents à rendre compte logiquement et systématiquement du phénomène observé. Les propositions qui les décrivent ne constituent donc pas des propositions de droit au sens employé plus haut. Pour les distinguer de ces dernières, je les qualifierai de *propositions de fait*, car ce qu'elles décrivent expliquent et représentent, à un niveau élevé de généralisation et d'abstraction, est un *phénomène social*, la constitution et la pratique des institutions politiques, conçu autrement qu'en seuls termes de normes ou règles juridiques valides ou valables. Pour les théories de cette seconde catégorie, une proposition de fait est vraie si elle décrit un principe valide au sens de cette catégorie.

Les travaux de A.V. Dicey constituent un très bon exemple des conceptions de la science du droit de la seconde catégorie. Pour Dicey, la tâche du professeur de droit constitutionnel anglais n'était pas de critiquer ou de défendre l'ordre constitutionnel, mais d'exposer, d'expliquer, d'organiser et de montrer les liens logiques qui unissaient l'ensemble des règles de droit constitutionnel reconnues *en fait* par les tribunaux¹⁸, par opposition à une description historique¹⁹ ou politique et «conventionnaliste»²⁰ de la constitution. À cette fin, il élaborait une théorie constitutionnelle *générale* et *descriptive* dont les assertions fondamentales représentaient les *principes* («first principles»)²¹ qui, selon lui, décrivaient et expliquaient les *caractéristiques dominantes* de la constitution et de la pratique des institutions politiques anglaises²². Ces principes devaient guider le juriste dont la fonction, en tant que telle, était d'identifier, de comprendre et de formuler des hypothèses prédictives relatives à l'application des *règles de droit constitutionnel* qui, du reste, n'étaient pas quelque chose que l'observation des lois du Parlement et des décisions judiciaires permettaient de percevoir directement et immédiatement. Voici les termes dans lesquels il exposa sa méthode et énonça les trois principes fondamentaux du droit constitutionnel anglais :

Unintelligent students may infer that the law of the constitution is to be gathered only from famous judgments which embalm the results of grand constitutional or

¹⁷«Devrait» n'a pas un sens normatif, mais hypothétique.

¹⁸A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1960 aux pp. 4, 32.

¹⁹*Ibid.* aux pp. 12-18.

²⁰*Ibid.* aux pp. 19-30.

²¹*Ibid.* aux pp. 34-35.

²²*Ibid.* aux pp. 39, 183-84. Pour Dicey, cette tâche n'avait pas encore été adéquatement exécutée.

political conflicts. This is not so. Scores of unnoticed cases [...] touch upon or decide principles of constitutional law. [...] The true law of the constitution is in short to be gathered from the sources whence we collect the law of England in respect to any other topic, and forms as interesting and as distinct, though not as well explored, a field for legal study or legal exposition as any which can be found. The subject is one which has not yet been fully mapped out. [...]

This inconvenience has one great compensation. We are compelled to search for the guidance of first principles, and as we look for a clue through the mazes of a perplexed topic, three such guiding principles gradually become apparent. They are, *first*, the legislative sovereignty of Parliament; *secondly*, the universal rule or supremacy throughout the constitution of ordinary law; and *thirdly* (though here we tread on more doubtful and speculative ground), the dependence in the last resort of the conventions upon the law of the constitution. To examine, to elucidate, to test these three principles, forms, at any rate (whatever be the result of the investigation), a suitable introduction to the study of the law of the constitution²³.

Ce passage montre que les *principes* de la constitution ne correspondaient pas (nécessairement) à un ensemble de normes ou règles acceptées et reconnues comme valides ou valables dans un ou plusieurs ordres normatifs donnés (juridiques ou conventionnels), mais à un ensemble de notions doctrinales ou théoriques induit des propriétés ou des comportements propres à la pratique constitutionnelle anglaise. Leur validité dérivait du fait que, en 1885, ils réussissaient mieux que tous les principes concurrents à rendre compte de l'ensemble des faits empiriques observés, y compris les normes constitutionnelles, qui formaient les caractéristiques dominantes de la constitution et des institutions anglaises. Les propositions qui les décrivaient étaient susceptibles de vérité tant et aussi longtemps que les principes qu'elles exprimaient rendaient adéquate-ment compte de ces caractéristiques dominantes²⁴. Elles ne constituaient pas (nécessairement) l'expression de quelque chose qui *devait être*, mais de quelque chose qui *était*. Ces propositions constituaient donc des *propositions de fait* et non pas des *propositions de droit*.

Par exemple, si pour les constitutionnalistes anglais et canadiens d'aujourd'hui la souveraineté du Parlement représente une *règle de droit*²⁵, pour Dicey,

²³*Ibid.* aux pp. 34-35.

²⁴Dans son introduction à la 10^e édition de la monographie de Dicey (*ibid.*), E.C.S. Wade cherche à adapter la thèse de ce dernier aux conditions de 1958 : «It is the purpose of this introduction in some measure to equate the three principles, as Dicey understood them, to modern conditions» (*ibid.* aux pp. xix-xx). Le commentateur ajoute que «it is for the lawyer to ensure that the existing *rules* of constitutional law are not lost in the generalisations which necessarily accompany an exposition of principles» [nos italiques] (*ibid.* à la p. xx).

²⁵Pour plusieurs juristes, il s'agit d'une règle de *common law*. Par exemple, selon H.W.R. Wade, «[t]his puts it into a class by itself among rules of common law [...]. The rule of judicial obedience is in one sense a rule of common law [...]» («The Basis of Legal Sovereignty» [1955] *Camb. L.J.* 172 aux pp. 187-88). Voir aussi O. Dixon, «The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation» (1957) 31 *Aust. L.J.* 240 aux pp. 242, 245 ; Sir W.I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959 à la p. 156 ; O.H. Phillips et P. Jackson, dir., *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 6 éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1978 à la p. 51. Pour E.C.S. Wade et A.W. Bradley, c'est une «legal rule» : «[T]his doctrine consists essentially of a rule which governs the legal relationship between the courts and the legislature [...]» (*Constitutional and Administrative Law*, 10 éd., New York, Longman, 1985 à la p. 65). Selon H.L.A. Hart, la règle de reconnaissance selon laquelle «what the Queen in Parliament enacts is law» est, en un sens, une règle de droit (*supra* note 9 à la p. 108). Pour G. Winterton, même si

le principe décrivait «la caractéristique dominante des institutions politiques anglaises»²⁶. Il expliquait le *fait politique* que constituait la soumission des tribunaux au pouvoir législatif. La méthode utilisée par Dicey est significative. Il tenta de démontrer que l'existence de la souveraineté du Parlement était un «fait juridique» (*legal fact*)²⁷ pleinement reconnu par le droit anglais en citant plusieurs décisions judiciaires où les tribunaux ont *en fait* reconnu l'autorité du Parlement²⁸, de prouver qu'aucune institution autre que le Parlement n'a en fait le pouvoir de légiférer²⁹, et de démontrer que l'hypothèse selon laquelle il existerait des limitations à la souveraineté du Parlement (la loi morale, les prérogatives, les lois des Parlements antérieurs) était invalide³⁰. Cette argumentation fut fortement critiquée car, d'une part, même si les pouvoirs du Parlement étaient effectivement très larges, il ne s'ensuivait pas nécessairement qu'ils étaient illimités en droit et, d'autre part, même si aucune institution étatique n'avait en fait contrôlé les lois du Parlement, il n'en découlait pas nécessairement qu'aucune institution n'avait le pouvoir juridique de le faire³¹.

Ce qui précède s'applique au principe de la primauté du droit formulé par Dicey. Les propositions qui l'exprimaient constituaient une théorie constitutionnelle descriptive *restreinte* qui représentait une caractéristique dominante de la constitution anglaise et non pas (nécessairement) des normes juridiques valides en droit anglais. Elles constituaient des *propositions de fait* et non pas des *propositions de droit*. Cela ne signifie pas qu'il n'y avait aucune correspondance entre les normes juridiques et les assertions. Cela signifie que de telles correspondances n'étaient pas nécessaires et, le cas échéant, résultaient de la coïncidence même si, en fait, les normes juridiques valides ont pu contribuer à donner à la constitution anglaise la caractéristique que Dicey associait à la primauté du droit.

Par ailleurs, une proposition de fait pouvait exprimer en même temps, pour d'autres raisons, des *propositions de morale politique*. Ainsi, d'une part, si Dicey

la règle fait partie de la *common law*, elle est en réalité une règle «*sui generis*» («The British Grundnorm : Parliamentary Supremacy Re-Examined» (1976) 92 L.Q. Rev. 591 à la p. 592). Les constitutionnalistes canadiens semblent rattacher la «règle» au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

²⁶*Supra* note 18 à la p. 39.

²⁷*Ibid.* (par opposition à une «règle juridique» ?).

²⁸*Ibid.* aux pp. 43-50.

²⁹*Ibid.* aux pp. 50-60.

³⁰*Ibid.* aux pp. 61-68.

³¹Voir par ex. Jennings, *supra* note 25 à la p. 151 et s., particulièrement aux pp. 159-60 :

[T]he relations between Acts of Parliament and the common law never became a political issue. [...] It is always difficult to prove a negative, and therefore it is virtually impossible to prove that there are no principles of the common law which Parliament cannot repeal. We have not had the extreme cases because Parliament has not been extreme. [...] There are dicta on both sides ; but the modern trend is towards admitting the supremacy of Parliament over the common law, perhaps because we have never had to face an incipient dictatorship, whether fascist or communist. [...] [H]owever, we should be grateful for Coke's dictum that if the occasion arose, a judge would do what a judge should do.

Voir aussi H. Calvert, *Constitutional Law in Northern Ireland*, Londres, Stevens & Son, 1968 à la p. 13 et s. ; J.D.B. Mitchell, *Constitutional Law*, 2^e éd., Edinbourg, Green, 1968 à la p. 63 et s.

soutenait que la fonction du professeur de droit constitutionnel n'était pas celle d'un «apologist» ou d'un «eulogist»³², en liant directement la primauté du droit à la «security given under the English constitution to the rights of individuals»³³, en rappelant comment Voltaire, De Lolme, de Tocqueville et Gneist «admiraient» les habitudes et les sentiments des Anglais à l'égard de la légalité³⁴, en insistant sur la dichotomie qui existe entre la primauté du droit et le pouvoir arbitraire³⁵ et en comparant le système anglais avec les autres systèmes politiques européens, notamment le système français³⁶, il indiquait que la primauté du droit était valorisée en tant que telle et qu'il était désirable de voir les États s'y conformer. D'autre part, les conceptions que formulait Dicey pouvaient représenter, en même temps, certaines normes morales et politiques qui avaient guidé — d'une façon plus ou moins consciente — l'action des institutions politiques anglaises au cours des siècles³⁷. Pour ces raisons, il est légitime de supposer que sa description du principe de la primauté du droit n'était pas parfaitement *induite* des faits, mais qu'elle était partiellement inspirée par une théorie constitutionnelle restreinte *normative* énonçant des *propositions de morale politique*. Néanmoins, cela ne doit pas nous détourner de la nature de sa théorie qui se voulait essentiellement descriptive.

La distinction entre les deux catégories de théories de la science juridique est fondamentalement *pratique*. Elle permet de déterminer si et, dans l'affirmative, à quelles conditions, un «principe constitutionnel» ou une «doctrine constitutionnelle» *doit* faire partie de l'argumentation et du raisonnement juridique dans le processus de décision judiciaire au Canada. Par exemple, si les assertions de Dicey constituaient toutes des *propositions de droit*, alors elles décrivaient des normes juridiques valides que les tribunaux avaient l'obligation d'appliquer à tous les cas qui correspondaient à leurs conditions d'application. Par contre, si elles ne constituaient que des *propositions de fait*, alors les tribunaux n'avaient pas nécessairement le devoir juridique de maintenir ce qu'elles représentaient, puisqu'on ne peut logiquement inférer qu'une chose doit être (une prescription) du fait qu'une chose est (une caractéristique de la constitution).

Une affaire canadienne récente montre l'intérêt pratique de cette distinction. Les constitutionnalistes canadiens admettent en général la validité de la proposition selon laquelle la primauté du droit «exclut l'existence» de larges pouvoirs discrétionnaires conférés au gouvernement³⁸. Si cette proposition décrit une norme juridique valide, alors les juges ont l'obligation juridique d'invalider ou de rendre inopérant de tels pouvoirs lorsqu'ils sont conférés ou lorsqu'ils se manifestent autrement. Par contre, si elle n'est qu'une proposition de

³²Dicey, *supra* note 18 à la p. 4.

³³*Ibid.* à la p. 184.

³⁴*Ibid.*

³⁵*Ibid.* à la p. 188 et s.

³⁶*Ibid.* à la p. 190 et s.

³⁷Le passage selon lequel le but de son traité était de montrer que les plus importantes rubriques du droit constitutionnel «are both governed by, and afford illustrations of, the supremacy throughout English institutions of the law of the land» (*ibid.* à la p. 204) peut être interprété en ce sens.

³⁸Voir par ex. Brun et Tremblay, *supra* note 7 à la p. 627 ; Chevette et Marx, *supra* note 5 à la p. 31 ; Beaudoin, *supra* note 7 à la p. 29 ; Magnet, *supra* note 7 à la p. 39 ; Whyte, Lederman et Bur, *supra* note 7 à la p. 1-4.

fait, alors il est impossible d'en inférer une norme juridique valide correspondante (même s'il y en a une) et, conséquemment, l'existence d'un devoir judiciaire d'agir en conformité avec ce que cette proposition représente. Dans l'affaire *Vanguard Coatings and Chemicals Ltd. c. R.*³⁹, en première instance de la Cour fédérale, M. le juge Muldoon a supposé que cette proposition était une proposition de droit⁴⁰. L'article 34 de la *Loi sur la taxe d'accise*⁴¹ conférait au ministre du Revenu national le pouvoir de fixer le «prix raisonnable» des marchandises frappées de taxe en vertu de cette loi lorsqu'il était d'avis que ces marchandises étaient vendues à des prix inférieurs au prix raisonnable auquel la taxe devrait être imposée. Le juge a considéré que cette règle conférait

au Ministre des pouvoirs administratifs discrétionnaires de nature arbitraire, sans aucune directive ou ligne directrice, et [que] la décision de ce dernier [n'était] assujettie à aucune autre opinion objective comme dans le cas d'un droit d'appel [...] [et qu'elle] fait du Ministre un véritable despote⁴².

Il conclua que l'article n'était «pas un modèle d'application du principe de la primauté du droit» et contrevenait même «tellement à cette règle» qu'il pouvait «certainement être déclaré inconstitutionnel»⁴³. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement⁴⁴. Pour M. le juge MacGuigan, les analyses de la primauté du droit exposées par certains auteurs qui font autorité en droit constitutionnel britannique «ne prouvent pas et n'entendent pas prouver que les tribunaux refuseront d'appliquer un texte législatif qui est clair»⁴⁵. Selon la Cour,

[d]ans le contexte du Royaume-Uni, le concept de principe constitutionnel est une figure de rhétorique qui peut être persuasive quant à l'interprétation mais qui ne peut jamais avoir pour conséquence de rendre la loi inopérante. [...] [L]'«inconstitutionnalité», s'il en est, n'entraîne aucune conséquence juridique⁴⁶.

Ces assertions indiquent que, pour la Cour d'appel fédérale, les propositions de la primauté du droit ne constituaient pas des propositions de droit mais, tout au plus, des propositions qui, dans certains cas, pouvaient avoir une force normative extra-juridique, c'est-à-dire constituer des propositions de morale politique.

