

Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien

Jean LECLAIR

Résumé

La métaphore du dialogue est utilisée pour décrire la capacité des assemblées législatives de réagir aux décisions rendues par les tribunaux en matière constitutionnelle, plus spécialement, aux décisions portant sur l'interprétation à donner aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le recours à cette métaphore s'inscrit dans le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire. Le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême soulève plusieurs problèmes. Premièrement, il est difficilement conciliable avec la nécessaire séparation qui doit exister entre les pouvoirs judiciaire et législatif. Deuxièmement, un examen de la jurisprudence montre que cette métaphore sert à justifier tout autant l'activisme judiciaire que son contraire. Son intérêt est plus rhétorique que substantiel. Troisièmement, le dialogisme institutionnel proposé par la Cour, en légitimant le recours à l'interprétation élargie («reading in»), a pour conséquence de décourager la participation des citoyens aux débats fondamentaux qui traversent notre société. Enfin, l'auteur insiste sur le fait que les tribunaux font parfois référence à un autre type d'approche dialogique, une approche nettement plus fidèle au principe de la séparation des pouvoirs, car elle a pour objet d'obliger le législateur à dialoguer, non pas avec les tribunaux, mais bien avec les justiciables.

Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien

Jean LECLAIR¹

Introduction	381
I- La métaphore du dialogue et son impact sur les institutions judiciaire et législative.	382
A- Le dialogue institutionnel entre les tribunaux et les assemblées législatives: problème de définition(s).	382
1. Définition donnée par Peter Hogg et Allison Bushell.	383
2. Analyse critique de l'approche de Peter Hogg et Allison Bushell	388
3. Définition donnée par la Cour suprême	393
B- La difficile réconciliation de l'approche dialogique avec la théorie de la séparation des pouvoirs.	395
1. La séparation des pouvoirs: une théorie fondée sur l'opposition et non la coopération des pouvoirs.	396
2. Le rôle spécifique des institutions judiciaire et législative	399
C- La dissonance entre la théorie et la pratique	402
1. L'arrêt Vriend: le dialogue au service de l'activisme judiciaire	402

1. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre du Barreau du Québec. Je tiens à remercier Stéphane Bernatchez, André Morel, Yves-Marie Morissette, Kent Roach et Luc Tremblay qui ont bien voulu commenter une version préliminaire de ce texte.

2. L'arrêt Mills: le dialogue au service d'une déférence judiciaire inappropriée	410
II- Pour une approche dialogique véritablement démocratique: quelques pistes à explorer	412
A- L'adoption d'une disposition de dérogation à majorité renforcée	412
B- La reconnaissance, par les tribunaux, d'une obligation pour le législateur de dialoguer avec les justiciables	417
Conclusion	420

[T]he goodness of the administration of justice is in the compound ratio of the worth of the men composing the tribunals, and the worth of the public opinion which influences or controls them. But all the difference between a good and a bad system of judicature lies in the contrivances adopted for bringing whatever moral and intellectual worth exists in the community to bear upon the administration of justice, and making it duly operative on the result.

John Stuart Mill²

INTRODUCTION

La métaphore du dialogue est utilisée pour décrire la capacité des assemblées législatives de réagir aux décisions rendues par les tribunaux en matière constitutionnelle, plus spécialement, aux décisions portant sur l'interprétation à donner aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*³. Le recours à cette métaphore s'inscrit dans le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire. Un contrôle judiciaire que les tribunaux n'ont pas réclamé, il importe de le souligner⁴. L'approche dialogique se fonde sur l'idée que les assemblées législatives, autant que les tribunaux, ont un rôle à jouer dans l'interprétation de la Constitution. Cette approche, à la différence de la théorie constitutionnelle classique, ne tente pas de résoudre la question de la légitimité du contrôle judiciaire en présupposant d'un monopole judiciaire d'interprétation de la Constitution ou de l'existence d'une seule «bonne» interprétation.

La métaphore du dialogue soulève plusieurs questions. Premièrement, comment peut-elle être conciliée avec la théorie de la séparation des pouvoirs (I)? Pour répondre à cette question, il faut

2. *Considerations on Representative Government* (Prometheus Books: New York) 1991, p. 40.

3. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11), ci-après appelée la «*Charte*».

4. B. WILSON, «We Didn't Volunteer», (1999) *Options politiques* (avril) 8.

examiner, dans un premier temps, de quelle façon les auteurs de doctrine et la Cour suprême elle-même ont défini le sens du mot «dialogue» (I;A). Par la suite, il sera possible de déterminer si ces conceptions du dialogue peuvent s'articuler sur la théorie de la séparation des pouvoirs (I;B). Nous verrons que le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême est difficilement conciliable avec la nécessaire séparation qui doit exister entre les pouvoirs judiciaire et législatif. De plus, pour mesurer la pertinence de la métaphore du dialogue, il faut également déterminer, dans la réalité des affaires entendues par les tribunaux, à quelles fins elle est employée (I;C). On constatera que cette métaphore sert à justifier tout autant l'activisme judiciaire que son contraire. Son intérêt est plus rhétorique que substantiel. Nous verrons également que le dialogisme institutionnel proposé par la Cour, en légitimant le recours à l'interprétation élargie («reading in»), a pour conséquence de décourager la participation des citoyens aux débats fondamentaux qui traversent notre société. Enfin, nous constaterons que les tribunaux font parfois référence à un autre type d'approche dialogique, une approche nettement plus fidèle au principe de la séparation des pouvoirs, car elle a pour objet d'obliger le législateur à dialoguer, non pas avec les tribunaux, mais bien avec les justiciables (II).

I- La métaphore du dialogue et son impact sur les institutions judiciaire et législative

A Le dialogue institutionnel entre les tribunaux et les assemblées législatives: problème de définition(s)

La métaphore du dialogue pourrait servir à évoquer plusieurs réalités du droit canadien. Le contentieux du partage des compétences pourrait faire figure de dialogue entre les ordres de gouvernement fédéral et provinciaux⁵. La doctrine des droits ancestraux, quant à elle, est issue d'une forme complexe de dialogue entre la Couronne et les peuples autochtones⁶. Enfin, le dialogue entretenu par les traditions romano-germanique et de common law en droit fédéral canadien a été formellement reconnu par Ottawa dans la *Politique fédérale sur le bijuridisme*⁷. Mon

5. Pensons, par exemple, à la théorie du double aspect, ou encore au test de l'incompatibilité opérationnelle en matière de conflit de lois.

6. B. SLATTERY, «Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights», (2000) 79 *Can. B. Rev.* 196, 200.

7. Reproduite en annexe du texte de L.M. WELLINGTON, «Bijuridisme canadien: méthodologie et terminologie de l'harmonisation» dans *Ministre de la Jus-*

attention ne se portera pas sur ces acceptions particulières du dialogue. L'accent sera plutôt mis sur la dimension *institutionnelle* de cette métaphore, c'est-à-dire sur son aptitude à décrire de manière idoine le type de rapports entretenus – ou qui devraient l'être, compte tenu de leurs rôles respectifs – par les pouvoirs judiciaire et législatif dans l'interprétation de la *Charte*.

Comme nous le verrons maintenant, tous les auteurs qui l'invoquent ne définissent pas de la même façon la notion de dialogue. Sa portée – descriptive ou normative? – ne fait pas non plus l'unanimité. Malgré ces divergences sur le sens du mot, les tenants de la métaphore s'entendent tous pour faire de l'approche dialogique une des pierres angulaires de la légitimité du contrôle judiciaire⁸.

1. Définition donnée par Peter Hogg et Allison Bushell

Un texte publié en 1997 par Peter Hogg et Allison Bushell [Thornton] est en grande partie à l'origine du débat qui sévit présentement au sujet de l'approche dialogique⁹. Les auteurs tentent d'y démontrer que le contrôle judiciaire, aux termes de la *Charte*, n'est pas illégitime. Dans la plupart des cas, disent-ils, les assemblées législatives possèdent la latitude nécessaire pour adopter de nouvelles lois poursuivant des objectifs analogues à ceux que visaient les lois invalidées. En effet, la majorité des mesures législatives invalidées le sont au motif qu'elles ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale développé dans *R. c. Oakes*¹⁰. Les

tice et procureure générale du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, 2001, p. 23-24.

8. La capacité des deux ordres de gouvernement de recourir aux avis consultatifs constitue l'exemple paradigmatique d'une forme de dialogue institutionnel. Toutefois, je n'examinerai pas non plus cette forme de dialogue qui a pour caractéristique principale d'être explicitement autorisée par la loi. L'approche dialogique étudiée ici est une construction essentiellement doctrinale et judiciaire dont l'objet est de justifier la légitimité du pouvoir des tribunaux, sous l'empire de la *Charte*, de prononcer l'inconstitutionnalité des mesures adoptées par le pouvoir législatif.
9. P.W. HOGG et A.A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Leur point de vue est développé dans P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529.
10. [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139. Le test peut être résumé de la façon suivante. Dans un premier temps, la partie qui défend la mesure attentatoire doit démontrer qu'il s'agit d'une règle de droit qui poursuit un objectif suffisamment important pour justifier une violation du droit en litige. Dans un deuxième temps, elle

tribunaux ne dictent donc pas les solutions. Ils dialoguent plutôt avec les assemblées législatives, ce qui tend à promouvoir un débat public sur les valeurs fondamentales garanties par la *Charte*.

Pour Hogg et Bushell, «[w]here a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent body as a dialogue»¹¹. Ce dialogue est rendu possible au motif que les articles 1 et 33 de la *Charte*¹², ainsi que les limites propres à certains des droits qu'elle garantit (art. 7, 8, 9, 12 et 15), confèrent aux assemblées législatives une latitude certaine dans l'élaboration de mesures adoptées en réponse aux déclarations d'invalidité prononcées par les tribunaux¹³.

Leur définition du concept de dialogue est très limitée. Premièrement, seules sont pertinentes les réponses législatives à une déclaration d'inconstitutionnalité¹⁴. Toutes les instances d'interprétation élargie («reading in»), c'est-à-dire d'«ajout judiciaire à la

doit établir que le moyen employé par le législateur est proportionnel à l'objectif visé. Trois conditions doivent être satisfaites pour que soit établi ce lien de proportionnalité. Il doit exister un lien rationnel entre le moyen employé et l'objectif visé, l'atteinte au droit touché doit être minimale et enfin il doit exister un équilibre entre les effets de la mesure contestée et l'objectif visé.

11. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 79.
12. L'article 1 de la *Charte* édicte: «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.» Quant au paragraphe 33(1), il énonce que «[l]e parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une des ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.»
13. Ils reconnaissent toutefois que le dialogue est parfois impossible, par exemple, lorsque les articles 1 ou 33 ne trouvent pas à s'appliquer (ex: *Québec (P.G.) c. Québec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66), lorsque l'objectif de la loi (par opposition au moyen employé) n'est pas considéré comme «suffisamment important» pour justifier une atteinte (ex: *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295), ou encore, lorsque le contexte politique paralyse l'institution législative (ex: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30).
14. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 82: «[T]he “dialogue” to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body»; voir aussi 80-81. Voir aussi P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to “Six Degrees of Dialogue”», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 532.

loi»¹⁵, sont exclues. Deuxièmement, pour Hogg et Bushell, toute réponse législative équivaut à un dialogue et ce, même si l'intervention se limite à une simple abrogation de la disposition invalide ou à son remplacement par la mesure proposée par la cour: «any legislation is dialogue, because legislative action is a conscious response from the competent legislative body to the words spoken by the courts»¹⁶.

D'après les auteurs, quatre-vingt pour cent (80 %) des décisions comportant une déclaration d'invalidité ont fait l'objet d'une réponse législative ce qui confirme, à leurs yeux, que le contrôle judiciaire «[...] is not “a veto over the politics of the nation”, but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole»¹⁷.

Plutôt que de multiplier les exemples¹⁸, je me contenterai d'exposer trois des affaires invoquées par Hogg et Bushell pour illustrer leurs propos.

