

Université de Montréal

**Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité
sous le régime de la *Charte canadienne des droits et
libertés*: défis et limites de la légalité**

par

Stéphane Perrault

Faculté de droit

thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (LL.D.)

12 mai 1997

© Stéphane Perrault, 1997



AZBD
U54z
1998
V.003
ptie 1

Université de Montréal

Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité
sous le régime de la Charte canadienne des droits et
libertés: déits et limites de la légalité

par

Stéphane Perrault

Faculté de droit

thèse présentée à la faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (D.É.)

15 mai 1997

© Stéphane Perrault, 1997



Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée:

**Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité
sous le régime de la *Charte canadienne des droits et
libertés*: défis et limites de la légalité**

présentée par : Stéphane Perrault

a été évaluée par un jury composé des
personnes suivantes:

M. François Chevrette, président-rapporteur
Mme Andrée Lajoie, directrice de recherche
Mme Jane Jensen, membre du jury
M. Jeremy Weber, examinateur externe
M. André Blais, représentant du doyen
de la F.E.S.

Thèse acceptée le 25.01.1998

12 décembre 1997

Sommaire

Traditionnellement souveraine sur les conditions et les modalités de son existence —à la fois par sa mainmise sur le processus législatif et l'exercice de ses privilèges parlementaires— la Chambre basse a, tant en Angleterre qu'au Canada, longtemps prétendu à un monopole absolu sur le droit électoral et parlementaire. À cet égard, la reconnaissance, en 1982, du droit de vote et d'éligibilité à l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pose, de façon clairement particulière, la question de la transformation des rapports établis au cours des siècles entre les organes judiciaire et élu. En conférant ainsi aux tribunaux un véritable pouvoir "constituant", l'article 3 de la *Charte* soulève d'importantes questions, qui relèvent à la fois du droit constitutionnel, de la théorie juridique et de la philosophie politique.

La première partie de la thèse vise à cerner les conditions historiques et théoriques du contrôle judiciaire du droit électoral. Si, en Angleterre comme au Canada, l'établissement d'une souveraineté parlementaire a d'abord reposé sur l'affirmation de l'autonomie de la Chambre basse face à l'Exécutif et aux tribunaux royaux, les réformes électorales importantes qui ont marqué la fin du XIX^{ème} siècle et qui se sont poursuivies jusque dans les années soixante-dix ont amené une soumission progressive de l'organe représentatif au principe de "légalité", à travers, notamment, une intervention accrue des tribunaux. L'examen historique montre ainsi une transition progressive de l'autonomie parlementaire vers une forme croissante d'hétéronomie et permet de voir dans le contrôle judiciaire du droit électoral sous la *Charte* non pas simplement la marque d'une rupture avec le passé, mais également le dénouement d'un mouvement de réforme amorcé au siècle dernier et visant à mettre en place les conditions d'une légalité parlementaire.

Le contrôle de la constitutionnalité appelle alors une interrogation sur les fondements théoriques de cette idée de "légalité", associée ici au contrôle hétéronome des tribunaux. Dans quelle mesure, en effet, l'idée moderne de légalité, fondée sur le paradigme de la vérité-correspondance et la quête d'une conformité objective aux exigences constitutionnelles, peut-elle être maintenue dans un contexte où la contingence du savoir et l'opacité des textes constituent les nouveaux paradigmes d'une pensée désormais qualifiée de postmoderne? Le volet théorique de l'analyse présentée dans la première partie vise à avancer une perspective qui, tout en refusant les prétentions au foundationalisme de la pensée moderne, permet néanmoins d'échapper à un scepticisme stérile. Cette perspective théorique, principalement inspirée de l'herméneutique gadamérienne, propose de substituer à l'exigence

d'“extériorité” associée à la conception moderne de la légalité, celle plus souple d'une contrainte intersubjective, qui fait appel à la tradition commune du juge et des auditoires. Cette analyse du processus interprétatif débouche alors sur un examen des deux principaux axes théoriques de notre tradition démocratique: une perspective procédurale, centrée sur l'égalité formelle des citoyens et l'expression de la souveraineté populaire à travers la mise en oeuvre du principe majoritaire, et une perspective téléologique, qui trouve son expression contemporaine dans une vision pluraliste de la représentation soucieuse d'assurer une égale sollicitude à l'égard des divers segments de la société. Ces deux approches concurrentes à l'idée de démocratie sont présentées comme fournissant une importante part des références normatives nécessaires à l'interprétation des exigences constitutionnelles relatives au droit de vote et d'éligibilité.

Le second volet de la thèse propose, à travers les thèmes successifs de l'électorat (représentés), des candidats et des partis (représentants), et enfin de l'Assemblée (représentation), une discussion des contraintes constitutionnelles découlant de la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité à l'article 3 de la *Charte*. Cette discussion vise avant tout à mettre en lumière la puissance normative des postulats implicites, des valeurs et des concepts qui, sans être exprimés par le texte de la garantie constitutionnelle, fournissent néanmoins à celle-ci les bases de son intelligibilité. L'interprétation de l'article 3 est alors présentée comme une argumentation visant à défendre la compréhension qui apparaît la plus cohérente avec ces exigences normatives constitutives de notre tradition —une interprétation dont la légitimité repose sur la reconnaissance intersubjective du bien fondé de la compréhension à la fois du texte et de la tradition qui permet de donner un sens au texte. Au-delà des positions qui y sont défendues quant aux exigences particulières de l'article 3 de la *Charte*, la discussion permet d'illustrer, en réponse au scepticisme, comment la pratique juridique comme pratique interprétative contraint les participants à prendre position sur le sens “correct” des exigences constitutionnelles. La *Charte canadienne* apparaît alors non pas comme une liste de normes canoniques au contenu prédéterminé, mais plutôt comme l'instrument d'une “maeutique” par laquelle nous sommes constamment appelés à reconstruire et à affirmer de façon explicite et publique les assises philosophiques et morales sur lesquels nous prétendons fonder notre agir collectif.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
PARTIE I — Autonomie parlementaire et légalité électorale: les conditions historiques et théoriques d'un contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité	9
Chapitre 1 — La lutte pour l'autonomie comme condition historique de la souveraineté parlementaire: autonomie parlementaire et État légal en contexte britannique et canadien	13
Section 1 - La lutte pour l'autonomie parlementaire en contexte britannique	13
Section 1.1 - Le contrôle des communes par le Roi et l'appui des tribunaux	14
A. L'émergence de l'institution représentative	14
B. Les instruments de la domination royale au XVII ^{ème} siècle.....	19
C. Le concours des tribunaux au pouvoir royal et la première révolution.....	23
Section 1.2 - La seconde révolution et la souveraineté du Parlement sur lui-même	30
A. La subjugation du pouvoir royal	30
B. Les privilèges parlementaires et la juridiction exclusive des communes sur le droit électoral	35
Section 2 - La lutte pour l'autonomie parlementaire en contexte Bas-canadien.....	47
Section 2.1 - Le régime de l' <i>Acte constitutionnel</i> de 1791	51
Section 2.2 - Les années 1800-1812 et l'autonomie de l'Assemblée au Bas-Canada.....	58
Chapitre 2 — Le développement d'un contrôle hétéronome du droit électoral et parlementaire: le défi de la légalité et l'apport de la <i>Charte canadienne</i>	71
Section 1 - Le parlementarisme moniste et le problème de la légalité électorale	72
Section 1.1 - Le monisme comme obstacle à la légalité électorale.....	73
A. Les difficultés liées aux conditions du monisme: l'autonomie juridictionnelle et le problème de la légalité électorale.....	73
B. Les difficultés liées aux conséquences du monisme: l'auto-normativité et le problème de la légalité électorale	80

Section 1.2 - L'ouverture vers une hétéronomie juridictionnelle comme amorce d'une légalité électorale.....	85
A. L'apport des réformes électorales à l'exigence de légalité.....	85
B. L'insuffisance des réformes comme réponse à l'exigence de légalité. .	97
Section 2 - Le dualisme constitutionnel et le défi de la légalité en matière électorale et parlementaire: de l'extériorité à l'intersubjectivité comme fondement de la légalité.....	106
Section 2.1 - La légalité comme «extériorité» et la question de la légitimité du contrôle judiciaire	111
A. Légalité, légitimité, extériorité: de quelques notions liées	113
1. légalité et extériorité.....	114
2. légalité et légitimité	122
B. Le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire: une impasse?	125
1. Les théories cherchant à fonder une légitimité normative du contrôle judiciaire.....	126
2. Les théories cherchant à fonder une légitimité institutionnelle du contrôle judiciaire.....	140
Section 2.2 - La légalité comme «intersubjectivité»: une approche herméneutique	146
A. Le droit comme construit intersubjectif.....	146
1. La connaissance comme interprétation au sein d'une tradition: la perspective herméneutique.....	148
2. L'herméneutique en droit et l'idée de légalité	161
a) Le constructivisme herméneutique de Dworkin.....	162
b) L'herméneutique et le dialogue avec les auditoires: l'apport de la rhétorique.....	169
c) La <i>Charte</i> comme instrument d'une maïeutique.....	176
B. Les «modèles» de la démocratie parlementaire comme fondement de la légalité constitutionnelle en matière électorale et parlementaire	182
1. L'approche procédurale et la démocratie formelle ou «mécanique»	185
2. L'approche téléologique et la démocratie «pluraliste».....	198

PARTIE II — Le droit de vote et d'éligibilité sous le régime de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>.....	221
Chapitre 1 — Les électeurs (représentés)	223
Section 1 - Souveraineté populaire, nationalité et citoyenneté: le problème des exclusions fondées sur l'«intérêt»	226
Section 1.1 - La citoyenneté	230
A. Nationalité et droits politiques dans la tradition démocratique.....	232
B. Nationalité et droits politiques sous la <i>Charte canadienne</i>	248
1. Le problème de la hiérarchie des normes	248
2. Le problème de la souveraineté nationale: la participation des nationaux est-elle exclusive?	252
Section 1.2 - Le domicile.....	260
A. Domicile et réciprocité: l'exigence de domicile simple.....	260
B. Domicile et intégration: l'exigence de domicile assortie d'une condition de durée	265
Section 2 - Volonté générale et bien commun : le problème des exclusions fondées sur la capacité	270
Section 2.1 - La capacité «intellectuelle» et le problème de l'exclusion fondée sur l'incapacité civile.....	273
Section 2.2 - la capacité «morale» et la question de l'exclusion des détenus....	279
Chapitre 2 — Les candidats et les partis politiques (représentants)	294
Section 1 - Les conditions formelles de l'éligibilité: la liberté de se porter candidat	296
Section 1.1 - La candidature indépendante.....	296
A. L'éligibilité face aux privilèges parlementaires	296
B. L'éligibilité et les restrictions prévues par la loi	306
1. les incapacités absolues.....	307
a) l'exclusion des non électeurs et l'idée de représentation.....	307
b) l'exclusion comme sanction pénale et la question de l'«indignité»	309

2. les incapacités relatives	316
a) l'incompatibilité de certains emplois avec la fonction parlementaire.....	318
b) l'incompatibilité de la fonction parlementaire avec certains emplois	321
Section 1.2 - La candidature partisane.....	325
A. La reconnaissance des partis politiques: un nouveau statut?.....	329
1. L'exclusion des partis «extrémistes».....	333
2. L'exclusion des partis voués à la destruction ou au renversement de l'État	338
B. Le droit d'un parti de choisir ses candidats: liberté partisane et discrimination	340
1. la discrimination directe et l'application de la <i>Charte</i> aux actions d'un parti politique	341
2. l'exclusion systémique: le cas des femmes.....	351
Section 2 - Les conditions matérielles de l'éligibilité: la campagne électorale et le problème de l'égalité des candidats.....	367
Section 2.1 - Les finances électorales.....	367
A. Le financement public et le problème du remboursement des dépenses des candidats.....	369
B. Le contrôle des dépenses électorales.....	383
1. les limites aux dépenses des partis et des candidats.....	384
2. les limites aux dépenses des tiers.....	390
Section 2.2 - L'accès aux médias	399
Chapitre 3 — L'Assemblée (représentation).....	409
Section 1 - L'expérience américaine sous le <i>Bill of Rights</i> et les excès de l'approche procédurale formelle	418
Section 1.1 - La question de l'égalité «quantitative»: égalité du vote ou de représentation?.....	418
Section 1.2 - Le problème de l'égalité qualitative ou du « <i>gerrymandering</i> »	423
A. L'égalité partisane.....	423

B. L'égalité raciale.....	428
1. l'égalité sous le XV ^{ème} amendement et les carences de l'approche formelle.....	428
2. les modifications de 1982 au <i>Voting Rights Act</i> et la représentation proportionnelle des minorités	430
3. la réplique conservatrice des années '90: vers une approche «gestaltiste»?	433
Section 2 - La pratique canadienne sous le régime de la <i>Charte</i> et les dangers d'une approche téléologique pluraliste.....	447
Section 2.1 - La problématique canadienne avant 1982: égalité formelle et représentation des communautés.	447
A. Le fédéralisme canadien et l'idée de représentation	447
B. La pratique du découpage électoral avant 1982 et l'érosion d'une identité locale.....	453
Section 2.2 - De l'«égalité relative» au «droit à la représentation effective»	461
A. L'affaire <i>Dixon</i> et la question de l'égalité du vote sous la <i>Charte</i>	461
B. Le <i>Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan</i> et le droit à la représentation effective de la mosaïque sociale.....	467
Section 2.3 - Vers un retour au principe de l'égalité formelle?	477
Conclusion	489
TABLE DE LA LEGISLATION	501
TABLE DES JUGEMENTS.....	509
BIBLIOGRAPHIE.....	516

Remerciements

Cette thèse est le fruit du soutien et de l'aide de plusieurs personnes, organismes et institutions envers lesquels je tiens à exprimer ma gratitude. Je veux d'abord remercier ma directrice Andrée Lajoie, à la fois pour son assistance dévouée et la liberté qu'elle a su me laisser dans l'orientation de mes recherches. À bien des égards, mon regard sur le droit porte la marque de ses enseignements. Je remercie également Isabelle, de même que mon ami Jean Leclair, pour la lecture attentionnée de ma thèse. Leurs précieuses remarques lui ont donné sa facture actuelle.

Mes travaux ont également profité du généreux soutien financier de plusieurs organismes. Je remercie à cet égard le Fonds FCAR, le CRSH, le *Canadian Law Scholarship Foundation*, et plus particulièrement la Faculté de droit de l'Université McGill dont le *Boulton Fellowship* m'a permis de travailler dans des conditions idéales. Je suis également reconnaissant envers le Centre de recherche en droit public et la Faculté de droit de l'Université de Montréal qui ont mis à ma disposition un bureau et le soutien technique nécessaire à la réalisation de cette thèse.

Introduction

Démocratie et légalité, voilà deux thèmes qui ne sont pas nouveaux. Ne sont-ils pas, d'ailleurs, quelque peu usés? Si la modernité nous les a légués comme des phares, leur éclat a pâli au point où plusieurs les tiennent aujourd'hui pour éteints. Ils font partie de ces «métarécits» que la postmodernité serait, dit-on, en voie d'enterrer. Célébration du pluralisme et de la société civile, «privatisation des problèmes sociaux»¹, dénonciation du pouvoir des majorités d'imposer leurs conceptions du monde aux minorités aliénées: voilà en quelques mots l'oraison que l'on entend, ici et là, prononcée à l'égard des institutions politiques traditionnelles, dont la perte de prestige se reflète dans la désaffection des citoyens pour la classe politique. Quant à la «légalité», le temps n'est-il pas enfin venu, après un siècle sous l'influence du réalisme américain, de passer aux choses sérieuses? L'«État de droit» est un mythe à peine bon pour des enfants crédules. L'État ne saurait, autrement que par la tautologie, être restreint par un droit dont il se proclame seul maître d'oeuvre. Et comment oublier, n'en déplaise à Hercules, ce juge mythique imaginé par Dworkin², que les juges sont de simples mortels, condamnés à insuffler dans les lois et la Constitution un sens qui ne s'y trouve pas?

Mais les idéaux de la modernité, et notamment les idéaux politiques que sont l'État de droit et la souveraineté populaire, ne se laissent pas abandonner aisément. On a beau vouloir repenser l'espace public à l'échelle locale —celle du club, du quartier, de la communauté— la nécessité de vivre ensemble, de forger des projets communs et de les mener à terme impliquent le maintien d'institutions politiques susceptibles de parler au nom de tous. Et comment assurer la formation et le fonctionnement de ces institutions, sinon en ayant recours à des règles —appelons-les juridiques— qui ne soient pas simplement l'occasion pour des juges d'imposer leur volonté arbitraire? Il faut bien admettre que si l'idéal de légalité est une proie facile à la critique, on est bien en mal d'y renoncer. D'ailleurs, et paradoxalement, alors même que l'État de droit est mis en cause et que la *Charte canadienne des droits et libertés*³ est dénoncée comme un anachronisme, n'assiste-t-on pas depuis quinze ans à une véritable explosion du discours

¹Alain TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, p. 21.

²Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

³Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* (1982, R.-U., c.11)]. Ci-après citée «la Charte».

des «droits»? Égale sollicitude, droit à la différence, liberté de croyance, de culte et d'expression ne constituent-ils pas le lexique même du discours identitaire contemporain? Quant à l'idée de «libération», à laquelle on associe parfois ce discours, ne renvoie-t-elle pas à une certaine notion de «progrès», pourtant réputée désuète? Et ces droits clamés haut et fort n'appellent-ils pas à une justification, et par là-même à une forme de «métarécit»?

Ce caractère à la fois problématique et indispensable des idéaux hérités de la modernité appelle alors à la réflexion. Celle-ci s'impose d'ailleurs aux juristes confrontés à l'application de la *Charte canadienne*. Incarnation d'une conception moderne de l'État libéral, la *Charte* peut-elle, aujourd'hui, être pensée autrement qu'en référence aux paradigmes modernes que sont, en particulier, les droits universels et la vérité comme «correspondance» à une réalité objective? Si les droits enchâssés ne reflètent pas des vérités absolues, mais plutôt des croyances particulières, contingentes, liées à une tradition, comment justifier le statut juridique qui leur est accordé? Et quel sens peut-on alors donner à l'idéal de légalité, dès lors que l'on admet, au plan épistémologique, que le juge n'a pas accès au sens des normes enchâssées, que le langage employé pour exprimer les garanties constitutionnelles est non seulement vague, mais irrémédiablement opaque, c'est-à-dire dépourvu de cette *transparence* qui permettrait une connaissance objective du sens de la norme et de sa portée?

Bien que ces questions soient d'un caractère général, elles se posent avec une acuité particulière lorsqu'il s'agit d'examiner, comme je le propose ici, la portée du droit de vote et d'éligibilité reconnu à l'article 3 de la *Charte canadienne*. Adoptée sans soulever de véritable discussion⁴, cette disposition semblait sans doute «inobjectable», simple confirmation d'un acquis de longue date, incrusté dans notre tradition politique et apparemment menacé de nulle part. La reconnaissance constitutionnelle du droit de vote en 1982, enterrée, entre autres, par le tumulte des revendications relatives au droit à l'égalité et le conflit politique entourant le rapatriement de la Constitution, avait alors les allures d'une clause de style: la Constitution

⁴Tout au plus, devant le comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes, s'interrogea-t-on sur la question de savoir s'il était opportun de spécifier, à même la disposition, que des restrictions raisonnables au droit de vote (notamment en ce qui a trait à l'âge) pouvaient être valablement apportées. On conclut à cet égard que l'article premier de la *Charte* était suffisant. Voir: CANADA, COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LA CONSTITUTION DU CANADA (1980-81), *Procès verbaux et témoignages du Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada*, Ottawa, 32^e législature, 1980/81, fascicules 1-57, et en particulier le fascicule 43 aux pp. 80 à 90.

moderne d'une démocratie libérale exigeait son insertion dans le texte de la *Charte*. Cette insertion n'avait d'ailleurs sans doute pas pour but d'opérer un véritable changement, mais plutôt, à l'inverse, de consacrer formellement ce qui avait été considéré depuis plus de deux cents ans comme le plus important legs de l'empire britannique et, dans une large mesure, la pierre de touche de l'identité canadienne: la démocratie parlementaire⁵. Ainsi, avant toute chose, cette consécration se voulait une mesure préservatrice d'un acquis précieux et affirmative d'une identité politique. Dans cette *Charte*, avec laquelle il faudrait maintenant réinventer la souveraineté parlementaire, le droit de vote et d'éligibilité se présentait comme l'élément de continuité.

Suivant les termes consacrés à l'article 3, «[t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales». Disposition trompeuse par son apparence «innocuité», l'article 3 ouvre en réalité la porte à un bouleversement significatif de l'ordre constitutionnel. Certes, cette disposition vient désormais placer des balises et des limites à l'exercice de la souveraineté parlementaire —en cela, le droit de vote et d'éligibilité ne se distingue toutefois pas des autres droits garantis par la *Charte* en 1982. Outre le fait qu'il ne peut faire l'objet d'une clause dérogatoire⁶, la singularité de l'article 3 tient plutôt à son objet et au rapport particulier qu'il instaure entre les branches législative et judiciaire. Norme portant sur le processus électoral, elle vient régir des règles ayant elles-mêmes un caractère «organique», et impose à l'État une contrainte qui s'apparente moins à une limite d'agir qu'à une obligation positive de faire, c'est-à-dire de mettre en place une structure procédurale conforme à certains principes.

Ce faisant, l'article 3 de la *Charte* confère aux tribunaux non seulement le pouvoir de s'opposer au pouvoir législatif, mais aussi, en même temps, celui de veiller au mode de formation des assemblées titulaires de ce pouvoir. L'article 3 de la *Charte* vient ainsi mettre en cause, d'une façon clairement particulière, les notions traditionnelles de souveraineté et de suprématie parlementaire —notions connexes mais distinctes, qui forment le noyau dur du concept britannique de «primauté du droit». Notions connexes, d'une part, puisque c'est à la suprématie du Parlement sur les autres organes de l'État que l'on doit à la fois sa souveraineté,

⁵ Voir à cet égard: Alan C. CAIRNS, *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1992, et en particulier le Chap. 1.

⁶ L'article 33 de la *Charte* permet en effet de déroger, par le moyen d'une mention législative expresse, aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*, excluant ainsi l'article 3.

c'est-à-dire sa capacité traditionnellement illimitée d'agir par voie législative et la primauté de la loi qui en est le corollaire. Il s'agit là, pour le juriste, de notions familières. Notions connexes, également, puisque —et cet élément touche directement à nos préoccupations— la suprématie du Parlement sur les organes exécutif et judiciaire apparaît historiquement comme tributaire de son *autonomie* à l'égard de ces mêmes organes, laquelle est, à son tour, fonction de la mesure dans laquelle le Parlement est souverain sur les conditions de son existence, c'est-à-dire sur les règles relatives à sa formation et son fonctionnement. Il y a donc, du point de vue historique, double connexité: la souveraineté générale du Parlement étant le fait de sa suprématie, et, par une forme de réciprocité, sa suprématie étant historiquement tributaire d'une souveraineté beaucoup plus spécifique, mais fondamentale, celle qui porte sur le droit électoral et parlementaire, et qui assure son autonomie à l'encontre des autres branches de l'État.

Ce rapport structurel entre les diverses branches de l'État, mis en place aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles en Angleterre au terme de deux révolutions, puis transposé au Canada dans le contexte colonial, se trouve nécessairement menacé par l'introduction, à travers l'article 3 de la *Charte*, d'un contrôle judiciaire de la validité du droit électoral. On comprend, sous cet angle, la réticence exprimée par la Cour suprême dans les affaires *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*⁷ et *New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*⁸ à opérer un contrôle sur l'organisation même de l'assemblée. S'exprimant au nom des juges l'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci, la juge McLachlin écrit dans cette dernière affaire:

«En l'absence de termes spécifiques contraires dans la *Charte*, on ne saurait écarter à la légère la longue tradition de retenue judiciaire à l'égard de l'indépendance de l'organisme législatif et des droits nécessaires au fonctionnement de cet organisme, même en admettant que nos notions de ce que peuvent faire les acteurs gouvernementaux ont beaucoup changé depuis l'adoption et l'enchâssement de la *Charte*»⁹.

Il semble dès lors impossible de s'intéresser à la question du contrôle judiciaire du droit électoral et parlementaire sous la *Charte canadienne* sans, au préalable, tenter un examen de l'évolution historique des rapports entre les tribunaux et les représentants du peuple sur la

⁷[1991] 3 W.W.R. 593 (C.A. Sask.); [1991] 2 R.C.S. 158.

⁸[1993] 1 R.C.S. 319.

⁹*Idem*, p. 372.

question de l'autonomie parlementaire. C'est ce que j'ai d'abord voulu faire dans la première partie de ma thèse.

Pour saisir les implications de cette évolution, il m'est apparu nécessaire de ne pas me contenter d'indiquer la distance qui sépare le contrôle rendu possible par la *Charte* de l'autonomie dont jouissait auparavant la Chambre basse, ni d'indiquer sommairement les grandes lignes du changement encouru. Devant la réticence des tribunaux à exercer un contrôle du droit électoral et parlementaire, il ne suffit donc pas de poser simplement le fait que l'autonomie parlementaire en matière électorale —affirmée, en Angleterre, dans le contexte de la seconde révolution et, au Bas-Canada, dans celui de la lutte qui opposa le gouvernement anglais aux représentants canadiens— relève d'une époque constitutionnelle révolue. Comprendre la contingence du contrôle proposé, ou rendu possible, par la *Charte canadienne*, exige davantage. Il faut, pour en saisir la nécessité et les implications, s'imprégner de l'évolution du droit relatif au contrôle des règles électorales et parlementaires. Cela exige d'aborder la question du rapport entre les tribunaux et le Parlement en matière électorale sous le mode du récit, afin de comprendre les motifs historiques qui expliquent l'état et les mutations de ce rapport institutionnel. C'est, en effet, dans la dynamique de cette évolution, comme je tenterai de le montrer, que s'insère chez nous le contrôle judiciaire du droit électoral et parlementaire sous le régime de la *Charte canadienne*. Si l'histoire est avant tout affaire de mouvement, il est alors nécessaire, pour s'en faire une idée juste, de la saisir au vol.

Toutefois, cet exposé des conditions historiques qui mènent d'une autonomie parlementaire à une légalité électorale, ne saurait lui-même suffire pour saisir les implications profondes du contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité. Parler, au sujet de ce contrôle, d'une «légalité électorale», exige que l'on puisse formuler ne serait-ce qu'une esquisse de ce qu'on entend par «légalité» et des conditions théoriques justifiant l'emploi de ce terme en référence au contrôle judiciaire de la constitutionnalité. On doit, en particulier, se demander s'il est possible de préserver l'idéal de légalité qui sous-tend le contrôle judiciaire des droits fondamentaux, dans un contexte où on récuse désormais les prétentions à l'objectivité qui sont à la base des théories jusnaturalistes et positivistes, et qui supposent l'accès à une «vérité du texte» qui soit, en quelque sorte, «extérieure» à l'interprète.

Ma démarche face à cette question inéluctable m'a alors conduit à emprunter la voie de l'herméneutique, telle qu'elle se présente en particulier chez Gadamer, mais en tenant compte

également de la pensée d'autres auteurs comme Perelman, Fish et Dworkin. Le point de vue que je cherche à défendre ici à l'encontre du scepticisme est que, dans une perspective pragmatique, notre rattachement à une situation historique contingente fournit à l'interprète un certain nombre de «préjugés», qui découlent de son insertion dans une tradition (langagière, politique, juridique, morale) et qui lui permettent non seulement une certaine compréhension de la norme à laquelle il est confronté, mais aussi de défendre cette interprétation comme étant «correcte». Ce processus interprétatif, fondé sur une compréhension du texte qui fait appel à l'intersubjectivité du juge et des auditoires auquel s'adresse le juge, permet, selon moi, de reformuler l'idée moderne de légalité en substituant à la notion forte d'«extériorité», ou de contrainte extérieure, celle, plus souple, d'intersubjectivité.

Cette première partie de ma thèse, divisée en deux chapitres suivant les thèmes antinomiques de l'autonomie et de la légalité, vise ainsi à établir de façon préalable ce que j'ai appelé les conditions historiques et théoriques du contrôle judiciaire en matière électorale. L'importance que j'ai accordée à ces «conditions historiques et théoriques» du contrôle judiciaire —la moitié de ma thèse, mais sans doute les trois quarts des efforts de recherche et de réflexion— traduit un certain parti pris constructiviste que j'ai adopté au départ de ma démarche. J'entends simplement par là que j'ai voulu montrer, autant que cela m'a été possible, le caractère «construit» du droit, et plus spécifiquement ici du problème du contrôle judiciaire du droit électoral sous la *Charte*, en insistant sur sa contingence et en tentant de dégager, à travers l'histoire, la théorie du droit et la philosophie politique, les éléments par lesquels l'objet que je me suis donné pour étude acquiert son intelligibilité dans le contexte constitutionnel et politique qui est le nôtre.

La seconde partie de ma thèse, divisée en trois chapitres suivant les thèmes successifs de l'électorat (représentés), des candidats et des partis (représentants) et de l'Assemblée (représentation), vise alors, de façon plus concrète, à examiner les implications possibles de la reconnaissance constitutionnelle du droit de vote et d'éligibilité à l'égard des principales facettes du processus électoral canadien et québécois. Si l'analyse présentée dans cette seconde partie s'apparente davantage à une dogmatique juridique traditionnelle, on aurait cependant tort de s'attendre à y trouver une forme de «traité» du droit électoral.

Je n'entends pas, il va sans dire, discuter de l'ensemble des questions électorales susceptibles d'être envisagées sous l'angle de la *Charte*, même en limitant mon étude à l'article

3. Quant aux thèmes que j'ai choisi d'aborder —qui m'apparaissent être les thèmes fondamentaux liés au vote, à l'éligibilité et à la représentation— mon objectif n'a pas été de présenter une analyse exhaustive de chacune des questions s'y rapportant, et encore moins de prétendre formuler à leur égard des réponses définitives. J'ai plutôt voulu examiner les principales questions soulevées par le droit de vote et d'éligibilité en tentant de voir comment, dans une perspective herméneutique, les différents visages de notre tradition politique —et en particulier, mais non exclusivement, les deux axes que sont, d'une part, l'opposition entre l'autonomie institutionnelle et l'idéal de légalité, et, d'autre part, l'opposition entre les conceptions procédurales et téléologiques de la démocratie— participent à la compréhension des exigences constitutionnelles à l'égard du processus électoral en fournissant des références normatives qui permettent de formuler et de défendre des interprétations particulières de l'article 3 comme étant «correctes».

Cet appel à la tradition comme fondement intersubjectif du droit ne saurait toutefois être entendu comme impliquant une forme d'acceptation passive, une simple *reproduction* de croyances transmises et appliquées suivant un mode «mécaniste». La tradition n'est ni univoque, ni immuable, et c'est là sans doute un des éléments qui ressortira le plus clairement de mon analyse. Les questions de signification soulevées par l'application de la *Charte* se posent à nous précisément lorsque la tradition présente des éléments contradictoires, des points de dissension ou de rupture. Certaines questions ne se posent plus, comme l'exclusion des pauvres, parce que notre tradition fournit à leur égard des assises qui sont devenues suffisamment solides pour correspondre à une forme d'évidence. D'autres, au contraire, se posent aujourd'hui d'une manière qui n'était pas envisageable autrefois. Le pluralisme de notre société et notre engagement à construire un État polyculturel fondé sur la tolérance viennent ainsi mettre en cause l'idée d'État-nation, sur laquelle s'est construite la démocratie moderne, ou encore de citoyenneté, conçue dans la tradition libérale comme unité abstraite et indifférenciée, justifiant par là même le recours au principe majoritaire. Surgissent alors des questions portant sur les modes de représentation, ou encore sur l'exclusion politique des étrangers domiciliés sur le territoire de l'État. L'interprétation de la *Charte* nous oblige ainsi à confronter les nouvelles tensions qui émergent sans cesse au sein de notre tradition, à choisir et à défendre les points de vue qui nous semblent fournir la compréhension la plus cohérente avec nos engagements politiques et moraux les plus forts. J'entends à cet égard défendre l'idée que si la *Charte* ne garantit ni l'objectivité ni la pérennité de nos choix, elle oblige toutefois à articuler de façon explicite et publique les assises philosophiques et morales sur lesquels nous

prétendons fonder notre agir collectif. La *Charte* constitue ainsi l'instrument d'une «maïeutique», qui fait appel non pas à des essences fondationnelles immuables, mais à des engagements moraux et politiques contingents, dont la force normative est ancrée dans des traditions de croyances, constitutifs des «horizons de signification» qui permettent de voir dans l'entreprise juridique beaucoup plus que la simple assertion du pouvoir arbitraire des juges. C'est avant tout cette dimension que j'ai voulu explorer à travers l'examen du droit de vote et d'éligibilité.

Avant de clore cette introduction, il est toutefois prudent d'apporter certaines précisions et de tempérer quelque peu les prétentions que l'on serait peut-être enclin à imputer à ma démarche. Les multiples facettes —juridiques, théoriques, historiques, philosophiques— de l'analyse que je propose ici sont sans doute de nature à soulever la suspicion. À une époque qui n'est plus celle de l'Encyclopédie, il se peut même que l'entreprise fasse sourire. Ce serait toutefois se méprendre sur les ambitions qui ont animé mes efforts. Chacun des thèmes et des sous-thèmes qui composent cette thèse pourrait certes faire l'objet d'une thèse entière. Mais cela n'est-il pas toujours le cas? À partir d'un mot ou d'une idée comme «citoyenneté» ou «légalité», ne voit-on pas les études les plus approfondies s'étendre sans épuiser le sujet? Mais reconnaître cela c'est aussi reconnaître que toute analyse, aussi précis que soit son objet, est également une vue d'ensemble, ne serait-ce que de façon implicite, des facteurs qui conditionnent son intelligibilité.

L'étude que je propose ici n'est pas plus ambitieuse. Elle prend pour thème une disposition spécifique de la *Charte canadienne*, le droit de vote et d'éligibilité, et cherche non pas à épuiser l'étendue de ses implications juridiques potentielles, mais plutôt à proposer une certaine vision des fondements et des enjeux du contrôle judiciaire en matière électorale. Pour cela j'ai dû regarder tantôt du côté de l'histoire constitutionnelle, tantôt du côté de la théorie du droit et de la philosophie politique. En aucun de ces domaines je n'ai prétendu à l'expertise ou à l'exhaustivité. Ma seule prétention est d'y avoir regardé en défendant l'idée qu'en matière de droit électoral, comme dans les autres domaines du droit, les édifices que l'on construit sont faits de matériaux empruntés.