Même s'il n'est pas facile de classer avec certitude les travaux des constitutionnalistes canadiens, il y a de très bonnes raisons de croire qu'ils s'inscrivent généralement dans le cadre d'une théorie de la science juridique empirique de la *première catégorie*. Fondamentalement, le but de leurs travaux est d'exposer un ensemble de *règles* de droit constitutionnel⁴⁷ dont la validité

³⁹[1987] 1 C.F. 367, [1986] 2 C.T.C. 431 (1^{re} inst.) [ci-après *Vanguard Coatings* avec renvois à la C.F.].

⁴⁰*Ibid.* aux pp. 390-94. Il s'est fondé, en l'espèce, sur le préambule de la *Charte*.

⁴¹L.R.C. 1970, c. E-13.

⁴²*Supra* note 39 aux pp. 394-95.

⁴³*Ibid.* à la p. 394.

⁴⁴R. c. *Vanguard Coatings and Chemicals Ltd.*, [1988] 3 C.F. 560, [1988] 2 C.T.C. 178 (C.A.) [ci-après *Vanguard Coatings* avec renvois à la C.F.].

⁴⁵*Ibid.* à la p. 579.

⁴⁶*Ibid.* à la p. 573. Ce passage est tiré d'une discussion de l'arrêt *Vestey c. Inland Revenue Commissioners*, [1980] A.C. 1148 à la p. 1171 (H.L.), auquel la Cour réfère à la p. 571.

⁴⁷Voir par ex. Brun et Tremblay, *supra* note 7 aux pp. 5-6 : «Le droit constitutionnel comprend, d'une part, les règles qui créent et régissent les organes les plus importants de l'État. Sous cet aspect organique, il définit l'État-appareil, c'est-à-dire les principales institutions par l'entremise

dépend de l'existence de faits spécifiques, observables et vérifiables empiriquement, qu'on appelle les «sources» formelles de droit⁴⁸, de les organiser systématiquement dans un ordre de prépondérance et de subordination conformément à la hiérarchie «formelle» des sources de droit reconnues, et d'exposer la signification des concepts juridiques telle qu'elle apparaît dans les règles de droit ou dans les décisions judiciaires. Fondamentalement, leur objectif est donc d'énoncer des *propositions de droit* au sens des théories de la première catégorie et non pas des propositions de fait.

Bien sûr, les constitutionnalistes décrivent, à l'occasion, un certain nombre de *principes* et de *doctrines* constitutionnels. Cependant, leur nature, leur fonction et leur statut sont parfois problématiques⁴⁹. Dans la mesure où le contenu des propositions qui les décrivent correspond à ce qui est, en fait, établi dans certaines «sources» de droit reconnues, les principes ou doctrines peuvent être conçus eux-mêmes comme établis par des règles de droit valides⁵⁰. Dans ce cas, il est approprié de qualifier de *propositions de droit* les propositions qui les décrivent et de concevoir la tâche qui consiste à les formuler comme relevant de ce que j'estime être le but fondamental d'une théorie constitutionnelle de la première catégorie.

Par contre, il arrive que les propositions qui décrivent certains *principes* ou *doctrines* constitutionnels semblent avoir été conçues pour *systématiser, expliquer* ou *critiquer*, par opposition à représenter, les règles de droit constitutionnel valides, et pour orienter l'action des théoriciens et des juristes dans leur pratique. Cependant, il est difficile d'affirmer que les constitutionnalistes canadiens aient fait de ces constructions théoriques un aspect fondamental de leurs recherches. D'abord, ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils s'engagent dans la voie de l'explication, de la systématisation ou de la critique. Ensuite, dans les cas où ils s'y engagent, les constructions ressemblent plutôt à des échafaudages : elles se caractérisent, le plus souvent, par l'énonciation des propositions qui tentent de réconcilier ou de relier *logiquement* les «sources» de droit apparemment incompatibles ou déconnectées. Elles ne se situent donc pas à un degré de généralisation et d'abstraction très élevé, par rapport aux règles de droit

desquelles s'exprime l'État. [...] L'objet principal de cet ouvrage demeure [...] l'aspect organique du droit constitutionnel»; Chevette et Marx, *supra* note 5 à la p. 1 : «Il s'agit d'un livre centré sur la décision judiciaire [...] [C]e livre aurait pu être bien autre chose. Il aurait pu s'agir d'une étude juridique purement doctrinale [...]. Est-il besoin d'ajouter que la décision judiciaire est la source par excellence du droit public canadien ?»; Whyte, Lederman et Bur, *supra* note 7 aux pp. viii-ix ; Hogg, 2^e et 3^e eds., *supra* note 3 à la p. iv.

⁴⁸Brun et Tremblay, *ibid.* aux pp. 11-38 ; Chevette et Marx, *ibid.* aux pp. 5-20 ; Hogg, 3^e éd., *ibid.* aux pp. 3-17 : «In most countries, the bulk of the constitutional law is contained in a single constitutional document [...]. In Canada [...] [t]he closest approximation to such a document is the British North America Act, 1867 [...]» (*ibid.* à la p. 4).

⁴⁹Les principes les plus importants sont la suprématie de la constitution, la souveraineté du Parlement, la séparation des pouvoirs, le fédéralisme et la primauté du droit. Voir généralement Chevette et Marx, *ibid.* ; Brun et Tremblay, *ibid.* ; A. Tremblay, *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Thémis, 1982 ; Beaudoin, *supra* note 7 ; Magnet, *supra* note 7.

⁵⁰Par exemple, la doctrine ou le principe de la «prépondérance fédérale» correspond à un ensemble de règles de droit valides établi par les tribunaux. Voir Hogg, 3^e éd., *supra* note 3 au c. 16, en particulier à la p. 418 ; Brun et Tremblay, *ibid.* à la p. 413.

valides, niveau qui permettrait, dans une perspective d'explication, de systématisation ou de critique, de rendre compte adéquatement du droit constitutionnel matériel. De plus, ces propositions trouvent souvent leurs sources dans une décision judiciaire qui y a référé ou qui les a utilisées dans le cadre d'une justification ou d'une argumentation. En fait, les ouvrages qui nous occupent révèlent que les constitutionnalistes semblent généralement réprouver la construction de doctrines ou de principes qui ne sont pas solidement ancrés dans un ensemble de règles de droit valides.

Les raisons qui justifient cette attitude se comprennent bien. D'une part, les constitutionnalistes canadiens semblent adopter rigoureusement l'attitude qui caractérise la recherche scientifique positiviste et qui répond à des critères spécifiques de *neutralité*, d'*objectivité* et de *vérité* : 1° le chercheur est un observateur détaché dont le point de vue est situé à l'extérieur de la réalité étudiée conçue uniquement en termes de faits sensibles ; 2° la description, pour être vraie, doit énoncer des propositions dont le contenu correspond «réellement» aux faits observés ; 3° les propositions qui ne peuvent s'appuyer sur les faits réels doivent être considérées comme fausses ou non pertinentes, car elles relèvent de la subjectivité du chercheur. D'autre part, dans la mesure où au moins l'un des buts fondamentaux de leurs recherches est de découvrir et de décrire les règles juridiques valides, ils acceptent les postulats méthodologiques qui, selon eux, guident les juges dans leur processus décisionnel⁵¹. Or ces postulats semblent correspondre à ceux que M. le juge Beetz rappelle dans l'affaire *Québec (P.G.) c. Labrecque*⁵², où il était question, entre autres, de savoir si une théorie générale de la fonction publique, proposée par plusieurs auteurs québécois et inspirée du droit administratif français, pouvait et devait être reçue en droit anglo-canadien. Le juge affirme ceci :

Il peut être normal que la doctrine, qui poursuit des buts de systématisation du droit, ait parfois recours aux théories générales. Mais cette méthode est périlleuse pour la jurisprudence qui doit procéder cas par cas, de manière plus empirique. C'est pourquoi je n'ai pas l'intention d'endosser quelque théorie globale que ce soit applicable à toutes les catégories de fonctionnaires [...]⁵³.

Si on accepte ces raisons, il s'ensuit que les auteurs qui poursuivent des buts *descriptifs* doivent se méfier des constructions théoriques qui ne seraient pas solidement ancrées dans les faits réels, c'est-à-dire clairement établies dans les «sources» de droit : elles ne sont tout simplement pas du droit !

Il devrait donc être admis que les travaux descriptifs du droit constitutionnel qui dominent s'inscrivent dans le cadre d'une théorie empirique de la première catégorie. Leur but fondamental est de représenter les règles de droit valides et non de construire des principes ou des doctrines qui les systématisent.

⁵¹Ceci est particulièrement évident, par exemple, pour Chevrette et Marx (*supra* note 5 à la p. 1) qui ont basé les réflexions contenues dans leur monographie sur la décision judiciaire, et pour Hogg, 2^e et 3^e éd. (*ibid.* à la p. iv) qui a décidé de se concentrer sur les «leading cases and commentaries». Voir aussi les ouvrages traditionnels «cases, notes and materials» canadiens : Finkelstein, *supra* note 7 ; Whyte, Lederman et Bur, *supra* note 7 ; Magnet, *supra* note 7.

⁵²[1980] 2 R.C.S. 1057, 81 C.L.L.C. 14 [ci-après *Labrecque* avec renvois aux R.C.S.].

⁵³*Ibid.* à la p. 1081.

raient, les expliqueraient ou les critiqueraient, sauf lorsque ces derniers peuvent s'inférer *logiquement* des faits ou lorsque les tribunaux les ont reconnus d'une façon claire.

D'aucuns soutiendraient que cette classification est artificielle en ce qu'elle ne tient pas compte de toutes les nuances qui font la complexité des travaux en théorie constitutionnelle au Canada. Néanmoins, cette classification est elle-même méthodologique : elle est une reconstruction des postulats implicites de la théorie dominante qui guide les théoriciens de la constitution canadienne dans leur activité «normale» de recherche ; elle n'entend pas représenter fidèlement l'ensemble de leurs travaux.

II. Quelques causes méthodologiques apparentes

L'objectif de cette seconde partie est d'exposer quelques raisons (je n'entends pas épuiser le sujet) qui expliquent pourquoi la description de la primauté du droit au Canada, telle que présentée dans les ouvrages qui s'inscrivent dans le cadre de la théorie constitutionnelle dominante, semble si vague et si ambiguë aux lecteurs. Ma discussion portera uniquement sur trois caractéristiques communes aux ouvrages descriptifs du droit constitutionnel canadien. Si l'exposé semble plus analytique que méthodologique, c'est qu'il constitue un prélude à la compréhension de la cause fondamentalement méthodologique du caractère protéiforme de la primauté du droit en droit constitutionnel canadien. Mon objectif est donc très circonscrit.

1- *Les conceptions de Dicey*. D'abord, les ouvrages reproduisent généralement, avec plus ou moins d'analyse selon les cas, les trois célèbres «définitions» ou «conceptions» formulées par A.V. Dicey en 1885 :

1) Le gouvernement doit agir en conformité avec le droit : «[N]o man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land»⁵⁴.

2) Tous les citoyens sont égaux devant le droit : «[N]o man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals»⁵⁵.

3) Les principes fondamentaux du droit constitutionnel anglais sont des conséquences des décisions judiciaires rendues en relation avec les droits des individus fondés sur le droit ordinaire : «[T]hus the constitution is the result of the ordinary law of the land»⁵⁶.

La première question que pose cette description est de savoir dans quelle mesure et selon quel sens les propositions de la primauté du droit formulées par Dicey sont conçues comme *descriptives* de l'état du droit constitutionnel *cana-*

⁵⁴*Supra* note 18 à la p. 188.

⁵⁵*Ibid.* à la p. 193.

⁵⁶*Ibid.* à la p. 203.

dien. On pourrait supposer que le fait de reproduire les conceptions de Dicey, sans en clarifier les postulats méthodologiques, indique que les auteurs épousent l'approche empirique de Dicey et que ses assertions constituent des *propositions de fait* qui ne correspondent pas nécessairement à des règles de droit constitutionnel valides⁵⁷. Mais cette supposition, si elle est vraie, est problématique : ce n'est pas parce que les assertions étaient valides au temps de Dicey qu'elles conviennent au droit constitutionnel canadien plus d'un siècle plus tard. Il n'est même pas certain qu'elles convenaient au droit constitutionnel à l'époque même où Dicey publiait sa théorie⁵⁸ et dans les années qui suivirent⁵⁹. S'il existe des faits aujourd'hui, au Canada, qui semblent les valider, il en existe aussi plusieurs qui semblent les réfuter⁶⁰.

Par contre, on pourrait supposer que le fait de les exposer dans des ouvrages fondamentalement conçus pour décrire les règles de droit constitutionnel valides indique qu'elles énoncent des *propositions de droit*⁶¹. Mais cette supposition est aussi problématique : pour qu'il soit vrai que des propositions conçues en Angleterre pour décrire et expliquer un fait correspondent, au Canada, à des normes juridiques valides, il faut que ces dernières aient été, à un moment donné, édictées ou reconnues comme valides en droit canadien. Or, à la lumière des postulats des théories empiriques de la première catégorie, il est difficile d'identifier les «sources juridiques» des règles de droit qui correspondraient aux propositions de la primauté du droit formulées par Dicey. S'il est vrai que les auteurs, à l'occasion, s'appuient, citent ou renvoient aux diverses «sources» juridiques acceptées et reconnues en droit canadien (la constitution écrite, les lois, et les décisions judiciaires), ces dernières ne présentent pas un exposé cohérent et intelligible de la théorie de Dicey. Je démontrerai cette assertion à la Partie III.

La seconde question que soulèvent les diverses conceptions formulées par Dicey est de savoir dans quelle mesure et selon quel sens elles sont conçues comme *normatives* plutôt que *descriptives* par rapport à l'état du droit constitutionnel canadien. D'une part, les constitutionnalistes canadiens, s'ils valorisent le concept de la primauté du droit⁶², n'établissent pas clairement la valeur morale qu'ils y attachent. Ceux qui reproduisent la théorie de Dicey sans la cri-

⁵⁷Chevrette et Marx, par exemple, écrivent que la primauté du droit est un des principes fondamentaux «du» droit constitutionnel canadien, autorisant ainsi une interprétation Diceyenne du principe (*supra* note 5 à la p. 31). Cependant, ils écrivent aussi que ce principe est de ceux qui sont les plus durables «en» droit constitutionnel, autorisant ainsi une autre interprétation (*ibid.*).

⁵⁸Voir par ex. W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1947 ; Jennings, *supra* note 25 à la p. 55.

⁵⁹Voir Jennings, *ibid.* à la p. 56 ; A.V. Dicey, «The Development of Administrative Law in England» (1915) 31 L.Q. Rev. 148.

⁶⁰Voir la discussion et les notes infrapaginales citées dans R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 3, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989 aux pp. 43-51.

⁶¹Voir le passage tiré de Chevrette et Marx, *supra* note 57. Voir aussi certains passages dans Brun et Tremblay, tels : «Le principe de la primauté du droit, qui depuis longtemps fait partie de notre droit constitutionnel» et «Dicey a dégagé les principaux corollaires [*sic*] de la *rule of law*» [nos italiques] (*supra* note 7 aux pp. 626-27) ; Magnet, *supra* note 7 aux pp. 40-42.

⁶²Cette proposition semble évidente. C'est une chose généralement acquise en Occident depuis les travaux de Dicey.

tiquer pourraient tout autant donner à penser qu'elle constitue une description adéquate du droit constitutionnel canadien tel qu'il existe en fait, peu importe sa valeur morale, que laisser croire que, peu importe sa valeur descriptive, elle est moralement acceptable. De même, on pourrait penser de ceux qui la reproduisent et la critiquent qu'ils soutiennent aussi bien qu'elle est inadéquate d'un point de vue descriptif, que, quelle que soit sa valeur descriptive, elle a une fonction normative dont certains aspects sont moralement inacceptables⁶³.