Dans *Ford c. Québec*¹⁹, la Cour suprême a conclu que l'affichage commercial unilingue français prescrit par les dispositions de la *Charte de la langue française*²⁰ contrevenait à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2(b) de la *Charte*. Un dialogue, selon les auteurs, s'en est ensuivi car l'assemblée législative du Québec a été en mesure de répondre à l'invalidation de la loi. Dans un premier temps, s'autorisant de l'article 33 de la *Charte*, l'Assemblée nationale du Québec a reconduit, en quelque sorte,

15. Expression empruntée à Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs* (PUF: Paris) 1997, p. 88.

16. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 98.

17. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 105.

18. En annexe de leur article intitulé «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 107-124, P.W. HOGG et A.A. BUSHELL donnent une liste de toutes les décisions qui, en date de la parution de leur article, comportaient une déclaration d'inconstitutionnalité. Ils exposent, pour chacune d'entre elles, le type de réponse (ou d'absence de réponse) législative qu'elle a suscitée.

19. [1988] 2 R.C.S. 712.

20. L.R.Q. 1977, c. C-11, art. 58, 69, 214.

l'interdiction d'afficher en anglais²¹. Toutefois, à l'échéance du délai de 5 ans prescrit par le paragraphe 33(3)²², le recours à la disposition de dérogation n'a pas été renouvelé. Le législateur québécois a privilégié cette fois une approche plus modérée. Il a modifié la loi de manière à autoriser le recours à une langue autre que le français dans l'affichage public, dans la mesure cependant où le français était présent et prépondérant²³. La constitutionnalité de cette nouvelle mesure faisait peu de doute, puisque la solution adoptée par le législateur tirait sa source d'une proposition faite par la Cour suprême elle-même dans *Ford*. À l'occasion de son examen de l'article premier de la *Charte*, la Cour suprême avait affirmé que la protection du fait français au Québec était un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression, mais que l'interdiction totale de l'affichage commercial anglais était un moyen trop draconien d'y parvenir. Une prépondérance accordée au français aurait pu, de dire la Cour, satisfaire aux exigences du test de *Oakes*²⁴.

Dans *RJR-MacDonald c. Canada (P.G.)*²⁵, la Cour suprême a jugé, à l'unanimité, que la *Loi réglementant les produits du tabac*²⁶ portait atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Une majorité des juges a également conclu que l'atteinte n'était pas raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*²⁷. Dans leur discussion du critère de l'atteinte minimale, les juges majoritaires ont clairement laissé entendre que serait valide une réglementation fédérale limitée à la publicité dite «de style de vie» ou à celle qu'on destinait aux enfants²⁸. Le Parlement allait, deux ans plus tard²⁹, introduire des modifications allant précisément dans ce sens.

21. *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54, art. 10.

22. «La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.» Les auteurs laissent entendre que l'obligation de renouveler la déclaration contribue à générer un débat public: P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 84.

23. *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40, art. 18.

24. *Ford*, p. 780.

25. [1995] 3 R.C.S. 199.

26. L.C. 1988, c. 20.

27. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory en ont décidé autrement.

28. *RJR-MacDonald*, par. 158 et 164 (la juge McLachlin), 191 (le juge Iacobucci).

29. *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, c. 13, Partie IV. Le paragraphe 22(4) de la loi définit l'expression «publicité de style de vie» de la façon suivante: «Publicité qui associe un produit avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme».

Hogg et Bushell affirment que les deux affaires précitées comportent les similitudes suivantes. Premièrement, les lois en litige portaient atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Deuxièmement, elles poursuivaient toutes deux un objectif important. Enfin, les deux lois ne satisfaisaient pas au critère de l'atteinte minimale. Le pouvoir législatif était donc en mesure, affirment les auteurs, de concevoir un autre moyen de poursuivre le même objectif:

The form of the new law would have to take account of the way in which the Court analyzed the least restrictive means standard of section 1 justification. Dialogue seems an apt description of the relationship between courts and legislative bodies. Certainly, it is hard to claim that an unelected court is thwarting the wishes of the people. In each case, the democratic process has been influenced by the reviewing court, but it has not been stultified.³⁰

Qu'en est-il des situations où le contexte politique ne permet pas aux assemblées législatives de réagir aux injonctions judiciaires? Peut-on encore parler de dialogue dans un tel contexte? Ainsi, par exemple, après l'invalidation du crime d'avortement dans *R. c. Morgentaler*³¹ au motif que la procédure prévue par l'article 251 du *Code criminel*³² violait le droit à la sécurité des femmes garanti par l'article 7 de la *Charte*, le Parlement n'a pas été en mesure de formuler une solution législative apte à emporter l'adhésion d'un nombre suffisant d'acteurs politiques³³. Pour Hogg et Bushell, on ne peut parler d'une absence de dialogue, car les tribunaux ne peuvent être tenus responsables de l'immobilisme législatif. En outre, même dans une situation comme celle de l'avortement, il est exagéré de dire, selon eux, que le contrôle judiciaire est non démocratique:

[T]he Charter decision forces a difficult issue into the public arena that might otherwise have remained dormant, and compels Parliament or a legislature to address old laws that had probably lost much of their original public support. If a new law is slow to materi-

siasme, la vitalité, le risque ou l'audace ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre.»

30. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 87.

31. [1988] 1 R.C.S. 30.

32. S.R.C. 1970, c. C-34.

33. Le projet de loi C-41 introduit en 1991 devait éventuellement être rejeté par le Sénat.

alize, that is just one of the consequences of a democratic system of government, not a failing of judicial review under the Charter.³⁴

La métaphore du dialogue, telle que définie par Hogg et Bushell, a fait l'objet d'un certain nombre de critiques qu'il convient maintenant d'examiner.

2. *Analyse critique de l'approche de Peter Hogg et Allison Bushell*

Toute définition du dialogue est tributaire de la précompréhension entretenue par son auteur du rapport qui *devrait* exister entre les pouvoirs judiciaire et législatif en matière d'interprétation constitutionnelle³⁵. Or, bien souvent, un auteur ne fait pas explicitement état de ses convictions personnelles. On doit plutôt les inférer de son propos. Cette dimension du problème mérite qu'on s'y attarde, car les critiques que s'adressent entre eux les auteurs sont généralement fondées sur une précompréhension différente.

Trois perspectives sous-tendent les différentes approches dialogiques institutionnelles³⁶. Aux termes de la première, l'autorité en matière d'interprétation de la Constitution incombe tout autant au pouvoir législatif que judiciaire. Le pouvoir judiciaire ne peut donc se réclamer d'un monopole en ce domaine. Une assemblée législative a toute latitude pour privilégier une interprétation différente de celle dictée par les tribunaux. Les interlocuteurs, dans ce dialogue, sont de forces égales. La deuxième perspective s'apparente à la première en y ajoutant un élément. À cette égale autorité en matière d'interprétation constitutionnelle s'ajoute l'obligation, pour les institutions judiciaire et législative, de donner à la Constitution un sens qui s'harmoniserait avec les désirs et les attentes de la majorité. Cette approche «contemplate[s] a dialogue in which courts and legislatures speak in similar voices that reflect and defer to majority sentiment»³⁷. Alors

34. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 96.

35. K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80 *Canadian Bar Review* 481.

36. K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80 *Canadian Bar Review* 481.

37. K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80 *Canadian Bar Review* 481, 495.

que les deux premières approches ne reconnaissent pas un rôle distinct aux tribunaux et aux assemblées législatives en matière d'interprétation constitutionnelle, la troisième perspective préconise plutôt l'exercice, par les deux pouvoirs, de fonctions différentes, mais complémentaires. Il n'est plus question ici de dialogue entre égaux, ou encore, d'obligation pour les deux pouvoirs d'être au diapason de la volonté majoritaire. En raison de la nature spécifique de chaque institution, les tribunaux et les assemblées législatives sont plutôt appelés à exercer des fonctions distinctes. Compte tenu de la nature de leur fonction, les tribunaux ont un rôle prépondérant en matière d'interprétation constitutionnelle, mais les assemblées législatives sont en mesure de proposer des solutions réconciliables avec les principes de base – «basic tenets» – établis par les tribunaux³⁸.

Hogg et Bushell, sans l'affirmer explicitement, articulent leur définition du dialogue sur la troisième perspective. En effet, même s'ils refusent de reconnaître aux tribunaux un monopole en matière d'interprétation législative³⁹, ils admettent toutefois que les solutions proposées par les tribunaux à l'occasion de leur examen de l'article premier de la *Charte* exerceront une influence décisive sur la sélection des éventuelles réponses législatives⁴⁰.

À l'opposé, Christopher Manfredi et James B. Kelly, les plus ardents pourfendeurs de la thèse de Hogg et Bushell, considèrent que les assemblées législatives jouissent d'une autorité équivalente (sinon supérieure) à celle des tribunaux en matière d'interprétation constitutionnelle: «Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the Constitution and have an effective means to assert that interpretation»⁴¹. En réalité, on devine chez eux, une méfiance certaine, pour

38. K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80 *Canadian Bar Review* 481, 518: «A constructive dialogue occurs when the legislature accepts the basic tenets of the Court's ruling while attempting to justify some limits on the rights the Court has found».

39. Aussi P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 535.

40. P.W. HOGG et A.A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 80 et 85; voir aussi P.W. HOGG et A.A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», *Policy Options*, April 1999, 19, 21. Kent Roach partage le même point de vue; voir citation reproduite *supra* note 38.

41. C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 524; le même passage est répété

ne pas dire une hostilité à l'égard du contrôle judiciaire⁴². Selon eux, ce dernier a toujours pour néfastes conséquences d'influencer, ne fût-ce qu'indirectement, les choix politiques du législateur. Il en découle une dégradation du processus démocratique⁴³.

Manfredi et Kelly opposent plusieurs critiques à l'approche de Hogg et Bushell, dont seulement deux retiendront notre attention.

Premièrement, les deux auteurs considèrent que, s'il y a dialogue, il n'a pas l'ampleur décrite par Hogg. À leurs yeux, un dialogue sur le sens à donner à la Constitution signifie plus que l'obéissance servile aux diktats des tribunaux. En conséquence, dans toutes les situations où une assemblée législative ne réagit pas à une décision judiciaire, ou encore qu'elle se contente d'abroger la disposition invalidée ou de recopier la solution proposée par la Cour, on ne peut conclure à l'existence d'un dialogue. De telles réactions législatives, qualifiées de «Charter ventriloquism»⁴⁴, mettent en péril l'établissement d'une relation d'égal à égal entre les tribunaux et les assemblées législatives et confortent plutôt l'idée d'un rapport hiérarchique entre les deux pouvoirs, ce qui est contraire à l'idée de dialogue⁴⁵. Les auteurs soulignent avec rai-

dans C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Dialogue, Deference and Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures» (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 323, 336.

42. Comme plusieurs auteurs très critiques à l'égard du contrôle judiciaire, Manfredi et Kelly fondent leur opinion sur une conception majoritaire de la démocratie. Ils semblent également présumer du caractère foncièrement désintéressé et juste des procédures suivies et des mesures adoptées par les assemblées législatives. Celles-ci leur apparaissent également investies, semble-t-il, d'une compétence inhérente en matière d'interprétation constitutionnelle.
43. C.P. MANFREDI et J.B. KELLY citent («Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 522) le passage suivant de l'article de M. TUSHNET, «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty», (1995) 94 *Mich. L. Rev.* 245, 270: «[p]olicy distortion occurs when the legislature acts within the range of policies it believes is available to it, mistakenly believing that the policy [it prefers] is outside the available range.»
44. C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 521. Voir aussi C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Dialogue, Deference and Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures», (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 323, 345.
45. C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 521: «This negative approach to legislative sequels undermines the establishment of an equal relationship between judges and legislators, and instead facilitates a hierarchical relationship that limits genuine dialogue.» À la lumière de sa définition du «dialogue», il est possible de conclure que K. Roach est également d'avis que l'abrogation et le «plagiat» ne constituent pas un véritable dialogue; voir citation reproduite *supra* note 38.

son que les deux tiers des affaires présentées par Hogg et Bushell comme des manifestations de dialogue tombent dans l'une ou l'autre des catégories énumérées plus haut⁴⁶. Hogg et Bushell répliquent en affirmant qu'il y a dialogue, même lorsqu'une assemblée législative se contente d'abroger la disposition fautive, ou encore lorsqu'elle entérine les propositions judiciaires, parce que, disent-ils, «it is reasonable to assume that the legislature has given consideration to the range of constitutionally permissible options left open by the ruling»⁴⁷ et aussi parce que «[a]fter all, in common experience, dialogue does sometimes lead to agreement»⁴⁸. Malgré ce qu'en disent Hogg et Bushell, ces situations, il faut bien l'admettre, évoquent l'idée d'obéissance plutôt que celle de dialogue⁴⁹.