PARTIE I

Autonomie parlementaire et légalité électorale: les conditions historiques et théoriques d'un contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité

Par la reconnaissance, à son article 3, du droit de vote et d'éligibilité, la *Charte canadienne* consacre formellement ce qui constitue peut-être l'acquis le plus fondamental de notre tradition constitutionnelle: la démocratie parlementaire. Pourtant, comme je l'ai indiqué en introduction, cette reconnaissance est également la marque d'une importante rupture. Devant l'idée d'un contrôle judiciaire de la validité des règles électorales, les juges du siècle dernier auraient, sans aucun doute, crié à l'horreur. Ils l'ont fait, comme on le verra, pour beaucoup moins. Lorsqu'on leur demanda en 1857 de simplement entendre des témoignages portant sur la contestation d'élections, certains ont carrément refusé le rôle, protestant que leur réputation et leur dignité en serait irrémédiablement entachées. Il faut dire que les moeurs électorales de l'époque justifiaient que l'on veuille se tenir à l'écart des élections. Elles étaient avant tout (on le verra aussi) affaire d'influence, d'intimidation et de corruption. Quant au droit, sa place n'y était pas évidente.

Tel avait été, à une certaine époque, le prix à payer pour assurer l'autonomie et la souveraineté parlementaire. Si la loi, expression de la volonté et de la sagesse des élus, avait acquis un caractère sacré, c'est parce que les députés avaient réussi à se faire reconnaître collectivement un statut analogue. En Angleterre, deux révolutions avaient montré au Roi que les Communes ne se contenteraient plus d'un rôle subalterne et qu'il ferait bien de se tenir à l'écart des affaires de la Chambre, notamment en ce qui concerne l'élection des députés. Quant aux tribunaux, en leur apportant la garantie d'une indépendance face à la Couronne, l'*Act of Settlement*¹⁰ leur avait enseigné qu'ils trouveraient également leur compte dans ce nouvel ordre constitutionnel. Ces leçons traversèrent l'Atlantique. L'autonomie parlementaire est ainsi devenue, non sans peine, une des caractéristiques fondamentales de l'ordre constitutionnel dont nous avons hérité. C'est donc de cette autonomie dont il sera d'abord question dans le premier chapitre, où j'aborde tout à tour les conditions de son avènement en Angleterre et au Canada.

¹⁰*An Act for the further Limitation of the Crown and Better Securing of the Rights and Liberties of the subject* (1701), 12 & 13 Guil. III, R.-U., c. 2 (ci-après: l'"*Act of Settlement*").

Cette autonomie s'avéra toutefois, et assez rapidement, des plus problématiques. Face à l'ampleur de la corruption électorale qui sévissait tant en Angleterre que chez nous, et peut-être plus encore au Bas-Canada¹¹, il a fallu amorcer une réforme: prévoir des règles plus précises pour garantir la liberté du scrutin, interdire certaines pratiques devenues trop courantes, dresser des listes électorales, assurer le secret du vote. Mais cette volonté de "légaliser" les élections exigeait aussi, et peut-être surtout, que l'on accepte l'intervention d'un tiers et que l'on renonce à une totale autonomie. C'est ainsi que, dans un mouvement de réforme qui débute au milieu du XIX^{ème} siècle et qui s'étend jusqu'à aujourd'hui, on voit s'installer les bases d'une hétéronomie: attribution aux juges d'une juridiction sur le contentieux électoral; création du poste de Directeur général des élections chargé de veiller, de façon impartiale, au déroulement du scrutin; établissement de commissions indépendantes pour effectuer la révision des circonscriptions électorales. Ces mesures ont ainsi, par l'intervention de tiers, permis que les règles régissant l'élection des députés échappent, du moins dans leur application, à l'emprise des élus. Cette hétéronomie, dont le second chapitre permettra de tracer l'avènement progressif en Angleterre et au Canada, se voit désormais chez nous complétée, depuis 1982, par la possibilité d'un contrôle externe encore plus significatif: celui que les juges, en vertu de la *Charte canadienne* et en particulier de son article 3, peuvent désormais prétendre exercer sur la substance même des règles régissant les élections.

Mais dans quelle mesure, et à quel titre, peut-on associer comme je le fais ici les idées de légalité et d'hétéronomie? Et plus spécifiquement, s'agissant des exigences de la *Charte* à l'égard des normes électorales, comment l'interprétation judiciaire d'une disposition telle que l'article 3 peut-elle être assimilée à l'idée de légalité? Il faut, en effet, reconnaître que l'affirmation du droit de vote et d'éligibilité ne fournit que très peu d'indications sur l'étendue exacte des droits conférés. Même des termes apparemment banals comme "voter", ou être "éligible", c'est-à-dire des termes que l'on ne serait pas *a priori* enclin à ranger dans la catégorie des notions floues, apparaissent soudainement problématiques lorsqu'il s'agit de préciser leur portée normative. L'article 3 permet-il, par exemple, de revendiquer un mode de scrutin particulier, ou un certain aménagement de la carte électorale? Le fait que le droit de

¹¹C'est, du moins, l'opinion de l'historien John Garner selon qui la corruption et la fraude électorale, bien que généralisée dans les colonies anglaises d'Amérique, était au Bas-Canada d'un niveau sans égal. Voir: John GARNER, *The Franchise and Politics in British North America, 1755-1867*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

vote soit accordé aux “citoyens” implique-t-il l'exclusion obligatoire des étrangers? L'éligibilité inclut-elle le droit d'appartenir à un parti politique? Et qu'en est-il du financement public des dépenses électorales, ou encore de l'accès aux médias? À la plupart des questions essentielles relatives au mode d'organisation des élections, on constate que l'article 3 n'offre aucune réponse évidente, et qu'il est, au contraire, possible d'avancer une multitude de réponses divergentes.

On sent pourtant que l'idée d'une “légalité” électorale mesurée à l'aune de l'article 3 ne permet pas d'accepter toutes les interprétations comme étant également valables. D'ailleurs, certaines questions ne connaissent-elles pas de réponses “évidentes” au point de sembler indiscutables, et ce malgré le “silence” de l'article 3 à leur égard? Sans doute personne ne s'opposerait à l'invalidité constitutionnelle d'un régime dans lequel le vote des uns serait compté comme ayant dix fois la valeur du vote des autres, ou encore à l'invalidité d'un scrutin organisé sur le mode d'une loterie par laquelle les élus seraient choisis au hasard en pigeant parmi les bulletins déposés par les électeurs¹². On chercherait cependant en vain dans le texte de la Constitution les éléments qui permettraient d'expliquer pourquoi telle réponse ou telle interprétation s'impose de façon “manifeste”. Si le droit de vote s'oppose à ce que le vote des uns soit supérieur au vote des autres, c'est que notre tradition politique fonde la démocratie sur l'égalité formelle des citoyens, et que c'est bien cette tradition qui permet de donner un quelconque sens au droit de vote. De même, si l'élection sur le mode de la loterie apparaît comme une entorse à l'article 3, n'est-ce pas parce que l'idée que nous nous faisons aujourd'hui de la démocratie implique non seulement une égalité formelle, mais aussi l'idée de souveraineté populaire comme incarnation de la volonté de l'électorat exprimée à travers le suffrage?

¹²Il est à cet égard intéressant de souligner que, pour Aristote et ses contemporains, l'allocation des charges par voie de loterie était la seule procédure compatible avec l'idée de démocratie comme signifiant l'égalité des citoyens. La procédure de vote, qui semble pour nous “manifestement” compatible avec l'idée de démocratie, était, au contraire, vue comme oligarchique, car elle favorisait les meilleurs au détriment des moins bons (voir: ARISTOTE, *Politique*, texte français présenté et annoté par Marcel Prélôt, Paris, P.U.F., 1950, p. 94. Voir également: Ross HARRISON, *Democracy*, Londres/New York, Routledge, 1993, p. 20). L'élection au hasard prévalait ainsi pour la célèbre Héliee (tribunal populaire), de même que pour la Boulê (assemblée représentative assurant notamment la préparation des délibérations de l'Ecclesia, l'assemblée populaire).

À défaut d'essence immuable, l'idée de démocratie renvoie alors à un écheveau de valeurs et de pratiques, qui nous permettent aujourd'hui de donner substance à notre engagement démocratique et aux exigences constitutionnelles qui en découlent. C'est dans cette optique que je conclus le second chapitre de ce premier volet de ma thèse par un examen de ce qui m'apparaît être les deux axes fondamentaux du discours démocratique de notre tradition libérale. Il s'agit, d'une part, d'une perspective que je qualifie de "procédurale" et qui se fonde sur les idées distinctes mais connexes d'égalité formelle et de souveraineté populaire. Il s'agit, en second lieu, d'une perspective "téléologique", qui ne s'intéresse pas tant au caractère juste de la procédure électorale considérée pour elle-même, qu'aux qualités particulières de l'assemblée parlementaire qui sont susceptibles de découler d'une certaine procédure électorale. J'examinerai notamment comment cette perspective téléologique sous-tend, dans le contexte contemporain, un certain discours pluraliste désireux d'assurer un gouvernement sensible à la diversité de points de vue et d'identités constitutives de notre société. Mon but est cependant, d'une façon plus générale, de dégager ce qui m'apparaît être les deux grandes lignes argumentatives susceptibles de fournir les références normatives nécessaires à l'interprétation du droit de vote et d'éligibilité, et de montrer comment ces deux perspectives se rattachent à notre tradition politique.

Ce premier volet de ma thèse vise ainsi à examiner de façon préalable les conditions non seulement historiques, mais aussi théoriques et philosophiques, qui sous-tendent le contrôle judiciaire du droit électoral sous le régime de la *Charte*.

Chapitre 1 — La lutte pour l'autonomie comme condition historique de la souveraineté parlementaire: autonomie parlementaire et État légal en contexte britannique et canadien

Jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, tant en Angleterre qu'au Canada, le mode de formation des assemblées parlementaires et les règles relatives aux élections ne se trouvaient, pour l'essentiel, ni dans la loi, ni dans la *common law* telle que formulée par les décisions des tribunaux judiciaires. En autant que l'on pouvait parler d'un droit électoral, ce droit était largement le fruit de la pratique et des décisions prises par la Chambre des communes en Angleterre dans le contexte de litiges électoraux^{12a}. Ces règles non écrites formaient ainsi un corpus indépendant de la *common law* et administré par la Chambre elle-même dans l'exercice de ses privilèges parlementaires. Comme on le verra ci-après, c'est, dans une très grande mesure, cette autonomie de la Chambre quant à sa formation et son fonctionnement qui lui a permis de s'imposer politiquement face au pouvoir monarchique et qui a mené à la souveraineté parlementaire que nous connaissons. Pour comprendre le bouleversement constitutionnel qu'implique, au Canada, un contrôle judiciaire du droit électoral sous la *Charte*, il est donc nécessaire au préalable de se faire une idée de l'importance fondamentale qu'a jouée, dans l'histoire du parlementarisme britannique et canadien, la lutte des parlementaires pour l'autonomie à l'égard des autres branches de l'État.

Section 1 - La lutte pour l'autonomie parlementaire en contexte britannique

S'il est vrai que la Constitution britannique, dépourvue d'un document unique ou principal établissant les structures essentielles de l'État, tend à se confondre avec l'histoire de ses institutions politiques, il faut reconnaître que les événements qui ont marqué le XVII^{ème} siècle occupent à cet égard une place centrale. À travers deux révolutions qui opposèrent les députés aux Stuart, le XVII^{ème} siècle permit au Parlement de s'imposer comme institution politique dominante. Lorsque débute le siècle, un professeur de Cambridge pouvait encore affirmer:

“Le Roi est supérieur au droit de par son pouvoir absolu, et bien que, pour en améliorer et en égaliser l'élaboration, il admette trois États, les lords spirituels, les

^{12a}Voir ainsi: Francis Newman ROGERS, *The Law and Practice of Election and Election Committees*, Londres, Stevens & Norton, 1841.

lords temporels et les Communes en conseil, néanmoins de l'avis de divers hommes forts savants, cela n'est pas contrainte, mais de par sa propre bienveillance”¹³.

Lorsque se termine le siècle, le dernier Roi anglais de droit divin a pris la fuite, et le Parlement dépose sur le trône le monarque de son choix. Le Parlement aura alors réussi à établir son autonomie et, par là même, à imposer sa souveraineté.

Section 1.1 - Le contrôle des Communes par le Roi et l'appui des tribunaux

S'agissant d'examiner la lutte pour l'affirmation de la suprématie parlementaire, je désire d'abord rappeler, très sommairement, comment fut amenée cette institution et quel en était le statut au début du règne des Stuart, afin de fixer les conditions dans lesquelles la lutte se déroula, de même que ses enjeux.

A. L'émergence de l'institution représentative

Comme c'est le cas pour chaque chose dont l'avènement est le fruit d'une lente et constante progression, il est difficile de fixer dans le temps l'apparition de l'institution parlementaire. Suivant que l'on s'y intéresse à titre d'institution démocratique ou à titre d'organe législatif, la date choisie variera considérablement. Comme organe législatif, on peut avancer le XIV^{ème} siècle, puisqu'à ce moment l'assentiment du Parlement aux lois était devenu coutumier; ou encore le XV^{ème} siècle, puisque c'est à cette époque que les lois furent d'abord rédigées par le Parlement puis soumises à la sanction royale¹⁴; voire même le

¹³Citation tirée de Jean BEAUTÉ, *Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke 1552-1634. Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975, p. 42.

¹⁴Joseph Maingot fait ainsi remonter la fonction législative du Parlement à la période Tudor au XV^{ème} siècle. Voir: Joseph MAINGOT, *Le privilège parlementaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 197. C'est aussi le cas de Charles McIlwain, pour qui les fonctions parlementaires avant cette date étaient de nature essentiellement adjudicative (Charles Howard McILWAIN, *The High Court of Parliament and its Supremacy, an Historical Essay on the Boundaries Between Legislation and Adjudication in England*, New Haven, Yale University Press, 1910, p. 109). Sur l'évolution de la conception du pouvoir législatif à cette époque, voir également: Desmond MANDERSON, “Statuta v. Acts: Interpretation, Music, and Early English Legislation” (1995) 7 *Yale Journal of Law and the Humanities* 317.

XVII^{ème}, puisque c'est à cette période que l'assentiment du Parlement à l'ensemble des lois fut définitivement établi comme indispensable à leur validité. Par ailleurs, à titre d'institution démocratique (dans un sens qui serait vaguement acceptable de nos jours), on ne peut faire remonter le Parlement guère plus loin que le XIX^{ème} siècle, et il ne serait certes pas injustifié de repousser la date au XX^{ème} siècle dans la mesure où c'est à ce moment que l'électorat s'étendit à la majorité de la population adulte par l'admission du vote des femmes. C'est sans doute en ce sens que Boutmy écrivit, en 1887, que la démocratie s'était "appropriée" le régime parlementaire¹⁵. Mais il faut remonter au XII^{ème} siècle pour découvrir les origines premières de l'institution parlementaire.

À partir du XII^{ème} siècle, en effet, le Roi, qui cumule alors les fonctions législative, exécutive et judiciaire, gouverne avec l'assistance du *Curia regis* ou *Concilium regis*. Ce conseil est formé des officiers du Roi et de la noblesse terrienne, c'est-à-dire les grands seigneurs —liés au service du Roi par la tenure seigneuriale— qui sont convoqués individuellement, et les seigneurs secondaires (*barones minores*), qui sont convoqués par avis général¹⁶. Anson attribue l'avènement d'un mécanisme de représentation plus large à l'apparition de l'impôt sur les biens mobiliers sous Henri II, dans la seconde moitié du XII^{ème} siècle: "[R]epresentative men of each township were chosen to determine the liabilities of the tax-payers, and here we get the beginning of the connexion between taxation and representation"¹⁷. En 1215, l'article 12 de la *Grande Charte* de Jean sans Terre prévoit qu'aucun impôt ne sera levé sans le consentement du "common counsel of our kingdom"¹⁸. Ce conseil est défini à l'article 14 qui prévoit la convocation du clergé (évêques, archevêques et abbés), des comtes, des grands barons et de tout ceux qui détiennent des terres directement du Roi. Ces dispositions de la *Magna Carta* disparaîtront des Chartres subséquentes¹⁹ et, de

¹⁵Emile BOUTMY, *Le développement de la Constitution en Angleterre*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie., 1887, pp. 285-286.

¹⁶Voir: Sir William ANSON, *The Law and the Custom of the Constitution*, Vol I, 5^è éd. par Maurice L. Gwyer, Oxford, Clarendon Press, 1920, pp.48-49.

¹⁷*Idem*, p. 27.

¹⁸*Magna Carta*, art. 12, tirée de: Carl STEPHENSON et Frederick George MARCHAM, *Sources of English Constitutional History*, Harpers Historical Series, New York, Evanston et Londres, Harper & Brothers, 1937, p. 117.

¹⁹Voir Michael EVANS et Ian JACK, *Sources of English Legal and Constitutional History*, Toronto, Butterworths, 1984, pp. 55 et suiv.

fait, la question du pouvoir royal de taxer de façon autonome ne sera en définitive résolue qu'au XVII^{ème} siècle avec la première guerre civile dont elle sera l'élément déclencheur. Néanmoins, les XII^{ème} et XIII^{ème} siècles voient l'instauration d'un mécanisme de représentation qui ne disparaîtra pas. Il s'agit là d'une assemblée passablement restreinte, ne siégeant que de façon exceptionnelle, mais qui constitue le germe de la représentation parlementaire.

De façon occasionnelle, à partir du XIII^{ème} siècle, sont convoqués, en plus du *Concilium regis* "ordinaire" ou restreint, le clergé et les "communes", composés des chevaliers de chaque comté (élus par les *barones minores* et les propriétaires en tenure libre) et des représentants des citoyens et des bourgeois des cités et des bourgs: c'est la représentation des trois "états"²⁰. C'est, en toute vraisemblance, de cette époque que datent les premières élections, bien que leurs modalités exactes et leur étendue demeurent mal connues²¹. C'est aussi à cette époque que le terme "parlement" apparaît, désignant cependant les assemblées particulières du Conseil, et non l'institution elle-même²². De là découle aussi la distinction

²⁰Suivant Guizot, à cette époque une partie importante des barons avait cessé de participer au *Concilium regis*, qui était progressivement devenu l'apanage d'une poignée de grands barons. Techniquement admissibles, les *barones minores* (qui détenaient leurs terres directement du Roi) y étaient dépourvus de toute influence en raison de la faible étendue de leurs possessions foncières, de sorte qu'ils n'exerçaient d'activités politiques et administratives qu'au niveau local. Ils se mêlèrent alors avec une autre classe de propriétaires qui relevaient quant à eux des grands barons, mais dont l'étendue des propriétés était souvent considérable. Selon Guizot, la première représentation parlementaire de ce groupe hétérogène de propriétaires fonciers remonte à 1225 (Voir: François GUIZOT, *History of the Origins of Representative Government in Europe*, traduit du français par Andrew Scoble, Londres, Henry G. Bohn, 1852, pp. 350 et suiv.). Georges Lefebvre fait remarquer à cet égard que, contrairement à l'opinion commune, la représentation politique, bien que liée à la propriété, n'est pas purement féodale puisque, les Communes ne regroupent pas uniquement des individus détenant des terres directement du Roi (Voir la note de Lefebvre dans: William STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, vol. 3, Traduit de l'anglais par George Lefebvre, Paris, Marcel Girard, 1927, p. 810). Quant au clergé, sa représentation parlementaire remonterait à XIII^{ème} siècle sous Edouard I^{er} (*Idem*, p. 372. Voir également: Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 50).

²¹Voir: Bryce LYON, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, New York, Harper & Brothers, 1960, pp. 543 et suiv.; de même que M. GUIZOT, *op. cit.*, note 20, pp. 377 et suiv.

²²Voir la note de George Lefebvre dans: W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, p. 812, de même que Sir. W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 29. La date précise de l'apparition de l'expression "parlement" varie selon les auteurs. Smith rapporte que c'est en 1246 que le terme "parlement" est mentionné pour la première fois en relation avec une assemblée nationale,

entre la “Couronne en Conseil” et la “Couronne en son Parlement”, bien que les fonctions législative, exécutive et judiciaire demeurent confondues²³. Quant à la distinction entre la Chambre haute et la Chambre basse, elle demeure sujet de discorde: certains affirment que les deux chambres ont de tout temps siégé séparément²⁴, tandis que d'autres font remonter la séparation du Parlement en deux chambres au XIV^{ème} siècle sous le règne d'Edouard III²⁵.

Au Moyen âge, à l'exception des grands barons qui y trouvent un intérêt direct, la députation est considérée comme une charge. On avait, écrit Stubbs, “beaucoup de difficulté à trouver des membres dûment qualifiés et les juristes seuls cherchaient les mandats parlementaires parce qu'ils leur permettaient d'expédier les affaires de leurs clients à Londres, tout en recevant des gages comme chevaliers du comté”²⁶. Il était également difficile de s'assurer que les députés se présenteraient en Parlement, de sorte que l'on prenait des cautions pour garantir leur présence²⁷. Il n'est pas surprenant, dans ces circonstances, que les membres du Parlement proviennent tous de la noblesse foncière. Il faudra attendre beaucoup plus tard pour que l'on ressente le besoin de restreindre l'admissibilité aux Communes au moyen du cens d'éligibilité.

Il n'est pas aisé de déterminer, de façon précise, à partir de quelle date le Parlement a commencé à participer de façon régulière au pouvoir législatif. J'ai mentionné l'article 12 de la *Grande Charte* de 1215 qui empêchait le Roi de prélever seul des impôts. En 1322, le *Statute of York* prévoit que, d'une façon générale, les lois seront adoptées par le Roi en son Parlement:

“(...) matters which are to be determined with regard to the estate of our lord the king and of his heirs, or with regard to the estate of the kingdom and of the people,

tandis que la première mention du terme dans un texte législatif remonterait à 1275 (Voir: George Barnett SMITH, *History of the English Parliament*, Vol. 1, Londres, Ward, Lock, Bowden & Co., 1894, p. 3). De son côté, Guizot mentionne qu'une réunion de barons en 1240 donne lieu à la première mention du terme (M. GUIZOT, *op. cit.*, note 20, p. 354).

²³Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 51.

²⁴W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, p. 498 et suivantes.

²⁵Hood PHILLIPS, *The Constitutionnal Law of Great Britain and the Commonwealth*, 2^è éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1957, p. 108; M. GUIZOT, *op. cit.*, note 20, pp. 418 et suiv.; de même que B. LYON, *op. cit.*, note 21, p. 538.

²⁶W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, p. 471.

²⁷*Idem*, p. 493.

*shall be considered, granted, and established in parliament by our lord the king and with the consent of the prelates, earls and barons, and of the community of the kingdom, as has been accustomed in times past*²⁸ (je souligne).

Les termes de cette loi semblent suggérer la “codification” d'une pratique constitutionnelle déjà établie. Il faut cependant qualifier la nature de cette pratique. En effet, si on se fie à Anson, au XIV^{ème} siècle le consentement des Communes à la loi signifiait que le Roi, en échange de l'appui du Parlement pour le prélèvement de revenus royaux, s'engageait pour l'avenir à adopter certaines dispositions²⁹. Cependant, écrit Anson, “*the Commons had no opportunity of seeing that their wishes were really carried out, or that if carried out they were not rendered liable to be defeated by saving clauses and the reservation of a dispensing power to the Crown*”³⁰. Ce n'est qu'au XV^{ème} siècle, sous Henri VI, que la procédure d'adoption des lois prend la forme que l'on connaît aujourd'hui, c'est-à-dire que les lois sont d'abord élaborées et adoptées par le Parlement, puis soumises ensuite à l'approbation du Roi³¹.

Par ailleurs, si la participation du Parlement au processus législatif a acquis un caractère usuel à partir du XIV^{ème} siècle, la question de savoir si le Roi peut valablement légiférer seul sur la base de sa prérogative demeure incertaine. Lord Coke, on le sait, y répondra par la négative quelques siècles plus tard, dans le célèbre *Case of Proclamations* de 1610. Mais, comme nous le verrons plus en détail par la suite, les tribunaux sont revenus peu après sur cette position dans les affaires *Darnel et Hampden*³². Ainsi, lorsque débute le XVII^{ème} siècle, la capacité du Roi de légiférer seul ne connaît pas encore de réponse définitive. Il dispose, en revanche, de divers moyens pour s'assurer du concours des Communes.

²⁸ Voir: C. STEPHENSON et F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 18, pp. 204-204.

²⁹ Guizot rapporte ainsi de son côté que : “[I]n 1309, when granting Edward II a twentieth part of their movable goods, they expressly attached the condition that “the king should take into consideration, and should grant them the redress of certain grievances of which they had to complain”. Voir: François GUIZOT, *op.cit.*, note 20, p. 460.

³⁰ Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 32.

³¹ *Idem*, p. 33.

³² *Infra*, pp. 23 à 25.

B. Les instruments de la domination royale au XVII^{ème} siècle

Suivant la conception médiévale, le Roi détient son pouvoir directement de Dieu et n'est redevable que devant lui. Au début du XVII^{ème} siècle, l'autorité de cette doctrine est cependant moins certaine. Jacques I^{er}, qui y est particulièrement attaché et soucieux de son maintien, considère ainsi qu'il n'est pas constitutionnellement tenu de consulter le Parlement³³. De fait, sous son règne, les sessions parlementaires sont relativement rares. De 1603 à 1629, le Parlement siège pendant à peine plus de 3 ans. Aylmer écrit à cet égard: *“There was still something occasional and extraordinary, rather than ordinary and routine, about a parliamentary session; it was not yet a regular part of government”*³⁴. La volonté du Parlement de s'imposer comme acteur régulier et l'obstination des Stuart à gouverner seuls mèneront inévitablement au conflit et, ultimement, à la guerre civile.

Mais pour l'instant, lorsque débute le XVII^{ème} siècle, le Roi dispose de plusieurs instruments de contrôle sur son Parlement. Le plus spectaculaire —mais sans doute pas le plus efficace, comme le montrera la suite des événements— réside en son pouvoir d'arrêter les députés qui lui sont trop ouvertement hostiles ou trop audacieux. Ainsi, en 1588, Élisabeth ordonne l'arrestation de Wentworth, un député qui avait exigé du *Speaker* qu'il

³³ Jacques I^{er} aurait ainsi affirmé:

“Avant qu'il y eut un État, il y avait des rois: d'où il suit que ce sont les rois qui ont fait les lois et non les lois qui ont fait les rois. C'est l'évidence même que le Roi est le maître de tous les biens. Il tire son droit de Dieu et n'a de compte à rendre qu'à Dieu. Il ne relève que de sa conscience. Tous les pouvoirs dans l'État dérivent de son pouvoir et tous lui doivent la plus complète obéissance” (Citation tirée de J. BEAUTÉ, *op. cit.*, note 13, p. 42).

³⁴Gerald Edward AYLMER, *The Struggle for the Constitution (1603-1689)*, Londres, Blandford Press, 1963, p. 52. De même, Marcham affirme:

“For though Parliament met more frequently than in the Tudor period, there were from time to time gaps between meetings and sessions were short. When held, they were, except for a few instances, held under imminent threat of prorogation or dissolution. Hence, what constituted government from day to day, from year to year, was the actions of the crown and of the institutions immediately associated with it. (...) Parliament was, therefore, as it had been during the Tudor period, an institution apart from the rest of the central government, called together on special occasions to perform special functions. It intervened on occasion” (je souligne. Frederick George MARCHAM, *A Constitutional History of Modern England, 1485 to the Present*, New York, Harper & Brothers, 1960, p. 140).

soumettre à la Chambre certaines questions relatives aux privilèges parlementaires³⁵. De même, Jacques I^{er} fait emprisonner Christopher Pigott en 1606 lorsque celui-ci ose tenir en Chambre des propos irrespectueux à son égard et à l'égard des Écossais³⁶.

Cette pratique perdurera tant que les privilèges parlementaires ne seront pas définitivement établis au cours du XVIII^{ème} siècle. Selon Stubbs:

“La Couronne pouvait réduire au silence ou punir un membre trop hostile ou trop indépendant; le Parlement pouvait aussi résister à cette violation du privilège; mais les précédents du Moyen Age montrent que la cour, si contraire que fût son pouvoir à l'esprit de la constitution, en fit plus souvent usage que le Parlement du sien”³⁷.

Les moyens les plus efficaces dont dispose le Roi pour amener le Parlement à ses vues sont toutefois le patronage et la dissolution. Quant au premier moyen, il faut rappeler que les fonctions gouvernementales sont en effet à l'époque une source inestimable de revenus. Le sujet qui s'adresse à un fonctionnaire doit s'attendre à verser une certaine somme, parfois considérable, en échange des services demandés, et les postes de hauts fonctionnaires sont ainsi le gage d'une fortune personnelle³⁸. La nomination de parlementaires à ces postes,

³⁵Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 350.

³⁶*Idem*, pp. 366-367.

³⁷W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, p. 570.

³⁸ Il en sera longtemps ainsi, malgré certaines tentatives d'assainissement (voir *infra*, pp. 82 à 93). Décrivant la situation au XVIII^{ème} siècle, l'historien E.P. Thompson écrit:

“The offices came through political influence but, once gained, they normally carried life tenure, and the incumbent must milk them of all possible revenue while he could. The tenure of Court sinecures and of high political office was much more uncertain, although by no means less lucrative: the earl of Ranelagh, the duke of Chandos, Walpole and Henry Fox were among those who founded fortunes upon brief tenures of the office of Paymaster General. [...]

A patrician banditti contested for the spoils of power, and this alone explains the great sums of money they were willing to expend on the purchase of parliamentary seats” (Edward Palmer THOMPSON, *Customs in Common*, New York, New Press, 1993, pp. 25-26 et 27).

comme l'octroi de rentes importantes³⁹, permet ainsi au Roi de s'assurer la fidélité et la collaboration de bon nombre de députés⁴⁰.

Le dernier moyen, et sans aucun doute le principal symbole de l'autorité du monarque à l'égard du Parlement, est le pouvoir absolu qu'il possède alors de le suspendre et de le dissoudre suivant son bon plaisir. Ce pouvoir ultime —largement utilisé par Charles I^{er}— n'a d'autre limite que la nécessité, sinon juridique, à tout le moins politique, d'obtenir l'assentiment du Parlement pour prélever les impôts nécessaires au gouvernement du pays.

Cependant, l'efficacité de ces instruments dont dispose le Roi pour contrôler le Parlement, et en particulier les Communes, dépend beaucoup moins de leur légalité que du contexte politique qui entoure leur utilisation. Ce qui pouvait être une arme efficace au Moyen âge se retournera ultimement contre le Roi dans le contexte de l'autorité politique grandissante des Communes au XVII^{ème} siècle. Jennings écrit à cet égard:

*“The principal defect of the first two Stuarts was that they were too doctrinaire, and laid down propositions about their powers instead of holding on to the reality of power as the more sensible Tudors had done. James I was the wisest fool in Christendom; and if anybody has ever cut off his own head with the best of intentions it was Charles I. They had to deal not with the problems of divine right or parliamentary sovereignty, but with practical problems, the relations inter se of the major institutions of government”*⁴¹.

Le défaut de Charles I^{er} d'apprécier à sa juste valeur l'autorité des Communes lui coûtera le trône et, ultimement, la vie, faisant dire à Smith, dans ce qui constitue sans doute un accès de

³⁹Voir notamment: F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 212.

⁴⁰Après la seconde révolution, l'on prendra soin de prévoir, dans l'*Act of Settlement* de 1701, “that no person who has an office or place or profit under the king or receives a pension from the crown shall be capable of serving as a member of the house of commons” (précité, note 10). Cette clause devait entrer en vigueur à la fin du règne de Anne. Elle fut cependant modifiée en 1707 par le *Place Act* (6 Anne, R.-U., c. 7), restreignant la portée de l'interdiction aux fonctions créées postérieurement au 25 oct. 1705. Pour les postes anciens, le ministre devait démissionner de son siège mais pouvait se représenter immédiatement afin de se faire réélire. Par ce mécanisme, la pratique du patronage put être maintenue. Trois lois, une datant de 1742 et deux de 1782, viendront par la suite restreindre l'éligibilité de certains fonctionnaires ainsi que de détenteurs de contrats gouvernementaux (Voir F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 212).

⁴¹Sir W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^è éd. London, University of London Press, 1959, p. 157.

romantisme: “*There is something higher even than a sovereign, and that is the people*”⁴². Ces rapports difficiles entre le Roi et les Communes ne présentent cependant d'intérêt immédiat pour notre objet d'étude que dans la mesure où ils font intervenir les tribunaux. C'est ce qui se produisit —à trois reprises— dans la première moitié du XVII^{ème} siècle.

⁴²G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 440.

C. Le concours des tribunaux au pouvoir royal et la première révolution

Le règne du premier des Stuart, Jacques I^{er}, fils de Marie Stuart Reine d'Écosse, avait été marqué du sceau de l'autoritarisme. Cette attitude, il ne la manifesta d'ailleurs pas uniquement à l'égard des Communes, mais également à l'égard de ses tribunaux, comme en témoigne la destitution de Lord Coke en 1616⁴³. Lors de l'accession au trône de son successeur Charles I^{er}, les Communes sont donc résolues à établir leur autorité à l'encontre du nouveau monarque. Depuis deux cent ans, la coutume voulait que le Parlement, suite au transfert de la Couronne, concède au nouveau Roi le droit de prélever, à vie, un impôt sur les navires, le "*tonnage and poundage*". Mais en 1625, le premier Parlement de Charles I^{er} —usant en cela du seul moyen dont il dispose pour fléchir l'autorité royale— décide de rompre la tradition et de n'accorder le droit d'impôt que pour la durée d'une année dans le but d'assurer des sessions parlementaires régulières⁴⁴. Charles I^{er} réagit en dissolvant *illico* le Parlement. Dès lors, les positions de chacune des parties sont établies et rien ne parviendra par la suite à les temporiser de façon durable. Les Communes répliquent en demandant l'*impeachment* du Duc de Buckingham, le conseiller favori du Roi, pour divers actes de corruption. Loin de donner suite à ces accusations, Charles emprisonne en lieu et place les députés John Eliot et Dudley Digges qui ont porté les accusations contre Buckingham⁴⁵. Charles pousse l'audace jusqu'à chercher à emprisonner des lords qui lui sont hostiles⁴⁶, se privant ainsi de l'appui de la Chambre haute, traditionnellement plus favorable au Roi.