D'autre part, même si les auteurs présupposent que les tribunaux canadiens ont attribué à la théorie de Dicey, ou à certains de ses aspects, une valeur normative et, conséquemment, qu'elle a joué un rôle dans le processus de décision judiciaire dans des cas où le droit semblait indéterminé, ils ne précisent pas adéquatement les aspects en question et le rôle qu'elle a joué : les juges y ont-ils fait référence pour justifier moralement (ou confirmer) une décision autrement rendue en vertu d'une règle de droit valide, pour justifier moralement la création d'une nouvelle règle de droit ou pour incorporer directement dans le droit les normes qu'elle implique ?

2- *Les conceptions modernes.* Ensuite, les ouvrages qui font état du fait que les conceptions de Dicey ont été critiquées ou qu'elles ne correspondent plus parfaitement aux réalités contemporaines exposent une ou plusieurs conceptions «modernes» de la primauté du droit. Ces conceptions concernent des choses aussi variées que le principe de la légalité⁶⁴, les règles de procédures administratives dont la «justice naturelle»⁶⁵, la forme du droit et de ses normes⁶⁶, le contenu même de ses normes⁶⁷ et l'ordre public⁶⁸.

Contrairement aux conceptions formulées par Dicey, celles-ci n'ont pas été élaborées pour décrire un aspect dominant (ni même un ensemble de normes juridiques) du droit constitutionnel anglais, mais pour *prescrire*, conformément à diverses théories de la morale politique, les normes constitutionnelles (valeurs, principes, standards, etc.) auxquelles la constitution et les actes des institutions politiques devraient se conformer⁶⁹. Elles constituent donc diverses théories constitutionnelles *normatives* restreintes. La question se pose de savoir si, pour les auteurs canadiens qui s'y réfèrent, il s'agit simplement de diverses *propositions de morale politique* — alors les juges, les législateurs et les gouvernements auraient simplement le devoir *moral* d'agir conformément aux

⁶³Par exemple, on soutient que les principes formulés par Dicey ne seraient pas indispensables pour atteindre les impératifs moraux et politiques que vise la primauté du droit ou seraient incompatibles avec, ou rendraient difficile, le fonctionnement efficace d'un État moderne, en niant soit la nécessité de déléguer de larges pouvoirs discrétionnaires (non arbitraires), soit la création de tribunaux administratifs spécialisés, privilégiant ainsi le laissez-faire économique. La théorie est-elle correcte descriptivement et/ou normativement ? Voir Brun et Tremblay, *supra* note 7 aux pp. 627-30 ; Dussault et Borgeat, *supra* note 60.

⁶⁴Brun et Tremblay, *ibid.* à la p. 631 ; Chevrette et Marx, *supra* note 5 à la p. 33.

⁶⁵Brun et Tremblay, *ibid.* aux pp. 632-33 ; Chevrette et Marx, *ibid.* à la p. 33 et s.

⁶⁶Chevrette et Marx, *ibid.* (la clarté, la non-rétroactivité, etc.) ; Magnet, *supra* note 7 à la p. 47.

⁶⁷Brun et Tremblay, *supra* note 7 à la p. 632 ; Chevrette et Marx, *ibid.* à la p. 34 (pas d'expropriation sans compensation) ; Magnet, *ibid.* aux pp. 50-51.

⁶⁸Brun et Tremblay, *ibid.* à la p. 625 ; Magnet, *ibid.*

⁶⁹Cette assertion ne nie pas que la théorie constitutionnelle normative ait pu être construite à partir d'une réflexion sur la pratique politique et constitutionnelle existante.

normes qu'elles représentent —, ou s'il s'agit de *propositions de droit* décrivant des corollaires «juridiques» de la primauté du droit — auquel cas les juges auraient le devoir *juridique* de décider conformément aux normes qu'elles décrivent —, ou encore, s'il s'agit de *propositions de fait* décrivant une caractéristique du droit canadien — on ne pourrait alors en déduire aucun devoir particulier.

La difficulté découle du fait que les auteurs semblent utiliser les diverses conceptions «modernes» pour exposer d'une façon non systématique les trois types de propositions. Ainsi, le fait d'exposer ces conceptions dans des ouvrages «descriptifs», sans expliquer les postulats méthodologiques qui conduisent à leur formulation, pourrait indiquer qu'elles énoncent au moins quelques propositions *descriptives*. De plus, en mentionnant un certain nombre de dispositions législatives ou constitutionnelles et quelques décisions judiciaires qui illustrent la conformité de certains aspects du droit canadien avec l'une ou l'autre des conceptions modernes de la primauté du droit, les auteurs semblent indiquer que certaines propositions constituent des *propositions de droit*⁷⁰. Cependant, puisqu'aucun ouvrage n'a tenté de démontrer que l'une ou l'autre des conceptions modernes représentait d'une façon systématique et cohérente un ensemble de normes juridiques valides en droit canadien, cette hypothèse reste à démontrer et laisse à penser que les auteurs entendent exposer un ensemble de *propositions de fait* qui, à l'occasion, coïncident avec des règles de droit valides.

Par contre, plusieurs passages dans ces ouvrages indiquent que ces conceptions «modernes» sont conçues comme *normatives*. Les propositions qui les représentent ne décriraient pas nécessairement une caractéristique dominante du droit constitutionnel canadien tel qu'il existe en fait⁷¹ ni un ensemble de règles de droit, mais un ensemble de normes dérivées de la morale politique auxquelles les tribunaux, les législateurs et les exécutifs devraient se référer lorsqu'ils «créent» une règle de droit ou interprètent et appliquent une règle de droit indéterminée⁷². Cependant, dans la mesure où les auteurs utilisent les conceptions

⁷⁰Cette assertion est difficile à démontrer, puisque les «règles» auxquelles les auteurs réfèrent constituent généralement des règles qui «opèrent comme des règles d'interprétation» (Chevrette et Marx, *supra* note 5 à la p. 35) qu'une disposition législative expresse peut écarter. Par exemple, la proposition selon laquelle le droit doit être prospectif, sauf exception spécifique, la proposition qui correspond à la maxime *audi alteram partem* et la proposition selon laquelle il n'y a pas d'expropriation sans compensation constituent des règles d'interprétation. À moins de démontrer que ces règles sont *juridiques*, soit par leur enchâssement dans la Constitution, dans une loi ou dans la *common law* (par ex. les maximes ?), les propositions qui les décrivent pourraient bien ne pas être autre chose que des propositions de morale politique. Voir Chevrette et Marx, *ibid.* aux pp. 34-35. Cette question dépasse la présente discussion et dépend, ultimement, de la théorie générale du droit acceptée par l'auteur. Voir aussi Brun et Tremblay, *supra* note 7 à la p. 633 et s., qui, en plus de référer à la jurisprudence, insistent sur le fait que les chartes des droits fondamentaux incorporent en droit canadien certaines normes (substantives ou procédurales) spécifiques dérivées ou associées aux conceptions contemporaines de la primauté du droit.

⁷¹Par exemple, Chevrette et Marx affirment que «[l]e principe de légalité veut que les lois et les règlements soient aussi clairs que possible et qu'ils soient portés à l'attention de tous les intéressés. Cette règle a subi plusieurs accrocs par le passé [...]» (*ibid.* à la p. 33).

⁷²Par exemple, pour Chevrette et Marx, le principe de la primauté du droit «requiert», «exige», «veut», et «les lois et les règlements doivent», etc. (*ibid.* à la p. 33 et s.). Brun et Tremblay réfèrent

modernes pour prescrire ce que le droit devrait être, il semble que la discussion devrait se déplacer sur le plan de la théorie politique afin de justifier, d'une part, les raisons pour lesquelles nous devrions accepter l'une ou l'autre de ces conceptions modernes par opposition à d'autres conceptions et, d'autre part, les raisons pour lesquelles les auteurs insistent autant d'une façon unidirectionnelle sur le caractère normatif de la primauté du droit par opposition à d'autres standards normatifs⁷³. En s'en tenant à un exposé succinct de ces conceptions modernes, on confond nécessairement le lecteur qui est amené à penser qu'elles vont de soi ou qu'elles ont une solide assise juridique.

3- *La légalité administrative*. Enfin, les ouvrages de droit constitutionnel canadien laissent souvent entendre que la primauté du droit a une importance pratique principalement (voire uniquement) en droit administratif. Elle représenterait l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les actes de l'exécutif et de l'administration publique et constituerait le fondement juridique du contrôle judiciaire de ces actes⁷⁴. Par là, on semble indiquer que la notion n'aurait pas autant d'importance pratique à l'égard des lois : alors qu'elle imposerait aux parlements, tout au plus, des obligations morales, elle imposerait des obligations juridiques à l'exécutif et à l'administration publique. En outre, cet aspect de la doctrine invite les juristes à se tourner vers les ouvrages relatifs au droit administratif.

Premièrement, il est difficile de comprendre pourquoi la primauté du droit revêtirait un caractère pratique principalement dans l'exercice de la fonction exécutive et administrative, par opposition à la fonction législative, autrement que par le fait que les auteurs ont tendance à reproduire la théorie de Dicey sans en analyser les postulats théoriques. Dans la théorie de Dicey, la primauté du droit était conçue dans le cadre d'un système juridique où la souveraineté du Parlement constituait la caractéristique dominante de la constitution. Par conséquent, son caractère pratique supposait la primauté du droit édicté par le Parlement ou, encore, la primauté de la *common law* telle que modifiée par les lois du Parlement. Cette assertion était logique : si le Parlement avait le pouvoir d'édicter ou de ne pas édicter n'importe quelle règle de droit, la primauté du

expressément au fait que «[p]lusieurs personnes prônent, élaborent et tentent de faire reconnaître, sous le couvert de la primauté du droit ou de la *rule of law*, diverses garanties minimales au profit des citoyens» (*supra* note 7 à la p. 632).

⁷³Raz a soutenu (peut-être avec raison, suivant la conception de la primauté du droit que l'on accepte) que «one of the two main fallacies in the contemporary treatment of the doctrine of the rule of law [is] the assumption of its overriding importance» (J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979 à la p. 210).

⁷⁴Par exemple, Brun et Tremblay débutent ainsi le chapitre intitulé «La primauté du droit» :

Quels sont les principes de droit constitutionnel qui gouvernent l'exercice de la fonction exécutive ? Quel est en conséquence le régime juridique de l'administration publique qui exerce cette fonction exécutive, et tout spécialement celui des gouvernements qui dominent cette administration ? Telle est la question à laquelle le présent chapitre veut commencer d'apporter une réponse qui viendra préciser le droit administratif (*supra* note 7 à la p. 625).

Voir aussi Chevrette et Marx, *supra* note 5 à la p. 33 et s. ; Dussault et Borgeat, *supra* note 60 à la p. 42. Une confirmation récente de ces assertions en droit canadien se trouve dans *National Corn Growers Ass'n. c. Canada (Tribunal des Importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 à la p. 1332 et s., 74 D.L.R. (4^e) 449, Mme le juge Wilson.

droit ne pouvait juridiquement lier que la fonction exécutive et l'administration publique. Par contre, dans un contexte où le système juridique reconnaît la suprématie d'une constitution qui lie tout autant la fonction législative que la fonction exécutive et administrative, une telle assertion perd sensiblement de son intelligibilité.

Deuxièmement, en droit administratif, on conçoit généralement la notion de primauté du droit comme un synonyme de ce qu'on peut appeler le principe de la *légalité administrative*. Ce principe, généralement vu à travers le prisme du positivisme juridique, peut être formulé comme suit :

1- Toute action posée ou décision prise par l'exécutif, l'administration ou par ses agents, qui affecte un droit ou une liberté d'une personne reconnu par le droit, doit être *autorisée* par le droit.

2- Une action ou une décision de l'exécutif ou de l'administration est *autorisée* par le droit lorsqu'elle est conforme aux critères spécifiques de validité énoncés dans une règle de droit elle-même valide et logiquement supérieure dans la hiérarchie formelle des normes juridiques. Les critères de validité énoncés dans la règle de droit valide sont donc logiquement antérieurs à la validité de l'action ou de la décision de l'exécutif et de l'administration.

3- Les critères de validité se rapportent généralement à la *composition* de l'organisme gouvernemental (aux caractéristiques «essentielles» de l'institution à qui certains pouvoirs sont conférés, par exemple), à la *procédure* en vertu de laquelle les pouvoirs peuvent être exercés, à la *forme* même de l'action ou de la décision ou, enfin, aux conditions de *fond* que doit respecter l'action ou la décision, c'est-à-dire à certaines normes substantives auxquelles l'action ou la décision ne doit pas déroger (ces normes peuvent conditionner le «motif», le «but» ou les «conséquences» de l'action ou de la décision).

4- Une action ou une décision de l'exécutif ou de l'administration qui respecte les critères de validité énoncés dans une règle de droit valide est elle-même valide puisqu'elle est «autorisée» par le droit : elle possède ce que Wade appelle un «pedigree juridique»⁷⁵, c'est-à-dire un fondement légal.

Il est difficile de comprendre l'assimilation de la notion de primauté du droit au principe de la *légalité administrative*. D'une part, plusieurs passages des ouvrages relatifs au droit constitutionnel canadien indiquent que leurs auteurs ne sont pas disposés à réduire la primauté du droit au principe de la *légalité administrative*. Les exposés sont complexes et révèlent, comme on l'a vu, que le concept réfère à une myriade de principes dont un seulement correspondrait au principe de la *légalité administrative*. Ainsi, ce dernier semble constituer soit une *conception* particulière de la primauté du droit, soit un principe *dérivé* de la primauté du droit. D'autre part, même si la primauté du droit était conçue comme un synonyme du principe de la *légalité*, il est difficile de comprendre les raisons pour lesquelles elle ne désignerait que la «*légalité administrative*» par opposition à la *légalité* tout court, qui incluerait aussi la «*légalité législative* ou constitutionnelle».

Enfin, *troisièmement*, plusieurs juristes semblent croire que le concept de la primauté du droit constitue le motif pour lequel les tribunaux interprètent restrictivement les dispositions législatives qui confèrent un pouvoir discrétion-

⁷⁵H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1977 à la p. 23.

naire large ou illimité à l'exécutif ou à l'administration publique⁷⁶. L'argument semble être le suivant : si l'octroi ou l'exercice de pouvoirs arbitraires ou largement discrétionnaires est incompatible avec la primauté du droit⁷⁷, alors les tribunaux ont le pouvoir, voire l'obligation, de reconnaître *dans* la loi habilitante un ensemble de normes qui contraignent la discrétion et qui constituent les critères de validité relativement au *fond* de l'action gouvernementale⁷⁸.

Diverses conceptions descriptives ou normatives de la primauté du droit peuvent certainement justifier cette opinion⁷⁹. Cependant, si l'on conçoit la primauté du droit comme un synonyme de la «légalité administrative», comme on le fait généralement en droit administratif, cette opinion est injustifiée. Le principe de la légalité concerne la question de savoir si les actes gouvernementaux sont *autorisés*, c'est-à-dire s'ils sont conformes aux critères de validité énoncés dans une règle de droit elle-même valide et logiquement supérieure à ces actes dans la hiérarchie formelle des normes. Il n'a pas pour objet de déterminer le *contenu* ou la *portée* même de ces critères de validité (composition, procédure, forme et fond). Son objet est de prescrire que l'action ou la décision administratives doivent leur être conformes, quel que soit par ailleurs leur contenu. Ainsi, du point de vue du principe de la légalité administrative, une disposition législative qui conférerait à une institution gouvernementale un pouvoir discrétionnaire illimité signifierait que le législateur a autorisé l'administrateur à fonder sa décision sur des motifs qui ne sont pas clairement énoncés dans le droit. Par conséquent, la validité de la décision administrative ne devrait pas dépendre de la conformité de son contenu, le *fond*, avec certaines normes substantives (juridiques, objectives, préexistantes, etc.).