Le deuxième reproche porte sur le caractère trop limité de la définition donnée par Hogg et Bushell au concept de dialogue. Puisqu'elle n'embrasse que les réponses législatives données à une déclaration d'inconstitutionnalité⁵⁰, s'en trouvent donc exclues toutes les instances d'interprétation élargie, c'est-à-dire d'ajout judiciaire à la loi («reading in»). Les auteurs soutiennent avec raison qu'une telle exclusion est problématique⁵¹.

Outre les critiques faites par Manfredi et Kelly, on peut reprocher à Hogg et Bushell, dans leur appréciation de la capacité de réaction du pouvoir législatif, de ne pas suffisamment tenir compte du contexte dans lequel se déploie le «dialogue» institutionnel. Ainsi, par exemple, les auteurs ne tiennent aucun compte du fait que la *Charte* a acquis, au cours des années, un caractère iconique⁵². Plusieurs conséquences découlent de cet état de fait.

46. Y compris les arrêts *Ford* et *RJR-MacDonald*.

47. P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 534.

48. P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 536.

49. F.L. MORTON n'a pas tort sur ce point lorsqu'il affirme: «Obeying orders is not exactly what most of us consider dialogue» («Dialogue or Monologue», Policy Options, April 1999, 23). Ajoutons à cela que, aux termes de la définition de Hogg et Bushell, le rôle des assemblées législatives est purement réactif. Elles se contentent de réagir aux décisions des tribunaux.

50. Voir *supra* note 14.

51. C.P. MANFREDI et J.B. KELLY, «Dialogue, Deference and Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures», (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 323, 327-328. Nous verrons plus loin la réponse faite par Hogg et Bushell à cette critique.

52. Voir sur cette question, Alan C. CAIRNS, *Disruptions: Constitutional Struggles, from the Charter to Meech Lake* (McClelland & Stewart Inc. Toronto 1991) et J.F. FLETCHER et P. HOWE, «Public Opinion of the Courts», (2000) 6 *Choices/Choix* 1.

Ainsi, alors que l'approche dialogique de Hogg et Bushell se fonde en partie sur la possibilité pour une assemblée législative de recourir à l'article 33 de la *Charte*, pareil recours est exceptionnel en raison du coût politique qui s'attache à l'utilisation d'une procédure attentatoire aux droits garantis par la *Charte*⁵³. Cette disposition ne permet d'ailleurs pas un véritable dialogue «entre égaux» puisque, advenant qu'une assemblée législative y ait recours, à l'expiration du délai de 5 ans, l'interprétation donnée par la Cour reprendra toute son autorité. De plus, en raison du caractère emblématique des droits garantis par la *Charte*, il importe de tenir compte du fait que, à l'occasion du débat sur la question de savoir s'il faut répondre ou non à une décision judiciaire, les opposants à la modification jouiront de toute la force morale d'un point de vue fondé sur un droit «fondamental et inaliénable»⁵⁴. Enfin, dans leur appréciation de l'existence d'un dialogue, Hogg et Bushell font fi de la réalité suivante: les assemblées législatives sont bien souvent perçues comme indifférentes aux préoccupations des justiciables⁵⁵, alors que les tribunaux sont, en général, tenus en assez haute estime⁵⁶.

En définitive, même si Hogg et Bushell n'ont pas tort de dire que les assemblées législatives possèdent une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration de réponses aux décisions judiciaires, il faut bien admettre que cette marge est plutôt limitée. D'une part, les tribunaux tiennent toujours le haut du pavé puisque les réponses en question, si contestées, feront éventuellement l'objet d'un examen par les tribunaux. D'autre part, dans l'élaboration des réponses, les fondements généraux des décisions judiciaires devront être respectés. Selon moi, ces résultats sont toutefois inévitables dans la mesure où, lorsque les valeurs fondamentales

53. Au sujet de l'article 33, lire H. LEESON, «Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger», (2000) 6 *Choices / Choix* n° 4.

54. J. HIEBERT, «Des droits à interpréter: les juges, le Parlement et l'élaboration des politiques sociales», (1999) 5 *Choices / Choix* n° 3, 6.

55. N. NEVITTE, «Value Change and Reorientations in Citizen-State Relations», (2000) 26 *Canadian Public Policy* 73.

56. J.F. FLETCHER et P. HOWE, «Public Opinion of the Courts», (2000) 6 *Choices / Choix* 1; Alain Robert Nadeau rapportait ceci dans *Le Devoir* du mercredi 6 février 2002, p. A7: «Hier encore, une consultation publique menée par la firme Environics au profit de l'Association d'études canadiennes (AEC) révélait que la majorité des Canadiens, à hauteur de 56 %, font davantage confiance aux juges qu'aux politiciens pour défendre leurs libertés et droits fondamentaux. Pour 82 % des répondants, la charte eu un «impact positif majeur». Cette popularité de la charte correspond à celle dont elle bénéficiait au moment de son adoption puisqu'un sondage publié en 1981 lui accordait une cote de popularité de plus de 81 %.»

consacrées par la *Charte* sont mises en péril, le rôle des tribunaux est précisément de faire obstacle à la volonté de la majorité exprimée dans les lois. Comme nous le verrons plus loin, les institutions judiciaire et législative n'exercent pas des fonctions identiques et il importe qu'il en soit ainsi si l'on ne veut pas jeter aux oubliettes le principe de la séparation des pouvoirs. Toutefois, comme je tenterai de le montrer, reconnaître un pouvoir prépondérant aux tribunaux en matière d'interprétation constitutionnelle ne signifie pas pour autant leur reconnaître un pouvoir sans limite. Or cette limite est dictée par la nature même de la fonction judiciaire.

Avant d'examiner plus avant cette question, nous allons maintenant nous pencher sur la métaphore du dialogue telle qu'elle a été définie cette fois par la Cour suprême. Le sens qui lui a été donné, comme nous pourrions le constater, va bien au-delà de celui proposé par Hogg et Bushell.

3. Définition donnée par la Cour suprême

En prenant appui sur l'opinion de Hogg et Bushell, la Cour suprême a proposé une définition beaucoup plus ambitieuse du dialogue. Les deux auteurs utilisaient cette allégorie pour démontrer que les décisions judiciaires, bonnes ou mauvaises, «rarely preclude a legislative sequel and usually get one»⁵⁷. En d'autres mots, la métaphore était employée à des fins descriptives. La Cour suprême, quant à elle, va plutôt recourir à cette métaphore pour développer une «théorie» du rapport qui existe – ou devrait exister – entre les institutions législative et judiciaire en matière d'interprétation constitutionnelle.

La Cour suprême a développé sa conception de l'approche dialogique dans les arrêts *Vriend c. Alberta*⁵⁸ et *R. c. Mills*⁵⁹. Les faits de ces deux affaires seront analysés plus loin. Je me contenterai ici d'exposer le point de vue de la Cour au sujet de la notion de dialogue.

57. P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to “Six Degrees of Dialogue”», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 535.

58. [1998] 1 R.C.S. 493.

59. [1999] 3 R.C.S. 668.

Aux dires de la Cour⁶⁰, les assemblées législatives, comme les tribunaux, ont un rôle spécifique à jouer dans l'ordre constitutionnel canadien:

Il incombe [...] aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.⁶¹

De cette spécificité des rôles découle l'existence d'un «respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle»⁶². Les limites intrinsèques de certains droits garantis par la *Charte*, ainsi que l'article premier et l'article 33 témoignent, dit la Cour, de ce respect mutuel en ce qu'ils reconnaissent le rôle essentiel confié au pouvoir législatif en matière constitutionnelle⁶³. La Cour poursuit en affirmant:

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell [...]). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell [...]). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils *obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes*. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). *Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.*⁶⁴

60. Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache. Le juge Major était dissident en ce qui a trait à la réparation accordée.

61. *Vriend*, par. 136.

62. *Mills*, par. 55 où l'on fait référence aux par. 136-137 de *Vriend*.

63. *Vriend*, par. 137.

64. *Vriend*, par. 138-139 (je souligne). Le par. 139 est cité dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 57.

La métaphore du dialogue ne vise plus simplement ici à décrire la capacité de réaction des assemblées législatives aux décisions judiciaires. L'approche proposée est normative plutôt que simplement descriptive. Hogg et Bushell ont d'ailleurs pris soin de marquer la distance qui sépare leur conception du dialogue de celle de la Cour suprême. Selon eux, les tribunaux ne désirent pas prendre part à un dialogue, mais bien régler des litiges⁶⁵. Faisant référence à certaines décisions de la Cour suprême, dont *Vriend et Mills*, les auteurs prennent soin de préciser: «[w]e cannot take credit for the idea of the Supreme Court self-consciously engaging the legislatures in dialogue when rendering Charter decisions»⁶⁶. À preuve que la Cour suprême va bien plus loin que les deux auteurs, elle formule sa conception du dialogue dans une affaire où elle procède à une «interprétation élargie», c'est-à-dire à un ajout judiciaire à la loi («reading in»). La définition du dialogue proposée par Hogg et Bushell exclut de telles situations parce que, à leurs yeux, elle vise simplement à décrire la capacité de réaction des assemblées législatives et non à justifier une interaction beaucoup plus complexe entre les institutions judiciaire et législative.

L'approche proposée par la Cour suprême, comme nous le verrons maintenant, soulève des problèmes à la fois théorique et pratique.

B- La difficile réconciliation de l'approche dialogique avec la théorie de la séparation des pouvoirs

Le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême est difficilement réconciliable avec le principe de la séparation des pouvoirs (1). En lien avec ce premier problème, la notion de dialogue énoncée par la Cour a pour effet de télescoper les rôles respectifs du judiciaire et du législatif (2).

65. P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to “Six Degrees of Dialogue”», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 535: «This point reflects the fallacy identified earlier that attributes to us the assumption that courts want to engage in a dialogue. What they want to do is decide cases.»

66. P.W. HOGG et A. THORNTON, «Reply to “Six Degrees of Dialogue”», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529, 532.

1. *La séparation des pouvoirs: une théorie fondée sur l'opposition et non la coopération des pouvoirs*

La Cour suprême a élaboré une approche dialogique où les organes de l'État se rendent mutuellement des comptes, dans un esprit de «respect mutuel». Cette conception «élitiste» de la bonne gouvernance n'a que peu d'affinités avec le principe de la séparation des pouvoirs⁶⁷.

La personne du justiciable est au cœur même du principe de la primauté du droit et du principe de la séparation des pouvoirs. En proclamant que tout pouvoir doit être encadré par le droit, le principe de la *rule of law* vise à prévenir l'exercice d'un pouvoir arbitraire qui attenterait à la liberté des citoyens. Le bien des administrés est donc indissociable de la finalité morale poursuivie par le principe de la primauté du droit. Il en va de même du principe de la séparation des pouvoirs. Conformément à ce dernier, les pouvoirs doivent *s'opposer* les uns aux autres de manière à prévenir l'exercice d'un pouvoir arbitraire qui mettrait en péril la liberté des justiciables. Dans son acception classique, le principe de la séparation des pouvoirs met ainsi l'accent sur le *conflit* et non sur la *collaboration* puisque son objectif n'est pas d'assurer l'efficacité institutionnelle, mais de mieux garantir la liberté et le bien-être du citoyen. Autrement dit, dans cette perspective, c'est la liberté du citoyen qui importe et non la bonne entente institutionnelle. Les trois pouvoirs sont appelés à servir le bien commun en exerçant les fonctions spécifiques qui leur incombent à chacun. Dans la tradition constitutionnelle canadienne, il est vrai, le principe de séparation des pouvoirs n'empêche pas toute forme de «collaboration». Ainsi, il est vrai d'affirmer que, par exemple, les pouvoirs judiciaire et législatif «collaborent» en ce qu'ils participent conjointement à la production du droit – les assemblées législatives en adoptant les lois, et les tribunaux en les interprétant. Toutefois, l'idée de «conflit» demeure une composante fondamentale du principe de séparation des pouvoirs et, selon moi, elle ne peut être conciliée avec l'affirmation faite par la Cour suprême que les pouvoirs judiciaire et législatif sont appelés à «se rendre mutuellement des comptes.» En réalité, l'approche proposée par la Cour engendre une confusion des pouvoirs qui profite aux tribunaux. Rappelons-le, le dialogisme institutionnel proposé par la

67. Les paragraphes qui suivent sont en partie inspirés de la critique faite par F.C. De Coste dans «The Separation of State Powers in Liberal Polity: *Vriend v. Alberta*», (1999) 44 *McGill L.J.* 231.