⁴³La destitution de Coke fit suite à une série de décisions défavorables au pouvoir du monarque. D'une part, dans le *Case of Proclamations* de 1610, 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.), Coke avait refusé au Roi le pouvoir de légiférer seul sur la base de sa prérogative. Par ailleurs, Coke s'était montré résolu à affirmer l'indépendance des tribunaux de *common law* face au Roi. Dans le *Case of Prohibitions de Roy*, (1608) 12 Co. Rep. 63, il avait refusé au Roi le pouvoir de participer aux décisions de justice. Maintenant cette position, il avait également refusé en 1616, dans ce qui fut appelé l'affaire des *Commandes* [rapportée sous le nom de *Colt and Glover c. Bishop of Coventry*, (1616) Hobart 140], de se soumettre à l'ordre du Roi de suspendre une cause en attendant que ce dernier fasse connaître son opinion. Ce dernier incident signa la fin de sa carrière de magistrat.

⁴⁴G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 380.

⁴⁵*Idem*, p. 382.

⁴⁶*Idem*.

—L'affaire Darnel⁴⁷

Charles I^{er}, se retrouvant sans revenu du fait que les Communes lui ont refusé l'aide financière demandée, choisit alors de procéder, de son propre chef et sans l'autorisation du Parlement, à la levée d'un impôt. Ceux qui refusent de le payer sont soit envoyés dans la marine, soit emprisonnés, comme ce fut le cas pour cinq individus: Darnel, Corbit, Earl, Heveningham et Hampden⁴⁸. Ceux-ci s'adressent alors au *King's Bench* pour l'émission d'un bref d'*habeas corpus*. Leur position s'appuyait sur les dispositions de la *Grande Charte* de 1215 qui, d'une part, exigeait le consentement des Communes pour le prélèvement des impôts et, surtout, prévoyait qu'aucun homme libre ne pouvait être arrêté ou emprisonné "except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land"⁴⁹. Or, le *return* émis par le gardien en réponse au bref d'*habeas corpus* ne faisait état d'aucun motif justifiant la détention des requérants, de sorte qu'on ne pouvait se prononcer sur la validité de leur emprisonnement. Mais, plus que jamais, au XVII^{ème} siècle les juges étaient sous l'autorité directe du Roi qui les nommait et renvoyait suivant son bon plaisir⁵⁰. Dans ce contexte, ceux-ci considérèrent qu'un bref d'*habeas corpus* ne pouvait être opposé à un ordre émanant directement du Roi et écartèrent ainsi, à toutes fins pratiques, les privilèges reconnus quatre siècles auparavant dans la *Grande Charte*⁵¹ et confirmés par Coke dans la *Case of Proclamations*⁵².

⁴⁷Connue sous le nom de *The Five Knights' Case*, (1627) 3 Howell's State Trials 1 (ci-après, l'affaire "Darnel").

⁴⁸Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, pp. 383 à 385.

⁴⁹ *Magna Carta*, précitée, note 18, art. 39.

⁵⁰Voir: Karim BENYEKHLEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988, p. 2.

⁵¹Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, pp. 383 à 385.

⁵²Voir: C. STEPHENSON et F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 18, p. 441. Le refus d'émettre l'*habeas corpus* s'explique par l'origine de la procédure. À titre d'ordre du Roi, l'*habeas corpus* visait au Moyen âge à affirmer l'autorité royale à l'encontre des seigneurs. Dans cette perspective, on considéra que l'émission du bref ne pouvait être octroyé à l'égard d'une détention faite sur ordre du Roi. Voir: René DAVID, *Le droit anglais*, Que sais-je?, Paris, PUF, 1969, pp. 88-89.

Une seconde affaire, l'affaire *Hampden*⁵³, viendra confirmer l'appui des tribunaux au Roi dans sa lutte avec le Parlement. Cette affaire doit cependant être mise dans le contexte d'un incident impliquant le *Speaker* de l'époque, un dénommé Finch.

— *L'incident impliquant Finch et l'affaire Hampden*

La guerre avec la France et l'importance des sommes impliquées avaient obligé Charles I^{er} à faire des concessions et à convoquer un second Parlement le 17 mars 1628. La Chambre basse et la Chambre haute s'unirent alors et formulèrent la "*Petition of Rights*" dans laquelle ils rappelaient notamment au Roi l'obligation d'obtenir l'assentiment du Parlement pour prélever un impôt. Cette fois, Charles céda en échange de larges subventions. Mais la trêve fut circonstancielle, et le conflit entre Charles et les Communes reprit peu après. Dans ce contexte, le 2 mars 1629, Sir John Eliot soumet à la Chambre une remontrance relativement au prélèvement illégal du "*tonnage and poundage*". Le *Speaker*, Sir John Finch, refuse de la lire et s'apprête à dissoudre le Parlement sur l'ordre du Roi lorsqu'un groupe de députés s'emparent de lui et le maintiennent à son siège⁵⁴. Le 10 mars, Charles prononce la dissolution du Parlement. Fermement résolu à mater les Communes il ordonne l'emprisonnement d'un certain nombre de députés qui ont pris part à l'incident impliquant le *Speaker*, dont Eliot, Selden, Holles et Strode. Ceux-ci demandent au *King's Bench* l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, au motif que leur emprisonnement constitue une atteinte au privilège de liberté de parole en Chambre. Comme dans l'affaire *Darnel*, les juges refusent d'émettre le bref à l'encontre d'un ordre du Roi, et les députés se trouvent emprisonnés, suivant le bon vouloir de ce dernier, pour les propos qu'ils ont tenus en Chambre⁵⁵.

⁵³*Hampden's Case*, (1637) 3 Howell's State Trials 825 (ci-après: l'affaire "*Hampden*"). La décision est reproduite dans Sir David Lindsay KEIR et Frederick Henry LAWSON, *Cases in Constitutional Law*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 81. Voir également: C. STEPHENSON et F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 18, p. 458-459, où des extraits de la décision sont reproduits avec des commentaires.

⁵⁴G. E. AYLMER, *op. cit.*, note 34, pp. 73-74; G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, pp. 389 à 391.

⁵⁵Eliot mourut en prison, tandis que Selden ne fut relâché qu'en 1633. Cette décision des tribunaux fut déclarée illégale 18 ans plus tard par résolution des deux Chambres, affirmant ainsi la liberté de parole des députés à titre de privilège parlementaire. Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 392.

S'étant ainsi, c'est-à-dire avec le concours des tribunaux, affranchi des députés, Charles I^{er} prélève à nouveau divers impôts sans autorisation parlementaire, dont le “*ship-money*”, un impôt visant à équiper la flotte militaire britannique. La résistance à l'impôt levé amène le Roi à solliciter l'avis de ses juges qui l'informent qu'en cas de guerre ou de menace pour le royaume —ce dont seul le monarque est habile à juger— son droit de requérir des navires, des munitions et des vivres est un droit absolu. Parmi ceux qui avaient refusé de payer cette taxe qu'ils considéraient illégale se trouve Hampden. Sa cause est portée devant la Cour de l'Échiquier en novembre 1637⁵⁶. Sur les douze juges qui siègent, sept rejettent l'argument de Hampden, fondé sur *Magna Carta* et la *Petition of Rights* de 1628, et selon lequel le Roi ne peut prélever d'impôt sans le consentement du Parlement. Le juge en chef Finch, qui se montra le plus favorable à la cause royale, écrivit même que le Parlement ne saurait valablement supprimer le pouvoir du Roi de prélever des revenus pour la défense du royaume et que le pouvoir de taxation du Roi n'était pas limité aux circonstances particulières de guerre ou d'urgence⁵⁷.

Dans quelle mesure faut-il accuser ici la mainmise du roi sur ses juges? La question est sans doute sujette à controverse. On doit cependant conclure que, dans la lutte de pouvoir entre le Parlement et le Roi, les tribunaux se sont rangés du côté monarchique. L'appui des juges dans les affaires *Darnel* et *Hampden* permit ainsi à Charles I^{er} de gouverner sans le concours du Parlement et joua un rôle crucial dans la suite des événements. Comme l'écrivent les professeurs Keir et Lawson: “[I]f, in the one case, the King could imprison anybody who refused to contribute to a forced loan, or, in the other, could levy direct taxation by Prerogative whenever he chooses to allege the existence of a state of emergency, it was clear that he could dispense with parliaments altogether”⁵⁸. En effet, fort de ces précédents, Charles I^{er} se bercera de l'illusion de pouvoir gouverner seul et conservera la ligne dure qui sera la cause de sa perte.

⁵⁶*Hampden's Case*, précité, note 53.

⁵⁷Notons que le juge en chef Finch, qui participe à la décision, est le même Finch qui, comme *Speaker* de la Chambre, avait été précédemment maintenu de force à son siège par les députés (voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, pp. 393-394). On peut se demander si sa rancune à l'égard des parlementaires n'explique pas la démesure de ses propos dans l'affaire *Hampden*.

⁵⁸D. L. KEIR et F. H. LAWSON, *op. cit.*, note 53, p. 95.

— *La guerre civile.*

Ayant, pendant onze ans, réussi à tenir les Communes à l'écart du gouvernement, Charles I^{er} se voit contraint, en raison de la guerre avec l'Écosse et des pressions internes, à convoquer un nouveau Parlement en 1640⁵⁹. Profitant de l'occasion, les députés entreprennent de s'attaquer immédiatement au despotisme royal. Particulièrement soucieux de ne plus être écarté du gouvernement du pays pour de longues périodes, le Parlement réussit à faire adopter le *Triennial Act de 1641*. En permettant le prélèvement d'impôts non autorisés par le Parlement, les affaires *Darnel* et *Hampden* avaient en effet montré que celui-ci ne pouvait compter sur la *Grande Charte* pour asseoir son pouvoir et assurer son existence. Dorénavant, en vertu du *Triennial Act*, jamais plus de trois ans ne peuvent s'écouler sans la convocation d'un Parlement. Le Parlement adopte également une résolution déclarant à la fois illégal le "*Ship-money*" et invalide la décision dans l'affaire *Hampden*⁶⁰.

En décembre 1641, les Communes présentent une résolution appelée "*Grand Remonstrance*", dans laquelle sont énumérés leurs griefs contre le Roi. Considérant que les députés étaient cette fois allés trop loin, Charles I^{er} s'en prend à cinq députés qui occupaient alors l'avant-scène: John Hampden, John Pym, Denzil Holles, Sir Arthur Haselrig et William Strode, qu'il accuse par voie d'*impeachment*. Le 4 janvier 1642, les cinq députés sont informés en Chambre de l'intention du Roi de les arrêter. Lorsque, en début d'après-midi, le Roi se présente à la Chambre accompagné d'une escorte armée, les cinq députés, avisés secrètement des intentions du Roi, se sont enfuis et le Roi se heurte au mutisme des parlementaires⁶¹. Interrogé au sujet du départ des députés, le *Speaker* offre pour toute réponse qu'il ne voit ni ne parle que suivant les directives de la Chambre dont il est le serviteur⁶². Avec ce célèbre incident, le conflit entre le Roi et les Communes atteint son paroxysme. Le 10 janvier, le Roi quitte Londres et les cinq députés sortent de leur cachette. Sentant la guerre civile imminente, les Communes prennent le contrôle de l'armée. Le premier conflit armé entre les deux camps éclatera en octobre 1642. La guerre qui s'en suivra ne

⁵⁹ Voir Jean Louis De LOLME, *The Rise and Progress of the English Constitution*, vol. I, New York & Londres, Garland Publishing, 1978, p. 388 et suiv.

⁶⁰ *Idem*, pp. 399-400.

⁶¹ G. E. AYLMER, *op. cit.*, note 34, pp. 112-113.

⁶² G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 410.

prendra véritablement fin qu'en 1649 avec la mort de Charles I^{er} sur l'échafaud. Les détails de ce conflit armé sont sans pertinence ici. Inutile également de s'attarder sur le fait, admis par tous les commentateurs, que l'intention originelle des parlementaires n'était pas de renverser la monarchie⁶³, mais que le geste dramatique qui marque la fin de la guerre fut plutôt rendu inévitable en conséquence de la division interne entre les militaires et les parlementaires⁶⁴. De cette guerre et de l'exécution du Roi qui s'ensuivit, deux éléments méritent par ailleurs d'être soulignés ici.

D'une part, il est commun d'entendre qu'en jugeant le Roi pour trahison, les Communes affirmèrent le droit du peuple de se révolter contre son Roi, et par là même le principe de la souveraineté populaire⁶⁵. Une telle rhétorique démocratique constitue néanmoins

⁶³Rappelons que les parlementaires en révolte contre Charles I^{er} vont même se présenter comme agissant *au nom de la monarchie*, prenant soin de distinguer entre le Roi, figure publique incorporelle dont ils se font les porte-parole en luttant pour le bien du royaume, et le monarque auquel ils s'opposent ouvertement. Voir à cet égard: Ernst KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi*, traduit de l'anglais par Jean-Philippe Genet et Nicole Genet, Paris, Gallimard, 1989, p. 31 et suiv. Kantorowicz rapporte à cet égard des propos attribués à Charles I^{er} se lamentant de ce que "Au nom du Roi, le roi lui-même est déposé" (*Idem*, p. 50).

⁶⁴G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 426 à 433.

⁶⁵On peut se demander dans quelle mesure les écrits de John Locke n'ont pas aidé à répandre cette thèse. On sait que, dans son *Second Traité*, Locke fonde l'autorité politique sur le consentement du peuple et légitime ainsi le droit du peuple de se révolter contre le pouvoir souverain. Avançant l'idée d'une fiducie pour décrire les rapports entre le peuple et le pouvoir souverain, Locke écrit:

"Dans un État formé [...], il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le *pouvoir législatif*, auquel tous les autres doivent être subordonnés; mais cela n'empêche pas que le *pouvoir législatif* ayant été confié, afin que ceux qui l'administrent agissent pour certaines *fins*, le peuple ne se réserve toujours le pouvoir souverain d'abolir le gouvernement ou de le changer, lorsqu'il voit que les conducteurs, en qui il avait mis tant de confiance, agissent d'une manière contraire à la *fin* pour laquelle ils avaient été revêtus d'autorité. Car tout le pouvoir qui est donné et confié en vue d'une *fin*, étant limité par cette *fin*-là, dès que cette *fin* vient à être négligée par les personnes qui ont reçu le pouvoir dont nous parlons, et qu'ils font des choses qui y sont directement opposées; la confiance qu'on avait mise en eux doit nécessairement cesser et l'autorité qui leur avait été remise est dévolue au peuple, qui peut la placer de nouveau où il jugera à propos, pour sa sûreté et son avantage" (John LOCKE, *Traité du Gouvernement civil*, traduit de l'anglais par David Mazel, Paris, Flammarion, 1984, p. 292, §149. Les italiques sont dans l'original).

un abus du langage et de la pensée, si l'on considère que les Communes ne représentent à l'époque, et pour plusieurs siècles encore, qu'une très infime partie de la population. À cet égard, il n'est aucunement exagéré d'avancer que le Parlement n'est guère plus représentatif du peuple anglais que ne l'était le Roi lui-même⁶⁶. Devant ces faits, la leçon que tire Smith de la révolution ("*There is something even higher than a sovereign, and that is the people*"⁶⁷) peut sembler non seulement d'un romantisme excessif, mais un aveuglement face à ce qui était, en réalité, une lutte de pouvoir entre une institution aristocratique soucieuse de ses intérêts et un monarque qui n'a pas su tempérer le dogmatisme de sa position. La reconnaissance de ce fait n'est pas sans conséquence pratique, puisque l'éventuelle autonomie des Communes en matière électorale sera, comme nous le verrons par la suite, partiellement tributaire du fait que l'autorité légale du Parlement ne sera pas, formellement, dépendante du mandat populaire⁶⁸.

Quoiqu'il en soit, il est un second aspect de cette première révolution sur lequel on se doit d'insister, car il affecte directement la question du contrôle judiciaire du droit électoral et parlementaire. Il s'agit du rôle fondamental qu'ont joué les tribunaux dans le conflit opposant le Roi et la Chambre des communes. Depuis la "Grande Charte" (*Magna Carta*), la capacité du Parlement de fléchir le pouvoir royal réside tout entière dans un seul principe, soit la nécessité pour le Roi d'obtenir l'assentiment du Parlement pour prélever des impôts. C'est cette obligation fondamentale qui force le Roi à convoquer régulièrement le Parlement et qui permet aux parlementaires d'obtenir, en échange de leur assentiment, le concours du Roi aux

Paru en 1690, au lendemain de la *seconde* révolution, ce traité de Locke était en réalité *antérieur* à celle-ci, soit aux alentours de 1680 (voir l'introduction de Simone GOYARD-FABRE au *Traité du Gouvernement civil*, p. 51).

⁶⁶S'il est vrai que l'on ne peut transposer au XVII^{ème} siècle une conception contemporaine de la démocratie, on ne peut non plus ignorer le fait que, sous la "République" de Cromwell, non seulement les droits politiques ne seront-ils pas élargis, mais la franchise électorale sera considérablement réduite, d'une part, par une hausse considérable du cens électoral qui passe de 40 à 200 livres sterling avec l'adoption de *The Instrument of Government* le 16 déc. 1653 (art. 18. Voir: M. EVANS et I. JACK, *op. cit.*, note 19, p. 340. Le cens électoral de 40 shillings sera rétabli lors de la restauration par l'abolition de la Constitution républicaine), ainsi que par l'exclusion des catholiques (*The Instrument of Government*, art. 15).

⁶⁷G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 440.

⁶⁸Sur ce lien entre le caractère aristocratique des deux révolutions et la théorie de la représentation, voir: Bruno LEONI, *Freedom and the Law*, 3^è éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1991, pp. 113 et suiv.

divers projets de loi⁶⁹. Charles I^{er} eut-il pu être contraint davantage au respect de ce principe, qu'il n'aurait pu gouverner comme il l'a fait, et dissoudre le Parlement pour une si longue période, entre 1629 et 1640. À deux reprises, dans l'affaire *Darnel* en 1628 et dans l'affaire *Hampden* en 1637, les tribunaux du Roi vont permettre le prélèvement d'un impôt non autorisé par le Parlement et donner à Charles I^{er} les coudées franches dont il avait besoin pour maintenir son despotisme. Sans le concours des tribunaux sur lesquels il exerçait un contrôle direct, il est douteux qu'il eût pu ainsi tenir tête aux Communes.

Section 1.2 - La seconde révolution et la souveraineté du Parlement sur lui-même

A. La subjugation du pouvoir royal

— *Le retour de la monarchie et la chute des Stuart*

La république échouera par suite de conflits internes entre parlementaires et de dissensions avec l'armée⁷⁰. En 1660, Charles II, fils de Charles I^{er}, revient d'exil et est couronné Roi d'Angleterre. Le règne du troisième Stuart sera sans doute le plus harmonieux de cette dynastie. Mais la collaboration entre les Communes et Charles II n'est pas tant due à l'attitude conciliante du monarque qu'à l'assouplissement du *Triennial Act* en 1664. En effet, la loi prescrit dorénavant une simple *rencontre* du Parlement au minimum à tous les trois ans (tandis que l'ancienne loi exigeait la tenue d'élections à chaque trois ans), laissant au monarque la discrétion absolue de prononcer la dissolution et la tenue d'élections. Ainsi, le même parlement siégera de façon interrompue de 1661 jusqu'en 1678, sans que l'on procède à une seule élection générale. Aylmer rapporte que, des cinq cent neuf députés originaux, il n'en restera approximativement que deux cents⁷¹. Dans ces conditions, que les rapports entre le Roi et le Parlement soient à leur meilleur n'a rien de surprenant. À cette pacifique

⁶⁹Sur l'importance de la question fiscale dans le développement du pouvoir des Communes, en particulier au XIV^{ème} siècle, voir: B. LYON, *op. cit.*, note 21, pp. 547 et suiv.

⁷⁰ Sur cette question, voir G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, pp. 479 à 492.

⁷¹G. E. AYLMER, *op. cit.*, note 34, p. 170.

collaboration n'est pas étrangère la satisfaction des députés de ne pas avoir à défendre leur siège⁷². Mais la sécurité personnelle des députés a pour prix la liberté politique des Communes face au Roi.

A la mort de Charles II en 1685, son fils Jacques II accède au trône. Dès les premiers jours de son règne, les causes de sa chute sont en place et tout semble n'être qu'une question de temps. La foi catholique de Jacques II suscite de vives inquiétudes chez certains députés qui craignent un retour du catholicisme⁷³ et une monarchie despotique à la française⁷⁴.

⁷² Un projet de loi visant à modifier à nouveau le *Triennial Act* fut déposé en 1692. La Chambre des lords proposa la tenue d'une session annuelle obligatoire, ainsi que la tenue d'élections à tous les trois ans comme c'était le cas sous le régime de la loi de 1641. Une telle modification constituait évidemment une menace directe pour les députés habitués à la sécurité de leur siège et la réaction de certains fut des plus vives. Smith rapporte que:

“This sweeping measure excited great commotion in the Commons. Some regarded it as an act of vengeance against the Lower House, because of the stand it had made on the money bills; and Sir Charles Sedley, the famous but dissolute poet, declared with regard to the clause dismissing the Parliament then sitting: “Never was there any such invasion upon the prerogative of a king, never such an indignity offered to a House of Commons in being” (George Barnett SMITH, *History of the English Parliament*, Vol. 2, Londres, Ward, Lock, Bowden & Co., 1894, p. 44).

Le Roi, lui-même désavantagé par cette mesure qui aurait pour effet de soustraire les députés à sa dépendance, refusa la sanction royale. L'année suivante, un projet de loi analogue fut rejeté par les Communes. La limitation de la durée des parlements à trois années fut finalement obtenue en 1694 sous Guillaume (*Idem*).

⁷³C'est dans ce contexte du problème de la succession de Charles II qu'apparaissent les germes des partis politiques anglais. On retrouve, d'un côté, ceux qui cherchent à limiter le pouvoir royal et qui s'opposent en particulier à la succession de Jacques II. Ce sont les “Whigs”. D'autre part, les supporters du Roi et de Jacques II prennent le surnom de “Tory” (Voir: G. E. AYLMER, *op. cit.*, note 34, pp. 193-194). Cependant, nous dit cet auteur:

“Political parties had emerged, but they were not accepted as a normal, still less a desirable part of the constitution; in particular, the notion of an opposition party was still equaled with factious behaviour, with something just removed from treasonable conspiracy” (*Idem*).

⁷⁴Quant au despotisme de Jacques II, les inquiétudes des députés ne sont pas sans fondement. Le Roi, craignant de voir les Communes utiliser les mêmes tactiques qu'au début du règne de Charles I^{er} lorsque le “*tonnage and poundage*” ne fut alloué que pour une année, s'empresse, lors du discours du trône, de servir aux députés un sévère avertissement:

“There is one popular argument which I foresee may be used against what I ask of you, from the inclination men have for frequent Parliaments, which some may think would be the best security by feeding me from time to time by such proportions as they shall think convenient; and this argument, it being the first time I speak to you from the throne, I will

Ouvrément catholique, on le soupçonne de vouloir réintroduire le catholicisme en Angleterre et même d'en faire la religion officielle. Un certain nombre de députés, incluant certains "Tories", tendent alors la main à Guillaume d'Orange, neveu hollandais et protestant de Jacques II, et à sa femme Marie, fille de Jacques II. Guillaume se rendra à Londres, fort d'une armée de quinze mille hommes. Il est accueilli sans résistance et Jacques II n'a d'autre choix que de fuir.

— *La victoire du Parlement: le Bill of Rights⁷⁵ et l'Act of Settlement*

La fuite de Jacques II force une session parlementaire historique, pendant laquelle est opéré, le 13 février 1689, le transfert de la Couronne à Guillaume et Marie. Cet acte marque un changement radical dans le rapport de forces entre le Roi et le Parlement. Le Roi ne règne plus de droit divin, mais bien par la volonté du Parlement, conditionnelle, et donc révocable⁷⁶. Ces conditions sont inscrites dans le célèbre *Bill of Rights*⁷⁷ de 1689, qui proclame notamment la liberté de parole dans les débats de la Chambre et la juridiction exclusive du Parlement relativement à la procédure parlementaire et demande à ce que désormais le Parlement soit fréquemment réuni. Le *Bill of Rights* sera complété, en 1701,

answer once for all: that this would be a very improper method to take with me, and that the best way to engage me to meet you often is to use me well" (citation tirée de: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, pp. 4-5).

Le Parlement se plie à la volonté du Roi et des impôts à vie lui sont concédés. Mais, ultimement, la question religieuse entraînera de la chute de Jacques II.

⁷⁵*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and settleing the Succession of the Crowne* (1989), R.-U., 1 Guill. et Marie, R.-U., c.2 (ci-après: le "*Bill of Rights*").

⁷⁶ De ce changement, Sir William Anson écrit:

"The act of the Convention Parliament which gave the crown to William and Mary was the recognition of the official and representative duties of the Crown of England. Whether, with the utilitarians, we saw that the government exists for the common good, or with Locke, that it exists for the purpose of securing to us natural rights, or with Hobbes, that it exists for the restraint of lawlessness and the protection of men from their own inclinations to rapine and revenge, we come to the same conclusion —that the State exists for our advantage, that the King is part of the State, that he, like the rest of the State machinery, is not there of right except in so far as he fulfils his functions" (Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 40).

⁷⁷Précité, note 75.

par l'*Act of Settlement*⁷⁸ qui prévoit les conditions de dévolution de la Couronne. Ces documents, qui forment encore aujourd'hui une des sources fondamentales de la Constitution britannique, vont concrétiser l'ordre hiérarchique réalisé par la révolution entre les organes législatif, exécutif et judiciaire.

L'ascendance du Parlement sur l'Exécutif — dont l'*Act of Settlement* est, par son seul objet, la manifestation la plus frappante — implique l'indépendance du Parlement, et surtout des Communes, face au Roi. L'*Act of Settlement* stipule ainsi que les détenteurs de postes dans l'administration ne peuvent siéger au Parlement⁷⁹. Cette disposition vise à mettre un terme au patronage qui avait permis au Roi de s'assurer la fidélité des lords et des députés⁸⁰. Mais l'expérience avait démontré que de telles mesures ne sauraient être véritablement efficaces tant que les tribunaux demeuraient sous le contrôle du monarque. C'est dans ce contexte que l'on prit grand soin de prévoir dans l'*Act of Settlement* l'indépendance des tribunaux face au Roi⁸¹. Cette indépendance du pouvoir judiciaire, aujourd'hui jalousement préservée comme la plus haute vertu, était à l'époque, il faut bien le constater, une exigence relevant de la "*realpolitik*". Shetreet le reconnaît lorsqu'il écrit: "*As long as the King and Parliament did not come into conflict and did not look to the courts of law for support in the*

⁷⁸Précité, note 10.

⁷⁹Il y est stipulé: "[...] *that no person who has an office or place or profit under the king or receives a pension from the crown shall be capable of serving as a member of the house of commons*" (*Idem*).

⁸⁰ Comme le souligne Smith, une telle disposition, eût-elle été maintenue, aurait empêché la réalisation du gouvernement responsable. Cette disposition fut modifiée en 1705 et, sous cette loi, les députés qui acceptaient une fonction auprès du Roi devaient se soumettre à une réélection. Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 79.

⁸¹ L'acte prévoit: "[...] *that judges' commissions be made quam diu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established, but upon the address of both houses of parliament it may be lawful to remove them*" (*Act of Settlement*, précité, note 10). En 1691, un projet de loi visant à rendre les tribunaux indépendants de l'Exécutif et à pourvoir au paiement régulier de leur salaire sans l'intervention du Roi n'avait pas obtenu la sanction royale. Smith rapporte que Guillaume avait réussi à bloquer le projet de loi en dissolvant la Chambre, le 24 février 1692, sous le couvert d'un voyage qu'il devait entreprendre à l'étranger, évitant ainsi d'avoir à opposer un refus formel au projet de loi (G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, pp. 41-42). En 1701, le Parlement réussit ainsi à forcer la main du Roi en insérant les dispositions désirées dans l'*Act of Settlement*.

*struggle for power, the independence of the judges was not an important issue*⁸². Benyekhlef se montre moins circonspect en affirmant qu'«il faut bien comprendre que les parlementaires ne songent, en édictant de telles lois, qu'à restreindre le pouvoir royal et y substituer le leur»⁸³.

Il reste toutefois un élément essentiel à établir pour asseoir solidement la suprématie du Parlement. Il s'agit de l'autonomie de la Chambre des communes, c'est-à-dire du contrôle, par la Chambre, de ses conditions d'existence et de son mode de fonctionnement. Il n'est cependant pas question ici de retracer l'ensemble de la lutte qui s'opéra, au XVIII^{ème} siècle en particulier, pour la reconnaissance de chacun des privilèges parlementaires, mais de s'attarder à ceux qui concernent plus directement l'*autonomie* parlementaire face au Roi et, surtout, face aux tribunaux. Certes, aucun des privilèges n'est étranger à cette autonomie. Ainsi la liberté de parole des députés, affirmée notamment à la suite de l'affaire Finch⁸⁴, puis définitivement précisée dans le célèbre arrêt *Stockdale c. Hansard*⁸⁵, en constitue-t-elle un élément fondamental. Il en va de même pour le pouvoir de la Chambre des communes de fixer les règles de fonctionnement de l'assemblée, privilège qui sera établi définitivement par le *Bill of Rights*⁸⁶ sans qu'il soit ultérieurement contesté. Mais le privilège qui nous intéresse particulièrement ici est celui qui vise le contentieux électoral et fait des Communes l'unique juge des questions relatives à son "*membership*"⁸⁷. Ce privilège, en effet, est non seulement étroitement lié à la question électorale, mais il constitue aussi la brèche par laquelle s'amorcera éventuellement la transition vers un contrôle de la légalité.

⁸²Shimon SHETREET, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Co., 1976, p. 2 (cité dans: K. BENYEKHFLEF, *op. cit.*, note 50, p. 4).

⁸³K. BENYEKHFLEF, *op. cit.*, note 50, p. 4.

⁸⁴*Supra*, p. 24. Selon Lyon, la liberté de parole des députés fut revendiquée comme privilège pour la première fois en 1399 (B. LYON, *op. cit.*, note 21, p. 559).

⁸⁵(1839) 112 E.R. 1112 (B.R.).

⁸⁶Précité, note 75.

⁸⁷Il s'agit du pouvoir des Communes de déterminer de la légalité des élections, que ce soit un litige quant à la validité d'un vote, d'une élection particulière, ou portant sur l'admissibilité d'un candidat.

B. Les privilèges parlementaires et la juridiction exclusive des Communes sur le droit électoral

Les historiens semblent unanimes pour affirmer qu'au début du XV^{ème} siècle, le shérif retournait les *writs* d'élection au Roi et que c'est ce dernier qui, avec son Conseil, décidait des élections contestées et de l'admissibilité des candidats⁸⁸. "Au 15^è siècle", écrit Stubbs, "la Chambre des Communes n'avait pas encore songé à prétendre, en aucune manière, au droit de valider les élections"⁸⁹. Ainsi, par exemple, en 1404, lors de la contestation de l'élection d'un certain William Ondeby, les Communes soumirent la question au Roi qui chargea alors les lords de trancher la question. Les lords ayant conclu que Thomas Thorpe aurait dû être déclaré régulièrement élu, le Roi ordonne au shérif de modifier le *return*⁹⁰. En 1410, la loi donna juridiction à cet égard aux juges d'assises⁹¹, mais, selon Stubbs, la pratique postérieure montre que le Roi continuait à entendre et trancher les litiges électoraux⁹².

Ce n'est pas avant le début du XVII^{ème} siècle, sous les Stuart, que la Chambre revendiqua le privilège de déterminer en exclusivité les questions électorales. Cependant, dès le milieu du XVI^{ème} siècle, on vit apparaître des litiges dans lesquels la Chambre se fit juge électoral. Ainsi Smith rapporte le cas, en 1553, du Dr. Nowell, que la Chambre expulsa parce qu'il aurait été élu alors qu'il était inéligible⁹³. De même, en 1571, la Chambre des communes expulsa Thomas Long qui aurait obtenu son siège par corruption⁹⁴. Mais la

⁸⁸W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, pp. 491. Voir aussi: H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, p 131, ainsi que G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 293.

⁸⁹W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, pp. 491-492.

⁹⁰*Idem*, p. 490.

⁹¹*The Penalty on a Sheriff for making an untrue Return of the Election of the Knights of Parliament* (1410), 11 Henri IV, c. 1.

⁹²W. STUBBS, *op. cit.*, note 20, p. 491.

⁹³G.B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 323. Voir également J.-L. De LOLME, *op. cit.*, note 59, p. 287, où l'affaire Nowell est mentionnée comme le premier exercice par la Chambre des communes d'une juridiction électorale, apparemment non sans provoquer le mécontentement d'Élizabeth.

⁹⁴*Idem*.

question de savoir si la Chambre était désormais *seule* à pouvoir connaître de telles questions, à l'exclusion du Roi et des tribunaux, ne sera posée pour une première fois qu'avec l'affaire *Goodwin c. Fortescue*⁹⁵, en 1604.

—*L'affaire Goodwin*

Sir Francis Goodwin est élu député à la Chambre des communes alors qu'il a précédemment été condamné pour dette, ce qui ferait de lui un "*outlaw*" suivant le droit anglais de l'époque et le rendrait inapte à siéger. Son opposant, Sir John Fortescue, qui est membre du Conseil privé, se plaint au Roi de l'illégalité de l'élection. Jacques I^{er}, sur réception du "*return*"⁹⁶ et après avoir obtenu l'avis de ses juges, ordonne alors la tenue de nouvelles élections, dans lesquelles Fortescue est choisi. Mais la Chambre s'oppose à la décision du Roi. Le 20 juin 1604, elle lui adresse un document intitulé "*Apology of the Commons*", par lequel elle revendique la liberté d'expression et les privilèges de ses membres, présentés comme des droits anciens du peuple anglais⁹⁷. Ce document comporte six résolutions, dont la dernière stipule:

"6. *That the House of Commons is the sole proper judge of return of all such writs, and the election of all such members as belongs to it, without which the freedom of election were not entire*"⁹⁸.

Les lords demandent la tenue d'une conférence conjointe des deux Chambres, ce que les députés refusent. Jacques I^{er} ordonne alors la tenue d'une conférence entre les Communes et les juges, en présence du Roi, pour débattre de la question. Suivant l'opinion des juges, le Roi serait seul à pouvoir trancher de la validité des *returns*, puisque c'est le Roi qui émet les

⁹⁵ Cette affaire est rapportée par George Petyt, en annexe de son célèbre *Lex Parliamentaria* de 1689. Voir: George PETYT, *Lex Parliamentaria, or a Treatise of the Law and Custum of the Parliaments of England*, réédité dans la coll. *Classics of English Legal History in the Modern Era*, New York et Londres, Garland Publishing, 1978, pp. 299-320.