Pour cette raison, on peut estimer que le principe de la légalité administrative constitue un rempart bien fragile contre les actions arbitraires des gouvernements. Par conséquent, on peut vouloir reconnaître d'autres principes qui autoriseraient le pouvoir judiciaire à interpréter restrictivement la portée du pouvoir discrétionnaire conféré. Néanmoins, si ces autres principes devaient dériver de la primauté du droit, il s'ensuivrait que cette dernière notion référerait à une conception distincte du principe de la légalité administrative (mais qui pourrait, du reste, l'inclure).

⁷⁶Le passage suivant tiré de G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratifs*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1982 à la p. 263, semble justifier cette croyance : «[P]artant du principe que la discrétion absolue n'existe pas, [les juges] n'hésiteront pas cependant à assurer la primauté du droit». Le passage est ambigu : d'une part, pour les auteurs, la primauté du droit signifie le principe de la légalité administrative (*ibid.* aux pp. 43-44), d'autre part, il semble que la primauté du droit constitue le principe qui justifierait l'interprétation restrictive des lois qui confèrent un tel pouvoir.

⁷⁷Notons que si cette proposition est généralement admise, on peut trouver certaines exceptions, par ex. *R. c. Wood* (1982), 31 C.R. (3^e) 374 (N.S. Prov. Ct.). Nous en traiterons plus bas (*infra* note 135 et texte correspondant).

⁷⁸Ces critères sont généralement inférés de l'intention du législateur en ce que ce dernier est présumé déléguer un pouvoir en relation avec les objets (implicites ou explicites) de la loi pour lesquels le pouvoir est conféré.

⁷⁹Par exemple, si la primauté du droit est conçue à la lumière de l'idéologie libérale selon laquelle les individus ont le droit de connaître d'avance les conséquences juridiques de leurs actes, elle constitue certainement une bonne raison pour interpréter restrictivement les lois qui confèrent de larges pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires au gouvernement.

III. La cause méthodologique profonde

Les difficultés que nous venons d'exposer suffisent à dérouter les juristes qui chercheraient le sens cohérent de la primauté du droit en droit canadien dans les ouvrages doctrinaux qui la décrivent. Cependant, elles révèlent que la cause fondamentale du caractère insaisissable de la notion de primauté du droit en droit canadien est méthodologique. D'une part, en n'indiquant pas clairement si les propositions (ou certaines d'entre elles) qui décrivent les diverses conceptions de la primauté du droit constituent, conformément aux postulats méthodologiques qui guident leur activité de recherche, des propositions de droit plutôt que des propositions de fait ou de morale politique, les auteurs contribuent directement à la difficulté que nous avons à saisir le sens, la nature et la fonction de la primauté du droit en droit canadien. D'autre part, la cause méthodologique profonde de cette difficulté ne consiste pas tant en ce que les règles méthodologiques ne sont pas rigoureusement suivies, mais en ce qu'elles ne sont pas adaptées adéquatement à l'objectif visé qu'est la description d'une conception cohérente de la primauté du droit en droit canadien.

Dans cette partie, je soutiens qu'en postulant à la fois que le concept de la primauté du droit avait une signification juridique et que l'identification et la description de cette signification devaient procéder conformément aux critères méthodologiques des sciences empiriques qui s'inscrivent dans le cadre du positivisme, la théorie constitutionnelle dominante établissait une tension interne telle qu'elle se condamnait à présenter une description ambiguë et confuse du concept. D'abord, je rappellerai les caractéristiques fondamentales de la méthode positiviste et les conditions auxquelles cette méthode peut rendre compte de la signification de la primauté du droit en droit constitutionnel canadien. Ensuite, en acceptant les postulats de la méthode positiviste, je démontrerai que les «faits» soumis à l'observation ne permettent pas d'affirmer que les conditions sont remplies.

1. La méthode positiviste

La méthode positiviste, on l'a vu, comporte une série de postulats sur lesquels se fondent les règles destinées à guider la recherche : non seulement toute connaissance objective doit-elle partir des *faits* réels empiriques et observables, mais aussi toute construction théorique objective (théorie, conception ou doctrine) doit être établie par induction à partir de faits certains et vérifiés par l'expérience. Cette méthode suppose donc que le chercheur doive observer les «sources formelles» de droit reconnues en droit canadien et construire, par induction, la ou les conceptions cohérentes de la primauté du droit qui, après vérification, rendent compte adéquatement de la «réalité juridique». Ces postulats impliquent que ce sont les *faits*, c'est-à-dire l'ensemble des règles de droit valides, qui suggèrent l'hypothèse sur laquelle le constitutionnaliste fonde les *propositions de droit* constitutives d'une conception cohérente. Ce sont les *faits* qui constituent le point de référence neutre et objectif, indépendant de toute préconception ou préjugé subjectif, en vertu duquel on peut vérifier la vérité des *propositions de droit*.

Il s'ensuit que les *propositions de droit* décrivant une conception cohérente d'un concept juridique en droit canadien sont vraies si les deux conditions suivantes sont remplies : 1° il doit exister, dans les sources formelles de droit, indépendamment de l'idée que peut s'en faire le théoricien, au moins un sous-ensemble distinct de règles de droit valides *matérielles* dont le contenu constitue les «propriétés essentielles» du concept juridique que la conception cohérente décrit ; 2° les «propriétés essentielles» du concept juridique doivent pouvoir être *identifiées* et *énoncées* objectivement, telles qu'elles sont en elles-mêmes, par un observateur neutre situé à l'extérieur du système juridique (cette condition implique, naturellement, que chacune des hypothèses soit soumise à la *vérification* empirique).

D'un certain point de vue, ces deux conditions sont interdépendantes : pour *savoir* si la première est remplie, il faut remplir la seconde et on ne peut respecter cette dernière que si la première est remplie. Pourtant, d'un autre point de vue, elles ne le sont pas nécessairement : il pourrait exister *dans* le droit canadien un ensemble de normes juridiques dont le contenu, correctement compris, constitue les «propriétés essentielles» du concept juridique, sans que nous puissions l'*identifier* et l'*énoncer* du fait que la *méthode* qui guide la recherche n'est pas adaptée à la réalisation du but visé — l'identification et l'énonciation de ce concept. Dans cette hypothèse, les chercheurs seraient inévitablement obligés d'abandonner ou, à tout le moins, de corriger les règles et les postulats méthodologiques qui les guident. Malheureusement, pour des raisons ontologiques, épistémologiques ou morales, les chercheurs positivistes ne peuvent pas accepter cette conséquence. Si, par hypothèse, une recherche qui répond rigoureusement aux critères positivistes des sciences empiriques ne produit pas de résultats certains sur lesquels une conception cohérente de la primauté du droit peut être construite, le chercheur ne peut légitimement la construire : une telle conception n'aurait aucun fondement objectif. Cette conception, en ne correspondant pas aux faits qui constituent la réalité juridique, représenterait une «chose» qui *n'existerait* que dans l'esprit du chercheur qui la formulerait. Le plus loin que le positiviste accepterait d'aller serait de conseiller au chercheur de poursuivre sa recherche conformément aux règles établies : pour lui, il n'existe pas d'autre méthode susceptible de produire des *propositions de droit* vraies⁸⁰.

2. La «réalité juridique»

La «réalité juridique», lorsqu'on l'aborde conformément aux critères méthodologiques acceptés par les positivistes, ne permet pas d'établir objectivement une ou plusieurs conceptions cohérentes de la primauté du droit en droit canadien dont les propositions essentielles constitueraient des *propositions de droit* vraies. L'observation empirique des «sources» de droit reconnues par les théoriciens positivistes ne révèle pas l'existence d'un ou plusieurs sous-ensembles cohérents de règles de droit valides dont le contenu correspondrait aux propriétés ou aux aspects «essentiels» justifiant la construction d'une ou plusieurs conceptions cohérentes et intelligibles de la primauté du droit. Certes, l'observation empirique permet d'identifier certains éléments de la primauté du

⁸⁰Ce postulat répond au principe de «l'unité de la science», c'est-à-dire que toutes les disciplines scientifiques doivent être guidées par les règles méthodologiques propres aux sciences naturelles.

droit en droit canadien. Néanmoins, ces éléments ne constituent que des *indices* de la primauté du droit et leur signification peut orienter les constitutionnalistes dans diverses directions et, ultimement, appuyer diverses thèses incompatibles. La «réalité empirique» qui devrait constituer le fondement d'une ou plusieurs conceptions de la primauté du droit en droit constitutionnel canadien ne constitue donc pas un fait cohérent, ordonné et structuré : c'est un fait chaotique. Il s'ensuit, naturellement, qu'indépendamment de sa propre subjectivité, un chercheur ne saurait établir aucune conception cohérente de la primauté du droit en droit canadien.

Si ces assertions sont vraies, alors les conceptions de la primauté du droit élaborées par les constitutionnalistes canadiens ne correspondent pas aux faits à partir desquels elles devraient légitimement être construites. Elles se fondent plutôt sur un ensemble d'énoncés «préscientifiques» (au sens positiviste) dont les sources sont multiples : la morale politique, les perceptions subjectives des chercheurs, leurs croyances, les appels à l'autorité (comme aux écrits de Dicey), etc. Elles se fondent sur la conviction préétablie des auteurs qu'il existe, en droit canadien, au moins *une* conception cohérente et intelligible de la primauté du droit et qu'il faut absolument l'identifier et la représenter. Ainsi, devant une réalité empirique chaotique dont il est présupposé qu'elle contient un ensemble de règles de droit *matérielles* valides dont le contenu permet de construire et d'énoncer une conception cohérente de la primauté du droit, les auteurs sont inévitablement conduits à construire *préalablement*, plus ou moins *intuitivement*, une théorie, c'est-à-dire une préconception *doctrinale* de la primauté du droit. Cette dernière a finalement pour objet de guider l'observation et de *sélectionner*, parmi tous les faits, ceux qui «semblent» appuyer cette théorie et d'*écarter* d'autres faits qui pourraient la contredire. Ces préconceptions de la primauté du droit constituent donc des points de départ et non pas des points d'arrivée. Ce sont des théories de base à partir desquelles la recherche procède et la cohérence des faits observés est «construite».

Il se peut que les assertions qui précèdent semblent aller de soi étant donné la difficulté que nous avons à saisir la notion de primauté du droit. Néanmoins, on ne peut pas les justifier à partir des postulats d'une théorie empirique positiviste. D'une part, les énoncés préscientifiques ne sont pas rigoureusement vérifiés conformément aux postulats méthodologiques de la théorie constitutionnelle dominante. D'autre part, ils ne sont pas vérifiables. Dans ces circonstances, on comprend que le sens, la nature et la fonction des diverses propositions de la primauté du droit sont problématiques : elles ne constituent pas des propositions de droit et celles qui sont conçues à cette fin sont fausses.

Dans ce qui va suivre, je présenterai quelques arguments qui justifient cet ensemble d'assertions en supposant, pour les besoins de la cause, la validité de la méthode empirique qui découle de la théorie constitutionnelle dominante. Cette discussion sera nécessairement contentieuse puisqu'elle consiste à justifier une proposition qui affirme l'*inexistence* de quelque chose, en l'occurrence, un ensemble de règles de droit matérielles valides qui justifierait la construction d'une ou plusieurs conceptions cohérentes de la primauté du droit en droit canadien. À cette fin, j'analyserai les «faits», c'est-à-dire les sources formelles de droit.

(i) *Les sources législatives*

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸¹ énonce que le Canada a une «constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». La Cour suprême a déjà exprimé l'opinion que ce préambule a implicitement reconnu le statut constitutionnel de la primauté du droit⁸². On pourrait soutenir, d'abord, que le préambule ait implicitement incorporé en droit canadien les *conceptions traditionnelles* de la primauté du droit formulées par Dicey à la fin du XIX^e siècle. Mais cette thèse est critiquable : elle impliquerait que le préambule ait incorporé, non seulement les normes juridiques inférées des lois et de la jurisprudence britanniques telles qu'elles se manifestaient à l'époque, mais également les propositions centrales d'une théorie non encore formulée dont l'objet sera de décrire quelque chose qui est (un fait non prescriptif) en le transformant implicitement en quelque chose qui doit être. Cette thèse, pour être valide, doit présupposer la validité d'une prémisse justificatrice dont le fondement, la source et le contenu normatif sont logiquement indépendants du préambule lui-même (cette prémisse pourrait être déduite d'une ou plusieurs décisions judiciaires ou d'un amendement constitutionnel ; mais, le cas échéant, il faudrait le démontrer). Cette objection s'applique *a fortiori* à l'argument selon lequel le préambule aurait incorporé l'une ou l'autre des *conceptions modernes* de la primauté du droit.

De même, on ne pourrait soutenir que le préambule de la *Charte*, qui énonce expressément que le «Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit», reconnaît et incorpore les *conceptions traditionnelles* formulées par Dicey en droit canadien⁸³. Si, avant 1982, ces conceptions correspondaient à des règles de droit valides, ce qu'il faudrait démontrer en se fondant sur d'autres sources que le préambule, ce préambule pourrait effectivement les avoir confirmées. Par contre, si ces conceptions ne correspondaient pas à des règles de droit valides en 1982, nous ne saurions déduire, même en supposant que les «principes qui reconnaissent la primauté du droit» constituent des règles de droit valides, que le préambule a explicitement incorporé en droit canadien une conception particulière de la primauté du droit. Encore une fois, pour être valide, un tel raisonnement devrait reconnaître et démontrer la validité d'une prémisse justificatrice dont le fondement, la source et le contenu normatif seraient logiquement indépendants du préambule lui-même. Cette objection s'applique de la même façon aux *conceptions modernes* de la primauté du droit et les mêmes considérations valent pour l'ensemble des lois fédérales ou provinciales qui réfèrent expressément, sans

⁸¹*Supra* note 25.

⁸²Voir par ex. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 à la p. 750.

⁸³Le préambule n'indique pas le statut juridique de la primauté du droit. Comme Brun et Tremblay l'écrivent avec raison, «[l']autorité précise de cet enchâssement dans la Constitution par le biais d'un préambule n'est pas évidente» (*supra* note 7 à la p. 626) et son intérêt est «difficile à jauger» (*ibid.* à la p. 633). Nous pourrions ajouter que la notion de primauté du droit est accompagnée de la notion de «suprématie de Dieu», qui n'a jamais été considérée comme représentant une norme juridique en droit constitutionnel canadien. Cette notion semble plutôt indiquer que le préambule réfère à des concepts ou normes extra-juridiques.

toutefois la définir, à la notion de primauté du droit comme, par exemple, le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*⁸⁴.

Par ailleurs, puisque certaines règles spécifiques enchâssées dans la constitution écrite ou édictées dans des lois semblent «correspondre» à certaines propositions décrivant une ou plusieurs conceptions de la primauté du droit, on pourrait soutenir qu'elles les corroborent. Cependant, il existe des raisons pour réfuter cet argument.