Cour suprême vise à légitimer l'exercice, par un tribunal, d'un pouvoir de nature législative, c'est-à-dire l'ajout judiciaire à la loi – «reading-in». Le principe de la séparation des pouvoirs en droit canadien n'a peut-être pas une rigidité madisonnienne, mais il est certainement inconciliable avec ce type de remède judiciaire⁶⁸.

L'approche dialogique proposée par la Cour se fonde sur l'idée d'une *collaboration* institutionnelle aux termes de laquelle, dans un esprit de respect mutuel, les divers organes du gouvernement se rendent mutuellement des comptes afin, on peut le supposer, de mieux servir le justiciable. La Constitution, dit-on, autoriserait une telle approche. Outre le fait qu'elle est difficilement conciliable avec le principe de séparation des pouvoirs, cette conception du pouvoir est nettement plus «paternaliste» ou «élitiste» que démocratique. Elle ne met pas l'accent sur le rôle du citoyen, mais bien plutôt sur celui des institutions étatiques. L'accent est mis sur le «government for the people» au détriment du «government by the people»⁶⁹. Dans cette perspective, les trois pouvoirs – ou plutôt le pouvoir judiciaire – font office de puissances tutélaires dont la fonction est de gouverner avec efficacité et sagesse des citoyens passifs⁷⁰. Dans une perspective démocratique

68. On invoque fréquemment la procédure des avis consultatifs en guise d'exemple de la souplesse du principe de séparation des pouvoirs en droit canadien. D'aucuns voient dans cette réalité un motif pour justifier la métaphore du dialogue. Les avis consultatifs et la métaphore du dialogue sont pourtant deux choses bien différentes. La procédure des avis consultatifs permet aux assemblées législatives d'engager *volontairement* une conversation avec les tribunaux. Cette procédure est créée par l'assemblée législative. La métaphore, quant à elle, est une construction *prétorienne* dont l'objet est de fonder la légitimité d'une intervention *unilatérale* du pouvoir judiciaire dans le champ législatif (*Vriend*). Soulignons que les ajouts prétoriens avalisés par la notion de dialogue sont parfois imposés malgré le refus exprès des assemblées législatives (*Vriend*). De plus, lorsqu'une cour entend un renvoi, la question de la limite de ses pouvoirs, et donc de l'utilité de la métaphore du dialogue, demeure toujours pertinente.

69. F.C. De COSTE, «The Separation of State Powers in Liberal Polity: *Vriend v. Alberta*», (1999) 44 *McGill L.J.* 231, 248: «The branches cannot be accountable to one another because, in a democracy, the whole of government must account, and account only, to the people. The branches cannot serve, corporately, as a college about the public good because, in a democracy, opposition between the branches and not their collaboration is a public good. It is only possible to think otherwise under a view of governance which confuses government for the people with government by the people. If this is the case, then one is confusing with democracy something which, though it has credentials in political thought, is something other than democracy. Whatever else may be claimed about the matter, democracy is government by the people and not ever government according to some version of what is good for them.»

70. Comme on le verra plus loin (Section I;C;1), le «reading in», légitimé par l'approche dialogique développée par la Cour suprême, n'encourage pas la par-

tique, le titulaire du pouvoir ne peut être une autorité autocratique, aussi bienveillante soit-elle. Le principe démocratique suppose la participation des citoyens et non leur obéissance passive. Nous reviendrons sur cet aspect de la question un peu plus loin⁷¹. Toutefois, soulignons tout de suite qu'en mettant l'accent sur le rôle des institutions plutôt que sur celui des justiciables, la métaphore du dialogue institutionnel proposée par la Cour contribue à encourager le désengagement des citoyens plutôt qu'à l'atténuer. Or, ce qui fait problème avec le contrôle judiciaire, légitimé aux termes de l'approche dialogique institutionnelle, ce n'est pas tant le caractère non élu des juges que le désengagement du citoyen qu'il engendre. Le contrôle judiciaire

... is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. The tendency of a common and easy resort to this great function, now lamentably too common, is to dwarf the political capacity of the people and to deaden its sense of moral responsibility. It is no light thing to do that.⁷²

En outre, l'idée même que la *Charte* puisse être à l'origine de cette obligation de collaboration entre les pouvoirs est problématique. Dans *Hunter c. Southam*⁷³, l'appelant avait proposé à la Cour de recourir à l'ajout judiciaire à la loi pour remédier aux vices des dispositions en litige dans cette affaire. Le juge en chef Dickson a refusé d'obtempérer à cette demande en affirmant ce qui suit:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.⁷⁴

participation des citoyens – directement, et indirectement par l'intermédiaire des députés – aux débats fondamentaux qui traversent notre société

71. Section I;C;1.

72. J.B. THAYER, *John Marshall* (Boston: Houghton Mifflin, 1901) p. 106-107 cité par A. BICKELL, *The least dangerous Branch*, 2^e éd. (New Haven: Yale University Press, 1986) p. 22. Voir également P.H. RUSSEL, «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1983) 61 *Canadian Bar Review* 30, 52.

73. [1984] 2 R.C.S. 145.

74. *Hunter*, p. 169. Ce passage a été cité avec approbation par le juge dissident Major dans *Vriend*, par. 196.

Auparavant, le juge en chef avait pris soin de souligner que la *Charte* n'a pas pour objet d'autoriser l'État à agir:

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.⁷⁵

Comme on le verra plus loin⁷⁶, il serait possible de développer une approche dialogique qui, contrairement à l'approche institutionnelle, respecterait le principe de la séparation des pouvoirs et favoriserait véritablement la participation citoyenne.

J'aborderai maintenant un autre problème soulevé par l'approche dialogique proposée par la Cour, c'est-à-dire la reconfiguration qu'elle suppose des rôles respectifs du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif.

2. Le rôle spécifique des institutions judiciaire et législative

Les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif sont bien sûr appelés à changer selon les époques⁷⁷. Toutefois, il n'en reste pas moins que ces deux pouvoirs doivent rester distincts l'un de l'autre car la légitimité ou force morale de leurs actions respectives, c'est-à-dire leur aptitude à emporter l'adhésion et le respect des citoyens, ne repose pas sur le même principe de justification⁷⁸.

La force morale des normes adoptées par une assemblée législative repose sur le principe démocratique, concrétisé par l'exercice du droit de vote. Le pouvoir législatif exprime la volonté du plus grand nombre par le moyen de normes générales. La participation citoyenne, bien que fondamentale, y est relativement

75. *Hunter*, p. 156.

76. Section II;B.

77. Voir Lord Irvine of LAIRG, «Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America», (2001) 76 *N.Y.U. L. Rev.* 1.

78. Cette partie s'inspire des propos de L.L. FULLER, «The Principles of Order» in *The Problems of Jurisprudence* (Brooklyn: The Foundation Press, Inc.) 1949, p. 693-743. La lecture de l'article suivant m'a également été profitable: R.G. BONE, «Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy Between Dispute Resolution and Public Law Models of Litigation», (1995) 75 *Boston University Law Rev.* 1273.

anonyme. La légitimité du pouvoir judiciaire, quant à elle, ne trouve pas sa source dans le principe démocratique. La nature arbitrale – «adjudicative» – de sa fonction appelle une autre forme de justification. La force morale du pouvoir judiciaire est plutôt fondée sur le fait qu’il assure au justiciable une forme de participation et un type d’écoute que n’autorise pas le législatif⁷⁹. Cette force morale repose «on men’s faith that the decision of a controversy by a disinterested third party after hearing both sides is one of the nearest approaches that can be made to “justice” or “the common need”»⁸⁰. Compte tenu de la nature particulière de sa fonction, la légitimité du pouvoir judiciaire tire sa source de l’opportunité, accordée à toutes les parties à un litige, de présenter leur point de vue en personne, d’une manière sereine et rationnelle, à un tiers qui, une fois la preuve entendue, sera appelé à juger de manière impartiale. La légitimité du juge repose donc en partie sur son détachement, mais également sur sa connaissance approfondie des faits particuliers d’un litige.

De ce qui précède découle la conséquence suivante. Si le pouvoir judiciaire s’éloigne trop de ce qui permet ce détachement informé, si son rôle en vient à s’apparenter à celui du pouvoir législatif, il est à craindre qu’il verra sa crédibilité et sa légitimité remises en question. Il ne lui sera dès lors plus possible de fonder la légitimité de son intervention sur le principe justificatif énoncé plus haut. À l’inverse, même si les tribunaux n’encouraient aucun risque en se glissant dans la peau du législateur, ce dernier risque d’y perdre beaucoup. En effet, comme les citoyens affichent plus de confiance à l’égard des juges que des politiciens, en empiétant sur le champ législatif, les tribunaux risquent de nuire, à plus ou moins long terme, à la crédibilité du pouvoir législatif⁸¹. Les faiblesses de ce dernier ne doivent pas être compensées par un élar-

79. Bien souvent, le forum judiciaire est le seul endroit où une partie aura l’occasion d’être entendue: «[...] les litiges constitutionnels proviennent souvent d’une incapacité pour un groupe d’être entendu sur la place publique, ou, à tout le moins, lorsqu’il prétend qu’il ne peut être bien entendu ou bien compris dans l’arène politique.» (N. Des ROSIERS, «Du dialogue au monologue: Un commentaire sur l’arrêt *R. c. Marshall*», (2000) 23 *Dal. L.J.* 149, 154).

80. L.L. FULLER, «The Principles of Order» in *The Problems of Jurisprudence* (Brooklyn: The Foundation Press, Inc.) 1949, p. 705-706.

81. Comme l’affirmait A. de Tocqueville: «C’est une chose surprenante que la puissance d’opinion accordée en général, par les hommes, à l’intervention des tribunaux. Cette puissance est si grande qu’elle s’attache encore à la forme judiciaire quand la substance n’existe plus; elle donne un corps à l’ombre.»: *De la démocratie en Amérique* (Paris: Gallimard) 1961, tome 1, p. 218. L.L. FULLER, «The Principles of Order» in *The Problems of Jurisprudence* (Brooklyn: The

gissement indu des pouvoirs d'un organe non représentatif. En effet, les tribunaux ne pourront jamais remplacer les assemblées législatives en tant qu'arbitres sociaux.

Bien sûr, le rôle des tribunaux en matière constitutionnelle n'est pas confiné à trancher des litiges. Ils ont également pour fonction de développer les principes qui sous-tendent l'architecture constitutionnelle de l'État. La légitimité du pouvoir judiciaire ne peut donc pas se fonder uniquement sur la spécificité de la participation et de l'écoute qu'il autorise. Néanmoins, même dans l'accomplissement de leur tâche interprétative, ils doivent garder à l'esprit ce nécessaire «détachement» qui fonde la légitimité de leur intervention. En matière d'interprétation constitutionnelle, par exemple, les tribunaux devraient rester fidèles à leur nature anti-majoritaire, fidèles à leurs précédents, fidèles à leur mode particulier de raisonnement⁸²:

There are dangers in stressing the Court's accountability to legislatures and society or the importance of agreement in the dialogue. Although the Court should be open to education by the legislature about its objectives and why it has rejected seemingly less intrusive alternatives, the Court should be true to its anti-majoritarian nature and role, its precedents, and its own way of reasoning even if that produces a judgment that promotes widespread or focused opposition in civil society or one that invalidates a legislative reply to an unpopular decision and provokes the use of the override.