⁹⁶ Le bref d'élection (*Writ*) était émis par le Roi et ordonnait au shérif de procéder à des élections. Le shérif devait ensuite rapporter le document au Roi avec indication du vainqueur. Ce document ainsi retourné portait le nom de "*return*".

⁹⁷ F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 144 et suiv.

⁹⁸ G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 364.

brefs d'élection et que c'est lui qui reçoit les *returns*. Quant à la juridiction de la Chambre basse relativement au statut de ses membres et à leur droit de siéger, elle ne débiterait qu'après l'admission du député aux Communes⁹⁹. À cela, les députés opposent qu'un tel pouvoir permettrait au Roi de nommer les députés suivant son bon vouloir¹⁰⁰. Les parties ne s'entendent, ni sur la légalité de l'élection, ni sur la question de savoir qui a juridiction pour trancher le litige. Le conflit est résolu par un compromis proposé par le Roi: de nouvelles élections seront tenues¹⁰¹.

Hood Phillips fait remarquer que l'affaire Goodwin constitue malgré tout une victoire pour les Communes, dans la mesure où à l'avenir le Roi s'abstiendra d'interférer directement dans les affaires électorales¹⁰². Toutefois, s'il s'agit bel et bien d'une victoire sur le Roi, la juridiction exclusive des Communes n'est pas admise pour autant. En effet, la question de savoir si les juges peuvent, quant à eux, connaître de tels litiges demeure en suspens et ne sera résolue qu'un siècle plus tard, avec l'affaire *Ashby c. White*¹⁰³. Certes, peu après l'affaire *Goodwin*, Lord Coke écrira:

*“It is lex et consuetudo parliamenti that all weighty matters in any Parliament moved concerning the peers of the realm or commons in parliament assembled, ought to be determined, adjudged and discussed by the course of parliament, and not by the civil law, nor yet by the common laws of this realm used in more inferior courts”*¹⁰⁴ (Je souligne).

Mais l'histoire subséquente montre, encore une fois, que les positions de Coke sont trop avant-gardistes pour être aisément admises¹⁰⁵.

⁹⁹Voir G. PETYT, *op. cit.*, note 95, pp. 310 et 313.

¹⁰⁰*Idem*, p. 320. Voir, de même, J.-L. De LOLME, *op. cit.*, note 59, p. 332.

¹⁰¹G. B. SMITH, *op. cit.*, note 22, p. 361-362.

¹⁰²H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, pp. 153-154. Encore qu'il faille nuancer cette affirmation. En effet, même si le Roi se retire des affaires électorales, il conserve le pouvoir d'exclure un député en procédant à son arrestation et a, de ce fait, un contrôle sur la composition de la Chambre. Ainsi, l'exclusion par Jacques I^{er}, en 1621, de Sir Edwin Sandys, mènera à la “*Petition of Rights*” de 1628.

¹⁰³ (1703) 92 E.R. 126.

¹⁰⁴Lord Coke, 4 Inst. 15; cité par H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, p. 143.

¹⁰⁵Jennings écrira de celui-ci:

—L’Affaire *Ashby c. White*

L’affaire *Ashby c. White*¹⁰⁶ survient immédiatement après l’adoption de l’*Act of Settlement* de 1701. L’année précédente, à l’occasion des élections de 1700, un certain Ashby avait été empêché de voter par M. White, le maire d’Aylesbury. Plutôt que d’adresser une plainte aux Communes, Ashby choisit de poursuivre White devant les tribunaux afin de réclamer des dommages pour la perte de son vote. L’action est reçue en Cour d’assises, mais renversée par le *Queen’s Bench* en 1702. Trois des quatre juges considèrent qu’il s’agit d’une question électorale à propos de laquelle seule la Chambre des communes est habile à se prononcer. Le juge en chef Holt exprime cependant une dissidence. À son avis, le droit de vote est un droit de propriété et, à ce titre, sa privation doit donner lieu à un recours judiciaire. En réalité toutefois, le juge Holt semble surtout soucieux de permettre le contrôle de la procédure électorale dans laquelle la corruption et la fraude se sont érigées en pratique. Il écrit: “*To allow this action will make public officers more careful to observe the constitution of cities and bouroughs, and not to be so partial as they commonly are in all elections*”¹⁰⁷.

Quant à la décision majoritaire de laisser aux Communes le soin de trancher tout litige se rapportant aux élections, elle confirme une décision rendue quelques années plus tôt dans l’affaire *Bernardiston c. Soame*¹⁰⁸, et dans laquelle la Cour de l’Échiquier avait refusé de se prononcer sur une poursuite contre l’officier électoral qu’on accusait d’avoir retourné un faux rapport¹⁰⁹. Il semble, par ailleurs, difficile de l’isoler du contexte politique dans lequel elle est rendue. La révolution a donné aux Communes une autorité sans précédent, et l’adoption subséquente de l’*Act of Settlement* a montré la résolution des parlementaires à ne plus dépendre, ni du Roi, ni de ses tribunaux. Le professeur Jacques-Yvan Morin écrit à ce sujet:

“*[T]ough old Coke, the toughest man England ever knew (according to Carlyle), who shovelled up enormous (and frequently inaccurate) learning in vast disorderly heaps, is the oracle of constitutional law*” (W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 41, p. 158).

¹⁰⁶Précitée, note 103.

¹⁰⁷*Ashby c. White*, précité, note 103, 137.

¹⁰⁸(1674) 6 State Tr. 1063 (C. de l’É.), confirmé à 6 State Tr. 1117 (Ch. des Lords).

¹⁰⁹Voir J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 280.

“Les deux révolutions anglaises de 1642 et 1688 ainsi que les violentes querelles religieuses de l'époque ont entraîné, comme plus tard dans la France de 1792, l'affirmation sans réplique de la suprématie des nouveaux détenteurs de pouvoir de contrainte. Quand le changement de dynastie eût consacré cette mutation, L' *Act of Settlement* de 1701 étendit la main protectrice du législateur sur le juge en lui garantissant l'inamovibilité (à moins que le Parlement lui-même ne décide de la lui retirer)”¹¹⁰.

Sans doute, parler de “main protectrice du législateur sur le juge”, c'est prêter au Parlement une bienveillance qui dissimule les intérêts véritables des Communes derrière l'*Act of Settlement*. Peu importe. Dans le contexte de la domination parlementaire et de la nouvelle dépendance des juges face au pouvoir législatif, la dissidence du juge en chef Holt démontre une certaine audace.

L'affaire est cependant portée devant la Chambre des lords par un *writ of error* et, en 1704, celle-ci endosse l'opinion minoritaire du juge Holt, donnant droit à l'action de Ashby. La décision des lords entraîne la riposte de la Chambre des communes qui adopte alors une résolution par laquelle elle déclare la décision contraire à ses privilèges et l'action prise par Ashby comme une atteinte directe à ceux-ci¹¹¹. Les lords répliquent à leur tour par une contre-résolution, réaffirmant leur position, et stipulant:

“[...]that the declaring Matthew Ashby guilty of a breach of privilege of the house of commons for prosecuting an action against the constables of Aylesbury for not receiving his vote at an election, after he had in the known and proper methods of law obtained a judgement in parliament for recovery of his damages, is an unprecedented attempt upon the judicature of parliament, and is in effect to subject the law of England to the votes of the house of commons”¹¹².

Forts de l'appui de la Chambre des lords, un certain Paty et quatre autres individus entreprennent une action similaire à celle de Ashby. Cette fois, la Chambre des communes ordonne l'arrestation de Paty pour atteinte aux privilèges de la Chambre. Celui-ci s'adresse

¹¹⁰Jacques-Yvan MORIN, “Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?*”, dans Jean-Louis BAUDOIN, Jean-Maurice BRISSON, François CHEVRETTE et al. (dir.), *Les mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, pp. 722- 798, à la p. 747.

¹¹¹Pour le texte de la résolution des Communes, voir: E. Neville WILLIAMS, *The Eighteenth-Century Constitution, 1688-1815—Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. 226.

¹¹²C. STEPHENSON et F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 18, p. 623,

alors au *Queen's Bench* pour l'émission d'un bref d'*habeas corpus* qui lui sera refusé, les trois juges considérant à nouveau (à l'encontre de la décision des Lords) qu'ils ne peuvent intervenir dans une affaire électorale et le juge Holt maintenant sa dissidence¹¹³. Une permission d'appeler devant les Lords par voie de "*writ of error*" est alors demandée, mais la Reine, pressée par les Communes, refuse de l'accorder¹¹⁴. Les députés vont même jusqu'à ordonner l'arrestation des avocats qui avaient plaidé la cause en faveur de Paty¹¹⁵. Les Lords, s'en prenant tant à l'attitude des Communes qu'à la décision de la Reine, adoptent une nouvelle résolution à l'effet que:

"[N]either House of Parliament could arrogate to itself new privileges; that the Commons had assumed an unwarranted legislative power by attributing the force of law to their declaration; that they had thereby subjected the rights of englishmen to the arbitrary votes of the House of Commons; that every Englishman who was imprisoned by any other whatever had an undoubted right to his writ of habeas corpus; (...); that a writ of error was not one of grace, but of right, and ought not to be denied to the subject when duly applied for" (je souligne)¹¹⁶.

Le conflit entre les Communes et les Lords oblige la Reine Anne à convoquer une conférence des deux chambres. Les parties ne parviennent pas à s'entendre et la question demeure non résolue lorsque le Parlement est prorogé.

Si l'on peut, comme Hood Phillips, considérer que le point de vue de Ashby, appuyé par la Chambre des lords, soit le plus haut tribunal du pays, constitue une victoire sur le plan juridique¹¹⁷, il faut cependant admettre qu'il s'agit, à la lumière de *Paty's Case*, d'une victoire à la Pyrrhus. Le sort de Paty et de ses acolytes a suffi à refroidir les esprits contestataires et a, en pratique, assuré l'autonomie la plus absolue des Communes en matière électorale, donnant ainsi raison à Coke cent ans après ses *Institutes*. Cette autorité des Communes sur toute question relative à sa composition et au droit de ses membres de siéger sera d'ailleurs confirmée de façon spectaculaire, quelques années plus tard, à l'occasion de l'affaire *Wilkes*.

¹¹³R. c. *Paty*, (1705) 2 Ld Raym. 1105, 91 E.R. 431.

¹¹⁴G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 205.

¹¹⁵Voir: J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 283, qui se fonde sur May.

¹¹⁶G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 205.

¹¹⁷Voir: H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, p. 162.

— *L'affaire Wilkes*

Wilkes accède pour la première fois aux Communes en 1757. Incarnation de l'idéal libéral pour les uns, pamphlétaire et démagogue pour les autres, Wilkes se bâtit rapidement un solide capital d'ennemis au sein même du Parlement. En 1763, il est arrêté pour avoir publié un écrit critiquant sévèrement le Roi. Invoquant le privilège parlementaire d'immunité contre les arrestations, Wilkes réussit à se faire libérer en obtenant du *King's Bench* l'émission d'un bref d'*habeas corpus*. Mais cette décision déplaît aux parlementaires, fatigués de la harangue du député. Le 29 novembre 1763, une résolution est alors adoptée par un vote conjoint des deux chambres, stipulant que:

“le privilège parlementaire ne s'appliquait pas au fait d'écrire et de publier des libelles séditieux et qu'il ne devait pas non plus entraver le cours ordinaire des lois dans les poursuites expéditives et efficaces contre les auteurs d'une offense aussi haineuse et dangereuse”¹¹⁸.

De fait, à partir de cette date, le privilège d'immunité d'emprisonnement ne vaudra qu'en matière civile¹¹⁹. Mais la libération de Wilkes ne signifie pas la fin de ses tourments, comme le démontre le récit qu'en fait Smith¹²⁰. Peu après cet incident, un autre écrit de nature jugée obscène cause un conflit avec la Chambre des lords. Smith rapporte que ses démêlés avec l'autorité font de lui, à l'occasion de l'élection de 1768, une sorte de héros populaire:

“*Although he had no other claims, his wrongs made him the idol of the people, and the cry of "Wilkes and liberty" was everywhere heard, while London was illuminated in his honour*”¹²¹.

Les frasques du député seront célébrées jusque dans les colonies américaines où, semble-t-il, Wilkes était considéré comme le champion de la cause libérale contre l'oppression anglaise¹²².

¹¹⁸Traduction du *Journal de la Chambre des Lords*, 29 nov. 1863, citée dans l'affaire *Bédard* au Bas-Canada en 1810 (Voir: Arthur DOUGHTY et Duncan McARTHUR, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, 1791-1818, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1915, p. 391).

¹¹⁹H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, p. 152.

¹²⁰G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p.288 et suiv.

¹²¹*Idem*, pp. 298-299.

¹²²Voir à cet égard les propos du juge Warren dans l'affaire *Powell c. McCormack*, 395 U.S. 486, 527 à 531 (1969).

L'audace du personnage et le côté ostentatoire de sa personnalité ne font rien pour améliorer ses relations avec les autres députés. Lorsque Wilkes s'en prend à un lord, la Chambre des communes, plutôt que de laisser la Chambre haute traiter de l'affaire, propose son expulsion en invoquant l'ensemble de sa conduite passée, et ce malgré le fait que Wilkes avait déjà été sanctionné pour ses écarts de conduites antérieurs. Dans ces circonstances, l'expulsion de Wilkes ne fait qu'accroître la sympathie populaire à son égard et il est aussitôt réélu. Expulsé une seconde fois au motif que son expulsion précédente le rendait inhabile à siéger pour la durée de la session parlementaire, Wilkes est réélu pour une troisième fois et est aussitôt expulsé à nouveau. La quatrième fois, Wilkes est élu avec une majorité écrasante de 1,143 voix, contre seulement 296 pour Luttrell, son opposant¹²³. Constatant que la popularité de Wilkes ne faisait que croître avec chaque expulsion, la Chambre décide alors de remédier au problème une fois pour toutes, en expulsant non seulement Wilkes pour la quatrième fois, mais en déclarant du même coup son adversaire Luttrell élu sans procéder à de nouvelles élections¹²⁴. Ce faisant, la Chambre des communes montre clairement qu'elle est désormais seule maîtresse des élections.

La suprématie du Parlement, acquise à travers deux révolutions, est ainsi protégée par l'autonomie absolue des Communes sur le droit électoral et parlementaire. Cette autonomie, qui place les Communes hors d'atteinte du Roi et des tribunaux et qui assure ainsi l'hégémonie de l'organe législatif, est, en ce sens, également garante de la "*Rule of law*", suivant la conception restreinte qui est donnée à ce concept en Grande-Bretagne. Mais l'affaire *Wilkes*, en affirmant ainsi cet état de chose, en montre du même souffle le caractère paradoxal: suivant cet "ordre de droit" une majorité partisane de députés, considérant que la Chambre a le droit le plus absolu d'annuler une élection, a le pouvoir de déclarer un individu inhabile par simple résolution et de ne compter que les votes favorables à son adversaire. À la fois législateur, juge et partie, la Chambre des communes n'est liée par aucun principe autre que sa volonté du moment. Et si le Roi pouvait autrefois fonder sa discrétion absolue sur l'argument théologique de la volonté divine, les Communes fondent désormais la leur sur l'autorité concrète de deux révolutions.

¹²³G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 300.

¹²⁴*Idem.*

— *La fin de l'influence monarchique en matière parlementaire: le Reform Act de 1832.*¹²⁵ *et le développement du gouvernement responsable*

À la fin du XVIII^{ème} siècle et au début du XIX^{ème}, le Roi conserve encore toutefois, en vertu de sa prérogative, deux moyens de contrôle sur la Chambre des communes. Il s'agit, d'une part, du pouvoir de proroger et de dissoudre le Parlement et, de l'autre, du pouvoir de créer ce qu'on appellera communément des “bourgs pourris”, ou encore des “bourgs de poche”.

En effet, la prérogative permettait traditionnellement au Roi de décréter par ordonnance la création de nouveaux bourgs, c'est-à-dire des entités municipales représentées au Parlement¹²⁶. Non seulement ces bourgs sont-ils de population hautement variable, mais, comme nous le verrons par la suite¹²⁷, les règles régissant l'élection de leurs représentants au Parlement variaient également en fonction des lettres d'incorporation du bourg, de sorte que l'élection est parfois déterminée par une dizaine d'individus. John Locke, dans son second traité, dénonçait déjà, en 1680, l'état inégalitaire de la carte électorale anglaise¹²⁸. De surcroît, le pouvoir du monarque de créer des bourgs et de déterminer leur mode de représentation constituait pour lui un moyen d'influence sur la composition des Communes¹²⁹. Ainsi lorsque, avec le *Reform Act* de 1832¹³⁰, le Parlement amorça, enfin, une révision de la carte électorale dans un souci d'égalité démocratique, il commença par supprimer le pouvoir du monarque de créer des “bourgs pourris”.

¹²⁵2 Guill. IV, c. 45.

¹²⁶Phillippe LAUVAUX, *Le Parlementarisme*, Coll. Que sais-je, Paris, P.U.F., 1987, 128 p., p. 13.

¹²⁷*Infra*, pp. 393-394.

¹²⁸J. LOCKE, *op. cit.*, note 65, pp. 299-302 (§157-158). Prêtant au monarque un souci de la démocratie largement exagéré, Locke croyait qu'il appartenait à celui-ci d'user de sa prérogative pour effectuer une réforme régulière de la carte électorale. Il est intéressant de noter que pour Locke, l'acte par lequel serait réformée la carte électorale est un acte d'une nature spéciale qui devrait échapper au pouvoir du Parlement. Sur cette question, voir *infra*, pp. 393 et suiv.

¹²⁹Sur le recours à ce procédé sous le règne de Marie Tudor, voir J.-L. De LOLME, *op. cit.*, note 59, p. 256.

¹³⁰Précité, note 125.

Quant au pouvoir de dissolution, on a vu à quel point il a joué un rôle fondamental, en particulier dans les années qui ont précédé la première révolution. Bien que toujours entier, en théorie, il sera en pratique progressivement érodé par le développement des conventions constitutionnelles relatives au principe du gouvernement responsable, qui s'esquissent à partir du début du XVIII^{ème} siècle, pour prendre véritablement forme au milieu du XIX^{ème}.

À la fin du XVII^{ème} et au début du XVIII^{ème} siècle, le pouvoir exécutif s'est vu, en effet, petit à petit confié à un nombre beaucoup plus restreint de fonctionnaires du Roi. Cependant, rapporte Marcham, bien que le Roi agissait sur les conseils de certains officiers, ceux qui étaient consultés variaient d'une réunion à l'autre, de sorte qu'il n'existait pas de véritable Cabinet¹³¹. A partir de Guillaume d'Orange, le Parlement réussit à exercer un certain contrôle sur la nomination des ministres. En 1742, Walpole, alors principal ministre de Georges II, démissionne de son poste en raison du fait qu'il n'avait alors plus l'appui de la majorité des Communes¹³². Bien que la démission soit individuelle, le principe suivant lequel les ministres doivent bénéficier de l'appui du Parlement s'installe progressivement dans le système britannique. Au milieu du XIX^{ème} siècle, le principe du gouvernement responsable sera fermement et définitivement établi¹³³.

Le développement du gouvernement responsable bouleverse profondément le parlementarisme britannique à plusieurs égards. Notamment, en liant le pouvoir exécutif au contrôle de l'assemblée, introduit-il, par voie de conséquence, les partis politiques et la discipline de partis¹³⁴; mais surtout, il vient circonscrire et limiter considérablement le pouvoir

¹³¹F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 203.

¹³²*Idem*, p. 213.

¹³³ La majorité des historiens considèrent à cet égard 1841 comme une date charnière. Voir: Pierre TOUSIGNANT, "Note critique: la problématique du gouvernement responsable dans une nouvelle perspective historique", (1988) 42 *Rev. hist. Amér. française* 253, 256; ainsi que John Manning WARD, *Colonial Self-Government: The British Experience 1759-1856*, Toronto, University of Toronto Press, 1976, p. 24. Melbourne, alors premier ministre et favori de la Reine Victoria, avait perdu l'appui de la Chambre, dominée par Peel. Des élections furent déclenchées dans l'espoir de reconstituer une Chambre favorable au gouvernement, mais l'échec de la démarche obligea Victoria à démettre le gouvernement et nommer Peel premier ministre.

¹³⁴Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, l'émergence de la responsabilité des ministres devant les Communes entraîne le développement de coalitions entre les députés afin de supporter tel

de dissolution du Roi qui, en principe, doit agir en conformité avec les directives du gouvernement, issu de la majorité parlementaire.

Il faut toutefois souligner que c'est la combinaison, à la fois du gouvernement responsable et du *Reform Act* de 1832¹³⁵, qui va entraîner la fin véritable de l'influence parlementaire du Roi. Celui-ci est alors, politiquement et conventionnellement, tenu de former un gouvernement bénéficiant de l'appui de la Chambre, sans par ailleurs détenir les moyens d'obtenir cet appui grâce à des manipulations électorales¹³⁶. La lutte des Communes pour

ministre ou de s'y opposer. Selon Marcham, “*Organized parties had not yet taken shape; the substitute for them was the coalition of groups of members of Parliament who accepted the leadership of individual politicians. Consequently, ministers negotiated to bring such coalitions into existence and to hold them together to support cabinet policy*” (F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 215). Ces coalitions ne se transformeront en véritables partis organisés qu'avec l'extension de la franchise dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, comme nous le verrons par la suite, mais leur introduction dans le système parlementaire remonte au développement du gouvernement responsable. Il est vrai que des factions existaient déjà depuis un certain temps au sein de la Chambre des communes. Au début du XVII^{ème} siècle, celle-ci était divisée en deux factions, “*Court*” —les membres ayant des connexions avec le Roi et jouissant ainsi de charges dans le gouvernement— versus “*Country*”. Les “*Court*”, qui prennent au XVII^{ème} siècle le nom de “*Tory*”, croient en un gouvernement central fort dirigé par le Roi et un cercle restreint de notables ainsi qu'à l'importance de l'Église anglicane d'Angleterre. Les “*Country*”, qui prennent à cette époque le nom de “*Whigs*”, s'opposent au patronage du Roi, revendiquent une plus grande indépendance pour le Parlement et une limitation du pouvoir royal (voir: Gordon STEWART, *The Origins of Canadian Politics: A Comparative Approach*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1986, pp. 11-12). Il s'agit certes de clivages politiques, mais ces divisions ne sont pas perçues comme normales, encore moins comme une partie intégrale et nécessaire du système politique (voir *supra*, note 73). Avec l'avènement progressif du gouvernement responsable, les coalitions acquièrent une nécessité fonctionnelle. Le contrôle et la survie du gouvernement dépend désormais des liens de solidarité tissés entre députés. L'appartenance à l'une ou l'autre de ces coalitions, majorité ou minorité, a désormais, plus que jamais, pour enjeu le pouvoir politique et les partis deviennent ainsi une partie intégrante du fonctionnement du système parlementaire.

¹³⁵Précité, note 125.

¹³⁶Marcham écrit ainsi:

“In the eighteenth and early nineteenth centuries, the power to dissolve had been used by the monarch with the purpose of gaining support in the House of Commons for the ministers he favored—that is for political purposes. [...] After the passage of the Reform Act of 1832, it was a question of whether the electorate would vote as the monarch predicted” (F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, pp. 308-309).

En 1841, la Reine Victoria, désireuse de renforcer l'appui parlementaire du premier ministre Melbourne, déclencha des élections. Melbourne fut battu et la Reine dut céder (*Idem*, p. 309).

l'autonomie, qui a débuté plusieurs siècles plus tôt, est ainsi achevée. Nous verrons par la suite qu'elle ne survivra intacte qu'à peine vingt-cinq ans. Mais auparavant, il importe de voir comment cette autonomie, acquise à l'encontre du Roi dans le contexte britannique, fut similairement obtenue au profit des assemblées coloniales canadiennes.

Section 2 - La lutte pour l'autonomie parlementaire en contexte Bas-canadien

Parmi les quatre colonies qui allaient éventuellement former le Canada en 1867, la première à obtenir une assemblée législative élue, en 1758, fut la Nouvelle-Écosse, suivie du Nouveau-Brunswick en 1786 (devenu colonie distincte de la Nouvelle-Écosse depuis 1784), puis du Haut et du Bas-Canada en 1791. On sait que les assemblées législatives coloniales ne bénéficiaient pas du même statut que la Chambre des communes en Angleterre. Le Conseil privé a notamment affirmé, en 1842, que si les assemblées coloniales possédaient les privilèges nécessaires à leur bon fonctionnement, elles ne possédaient cependant pas l'ensemble des privilèges reconnus en Angleterre à la Chambre des communes¹³⁷. Cette proposition générale, établie près d'un siècle *après* l'avènement de la première assemblée et partout admise aujourd'hui, soulève toutefois de nombreuses interrogations, d'une part quant à l'étendue des privilèges ainsi reconnus, et d'autre part quant à la conformité de la pratique parlementaire antérieure à la décision du Conseil privé.

De façon plus spécifique, il faut se demander si, à *l'origine*, les assemblées coloniales pouvaient prétendre au contrôle exclusif des questions relatives à l'élection et au statut de leurs membres, question qui a jusqu'ici été négligée par la doctrine¹³⁸. Une réponse satisfaisante à cette question devrait comprendre une étude de la situation pour chacune des quatre colonies fondatrices. Il s'est cependant avéré très difficile d'obtenir les sources d'information nécessaires à une telle démarche. Dans bien des cas, particulièrement en ce qui concerne les colonies maritimes, j'ai dû, faute de recherches historiographiques plus poussées que ce qui était envisageable dans le cadre de la présente étude, me contenter de sources secondaires, souvent avares de précisions.

¹³⁷ *Kielley c. Carson*, (1842) 13 E.R. 225. Cette affaire mettait en cause le pouvoir de l'assemblée coloniale de Terre-Neuve de procéder à une arrestation pour un outrage commis *ex facie*. Le Conseil privé fut d'avis qu'un tel pouvoir, qui existe en faveur des Communes en Angleterre, n'a pas été conféré à l'assemblée coloniale, celle-ci ne possédant, de par son établissement, que les pouvoirs directement nécessaires à son fonctionnement.

¹³⁸ Joseph Maingot, dans son ouvrage consacré aux privilèges parlementaires au Canada, identifie ainsi uniquement la liberté de parole et l'immunité d'arrestation comme privilèges reconnus dès l'origine aux assemblées coloniales du Canada, en raison de leur caractère essentiel au fonctionnement de ces assemblées. Voir: J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 156, de même que William Paul McClure KENNEDY (dir.), *Documents of the Canadian Constitution*, Toronto, Oxford University Press, 1918, pp. 298-299.

Si l'on se fie à William Clement, les assemblées coloniales auraient, simplement et uniformément, suivi à ce chapitre l'exemple britannique. Il écrivit en 1898: "*Prior to confederation, the legislatures of the various provinces followed the example of the British Parliament, and retained in their own hands the right to decide all questions as to the status of their members [...]*"¹³⁹. De même, dans l'affaire *Valin c. Langlois* en 1879, dont il sera question par la suite, le juge en chef Ritchie affirma:

*"As the House of Commons in England exercised sole jurisdiction over all matters connected with controverted elections except so far as they may have restrained themselves by statutory restrictions, the several Houses of Assembly have always claimed and exercised in like manner the exclusive right to deal with and be the sole judges of election matters, unless restrained in like manner, and this claim, and the exercise of it, I have never heard disputed"*¹⁴⁰.

Cette uniformité apparente ne résiste toutefois pas à l'analyse. Certes, en ce qui concerne les colonies maritimes, soit la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, l'énoncé du juge Ritchie n'apparaît pas suspect. L'absence de conflit marqué entre l'Exécutif et l'Assemblée pendant les premières années, de même que la faiblesse du pouvoir exécutif en place, auront sans doute facilité les choses¹⁴¹. En Nouvelle-Écosse, écrit John Garner, "*it was always assumed that the Assembly should exercise a review over the qualifications of its members and over the conduct of the elections. The assumption was based on the belief that the usages and conventions of the Imperial Parliament extended to its lowliest counterparts*"¹⁴². Cette opinion est d'ailleurs appuyée par Londres. Lorsque, en 1806, le Lieutenant gouverneur de la Nouvelle-Écosse met en doute le pouvoir de l'Assemblée de trancher les litiges électoraux, le *Colonial Office* opine en faveur de l'Assemblée¹⁴³. Ainsi, en

¹³⁹William Henry Pope CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell, 1898, p. 288.

¹⁴⁰(1879) 3 R.C.S. 1, 10. Décision confirmée par le Conseil privé à (1879) 5 A.C. 115.

¹⁴¹On consultera à cet égard le chapitre 3 de l'ouvrage du professeur Phillip A. BUCKNER, *The Transition to Responsible Government: British Policy in British North America, 1815-1850*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985. Voir aussi: Sir J. G. BOURINOT, *A Manual of Constitutionnal History of Canada From the Earliest Period to 1901*, Toronto, The Copp. Clark Company, 1901, de même que William MacNUTT, *New Brunswick, A History: 1784-1867*, Toronto, MacMillan, 1963.

¹⁴²John GARNER, *The Franchise and Politics in British North America, 1755-1867*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 177.

¹⁴³*Idem*, p. 177-179.

Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, tout se passe comme si l'Assemblée détenait les mêmes pouvoirs que la Chambre des communes en Angleterre. Il faut dire que l'arrêt *Kielley c. Carson*¹⁴⁴, qui viendra atténuer considérablement cette proposition, n'a pas encore été entendu.

Par ailleurs, si l'on devait en rétrospective considérer que la convocation d'une assemblée ne conférait pas *automatiquement* à celle-ci le pouvoir de juger des élections et du statut de ses membres¹⁴⁵, on pourrait néanmoins avancer l'hypothèse d'une reconnaissance postérieure de ce privilège. En effet, tant en Nouvelle-Écosse qu'au Nouveau-Brunswick, la création de l'Assemblée résulta de l'exercice de la prérogative royale et se fit sans l'intervention du Parlement britannique. Le Roi, qui avait lui-même accordé l'Assemblée, ne pouvait-il pas également lui reconnaître des privilèges, directement ou par l'intermédiaire du gouverneur qui le représentait dans la colonie? Dans l'affirmative, il semble que rien n'empêchait cette reconnaissance d'être implicite, c'est-à-dire résulter de l'acquiescement à une pratique parlementaire d'abord simplement tolérée¹⁴⁶.

Cependant, la situation est tout autre en ce qui concerne le Haut et le Bas-Canada. Sur chacun des éléments énoncés ci-dessus, politiques et juridiques, la situation au Haut et, en particulier, au Bas-Canada, diffère considérablement. Juridiquement, la création des assemblées est le fruit d'une intervention du Parlement impérial, soit l'*Acte constitutionnel de*

¹⁴⁴Précité, note 137.

¹⁴⁵Dans l'arrêt *Kielley c. Carson* (précité, note 137), le Conseil privé adopta une attitude restrictive dans ce qu'il considérait être nécessaire, en termes de privilèges, au fonctionnement de l'Assemblée. Un des motifs fondant son refus de reconnaître à l'Assemblée de Terre-Neuve le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* fut que la punition d'un tel outrage pouvait être assurée par le moyen des tribunaux. On constate ainsi que le Conseil privé préféra très clairement ajouter à la juridiction des tribunaux de droit commun qu'à celle de l'Assemblée coloniale.

¹⁴⁶Toujours dans l'arrêt *Kielley c. Carson* (précité, note 137), une argumentation analogue avait été avancée en faveur du privilège de l'Assemblée en matière d'outrage. Le Conseil privé admit qu'en l'absence de reconnaissance explicite, la preuve d'une pratique parlementaire pouvait constituer une présomption suffisante pour établir l'existence du privilège (*Idem*, p.235). Joseph Maingot estime pour sa part que la Couronne ne pouvait accorder, même expressément, de privilèges additionnels à l'Assemblée "pour la simple raison qu'elle-même n'en était pas investie" (J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 203). Il n'est cependant pas aisé de concilier ce point de vue avec le principe suivant lequel les privilèges qui étaient reconnus aux assemblées locales découlaient directement de leur établissement par la Couronne.

1791¹⁴⁷. La question de savoir si le gouverneur pouvait accorder, ou si l'Assemblée pouvait prétendre posséder de façon inhérente de tels privilèges à l'encontre de l'Acte constitutionnel, est alors des plus sérieuses¹⁴⁸. Elle se posera, comme nous le verrons, relativement au pouvoir de l'Assemblée d'exclure un député considéré éligible suivant les termes mêmes de l'Acte constitutionnel. S'il est vrai qu'au milieu du XIX^{ème} siècle le pouvoir exclusif des assemblées coloniales de contrôler les questions relatives à leur formation, leur fonctionnement et au statut de leur membres est fermement établi, il est par ailleurs faux d'affirmer, comme le fait le juge Ritchie en 1879, que ce pouvoir n'a jamais été contesté.

La preuve de cette contestation, il n'est sans doute pas surprenant de la trouver au Bas-Canada. Certes, ici comme dans le Haut-Canada où le privilège de l'Assemblée en matière électorale ne semble avoir jamais été contesté¹⁴⁹, le conflit constant entre le gouvernement et les représentants élus aura pour principal objet le contrôle des finances publiques, et pour véritable enjeu le principe du gouvernement responsable. Cette lutte, qui mènera à la rébellion de 1837 et ne prendra véritablement fin qu'avec l'avènement du gouvernement responsable en 1847, sept ans après l'établissement de l'Union¹⁵⁰, constitue la toile de fond de la politique canadienne à partir de la fin de la guerre américaine en 1814. Cette étape de l'histoire constitutionnelle canadienne est amplement documentée, et il n'est pas question d'y revenir

¹⁴⁷ *An Act to repeal certain provisions of an Act, passed in the fourteenth Year of his Majesty's Reign, entitled, An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America; and to make further Provision for the Government of the said Province*, R.-U., 31 Geo. III, c. 31 (1791), ci-après cité l'"Acte constitutionnel".

¹⁴⁸ Dans l'arrêt *The King ex. rel. Tolfree c. Clark et al.*, (1943) 3 D.L.R. 684, 698, le juge Laidlaw de la Cour d'appel de l'Ontario laissa entendre que l'Assemblée avait en principe, du seul fait de sa création, les mêmes privilèges que la Chambre des communes anglaise, et notamment une juridiction électorale. Un tel énoncé va clairement trop loin et a été, à juste titre, rejeté par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Chamberlist c. Collins*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 414, 424. On considéra dans cet arrêt que l'Assemblée du Yukon ne pouvait, en l'absence d'autorisation statutaire, prétendre à une juridiction électorale. Le professeur Enid Campbell considère quant à elle que la question de savoir si les chambres des législatures peuvent trancher les litiges électoraux et se prononcer sur l'admissibilité de leurs membres demeure incertaine. Voir Enid CAMPBELL, "Expulsion of Members of Parliament", (1971) 21 *U. of T. Law Journal* 15, 17.