D'une part, les règles de droit valides n'indiquent généralement pas si elles participent à la construction d'une ou plusieurs conceptions cohérentes de la primauté du droit ni dans quelle mesure. Par conséquent, il demeure extrêmement difficile de les identifier indépendamment des *préconceptions* propres du chercheur qui, seules, légitiment la sélection, parmi toutes les règles de droit, de celles qui justifient la construction d'une conception cohérente de la primauté du droit. Or, si la sélection des règles de droit repose sur une *préconception* de la primauté du droit (une théorie, une hypothèse, un préjugé), il s'ensuit que le *fondement* de la primauté du droit en droit canadien demeure extra-juridique : il est antérieur et indépendant des règles de droit valides. On ne saurait trop s'étonner, dans ces circonstances, de ce que les règles de droit valides puissent corroborer des conceptions concurrentes et contradictoires de la primauté du droit.

D'autre part, il se pourrait qu'une ou plusieurs conceptions *normatives* de la primauté du droit aient constitué la raison politique et morale pour édicter ou enchâsser certaines règles de droit spécifiques. Dans cette hypothèse, il faudrait démontrer que l'ensemble des règles de droit que nous supposons édictées ou enchâssées pour promouvoir la primauté du droit constitue une ou plusieurs conceptions *cohérentes* de cette notion indépendamment des préférences subjectives du chercheur. Or, à ma connaissance, cette démonstration n'a pas été faite. Mais il y a plus. Même si le législateur ou le constituant avait édicté ou enchâssé certaines règles de droit dans le *but* de promouvoir une conception de la primauté du droit, cette dernière pourrait ne pas se retrouver *dans* le droit et demeurer une *doctrine* extra-juridique dont l'élaboration contribuerait à *expliquer, systématiser* ou *justifier* le droit plutôt qu'à le *représenter*. Par exemple, les auteurs Brun et Tremblay soulignent que les chartes ont donné à la primauté du droit «une dimension substantive nouvelle et [...] une autorité accrue aux préceptes, procéduraux ou substantifs, qu'elle inclut»⁸⁵. Ils donnent certains exemples, dont l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les

⁸⁴L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III [ci-après *Déclaration*]. Ces objections n'ont rien de spectaculaire. Elles affirment, ce qui devrait être admis, que les mots «primauté du droit», en soi, ne réfèrent pas nécessairement à une conception particulière de cette notion. Seuls ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'une théorie formaliste de l'interprétation qui postule que les mots dans les «textes» constitutionnels, peu importe leur imprécision, contiennent toujours un sens interne objectif, fixe et déterminé, indépendamment du lecteur, et que ce sens, en l'espèce, correspond à l'une ou l'autre des conceptions de la primauté du droit, pourront nier ce qui autrement semble évident. Pour que les mots isolés, «primauté du droit», puissent référer à une conception précise, il faut préalablement connaître cette conception et postuler, pour des raisons indépendantes du préambule, que c'est à elle que renvoie le préambule.

⁸⁵*Supra* note 7 à la p. 633.

articles 23 et 24 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁶, qui imposent aux administrations provinciales et fédérale l'obligation de se conformer à certains standards procéduraux et substantifs. Pour ces auteurs, cela implique que ces administrations sont sujettes «aux éléments du principe de la primauté du droit»⁸⁷. Mais le principe lui-même est-il juridique ou extra-juridique ? Il semble bien, pour ces auteurs, que le principe de la primauté du droit demeure extra-juridique et n'acquiert pas, de ce fait, d'existence autonome en droit. Si l'administration est obligée d'agir conformément à des règles qui donnent à la primauté du droit une dimension nouvelle, ce n'est pas à cause d'une obligation *juridique* d'obéir à la primauté du droit ou à ses corollaires, en tant que doctrine autonome et distincte *dans* le droit, mais à cause de l'obligation *juridique* d'obéir à toutes les règles de droit valides dont certaines énoncent des prescriptions qui coïncident avec un ou plusieurs corollaires de la primauté du droit conçue comme doctrine *extra-juridique*. Toute autre conclusion serait incompatible avec les postulats positivistes puisqu'elle impliquerait que les raisons (théories, convictions, etc.) qui justifient l'adoption d'une ou plusieurs règles de droit font partie du droit, même lorsque ces dernières n'y réfèrent pas clairement⁸⁸.

(ii) *Les sources judiciaires*

Pour ces raisons, sans doute, la jurisprudence canadienne semble former la source la plus féconde pour vérifier si l'une ou l'autre des conceptions de la primauté du droit constitue des propositions de droit. Malheureusement, toujours conformément aux postulats méthodologiques des théories empiriques positivistes, cette source de droit est déroutante.

1- D'abord, lorsque les juges emploient les mots «primauté du droit», les propositions qui les définissent demeurent souvent si vagues et si générales qu'elles peuvent pratiquement justifier la formulation de plusieurs conceptions concurrentes et contradictoires. La plus commune est la suivante : *les autorités gouvernementales et les citoyens ont le devoir d'obéir au droit qui est suprême ou encore tous sont assujettis à la loi*⁸⁹. Aussi importante que soit cette défini-

⁸⁶L.R.Q. c. C-12.

⁸⁷*Supra* note 7 à la p. 635.

⁸⁸Par exemple, supposons que plusieurs députés votent en faveur des règles de droit qui établissent la prohibition du meurtre sur la base de considérations *religieuses*. S'ensuit-il que les règles du *Code criminel* sur le meurtre aient incorporé en droit canadien une doctrine religieuse et que l'obligation *juridique* d'obéir à ces règles de droit signifie la même chose que l'obligation *juridique* d'obéir à une doctrine *religieuse* ? Sur la distinction «positiviste» qui existe entre le *but* ou la *justification* d'une règle de droit et le *contenu* de cette même règle, voir H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958) 71 Harv. L. Rev. 593 aux pp. 606-15.

⁸⁹Voir par ex. *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 aux pp. 805-806, [1981] 6 W.W.R. 1 [avec renvois aux R.C.S.] ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 à la p. 748 ; *R. c. LeBar*, [1989] 1 C.F. 603 à la p. 611, 46 C.C.C. (3^e) 103 (C.A.) [avec renvois à la C.F.]. Dans *R. c. Vermette*, [1982] C.S. 1006, 68 C.C.C. (2^e) 562 [avec renvois à la C.S.], on ajoute que «[s]ont corollaires [*sic*] de la doctrine de la séparation des pouvoirs des principes de la *rule of law* et de l'indépendance du pouvoir judiciaire» (*ibid.* à la p. 1012), et que ces principes «constituent la meilleure, sinon la seule véritable garantie des droits et libertés des citoyens» (*ibid.* à la p. 1014). Le juge ne définit toutefois pas le sens précis de la primauté du droit au-delà de son sens le plus familier selon lequel tous sont assujettis à la loi (*ibid.* à la p. 1013).

tion, il est impossible d'en déduire une conception précise sans se fonder sur des considérations autres qui, en principe, devraient se retrouver dans les sources de droit, dont la jurisprudence. En particulier, ces considérations devraient préciser le sens des concepts «autorités gouvernementales», «droit», «suprême», «tous», «loi», etc.

2- Ensuite, lorsque la primauté du droit constitue l'une des raisons qui guident la décision judiciaire, la définition que présentent les juges constitue rarement l'exposition d'une conception «juridique» cohérente. Elle semble plutôt constituer, dans un contexte limité et parfois exceptionnel, une application ponctuelle d'une norme spécifique qui, selon les postulats de la théorie empirique, ne paraît dériver que d'une conception normative de la primauté du droit. Par exemple, dans l'affaire *R. c. LeBar*⁹⁰, après avoir rappelé que «[t]out insaisissable qu'elle puisse être, la notion de primauté du droit doit de toutes façons vouloir dire que 'la loi est suprême' et que les autorités gouvernementales n'ont pas la faculté de ne pas lui obéir»⁹¹, la Cour d'appel fédérale soutient que les autorités gouvernementales ont le devoir, non seulement de se conformer aux jugements déclaratoires de la Cour d'appel fédérale dont la portée est universelle, mais de paraître s'y conformer, car le public «doit s'apercevoir que le gouvernement obéit à la loi»⁹². Elle ajoute que

[s]'il a quelque raison de ne pas être certain, il doit bien au principe de la primauté du droit de faire connaître publiquement sa position, en contestant juridiquement l'obligation apparente imposée par les tribunaux. À mon avis, la primauté du droit ne peut pas vouloir dire moins que cela⁹³.

Ce corollaire de la primauté du droit, très spécifique, peut sembler désirable et bien fondé en principe. Cependant, il ne va pas de soi. Il présuppose la reconnaissance d'une prémisse justificatrice qui permet de faire le saut, par le biais de l'interprétation, entre la définition générale qui requiert l'obéissance et la règle spécifique qui prescrit «l'apparence d'obéissance». Or, si cette prémisse existe (elle doit, en un sens, logiquement «exister»), la «réalité juridique empirique» ne la révèle pas.

De même, dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.)*⁹⁴, la Cour suprême du Canada devait décider, entre autres, si un juge de la Cour supérieure pouvait émettre une ordonnance interdisant le piquetage devant les palais de justice par un syndicat ou au nom d'un syndicat représentant les employés des tribunaux en grève légale. Conformément à la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour suprême se fonde sur la primauté du droit énoncée au préambule de la *Charte*⁹⁵ pour justifier ce pouvoir particulier de la Cour supérieure : «Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice»⁹⁶. Empê-

⁹⁰*Ibid.*

⁹¹*Ibid.* à la p. 611.

⁹²*Ibid.* à la p. 614.

⁹³*Ibid.*

⁹⁴[1988] 2 R.C.S. 214, 53 D.L.R. (4^e) 1 [avec renvois aux R.C.S.].

⁹⁵«La primauté du droit constitue le fondement même de la *Charte*» (*ibid.* à la p. 229).

⁹⁶*Ibid.* à la p. 230.

cher un juge d'émettre une telle ordonnance impliquerait qu'un syndicat puisse décider à quelles conditions une personne aurait accès aux tribunaux et, notamment, à quelles conditions elle pourrait faire valoir ses droits et libertés garantis dans la *Charte*. Quelle que soit la valeur de ce raisonnement, la validité du lien entre la notion générale de la primauté du droit et le droit spécifique d'accès aux tribunaux requiert l'introduction de certaines prémisses justificatrices. Or, comme ces prémisses ne semblaient pas être *dans* le droit, elles devaient dériver d'une conception normative de la primauté du droit. Si, par ailleurs, on démontrait que le lien ne faisait intervenir qu'une déduction *logique*, la décision de la Cour ne constituerait pas tant l'exposition d'une conception cohérente de la primauté du droit qu'une application ponctuelle d'une telle conception, inarticulée et incertaine, à un cas spécifique.

Dans l'affaire *Gamble c. R.*⁹⁷, la Cour suprême du Canada devait décider, entre autres, si le fait que l'appelante avait été reconnue coupable de meurtre au premier degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle pendant 25 ans en vertu d'un texte de loi proclamé en vigueur quelques mois après l'infraction criminelle portait atteinte, aujourd'hui, à son droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte*. Pour les juges formant la majorité, l'application actuelle de la condition de la sentence portait atteinte à ce droit à la liberté d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale :

- On trouve les principes de justice fondamentale «dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique» [...]. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît «la primauté du droit» (voir le préambule de la *Charte*) qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. Cela n'a pas été le cas en l'espèce⁹⁸.

Cet énoncé exprime quelque chose que nous admettons si facilement qu'il semble aller de soi. Cependant, sa validité présuppose l'existence d'une conception de la primauté du droit. Cette conception était-elle juridique ou morale ? Comment l'identifier ? Quelle qu'elle soit, la décision, en ne l'articulant pas, ne constituait pas l'exposition d'une théorie cohérente de la primauté du droit. Elle n'exprimait qu'une application ponctuelle d'un de ses aspects à un cas donné.

Il est inutile de multiplier les exemples.

3- Même si certaines décisions judiciaires semblent se fonder expressément sur l'une des conceptions «traditionnelles» de la primauté du droit formulées par Dicey, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces dernières constituent, au Canada, des propositions de droit.

Les décisions qui font explicitement ou implicitement référence à la théorie de Dicey peuvent se regrouper en deux catégories. Dans la première, on retrouve les décisions judiciaires qui peuvent être associées à l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*⁹⁹, généralement considérée comme le paradigme de l'applica-

⁹⁷[1988] 2 R.C.S. 595, 66 C.R. (3^e) 193 [avec renvois aux R.C.S.].

⁹⁸*Ibid.* à la p. 647.

⁹⁹*Supra* note 5.

tion de la théorie de Dicey en droit canadien¹⁰⁰. Dans cette affaire, dont les faits sont bien connus, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a condamné le premier ministre Duplessis à payer des dommages-intérêts à Roncarelli pour le préjudice qu'il lui avait causé. Dans un passage célèbre, M. le juge Rand fait expressément référence à la notion de primauté du droit :

La manière d'agir de l'intimé [...] constituait un abus flagrant d'un pouvoir donné par la loi, dont le but exprès était [...] de lui infliger une punition dont le résultat a été, comme on l'avait voulu, de détruire sa vie économique [...]. Le préjudice qu'il a causé était le résultat d'une faute engageant sa responsabilité, conformément aux principes de base du droit public du Québec [...] et conformément à l'article 1053 du Code civil. Le fait qu'en présence d'une réglementation administrative de plus en plus grande des activités économiques, la victime d'une telle mesure subisse celle-ci et ses conséquences sans aucun recours ni aucune réparation, et le fait que les sympathies et les antipathies arbitraires, de même que les visées non pertinentes d'officiers publics qui agissent en excédant leurs pouvoirs, puissent dicter leurs actions et remplacer une administration établie par la loi, voilà le signe avant-coureur de la désintégration du principe de légalité [*rule of law*] comme un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle¹⁰¹.

Ce passage illustre l'application de trois principes formulés par Dicey. Il montre effectivement qu'au Canada nul n'a le pouvoir de punir quelqu'un qui n'a pas contrevenu à la loi, que toutes les classes sont assujetties au droit commun du pays tel qu'appliqué par les tribunaux ordinaires et, enfin, qu'un administrateur n'a pas le pouvoir de décider sur la base de motifs arbitraires, non pertinents ou *ultra vires*. Cependant, la décision de M. le juge Rand ne signifie pas nécessairement qu'il existe au Canada des règles de droit spécifiques et distinctes selon lesquelles punir quelqu'un en vertu d'un large pouvoir discrétionnaire gouvernemental est *toujours* illégal ou que toutes les classes doivent *toujours* être assujetties aux mêmes lois appliquées devant les tribunaux ordinaires¹⁰². D'une part,

¹⁰⁰Cette affirmation se vérifie en ouvrant n'importe quel ouvrage qui parle de la primauté du droit. Dans *R. c. Bearegard*, [1986] 2 R.C.S. 56 à la p. 106, 30 D.L.R. (4^e) 481 [avec renvois aux R.C.S.], les deux juges dissidents de la Cour suprême du Canada ont affirmé : «Quant au concept de l'égalité et de la primauté du droit énoncé par Dicey, son application la plus classique dans la jurisprudence canadienne se trouve peut-être dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*».

¹⁰¹*Supra* note 5 à la p. 142, traduit dans Chevette et Marx, *supra* note 5 aux pp. 73-74.