Ne pas empiéter dans le domaine réservé au pouvoir législatif, signifie, pour le pouvoir judiciaire, comme je tenterai de le montrer plus loin, l'abandon du recours à des techniques comme le

Foundation Press, Inc.) 1949, p. 728 soutient la même chose: «One is also tempted to say that adjudication suffers from the defect that its moral force in men's affairs is too strong. Arbitrators are sometimes surprised to see how readily the parties accept as the keystone of their relations a decision reached only after much soul-searching and with a feeling that it has no more justification than a half-dozen others that might have been rendered. In the case of judges the temptation to project this potent influence into affairs not suited to regulation by adjudication is very strong, and has frequently not been resisted. Furthermore, the moral force of a judgment or decision upon society as a whole is often too strong. Jesse Friedin, formerly a Public Member of the War Labor Board, has pointed out that one of the cardinal disadvantages of arbitration as a basis for setting wage disputes is that a single arbitration award is almost always seized as a pattern for a whole industry or perhaps for the whole economy. [...] The moral force of a judgment is apparently so strong as to bring about a feeling that there is something improper about a too close scrutiny of its precise rationale.»

82. K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80 *Canadian Bar Review* 481, 495.

«reading in», ainsi qu'une modification du test de l'article premier de la *Charte* de manière à ce que les tribunaux ne soient plus appelés à se prononcer sur l'efficacité et l'adéquation des moyens employés par le législateur. Le test actuel oblige les tribunaux à évaluer des preuves de sciences sociales, et ce, alors qu'ils n'ont pas la compétence nécessaire pour le faire. Enfin, les tribunaux devraient se consacrer à l'énonciation des principes structurants de l'ordre constitutionnel canadien, plutôt que de s'attarder à l'élaboration de solutions législatives spécifiques.

Il n'est peut-être pas toujours possible pour les tribunaux d'adopter une approche minimaliste en matière d'interprétation constitutionnelle. Toutefois, cette préoccupation devrait être à l'esprit d'un juge soucieux de la crédibilité de l'institution qu'il/elle sert.

* * * * *

L'approche dialogique proposée par la Cour suprême pose problème au regard du principe de la séparation des pouvoirs. À cela s'ajoute, comme nous le verrons maintenant, le fait que la métaphore sert, dans les faits, à justifier tout et son contraire.

C- La dissonance entre la théorie et la pratique

Si on laisse de côté les considérations théoriques évoquées plus haut pour s'en tenir aux effets pratiques de l'invocation de la métaphore du dialogue, on constate que cette dernière s'apparente plus à un outil rhétorique qu'à une approche structurante des rapports institutionnels. En effet, la notion de dialogue est invoquée tout autant pour justifier l'activisme judiciaire (1) que son contraire (2). Son invocation est incohérente et il est donc impossible pour un législateur de mesurer son impact véritable.

1. L'arrêt Vriend: le dialogue au service de l'activisme judiciaire

Dans l'arrêt *Vriend*, la Cour suprême a exposé longuement son point de vue sur la nature dialogique des rapports entretenus par les pouvoirs judiciaire et législatif. Or, chose curieuse, cette affaire est l'archétype de l'interventionnisme judiciaire. Dans cette affaire, la métaphore a permis de présenter l'intervention unilatérale de la Cour comme une simple réponse donnée à

l'occasion d'un dialogue avec le pouvoir législatif. La métaphore a servi de paravent à l'activisme judiciaire.

En l'espèce, la Cour suprême a conclu, à l'unanimité, que la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans plusieurs articles de l'*Individual's Rights Protection Act*⁸³ de l'Alberta, avait pour effet de nier le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Néanmoins, tous les juges n'étaient pas du même avis au sujet de la réparation appropriée. Le juge Iacobucci, au nom de la majorité, a conclu qu'il était de mise d'inscrire judiciairement l'orientation sexuelle dans la loi en litige par le moyen d'une interprétation élargie – «reading in». Toute autre réparation lui apparaissait inappropriée. Puisque la loi pêchait par omission, l'interprétation atténuée était sans utilité. La dissociation, quant à elle, aurait entraîné l'invalidation de la loi en entier, car un trop grand nombre de dispositions étaient en cause. Prononcer l'inconstitutionnalité des articles en litige tout en suspendant la mise en œuvre de cette déclaration de manière à permettre à l'assemblée législative de remédier au problème n'a pas rencontré l'avis favorable du juge Iacobucci. Il a préféré recourir à l'interprétation élargie au motif que cette réparation respectait, mieux que les autres, les objectifs de la *Charte*:

La *Charte*, tout comme la Loi [en litige], vise à promouvoir et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens. Ainsi, en allongeant la liste des motifs illicites de discrimination établie par l'*IRPA*, la Cour, en accord avec les objets de la *Charte*, élargirait la portée des protections offertes par la Loi. Si, par contre, elle annulait l'*IRPA* ou en retranchait des dispositions, elle priverait tous les Albertains de leur protection contre la discrimination du marché, ce qui me semble absolument contraire aux objets de la *Charte*⁸⁴.

Le juge Iacobucci était également d'avis que la mesure corrective nécessaire pouvait être déterminée avec suffisamment de précision et de facilité. Il suffisait d'ajouter les mots «orientation sexuelle» au texte de loi. Elle n'emportait pas non plus de conséquences financières importantes. En outre, les répercussions qu'elle entraînait sur l'économie générale de la loi étaient minimales puisque, dit-il, «il était raisonnable de supposer que si le légis-

83. R.S.A. 1980, c. I-2, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1), maintenant devenu le *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7.

84. *Vriend*, par. 153.

lateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution⁸⁵. Enfin, la mesure corrective ne faisait pas figure d'ingérence indue dans l'objectif législatif. Selon le juge, la réparation à accorder aux termes de l'article 52 de la Constitution devrait être déterminée en fonction de ce qui s'accorderait le plus avec l'intention du législateur si ce dernier avait su que les dispositions en litige seraient jugées inconstitutionnelles⁸⁶. En l'occurrence, la Cour a conclu que le législateur aurait accepté l'inclusion de l'orientation sexuelle puisqu'il s'en était lui-même remis à la décision des tribunaux sur cette question⁸⁷.

Pour la majorité de la Cour, ce recours à l'interprétation élargie est simplement une forme de dialogue institutionnel. Le processus démocratique n'est pas entravé puisque le législateur «peut en réponse adopter une loi» et parce qu'il est toujours en mesure d'«invoker l'article 33 de la *Charte*, la disposition de dérogation, laquelle constitue [...] la “garantie parlementaire” par excellence⁸⁸. Hogg et Bushell partagent ce point de vue. Puisqu'il aurait été possible pour le gouvernement albertain de recourir à l'article 33, sa décision de ne pas tenter d'écarter le jugement de la Cour est le résultat, selon eux, de son propre choix – «its own choice⁸⁹. Pareille conclusion est empreinte d'une certaine naïveté. Premièrement, elle ne tient aucunement compte du fait que, politiquement, «[i]t's pretty hard to go against that kind of judge-

85. *Vriend*, par. 161.

86. *Vriend*, par. 167.

87. *Vriend*, par. 171. Au par. 170: «[L]a législature de l'Alberta a créé l'Alberta Human Rights Review Panel, en 1993, et a chargé ce comité d'examiner l'IRPA ainsi que l'Alberta Human Rights Commission. Le comité, dans son rapport, a formulé plusieurs recommandations, dont celle d'inclure l'orientation sexuelle dans les motifs de discrimination illicites, pour tous les domaines visés par la Loi. Le gouvernement a répondu à cette recommandation en s'en remettant aux tribunaux: [TRADUCTION] “Les suites à donner à cette recommandation seront déterminées par l'issue de l'affaire *Vriend c. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty's Attorney General in and for the Province of Alberta*” (*Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*, op. cit., p. 21).»

88. *Vriend*, par. 178.

89. P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», *Policy Options*, April 1999, 19, 21: «[B]ecause using the notwithstanding clause to override the decision had been an option, it is clear that this outcome was not forced on the government, but rather was its own choice based on, among other things, what the Court has said about the equality guarantee in the Charter of rights.»

ment»⁹⁰ comme l'affirmait le Premier ministre abertain, Ralph Klein, au lendemain du jugement⁹¹. Deuxièmement, elle est très difficilement réconciliable avec le fait que l'assemblée législative albertaine, en toute connaissance de cause, avait refusé d'inclure l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite⁹². Troisièmement, on peut s'interroger sur le type de dialogue institutionnel qu'elle engendre. Bien sûr, des démonstrations publiques ont été tenues pour influencer la décision du gouvernement. Toutefois, pour l'essentiel, seuls les membres du cabinet ainsi qu'un comité ministériel de quatre membres ont été appelés à se prononcer sur la réponse à donner au jugement de la Cour suprême⁹³. Dans les faits, le gouvernement albertain a finalement choisi de ne rien faire.

L'approche du juge Major, dissident sur la question de la réparation, aurait favorisé un véritable débat parlementaire. Selon lui, une approche minimaliste aurait été de rigueur. La réparation appropriée consistait à prononcer l'inconstitutionnalité des dispositions en litige et à suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité. Cette façon de faire aurait eu pour conséquence d'obliger le législateur à intervenir:

[I]l incombe à la législature, dont les membres sont élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l'électorat de la province et c'est à eux de choisir quelle voie prendre, qu'ils décident de modifier la loi ou encore d'invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.⁹⁴

L'interprétation élargie limite le débat politique à l'acceptation ou au rejet, par les membres du gouvernement, du jugement de la Cour. En invalidant la loi, tout en suspendant l'effet de la déclaration, le tribunal oblige au contraire le gouvernement à porter la question devant l'assemblée législative. L'inaction ne

90. Citation rapportée dans «Tackle Rights Backlog», *The Toronto Star*, samedi, le 4 avril 1998.

91. Voir également les autres critiques rapportées dans la section I;A;2.

92. Cette inclusion avait été proposée par deux fois, en 1984 et en 1992 par la Alberta Human Rights Commission: J.F. FLETCHER et P. HOWES, «Supreme Court Cases and Court Support: The State of Canadian Public Opinion», (2000) 6 *Choices/Choix* 30, 38.

93. D. HENTON, «Alberta will abide by court ruling, Klein says», *The Toronto Star*, vendredi, le 3 avril 1998.

94. *Vriend*, par. 197. Au soutien de son approche minimaliste, il cite le passage rapporté plus haut de l'arrêt *Hunter*; voir *supra* note 74.

du délai. De cette manière, les tribunaux encouragent la participation des citoyens – directement, et indirectement par l’intermédiaire des députés – aux débats fondamentaux qui traversent notre société. Modifier la loi pour satisfaire aux exigences de la Cour oblige le gouvernement à convaincre sa députation à voter publiquement en faveur du changement et à justifier leur point de vue. L’inverse est également vrai. Cet exercice, en soi, est fort salutaire dans toute démocratie qui se respecte. Elle éduque les citoyens à la participation, et les députés au courage politique⁹⁵. Il ne faut pas oublier également que, dans l’éventualité où la réponse législative enfreindrait les critères énoncés par la Cour, il serait toujours loisible à cette dernière d’intervenir à nouveau, si la nouvelle loi était portée à son attention. Bref, alors que le juge Iacobucci accorde sa préférence au citoyen et au député passifs, le juge Major les préfère actifs⁹⁶.

L’arrêt *M. c. H.*⁹⁷ est un bon exemple des vertus de la retenue judiciaire. Dans cette affaire, la Cour⁹⁸ a conclu que l’article 29 de la loi ontarienne sur le droit de la famille⁹⁹ contrevenait au para-

95. Il importe également d’encourager une plus grande responsabilisation des élus au motif que la plupart des lois ne feront jamais l’objet d’une contestation judiciaire. En conséquence, plutôt que de procéder par correctifs judiciaires à *posteriori*, il vaut mieux encourager l’élaboration, par l’appareil gouvernemental, d’un mode d’adoption des lois plus soucieux des droits et libertés garantis par la Charte.