¹⁴⁹ Voir J. GARNER, *op. cit.*, note 11, pp. 198 ss; ainsi que Gary O'BRIAN, "Parliamentary Procedure in Upper Canada, 1792-1820", (1982) 74 *Ontario History* 284.

¹⁵⁰ *An Act to Re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada and for the Government of Canada*, 3-4 Vict., c. 35. Ci-après: "l'Acte d'Union".

ici¹⁵¹. Mais le clivage linguistique qui marque profondément le Bas-Canada et qui le distingue, avant toute chose, du Haut-Canada, entraînera ici, comme prélude à la lutte sur la question financière, un conflit distinct, ayant pour objet l'autonomie de la Chambre d'assemblée, majoritairement francophone, face au gouvernement anglophone. Pendant qu'au Haut-Canada, dans la période qui précède la guerre de 1812-1814, on assiste à de simples “conflits familiaux” mettant en cause l'aristocratie naissante¹⁵², les représentants francophones du Bas-Canada mènent une lutte qui présente des similitudes frappantes avec celle menée quelques années auparavant par la Chambre des communes en Angleterre¹⁵³. Les événements qui marqueront cette lutte, en particulier les affaires *Hart* et *Bédard*, sont ici des éléments connus de l'histoire politique. Il importe toutefois de les replacer dans une perspective juridique.

Section 2.1 - Le régime de l'Acte constitutionnel de 1791

Conquise en 1760, la colonie ne s'est vue accorder une première assemblée parlementaire qu'en 1791 avec l'Acte constitutionnel. S'il était de tradition, dans les colonies

¹⁵¹ Rappelons simplement que le conflit résultait de la convergence de deux facteurs, soit l'absence de gouvernement responsable et la capacité relative de l'Exécutif de subvenir aux besoins de l'administration, ce qui privait les assemblées du pouvoir de contraindre le gouverneur quant à ses politiques et quant au choix de ses conseillers. En effet, le *Quebec Revenu Act* (1774), 14 Geo. III, R.-U., c. 88, une loi impériale maintenue en vigueur après 1791 prévoyait le prélèvement d'un impôt au profit de l'Exécutif. Bien qu'insuffisants, ces revenus conféraient au gouverneur une marge d'autonomie appréciable. Ils étaient complétés par l'assistance financière directe de Londres qui, selon l'historien Ward, s'élevait à une somme annuelle de 100, 000 livres au début du XIX^{ème} siècle. Voir: J. M. WARD, *op. cit.*, note 133, p. 15.

¹⁵² Voir Phillip A. BUCKNER, *op. cit.*, note 141, p. 72. Ces conflits s'aggraveront, pendant les années 1820 et 1830, en raison de l'accaparement par une minorité (qui prendra le surnom évocateur de “*family compact*”) à la fois de l'administration publique et des richesses du Haut-Canada. Ils mèneront éventuellement à la rébellion en 1837.

¹⁵³ Le développement et l'organisation parlementaire pendant la période de l'Acte Constitutionnel a fait l'objet d'une étude approfondie par le professeur Henri Brun dans sa thèse de doctorat (H. BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970, 281 p.), à laquelle il sera régulièrement fait référence dans la présente partie.

anglaises, d'accorder une assemblée législative locale¹⁵⁴, la présence au Canada d'une forte majorité francophone, ainsi que le conflit dans les colonies américaines voisines, en retarda pendant près de trente ans la réalisation. L'histoire canadienne relative au droit parlementaire débute ainsi moins de vingt-cinq ans après l'affaire *Wilkes* et l'établissement de l'autonomie absolue de la Chambre des communes britannique en matière de droit électoral et parlementaire.

Outre la mise en place d'une assemblée législative, l'*Acte constitutionnel* procédait à la division de la colonie en deux parties, l'une principalement anglophone, le Haut-Canada, et l'autre, le Bas-Canada, principalement francophone. En confiant à chacun des deux groupes linguistiques un territoire et une assemblée, Londres évitait ainsi, selon les termes d'Henri Brun, "l'oppression d'une majorité canadienne par une chambre anglaise, ou l'oppression d'une minorité anglaise par une chambre canadienne"¹⁵⁵. Mais cette solution n'était elle-même pas sans inconvénients puisque, à moins d'abandonner entièrement le Bas-Canada aux mains des francophones, elle conduisait à une cohabitation forcée entre l'Assemblée, dominée par la majorité francophone, et le gouvernement exécutif, exclusivement contrôlé par la minorité anglaise.

Cette particularité politique, en plus du statut colonial qui subordonnait les intérêts canadiens à ceux de la métropole, empêchait d'importer intégralement le régime britannique de l'époque. Certes, la notion de gouvernement responsable n'avait pas encore tout à fait acquis, en Angleterre, la précision et la force qui la caractériseront par la suite¹⁵⁶. Mais il était assez clair dans l'ensemble que le gouvernement britannique devait être composé de membres de la Chambre des communes et que, à tout le moins, les principaux ministres devaient y trouver un appui suffisant pour conserver la confiance de la Chambre¹⁵⁷. Or, il n'était pas question pour Londres —qui désirait conserver un certain contrôle sur la colonie— de confier aux assemblées du Haut et du Bas-Canada semblable mainmise sur l'Exécutif. L'Administration

¹⁵⁴Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec — du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992, p. 51.

¹⁵⁵H. BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 86.

¹⁵⁶*Supra*, p. 42. Voir aussi: F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, pp. 305 à 312.

¹⁵⁷À la différence d'aujourd'hui, cependant, il n'était pas inusité de voir le monarque recourir à la dissolution dans l'espoir de former une assemblée plus favorable aux ministres de son choix. Voir F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 308.

coloniale ne pouvant être redevable à la fois devant le Parlement anglais et devant l'assemblée locale, l'*Acte constitutionnel* tranchera tout naturellement en faveur de la métropole¹⁵⁸.

Quant aux tribunaux, leur indépendance est pour ainsi dire inexistante, au point qu'il serait plus juste de parler d'*inféodation* du pouvoir judiciaire à l'Exécutif. En effet, d'une part, en pratique les deux juges en chef de la Cour du Banc du Roi pour les districts de Montréal et de Québec, ainsi que trois autres juges de cette Cour sont directement membres du Conseil exécutif¹⁵⁹. D'autre part, tant en ce qui concerne la nomination, le traitement et la destitution, le pouvoir du gouverneur n'est circonscrit d'aucune façon, et il ne le sera pas avant 1843¹⁶⁰. Les charges judiciaires, comme les postes dans l'Administration, sont alloués sur la base de considérations politiques. Dans les deux cas, la charge allouée à titre de récompense ou comme gage de fidélité permet au gouverneur d'exercer une influence sur l'Assemblée par le moyen du patronage.

En effet, l'Assemblée n'ayant aucun pouvoir quant à la composition de l'Exécutif, la co-appartenance de certains individus aux deux organes se traduit, non pas par le gouvernement responsable, mais, à l'inverse, par une influence de l'Exécutif sur l'Assemblée. Rappelons que la technique avait si bien fonctionné pour les monarques anglais que l'on jugea nécessaire d'y mettre un terme dans l'*Act of Settlement* de 1701 en interdisant aux députés d'accepter des charges gouvernementales¹⁶¹. Or, rien dans l'*Acte constitutionnel* n'empêche

¹⁵⁸ Dans une lettre confidentielle au gouverneur Craig en 1810, Liverpool écrivit au sujet de l'*Acte Constitutionnel*:

“Il eût été contraire à la situation propre à une colonie et aux relations nécessaires que celle-ci doit entretenir avec la mère patrie de placer le gouvernement exécutif à l'égard de la Législature locale dans le même état de dépendance réciproque qui subsiste si avantageusement entre la Couronne et le parlement au Royaume-Uni” (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 415).

¹⁵⁹ A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 435.

¹⁶⁰ À cette époque, l'*Acte pour rendre indépendants de la Couronne les Juges des Cours du Banc du Roi de la partie de cette Province, ci-devant le Bas-Canada*, S.C. 1843, 7 Vict, c. 15, prévoira la nomination des juges suivant “bonne conduite”, transposant chez nous le principe consacré en Angleterre par l'*Act of Settlement* (précité, note 10). Voir: J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 154, p. 87. Pour le Haut-Canada, voir: *An Act to render the Judges of the Court of King's Bench in this Province independent of the Crown*, U.C.S. 1834, 4 Guill. IV, c. 2.

¹⁶¹ *Supra*, p. 31.

le gouverneur d'avoir recours à de telles pratiques, de sorte que, rapporte Henri Brun, “durant les premières décades du régime tout au moins, il y eut constamment des conseillers exécutifs dans l'Assemblée”¹⁶².

Outre le patronage, le gouverneur exerce un certain contrôle sur l'Assemblée en vertu des pouvoirs électoraux dont il est investi par l'*Acte constitutionnel*. En effet, le gouverneur dispose non seulement d'un pouvoir de dissolution de l'Assemblée, mais aussi de certains pouvoirs de gestion électorale, notamment la confection de la première carte électorale, la sélection des officiers électoraux et la détermination des lieux de scrutin¹⁶³. Chacun de ces pouvoirs constitue pour le gouverneur une source d'influence électorale¹⁶⁴.

À ces facteurs structurels, il faut ajouter le tempérament militaire et dictatorial de Craig, qui assumera la tâche de gouverneur à partir de 1808, et auquel il faut imputer une part du conflit qui se développera à cette époque entre le pouvoir exécutif et l'Assemblée¹⁶⁵. Il est d'ailleurs tout à fait clair, pour Craig, que le régime de l'*Acte constitutionnel* n'est pas et ne doit pas être un régime démocratique¹⁶⁶. Il faut dire que la vision de Craig n'est pas sans fondements. Selon le professeur Gordon Stewart:

*“The Canadas were to prove that monarchy, hierarchy, and deference would lead to stability and good government. They were to be an exemplary counter point to the United States with its weak government and its chaotic democracy”*¹⁶⁷.

¹⁶²Henri BRUN, *op. cit.*, note 153, pp. 205 et suivantes.

¹⁶³Voir les articles XIV, XIV, XVIII et XXV de l'*Acte constitutionnel* de 1791.

¹⁶⁴Quant à la détermination des lieux de scrutin, c'est à tort qu'on en sous-estimerait l'importance, considérant qu'il n'existait, lors des premières élections, qu'un seul bureau de scrutin par circonscription, et ce malgré les distances considérables, compte tenu des moyens de transport de l'époque. Ainsi, on rapporte que dans la circonscription de Percé, qui comprenait presque toute la Gaspésie, seules cinq voix sont enregistrées lors des élections de 1792 (Gaston DESCHÊNES et Maurice PELLERIN, *Le Parlement de Québec—Deux siècles d'histoire*, coll. Vie parlementaire, Québec, Les Publications du Québec, 1991, p. 14.

¹⁶⁵Voir: Fernand OUELLET, *Le Bas-Canada 1791-1940, changements structureaux et crise*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976, pp. 139-140.

¹⁶⁶La correspondance de Craig avec les autorités britanniques, pendant les années 1809 à 1812, est particulièrement éclairante à cet égard. Voir A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 364 et suivantes, et en particulier la lettre à Liverpool, datée du 30 mars 1810 (*Idem*, p. 382).

¹⁶⁷G. STEWART, *op. cit.*, note 134, p. 25.

Et plus loin,

*“Within Upper and Lower Canada after 1791, the governing classes proceeded on the basis that the assemblies had an absolutely subsidiary role, as providers of occasional advice, drafters of laws, and occasional suppliers of additional revenue; in the normal course of events, the assemblies should have no role in deciding either the composition of the administration or in formulating policy on public issues”*¹⁶⁸.

Mais les députés canadiens, à l'instar des parlementaires britanniques du XVII^{ème} siècle, refuseront cette conception de l'ordre constitutionnel. Élus représentants du peuple canadien, ils voudront exercer des pouvoirs proportionnels à la légitimité démocratique dont ils ont été investis. Et pour ce faire, ils chercheront d'abord à établir leur indépendance. Les premiers représentants canadiens connaissent le droit constitutionnel britannique, et notamment l'autonomie particulière dont la Chambre des communes jouit en matière de droit électoral et parlementaire¹⁶⁹. Or, comme le souligne le professeur Jacques-Yvan Morin, la transplantation de l'institution parlementaire dans la colonie est une invitation au “mimétisme constitutionnel”¹⁷⁰. Ils ne tarderont donc pas à demander pour eux-mêmes les privilèges dont jouissent les parlementaires anglais.

Il faut alors se demander dans quelle mesure, au tournant du XVIII^{ème} siècle, l'Assemblée pouvait prétendre posséder le privilège de juger des affaires électorales et parlementaires. On a vu que les assemblées coloniales ne possédaient pas, à l'origine, l'ensemble des privilèges dont bénéficiait de façon coutumière la Chambre des communes en Angleterre¹⁷¹. Mais, à mon avis, la question plus précise du privilège de juridiction électorale ne connaît pas, à cette époque, de réponse catégorique, malgré le fait que cette juridiction a incontestablement été exercée par les assemblées coloniales.

¹⁶⁸*Idem*, p. 29.

¹⁶⁹Des ouvrages de Montesquieu, Locke, Blackstone, et du suisse J.-L. de Lolme étaient disponibles au Bas-Canada. À cela il faut ajouter le *Lex parliamentaria ou traité de la loi et coutume des parlements* de George Petyt, traduit en français en 1803 par Joseph-François Perrault à la demande de l'Assemblée du Bas-Canada (J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 154, p. 55).

¹⁷⁰*Idem*, p. 56.

¹⁷¹*Supra*, p. 45. Voir aussi l'exposé d'Henri Brun (H. BRUN, *op. cit.*, note 153, aux pp. 110 et suiv.

Que les députés canadiens aient prétendu à l'existence de ce privilège en leur faveur n'est guère surprenant: il est tout à fait normal, quant à eux, de chercher à se voir reconnaître un statut comparable à celui de leurs homologues britanniques —d'autant plus, en ce qui concerne la juridiction électorale, que ce privilège est associé, depuis la seconde révolution britannique, à l'idée de démocratie. C'est ainsi, d'ailleurs, que la Constitution américaine, fruit de la rébellion et dont l'encre est à peine sèche, donne à chacune des deux chambres du Congrès une juridiction exclusive sur l'élection de ses membres¹⁷². Dans ce climat politique, la lutte pour le contrôle des élections prend alors, pour les députés canadiens, les allures d'un combat pour la démocratie.

Mais les arguments à l'encontre d'un tel privilège sont nombreux. D'abord, par analogie avec le privilège de punir un outrage commis *ex facie*, qui fut refusé dans l'arrêt *Kielley c. Carson*¹⁷³, on peut soutenir que le privilège relatif au contentieux électoral et au statut des membres de l'Assemblée n'est pas nécessaire au fonctionnement de l'Assemblée, mais plutôt à son *indépendance* face aux autres branches de l'État. Or, tout dans l'*Acte constitutionnel* suggère que le Parlement anglais souhaitait la création d'une assemblée subordonnée et dépendante de l'Exécutif, de façon à maintenir sous tutelle la majorité francophone¹⁷⁴. En fait, rien dans le texte de l'*Acte constitutionnel* ne permettait d'inférer un tel privilège, et les différences d'avec le régime britannique eussent amplement suffi à justifier une solution autre¹⁷⁵. Au surplus, alors que l'article XI donnait expressément au Conseil

¹⁷²L'art. I, section 5, prévoit, à ses paragraphes 1 et 2:

[1] *Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members (...).*

[2] *Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.*

(Texte tiré de Lawrence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ème éd., New York, The Foundation Press, 1988, p. xxxii).

¹⁷³Précité, note 137.

¹⁷⁴Voir *supra*, pp. 50 à 52.

¹⁷⁵À cet égard, soulignons que dans l'affaire *Ashby c. White* (précitée, note 103) en Angleterre, la Cour du Banc du Roi avait principalement fondé la juridiction exclusive des Communes sur la nature coutumière et la diversité des règles électorale en fonction des diverses localités. Or, contrairement à la situation en Angleterre, où le droit électoral procède d'un écheveau de coutumes locales et de dispositions particulières, l'existence des assemblées du Haut et du Bas-Canada, ainsi que les règles électorales de base se trouvent inscrites dans une constitution écrite,

législatif une juridiction sur les questions relatives au droit de siéger comme conseiller, rien de tel n'était prévu en faveur de l'Assemblée à l'égard des députés. L'application de la maxime *expressio unius est exclusio alterius* milite ainsi contre le privilège électoral de l'Assemblée¹⁷⁶. Il semble par ailleurs exclu que le gouverneur, ou même le Roi, puisse ici conférer à l'Assemblée un privilège additionnel, la création de l'Assemblée étant imputable à un Acte du Parlement. Ces arguments constituent à mon avis des motifs, sinon péremptoires, à tout le moins suffisants pour fonder une opposition des plus sérieuses au privilège de l'Assemblée.

Pourtant, lorsqu'en 1815, dans le contexte de la mise en accusation par l'Assemblée du Bas-Canada des juges Sewell et Monk, Bathurst (alors secrétaire d'État à la guerre et aux colonies) requiert une opinion quant à l'étendue des privilèges de la Chambre d'assemblée, Sir William Garrow et Sir Samuel Sheppard, qui rendent l'opinion¹⁷⁷, affirment que la question du privilège relatif au contrôle des élections a été réglée par le Statut du Bas-Canada de 1808 qui accorde à l'Assemblée un tel pouvoir¹⁷⁸ —tenant ainsi pour avéré qu'il était loisible de conférer par une loi locale des privilèges additionnels à l'Assemblée¹⁷⁹, et refusant de trancher

bénéficiant d'un statut hiérarchique supérieur, et permettant ainsi un contrôle de la légalité électorale.

¹⁷⁶Une réserve juridictionnelle analogue en faveur de la Chambre haute fut également prévue par les art. 33 et 76 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (30 & 31 Vict., R.-U., c. 3) en ce qui concerne respectivement et le Sénat canadien et le Conseil législatif québécois. Mais, comme nous le verrons ci-après, il était établi à cette époque que la Chambre des communes et les Assemblées législatives pouvaient, en vertu de leur privilèges, connaître toute question relative au droit de siéger.

¹⁷⁷Voir: A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 485 à 488

¹⁷⁸*Idem*, p. 487. Le statut en question était l'*Acte pour régler les procédures à l'égard des élections contestées*, S. B.-C. 1808, 48 Geo. III, c. 21. Un statut analogue existait depuis 1805 au Haut-Canada. Il s'agit de l'*Acte relatif au procès concernant l'invalidation d'élections*, Haut-Canada, 45 Geo. III, c. 3 (1805).

¹⁷⁹Certes, l'arrêt *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600, reconnaîtra, plusieurs années plus tard, le pouvoir d'une législature provinciale d'ajouter par loi aux privilèges de son Assemblée. Mais cet arrêt se fonde essentiellement sur les articles 5 de la *Colonial Laws Validity Act*, 28 & 29 Vict., R.U., c. 63, et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (précitée, note 176), dispositions qui n'ont pas leur équivalent sous le régime de l'*Acte constitutionnel*. Et soulignons que, malgré ces dispositions, le pouvoir d'une assemblée provinciale d'étendre par une loi ses privilèges a été au préalable l'objet de débats. En 1869, le gouverneur général avait désavoué des lois de l'Ontario et du Québec par lesquelles on cherchait à donner aux assemblées de ces provinces les mêmes privilèges que ceux dont jouissait la Chambre des communes, considérant alors une telle loi invalide (Voir J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, pp. 206-207). Une position contraire avait été avancée en *obiter* par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Landers c.*

la question de savoir si, *sur la seule base de ses privilèges* et indépendamment de cette loi, l'Assemblée pouvait prétendre à une juridiction électorale. En réalité, la loi de 1808 n'avait réglé que peu de choses, et comme il apparaîtra de l'examen des événements qui s'étendent des années 1800 à 1812, l'opinion soumise à Bathurst ressemble davantage à une abdication devant un fait politique accompli.

Section 2.2 - Les années 1800-1812 et l'autonomie de l'Assemblée au Bas-Canada

Il est vrai que, dès les premières élections, de même que pour les élections qui suivirent, l'Assemblée fut appelée à trancher les litiges relatifs aux élections contestées. De ce point de vue, l'examen de la pratique parlementaire semble confirmer les propos du juge Ritchie dans l'arrêt *Valin c. Langlois*¹⁸⁰. Mais on hésite, à ce stade, à parler d'exercice véritable d'un privilège. De fait, l'Assemblée rejette chacune de ces quelques requêtes¹⁸¹, apparemment sans même faire enquête¹⁸². Pourtant, si l'on s'en remet à Henri Brun, ce n'est pas faute d'irrégularités électorales, bien au contraire¹⁸³. Cette réserve, l'Assemblée ne s'en départira que suite au conflit qui, de 1808 à 1812, l'opposera au gouverneur Craig, et à travers lequel les députés canadiens chercheront à établir leur autonomie.

Si le conflit entre le pouvoir exécutif et l'Assemblée n'éclatera véritablement qu'en 1808, la compréhension de son principal enjeu, soit l'autonomie de l'Assemblée du Bas-Canada, fait intervenir des événements qui se sont déroulés quelques années auparavant et qui serviront de précédent à l'action des députés: l'affaire Charles Bouc.

Woodworth, (1878) 2 R.C.S. 158, position qui fut finalement entérinée par le Conseil privé dans l'affaire *Fielding*.

¹⁸⁰*Supra*, p. 46.

¹⁸¹Voir H. BRUN, *op. cit.* note 153, p. 104.

¹⁸²Voir: J. GARNER, *op. cit.*, note 11w, p. 194. Ainsi le Journal de l'Assemblée pour l'année 1797 révèle qu'une pétition, présentée le 18 février et portant sur l'élection du 26 juin précédent dans le comté de Buckingham, est "déchargée" par résolution de l'Assemblée, le 20 février, sans qu'il y ait eu enquête et audition des parties (*Journal officiel de l'Assemblée, 1797*, p. 56-60).

¹⁸³Henri Brun, parle "d'irrégularités, voire d'absurdités électorales, que l'imagination seule aurait été impuissante à inventer" (H. BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 95).

— *l'expulsion de Charles Bouc: prélude au conflit*

Charles Bouc fut élu à l'Assemblée du Bas-Canada pour la première fois en 1796. Réélu à l'été 1800, sa place à l'Assemblée est contestée en raison de sa condamnation à la Cour du Banc du Roi pour tentative d'extorsion¹⁸⁴. Bien qu'aucun statut ne l'ait rendu inéligible de ce fait, le 2 avril 1800, l'Assemblée adopte une résolution pour expulser Bouc¹⁸⁵. Que le gouvernement de Craig ne se soit pas alors opposé à l'exercice d'un tel pouvoir par l'Assemblée s'explique aisément: non seulement les relations entre les deux organes étaient-elles alors plutôt bonnes et la cause du député Bouc des moins honorables, mais, surtout, le Procureur général, qui était également député, avait initié lui-même la motion d'expulsion¹⁸⁶. Dans ce contexte, l'action de l'Assemblée n'est sans doute pas perçue par le gouverneur comme une usurpation de pouvoir susceptible de constituer une menace. Il est d'ailleurs difficile d'imputer spécifiquement l'expulsion à l'Assemblée ou au gouvernement, chacun y ayant directement concouru.

Lorsque, à la session suivante, Charles Bouc désire réintégrer l'Assemblée, il est à nouveau expulsé et une élection est cette fois déclenchée pour attribuer le siège vacant. Le 20 mars 1801, devant la réélection de Bouc, l'Assemblée résout de l'expulser une troisième fois. Le 12 février 1802, Bouc est à nouveau réélu... Cette fois, certains députés proposent à l'Assemblée de déclarer son adversaire, Thomas Porteous, élu à sa place, mais une majorité de députés s'y opposent. L'Assemblée presse néanmoins Bouc d'exposer sa position et de tenter de soumettre une défense. Bouc n'ayant fourni aucune justification ni fait comparaître aucun témoin pour sa défense, il est expulsé de l'Assemblée pour une quatrième fois, par résolution du 22 mars 1802, et ce toujours sans l'ombre d'une habilitation statutaire, ni dans l'*Acte constitutionnel*, ni même dans la législation locale.

¹⁸⁴Voir la note dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 289.

¹⁸⁵Résolution de l'Assemblée en date du 2 avril 1800, reproduite dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 290.

¹⁸⁶Délibérations relatives à l'expulsion de M. Bouc de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada, 31 mars 1800, reproduites dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 288-289.

Une loi est ultimement adoptée le 5 avril 1802 afin de priver Charles Bouc du droit de siéger à l'Assemblée et de se porter candidat “jusqu'à ce qu'il ait plu gracieusement à Sa Majesté de pardonner, remettre et absoudre le dit Charles Bouc de la susdite conviction”¹⁸⁷. L'existence même de cette loi, sanctionnée par le gouverneur, ainsi que ses termes, montrent clairement, une fois de plus, l'esprit de collaboration qui règne dans cette affaire entre l'Assemblée et l'Exécutif. Toutefois, en endossant ainsi les agissements de l'Assemblée —dont la légalité est pour le moins incertaine—, le gouverneur permet l'établissement d'un précédent qu'il sera difficile d'effacer, à peine huit années plus tard, avec les affaires *Hart*, *De Bonne* et *Bédard*. Il convient de présenter ici conjointement ces trois affaires en raison de l'étroitesse des liens qui les unissent.

—*les affaires Hart, De Bonne et Bédard*

Aux élections de janvier 1808, un dénommé Ezechiel Hart est élu pour représenter le comté de Trois-Rivières. L'assermentation de Ezechiel Hart cause problème en raison de sa foi judaïque¹⁸⁸, et bien qu'aucune disposition de l'*Acte constitutionnel* ne déclare les juifs inéligibles, ce dernier se voit, le 20 février, expulsé par résolution de l'Assemblée¹⁸⁹, appuyée semble-t-il, comme dans l'affaire Bouc, par le gouverneur¹⁹⁰.

Parallèlement à cette affaire, et au cours de la même session, l'Assemblée adopte un projet de loi pour faire déclarer les juges inéligibles. Cette fois, cependant, il s'agit d'une attaque directe contre le gouverneur qui se sert, comme on l'a vu, des charges de juge pour obtenir la fidélité de certains députés. Le patronage est tel que, rapporte Henri Brun, en 1800, un cinquième des députés bénéficiaient ainsi de diverses charges administratives¹⁹¹. Le projet

¹⁸⁷*Acte privant Charles Bouc du droit d'éligibilité à l'Assemblée du Bas-Canada*, S. B.-C. 1802, 42 Geo. III, c. 7.

¹⁸⁸ Le serment d'allégeance exige, en effet, que chaque député prête serment sur la Bible, et donc tant sur le Nouveau Testament que sur l'Ancien.

¹⁸⁹*Journaux de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 358.

¹⁹⁰Voir Jean-Pierre WALLOT, “Les Canadiens français et les Juifs (1808-1809): l'affaire Hart”, dans Naïm Kattam, éd., *Juifs et Canadiens*, Montréal, Éditions du Jour, 1967, pp. 111-122, à la p. 114.

¹⁹¹H. BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 211.

de loi vise alors à mettre un frein à l'influence gouvernementale au sein de l'Assemblée. Il est cependant bloqué par le Conseil législatif¹⁹² qui, comme à l'accoutumée, prend le parti du gouverneur. On tente alors d'expulser le juge De Bonne¹⁹³ par simple résolution, comme cela avait été fait dans les cas de Bouc et de Hart. Le débat, qui durera quinze jours, se clôt par le rejet de la résolution¹⁹⁴ et la mise sur pied d'une commission pour étudier le problème de l'éligibilité des juges, à la lumière notamment de la pratique anglaise. La question sera ainsi laissée en suspens lorsqu'interviennent les élections générales de juin 1808.

Hart ayant été réélu, la Chambre est à nouveau confrontée, le 19 avril 1809, à la question de son admissibilité à siéger¹⁹⁵. Mais cette fois Hart a clairement prêté le serment tel que requis par la loi, privant ainsi l'Assemblée de ce prétexte pour l'expulser. La question est alors de savoir si la Chambre peut, comme elle le prétend¹⁹⁶, expulser un député légalement élu et admissible à siéger. Or, dans le contexte de l'affaire De Bonne, la question du pouvoir de la Chambre de déclarer Hart inhabile et de l'expulser prend une couleur toute nouvelle, car il est alors clair que le sort de l'un emporte celui de l'autre. C'est du moins ce qu'a dû en conclure le Conseil exécutif qui, le même jour, décide de confier à un comité l'étude de la question du pouvoir de l'Assemblée d'expulser un membre qui est éligible en vertu de l'*Acte constitutionnel*, ainsi que la question des remèdes à un tel geste¹⁹⁷.

¹⁹²A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 354, note 4.

¹⁹³De Bonne avait été élu à l'Assemblée dès les premières élections en 1792. D'abord partisan de la majorité canadienne, il changera d'attitude et défendra les politiques du gouverneur et de la minorité anglaise à partir de sa nomination comme juge et comme membre du Conseil exécutif en 1796. Voir: Denis LAFORTE et André BERNARD, *La législation électorale au Québec, 1790-1967*, Montréal, Sainte-Marie, 1969, à la p. 30.

¹⁹⁴Voir la lettre de Craig à Castlereagh du 5 juin 1809, A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 364 suiv., aux pp. 365-366.

¹⁹⁵A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 358-359.

¹⁹⁶Voir la lettre de Craig à Castlereagh du 5 juin 1809, A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 364 ss., à la p. 366.

¹⁹⁷Procès-verbaux du Conseil exécutif du Bas-Canada, reproduits dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 361. On notera également le changement d'attitude de Craig qui, selon Wallot, ne s'était aucunement objecté à la première expulsion de Hart (Voir: J.-P. WALLOT, *loc. cit.*, note 190, 111-121).

Le 5 mai, Hart est expulsé par résolution de la Chambre. La réplique de l'Exécutif ne se fait pas attendre. Le 10, le comité exécutif présidé par le juge en chef Sewell¹⁹⁸, remet son rapport¹⁹⁹. Quant à l'éligibilité des juifs, il conclut non seulement que ceux-ci sont aptes à siéger en vertu de l'*Acte constitutionnel*, mais que même une loi provinciale ne pourrait valablement leur retirer ce droit²⁰⁰ — conclusion qui semble d'ailleurs difficilement contestable à la lumière de l'*Acte constitutionnel*, mais qui implique néanmoins la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de la loi déclarant inéligible Charles Bouc, loi à laquelle le gouverneur a lui-même, bien entendu, donné son aval. Sur ce point, il ne faut pas s'étonner du silence du rapport.

Le comité adopte cependant une position conciliante, voir généreuse, face à l'Assemblée: il reconnaît à celle-ci une juridiction exclusive en matière électorale, juridiction dont l'exercice n'est sujet à aucun contrôle, sinon par la dissolution de l'Assemblée et le déclenchement de nouvelles élections²⁰¹. Il précise, en outre, que l'erreur commise de bonne foi dans le cadre de cette juridiction ne justifie pas la dissolution de la Chambre, mais qu'une expulsion commise de mauvaise foi pourrait sans doute entraîner une telle dissolution. La menace est à peine voilée: va pour l'expulsion de Hart, mais qu'on ne s'avise surtout pas, à l'avenir, de toucher aux juges.

Cependant, il faut admettre qu'en reconnaissant à l'Assemblée une juridiction électorale exclusive, le comité exécutif sait, soit faire preuve d'une certaine ouverture, soit évaluer les limites de sa position politique. S'il s'agit d'une stratégie pour adoucir le climat politique, elle fera malheureusement long feu. Le jour même, soit le 10 mai, le comité de l'Assemblée chargé de la question de l'éligibilité des juges remet son rapport, concluant à

¹⁹⁸Soulignons à cet égard que Jonathan Sewell cumulait non seulement les fonctions de juge en chef et de président du Conseil exécutif, mais aussi de président du Conseil législatif (Voir: A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 451).

¹⁹⁹Le rapport est reproduit dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 361 à 364.

²⁰⁰*Idem*, p. 363.

²⁰¹Soulignons que la possibilité d'un contrôle judiciaire de la conformité des lois et des actes de l'Assemblée à la Constitution n'apparaît envisagée nulle part. De fait, la première décision judiciaire prononçant l'invalidité d'une loi n'aura lieu chez nous qu'en 1868 avec l'affaire *The Queen v. Chandler*, (1868) 12 N.B.R. 556 (C.S. du N.-B.), soit trois ans après l'adoption par l'Angleterre du *Colonial Laws Validity Act*, R.-U., 28-29 Vict., c. 63 (1865).

l'incompatibilité des fonctions de député et de juge²⁰². C'est l'impasse entre l'Exécutif et l'Assemblée, sans compter les juges eux-mêmes.

Le Gouverneur Craig, se fondant alors sur ce qu'il considère être l'attitude arrogante de l'Assemblée, choisit de dissoudre celle-ci le 5 juin 1809. Londres, tout en appuyant officiellement le gouverneur, lui sert une sévère mise en garde. Dans une missive confidentielle, Castlereagh (qui occupe le poste de secrétaire d'État pour la guerre et les colonies) écrit à Craig que "cette méthode, quand la conduite de l'Assemblée est populaire, non seulement n'a pas de succès mais ne fait qu'aggraver le mal"²⁰³. De fait, l'attitude du gouverneur s'avère inefficace, voire contre-productive. Gonflée à bloc, la nouvelle Assemblée, aussitôt réunie, adopte, le 3 février 1810, une résolution à l'effet que:

"[T]oute tentative du gouvernement exécutif et des autres branches de la Législature contre cette Chambre, soit en dictant ou en censurant ses actes ou en approuvant la conduite d'une partie de ses membres et en désapprouvant celle des autres, est une violation du statut par lequel cette Chambre est constituée, une atteinte aux privilèges de celle-ci contre lesquelles elle ne peut s'abstenir de protester en même temps qu'un empiétement sur les droits et libertés des sujets de Sa Majesté dans cette province"²⁰⁴.

Joignant le geste à la parole, le 24 février elle prononce par résolution l'expulsion du juge De Bonne²⁰⁵. Le surlendemain, Craig proroge l'Assemblée et la dissout définitivement le 1^{er} mars. Dans son discours à la Chambre²⁰⁶, il tient des propos qui méritent d'être reproduits ici:

"La Chambre d'assemblée a pris sur elle-même de décider par un vote, sans le consentement des autres branches de la Législature, qu'un juge de la cour du Banc du Roi de Sa Majesté ne peut ni siéger ni voter dans cette Chambre.

²⁰²A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 354.

²⁰³Castlereagh à Craig, 7 sept. 1809, dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 368.