¹⁰²Plusieurs décisions judiciaires énoncent expressément le contraire. Par exemple, dans *R. c. Eldorado Nucléaire Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 551 à la p. 558, 4 D.L.R. (4^e) 193 [ci-après *Eldorado Nucléaire Ltd.* avec renvois aux R.C.S.], où il était question de l'immunité de l'État et de ses mandataires, la Cour suprême du Canada affirme que «[I]a raison d'être conceptuelle de la doctrine [...] est obscure» notamment en ce qu'elle implique une présomption qui semble être en «contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi». Dans l'affaire *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693 à la p. 705, 44 D.L.R. (3^e) 584 [ci-après *Burnshine* avec renvois aux R.C.S.], M. le juge Martland affirme : «Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le concept de 'l'égalité devant la loi' ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre le droit pour tout individu de faire valoir qu'aucune loi qui ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada ne pouvait être adoptée. Un droit de cette nature aurait comporté une atteinte grave à la souveraineté du Parlement dans l'exercice de sa compétence législative [...]». Dans *Reference re Exemption of Military Forces*, [1943] R.C.S. 483 aux pp. 491-92, [1943] 4 D.L.R. 11 [avec renvois aux R.C.S.], M. le juge en chef Duff, tout en reconnaissant la validité du principe formulé par Dicey impliquant qu'en droit canadien les militaires n'étaient pas exemptés de l'application de lois ordinaires par les tribunaux ordinaires, soutient que «this principle applies to all armies, British or foreign, except in cases in which by the legislation mentioned dealing with the American Forces in England, it has been changed by legislative enactment, or the equivalent

l'affirmation selon laquelle la primauté du droit représente un «postulat» fondamental de la constitution n'indique pas clairement si pour Rand le postulat constituait une règle de droit valide ou un principe extra-juridique. De plus, même en présupposant que la primauté du droit constituait une norme juridique, puisque l'expression demeurerait mal définie, elle pouvait ne pas correspondre exactement à la théorie de Dicey.

Mais, d'autre part, la décision peut se comprendre comme une simple application du devoir général du pouvoir *judiciaire* d'obéir uniquement à toutes les règles de droit valides, devoir qui, en l'espèce, imposait aux tribunaux l'obligation d'appliquer le droit commun, dont l'article 1053 C.c.B.-C., puisqu'une personne, à qui le droit ne conférait ni le pouvoir ni une immunité, avait causé un dommage à autrui par sa faute¹⁰³. Bien sûr, la décision judiciaire conforme à cet article contribuait à donner au droit canadien la caractéristique que Dicey associait à la primauté du droit. Cependant, elle ne se fondait pas nécessairement sur un sous-ensemble de règles de droit matérielles spécifiques et distinctes qu'on appellerait la primauté du droit : l'article 1053 C.c.B.-C. faisait autorité indépendamment de la théorie de Dicey¹⁰⁴. Cette explication, si elle est valide, implique que la théorie de Dicey pouvait être conçue tout au plus comme une théorie *normative* : elle constituait une raison qui expliquait et justifiait l'obligation *morale* d'appliquer l'article 1053 C.c.B.-C.

On peut généraliser ce point : lorsque les juges reconnaissent qu'une personne au service de l'État a contrevenu à une règle de droit imposant une obligation juridique quelconque (civile ou criminelle) et la sanctionnent, leurs décisions, même si on peut les concevoir comme des *illustrations* de la primauté du droit, ne révèlent pas nécessairement l'existence empirique d'une règle de droit prescrivant que les personnes investies d'une fonction officielle doivent être assujetties aux mêmes lois que tous les autres citoyens. Elles ne révèlent que la validité de la règle de droit commun qui s'applique à cette personne. Comme le rappelle clairement M. le juge Beetz dans *Québec (P.G.) c. Labrecque*¹⁰⁵ :

[I]l importe de ne pas perdre de vue les principes et l'esprit du droit public anglo-canadien. Il y va du droit positif. Dans ce droit anglo-canadien, faut-il le rappeler, le droit administratif ne constitue pas un système complet et autonome, distinct du droit commun et administré par des tribunaux spécialisés. C'est au contraire le

thereof». Voir aussi *Morier c. Rivard*; [1985] 2 R.C.S. 716, 23 D.L.R. (4^e) 1 (immunité des juges des cours supérieures). Voir également l'affaire *Vanguard Coatings*, *supra* note 44, au sujet de la délégation d'un pouvoir large et discrétionnaire.

¹⁰³Ce devoir peut être requis pour diverses raisons dont la reconnaissance formelle de l'autorité de la loi. La notion «d'autorité de la loi» peut être conçue comme un synonyme de «primauté du droit». Il est évident que dans le cadre de la présente discussion, ces deux notions sont distinctes : la primauté du droit étant conçue comme un sous-ensemble systématique complet et autonome de règles de droit matérielles valides qui fait partie du droit mais qui ne le constitue pas. L'autorité de la loi ou du droit réfère au devoir des tribunaux d'obéir à toutes les règles de droit y compris ce sous-ensemble distinct, s'il existe. Le principe de l'autorité de la loi serait donc logiquement antérieur à la primauté du droit et justifierait même le devoir d'appliquer la primauté du droit à tous les cas qui respectent ses conditions d'application.

¹⁰⁴Voir *Labrecque*, *supra* note 52 aux pp. 1081-82 ; *Eldorado Nucléaire Ltd.*, *supra* note 102 aux pp. 563-64.

¹⁰⁵*Ibid.*

droit commun administré par les tribunaux judiciaires qui est reçu en droit public et dont les dispositions régissent la puissance publique, à moins qu'elles ne soient remplacées par des dispositions législatives incompatibles, ou supplantées par les règles particulières à la prérogative royale [...]. Il s'ensuit qu'*ayant à qualifier et à régler un rapport juridique donné en droit public, le juriste de tradition anglo-canadienne doit presque nécessairement accomplir cette fonction avec les concepts et les règles du droit commun à moins que la loi ou la prérogative n'imposent le contraire.* [...] Cette caractéristique est un des éléments du principe de légalité («*Rule of Law*») comme il est conçu en droit public anglais [nos italiques]¹⁰⁶.

Dans une seconde catégorie, on retrouve les décisions dans lesquelles la théorie de Dicey a guidé l'interprétation de l'expression «égalité devant le droit» énoncée au paragraphe 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans l'affaire *Canada (P.G.) c. Lavell*¹⁰⁷, quatre juges de la Cour suprême ont soutenu que le paragraphe 1*b*) devait «s'interpréter à la lumière de la loi [*«law» (droit ?) en vigueur au Canada à ce moment-là»*] [nos italiques]¹⁰⁸ et que cela impliquait, selon eux, qu'il devait être lu «dans son contexte, comme une partie du 'règne du droit' [*'rule of law' — 'primauté du droit'*] auquel les termes de cet alinéa accordent une autorité prépondérante»¹⁰⁹. Puisque pour Dicey la primauté du droit comportait «le sens d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays *appliqué par les tribunaux ordinaires*»¹¹⁰, le paragraphe 1*b*) devait signifier l'«égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux ordinaires du pays»¹¹¹.

Cette décision a été critiquée¹¹². D'une part, comme le soutient Tarnopolsky, il semble que «l'allusion à des définitions de 1960 ne faisait que camoufler le fait [que M. le juge Ritchie] donnait sa propre interprétation aux termes utilisés»¹¹³. La théorie de Dicey aurait donc constitué, pour la majorité des juges, une théorie constitutionnelle normative — et non pas descriptive — dont les propositions centrales correspondaient à des normes politiques qui devaient être incorporées au droit canadien. Bien entendu, rien n'interdit qu'une théorie conçue dans un contexte pour décrire un fait soit acceptée comme normative dans

¹⁰⁶*Ibid.* aux pp. 1081-82. Voir aussi au Royaume-Uni, *Mostyn c. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161 à la p. 175, 98 E.R. 1021 à la p. 1029; *Henly c. Mayor of Lyne* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Raleigh c. Goshen* (1897), [1898] 1 Ch. 73. Au Canada, voir par ex. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 à la p. 854 et s., [1956] 1 D.L.R. (2^e) 241; *Reference re Exemption of Military Forces*, *supra* note 102 à la p. 490 et s.; *Lamb c. Benoit*, [1959] R.C.S. 321 à la p. 331, 17 D.L.R. (2^e) 369; *Alberta (P.G.) c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267 à la p. 277, 123 D.L.R. (3^e) 257; *Eldorado Nucléaire Ltd.*, *supra* note 102 aux pp. 563-64; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226 aux pp. 268-69, 32 D.L.R. (4^e) 161.

¹⁰⁷[1974] R.C.S. 1349, 38 D.L.R. (3^e) 481 [ci-après *Lavell* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁰⁸*Ibid.* à la p. 1365.

¹⁰⁹*Ibid.*

¹¹⁰*Ibid.* à la p. 1366.

¹¹¹*Ibid.* Cette opinion a été confirmée dans l'affaire *Burnshine*, *supra* note 102, bien que les critères pour l'application du paragraphe 1*b*) aient été raffinés (voir *ibid.* à la p. 703 et s.).

¹¹²Voir par ex. W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975 aux pp. 148-63.

¹¹³W.S. Tarnopolsky, «Les droits à l'égalité» dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, 497 à la p. 519.

un autre contexte. Cependant, lorsqu'il en est ainsi, la théorie descriptive, notamment celle de Dicey, devrait être conçue comme constituant une source «extra-juridique» et non pas une source «juridique» de la primauté du droit.

D'autre part, si la définition proposée par M. le juge Ritchie reproduisait «réellement» l'état du droit en vigueur en 1960 relativement à l'égalité devant le droit, c'est-à-dire si les propositions formulées par Dicey constituaient «réellement» des propositions de droit, cela devrait être vérifiable empiriquement. Or la décision ne le démontre pas. Le raisonnement de M. le juge Ritchie fut le suivant : 1° l'égalité devant le droit doit s'interpréter à la lumière du *droit en vigueur* et être lue en contexte comme un aspect de la primauté du droit reconnue au préambule de la *Déclaration* ; 2° avant 1960, la primauté du droit a souvent été associée à l'égalité devant le droit telle que conçue par Dicey, et un auteur canadien a écrit en 1959 (un an avant la promulgation de la *Déclaration*) que c'est en ce sens que «nous»¹¹⁴ utilisons l'expression «égalité devant la loi» ; 3° ce sens est étayé par diverses dispositions de la *Déclaration*¹¹⁵ ; 4° par conséquent, le sens du droit à l'égalité devant le droit en droit canadien en 1960 correspondait au sens de Dicey. Malheureusement, le raisonnement était invalide : alors que la première prémisse postulait que l'égalité devant le droit au sens du paragraphe 1*b*) devait dériver d'un ensemble de propositions de *droit* vraies au moment de la promulgation de la *Déclaration*, la seconde référait à un ensemble de propositions de *fait* ou de *morale politique*, et la troisième à des normes valides édictées en 1960 lors de la promulgation de la *Déclaration*. La conclusion ne pouvait donc pas découler des prémisses¹¹⁶.

Quoi qu'il en soit, la Cour s'est subséquemment éloignée de cette définition inspirée de Dicey au profit du critère dit de «l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier»¹¹⁷, sans pour autant renier les prémisses du raisonnement de Ritchie. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Burnshine*¹¹⁸, M. le juge Martland cite, avec approbation semble-t-il, l'opinion de M. le juge Ritchie dans *Lavell*¹¹⁹. Cependant, il ajoute un passage qu'on pourrait comprendre comme signifiant que la définition de Dicey ne correspondait pas à une norme juridique en 1960 :

Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le concept de «l'égalité devant la loi» ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre

¹¹⁴Qui «nous» ? L'auteur, les constitutionnalistes ou les juges ?

¹¹⁵*Lavell*, *supra* note 107 aux pp. 1365-67.

¹¹⁶Le raisonnement correspondait à celui-ci : 1° s'il y avait en 1960 des propositions de droit vraies relatives à l'égalité devant le droit (p), alors elles définissent le droit à l'égalité édicté au paragraphe 1*b*) de la *Déclaration* (q) ; 2° il y avait des propositions de fait et de morale politique (non-p) et il y a des règles de droit édictées en 1960 dans la *Déclaration* (non-p) ; 3° alors, ces propositions et ces règles (non-p) définissent le droit à l'égalité édicté au paragraphe 1*b*) de la *Déclaration* (q) !

¹¹⁷C'est le critère en vertu duquel la Cour pourrait évaluer si le Parlement était justifié de distinguer entre les diverses catégories de personnes. Voir *Burnshine*, *supra* note 102 ; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, 52 D.L.R. (3^e) 383 ; *MacKay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3^e) 393 [ci-après *MacKay* avec renvois aux R.C.S.].

¹¹⁸*Supra* note 102.

¹¹⁹*Ibid.* à la p. 704 et s. Il est difficile de savoir le poids exact que M. le juge Martland a accordé à la définition de Dicey étant donné que la décision semble avoir plutôt été fondée sur le critère de «l'objectif fédéral régulier» (*ibid.* aux pp. 707-708).

le droit pour tout individu de faire valoir qu'aucune loi qui ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada ne pouvait être adoptée. Un droit de cette nature aurait comporté une atteinte grave à la souveraineté du Parlement dans l'exercice de sa compétence législative [...] et n'aurait pu être créé que par un amendement à la constitution, ou par une loi. À mon avis le libellé de la *Déclaration des droits* n'a pas pour effet de créer un tel droit puisque, comme déjà mentionné, elle porte déclaration et continuation de droits et libertés existants [...]. Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale¹²⁰.

Dans l'affaire *Bliss c. Canada (P.G.)*¹²¹, M. le juge Ritchie mentionne la définition de Dicey, mais ne semble pas l'appliquer. Il semble plutôt accepter la définition plus large formulée par M. le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale selon laquelle «le droit à l'égalité devant la loi pourrait être défini comme le droit de l'individu d'être traité par la loi comme d'autres que l'on jugerait être dans la même situation, si l'on ne s'en tenait qu'à des faits pertinents»¹²².

Bien que le sens du critère de l'objectif fédéral régulier ait longtemps été controversé, il y a de bonnes raisons de croire qu'il est maintenant accepté par la majorité de la Cour suprême¹²³. Ainsi, en 1986, dans l'affaire *R. c. Beauguard*¹²⁴, la Cour suprême l'a accepté à l'unanimité. Dans son opinion dissidente qui porte sur l'application du critère, M. le juge Beetz analyse les décisions de la Cour suprême relatives à l'interprétation du paragraphe 1b) de la *Déclaration* et conclut que «cette Cour n'est pas liée par le critère d'égalité de Dicey et que rien ne l'empêche d'adopter un point de vue plus égalitaire»¹²⁵. Il semble donc difficile de prouver, à partir des arrêts relatifs à la *Déclaration canadienne des droits*, que la théorie de Dicey énonçait des propositions qui correspondaient, en 1960, à des règles de droit valides et constituaient, pour la théorie constitutionnelle canadienne, des propositions de droit.

4- Je ne crois pas non plus qu'il soit possible de déduire de la jurisprudence un ensemble de règles de droit qui prouveraient que l'une ou l'autre des conceptions *modernes* de la primauté du droit constituent un ensemble cohérent de propositions de droit. La raison fondamentale, hormis celles que nous avons déjà mentionnées, consiste en ce que l'ensemble des décisions judiciaires comporte des aspects de la primauté du droit qui sont *contradictoires*. Je ne soutiens pas que les divers aspects sont tous irréconciliables en principe. Néanmoins, je crois qu'une théorie constitutionnelle empirique positiviste ne peut ni expliquer ni justifier les principes en vertu desquels une telle réconciliation pourrait s'opérer puisque la «réalité juridique empirique» ne permet pas de les déduire. Prenons deux exemples. Premièrement, il est admis que le principe de la primauté du droit exclut l'influence de l'arbitraire et l'exercice de pouvoirs discrétionnaires larges ou illimités. Pour plusieurs, cette proposition entraîne pour les autorités gouvernementales et administratives le devoir d'agir en conformité avec des normes claires, précises, accessibles, spécifiques, etc. C'est, en tout cas, l'une

¹²⁰*Ibid.* à la p. 705.