96. Qu’on ne se méprenne pas, je considère personnellement que l’orientation sexuelle doit constituer un motif illicite de discrimination. Toutefois, à mes yeux, il existe des moyens plus démocratiques que d’autres de gagner cette bataille.

En droit américain, on s’est également posé la question de savoir si les tribunaux devraient être en mesure de proposer des modifications au législateur s’ils constataient l’existence d’irrégularités (constitutionnelles ou non). À ce sujet, lire R.J. KROTOSZYNSKI, Jr., «Constitutional Flares: On Judges, Legislatures, and Dialogue», (1998) 83 *Minn. L. Rev.* 1; N.K. KATYAL, «Judges as Advice Givers», (1998) 50 *STAN. L. REV.* 1709; W. H. CLUNE, «Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change», (1984) 93 *Yale L. J.* 763; T. M. FINE, «Dialogues Between Coordinate Branches and Stories of Their Failings», (1999) 25 *N.Y. U. Rev. L. & Soc. Change* 331. Dans une réponse faite à N.K. Katyal, le juge Abner J. Mikva, ancien juge en chef de la Cour d’appel fédérale (District de Columbia), rejetait carrément la suggestion voulant que les tribunaux puissent proposer des changements aux assemblées législatives: «That it is undemocratic is obvious; that such corrections might bring on even worse solutions to the problem at hand is less obvious, but even more true. Judges don’t have that kind of know-how. More importantly, the institution of the judiciary is ill-suited to such activity.» («Why Judges Should Not be Advicegivers: A Response to Professor Neal Kaytal», (1998) 50 *Stan. L.Rev.* 1825, 1827.

97. [1999] 2 R.C.S. 3.

98. La majorité était constituée de huit juges. Le juge en chef Lamer et les juges L’Heureux-Dubé, McLachlin et Binnie se sont joints aux juges Cory et Iacobucci qui ont rédigé l’opinion majoritaire (le premier a rédigé la partie du jugement

graphe 15(1) de la *Charte*. Aux termes de la disposition en litige, un «conjoint» était une personne mariée, ou encore, «l'homme ou la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité [...] de façon continue depuis au moins trois ans». «Cohabiter» étant également défini comme le fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». La Cour a jugé que l'exclusion des couples de même sexe constituait une violation du droit à l'égalité et qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article premier. La disposition établissait une distinction illicite en privant les membres d'un couple de même sexe du droit de demander des aliments, droit reconnu par la loi aux autres «conjoints» de sexe différent. La distinction était discriminatoire au motif qu'elle perpétuait le préjugé selon lequel les personnes formant des unions de même sexe sont «incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle»¹⁰⁰.

En guise de réparation, la Cour aurait pu, à l'instar de la juge de première instance, recourir à l'interprétation élargie. La juge avait déclaré que les mots «l'homme et la femme» figurant à l'article 29 devaient être remplacés par les mots «deux personnes». La Cour suprême a plutôt déclaré inconstitutionnel l'article en litige et suspendu, pour une durée de six mois, l'effet de cette déclaration. Le grand nombre de lois touchées par la modification du terme «conjoint» et la nature politique du problème ont porté la Cour à conclure que le pouvoir législatif devait se voir accorder une certaine latitude dans l'élaboration de solutions¹⁰¹.

Les suites de cette affaire démontrent que les assemblées législatives fédérale et provinciales se sont prévaluées de cette latitude. La Cour, dans *M. c. H.*, s'est contentée d'affirmer que les mêmes bénéfices devaient être accordés aux couples de même sexe et aux couples de sexe différent en matière de perception des obligations alimentaires. Elle n'a jamais affirmé que ces couples devaient être désignés par le même vocable. La plupart des parle-

relative à la violation du par. 15(1) de la *Charte*, alors que le deuxième a plutôt traité de l'article premier de la *Charte* et de la réparation qu'il convenait d'accorder); les juges Major et Bastarache ont rédigé des motifs concordants. Le juge Gonthier était dissident.

99. *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3.

100. *M. c. H.*, par. 73 (juge Cory).

101. *M. c. H.*, par. 147 (juge Iacobucci).

ments ont donc satisfait à l'obligation qui leur était faite par la décision, en empruntant toutefois des avenues différentes¹⁰².

L'assemblée législative ontarienne, directement interpellée par la décision, a remédié à la difficulté en introduisant l'expression «partenaire de même sexe» – «same-sex partner» – aux côtés du mot «conjoint» dans plus d'une soixantaine de lois¹⁰³. Pour satisfaire à la définition, deux personnes de même sexe doivent avoir cohabité de manière continue pour une période qui, en général, est d'au moins un an ou, plus exceptionnellement, d'au moins trois ans. Quant à la définition du mot «conjoint», elle n'a pas été modifiée. En agissant de la sorte, le gouvernement ontarien reconnaissait aux couples de même sexe les droits réclamés, «while preserving the traditional values of the family by protecting the definition of 'spouse' in Ontario law»¹⁰⁴. Le gouvernement fédéral, quant à lui, a plutôt choisi l'expression «conjoint de fait» – «common law partner»¹⁰⁵ – pour désigner les couples non mariés qu'ils soient de même sexe ou non. Le terme «époux» ne vise, quant à lui, que les personnes mariées. La Colombie-Britannique, de son côté, a opté pour l'inclusion de tous les types de couples sous le vocable «spouse»¹⁰⁶. Un pareil éventail de solutions aurait été impossible si la Cour avait imposé son choix.

L'approche adoptée dans *Vriend* étonne également lorsque comparée au raisonnement de la Cour dans l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*¹⁰⁷. En l'espèce, la Cour¹⁰⁸ a refusé de modifier, non pas une loi, mais une règle de common law relative à la compétence *parens patriae* des tribunaux. Cette modification aurait autorisé l'envoi en cure de désintoxication d'une mère enceinte souffrant de

102. Les informations qui suivent sont tirées de J. MURPHY, «Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance», (2001) *U. of T. Fac. L. Rev.* 299.

103. Le titre de la loi modificatrice est éloquent: *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, c. 6.

104. Propos tenus par le procureur général Jim Flaherty et rapportés par J. MURPHY, «Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance», (2001) *U. of T. Fac. L. Rev.* 299, 304.

105. *Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada*, L.C. 2000, c. 12.

106. *Definition of Spouse Amendment Act, 1999*, S.B.C. 1999, c. 29.

107. [1997] 3 R.C.S. 925. Voir B.P. ELMAN et J. MASON, «The Failure of Dialogue: *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) c. G. (D.F.)*», (1998) 36 *Alb. L. Rev.* 768.

108. Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci. Les juges Major et Sopinka étaient dissidents.

dépendance à l'égard des vapeurs de colle et ce, afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître. Les juges majoritaires répètent au moins treize fois¹⁰⁹ qu'il serait loisible au législateur d'autoriser la délivrance d'un ordre de détention dans un tel contexte, mais qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'en décider. L'interprétation libérale, d'une règle de common law répétons-le, n'a pas été retenue. En effet, d'affirmer la Cour, la réforme relevait du législateur et non des tribunaux car «[e]lle suppos[ait] des choix d'ordre moral et susciterait des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux»¹¹⁰. Les juges dissidents Major et Sopinka étaient plutôt d'avis que la common law pouvait être modifiée de manière à autoriser l'émission d'un ordre de détention dans les circonstances particulières de cette affaire. Chaque situation devait être examinée au cas par cas.

Comment concilier *Vriend* et *Office des services à l'enfant*, sinon en concluant que l'opinion de la Cour varie en fonction de l'impact éventuel de ses décisions sur l'opinion publique? En effet, alors que cette dernière serait favorable à la cause homosexuelle¹¹¹, elle ne verrait pas d'un bon œil la reconnaissance par les tribunaux d'un droit plus envahissant pour l'État de contrôler le corps des femmes.

Le dialogisme institutionnel proposé par la Cour est également difficile à concilier avec le raisonnement tenu dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*¹¹². Dans cette affaire, à partir d'un raisonnement très critiquable¹¹³, la Cour a explicitement rejeté toute

109. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, par. 4, 12, 18, 20, 24, 26, 29, 45, 46, 47, 56, 58 et 59.

110. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, par. 20.

111. À propos de l'opinion favorable de la population à l'égard de l'arrêt *Vriend*, lire J.F. FLETCHER et P. HOWES, «Supreme Court Cases and Court Support: The State of Canadian Public Opinion», (2000) 6 *Choices/Choix* 30, 39.

112. [1997] 3 R.C.S. 3.

113. Voir J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, «L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance», (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485; G.G. MITCHELL, «Developments in Constitutional Law: The 1997-1998 Term: Activism and Accountability», (2000) 10 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83; P. PATENAUDE, «L'affaire des juges de la Cour provinciale et l'extension du contrôle judiciaire», (1998-99) *R.D.U.S.* 321 et J. GOLDSWORTHY, «The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity», (2000) 11 *Constitutional Forum* 60; voir également R. G. RICHARDS, «Provincial Court Judges Decision – Case Comment», (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 575 et S.M. CORBETT, «Reading the Preamble of the British North America Act», 1867, (1998) 9 *Constitutional Forum* 42.

possibilité de dialogue institutionnel. Elle a plutôt dicté dans le plus menu détail la nature de la solution législative à apporter. Loin d'être sensible aux critiques évoquées plus haut, elle a réaffirmé son approche monologique dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*¹¹⁴. Dans *Vriend*, la Cour avait insisté sur le fait que les «tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures et aux gouvernements»¹¹⁵. Et pourtant, dans *Rémunération*, non seulement la Cour dicte-t-elle la solution législative mais, ce faisant, elle impose sa volonté au pouvoir législatif sur des questions de nature budgétaire, geste sans précédent dans l'histoire des démocraties occidentales¹¹⁶. Le raisonnement de la Cour dans les affaires *Rémunération* et *Vriend* repose sur une conception du principe de la séparation des pouvoirs qui fait la part belle au pouvoir judiciaire. Alors que dans *Vriend* la Cour reconnaît un pouvoir de nature législative aux tribunaux – «reading in», dans *Rémunération*, elle va plus loin encore en affirmant que ces derniers sont autorisés à se prononcer sur des questions de nature budgétaire qui auparavant relevaient en exclusivité du pouvoir législatif. Existe-t-il encore une chasse-gardée à laquelle peut prétendre le pouvoir législatif¹¹⁷?

Nous verrons maintenant que si la métaphore du dialogue permet de dorer la pilule de l'activisme judiciaire, elle autorise également son contraire, une déférence judiciaire inappropriée.

2. *L'arrêt Mills: le dialogue au service d'une déférence judiciaire inappropriée*

Les faits dans *R. c. Mills*¹¹⁸ nous importent moins que l'invocation qu'on y fait de la métaphore du dialogue. Était mise en doute, dans cette affaire, la validité constitutionnelle des articles du *Code criminel* régissant la communication des dossiers privés à l'occasion de poursuites relatives à des infractions d'ordre

114. 2002 CSC 13.

115. *Vriend*, par. 136.

116. Comme l'affirmait le juge Marshall de la Cour d'appel de Terre-Neuve à l'occasion de son jugement dissident dans *Newfoundland Provincial Court Judges v. Newfoundland*, (2000) 191 D.L.R. (4th) 225, par. 747, voir également les par. 432-433.

117. Pour une critique de la conception du principe de séparation des pouvoirs développée dans *Rémunération*, voir J. LECLAIR, «Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles», (2002) 27 *Queen's Law Journal* 389-443.

118. [1999] 3 R.C.S. 668.

sexuel¹¹⁹. Les dispositions en litige avaient été adoptées en réponse à une décision de la Cour suprême¹²⁰ portant sur la procédure de common law que devait suivre un accusé cherchant à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession d'un tiers.