²⁰⁴Résolution de la Chambre d'assemblée, Bas-Canada, au sujet de ses privilèges, dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 370.

²⁰⁵Journaux de la Chambre d'assemblée du Bas-Canada, 24 février 1810, dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 375.

²⁰⁶Ce discours aurait été influencé par le juge en chef Sewell. C'est ce qui se dégage de l'acte d'accusation porté par l'Assemblée contre Sewell le 2 février 1814 (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 450 à 455, à la p. 452).

(...)

Il m'est impossible de considérer ce qui a été fait autrement que comme une violation directe d'un acte du Parlement impérial, de ce Parlement qui vous a doté de la constitution à laquelle vous avouez devoir votre prospérité actuelle. Je ne puis non plus ne pas considérer que la Chambre d'assemblée a privé de ses droits de citoyens, d'une manière inconstitutionnelle, une partie considérable des sujets de Sa Majesté et qu'elle a rendu inéligible, en vertu d'une autorité qu'elle ne possède pas, une autre classe importante de la population”²⁰⁷.

Sur ce point, l'historien Thomas Chapais donne raison au gouverneur. Au sujet de la motion expulsant le juge De Bonne il conclut: “Ce vote était une faute. L'assemblée excédait son droit. Elle ne pouvait pas décréter à elle seule une incapacité parlementaire”²⁰⁸.

Le 19 mars 1810, soit quelques jours après la dissolution, le Conseil exécutif ordonne l'arrestation de Pierre Bédard. Leader de la majorité canadienne dans la défunte Assemblée et opposé aux politiques de Craig, Bédard est un des fondateurs du journal *Le Canadien*, créé en 1806 en contrepartie au journal *Mercury* qui était alors la voix des intérêts anglophones. Il se met à dos le gouverneur Craig et le juge en chef Sewell en prenant la tête du combat pour l'exclusion des juges de l'Assemblée. La publication de certains articles critiquant le gouvernement²⁰⁹ donne au Conseil exécutif l'occasion d'ordonner son arrestation pour

²⁰⁷Discours de James Craig lors de la prorogation du Parlement, 1810, Journaux de la Chambre d'assemblée du Bas-Canada, reproduits dans: A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 376-377. On sait pourtant que Craig s'était dit prêt, lors du discours du trône le 29 janvier précédent, à sanctionner une loi prévoyant l'exclusion des juges (voir: Alexander Peter COCKBURN, *Political Annals of Canada*, Toronot, Musson, 1905, p. 84). Cette concession visait-elle à apaiser le conflit, conformément à l'admonestation de Castlereagh? C'est du moins l'opinion de l'historien Chapais (Thomas CHAPAIS, *Cours d'histoire du Canada*, t. 2, Québec, Librairie Gameau, 1921, p. 198) En tout les cas, les bonnes dispositions de Craig furent de courte durée. Après avoir mis aussi rapidement fin à l'Assemblée, Craig se sent obligé de fournir quelques explications à Londres. Le 30 mars, il écrit à Lord Liverpool, qui succède à Castlereagh, affirmant avoir été “mal compris” par son prédécesseur, et exposant les torts de l'Assemblée qui l'ont poussé à prononcer sa dissolution (Lettre de Craig à Liverpool, A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 377 à 382). Il conclut sur l'importance “de mettre un frein au développement de l'influence démocratique, qui se manifestait chaque jour de plus en plus et dont la Chambre d'Assemblée était l'organe direct” (*Idem*, p. 382. Je souligne).

²⁰⁸T. CHAPAIS, *op. cit.*, note 207, p. 200.

²⁰⁹Certains articles avaient notamment fait le rapprochement entre, d'une part, les événements qui avaient mené, en Angleterre, à la destitution de Jacques II et, d'autre part, l'opposition entre

“pratiques de trahison”, en vertu d'un statut extraordinaire intitulé *Un acte pour mieux préserver le gouvernement de Sa Majesté, Bas-Canada*²¹⁰.

Refusant de s'excuser pour une conduite qu'il considère légitime, Bédard demeure emprisonné, mais est néanmoins réélu, pendant son emprisonnement, le 27 mars 1810. Une requête en *habeas corpus* est alors adressée à la cour du Banc du Roi pour obtenir sa libération sur la base du privilège parlementaire d'immunité d'arrestation qu'il détient à titre de député. On imagine mal cependant une situation plus délicate que celle dans laquelle se trouvait le requérant. On se souviendra, d'abord, que la dissolution de la Chambre fut prononcée par Craig suite à la décision de l'Assemblée d'expulser les juges; ensuite que, présidant le Conseil exécutif —ce même Conseil qui, critiqué par Bédard, ordonna sa détention suite à cette dissolution— se trouvait le juge Sewell; enfin, que la requête en *habeas corpus* est présentée par Bédard devant le juge Sewell lui-même, accompagné des juges Williams et Kerr. Autrement dit, le plaignant, le procureur et le juge se trouvaient ici à ne faire qu'un contre Bédard —c'est-à-dire contre l'Assemblée dont il est le chef. C'est dans ce contexte tout à fait extraordinaire²¹¹ que la cour du Banc du Roi eut à se prononcer sur l'existence et l'étendue du privilège parlementaire protégeant les députés contre l'arrestation.

Le 17 avril 1810, les trois juges rejetèrent la requête en invoquant le fait qu'aucune preuve de l'élection de Bédard n'avait été fournie²¹². Un tel fondement paraissait d'autant

le pouvoir exécutif et l'Assemblée dans la colonie. Voir la lettre de Craig à Liverpool datée du 1er mai 1810 (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 392 à 405).

²¹⁰S. B.-C. 1797, 37 Geo. III, c. 6. Ce statut, adopté pour la durée d'une année en 1797 puis renouvelé par la suite annuellement, permettait en effet au Conseil exécutif d'ordonner l'arrestation d'individus aux motifs de “suspicion de haute trahison ou de pratique de trahison” et prévoyait qu'un individu ainsi arrêté le demeurerait pour toute la durée du statut, sans qu'il soit possible d'obtenir sa libération par le moyen d'un bref d'*habeas corpus*. En 1812, le débat autour du renouvellement de l'*Acte pour mieux préserver le gouvernement de Sa Majesté* mena à une impasse entre la Chambre haute et la Chambre basse, et le statut fut ainsi périmé faute de renouvellement.

²¹¹Un contexte qui n'est pas sans rappeler celui dans lequel se déroula, au XVII^{ème} siècle en Angleterre, l'affaire *Hampden* relative au “*ship-money*” (*supra*, p. 25).

²¹²Le juge en chef Sewell écrit à cet égard:

“Nous n'avons vraiment devant nous que deux pièces que l'on nous dit être des “Identures”, actes passés entre M. Bédard et les électeurs de la cité de Québec et du comté de Surrey. Je me sers des mots “on nous dit” parce qu'il n'a été fourni aucune

plus faible que personne ne contestait l'élection de M. Bédard. Aussi les juges invoquèrent un certain nombre de motifs additionnels, plus sérieux, principalement à l'effet que le privilège d'immunité contre l'arrestation ne prévalait pas contre les crimes entraînant une mise en accusation, mais uniquement contre des infractions moins graves (cet argument trouvait appui dans les propos de la Chambre des communes anglaise, qui avait protesté contre la libération par les tribunaux du pamphlétaire Wilkes²¹³). Le juge en chef Sewell opina également que le privilège permettait de faire obstacle à l'arrestation d'un député élu alors qu'il se trouvait en liberté, mais non de libérer un individu élu pendant sa détention²¹⁴. Bédard dut ainsi demeurer sous les verrous.

Le 10 mai, Craig écrit à nouveau à Liverpool²¹⁵. La lettre est longue, et son ton semble désespéré: il faut à tout prix prendre des mesures pour mater ce qu'il considère être l'hostilité des canadiens français à l'égard du gouvernement anglophone. Pour ce faire, Craig propose des moyens radicaux. La mesure la plus efficace constituerait selon lui à révoquer carrément l'*Acte constitutionnel*, qu'il considère être la source de tous les maux et auquel il reproche de mettre en péril la domination de la minorité anglophone²¹⁶. Comme alternative,

pièce à l'appui de cette assertion ni produit quoique ce soit pour établir l'authenticité de ces pièces" (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 389).

²¹³ Certains, s'appuyant sur un précédent britannique, ont cependant suggéré qu'il appartient à la Chambre, et non aux tribunaux, de décider si l'immunité devrait ou non s'appliquer de façon à ce qu'il ne soit pas possible d'avancer une fausse accusation dans le but de contourner l'immunité. Voir: Hugh Christopher THOMSON, *Manual of Parliamentary Practice*, Kingston, H. C. Thomson, 1828, p. 9 (coll. "Louis Melzack", bibliothèque des lettres et sciences humaines de l'Université de Montréal). Cette position semble toutefois incompatible avec l'arrêt postérieur *Stockdale c. Hansard*, précité, note 85.

²¹⁴ Pour sa part, Henri Brun reproche à Sewell d'avoir ainsi reconnu à l'Assemblée des privilèges dont, à son avis, elle ne bénéficiait pas (Henri BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 111). Mais, à mon avis, le juge Sewell pouvait difficilement, à ce stade des événements, refuser de reconnaître l'existence du privilège d'immunité d'arrestation. En effet, n'avait-il pas déjà reconnu, à titre de membre du Conseil exécutif dans son avis au sujet de l'expulsion de Hart de l'Assemblée, que celle-ci bénéficiait de certains privilèges inhérents, dont la juridiction en matière de contentieux électoral (*supra*, p. 60)? Ayant reconnu celui-là, il eût été étrange et difficilement justifiable de refuser celui-ci, encore plus fondamental, mais lié de la même manière au statut des membres de la Chambre.

²¹⁵ A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 392 ss.

²¹⁶ Il écrit au sujet de l'octroi d'une assemblée représentative par l'*Acte constitutionnel*:

Craig propose de réunir le Haut et le Bas-Canada, ce qui permettrait de diminuer grandement l'influence du parti Canadien. Et si ces mesures ne pouvaient être adoptées, Craig suggère alors un remaniement de la carte électorale pour augmenter le nombre de députés anglophones et, dans le même but, une augmentation spectaculaire du cens d'éligibilité, ce qui entraînerait l'exclusion de la majeure partie des francophones²¹⁷. Craig joint à sa lettre un avis rédigé antérieurement par le juge en chef Sewell. Celui-ci opine dans le même sens²¹⁸ et recommande, en outre, la colonisation du Bas-Canada par des éléments anglophones, l'union des deux provinces et le développement du patronage pour donner aux anglophones le contrôle de l'administration²¹⁹.

Mais Craig ne reçoit pas de Londres l'appui escompté. L'Angleterre est alors, et jusqu'en 1814, en guerre contre Napoléon. On conçoit alors le peu d'enthousiasme du

“[S]i précaire que soit notre domination, n'est-il pas urgent pour nous de mettre fin à une mesure dont on n'a certainement pas prévu les conséquences et qui a fourni toutes les occasions et tous les moyens de nous enlever notre pouvoir? Cet esprit d'indépendance, cette insubordination complète que l'on constate parmi eux, cette liberté de conversations dans lesquelles ils se communiquent leurs idées à l'égard du gouvernement telles qu'ils les ont reçues de leurs chefs, tout cela s'est développé énormément dans les cinq ou six dernières années et doit être attribué uniquement à la Chambre d'Assemblée et aux intrigues inhérentes aux élections”. (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 400).

²¹⁷Prêtons-lui à nouveau la parole:

“Il me semble réellement absurde, milord, que les intérêts d'une colonie importante, que ceux aussi d'une partie considérable de la classe commerciale de l'empire britannique, soient placés entre les mains de six boutiquiers sans importance, d'un forgeron, d'un meunier et de quinze paysans ignorants qui forment une partie de la Chambre actuelle, le reste comprenant un médecin ou apothicaire, douze avocats canadiens ou notaires, quatre représentants respectables qui du moins ne tiennent pas boutique et de douze membres anglais” (*Idem*, p. 402).

²¹⁸“Remarques du juge en chef Sewell au sujet de la réunion des provinces”, dans: A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 405 à 410. Selon Sewell:

“L'état de la Législature du Canada aujourd'hui est tel que les trois quarts des membres de la Chambre d'assemblée sont canadiens et appartiennent presque tous à la population qui peut être considérée la plus basse classe: c'est le fruit du suffrage universel.

[...]

Le Canadien par son caractère est porté à la paresse et à l'inactivité, tandis que le colon anglais est enclin au travail et à la persévérance” (*Idem*, pp. 407-408).

²¹⁹*Idem*.

gouvernement britannique pour une réforme constitutionnelle qui accaparerait le Parlement. Dans une lettre confidentielle à Craig, Liverpool l'avise qu'il ne peut compter sur aucune intervention du Parlement britannique, et qu'il devra apprendre à vivre avec l'Assemblée²²⁰. À cet égard, il reçoit la directive explicite de se montrer conciliant et de faire des concessions. Certes, Craig dispose à l'égard de l'Assemblée d'un pouvoir absolu de dissolution, mais ce pouvoir doit demeurer un ultime recours, dont l'usage doit être réservé au cas où même les concessions s'avéreraient inefficaces²²¹.

Si cette leçon de sagesse politique laisse Craig dans une position de faiblesse, le caractère secret de la lettre de Liverpool, de même que l'appui des tribunaux locaux dans l'affaire Bédard, permettent néanmoins au gouverneur d'affronter l'Assemblée la tête haute et avec toutes les apparences de celui qui domine la situation. De son côté, le 24 décembre 1810, la Chambre adopte une résolution à l'effet que Pierre Bédard était éligible et qu'il a été légalement élu malgré son arrestation, et qu'il a en conséquence le droit de siéger à l'Assemblée. Comme il faut s'y attendre, la résolution est sans effet et le Conseil exécutif s'obstine à maintenir sa position, conservant ainsi les apparences de force.

Mais ce bras-de-fer ne pouvait durer indéfiniment. À la session d'hiver 1811, l'Assemblée fléchit, cédant à la volonté de Craig sur plusieurs fronts, acceptant même de renouveler, pour un an, la loi qui avait permis l'emprisonnement de Bédard²²². Des historiens tels Helen Taft Manning et Jean-Pierre Wallot proclament Craig grand vainqueur de ce conflit.

²²⁰Lettre de Liverpool à Craig, 12 sept. 1810, dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, au , pp. 413 à 416. Selon, l'historien John Manning Ward, le refus de Liverpool d'appuyer la suggestion de Craig serait également imputable à la volonté de ne pas placer les anglophones du Haut-Canada dans une situation de minorité, ce qui aurait été le cas dans l'hypothèse, suggérée par Craig, d'une réunion des deux provinces (J. M. WARD, *op. cit.*, note 133, pp. 26-27).

²²¹Ainsi Liverpool écrit:

“Mais avant d'en venir là, il est de la plus haute importance que toute la province connaisse les motifs qui rendent de tels moyens nécessaires. Et plus les amis du gouvernement s'efforceront de proposer des mesures utiles et populaires, plus la province en général aura raison de regretter la prorogation ou la dissolution de l'Assemblée” (A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, p. 416).

²²²Voir Helen TAFT MANNING, *The Revolt of the French Canada 1800-1835*, Toronto, MacMillan, 1962, p. 89., ainsi que le texte biographique de Jean-Pierre Wallot sur Craig dans le *Dictionnaire Biographique du Canada*, Vol. V, Québec, Presses de l'Université Laval, 1938, aux pp. 233-234.

Décrivant la session parlementaire de l'hiver 1811, la première parle d'«effondrement» de l'Assemblée²²³, tandis que Wallot fait état de la désorientation des membres du parti canadien, privés de leur chef²²⁴.

Avec égards, la conclusion de ces auteurs à une victoire unilatérale en faveur du gouverneur m'apparaît devoir être tempérée significativement²²⁵. Certes, Pierre Bédard ne sera libéré qu'au printemps 1811, alors que l'Assemblée est dissoute²²⁶. Mais il est inexact de dire, comme le fait Manning, que les députés auront cédé sur toute la ligne²²⁷. Au cours de la même session, Craig, qui n'a sans doute pas oublié les directives de Liverpool, permet l'adoption d'une loi déclarant les juges inhabiles à siéger²²⁸. La concession est de taille, si l'on considère que cette question avait été au coeur même du litige entre l'Exécutif et les représentants canadiens.

Toutefois c'est à plus long terme qu'il faut évaluer ces événements, et dans cette perspective, la victoire de l'Assemblée apparaît, au contraire, incontestable. D'une part, il semble désormais assez clair que l'Assemblée peut, avec le concours du Conseil législatif et du gouverneur, légiférer afin de limiter les conditions d'éligibilité prévues à l'*Acte constitutionnel*, et ce malgré les termes de l'*Acte*. C'est ce qui fut fait, d'abord dans le cas de Charles Bouc, puis dans celui des juges, désormais exclus, malgré l'opinion antérieure du Conseil exécutif à l'effet qu'une telle mesure serait inconstitutionnelle. Ce pouvoir de légiférer en matière électorale sera ultérieurement confirmé par l'article 27 de l'*Acte d'Union*,

²²³H. TAFT MANNING, *op cit.*, note 222, p. 89.

²²⁴Voir le texte biographique de Jean-Pierre Wallot sur Craig (J.-P. WALLOT, *loc. cit.*, note 190, 233).

²²⁵L'historien Fernand Ouellet, qui n'endosse manifestement pas l'analyse de Wallot et de Manning, va même jusqu'à parler d'une «déconfiture» de Craig face au Parti Canadien (F. OUELLET, *op. cit.*, note 165, p. 141). Quant à Thomas Chapais, il n'hésite pas à affirmer que Craig sortit «incontestablement vaincu» de la lutte qui l'avait opposé à la majorité francophone de l'Assemblée (T. CHAPAIS, *op. cit.*, note 207, p. 198).

²²⁶Craig attendit la dissolution de l'Assemblée pour libérer Bédard, «afin qu'il soit impossible (...) de faire attribuer un tel résultat à l'intervention de la Chambre» (Rapport du Conseil exécutif sur l'emprisonnement de Pierre Bédard, 4 avril 1811, A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 427-428, à la p. 428).

²²⁷H. T. MANNING, *op cit.*, note 222, p. 89.

²²⁸*Un acte pour rendre les juges inhabiles à siéger dans la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, S.B.-C. 1811, 51 Geo. III, c. 4.

qui prévoira le maintien en vigueur des lois électorales du Haut et du Bas-Canada et qui autorisera, explicitement cette fois, de telles interventions législatives pour l'avenir —tout comme le fera à son tour la *Loi constitutionnelle de 1867*²²⁹. Par ailleurs, l'Assemblée n'hésite plus, désormais, à exercer pleinement les fonctions de juge électoral. Dès les élections suivantes, soit en 1815, l'Assemblée annule pour la première fois une élection au motif d'irrégularité électorale, attitude qu'elle n'hésitera plus à adopter lors des élections subséquentes²³⁰.

Mais les événements politiques des années 1800 à 1812 ont conféré à l'Assemblée un pouvoir qui, sur le plan des principes, apparaît plus formidable encore: celui d'exclure, par sa seule volonté, et sans le concours des autres organes formant la branche législative, un député que la loi autorise explicitement à siéger et qui a été régulièrement élu. C'est ce qui fut fait, tant dans le cas de Bouc, que dans ceux de Hart et De Bonne (dont l'inéligibilité, du moins en ce qui concerne Charles Bouc et le juge de Bonne, ne sera confirmée législativement qu'*a posteriori*). Et le juge en chef Sewell admit, comme on l'a vu, l'absence de moyens de contrôler de telles expulsions, sinon par les pressions politiques et la dissolution, avec le succès que l'on sait²³¹. Ce pouvoir d'exclusion de la Chambre fut confirmé par la suite, notamment dans l'affaire du haut fonctionnaire Christie. Celui-ci sera élu à cinq reprises, de 1829 à 1833, pour la circonscription de Gaspé et à chaque fois expulsé par la Chambre, qui craignait l'influence qu'aurait exercé à travers lui le gouvernement²³². Dès lors, au Canada comme en Angleterre, il est désormais établi que la question du droit d'un député de siéger relève des privilèges parlementaires et échappe à ce titre, à tout contrôle externe²³³.

²²⁹30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. Ci-après citée: "*Loi constitutionnelle de 1867*".

²³⁰Voir: Henri BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 105.

²³¹Sewell écrivait, il est vrai, à titre de président du Conseil exécutif et non à titre de juge.

²³²Voir Henri BRUN, *op. cit.*, note 153, p. 109 et suiv.

²³³Le pouvoir inhérent de l'Assemblée de décider du droit de siéger et de trancher tout litige relatif aux élections fut confirmé explicitement quelques années plus tard dans l'affaire *Ex Parte Lortie*, (1855) 5 Lower Can. Rep. 99 (C.S.), p. 128. Pour la liste des expulsions survenues depuis l'affaire Bouc, voir: Sir J. G. BOURINOT, *op. cit.*, note 141, p. 150. Depuis la parution de cet ouvrage, Maingot ajoute, en ce qui concerne le Parlement canadien, l'expulsion de McCreevey en 1884, et celle de Fred Rose en 1946, suite à sa célèbre condamnation pour trahison (J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 185).

Chapitre 2 — Le développement d'un contrôle hétéronome du droit électoral et parlementaire: le défi de la légalité et l'apport de la *Charte canadienne*

En Angleterre comme au Canada —Haut et Bas— l'autonomie parlementaire va, en conjonction avec l'émergence du gouvernement responsable, déboucher sur ce que les auteurs appellent parfois le «parlementarisme moniste», par opposition au «parlementarisme dualiste» ou «classique» qui prévalait précédemment en Angleterre²³⁴. En effet, tant que le Roi exerçait un certain contrôle sur les Communes par le biais de son pouvoir de dissolution et par son interférence en matière électorale, et que, d'autre part, les Communes détenaient également un certain pouvoir à l'égard du monarque par le contrôle des subsides, nous étions en présence d'une forme de dualisme, c'est-à-dire d'un régime parlementaire dans lequel l'exercice du pouvoir résulte de luttes et de compromis entre les deux principaux organes qui composent le Parlement (la Chambre haute ayant, de son côté, un rôle davantage secondaire, se ralliant tantôt au monarque, tantôt aux députés). Soulignons par ailleurs ici que l'expression «parlementarisme dualiste» apparaît de beaucoup préférable à celle de «parlementarisme classique», qui semble suggérer à la fois «un âge d'or» et une certaine durabilité. Or, rien de cela n'est particulièrement vrai. Entre le Roi et les Communes, l'équilibre n'aura été que transitoire, un équilibre de passage entre la domination monarchique et la domination des Communes. Quoiqu'il en soit, au début du XIX^{ème} siècle en Angleterre, le parlementarisme devient indubitablement moniste. L'extinction des derniers pouvoirs électoraux du monarque en 1832²³⁵, d'une part, et l'émergence du gouvernement responsable, qui s'ajoute au contrôle des subsides, de l'autre, vont conférer aux Communes les instruments juridiques d'une domination politique totale et univoque.

Si la situation au Canada se présente de façon passablement différente au départ, elle débouchera, à la même époque, sur un monisme identique à celui de l'Angleterre. Mais ici le chemin parcouru aura été en quelque sorte plus long, et il l'aura été en un laps de temps beaucoup plus court. En effet, en une cinquantaine d'années, soit de 1791 à 1847, on passe d'un régime qui ne connaît pas d'organe représentatif élu à un régime parlementaire dans lequel l'Assemblée bénéficie d'une ascendance incontestée sur les autres organes. Les étapes

²³⁴Voir notamment P. LAUVAUX, *op. cit.*, note 126, pp. 26-27.

²³⁵*Supra*, pp. 41-42.

de ce long parcours se succèdent à un rythme impressionnant, comme s'il s'agissait de refaire en accéléré un chemin devenu familier par l'expérience britannique. Première étape, l'établissement de l'Assemblée avec l'*Acte constitutionnel*. Le gouverneur, qui a perdu une part importante de ses pouvoirs, détient néanmoins un contrôle unilatéral sur l'Assemblée. Deuxième étape, la lutte des députés pour une autonomie électorale et parlementaire: lutte, semble-t-il, essentiellement «bas-canadienne» en raison du clivage linguistique qui y oppose les députés à l'Exécutif, et qui engendrera, dès 1812, une forme particulière de dualisme, marquée, à l'inverse du dualisme britannique, par une "autonomie réciproque" des branches législative et exécutive. Cette autonomie, qui caractérise les rapports entre l'Exécutif et l'Assemblée tant au Haut qu'au Bas-Canada, s'avérera politiquement et financièrement impraticable. La paralysie de l'État mènera à la rébellion de 1837, puis à l'*Acte d'Union*, en 1840, et finalement à la reconnaissance, en 1847, du principe du gouvernement responsable —troisième étape. S'il est inutile de s'attarder ici sur le détail de ces derniers événements, largement documentés ailleurs, il faut cependant se pencher sur les implications particulières pour le droit électoral qui résultent du monisme parlementaire —identiques, d'ailleurs, au Canada et en Angleterre.

Section 1 - Le parlementarisme moniste et le problème de la légalité électorale

Comme je l'ai indiqué ci-dessus, le parlementarisme moniste désigne, en principe, la domination sans entrave de l'ordre étatique par le Parlement et par le pouvoir législatif qui lui revient. En pratique, il signifie l'hégémonie de la Chambre basse, protégée par une autonomie juridique acquise de longue lutte. Or, cette souveraineté parlementaire, qui constitue un des piliers de la «*rule of law*», pose en même temps certaines difficultés significatives du point de vue de l'idée de légalité, et plus particulièrement du point de vue de la légalité électorale. Ce sont ces difficultés que je souhaite d'abord examiner ici, de façon à comprendre l'évolution qui suivra vers une croissante hétéronomie, et dont le contrôle judiciaire du droit électoral sous la *Charte* constitue l'aboutissement .

Section 1.1 - Le monisme comme obstacle à la légalité électorale

Au plan conceptuel, il faut distinguer les conséquences qui découlent directement du monisme, c'est-à-dire de l'absence de contre-pouvoir à l'autorité de la Chambre basse à l'intérieur même du Parlement, de celles qui découlent d'une des *conditions* de ce monisme, soit l'autonomie plus complète de l'Assemblée en matière électorale et parlementaire.

A. Les difficultés liées aux conditions du monisme: l'autonomie juridictionnelle et le problème de la légalité électorale

L'autonomie de l'Assemblée, et notamment son contrôle absolu sur le contentieux électoral, auront permis, à travers le «parlementarisme moniste», le développement d'une véritable démocratie parlementaire, c'est-à-dire un régime dans lequel le gouvernement est en principe subordonné aux représentants du peuple. En ce sens, l'autonomie de l'Assemblée aura été une condition de la démocratie en Angleterre et au Canada. Pourtant, les conditions de ce monisme posent, tant pour l'idée de légalité que celle de démocratie, un problème d'envergure.

En effet, l'autonomie de l'Assemblée, condition historique de ce monisme, nous force à admettre une situation dans laquelle la Chambre est à la fois juge et partie quant à l'application des règles régissant sa propre formation. Réagissant à la décision des Communes, en 1768, d'expulser le député Wilkes, pourtant légalement élu, Lord Chatham s'était exclamé:

«What is this mysterious power, undefined by law, unknown to the subject, which we must not approach without awe nor speak of without reverence, which no man may question, and to which all men must submit? My lords, I thought the slavish doctrine of passive obedience had long since been exploded; and when our kings were obliged to confess that their title to the crown and the rule of their government had no other foundation than the known laws of the land, I never expected to hear a Divine right or a Divine infallibility attributed to any other branch of the Legislature»²³⁶.

²³⁶G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 301.

De fait, qu'il s'agisse du pouvoir d'un Jacques I^{er} de prélever un impôt non autorisé par la loi, ou de celui de la Chambre de substituer à l'élection de Wilkes celle de Lutrell, dans les deux cas, c'est la notion de légalité qui est sacrifiée au profit d'un pouvoir discrétionnaire illimité, qui place son détenteur au-delà de la loi.

Le caractère problématique de cette discrétion absolue dont bénéficie la Chambre des communes donna lieu, dans les années suivant l'affaire Wilkes, à une série de tentatives pour la forcer à faire marche arrière²³⁷. Wilkes obtint finalement, en 1782, soit treize ans plus tard, une résolution rayant des journaux de la Chambre les résolutions de 1769 relatives à son expulsion²³⁸. Mais, de cette dernière résolution, il nous semble erroné de conclure, comme semble le faire Marcham, à une reconnaissance par les Communes d'un quelconque défaut de juridiction pour agir comme elle l'a fait en 1769²³⁹. Bien au contraire, ni en Angleterre, ni au Canada, la juridiction exclusive et absolue des Communes de trancher tout litige relatif au statut de ses membres ne sera, une fois établie, jamais plus remise en cause²⁴⁰.

²³⁷Une succession de résolutions à cet effet émanant de certains députés s'avéreront vaines. Une pétition adressée au Roi par la ville de Londres sera rejetée. En avril 1771, une motion à la Chambre des lords visant à nier la juridiction exclusive des Communes en matière de droit électoral est défaite. Finalement, en 1774, le Parlement est dissous et Wilkes réussit cette fois à se faire élire et admettre comme député. Voir: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 303.

²³⁸*Idem.*

²³⁹Au sujet du débat quant à la légalité de l'action des Communes, Marcham écrit:

« A majority of the lords refused to condemn the actions of the commons; a minority dissented, declaring that the issue had been decided on political grounds and that if the claim of the House of Commons were admitted "the law of the land...is at once overturned and resolved into the will and pleasure of a majority of one house of parliament". Within a few years the arguments of the two minority groups gained acceptance; in 1782 the House of Commons struck out of its records the entries concerning the Middlesex elections» (F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 227).

²⁴⁰Dans l'arrêt *Powell c. McCormack*, précité, note 122, la Cour suprême des États-Unis suggère que la résolution des Communes de 1782 (par laquelle furent rayées des journaux de la Chambre les résolutions antérieures relatives à l'expulsion de Wilkes) a mis un terme au pouvoir arbitraire de la Chambre d'exclure un candidat légalement élu. Mais les autorités invoquées en ce sens par la Cour n'appuient pas, à mon avis, cette proposition. En rayant les résolutions, la Chambre admettait simplement avoir "commis une erreur dans l'exercice de sa juridiction", pour emprunter une expression au droit administratif, et confirmait l'idée suivant laquelle l'expulsion antérieure n'implique pas l'inéligibilité future (voir: E. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 126, 18. Pour une discussion de cette question dans le contexte de la *Charte*, voir *infra*, pp. 284 et suiv.). Rien, par ailleurs, —et sur ce point aucun doute n'est possible— ne

Cela n'apparaît nulle part plus clairement que dans l'affaire *Bradlaugh v. Gosset*, en 1884²⁴¹. Élu député aux Communes, Bradlaugh se vit empêché de prêter serment par le sergent d'armes. À la question de savoir si les tribunaux avaient juridiction pour déterminer si la Chambre avait violé le *Parliamentary Oaths Act*, le juge Stephen répondit par la négative: même lorsqu'il s'agit de dispositions statutaires, la juridiction est celle des Communes, et les tribunaux ne peuvent, même en cas de violation flagrante, en contrôler la légalité. «*I think*», écrit le juge Stephen, «*that the house of commons is not subject to the control of her majesty's courts in the administration of that part of the statute law which has relation to its own internal proceedings*»²⁴².

Cette autonomie, qui prévaut non seulement à l'égard des questions qui sont régies, en Angleterre, par la coutume parlementaire, mais aussi à l'égard de celles qui sont régies *par la loi*, est d'une incompatibilité absolue avec toute notion de légalité. Le juge Henry de la Cour suprême du Canada écrit à cet égard en 1879:

«One of the most important principles underlying the successful and proper administration of justice is, that those who pass upon the facts, and those who expound the law, should be without interest or prejudice; and how, then are such principles maintained when the same excited (it might be political) majority occupied at the same time the position of accusers and judges» (je souligne)²⁴³.

Or, et c'est ce qui rend ce vice particulièrement problématique pour la démocratie parlementaire, tant en Angleterre qu'au Canada, le défaut de légalité s'insère dans un contexte où les moeurs électorales laissent libre cours à une corruption qui semble parfois véritablement ahurissante. Résumant la situation qui prévaut en Angleterre au XVIII^{ème} et au milieu du XIX^{ème} siècle, Marcham écrit:

*«For all practical purposes, during the middle years of the nineteenth as in the eighteenth century British politics had its roots in abuse of the electoral system»*²⁴⁴.
(...)

permet d'inférer un pouvoir de contrôle par les tribunaux en matière électorale, sauf autorisation législative à cet effet.

²⁴¹*Bradlaugh c. Gosset*, (1866) 12 Q.B.D. 271.

²⁴²*Idem*, p. 278 (je souligne).

²⁴³*Landers v. Woodworth*, (1879) 2 R.C.S. 158, 213 (je souligne).

²⁴⁴F.G MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 299.

«Electoral procedure was commonly a farce, an occasion for local mob scenes, marked not by violence but by the use of all available means to debauch the voters with food and drink, and in general to circumvent decisions by free, clearheaded voters. In most instances, the voters in borough elections had committed their votes long before election day»²⁴⁵.

Cet exposé impitoyable, loin d'être démenti, est confirmé par les historiens, tant en Angleterre²⁴⁶ qu'au Canada, où la violence constitue la marque habituelle des élections²⁴⁷. Certes, toute cette corruption n'est pas directement causée par l'absence de contrôle indépendant de la légalité électorale. Mais une telle absence de contrôle ne pouvait que favoriser la corruption et rendre illusoire toute tentative visant son éradication. Il ne faut guère de perspicacité pour deviner que, dans bien des cas, le sort des accusations de corruption et de contestation d'élections était étroitement lié à la majorité parlementaire. Selon Maitland, le pouvoir des Communes de trancher de toute question relative aux élections *«was shamefully misused for party purposes»²⁴⁸*. C'est aussi ce que constate Smith au sujet des élections de 1700 en Angleterre, dont il écrit:

«The House of Commons spent a good deal of time in investigating charges of bribery at elections. The old East India Company had long bought members, but the New East India Company now did the same. Justice was visited upon many offenders, but not without partiality, for that which was voted corruption in the Whigs was called giving of alms in the Tories»²⁴⁹.

²⁴⁵*Idem*, p. 357.

²⁴⁶Examinant la pratique électorale du XIX^{ème} siècle, Anson va jusqu'à qualifier d'«illusoire» le droit de voter (Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 116). S'attardant sur le problème spécifique du découpage électoral, il écrit: *«It is enough to say that it was alleged, and with apparent truth, at the end of the eighteenth century, that 306 members were virtually returned by the influence of 160 persons»* (*Idem*, p. 134. Je souligne).