¹²¹[1979] 1 R.C.S. 183, 92 D.L.R. (3^e) 417 [avec renvois aux R.C.S.].

¹²²*Ibid.* à la p. 192.

¹²³Voir en particulier l'affaire *MacKay*, *supra* note 117.

¹²⁴*Supra* note 100.

¹²⁵*Ibid.* à la p. 107.

des conséquences possibles de la première définition de la primauté du droit formulée par Dicey et de certains passages de l'extrait cité plus haut tiré de l'opinion de M. le juge Rand dans l'affaire *Roncarelli*¹²⁶. Quoi qu'il en soit, cette conséquence pourrait constituer le fondement ou le corollaire d'une conception moderne de la primauté du droit que j'appellerai la «primauté du droit comme certitude»¹²⁷. Par exemple, dans le cadre d'une interprétation des mots «règle de droit» et «prescribed by law» énoncés à l'article premier de la *Charte*, les juges qui ont rendu l'opinion dans *Re Ontario Film and Video Appreciation Society*¹²⁸ ont écrit qu'un pouvoir discrétionnaire illimité «is not legal [...]. It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary ; it must be ascertainable and understandable»¹²⁹. Dans *Black c. Law Society (Alberta)*¹³⁰, M. le juge Kerens associe cette opinion directement à la primauté du droit :

The limitation must be reasonably clear or ascertainable and made by recognized authority. [...] The words «prescribed by law» in s. 1 affirm that aspect of the rule of law which does not permit the capricious or arbitrary exercise of power. More specifically, they indicate that a violation is not protected unless it is permitted by some authority which is recognized as having a law-making function in our society, and that all members of society could know in advance, upon reasonable inquiry, what the rule is¹³¹.

Cette conception de la primauté du droit exclut donc l'idée de décisions *ad hoc*, fondées sur l'équité ou sur une conception subjective du bien et du mal, prises en fonction de considérations particulières qui naissent dans le cadre des circonstances concrètes du cas d'espèce, etc. La primauté du droit comme certitude requiert des règles juridiques prospectives, claires et générales, c'est-à-dire des règles qui visent les catégories de personnes et des catégories d'actions en général et non pas des individus et des actes en particulier. Comme l'écrivait F.A. Hayek, l'un des apôtres de cette conception de la primauté du droit, les décisions doivent être prises en fonction de règles générales préexistantes claires : «[A]s [the rules] operate through the expectations that they create, it is essential that they be always applied, irrespective of whether or not the consequences in a particular instance seem desirable»¹³².

Cette conception moderne, l'une des plus importantes en théorie constitutionnelle, demeure pourtant difficile à justifier sur la base d'autres décisions judiciaires. Par exemple, il existe une règle en droit administratif selon laquelle

¹²⁶*Supra* note 101 et texte correspondant. C'est aussi le sens qu'en a donné le juge de première instance dans l'affaire *Vanguard Coatings*, *supra* note 39.

¹²⁷Voir L. Fuller, *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969 ; Raz, *supra* note 73. En droit canadien, voir Chevrette et Marx, *supra* note 5.

¹²⁸(1983), 147 D.L.R. (3^e) 58 (Ont. Div. Ct.), conf. par (1984), 5 D.L.R. (4^e) 766 (Ont. C.A.).

¹²⁹*Ibid.* à la p. 67. Voir aussi *Luscher c. Deputy Minister (Customs & Excise)*, [1985] 1 C.F. 85, 17 D.L.R. (4^e) 503 (C.A.) ; *Irwin Toy*, *supra* note 15.

¹³⁰(1986), 68 A.R. 259, 27 D.L.R. (4^e) 527 (Alta. C.A.) [avec renvois aux A.R.].

¹³¹*Ibid.* à la p. 285. Pour une défense de la primauté du droit comme certitude dans le cadre de l'article premier de la *Charte*, voir D. Pinard, «Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*» (1991) 1 N.J.C.L. 79 ; S. Gaudet, «La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : Commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*» [1989] 1 R.C.S. 1038» (1990) 20 R.D.U.S. 447.

¹³²*The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960 à la p. 158.

une autorité à qui le législateur a délégué un pouvoir discrétionnaire ne pourrait pas se doter d'une «politique» qui aurait pourtant pour objet d'exclure l'influence de l'arbitraire et de prévenir d'avance les citoyens de leurs droits et obligations ainsi que des conséquences de leurs actes. Ironiquement, plus l'effet de la politique est de limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire (ce serait le cas, par exemple, si elle établissait des normes générales, prospectives, accessibles, claires, précises et spécifiques), plus les décisions conformes à cette politique pourraient être jugées *ultra vires*. La décision classique au Québec demeure *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. M.A.S.*¹³³. Dans cette affaire, la décision du ministre de la Santé conforme aux prescriptions d'une politique générale, prospective, claire, spécifique et précise avait été annulée par la Cour supérieure au motif que le ministre avait refusé «carrément d'exercer la discrétion ou la juridiction qui lui est reconnue par [...] la Loi»¹³⁴.

Plus récemment, dans l'affaire *R. c. Wood*¹³⁵ rendue par la Cour des magistrats de Nouvelle-Écosse, le bureau du procureur général avait établi une politique générale, claire et prospective énonçant les critères en vertu desquels son pouvoir discrétionnaire de procéder par acte d'accusation ou par déclaration sommaire de culpabilité devait être exercé. La politique énonçait qu'une personne accusée d'une infraction pour laquelle elle avait déjà été trouvée coupable dans les deux années précédentes devait être poursuivie par acte d'accusation. Selon M. le juge Kimball, le procureur général ne pouvait pas établir une telle politique puisque «the rule of law requires that persons will be treated individually and will not be arbitrarily discriminated against because they happen to be a member of a class or group»¹³⁶.

The rule of law requires [...] that the criminal law be applied on an individual basis and not collectively. It is well known that circumstances alter facts, and in this sense, [...] the criminal law must be applied to fit the offender and to fit the crime which he has committed. In doing so, it maintains and ensures the concept of fairness, which underlies our system of justice. In my opinion, there is an inherent unfairness in dealing with individuals as a class of persons when in fact they are different, are situated differently and are motivated to their daily activities for different reasons. [...] The dragnet effect of this group or class approach seems repugnant to the rule of law, since everyone within the class is being treated alike, when they are not alike¹³⁷.

Apparemment, il est difficile de réconcilier les principes guidant ces décisions avec la primauté du droit comme certitude. Bien sûr, d'une part, on pourrait soutenir que les décisions judiciaires qui favorisent les décisions «équitables» et «discrétionnaires» plutôt que l'existence de règles de droit générales, prospectives et claires sont mal fondées en droit. Mais comment en être certain ? Non seulement la pratique du droit ne semble pas appuyer cet argument, mais elle fournit même des éléments qui constituent des raisons pour le réfuter.

¹³³[1978] C.S. 30.

¹³⁴*Ibid.* à la p. 32. D'autres motifs ont certainement eu beaucoup de poids, notamment le fait que le contenu de la politique semblait contraire à l'un des objectifs de la loi (l'existence d'établissements privés d'hébergement de personnes âgées).

¹³⁵*Supra* note 77.

¹³⁶*Ibid.* à la p. 378.

¹³⁷*Ibid.* à la p. 380.

Or, si une théorie qui s'annonce comme descriptive ne rend pas compte adéquatement de certains faits centraux ou incontournables de la pratique juridique, il y a lieu de la considérer comme fautive et de la réviser.

D'autre part, on pourrait soutenir que ces décisions judiciaires sont mal fondées en morale politique. Pourtant, plusieurs théories normatives du droit et de la morale politique justifient une conception de la primauté du droit qui exigerait le respect de la justice et de l'équité plutôt que la certitude en droit. Par exemple, la théorie du droit élaborée par Ronald Dworkin, qui constitue l'une des théories contemporaines du droit les plus influentes, pourrait impliquer exactement cela puisque pour lui,

[t]he rule of law [...] is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish [...] between the rule of law and substantive justice ; on the contrary it requires as part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights¹³⁸.

De plus, plusieurs théoriciens du droit qui sont souvent identifiés (à tort ?) à la primauté du droit comme certitude ont aussi été obligés d'admettre que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des concepts aussi vagues que «l'équité» ou le «raisonnable» pouvait être justifié dans certaines circonstances. Par exemple, Lon Fuller a critiqué Hayek pour sa condamnation de toutes dispositions législatives déléguant un pouvoir discrétionnaire large¹³⁹. Pour lui, «[a] specious clarity can be more damaging than an honest open-ended vagueness»¹⁴⁰. Il est donc nécessaire de préciser si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, la notion de primauté du droit signifie la *certitude* en droit. Le même jugement vaut pour toutes les conceptions normatives modernes de la primauté du droit.

Deuxièmement, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁴¹, la Cour suprême du Canada a énoncé un ensemble de propositions qui constitue certainement l'exposé judiciaire le plus articulé sur la primauté du droit en droit canadien. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les lois et les règlements unilingues du Manitoba édictés depuis 1890 étaient incompatibles avec l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹⁴² et, de ce fait, invalides et, le cas échéant, s'ils pouvaient demeurer opérants. La Cour suprême a conclu que tous les textes législatifs du Manitoba édictés depuis 1870 en anglais seulement étaient invalides et inopérants. Cependant, pour éviter le vide et le chaos juridiques dans la province, elle a décidé de prendre des mesures exceptionnelles : elle a déclaré les textes législatifs unilingues temporairement valides et opérants, le temps, pour la législature du Manitoba, de les traduire et de les réadopter. Le fondement de cette décision était la primauté du droit. La Cour a défini le principe en ces termes :

La primauté du droit, qui constitue un principe fondamental de notre Constitution, doit signifier au moins deux choses. En premier lieu, que le droit est au-dessus des

¹³⁸ *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985 aux pp. 11-12.

¹³⁹ *Supra* note 127 aux pp. 64-65.

¹⁴⁰ *Ibid.* à la p. 64.

¹⁴¹ *Supra* note 3.

¹⁴² (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28.

autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire. [...] En second lieu, la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif¹⁴³.

Pour la Cour, le vide et le chaos juridiques qui résulteraient du caractère inopérant des lois du Manitoba étaient contraires au second aspect de la primauté du droit. Citant quelques autorités, elle a rattaché cet aspect à la notion d'ordre public et de paix sociale et l'a opposé à l'anarchie, la guerre, les luttes sans fin, l'incertitude, la confusion, etc. Pour qu'il y ait primauté du droit, il faut du droit, c'est-à-dire le maintien d'un système efficace de lois positives. Il s'ensuit qu'une décision judiciaire qui aurait pour effet d'anéantir le système juridique positif contreviendrait à la primauté du droit.

Cet aspect de la décision pourrait, à la rigueur, constituer l'expression d'une conception moderne cohérente de la primauté du droit dont la signification exacte resterait toutefois à préciser. Néanmoins, elle pose quatre difficultés. La première est que le second aspect heurte le premier aspect. Selon le premier aspect, le droit est au-dessus des autorités gouvernementales et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire. Il s'ensuit que les tribunaux, comme l'exécutif et le législatif, ont le devoir d'agir en conformité avec ce que les règles de droit prescrivent, notamment, les règles de droit constitutionnel. Or l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴⁴ énonce *expressément*, et on ne peut plus *clairement*, que la Constitution du Canada, dont l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹⁴⁵, «est la loi suprême du Canada» et qu'elle «rend *inopérantes* les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit» [nos italiques]. Par conséquent, ayant constaté une incompatibilité entre des règles de droit (en l'occurrence les lois unilingues du Manitoba) et la Constitution, les tribunaux avaient l'obligation d'appliquer les conséquences prescrites à l'article 52 et de déclarer ces règles de droit (les lois unilingues du Manitoba) invalides et inopérantes. Ce devoir juridique était une conséquence directe du premier aspect de la primauté du droit et la Cour suprême elle-même n'a pas hésité à le reconnaître¹⁴⁶.

Il s'ensuit que la décision de ne pas appliquer l'article 52 alors que ses conditions d'application étaient remplies ne pouvait être conforme au droit (et, par le fait même, conforme à la primauté du droit) que s'il existait, dans le droit constitutionnel, une *exception* à l'article 52. Une telle exception existait-elle ? La Cour a répondu affirmativement en soutenant que la décision d'écarter temporairement l'application de l'article 52 était *juridiquement* fondée sur le second aspect de la primauté du droit. Cet argument montre bien que les deux aspects de la primauté du droit se heurtent et constituent, formellement, une contradiction¹⁴⁷. Il est vrai que la Cour a formulé une proposition dont l'objet était de les réconcilier : «La Cour est appelée à reconnaître l'inconstitutionnalité

¹⁴³*Supra* note 3 aux pp. 748-49.

¹⁴⁴Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹⁴⁵*Supra* note 142.

¹⁴⁶*Supra* note 3 aux pp. 752-53.

¹⁴⁷Voir Hogg, 3^e éd., *supra* note 3 à la p. 1257.

des lois unilingues du Manitoba [...] tout en évitant de créer un vide juridique au Manitoba et tout en assurant le maintien de la primauté du droit»¹⁴⁸. Cependant, les principes substantifs en vertu desquels les deux aspects de la primauté du droit pouvaient être réconciliés ne sont pas clairement établis dans la décision de la Cour. De plus, c'est en vain que l'on chercherait l'existence de tels principes dans les autres sources formelles du droit reconnues. Par conséquent, si les deux aspects peuvent être rationnellement réconciliés et constituer, logiquement et matériellement, deux corollaires distincts d'une conception cohérente de la primauté du droit, le caractère «juridique» des principes en vertu desquels une telle réconciliation peut s'opérer n'a pas été démontré.

La seconde difficulté consiste à identifier la source *juridique* de la prescription selon laquelle les tribunaux peuvent et doivent, dans certaines circonstances, écarter l'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, la décision judiciaire selon laquelle l'article 52 est inopérant ne peut être fondée *en droit* que s'il existe, *dans le droit*, une règle valide qui l'autorise et qui, par rapport à cet article, a prépondérance (par exemple, une règle située à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes). Autrement, une telle décision judiciaire serait soit arbitraire, soit fondée sur une norme *extra-juridique* prépondérante dont l'objet et l'effet seraient d'autoriser ou de prescrire aux tribunaux le devoir de carrément écarter, temporairement, l'application d'une règle de droit constitutionnelle *claire* et *valide*. Or ces conséquences seraient directement incompatibles avec les convictions les plus profondes des théoriciens positivistes. En particulier, la seconde conséquence se heurterait directement aux convictions positivistes à l'égard du «droit derrière le droit», ce fameux droit «naturel» qui énoncerait les conditions de validité et d'application du droit positif, dont ils contestent fortement la légitimité dans le cadre du processus de décision judiciaire.

Pour cette raison, sans doute, la Cour suprême a justifié sa décision sur la base d'une règle qui avait une *source juridique*, le préambule de la Constitution. La Cour rappelle que la primauté du droit était «explicitement» reconnue au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*, «implicitement» reconnue dans celui de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dérivait de la «nature même d'une constitution»¹⁴⁹. De plus, la Cour affirme que la primauté du droit constitue un «principe de notre Constitution»¹⁵⁰, qu'elle a un «statut constitutionnel»¹⁵¹, et qu'on peut lui accorder «un plein effet juridique»¹⁵².