Ce qui est troublant dans l'arrêt *Mills*¹²¹, c'est que la Cour y voit un exemple de dialogue alors que les dispositions en litige n'étaient rien d'autre qu'une reproduction presque intégrale de l'opinion *dissidente* de la Cour dans *O'Connor*¹²². *Mills* constituait donc l'exemple paradigmatique d'une situation où la Cour aurait dû exiger de l'assemblée législative qu'elle invoque l'article 33 de la *Charte*. À l'inverse, si la Cour entendait reconnaître la validité de la loi, il lui aurait fallu renverser sa précédente décision. Bien sûr, cette dernière solution risquait de la faire mal paraître. La Cour a donc choisi une troisième avenue. Elle a invoqué la métaphore du dialogue¹²³ de manière à justifier sa décision de confirmer la validité de la loi sur la base d'une supposée coopération institutionnelle.

Dans *Mills*, la Cour a donc approuvé une loi qui, compte tenu du contexte, aurait nécessité le recours à l'article 33 de la *Charte*. L'article premier n'était d'aucune utilité, à moins d'admettre que la Cour avait parlé pour ne rien dire dans *O'Connor*. Si une simple loi peut contrevenir directement aux interprétations judiciaires qui fixent le sens de la Constitution, comment peut-on encore parler de la suprématie de cette dernière? Comment est-il dès lors possible de savoir dans quelles circonstances il sera nécessaire – ou non – de recourir à la disposition de dérogation pour éluder une décision judiciaire? L'enjeu n'est pas banal puisque c'est la suprématie de la Constitution qui est au cœur de cette question. Comme le souligne avec raison Don Stuart, «[t]he Court in *Mills* chooses to

119. Art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

120. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

121. La critique qui suit s'inspire en partie de l'article de J. Cameron, «Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills*», (2000) 38 *Alb. L. Rev.* 1051.

122. À ce sujet, lire D. STUART, «*Mills*: Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?», (1999) 28 *C.R. (5th)* 275; J. CAMERON, «Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills*», (2000) 38 *Alb. L. Rev.* 1051.

123. *Mills*, par. 55: La majorité de la Cour rappelle qu'«[i]n insister sur une conformité servile [à la solution proposée dans *O'Connor*] irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle.» Voir également les par. 56-59.

de-emphasise the very nature of the entrenchment of rights and the existence of s. 52 of the *Constitution Act* that makes the Constitution the supreme law of the land»¹²⁴.

Le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif sortent néanmoins gagnants dans *Mills*. L'assemblée législative, car on lui reconnaît le droit de contredire la Cour par le biais d'une simple loi dans un contexte où l'article 33 de la *Charte* aurait dû être invoqué. La Cour, parce que la métaphore du dialogue lui permet de se tirer d'un mauvais pas en l'autorisant à opérer, sous le couvert d'une collaboration institutionnelle au service de la «démocratie», un renversement radical d'opinion.

L'approche incohérente de la Cour soulève donc de graves problèmes. À la lumière de *Vriend* et *Mills*, que doit-on conclure au sujet de la portée véritable de la métaphore du dialogue?

II- Pour une approche dialogique véritablement démocratique: quelques pistes à explorer

L'idée d'un dialogue institutionnel entre les pouvoirs judiciaire et législatif pose à la fois des problèmes théoriques et des problèmes pratiques. Pour y remédier, il faudrait renforcer la capacité des assemblées législatives d'imposer une interprétation de la Constitution contraire à celle des tribunaux et ce, d'une manière qui puisse être perçue comme démocratiquement légitime (A). Toutefois, il apparaîtrait plus profitable et plus simple, pour les tribunaux, de substituer à l'idée d'un dialogue institutionnel entre le judiciaire et le législatif celle d'une approche dialogique plus respectueuse de la théorie de la séparation des pouvoirs et plus à même d'avoir des effets pratiques véritables et vérifiables (B). Pareille approche suppose également, de la part des tribunaux, l'abandon de techniques réparatrices qui ont pour conséquence de dicter aux assemblées législatives la voie à suivre.

A- L'adoption d'une disposition de dérogation à majorité renforcée

Pour que les assemblées législatives puissent avoir un pouvoir égal à celui des tribunaux dans l'interprétation de la Constitution, ce qui les autoriserait véritablement à faire valoir leur

124. D. STUART, «*Mills*: Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?» (1999) 28 *C.R.* (5th) 275, 277.

point de vue, il faudrait prévoir un processus qui conférerait une force morale aux interventions législatives adoptées en réponse à une décision judiciaire.

En ce moment, l'article 33 de la *Charte*, le seul à autoriser un véritable¹²⁵ «dialogue entre égaux», ne permet pas à une assemblée législative de se réclamer d'une telle légitimité. Une majorité simple des députés votants permet d'assurer l'adoption d'une loi visant à limiter la portée d'un droit constitutionnel. La facilité avec laquelle la disposition de dérogation peut être mise en œuvre permet à un gouvernement majoritaire d'en abuser, d'où son manque d'attrait pour les politiciens qui ne veulent pas être associés aux mouvances réactionnaires¹²⁶. La possibilité d'abus n'est pas hypothétique. Ainsi, peu de temps après qu'ait été rendu le jugement dans *M. c. H.*, l'assemblée législative albertaine a adopté le *Marriage Amendment Act, 2000*¹²⁷. Cette loi, proposée par un simple député et non par le gouvernement, définit le terme «mariage» comme désignant exclusivement l'union d'un homme et d'une femme¹²⁸. Qui plus est, pour prévenir toute contestation judiciaire, elle s'applique nonobstant la *Charte* ou l'*Aberta Bill of Rights*. Or il est choquant de constater que, au moment du vote, seulement 47 des 83 députés étaient présents, le Premier ministre n'étant pas de ce nombre. Au surplus, la loi n'avait pas reçu l'appui officiel du gouvernement. Enfin, le ministre de la Justice David Hancock s'y était fermement opposé. Il allait d'ailleurs voter contre le projet de loi en deuxième et troisième lectures¹²⁹.

125. Cette affirmation n'est pas tout à fait juste car, même s'il est vrai d'affirmer que la disposition de dérogation permet d'écarter complètement l'interprétation de la Constitution proposée par la Cour, cette dernière n'en reprendra pas moins vie lorsque le délai de 5 ans prévu au paragraphe 33(3) de la *Charte* sera écoulé. Encore ici, les tribunaux ont un rôle prépondérant.

126. Sur les raisons à l'origine du peu de cas fait de l'article 33 de la *Charte*, lire H. LEESON, «Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger», (2000) 6 *Choices / Choix* n° 4.

127. S.A. 2000, c. 3.

128. Dans *M. c. H.*, *supra*, note 97 au par. 57 (le juge Cory), la Cour avait pris soin de dire qu'elle ne se prononçait pas sur la question du mariage. La discrimination illicite en litige portait sur la distinction que la loi faisait entre les couples non mariés de même sexe et les couples non mariés de sexe différent. Signalons que cette loi est probablement inconstitutionnelle au motif qu'elle empiète sur la compétence exclusive du Parlement central en matière de mariage.

129. Informations tirées de J. MURPHY, «Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance», (2001) *U. of T. Fac. L. Rev.* 299, 310-311, note de bas de page 66.

Certaines modifications pourraient être apportées à l'article 33 de manière à éviter de pareils dérapages. Si, par exemple, la majorité était renforcée (ex.: 60 % des députés inscrits – par opposition aux députés votants), l'adhésion des membres de l'opposition serait requise et le débat qui s'ensuivrait nécessairement pourrait conférer à la loi dérogatoire la force morale requise¹³⁰. Cette dernière pourrait être encore plus grande si le vote des députés était libre. Mieux encore, tout débat en chambre devrait être précédé du dépôt d'un rapport rédigé par un comité parlementaire appelé à étudier la question et à entendre des témoins. En effet, le recours à une disposition de dérogation renforcée serait encore plus légitime si les lois étaient fondées sur un examen sérieux des valeurs en jeu¹³¹. Enfin, on pourrait également empêcher que la disposition soit utilisée de manière «préventive» comme c'est le cas dans la loi albertaine relative au mariage.

Cette mesure dérogatoire à majorité renforcée aurait l'avantage de permettre aux tribunaux d'assumer pleinement leur rôle sans se préoccuper d'assurer «une porte de sortie» honorable aux assemblées législatives par le moyen de théories dialogiques douteuses.

Ne pas empiéter sur le domaine réservé au pouvoir législatif supposerait également, de la part du pouvoir judiciaire, une reconsidération du test élaboré dans *Oakes*. Le test, tel qu'il est présentement construit, est de nature plus empirique que normatif. Ainsi, la détermination du caractère raisonnable de la limite apportée à un droit implique, pour l'essentiel, l'examen par le tribunal de faits à caractère social, économique ou scientifique. Ces faits sont invoqués pour expliquer les causes ou les effets de certains phénomènes comme, par exemple, le lien qui existe entre promotion et consommation des produits du tabac. Cette preuve dite de science sociale prend souvent la forme d'hypothèses et

130. Un document rédigé en septembre 1980 et appelé le «Kirby memorandum» avançait l'idée d'une majorité renforcée: H. LEESON, «Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger», (2000) 6 *Choices/Choix* n° 4, 11.

131. Pour une approche analogue, lire J. HIEBERT, «Des droits à interpréter: les juges, le Parlement et l'élaboration des politiques sociales», (1999) 5 *Choices/Choix* n° 3; J. WOEHLING, «Les modifications à apporter à la Charte des droits et libertés de la personne nécessaires en cas d'adhésion du Québec à la souveraineté», (1995) 26 *R.G.D.* 565, 576-577. J. Hiebert, dans l'article précité, examine la nature des changements institutionnels qui sont requis si les assemblées législatives veulent devenir des interlocutrices efficaces et crédibles dans ce dialogue. Je n'ai pas étudié cette question car mon regard s'est porté plus spécifiquement sur le rôle des tribunaux.

d'approximations savantes, bien souvent contradictoires¹³². Il en découle que le test de *Oakes* oblige les juges à se prononcer sur des questions qui ne relèvent pas de leur champ d'expertise, mais bien plutôt de celle du législateur. Le critère du moyen le moins attentatoire¹³³ incite même les tribunaux à y aller de suggestions – d'intuitions? – qui, par la suite, peuvent s'avérer inappropriées¹³⁴ ou, pis encore, qui pourraient ne pas satisfaire aux exigences du test de *Oakes*¹³⁵.

-
132. D. PINARD, «La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac». (1995) 39 *R.D. McGill* 401; de la même auteure, voir «Incertitude et risques: la preuve en matière constitutionnelle», dans H. DUMONT et J. BLOOM (sous la direction de), *Science, vérité et Justice*, [Science, Truth and Justice], actes du Colloque annuel de l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Victoria en octobre 2000, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001.
133. Rappelons que l'approche dialogique de Hogg et Bushell se fonde sur le fait que la plupart des mesures législatives invalidées l'ont été au motif qu'elles ne satisfaisaient pas ce critère. Or, comme le souligne Hiebert, «[o]ne of the most serious problems with the Hogg/Bushell conception of dialogue is that the very stage in which courts are credited with initiating what is said to be a healthy dialogue assumes skills that judges lack and involves assessments for which they are ill-equipped to make»: J. HIEBERT, «Constitutional Dialogue: Salutary Concept or Self-Serving Metaphor?», conférence donnée à l'occasion du colloque annuel de l'Institut national de la magistrature, tenu à Vancouver en mai 2002, à la page 7.
134. J. HIEBERT («Des droits à interpréter: les juges, le Parlement et l'élaboration des politiques sociales», (1999) 5 *Choices/Choix* n° 3) soutient que *RJR-MacDonald v. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199 est un bon exemple d'une telle situation. Dans cette affaire, une majorité de la Cour a conclu que la violation de la liberté d'expression autorisée par la *Loi réglementant les produits du tabac* ne pouvait être considérée comme une limite juste et raisonnable. Les juges majoritaires ont toutefois clairement laissé entendre que serait valide une réglementation fédérale limitée à la publicité dite «de style de vie» ou à celle qu'on destinait aux enfants. Une telle forme de publicité était néfaste, selon la Cour, car il était logique de penser qu'elle aurait pu dissuader un fumeur d'abandonner l'usage de la cigarette (par. 158, 164 et 191). Cette conclusion ne s'appuyait sur aucune preuve. Janet Hiebert a étudié l'impact de cette «intuition» prétorienne et en vient à la conclusion qu'elle a sensiblement limité les moyens d'action du gouvernement (à la p. 18): «Le gouvernement [...] a accepté la suggestion des juges sur la façon d'aborder [la] question [du moyen], même si cette suggestion ne relevait guère de la compétence du tribunal. Tout cela donne à penser qu'on a jugé préférable, au plan politique, de conduire à bon port tel aspect du projet capable de résister à un examen judiciaire (dût-on pour cela affaiblir la loi elle-même), plutôt que d'encourir un autre revers judiciaire; plutôt, également, que de défier ouvertement la Cour en édictant des mesures plus vastes, qu'il aurait sans doute fallu mettre à l'abri des contestations par le recours à la controversée clause dérogatoire. Car on sait que le Cabinet avait envisagé cette option, puis l'avait écartée.»
135. J. Hiebert rapporte que les compagnies de tabac soutiennent maintenant qu'il n'existe aucune preuve scientifique démontrant que la publicité «style de vie» a pour effet d'inciter les gens à consommer des produits du tabac (*ibid.*, p. 16).