²⁴⁷On consultera principalement Jean HAMELIN et Marcel HAMELIN, *Les moeurs électorales dans le Québec, de 1791 à nos jours*, Montréal, Éditions du Jour, 1962. Voir aussi: G. DESCHÊNES, et M. PELLERIN, *op. cit.*, note 164; D. LAFORTE et A. BERNARD, *op. cit.*, note 193. La violence des élections sera d'ailleurs un des motifs invoqués pour justifier l'exclusion des femmes.

²⁴⁸Frederick MAITLAND, *Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1913, p. 370.

²⁴⁹G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, pp. 76-77. Dans un tel contexte, plusieurs députés ne sentent même pas le besoin d'agir avec discrétion. On apprend ainsi au sujet de l'élection générale de 1768 que celle-ci *«was one of the most corrupt in our annals. The buying and selling of seats was most open and notorious»* (*Idem*, p. 297)

La situation au Canada n'est guère plus reluisante. Que l'on se place avant ou après l'Union, les élections donnent lieu à des scènes de corruption et de violence telles que tout le processus en est profondément vicié. Selon Jean et Marcel Hamelin, la corruption, qui s'établit véritablement à partir de 1806, ne cesse de progresser jusqu'en 1840²⁵⁰, après quoi, écrivent encore ces auteurs, «nous assistons à un pourrissement rapide des mœurs électorales»²⁵¹. Ces propos trouvent écho chez Gaston Deschênes, qui écrit:

«En effet, depuis 1792, les mœurs électorales n'ont cessé de se dégrader; sous l'Union, c'est «l'abomination et la désolation». Les *bullies* (fiers-à-bras) continuent à prendre le contrôle des *polls* pour faciliter le vote des partisans du candidat qui les soudoie et, ensuite, bloquer l'entrée aux adversaires. La Fontaine lui-même doit battre en retraite devant les bullies du docteur McCulloch dans Terre-bonne, en 1841»²⁵².

Une part de cette fraude électorale découle d'une règle voulant alors que le bureau de scrutin demeure ouvert tant qu'une heure ne se soit écoulée sans qu'aucun vote ne soit enregistré. «On devine sans peine», écrivent de leur côté Denis Laforte et André Bédard, «que les candidats rusés venaient au poll accompagnés de fiers-à-bras, faisaient voter leurs partisans, puis interdisaient (si possible) à d'autres électeurs de voter durant une heure»²⁵³. Mais cela n'est qu'une parmi les nombreuses techniques d'intimidation. On rapporte, par exemple, que le député James Stuart, qui exerçait également la fonction de procureur général, n'hésitait pas à menacer les électeurs qui oseraient voter contre lui de poursuites au criminel, voire de mise au pilori²⁵⁴.

²⁵⁰J. HAMELIN et M. HAMELIN, *op. cit.*, note 247, p. 39-41.

²⁵¹*Idem*, p. 55

²⁵²G. DESCHÊNES, et M. PELLERIN, *op. cit.*, note 164, p. 31.

²⁵³Denis LAFORTE et André BERNARD, *op. cit.*, note 193, p. 53.

²⁵⁴J. HAMELIN et M. HAMELIN, *op. cit.*, note 247, p. 49. Décrivant la violence électorale qui prévalait alors, Gaston Deschênes et Maurice Pellerin citent, quant à eux, un extrait du journal *Le Canadien*, rapportant une scène électorale qui se déroule en 1863:

«Quelques minutes avant midi, l'officier-rapporteur est monté sur le *husting* et immédiatement, cette bande organisée s'est transportée au coin sud-ouest de l'estrade... [Après que les électeurs eurent proposé Cartier et Dorion] l'officier-rapporteur allait demander la levée des mains quand quelques assommeurs se mirent à insulter les partisans de M. Dorion et à les pousser dans le but d'occasionner une rixe. Le signal du mouvement que firent les partisans de M. Cartier vers ceux de M. Dorion fut donné par M. Cartier lui-même qui leur disait: Foulez, foulez, avancez, en indiquant du geste les amis de M. Dorion. De suite, les partisans de M. Cartier commencèrent à lancer des

Pourtant, au milieu du XIX^{ème} siècle, les tentatives d'assainir les pratiques électorales ne sont pas inexistantes. En Angleterre, le *Corrupt Practices Act*²⁵⁵ de 1852 vise à mettre un frein au marchandage de votes et à l'achat de sièges en prohibant diverses formes de fraude électorale. Au Canada, des efforts analogues se retrouvent dans la législation adoptée sous l'Union²⁵⁶. On prévoit notamment, en 1842, l'augmentation du nombre de bureaux de scrutin, de manière à faciliter le vote et rendre plus difficile l'intimidation²⁵⁷. En 1853, on adopte —enfin!— une première liste électorale pour contrôler l'accès au scrutin²⁵⁸. Et pour mettre un terme aux beuveries inénarrables qui caractérisent bon nombre d'élections et qui sont une des principales occasions de corruption, une loi de 1858 ordonne la fermeture des débits de boisson et interdit la vente d'alcool pendant la période du scrutin²⁵⁹. Mais, dans une très large mesure, ces dispositions s'avèrent sans effet. Ainsi, malgré les listes électorales, on apprend que dans bien des cas le nombre de votes dépasse du double le nombre d'électeurs admissibles. On rapporte même un cas, dans Lobtinière et l'Islet en 1857, où sont enregistrés «cinq fois plus de votes qu'il n'y a d'électeurs»²⁶⁰.

pierres sur les amis de M. Dorion qui, n'ayant aucune organisation quelconque, en vue d'une émeute, se dispersèrent afin d'être moins exposés aux pierres lancées par les assommeurs. A ce moment, la bande de ceux-ci parut devant le *husting* armé de manches de hache et se rua sur les groupes de partisans de M. Dorion. Le premier coup de poing a été donné par un nommé Auger, *bully* de M. Cartier. Plusieurs personnes ont été blessées par des coups de pierres et de bâtons, quelques-unes assez gravement» (G. DESCHÊNES et M. PELLERIN, *op. cit.*, note 164, p. 32).

²⁵⁵*An Act to Provide for More Effectual Inquiry Into the Existence of Corrupt Practices at Elections for Members to Serve in Parliament*, 1852, 16 Vict., R.-U., c. 57.

²⁵⁶Voir notamment l'*Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pour amender, refondre et résumer en un seul Acte les diverses dispositions des statuts maintenant en vigueur pour régler les élections des membres qui représentent le peuple de cette province à l'Assemblée Législative*, S.C. 1849, 12 Vict., c. 27, art. 54.

²⁵⁷*Acte pour pourvoir à la liberté des Élections pour toute cette Province, et pour d'autres objets y mentionnés*, S.C. 1842, 6 Vict., c. 1. Il n'existait auparavant qu'un seul bureau de scrutin par circonscription.

²⁵⁸*Acte pour étendre la franchise élective et mieux définir les qualifications de voteurs de certaines divisions électorales, en adoptant un système pour l'enregistrement des voteurs*, S.C. 1853, 16 Vict., c. 153.

²⁵⁹*Acte pour définir le Droit Électoral, pour pourvoir à l'inscription des Électeurs, et pour d'autres fins y mentionnées*, S.C. 1858, 22 Vict., c. 82, art. 13.

²⁶⁰G. DESCHÊNES, et M. PELLERIN, *op. cit.*, note 164, p. 32.

L'inefficacité des mesures adoptées, tant en Angleterre qu'au Canada, pour combattre la fraude semble découler, en bonne partie, du fait que ce sont les députés eux-mêmes qui exercent le rôle de juge électoral. La mise en oeuvre de la loi fait alors place aux tractations politiques, soumises, quant à elles, au rapport de forces entre le parti majoritaire et l'opposition officielle. Au sujet de la situation en Angleterre, Marcham écrit:

«The assault on bribery in the middle of the nineteenth century produced some spectacular cases as well as some bland agreements among party officials to bargain a Conservative charge of bribery in one constituency for a Liberal charge of bribery in another. Effective control of the offense was difficult because there was no legal definition of bribery, and because the House of Commons decided disputes over elections and usually did so on a party basis»²⁶¹.

Certes, le *Corrupt Practices Act* de 1854 avait remédié à une partie du problème en prévoyant une définition précise des actes de corruption prohibés²⁶². Mais le principal obstacle à une justice électorale demeurait, tant en Angleterre qu'au Canada, l'absence de tiers arbitre, condition indispensable pour parvenir à une forme élémentaire de légalité. Traitant de cette question, John Garner écrit même au sujet de la situation au Canada-Uni: *«Large in number and seldom settled in a judicious manner, controverted elections in the Province of Canada played as important a part in the outcome of the elections as did the exercise of the franchise itself»²⁶³*. Tant que la Chambre conserverait le contrôle de la justice électorale, celle-ci serait subordonnée aux intérêts des partis.

À ces problèmes liés aux conditions du monisme, c'est-à-dire à l'autonomie juridictionnelle de la Chambre basse, il faut toutefois ajouter les difficultés liées aux

²⁶¹F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 365.

²⁶²*An Act to Consolidate and Amend the Laws Relating to Bribery, Treating, and Undue Influence at Elections of Members of Parliament* (1854), 17&18 Vict., R.-U., c. 102.

²⁶³J. GARNER, *op. cit.*, note 11, p. 202. C'est là un constat qui se répète en Nouvelle-Écosse où le même auteur conclut:

«The condition existed throughout the entire life of colonial Nova Scotia; the rise of parties and the attendant struggle for the spoils merely enhanced the evil. The achievement of Confederation was not to end the blight; it continued to flourish until the determination of the disputed returns was taken out of the hands of the politicians and made the responsibility of a judicial organ politically impartial» (Idem, pp 184-185).

conséquences du monisme, soit la capacité illimitée de la Chambre de légiférer à l'égard d'elle-même.

B. Les difficultés liées aux conséquences du monisme: l'auto-normativité et le problème de la légalité électorale

En ce qui a trait au pouvoir de légiférer, le problème qui résulte du monisme n'est pas unique au domaine électoral. C'est, ni plus ni moins, l'éternel problème des limites du concept britannique de «*rule of law*». En l'absence de contre-pouvoir —tant au Parlement dans son ensemble que, par le biais des conventions constitutionnelles, à la Chambre des communes à l'intérieur de celui-ci— la majorité est en position d'imposer sa volonté, quelle qu'elle soit. Dans ce cas, il n'existe, à la limite, qu'une différence de forme entre l'État légal et l'État de puissance, l'État où le pouvoir est fondé sur la loi et celui où le pouvoir coercitif résulte de la force brute du nombre. C'est sans doute le reproche le plus commun adressé au principe majoritaire.

Mais il faut néanmoins reconnaître la spécificité du problème en ce qui concerne le droit électoral. Certes, on doit distinguer formellement entre le Parlement et la Chambre basse. Mais il demeure qu'une norme édictée par le Parlement relativement à la formation et au fonctionnement de la Chambre a ceci de particulier qu'elle constitue une norme édictée par le tout sur une de ses composantes. Et dans la mesure où la Chambre basse constitue, dans le parlementarisme moniste, l'organe dominant du Parlement, nous sommes véritablement en présence d'une forme d'*auto-normativité*. Non seulement la Chambre décide seule, mais elle décide pour elle-même.

En Angleterre, la difficulté particulière que pose l'absence de limites au pouvoir législatif en matière électorale est illustrée de façon frappante par l'adoption, en 1715, du fameux *Septennial Act*²⁶⁴. Au moment de l'adoption de cette loi, le Parlement était régi par le

²⁶⁴*An Act enlarging the time of Continuance of Parliaments*(1715), 1 Geo. I, R.-U., c. 38 (ci-après le *Septennial Act*).

Triennial Act de 1694²⁶⁵ qui prévoyait la nécessité d'une élection parlementaire à chaque trois ans (si cela n'avait pas été fait plus tôt). Or, en 1715, les Communes jugèrent inopportun de se soumettre au scrutin populaire, invoquant notamment la crainte d'un complot jacobin. Quoiqu'il en fût du bien fondé de cette crainte²⁶⁶, elle suffit pour obtenir l'appui des Lords qui endossèrent le *Septennial Act*. En vertu de cette loi extraordinaire, la durée des parlements, incluant l'actuel, était désormais étendue à sept ans. Pour Dicey, cette loi constitue l'exemple le plus éclatant de la souveraineté parlementaire, laquelle, prend-t-il soin de préciser, n'est pas celle du peuple par ses représentants, mais bien celle du Parlement lui-même²⁶⁷ — ce à quoi je me permet d'ajouter ici, "sur lui-même"²⁶⁸.

Certes, l'adoption du *Septennial Act* est formellement le fait du Parlement et non de la seule Chambre des communes, de sorte qu'il semble inexact de parler ici d'autonormativité. Il s'agit là cependant d'une distinction qui, déjà en 1716, trahit la réalité politique de la domination des Communes²⁶⁹. Par ailleurs, l'adoption du *Septennial Act* montre le caractère paradoxal d'un État de droit qui fonde son existence sur l'hégémonie absolue de la loi, et donc de l'organe législatif. Placé au sommet de la pyramide étatique, ce dernier dispose d'un

²⁶⁵*An Act for the frequent meeting and calling of Parliaments* (1694), 6-7 Guill. et Marie, R.-U., c. 2.

²⁶⁶Voir à cet égard: G. B. SMITH, *op. cit.*, note 72, p. 231-232. L'historien Edward Thompson considère quant à lui le *Septennial Act* comme une tentative de la part des *Whigs* de perpétuer leur domination sur l'appareil d'État. E. P. THOMPSON, *op. cit.*, note 38, p. 27.

²⁶⁷Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^{ème} éd., Londres, MacMillan, 1960, pp. 47-48.

²⁶⁸Une situation tout à fait analogue se produisit en 1942 en Ontario, lorsque la Législature adopta le *Legislative Assembly Extension Act*, S.O. 1942, 6 Geo. IV, c. 24, qui avait pour seul but d'étendre exceptionnellement le mandat de l'Assemblée au-delà des cinq années prévues par la loi (art. 3 de la *Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1937, c. 12, qui avait modifié pour l'Ontario l'art. 85 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Dans l'arrêt *The King ex. rel. Tolfree v. Clark et al.*, précité, note 148, la Cour d'appel, invoquant sa discrétion en matière de brefs de prérogative, refusa l'émission d'un *quo warranto* qui visait ultimement à contester la validité du *Legislative Assembly Extension Act*. Elle ajouta cependant que le para. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui autorise la province à modifier sa constitution, permettait à celle-ci d'étendre son propre mandat. Ultimement, la Cour suprême refusa de trancher la question, estimant qu'elle avait alors acquis un caractère théorique, l'Assemblée ayant été dissoute entre temps ([1944] R.C.S. 69).

²⁶⁹Ainsi, par exemple, à partir de 1708, le Roi cesse de recourir à son droit de veto pour bloquer la passage d'un projet de loi (F.G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 218).

pouvoir non seulement à l'égard des individus et des autres organes de l'État, mais encore peut-il disposer de lui-même suivant son bon vouloir. Or, cette auto-normativité semble radicalement incompatible avec l'idée d'État de droit, entendue, de façon générale, comme signifiant «un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit»²⁷⁰, c'est-à-dire à tout le moins, comme il en sera discuté plus loin²⁷¹, soumis à une norme *externe*.

L'incompatibilité du parlementarisme moniste et de l'État de droit en matière électorale est illustrée par de multiples exemples pratiques. Certains cas sont carrément grotesques, comme la célèbre affaire «Dillon», qui nous reporte au lendemain des élections provinciales du Québec de 1931, alors que les libéraux de Taschereau venaient d'être réélus. Camilien Houde, candidat défait, déposa alors une pétition en contestation d'élection dans le cas de soixante-trois des soixante-dix-neuf députés libéraux élus, dont un certain Dillon²⁷². Comme la loi exigeait un cautionnement de mille dollars pour chaque contestation d'élection, somme considérable pour l'époque, les pétitions furent rendues possibles grâce au soutien financier d'un ami du parti, un dénommé Ward C. Phillip. Les libéraux se défendirent alors en adoptant une loi, applicable non seulement aux pétitions futures mais aussi aux pétitions pendantes, et exigeant que le dépôt du pétitionnaire provienne de ses propres deniers²⁷³. La loi eut ainsi pour effet d'empêcher les contestations d'avoir lieu et permit de la sorte que des individus illégalement élus puissent néanmoins siéger. Elle fut abrogée par Duplessis dès sa prise du pouvoir en 1936²⁷⁴.

Si ce cas montre de façon éclatante les difficultés que pose la souveraineté parlementaire en matière électorale, d'autres exemples sont plus subtils, comme le simple refus, systématique, des grands partis de réviser un mode de scrutin qui, malgré des défauts manifestes, leur procure un avantage à long terme. C'est toutefois la confection de la carte

²⁷⁰Jean-Pierre HENRY, «Vers la fin de l'État de droit?», (1977) 93 *Rev. de droit public* 1207, 1208. Cette définition de l'État de droit fut récemment retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical society c. R.*, [1992] R.C.S. 606, 643.

²⁷¹*Infra*, pp. 109 et suiv.

²⁷²Voir D. LAFORTE et A. BERNARD, *op. cit.*, note 193, pp. 166 et suiv.

²⁷³*Loi modifiant la Loi des élections contestées*, S.Q. 1931, 22 *Geo. V*, c. 20.

²⁷⁴*Loi abrogeant la Loi 22 Georges V chapitre 20, communément appelée "Loi Dillon"*, S.Q. 1936, c. 9.

électorale qui fournit l'occasion la plus régulière de recourir au pouvoir législatif à des fins partisans. Certaines tentatives en ce sens ont été si ouvertement abusives qu'elles ont entraîné la désapprobation populaire et se sont retournées contre leurs auteurs, comme ce fut le cas pour les élections fédérales de 1882²⁷⁵. Mais de tels échecs n'ont d'aucune façon amoindri la tentation des gouvernements de se servir de la carte électorale, et pour cause. Suivant l'étude des professeurs Laforte et Bernard, la quasi-totalité des modifications apportées à la carte électorale québécoise pendant la première moitié du siècle, qu'il s'agisse d'accroissement du nombre de sièges ou de simples modifications des frontières des circonscriptions, ont été faites au profit du parti au pouvoir²⁷⁶.

Ces difficultés, liées aux conséquences du monisme parlementaire, demeureront sans remède tant et aussi longtemps que la Chambre basse ne se verra opposer de contre-pouvoir, c'est-à-dire pas avant 1982. En revanche, les problèmes liés aux conditions de ce monisme feront assez tôt l'objet de mesures correctrices.

Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, il apparaît en effet clairement que l'autonomie parlementaire si durement acquise devra être rétrocedée, en partie du moins, si l'on veut réussir à assainir les pratiques électorales. Or, cet assainissement se fait de plus en plus urgent, non seulement en raison du pourrissement des mœurs électorales dont je viens de faire état, mais aussi, vraisemblablement du moins, en raison de la nécessité d'assurer aux élus une légitimité proportionnelle aux pouvoirs qu'exerce désormais la Chambre. En effet, bien que l'on associe volontiers le XIX^{ème} siècle à l'apogée du libéralisme économique en Angleterre, il ne faut pas perdre de vue le fait que ce siècle marque néanmoins un accroissement sans précédent de la fonction législative²⁷⁷. Et cela est vrai non seulement en

²⁷⁵Voir: Robert MacGregor DAWSON, «The Gerrymander of 1882», (1935) 1 *Can. Jour. of Economics and Political Science* 197.

²⁷⁶D. LAFORTE et A. BERNARD, *op. cit.*, note 193, pp. 138 et suiv.

²⁷⁷Maitland suggère à cet égard que le *Reform Act* de 1832 (précité, note 125) serait un des facteurs qui aurait contribué à la transformation et à l'essor de l'activité proprement législative du Parlement. Après 1832, écrit-il:

«Parliament begins to *legislate* with remarkable vigour, to overhaul the whole law of the country —criminal law, property law, the law of procedure, every department of the law— but about the same time it gives up the attempt to *govern* the country, to say what commons shall be enclosed, what roads shall be widened, what boroughs shall have paid constables and so forth. It begins to lay down general rules about these matters

Angleterre, où cette époque est parfois qualifiée de «*age of reform*»²⁷⁸ en raison des diverses réformes agraires, économiques et sociales entreprises, en particulier sous le règne de Victoria, qu'au Canada, et de façon plus marquée encore au Québec avec le processus de codification qui mènera à l'adoption du *Code civil* et du *Code de procédure civile*²⁷⁹. Traitant des changements encourus au XIX^{ème} siècle, le juge Beetz écrivait (alors qu'il était professeur):

*«In the process, the real and practical power of the state, even in liberal democracies (...) rose to proportions which would have appeared unbelievable to any king of the Stuart or of the Bourbon dynasties. Important policy decisions were taken on a monthly basis, and then on a weekly basis, and then almost daily. A great many of those decisions had to be translated into laws, that is, into statutes and regulation by the thousand since custom and case law could no longer cope with the volume and pace of change. What this meant in practice was an entirely new phenomenon in the history of the law of the western world: the process of legal change and the rules of social life were taken over by parliamentary majorities»*²⁸⁰.

Suivant Ernest Woodward, c'est précisément à cette importance croissante des pouvoirs exercés par la Chambre des communes qu'il faut attribuer la cause du niveau sans précédent de corruption électorale au XIX^{ème} siècle:

«Since political power had become centered in the house of commons, and power in the house of commons depended on votes, parties and men who wanted power had to buy votes, as it were on the open market; the 'pocket boroughs' thus became 'the

and to entrust their working partly to officials, to secretaries of state, to boards of commissionners, who for this purpose are endowed with new statutory powers, partly to the law courts» (F. MAITLAND, *op. cit.*, note 248, p. 384. Souligné dans l'original).

À son avis, cette délégation de pouvoirs en faveur de l'administration n'aurait pas été envisageable avant 1832, par crainte de l'influence monarchique sur l'administration (*Idem*, pp. 383-384).

²⁷⁸Voir notamment: Sir Ernest Llewellyn WOODWARD, *The Age of Reform, 1815-1870*, 2d ed., Oxford, Clarendon Press, 1962. Traitant de la réglementation du travail des enfants, il écrit: «*The innovation lay not in the employment of children for eleven and twelve hours a day, but in the recognition of the principle that any limit may be laid down or that parliament had a right to interfere with the discretion of parents*» (*Idem*, p. 13).

²⁷⁹Sur l'expansionnisme du droit légiféré dans le Québec du XIX^{ème} siècle, voir: Pierre ISSALYS, «La loi dans la culture juridique québécoise: sources et cheminements d'une idée», dans Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'Amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, p. 289.

²⁸⁰Jean BEETZ, «Reflections on Continuity and Change in Law Reform», (1972) 22 *U. of T. Law Journal* 129, 134.

instrument by which the Government of the day maintained its majority'. [...] As new interests grew up, their representatives also sought out the control of boroughs. West and East Indian interests were represented, and indeed over-represented, in this way»²⁸¹.

Mais la combinaison de la hausse des interventions législatives à celle de la corruption politique ne pouvait que déboucher sur une nécessaire révision du processus électoral qui permettrait d'en assurer la légalité, et par là même la légitimité des élus. Cette réforme occupera, avec l'élargissement de la franchise, une place centrale dans notre histoire parlementaire.

Section 1.2 - L'ouverture vers une hétéronomie juridictionnelle comme amorce d'une légalité électorale

A. L'apport des réformes électorales à l'exigence de légalité

Dès la fin du XVIII^{ème} siècle en Angleterre, le mécanisme suivant lequel les contestations d'élections et les litiges électoraux étaient autrefois tranchés par la Chambre siégeant au complet avait dû être modifié, non seulement par souci d'efficacité, mais aussi d'impartialité²⁸². En 1770, en Angleterre, une loi connue sous le nom de *Grenville's Act*²⁸³ conférait la tâche de juger des affaires électorales à un comité spécial nommé suivant une procédure complexe. Quarante-neuf députés étaient d'abord choisis au hasard. De cette liste, le plaignant et le défendeur rayaient alternativement un nom jusqu'à ce que la liste soit réduite à treize. À ces treize députés, deux autres s'ajoutaient, choisis cette fois directement par les parties. Si cette procédure ne retirait pas le caractère partisan de la décision, elle avait à tout le

²⁸¹E.L. WOODWARD, *op. cit.*, note 278, p. 26-27.

²⁸²H. PHILLIPS, *op. cit.*, note 25, p. 131. Se faisant l'écho de Marcham, Hood Phillips écrit que «*Decisions, under these conditions [i.e.—rendues par la Chambre siégeant au complet], were not arrived at on the merit but on party lines*» (*Id.*, p. 131).

²⁸³*An Act to regulate the Trials of controverted Elections, or Returns of Members to serve in Parliament (1770)*, 10 Geo. III, R.-U., c. 16.

moins le mérite de permettre un certain équilibre des forces²⁸⁴. Elle fut cependant remplacée en 1839 par une procédure moins encombrante²⁸⁵. Dorénavant, un Comité permanent composé de six membres était chargé, pour chaque litige, de veiller à la nomination d'un comité spécial, également formé de six membres, qui devait entendre les parties et faire rapport à la Chambre, celle-ci votant ensuite les mesures jugées appropriées, sans toutefois être liée par les conclusions du rapport²⁸⁶.

Au Bas-Canada, la loi de 1808 relative aux élections contestées²⁸⁷ fut modifiée en 1818 pour permettre que l'audition des témoins se fasse devant un comité plus restreint²⁸⁸, l'Assemblée se réservant le pouvoir de décider du litige. De son côté, le Haut-Canada légiféra pour la première fois sur la question en 1824, adoptant une procédure calquée sur le modèle plus ancien du *Grenville's Act*²⁸⁹. Fait assez curieux, le régime de l'Union, en maintenant en

²⁸⁴Les décisions rendues par ces comités n'étaient pas motivées, de sorte qu'il est impossible de connaître les motifs, même « officiels », sur la base desquels elles furent rendues. On trouve néanmoins publié un compte rendu des pétitions, des témoignages et des plaidoyers présentés pour un certain nombre des contestations dans Simon FRASER, *Reports of the Proceedings of the Select Committees of the House of Commons in the Following Cases of Controverted Elections*, 2 vol., Londres, Butterworths, 1791.

²⁸⁵*An Act to Amend the Jurisdiction for the Trial of Election Petitions* (1839), 2 & 3 Vict., R.-U., c. 38.

²⁸⁶*Idem*, art. 74.

²⁸⁷*Acte pour régler les procédures à l'égard des élections contestées*, précité, note 178.

²⁸⁸*Acte pour faciliter les Procédures sur les Élections contestées ou les Retours des Membres pour servir dans la Chambre d'Assemblée*, S.B.-C. 1818, 58 Geo. III, c.5. La loi prévoyait simplement une autorisation de procéder, si cela devait s'avérer nécessaire, à la nomination d'un comité spécial pour examiner les élections contestées, mais n'imposait pas un tel comité. Cela fut fait en 1834, en confiant à un comité de neuf membres la tâche d'entendre les litiges électoraux et de faire rapport à l'Assemblée (*Acte pour régler la manière de procéder sur les contestations relatives aux Elections des Membres pour servir dans la Chambre d'Assemblée et pour révoquer certains Actes y mentionnés*, S.B.-C. 1834, 4 Guill. IV, c. 28). John Garner rapporte toutefois que cette loi fut désavouée par Londres en 1836, au motif qu'en permettant aux comités de siéger après la prorogation de la session parlementaire, la loi entraînait une menace pour la Couronne. Voir J. GARNER, *op. cit.*, note 11, p. 196.

²⁸⁹*An Act to regulate the Trials of controverted Elections, or Returns of Members to serve in Parliament* (1770), précitée, note 283. La loi adoptée par le Haut-Canada en 1824 prévoyait la confection d'une liste de vingt-trois membres choisis au hasard, à laquelle s'ajoutaient deux membres nommés par le pétitionnaire et le député dont le siège était mis en cause. Cette liste complétée, le pétitionnaire et le député rayaient tour à tour un nom, jusqu'à ce qu'il n'en reste plus que neuf, formant ainsi le Comité chargé d'enquêter sur le litige et de faire rapport à la

vigueur les anciennes lois électorales²⁹⁰, eut pour conséquence que la procédure pour trancher les litiges électoraux variait au sein de l'Assemblée, suivant que la circonscription se trouvait sur le territoire appartenant anciennement au Haut ou au Bas-Canada²⁹¹. Il faudra attendre 1851 pour qu'une procédure uniforme soit adoptée²⁹².

Chambre. Voir: *An Act to repeal an Act passed in the Forty-Fifth Year of His Late Majesty's Reign entitled "An Act to Regulate the Trial of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly" and to make more effectual provisions for such Trials*, U.C.S. 1824, 4 Geo. IV, c. 4. Cette loi, adoptée pour une durée de quatre ans, fut renouvelée en 1828 (*An Act to continue and amend the law now in force for the trial of controverted Elections*, U.C.S 1828, 8 Geo. IV, c. 5) et en 1833 (*An Act to revive and continue a certain Act passed in the Fourth Year of His late Majesty's Reign, entitled "An Act to repeal an Act passed in the Forty-Fifth Year of His Majesty's Reign entitled 'An Act to regulate the Trials of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly, and to make more effectual provisions for such Trials'" and also, a certain other Act passed in the eight year of His Majesty's Reign entitled "An Act to continue and amend the Laws now in force for the Trial of Controverted Elections"*, U.C.S. 1833, 3 Guill. IV, c. 11), puis rendue permanente en 1839 par *An act to continue and make permanent a certain Act passed in the Fourth Year of the reign of King George the Fourth, entitled "An Act to repeal an Act passed in the Forty-Fifth Year of His Majesty's Reign entitled 'An Act to regulate the Trials of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly, and to make more effectual provisions for such Trials'" and also, a certain other Act passed in the eight year of the Reign of King George the Fourth, entitled "An Act to continue and amend the Laws now in force for the Trial of Controverted Elections"*, U.C.S. 1839, 2 Vict., c. 8.

²⁹⁰L'art. XXVII de l'Acte d'Union prévoyait, en effet, le maintien des lois électorales antérieures à l'Union, sous réserve de certaines dispositions de l'Acte d'Union relatives à la procédure électorale et la composition de la Chambre (Voir, de même, l'art. XLVI qui prévoyait, de façon générale, la continuité d'application des lois antérieures à l'Union).

²⁹¹Dans ce qui était autrefois le Bas-Canada, la question de la procédure relative aux élections contestée s'avéra par ailleurs problématique du fait que la législation adoptée à cet égard avant l'Union devait avoir effet jusqu'à la fin de la première session suivant le 1^{er} mai 1836 (*Acte pour continuer certains Actes y mentionnés*, S.B.-C. 1834, 4 Guill. IV, c 9, art. 1). John Garner rapporte que, aucune loi n'ayant été adoptée depuis, en 1841 l'Assemblée du Canada-Uni trancha par simple résolution que l'ancienne loi devait continuer de s'appliquer comme si elle était encore en vigueur (J. GARNER, *op. cit.*, note 11, p. 203).

²⁹²Voir l'Acte pour abroger les divers Actes des Parlements du Bas et du Haut Canada maintenant en vigueur pour juger les contestations relatives aux élections parlementaires dans les deux sections de la province respectivement, et pour pourvoir par un Acte général à la manière de décider du mérite de toutes les pétitions relatives aux élections parlementaires, S.C. 1851, 14-15 Vict., c. 1. Calquée sur la loi britannique de 1839, la loi canadienne prévoyait l'établissement d'un comité général des élections, chargé de créer des comités siégeant sur une base *ad hoc* et composés de quatre membres, afin de faire enquête sur les diverses pétitions en contestation d'élection.

Au Canada, comme en Angleterre, on semble ainsi faire le constat, élémentaire mais fondamental, que le pouvoir revendiqué au nom de la démocratie, c'est-à-dire le pouvoir dérivé du mandat, s'inscrit, au chapitre de sa légitimité, dans une relation de dépendance à l'égard de la légalité du mandat²⁹³. Au milieu du XIX^{ème} siècle, ce constat axiomatique a forcé les parlementaires canadiens et britanniques à amorcer un recul, et à confier, dans un premier temps, les litiges électoraux à un groupe de députés plus restreint, aux pouvoirs balisés par la loi²⁹⁴.

En rétrospective, cependant, on sera forcé de conclure à l'échec de cette première limitation, beaucoup trop timide, à l'autonomie parlementaire dans le domaine électoral. Il ne

²⁹³Sur la légalité comme fondement moderne de la légitimité du pouvoir, on consultera notamment Michel COUTU, «Modernité et légitimité dans la perspective de Max Weber», dans BOULAD-AYOUB, Josiane, (dir.), *Carrefour: Philosophie et droit. Actes du colloque DIKÉ*, Montréal, ACFAS, 1995, p. 21.

²⁹⁴Au plan strictement juridique on peut s'interroger sur l'utilité d'inscrire ces procédures dans la loi. En effet, si l'on considère que seule la Chambre pouvait trancher les litiges électoraux et qu'aucun appel ni contrôle de ses décisions n'était possible, *même en cas de flagrant conflit avec la loi* (Voir: *Bradlaugh c. Gosset*, précitée, note 241), celle-ci aurait très bien pu choisir une procédure sur une base *ad hoc*, ou tout simplement, pour plus de commodité et de sécurité, inscrire une procédure dans ses règlements internes, sans pour autant faire intervenir les autres organes parlementaires par le processus législatif, beaucoup plus lourd. Pourquoi donc, si cela était possible, faire intervenir la loi, alors même que celle-ci ne pouvait lier la Chambre? Il est vrai que l'affaire *Bradlaugh* n'a pas encore été entendue au moment où ces mesures législatives ont été adoptées. Mais tout indique que tant les Communes en Angleterre que les assemblées du Haut et du Bas-Canada étaient parfaitement convaincues de leur autonomie sur ce plan. En témoignent les affaires *Ashby* et *Wilkes* en Angleterre (*supra*, pp. 36 et 39), ainsi que les affaires *Bouc* et *De Bonne* au Canada (*supra*, pp. 56-57). Après ces événements, il apparaît impensable que les assemblées aient pu douter de leur privilège relatif aux élections. La crainte de voir l'Exécutif ou les tribunaux intervenir en matière électorale doit, à cette époque, être résolument écartée comme explication. Il est vrai également que la loi de 1851 (*supra*, note 292) prévoyait la possibilité de nommer commissaire un juge de district du Bas-Canada ou un juge de comté du Haut-Canada, et qu'une telle mesure exigeait sans doute le recours à la loi. Mais tel ne semble pas être le cas de la première loi de 1808 (*supra*, note 178). Dans ce cas, et quoiqu'il s'agisse là de conjectures, il semble bien que l'objectif le plus convaincant derrière la décision de procéder par la voie formelle de la loi aura été de donner à la procédure relative aux litiges électoraux toutes les apparences de la *légalité*. Car en pratique, et quoiqu'en dira l'arrêt *Bradlaugh* sur le plan formel, il demeure que la Chambre ne peut que se sentir davantage liée par une procédure inscrite dans la loi. Le caractère solennel de celle-ci, et la publicité qui l'accompagne, constituent à la fois des gages de respect (bien que les chaînes ainsi créées soient plus politiques que juridiques) et, surtout, une assurance de légitimité pour ceux qui se prévalent de ses dispositions.

faut sans doute pas s'en étonner. Même en admettant que la nomination de comités spéciaux plus restreints mettait, dans une certaine mesure, les litiges électoraux à l'abri d'un simple vote partisan, il n'en résulte pas moins que ce que l'on gagnait en équilibre des forces, on le perdait en transparence, les cercles restreints étant toujours plus propices à l'influence et aux tractations. En 1875, au Québec, le juge Johnson conclut: «*The Grenville Act (...) was justly celebrated for the wisdom and utility of its provision. It failed, notwithstanding, to eradicate bribery and corruption*»²⁹⁵.