Mais d'où la Cour a-t-elle tiré la règle selon laquelle un *préambule*, même celui d'une constitution, pouvait justifier une dérogation à des dispositions *valides* et *claires* enchâssées dans le texte même qu'il introduit ? Non seulement la règle juridique qui justifierait cette proposition n'est pas clairement établie dans la décision de la Cour, mais celle-là semble contredire une autre proposition énoncée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la réso-*

¹⁴⁸*Supra* note 3 à la p. 753.

¹⁴⁹*Ibid.* à la p. 750.

¹⁵⁰*Ibid.* à la p. 751.

¹⁵¹*Ibid.* à la p. 750.

¹⁵²*Ibid.* à la p. 752.

lution pour modifier la Constitution¹⁵³. Sur la question de savoir si la décision des chambres fédérales de demander, par résolution, au Parlement du Royaume-Uni de modifier la Constitution canadienne devait recevoir le consentement des provinces, la majorité des juges a discuté de l'argument selon lequel les chambres fédérales devaient tenir compte de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien tel qu'il ressortait du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils écrivent ceci : «Que peut-on donc déduire du préambule du point de vue juridique ? Il va sans dire qu'un préambule n'a aucune force exécutoire mais qu'on peut certainement y recourir pour éclaircir les dispositions de la loi qu'il introduit»¹⁵⁴.

Mais si les dispositions qu'il introduit n'ont pas besoin d'être éclaircies, peut-on avoir recours au préambule ? Encore une fois, je n'entends pas soutenir qu'un préambule ne peut jamais avoir une force exécutoire. Le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba* montre bien le contraire. Cependant, l'existence d'une règle à cet effet n'était pas clairement établie en 1985 au moment de rendre cette décision.

Troisièmement, même en supposant que le préambule de la Constitution lui-même constitue le fondement *juridique* de la décision d'écarter temporairement l'article 52, il reste à démontrer que le second sens de la primauté du droit (le maintien d'un ordre juridique positif) constituait, en 1985, une proposition de droit *vraie*. Or, tout comme les sources de droit n'ont pas prouvé l'existence d'une ou plusieurs conceptions cohérentes de la primauté du droit en droit canadien, elles ne prouvaient pas que le second sens fasse partie du droit canadien. En 1985, l'assertion selon laquelle le second aspect de la primauté du droit constituait des *propositions de droit* était empiriquement indémontrable. Le second aspect ne pouvait constituer que des propositions de morale politique ou des propositions de fait reconnues par les juges comme des propositions de morale politique.

Une quatrième difficulté que pose la décision est que même si nous acceptons que le second aspect de la primauté du droit fasse partie du droit canadien depuis 1985, il n'explique pas toutes les décisions judiciaires relatives à la primauté du droit. Ces dernières révèlent plutôt une multitude d'aspects qui ne semblent réconciliables qu'au prix d'une gymnastique intellectuelle qui, ultimement, contreviendrait aux critères fondamentaux d'une théorie empirique positiviste. En particulier, on doit rappeler la tension qui existe entre l'assertion selon laquelle la primauté du droit est un principe dont le statut constitutionnel est reconnu et dont la nature est celle des principes non écrits auxquels, selon la Cour suprême, «on [...] a accordé [...] un plein effet juridique, c'est-à-dire qu'on les a utilisés pour faire annuler des textes de loi»¹⁵⁵ et la proposition énoncée par M. le juge MacGuigan dans l'affaire *Vanguard Coatings* rendue en 1988 selon laquelle,

le concept de principe constitutionnel est une figure de rhétorique qui peut être persuasive quant à l'interprétation mais qui ne peut jamais avoir pour conséquence

¹⁵³*Supra* note 89.

¹⁵⁴*Ibid.* à la p. 805.

¹⁵⁵La Cour cite un extrait de l'opinion dissidente rendue dans le *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, *ibid.* à la p. 845.

de rendre la loi inopérante. [...] [L]'«inconstitutionnalité», s'il en est, n'entraîne aucune conséquence juridique¹⁵⁶.

Il est inutile d'insister. Si tous les aspects de la primauté du droit qui apparaissent contradictoires sont réconciliables, la réconciliation ne peut s'opérer qu'en vertu de *principes* que la «réalité juridique» ne révèle pas. Par conséquent, je crois qu'une théorie constitutionnelle empirique qui s'inscrit dans le cadre du positivisme ne peut ni les expliquer ni les justifier ni les représenter à partir d'une observation neutre et objective. Ainsi, les élaborations des conceptions de la primauté du droit en droit canadien ne correspondent pas à la «réalité juridique empirique». Elles constituent des *constructions théoriques* qui, selon leurs propres postulats méthodologiques, ne reposent pas sur des faits solidement établis.

Conclusion

L'analyse qui précède semble justifier le jugement de Peter Hogg : la notion de primauté du droit en droit canadien est vague. Dans ces circonstances, il vaudrait peut-être mieux abandonner l'ambitieux projet de la décrire d'une façon cohérente et intelligible. Pourtant, cette conclusion se heurte à l'intuition fondamentale des juristes canadiens : si la primauté du droit est un concept juridique qui a une signification particulière en droit et qui produit certains effets juridiques, il doit bien exister un moyen d'en saisir le contenu. En effet, il doit bien y avoir une méthode adéquate par laquelle les constitutionnalistes peuvent rendre compte de la primauté du droit en droit canadien à l'aide de propositions de droit vraies, cohérentes, intelligibles et vérifiables.

Cette hypothèse nous invite à abandonner non pas le projet descriptif de la primauté du droit, mais le postulat selon lequel la théorie constitutionnelle doit se fonder sur le modèle positiviste des sciences empiriques et avoir pour objet uniquement les règles de droit constitutionnelles valides et observables empiriquement. Une telle remise en question, j'en conviens, ne manquera pas de se heurter aux convictions méthodologiques fondamentales des théoriciens qui s'inscrivent dans le courant de la théorie constitutionnelle dominante. Mais, à lui seul, ce fait ne peut suffire à rendre mon hypothèse illégitime puisque ces convictions ne parviennent pas à rendre compte d'une façon cohérente et intelligible d'une autre conviction, tout aussi fondamentale (plus encore peut-être), à savoir que la proposition selon laquelle la primauté du droit constitue un postulat fondamental du droit constitutionnel canadien et possède une signification cohérente est vraie.

Cette remise en question peut avoir des effets considérables sur la conception que l'on se fait de la théorie constitutionnelle. Cependant, il n'est pas nécessaire, pour atteindre mon objectif, de rejeter complètement la méthode empirique positiviste. Il se peut, je n'entends pas le démontrer, que les règles méthodologiques qui guident les constitutionnalistes dans leur activité de recherche produisent effectivement des résultats satisfaisants dans plusieurs cas. Peter Hogg, pour un, semble le croire puisqu'il affirme que les propositions de

¹⁵⁶*Supra* note 44 à la p. 573.

droit sont «souvent» facilement vérifiables : il ne suffit que de lire le texte de la constitution¹⁵⁷ ! Par contre, je crois qu'il est nécessaire de la remettre en question lorsque l'objet de la recherche est la primauté du droit en droit canadien.

Ce n'est évidemment pas la place pour substituer à la méthode empirique de la première catégorie une méthode plus adéquate. Néanmoins, il me semble que cette méthode devrait s'inspirer de cette démarche qui, tant en sciences humaines qu'en théorie générale du droit, consiste moins à observer empiriquement les faits qu'à comprendre les pratiques et les actions humaines. Cette approche, qualifiée d'*herméneutique*, repose sur le postulat que les pratiques sociales, les actions, les comportements, les discours ou autres phénomènes sociaux, possèdent une dimension que ne possèdent pas les faits bruts de la nature. Cette dimension correspond à ce qu'on peut appeler leur «signification interne». Contrairement aux faits bruts de la nature qui n'ont pas conscience de ce qu'ils sont ni de ce qu'ils font, les actions humaines et les pratiques sociales ont un sens (une raison d'être, un but) pour ceux qui les produisent. Bien sûr, ce *sens interne* est généralement caché : il ne se manifeste pas à la manière d'un fait brut observable empiriquement. Néanmoins, il fait partie de la pratique et contribue directement à sa signification, pour ne pas dire qu'il lui donne tout son sens. Par conséquent, la compréhension de la signification d'une pratique sociale passe nécessairement par la clarification de son *sens interne*, c'est-à-dire le sens que cette pratique a pour les participants¹⁵⁸.

¹⁵⁷Hogg, 3^e éd., *supra* note 3 à la p. 120 :

Indeed, the Constitution, like a statute, a will or a contract, often provides a clear answer to the questions it addresses, which in the case of the Constitution are questions about the extent of governmental power. It is perfectly clear, for example, that the provincial Legislatures possess the power to regulate the disposition of property on death, and that the federal Parliament lacks this power. It is equally clear that both the federal Parliament and the provincial Legislatures lack the power to prohibit criticism of the government. No court has ever decided either of these points, and no court is likely to be called upon to do so: *they are clear from the text of the Constitution*. To these and many other constitutional questions, lawyers can and do give confident answers without recourse to the courts [nos italiques].

¹⁵⁸Sur l'approche herméneutique en sciences sociales, voir P. Winch, *The Idea of a Social Science*, Londres, Routledge, 1958 ; C. Taylor, «Interpretation and the Sciences of Man» dans C. Taylor, dir., *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 1985 ; M.T. Gibbons, dir., *Interpreting Politics*, New York, New York University Press, 1987 ; P. Rabinow et W. Sullivan, dir., *Interpretive Social Science*, Berkeley, University of California Press, 1979. En général, le concept d'herméneutique réfère à celui d'interprétation. Il recouvre au moins deux problématiques. La première est relative à la méthode, à la validité et aux fondements de l'interprétation conçue comme le mode de connaissance des textes (le concept de texte incluant autant les textes canoniques que les textes par analogie comme les pratiques sociales). L'herméneutique, en ce sens, peut être conçue comme un aspect de l'épistémologie. Elle s'inscrit dans la tradition qui remonte aux travaux de Friedrich Schleiermacher (1768-1834) et Wilhelm Dilthey (1833-1911). La seconde est relative aux conditions de la compréhension humaine conçues comme un aspect des différentes modalités de notre présence au monde (ce que Heidegger appelait le *Dasein* — «l'être-là»). En ce sens, l'herméneutique n'est pas une question de méthodologie dans les sciences humaines, mais une question ontologique, c'est-à-dire une question relative au sens de l'être. Cette question, plus fondamentale que l'autre, est néanmoins distincte. En ce second sens, l'herméneutique peut-être associée à l'herméneutique philosophique de Martin Heidegger (1889-1976) et de Hans-Georg Gadamer. Voir généralement, R. Palmer, *Hermeneutics*, Evanston (Ill.), Northwestern University Press, 1969 ; G. Warnke, *Gadamer, herméneutique, tradition et raison*, Bruxelles, Éditions Universitaires, 1991.

Le chercheur doit donc tenir compte d'éléments qui se situent au-delà des faits observables empiriquement : il doit chercher à comprendre le système de raisons pratiques qui guide les acteurs, tels les concepts fondamentaux, les valeurs, les croyances, les intentions, les buts, les attentes, les normes, les motivations, etc., et qui donnent un sens à ce qu'ils font. Cette recherche doit être *herméneutique* : elle requiert une *interprétation* de la pratique par un observateur qui, loin de devoir s'abstraire de l'objet étudié, doit, autant que possible, se placer dans la peau des participants. Il doit tenter de comprendre les liens entre les comportements et le système de raisons pratiques subjectives et intersubjectives qui guident les acteurs. Méthodologiquement, le chercheur doit s'engager dans une version du «cercle herméneutique» qui consiste à comprendre le tout (le sens de la pratique) à la lumière des parties (les comportements, d'une part, et les raisons pratiques, d'autre part) et vice-versa.

Ce n'est pas un objectif de ce texte que de démontrer qu'une approche *herméneutique* de la pratique juridique au Canada produirait des résultats beaucoup plus satisfaisants qu'une approche empirique positiviste. Néanmoins, dans la mesure où le discours et la pratique juridiques, notamment le processus de décision constitutionnelle, se caractérisent par le devoir de promouvoir la primauté du droit, on peut postuler, au moins comme hypothèse de travail, que cette notion possède, pour les juges, un sens que ne laissent pas nécessairement transmettre les faits empiriques qui constituent, selon l'approche positiviste, les sources de droit. En effet, même lorsque les mots «primauté du droit» ne sont pas formellement employés, le concept de la primauté du droit demeure présent dans toutes les décisions judiciaires, tous les raisonnements et tous les arguments juridiques. C'est un concept dont la signification, non seulement guide et structure la pratique et le discours juridiques, mais les constitue. La compréhension du sens de la primauté du droit en droit canadien doit donc passer par la compréhension de la *signification interne* du concept à la lumière de la pratique et du discours juridiques. À cette fin, le chercheur doit nécessairement tenir compte du «point de vue interne», c'est-à-dire du point de vue de ceux qui sont engagés dans la pratique juridique au Canada, notamment de ceux dont les actions consistent à promouvoir la primauté du droit en droit canadien.

Certains seront tentés de qualifier cette suggestion d'iconoclaste ou même d'hérétique. Cependant, elle s'inscrit directement dans le cadre des postulats méthodologiques qui caractérisent la théorie générale du droit contemporaine. Selon ces postulats, la théorie du droit doit avoir pour objet moins les règles de droit valides identifiables empiriquement, que le discours, le raisonnement et l'argumentation juridiques qui constituent la pratique juridique dans son ensemble¹⁵⁹. Il est vrai que l'objectif primordial de la théorie générale du droit est de répondre à la question : «Qu'est-ce que le droit ?» et non à la question : «Qu'est-ce que la primauté du droit ?» dans un système juridique particulier.

¹⁵⁹L'introduction de l'approche herméneutique en théorie générale du droit est souvent attribuée à H.L.A. Hart (*supra* note 14). Cependant, plusieurs théoriciens contemporains du droit peuvent être associés directement à l'herméneutique : R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986 ; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 ; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

Cependant, il est prématuré de présupposer que ce sont là deux questions totalement distinctes. Une approche herméneutique de la primauté du droit pourrait bien révéler, au contraire, l'existence d'une relation ou d'une connexion profonde entre le concept de *droit* et la conception du *droit* qui, pour les acteurs juridiques, doit avoir la primauté dans une juridiction donnée.

Cette évolution contemporaine en théorie générale du droit s'inscrit dans un débat épistémologique beaucoup plus large. Tant en sciences humaines que dans les sciences de la nature, les fondements des critères de vérités et des justifications des propositions scientifiques sont remis en question¹⁶⁰. Il importe donc de se demander dans quelle mesure la théorie constitutionnelle canadienne peut ou devrait résister au courant. En fait, si jamais elle devait se laisser emporter, peut-être que les constitutionnalistes pourraient enfin aborder un ensemble de questions importantes à la lumière de considérations qui, selon la théorie dominante, sont conçues comme non pertinentes et illégitimes. De plus, peut-être parviendraient-ils à résoudre un ensemble de questions difficiles à propos du droit constitutionnel canadien que la théorie constitutionnelle dominante ne parvient pas à résoudre. Mais quels que soient le nombre et l'intérêt de ces questions importantes et difficiles, elles incluent certainement la suivante : «Qu'est-ce que la primauté du droit en droit canadien ?».

¹⁶⁰Voir V. Villa, «Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification» dans P. Nerhot, dir., *Law, Interpretation and Reality*, Boston, Kluwer Academic, 1990.