Pour circonvenir cette difficulté, il serait préférable d'adopter un test plus normatif qui pourrait reposer, par exemple, sur une approche de droit comparé. De cette manière, le test aurait un caractère plus objectif, et il supposerait l'évaluation par les tribunaux d'éléments de preuve qui leur sont familiers. Comme l'affirme José Woehrling:

[S]i l'on arrive à démontrer qu'une certaine solution législative a été considérée comme non raisonnable et non justifiable dans un ou, de préférence, plusieurs pays libre(s) et démocratique(s), dont la constitution est similaire à la *Charte* et dont le niveau de culture et de développement se compare à celui du Canada, un tribunal canadien pourra, en s'appuyant sur cette comparaison objective, plus facilement considérer cette même politique législative comme ne satisfaisant pas les exigences de l'article premier de la *Charte*, que s'il justifiait cette conclusion par les seuls arguments fondés sur l'interprétation d'un texte aussi vague et général que cette dernière. À l'inverse, il sera difficile au juge canadien de déclarer non raisonnable et non justifiable une loi fédérale ou provinciale qui ressemblerait beaucoup à des textes semblables qui ont passé avec succès le test de la validité dans un ou plusieurs pays étrangers qu'on peut considérer comme libres et démocratiques. Du moins, si cela arrive, le tribunal s'exposera-t-il au soupçon de ne mettre en œuvre qu'une conception toute subjective de la *rationalité*, la sienne propre, qu'il a préférée à d'autres pourtant tout aussi compatibles avec les valeurs constitutionnelles affirmées par l'article premier de la *Charte*. [...]

Il serait faux de croire que dans le cas contraire, lorsque le droit comparé ne révèle que des solutions *divergentes*, il n'est plus susceptible de servir à inspirer l'attitude du juge canadien qui doit juger de la validité des normes contestées en vertu de la *Charte*. Lorsqu'un problème semblable a reçu des solutions différentes ou divergentes dans plusieurs pays pouvant être considérées comme libres et démocratiques, dont les textes constitutionnels et l'environnement social sont comparables à ceux du Canada, cela ne démontre-t-il pas «que des règles de droit différentes, voire opposées, peuvent être toutes et en même temps raisonnables» et que, par conséquent, le législateur démocratique peut librement choisir entre elles? Par conséquent, la divergence des situations juridiques révélée par le droit comparé peut indiquer qu'aucune solution unique ne s'impose absolument et qu'à moins de vouloir se substituer au législateur, le juge ne doit pas chercher à imposer à celui-ci la solution que lui-même préfère.¹³⁶

136. J. WOEHLING, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne» dans A. de MESTRAL et al., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé* (Éditions Yvon Blais: Montréal) 1986, 447-514, 462-463 (notes de bas de page omises).

Bien sûr, il n'est pas aisé de refaire l'histoire, et le recours à l'approche comparativiste n'est pas sans soulever des difficultés. Bref, le test de *Oakes*, même reformulé¹³⁷, est ici pour rester. Il n'empêche que ce test nuit à l'établissement d'un dialogue institutionnel et entache la crédibilité des tribunaux en les portant à se prononcer sur des questions qui ne sont pas de leur ressort. La fonction du pouvoir judiciaire ne consiste pas à se prononcer sur des technicalités de mise en œuvre des politiques législatives, mais bien à mettre en lumière les principes et les valeurs qui sous-tendent les règles constitutionnelles qui doivent inspirer le législateur dans l'accomplissement de son rôle spécifique. C'est en agissant de la sorte que les tribunaux contribueront efficacement à l'enrichissement du débat démocratique¹³⁸.

B- La reconnaissance, par les tribunaux, d'une obligation pour le législateur de dialoguer avec les justiciables

Les lacunes du dialogisme institutionnel examinées précédemment devraient amener les tribunaux à abandonner cette métaphore au profit d'approches dialogiques qui obligent le législateur à être à *l'écoute des justiciables* lorsqu'il élabore des mesures réparatrices en matière constitutionnelle.

Les tribunaux devraient opter pour une approche minimaliste lorsque vient le temps pour eux d'élaborer des mesures réparatrices en matière constitutionnelle. J'ai déjà fait état de mon point de vue au sujet de l'interprétation élargie. Selon moi, les tribunaux devraient, autant que possible, se contenter d'invalider les lois (en suspendant si nécessaire la déclaration d'invalidité). Cette façon de faire, nous l'avons vu, impose alors au législateur l'obligation d'intervenir. Cette approche s'apparenterait un peu à

137. Le test a été assoupli avec le temps; voir D. PINARD, «La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac», (1995) 39 *R.D. McGill* 401; de la même auteure, voir «Incertitude et risques: la preuve en matière constitutionnelle», dans H. DUMONT et J. BLOOM (sous la direction de), *Science, vérité et Justice*, [Science, Truth and Justice], actes du Colloque annuel de l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Victoria en octobre 2000, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001.

138. En outre, plus le rôle des juges s'apparentera à celui du législateur, plus grandes seront les pressions pour une magistrature plus représentative du tissu social canadien. Sur cette question, voir R. DEVLIN, A.W. MACKAY et N. KIM, «Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a "Triple P" Judiciary», (2000) 38 *Sask. L. Rev.* 734.

la procédure établie aux termes du *Human Rights Act 1998*¹³⁹ adopté en Grande Bretagne. Le paragraphe 3(1) de cette loi établit que, dans la mesure du possible, l'interprétation donnée aux lois et règlements doit être compatible avec les droits reconnus par la *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁴⁰. Dans l'éventualité où une telle interprétation est impossible, le tribunal doit prononcer une déclaration d'incompatibilité («declaration of incompatibility» – paragraphe 4(2)). Une procédure de modification législative accélérée peut alors être mise en œuvre (art. 10). La mesure législative contestée n'est pas invalidée, ni son effet suspendu. Toutefois, il devient difficile pour le gouvernement, en raison du coût politique qui s'attacherait à son inaction, de ne pas intervenir pour corriger le vice. S'il persiste à ne pas vouloir intervenir, les tribunaux seront dans la fâcheuse position d'imposer le respect d'une norme dont la légitimité a été mise en doute. Quant à la partie plaignante, elle pourra en appeler éventuellement à la Cour européenne des droits de l'homme qui risque fort de lui donner raison¹⁴¹. Comme l'affirme avec raison le Chancelier Lord Irvine of Lairg, la solution anglaise «reconciles the dual democratic imperatives of governance by the majority in a manner which respects minority interests»¹⁴².

Enfin, les tribunaux devraient développer des approches dialogiques qui obligent le législateur à être à l'écoute des justiciables lorsqu'il élabore des mesures susceptibles de mettre en péril certaines valeurs fondamentales garanties par la Constitution. L'affaire *Corbiere c. Canada*¹⁴³ est une bonne illustration du potentiel offert par cette approche.

En l'espèce, la Cour a conclu que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*¹⁴⁴ contrevenait au paragraphe 15(1) de la *Charte*. Cette disposition déniait aux membres hors réserve des bandes

139. 1998, c. 42 (R.-U.).

140. Nations-Unies, Recueil des traités, vol. 213 (1955), p. 221. Le texte exact du paragraphe 3(1) est le s.: «So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.»

141. Sur toutes ces questions, lire K. MALLESON, «A British Bill of Rights: Incorporating the European Convention on Human Rights», (1999) 5 *Choices/Choix* n° 1, 21.

142. «Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America», (2001) 76 *N.Y.U.L. Rev.* 1, 19.

143. [1999] 2 R.C.S. 203. Il en va de même de l'arrêt *M. c. H.* dont j'ai parlé plus haut.

144. L.R.C. (1985), c. I-5.

indiennes le droit de voter à l'occasion de l'élection des conseils de bande. Une fois tirée cette conclusion, la Cour a dû se pencher sur la question de la réparation appropriée. La Cour, à l'unanimité, a choisi d'imposer une déclaration d'invalidité avec suspension pendant 18 mois. Quatre juges¹⁴⁵ ont spécifiquement déclaré qu'ils privilégiaient cette solution au motif qu'elle s'ancrait dans le respect du principe démocratique, lequel a été reconnu, à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, comme partie intégrante des principes non écrits de la constitution canadienne. S'exprimant en leur nom, la juge L'Heureux-Dubé affirme:

Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu'elle respecte les droits à l'égalité des membres non résidents des bandes indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu'à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68: «le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion». Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la *Charte*, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. [...] *Les réparations accordées en vertu de la Charte doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause.*

[...] Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie [...].¹⁴⁶

Une telle approche encourage nettement la participation des citoyens concernés et celle des acteurs politiques en général¹⁴⁷.

145. Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie. Le reste du banc était composé du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache.

146. *Corbiere*, par. 116-117 (je souligne). Même si les cinq autres juges n'ont fait aucune référence explicite au principe démocratique, leur opinion est tout à fait compatible avec celle de leur collègue (voir par. 23).

147. Bien sûr, une telle consultation, pour être valide, doit être faite avec sérieux. Ainsi, par exemple, tous les points de vue doivent être entendus. Dans *Mills*, la Cour allègue que la loi adoptée en réponse à l'arrêt *O'Connor* l'avait été «à la suite d'un long processus de consultation» (par. 59). D. STUART, «*Mills*: Dia-

Elle reconnaît que le rôle des institutions de l'État est de servir les citoyens en assurant, autant que possible, leur participation *directe* à la gouvernance.

CONCLUSION

La force symbolique des mots ne doit pas être négligée. Affirmer l'existence d'un dialogue institutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux est un outil rhétorique fort puissant. Employé à mauvais escient, la métaphore du dialogue pourrait servir de justification à une réinterprétation des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui ne servirait pas nécessairement les intérêts des citoyens. Le bien-être de ces derniers, faut-il le rappeler, est la raison d'être des institutions étatiques. Il est également au cœur de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Employée à bon escient, une approche dialogique axée sur le souci d'être à l'écoute des citoyens pourrait, à l'inverse, enrichir le débat démocratique de manière tangible.

Bref, toute référence au dialogue n'a de pertinence que si elle favorise la participation du citoyen au processus de gouvernance. Si son invocation ne sert qu'à légitimer le pouvoir des organes étatiques sans égard aux intérêts des citoyens, c'est une notion qui n'a pas sa raison d'être.

logue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?», (1999) 28 *C.R.* (5th) 275, 279 rapporte les paroles de Alan Gold, président de la Criminal Lawyers Association, qui dénonçait pourtant le fait que le Parlement n'avait de sympathie que pour les associations de femmes et de victimes d'agressions sexuelles. Gold en concluait: «With respect, if you are only listening to one side of an issue, it doesn't matter how long you do it; it doesn't make it any more of a consultation.» Pour un point de vue identique, voir J. CAMERON, «Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills*», (2000) 38 *Alb. L. Rev.* 1051, 1061-62. En ce qui concerne l'obligation faite à la Couronne de consulter les autochtones, lire P. MACKLEM, «From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult», (2000) 79 *Can. Bar Rev.* 252.