Des mesures plus radicales s'imposeront. Puisque les députés, collectivement ou en comités, ne peuvent constituer un forum approprié pour assurer le respect de la légalité électorale; puisque cette légalité apparaît nécessaire pour conférer à la Chambre une légitimité proportionnelle aux larges pouvoirs qu'elle exerce désormais, il faut alors pourvoir à la création d'un tiers arbitre. L'autonomie de la Chambre avait été, à une certaine période de son histoire, une condition pour accroître ses pouvoirs. Désormais devenue un frein à ceux-ci, il fallait s'en départir.

L'«auto-dépossession» se fera cependant de façon graduelle. En 1857, une loi du Canada-Uni donne aux juges de la Cour de comté, pour le Haut-Canada, et de la Cour supérieure, pour le Bas-Canada, juridiction pour recevoir les témoignages dans les affaires électorales²⁹⁶. Le juge doit alors faire rapport au Comité spécial des élections, qui, à son tour, transmet ses conclusions à l'Assemblée, laquelle vote alors la sanction qu'elle juge appropriée. Cette loi provoqua un bouleversement de l'ordre constitutionnel que plusieurs, et notamment les juges, n'étaient pas prêts d'admettre. Dans l'affaire *In Re Controverted Election for County of Argenteuil*, le juge Badgley, à qui l'on demandait d'entendre une

²⁹⁵Ryan et al. c. Develin, (1875) 20 L.C.J. 77, 84 (Court of Review). Commentant l'inefficacité de la procédure de contestation d'élection devant un comité de la Chambre qui prévalait encore au moment de la confédération, le professeur Ward écrit en 1949:

«*In many instances, the procedure consumed a great deal of valuable time. It was also palpably unfair, since the partisan majority in the House could usually capture the chairmanship together with at least half the membership, with the result that election cases were often settled on grounds irrelevant to the main issues. "Some of the proceedings in Election Committees", a member asserted in 1873, "have been a scandal to the country"*» [Norman WARD, «Electoral Corruption and Controverted Elections», (1949) 15 *Can. Jour. of Econ. & Pol. Sci.* 74, 75].

²⁹⁶Acte pour améliorer le mode d'obtenir les témoignages dans les affaires d'élections contestées, S.C. 1857, 20 Vict., c. 23.

affaire de fraude électorale, réagit à la nouvelle tâche dont le législateur l'avait investi par des propos cinglants qui méritent d'être reproduits ici tant leur véhémence est révélatrice:

«Intelligent legislation and political wisdom have hitherto united in elevating the Judicial Office above the angry turmoil of political strife; and by rendering it independant of public and private influences, have secured its integrity and retained it in public respect. This new Act reduces the Judge to the position of an Election Commissioner; brings him to direct and personal collision with election and huslings partisans and parties, still warm from the excitement and heat of a recent election contest; on the one hand with the bitterness of the returned member fearful of the loss of his seat notwithstanding all his toil and expense, and on the other with the eagerness of the contestant desirous to occupy his place.

[...]

Not only judicial independance is jeopardised by such a Statute, but the most conscientious discharge of his duty will not relieve the Judge from silent suspicion or avowed charge of partisanship. The judiciary should not be exposed to such molestations»²⁹⁷.

Il est vrai que la loi plaçait le juge dans une curieuse situation. D'une part, le juge se trouvait lancé dans l'arène politique, et d'autre part, en conférant au juge les pouvoirs et les obligations d'un commissaire nommé par le Comité spécial des élections²⁹⁸, la loi lui donnait un statut de subalterne, peu compatible avec ses fonctions habituelles. Cette combinaison de facteurs n'était pas sans causer de malaise pour les juges, comme en témoignent les propos reproduits ci-dessus.

Mais cette pudeur face à la chose politique était nouvelle, les juges n'ayant pas hésité auparavant, alors que cela était permis, à cumuler les fonctions de député et de magistrat. Il faut donc croire que l'exclusion des juges de la scène politique et le respect de l'autonomie parlementaire en matière électorale avaient, au milieu du XIX^{ème} siècle, fermement imprégné l'esprit constitutionnel. Cela semble d'ailleurs confirmé par les propos du juge Meredith, en 1858, dans l'affaire *In Re Controverted Election for County of Lotbinière*²⁹⁹. Alors qu'on l'invitait à lire dans la loi un pouvoir de décider des élections contestées, et non simplement celui de recueillir la preuve, le juge Meredith répondit (non sans ambiguïté):

²⁹⁷(1858) 2 Lower Can. Jurist, Annexe, p.13, à la p. 22. Ce même juge avait reconnu explicitement, quelques années auparavant, le privilège de l'Assemblée en matière électorale. Voir: *Ex parte Lortie*, (1855) 5 Lower Can. Rep. 99 (C.S.).

²⁹⁸Acte pour améliorer le mode d'obtenir les témoignages dans les affaires d'élections contestées, précité, note 296, art. 6.

²⁹⁹(1858) 2 Lower Can. Jurist, Annexe, p. 26.

«[E]very lawyer is aware that jurisdiction ought not to be assumed in consequence merely of what may be supposed to have been the intention of the Legislature (...). And if it be the duty of Judges to act upon this rule in ordinary cases, how careful ought they be in observing it in a matter such as the present, when they bear in mind that if they name deputies, the persons named would, in the course of a few weeks, have to exercise jurisdiction in several thousand cases; and I need not say how disastrous would be the consequences, if the validity of the appointment of the deputies, or of any of them, could be questioned, with even a hope of success. (...)
I cannot believe it was the deliberate intention of Parliament, to place the Chief Justice and other Judges of the highest court of original civil jurisdiction in Lower Canada, in the position they now occupy under the statute»³⁰⁰ (je souligne).

Est-ce en raison de cet accueil glacial parmi la magistrature, ou d'impopularité au sein même des députés; toujours est-il que la loi fit long feu³⁰¹. Le Parlement du Canada-Uni l'abrogea à peine deux années plus tard, en 1859³⁰².

Pour les tribunaux, une véritable juridiction électorale apparaîtra pour la première fois en Angleterre en 1868, donnant ainsi raison au juge Holt et à la Chambre des lords plus de cent-soixante ans après l'affaire *Ashby c. White*³⁰³. En effet, le *Parliamentary Elections Act* confère alors aux tribunaux de droit commun (*Common Pleas*) la juridiction sur les élections contestées et les accusations de corruption électorale³⁰⁴. Soulignons cependant que la loi n'opère pas, formellement, un véritable transfert de juridiction. Elle dispose, en effet, que le tribunal chargé d'entendre le litige doit transmettre ses conclusions au *Speaker*, lequel les soumet à son tour au vote de la Chambre. C'est donc cette dernière qui demeure l'ultime arbitre des questions électorales, en théorie du moins.

³⁰⁰*Idem*, pp. 31-32.

³⁰¹Garner rapporte même qu'en février 1858, un certain juge Mondelet aurait conclu à l'invalidité constitutionnelle de la loi qui l'obligeait à abandonner toute cause pendante pour entendre les litiges électoraux (J. GARNER, *op. cit.*, note 11, p. 211).

³⁰²*Acte pour abroger l'Acte pour améliorer le mode d'obtenir les témoignages dans les affaires d'élections contestées*, S.C. 1859, 22 Vict., c. 11.

³⁰³Précitée, note 103.

³⁰⁴31 & 32 Vict., R.-U., c. 125. Ne peuvent cependant être saisis les juges qui sont également membres de la Chambre des Lords (art. 11). Cette loi sera remplacée, en 1879, par la *Parliamentary Elections and Corrupt Practices Act*, 42 & 43 Vict., R.-U., c. 75, qui transfère la juridiction électorale à un tribunal composé de deux juges de la *High Court*.

S'inspirant de l'exemple britannique, la Législature du Québec décide, en 1872, de confier la juridiction électorale à un tribunal composé de trois juges de la Cour supérieure³⁰⁵. La loi permet même à ce tribunal l'adoption de règles de pratique afin d'en faciliter l'application³⁰⁶. Mais surtout, à la différence de la loi britannique, la décision finale relève formellement de la Cour, et non de l'Assemblée³⁰⁷. Un régime calqué sur la loi québécoise sera adopté par le Parlement canadien l'année suivante, en 1873³⁰⁸. L'impact de cette loi sur le processus électoral ne fut aucunement négligeable. Norman Ward rapporte que dans les années 1875-8, des plaintes furent déposées à l'encontre de soixante-cinq députés (soit le tiers de la chambre), résultant en l'annulation de quarante-neuf élections³⁰⁹.

Fait intéressant, je n'ai pas, comparativement au régime de 1857, retracé en jurisprudence la même répugnance des tribunaux à intervenir en matière électorale. Tout au plus peut-on noter certaines interprétations restrictives de la loi³¹⁰. Certes, il y eut quelques

³⁰⁵Acte des élections contestées de 1872, S.Q., 1872, 36 Vict., c. 5.

³⁰⁶*Idem*, art. 26.

³⁰⁷La loi prévoit que la Cour fait rapport à l'orateur. Toutefois, les sanctions (perte du droit de vote, annulation de l'élection, perte de l'éligibilité, etc.) découlent directement et automatiquement des conclusions du rapport (voir les art. 42 à 46). Ainsi la transmission du rapport à la Chambre constitue, en quelque sorte, une simple formalité d'enregistrement. Il faut toutefois mentionner que rien ne semble empêcher, en principe, la Chambre de statuer par résolution à l'encontre de la décision du tribunal. Dans cette éventualité, aucun contrôle n'apparaît possible et la Chambre pourrait toujours, au nom du privilège, imposer sa volonté à l'encontre des termes de la loi. Cela découle de la nature même du privilège, qui est ni plus ni moins une prétention à une juridiction indépendante. Sur la possibilité de conflits entre les tribunaux et la Chambre en matière de privilèges, voir la discussion dans W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 41, pp. 111 à 115.

³⁰⁸Voir l'Acte des élections contestées, S.C. 1873, 36 Vict., c. 28. Cette loi sera remplacée l'année suivante par l'Acte des élections fédérales contestées, S.C., 1874, 37 Vict., c. 10, qui transférera la juridiction aux cours supérieures.

³⁰⁹N. WARD, *loc. cit.*, note 295, 76-77.

³¹⁰Ce fut, par exemple, le cas en première instance, de même que pour le juge dissident en appel, dans l'affaire *Caverhill et al c. Ryan*, (1874) 18 Lower Canada Jurist 323 (Court of Review). On prétendait que l'élection avait été tenue sur la base d'une liste électorale frauduleuse. Le premier juge considéra que le plaignant n'avait pas qualité pour agir étant donné que, n'étant pas sur la liste électorale (qui faisait l'objet de la contestation), il n'était pas électeur et donc ne pouvait inscrire une pétition en contestation d'élection... Si cette décision apparaît critiquable, il demeure que le tribunal électoral sera toujours considéré comme un tribunal d'exception. Voir à cet égard l'affaire *Théberge c. Laudry*, (1876) 8 A.C. (Can. Rep.) 1.

vaines tentatives de faire déclarer la loi fédérale de 1873 inconstitutionnelle³¹¹, jusqu'à ce que la Cour suprême tranche définitivement la question en 1878 dans l'affaire *Valin c. Langlois*³¹². Mais ces contestations, fondées sur le partage des compétences, ne mettaient pas en cause, fondamentalement, la possibilité pour la Chambre basse de se déposséder de sa juridiction électorale et de la confier aux tribunaux³¹³. Au contraire, pour certains juges du moins, dont le juge Henry de la Cour suprême, le transfert de juridiction constitue un progrès significatif. Ce dernier écrit dans l'arrêt *Landers* en 1879:

*«It is well understood that it is an anomalous power that is exercised by the House of Commons in England. It obtained it through the exigencies of stirring political events, running over centuries, no parallel to which can ever arise in any Province under the British Crown, and for which, therefore, neither a preventive or remedy, through a Provincial Assembly, will ever be necessary. The trial of contested elections has, after centuries, been withdrawn from Parliament in England, and also in Canada, and transferred to the ordinary legal tribunals because of the difficulty in obtaining in the former a disinterested and reliable tribunal»*³¹⁴.

Le contrôle judiciaire de la légalité des élections apparaît donc comme un acquis à partir de la fin du XIX^{ème} siècle et marque, à mes yeux, un tournant important dans l'histoire du parlementarisme canadien et québécois³¹⁵.

³¹¹Voir: *Ryan c. Develin*, précitée, note 295, et *Bruneau c. Massue*, (1878) 23 Lower Can. Jurist 60 (B.R.).

³¹²(1879) 3 R.C.S. 1, confirmée par le Conseil privé à (1879) 5 A.C. 115.

³¹³On prétendit à plusieurs reprises que la question relevait des provinces en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit l'administration de la justice. Cet argument ne fut jamais retenu. Dans l'affaire *Ryan c. Develin*, précitée, note 295, on considéra qu'une province n'aurait jamais pu adopter une loi relative à la contestation d'élections fédérales, de sorte que le Parlement devait nécessairement être compétent pour le faire. La Cour suprême, dans l'arrêt *Valin c. Langlois*, précité, note 312, s'appuya sur l'art. 41 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui donne compétence au Parlement pour modifier, à des fins fédérales, les lois électorales préconfédératives.

³¹⁴*Landers c. Woodworth*, précité, note 243, 213-214.

³¹⁵Les tribunaux canadiens conservent toutefois une attitude de réserve face aux questions électorales et parlementaires, favorisant une interprétation restrictive de leur juridiction en ces matières. Voir par exemple: *Barnard c. Walkem*, (1880) 1 B.C.R. Pt. 1 120; *Temple c. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265; *Regina ex. rel. Stubbs v. Steinkopf*, (1965) 47 D.L.R. (2d) 105 (B.R. Man.). Cette attitude de réserve a fait l'objet de critiques. Voir: Francis C. MULDOON, «*Quo Warranto and the Legislator, Stubbs and Steinkopf revisited*», (1970-71) 4 *Man. L. J.* 178.

On verra également apparaître, à la même époque, des réformes telles que l'introduction du scrutin secret et le contrôle des finances électorales, chacune liée d'une certaine façon au même souci de légalité électorale, et au besoin de légitimité de la classe politique. Quant au scrutin secret, qui existe en Angleterre à partir de 1872³¹⁶, il est adopté pour les élections fédérales en 1874³¹⁷, et pour les élections québécoises l'année suivante, en 1875³¹⁸. Certes, le scrutin secret accroît la juridiction des tribunaux en permettant désormais un contentieux électoral fondé sur le recomptage et l'examen des bulletins irréguliers. Mais surtout, le scrutin secret permet de préserver l'électeur contre la crainte de représailles (notamment, semble-t-il pour l'électeur québécois, de la part de l'Église catholique³¹⁹).

On s'attaque également à l'achat des votes et à la corruption par l'adoption de mesures visant à contrôler les dépenses électorales. Ainsi, suite au scandale du Canadien Pacifique³²⁰, le Parlement canadien adopte en 1874 les premières mesures de cette nature, en exigeant que les dépenses du candidat soient faites par un agent officiel tenu de rendre compte³²¹. L'année suivante, le Québec adopte des mesures analogues³²². Encore ici, cette volonté de transparence exprime un souci marqué de la légalité électorale. Ce même souci préside également aux premiers plafonnements des dépenses des candidats, qui apparaissent en 1895³²³ et dans lesquelles il ne faut surtout pas voir une forme d'égalitarisme politique, c'est-

³¹⁶*An Act to Amend the Law Relating to Procedure at Parliamentary and Municipal Elections* (1872), 35-36 Vict., R.-U., c. 33.

³¹⁷*Acte concernant l'élection des membres de la Chambre des communes*, S.C. 1874, 37 Vict., c. 9, art. 40. Cette loi abolit également le cens électoral.

³¹⁸*Acte concernant l'élection des membres de l'Assemblée Législative de la Province de Québec*, S.Q. 1874-75, 38 Vict., c. 7, art. 158.

³¹⁹Jean et Marcel Hamelin rapportent que l'adoption du scrutin secret rencontra au Québec l'opposition de l'Église qui craignait perdre ainsi le contrôle sur le vote libéral «[d]es électeurs qui jusqu'ici n'avaient pas osé déplaire ouvertement à leur curé». Voir: J. HAMELIN et M. HAMELIN, *op. cit.*, note 247, p. 83-84.

³²⁰Le premier ministre John A. Macdonald avait reçu, en 1873, des sommes importantes d'un entrepreneur désireux d'obtenir un contrat lucratif pour la construction du chemin de fer. Le scandale entraîna la défaite de Macdonald, qui reprit toutefois le pouvoir en 1878.

³²¹*Acte concernant l'élection des membres de la Chambre des communes*, précité, note 317.

³²²*Acte concernant l'élection des membres de l'Assemblée Législative de la Province de Québec*, précité, note 318, art. 278 et suiv.

³²³*Loi relative à l'élection des députés à l'Assemblée Législative*, S.Q. 1895, c. 9, art. 308.

à-dire une volonté de permettre aux candidats de diverses classes sociales d'entrer en compétition. Il s'agit, beaucoup plus prosaïquement, de saper le principal moyen de corruption: l'argent³²⁴. L'inefficacité des mesures pour contrôler les finances électorales entraînera leur abandon quelques années plus tard³²⁵, et il faudra, pour les voir réapparaître, attendre 1963 pour les élections provinciales du Québec³²⁶, et 1974 pour les élections fédérales³²⁷. Malgré cela, la seconde moitié du XIX^{ème} siècle marque —et sur ce il n'y aura pas de retour— un point de rupture avec le "laisser-faire" électoral qui avait jusqu'alors prévalu.

On se doit aussi de souligner la création d'une institution fondamentale, celle du Directeur général des élections, qui a eu pour effet de soustraire à l'Exécutif la supervision de la mise en oeuvre du processus électoral et de la confier à un organisme indépendant. En 1920, l'article 19 b) de la *Loi des élections fédérales*³²⁸ confiait ainsi au directeur général des élections la tâche d'«exercer la direction et la surveillance de la conduite administrative des élections en vue d'assurer l'impartialité de tous les officiers d'élection et l'observation des dispositions de la loi». Le Québec n'emboîta le pas que plusieurs années plus tard, soit en

³²⁴De même, la loi fédérale interdit, à partir de 1908, le financement corporatif (*Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1908, 7-8 Éd. VII, c. 26, art. 36). Notons qu'à l'heure actuelle, le financement corporatif est interdit aux élections provinciales québécoises, mais autorisé par la législation fédérale. Sur cette question, voir *infra*, pp. 354-355.

³²⁵Au Québec, la *Loi électorale* de 1903 (S.Q. 1903, c. 9) abrogea le plafonnement des dépenses d'élections, tout en maintenant le principe de l'agent officiel et l'obligation de faire état des dépenses. À ce chapitre cependant, tant pour les élections provinciales que fédérales, il n'existait pas d'officier indépendant chargé de scruter les états financiers, de sorte qu'il revenait aux électeurs, moyennant certains frais, de procéder à la vérification des dépenses déclarées. Keith Ewing fait remarquer qu'aucune accusation fondée sur ces mesures n'avait été portée par un des grands partis fédéraux contre un adversaire, ce qui suggère une sorte de *gentlemen's agreement* entre les partis (Keith D. EWING, *Money, Politics and Law: A Study of Electoral Campaign Finance Reform in Canada*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 10-11). Au Québec, l'inefficacité du régime de divulgation des dépenses d'élections conduira à son abrogation en 1926 avec la *Loi modifiant la Loi électorale de Québec*, S.Q. 1926, c. 11, art. 8.

³²⁶*Loi électorale de Québec*, S.Q. 1963, 11-12 Éliz. II, c. 13.

³²⁷*Loi sur les dépenses d'élections*, S.C. 1973-74, c. 51.

³²⁸S.C. 1920, 10-11 Geo. V, c. 46.

1945 avec la création du poste de Président général des élections³²⁹ (qui prendra en 1977 l'appellation de Directeur général des élections³³⁰).

Plus récemment, les abus entourant la confection de la carte électorale³³¹ mèneront également les parlementaires à s'imposer une nouvelle «auto-dépossession», c'est-à-dire à prévoir la création de commissions indépendantes, chargées de la révision de la carte électorale. Cette procédure prévaudra à partir de 1964, pour la carte électorale fédérale³³², et à partir de 1971 pour la carte québécoise³³³.

Comme pour le reste, il ne peut cependant s'agir que d'une demi-mesure, la nouvelle carte électorale étant toujours susceptible d'être écartée par une intervention, suivant le cas, du Parlement ou de l'Assemblée législative. C'est, de fait, ce qui se produit souvent en pratique, principalement en raison de la réticence naturelle de chaque député, même dans l'opposition, à renoncer à son fief, ou même simplement à en voir les contours modifiés. Ainsi, en ce qui concerne la carte électorale fédérale, la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*³³⁴ prévoit une révision de la carte électorale après chaque recensement décennal³³⁵. Suite au recensement de 1991, le Parlement, alors dominé par les conservateurs, décida néanmoins d'adopter une loi suspendant temporairement le processus de révision³³⁶, ce qui lui permit d'entreprendre la campagne électorale sur la base de la carte électorale

³²⁹*Loi électorale*, S.Q. 1945, c. 15, art. 7 et suiv.

³³⁰*Loi régissant le financement des partis politiques et modifiant la Loi électorale*, L.Q. 1977, c. 11.

³³¹Voir *supra*, pp. 79-80, de même que le Chap. 3 de la Partie II.

³³²*Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, S.C. 1964, 13 Éliz. II, c. 31.

³³³*Loi de la Commission permanente de la réforme des districts électoraux*, L.Q. 1971, c. 7.

³³⁴L.R.C. (1985), c. E-3.

³³⁵*Id.*, art. 13 et 20 à 28.

³³⁶La *Loi suspendant l'application de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.C. 1992, c. 25, suspend, comme son nom l'indique, la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales* pour une période de un an ou, si une élection générale avait lieu pendant cette période jusqu'à l'expiration de 80 jours après le retour des brefs.

existante —manoeuvre vaine puisque les élections de 1993 se soldèrent par une écrasante victoire libérale³³⁷.

De la même façon, pour chacun des privilèges à l'égard desquels la Chambre a consenti à une dépossession, elle demeure en mesure, par le contrôle absolu qu'elle exerce en pratique sur l'instrument législatif, de recourir à la loi pour s'en réapproprier l'exercice. Ainsi, non seulement le progrès accompli en limitant la juridiction électorale de la Chambre basse est-il fragile, mais il est également lié au problème posé par la souveraineté du Parlement en matière de législation électorale.

B. L'insuffisance des réformes comme réponse à l'exigence de légalité

En confiant aux tribunaux, à la fin du XIX^{ème} siècle, le soin d'administrer la justice électorale, la Chambre basse a renoncé d'elle-même à une partie de son autonomie afin d'accroître sa légitimité et d'établir son autorité sur une base plus solide. Il ne s'agit donc pas d'un déclin, bien au contraire: jamais, jusque-là, la Chambre basse avait-elle joué un rôle politique aussi prépondérant qu'en ce tournant de siècle. La légitimité, et donc l'autorité, de la Chambre seront d'ailleurs renforcées par un élargissement de la franchise électorale^{337a}. En Angleterre, où la combinaison du cens électorale et des «*rotten boroughs*» avait longtemps limité l'électorat à approximativement 2% de la population totale, l'électorat passera à 4,4% de la population en 1832³³⁸, à 8,6% en 1867³³⁹, et à 16,5% en 1884³⁴⁰. L'accession des

³³⁷À leur tour au pouvoir, les libéraux imitèrent leurs prédécesseurs en suspendant à nouveau la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, précitée, note 334, pour une période de un an, soit jusqu'en juin 1995 (*Loi suspendant l'application de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.C. 1994, c. 19, sanctionnée le 15 juin 1994) soulevant ainsi l'ire d'un éditeur montréalais (Voir: *La Presse*, 19 avril 1994, p. B-2).

^{337a}Résumant la pensée de Burke sur cette question, la professeure Melissa Williams écrit: «*Without a dependance on the people for their positions, members of Parliament would be too easily captured by the influence of the Crown*» (Melissa WILLIAMS, «Burkean "Descriptions" and Political Representation: A Reappraisal», (1996) 29 *Revue canadienne de science politique* 23, 27.

³³⁸En amorçant la réforme législative du processus électorale et en déclenchant le mouvement vers le suffrage universel, le *Reform Act* de 1832 (précité, note 125) fut l'une des lois les plus importantes de l'histoire constitutionnelle britannique. En 1914, James Butler écrivait à son égard: «*It was in truth a revolution, no less decisive than that which subdued the Crown to*

femmes à la vie politique britannique, en 1918³⁴¹, gonflera radicalement ce chiffre à 48%, puis à 63% en 1928³⁴² alors que l'âge requis d'elles pour voter est ramené à celui des hommes, soit 21 ans. Malgré les protestations que provoquent invariablement ces réformes, la vague en faveur du scrutin universel est irrésistible. Il s'agit, au demeurant, d'un phénomène qui n'est pas propre à l'Angleterre.

Au Canada, le chemin parcouru est analogue, sans toutefois être identique. Il faut souligner au départ que la franchise n'est pas aussi restreinte ici qu'en Angleterre, non pas tant en raison du fait que les femmes sont, du moins au Bas-Canada, initialement admises à voter³⁴³ —le nombre de femmes à exercer le droit de vote pendant ces premières années dépassa rarement un seuil symbolique³⁴⁴— mais surtout, d'une part, en raison du fait que la carte électorale, fraîchement dessinée, ne connaît pas les vicissitudes de la carte anglaise, et, d'autre part, parce que l'abondance des terres et l'accès à la propriété foncière permet un suffrage beaucoup plus étendu³⁴⁵. Si l'abolition en deux temps du vote des femmes au milieu

Parliament» (James Ramsey BUTLER, *The Passing of the Great Reform Bill*, Londres, Longmans, Green and Co., 1914, p. 423).

³³⁹*Representation of the People Act* (1867), 30-31 Vict., R.-U., c. 102.

³⁴⁰*Representation of the People Act* (1884), 48 Victoria, R.-U., c. 3.

³⁴¹*The Representation of the People Act* (1918), 7-8 Geo. V, R.-U., c. 64.

³⁴²*An Act to assimilate the franchise for men and women in respect to parliamentary and local government elections* (1928), 18 & 19 Geo. V, R.-U., c. 12.

³⁴³L'*Acte constitutionnel de 1791* prévoyait la tenue des premières assemblées législatives élues au Haut et au Bas-Canada. Les seules conditions pour participer au scrutin étaient relatives à l'âge (21 ans, art. XXI) et à la propriété foncière (quarante *shillings*, art. XX), la question du sexe n'étant aucunement mentionnée.

³⁴⁴Catherine Cleverdon, qui a étudié l'histoire du vote des femmes au Canada, retrace des preuves de participation des femmes au Bas-Canada au début du XIX^{ème} siècle, mais rien qui indiquerait une participation généralisée. Au contraire, le vote féminin fut l'occasion de controverses. Voir: Catherine L. CLEVERDON, *The Woman Suffrage Movement in Canada*, 2^{ème} éd., Toronto, University of Toronto Press, 1974, pp. 214-215. La participation féminine se concentre principalement à Montréal, où elle représenterait, entre 1792 et 1849, un peu moins de 2 p. cent de l'électorat [voir: Michel MORIN, «L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867», (1994) 35 *C. de D.* 23, 27 (note 9)].

³⁴⁵Voir: J. GARNER, *op. cit.*, note 11, p. 4, de même que F. OUELLET, *op. cit.*, note 165, pp. 41-42.

du XIX^{ème} siècle³⁴⁶, de même que la hausse du cens électoral sous l'Union dans le but de restreindre le vote francophone³⁴⁷, marquent un net recul du point de vue du suffrage universel, cette régression initiale est temporaire. Le Canada, comme l'Angleterre, n'échappera pas à la démocratisation de la vie politique qui marque la fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle, en même temps que l'intensification des interventions de l'État. Cette démocratisation est marquée au premier chef par l'universalisation de la franchise, qui découle principalement de l'abolition du cens électoral³⁴⁸ et l'admission des femmes au scrutin³⁴⁹.

³⁴⁶En 1834, on interdit dans un premier temps aux femmes mariées de voter à moins qu'elles soient propriétaires en propre de suffisamment de terres pour répondre aux exigences du cens électoral (*Acte pour régler la manière de procéder sur les contestations relatives aux Elections des Membres pour servir dans la Chambre d'Assemblée et pour révoquer certains Actes y mentionnés*, précité, note 288, art. 27). Cette mesure visait ainsi à empêcher les femmes mariées qui, suivant le régime matrimonial alors en vigueur, pouvaient revendiquer pour moitié le bien du couple. La loi fut toutefois désavouée deux ans plus tard par Londres, pour des motifs étrangers à l'exclusion des femmes (voir *supra*, note 288). L'interdiction complète fut prononcée en 1849 sous l'Union, alors que l'art. XLVI de la loi intitulée *Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pour amender, refondre et résumer en un seul Acte les diverses dispositions des statuts maintenant en vigueur pour régler les élections des membres qui représentent le peuple de cette Province à l'Assemblée Législative*, précité, note 256, stipula: «Et qu'il soit déclaré et statué, qu'aucune femme n'aura droit de voter à aucune telle élection, soit pour un comté ou riding, soit pour aucune desdites cités ou villes». En 1867, on prit soin de spécifier l'exclusion des femmes à l'art. 41 de la *Loi constitutionnelle*.

³⁴⁷Voir l' *Acte pour étendre la franchise élective et mieux définir les qualifications de voteurs de certaines divisions électorales, en adoptant un système pour l'enregistrement des voteurs*, précité, note 258.

³⁴⁸Le cens électoral fut aboli, en 1919 pour les élections fédérales [*Loi modifiant la loi des élections fédérales*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, chap. 48, art. 2(B)], et 1936, pour les élections québécoises (*Loi électorale*, S.Q. 1936, 1 Ed. VIII (2^{ème} session), c. 8, art. 12).

³⁴⁹Les femmes furent progressivement admises à voter. Lors du premier conflit mondial, elles prirent part à l'effort de guerre, certaines s'enrôlant même dans l'armée. Ces dernières se virent alors octroyer le droit de vote (*Loi des électeurs militaires*, S.C. 1917, Geo. V, c. 34, art. 2), droit qui, dans le contexte du débat sur la conscription, fut également étendu aux mères, femmes, veuves, soeurs et filles d'un ou d'une militaire (...!) par la *Loi des élections en temps de guerre*, S.C. 1917, 7-8 Geo. V, c. 39, art. 1(d). Le droit de vote aux élections fédérales fut subséquemment étendu à toutes les femmes en 1918 (*Loi ayant pour objet de conférer le droit de suffrage aux femmes*, S.C. 1918, 8-9 Geo. V, c. 20). Curieusement —et surtout malheureusement— il fallut attendre 1940 pour que ces mêmes femmes puissent voter aux élections provinciales du Québec (*Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité*, L.Q., 1940, c. 7).

Mais ces progrès sont fragiles. En l'absence de contre-pouvoir, le monisme permet à la Chambre basse, et en particulier au parti politique qui la contrôle, d'user de la souveraineté parlementaire à des fins électorales partisans. Certes, les abus de la souveraineté parlementaire ne sont pas limités au domaine électoral. Le problème est trop connu et discuté pour qu'il vaille la peine de s'y arrêter ici. Mais, force est de l'admettre, il se pose sous un angle particulier en matière électorale où, avant la *Charte canadienne* du moins, le pouvoir législatif est également pouvoir constituant, double statut qui permet aux titulaires réels du pouvoir législatif de se maintenir au pouvoir. Et les exemples d'abus de cet ordre, parfois véniels, parfois plus graves, ne sont pas rares. La question ainsi posée, à la fois paradoxale et essentielle, est, ultimement, celle de savoir dans quelle mesure il est logiquement possible de permettre l'utilisation d'un pouvoir fondé sur ce que l'on pourrait appeler sommairement «le principe majoritaire», de façon à porter atteinte à la réalisation future de ce principe. En d'autres termes, peut-on soumettre au principe majoritaire le principe majoritaire lui-même? La question, à vrai dire, n'a rien de nouveau, et François Monconduit la pose en des termes similaires lorsqu'il écrit: «Que faire si les hommes, au nom de leur liberté même, réclament un tyran? L'usage de celle-ci ne peut être tel qu'il entraîne sa disparition»³⁵⁰.

Le problème soulevé constitue, en somme, ce qu'on pourrait appeler à la suite de Jacques Lenoble, un «paradoxe auto-référentiel»³⁵¹, c'est-à-dire un point irréductible dans un raisonnement, au-delà duquel le raisonnement est impossible sans que soit sapée une des prémisses sur lesquelles il se fonde. Ainsi, considère-t-on en droit administratif qu'une loi attributive d'une juridiction explicitement limitée ne peut, en même temps par une clause privative, permettre au tribunal constitué de définir librement les limites de sa juridiction³⁵².

³⁵⁰François MONCONDUIT, «État et Démocratie», (1986) *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 327. À cet égard, le cas de l'Algérie constitue un exemple frappant, où on a refusé de reconnaître la victoire électorale du *Front islamique* au motif que ce dernier avait un programme incompatible avec le maintien du régime démocratique.

³⁵¹Voir: Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, coll. «Humanités», CERF, 1994, p. 27.

³⁵²Ainsi dans l'affaire *B.C. Packers c. Conseil canadien des relations de travail*, (1974) 2 C.F. 913, la Cour fédérale affirme-t-elle:

«il est tout à fait illogique de penser que, par la simple insertion d'une clause restrictive dans la loi constitutive délimitant sa compétence, le législateur se proposait aussi d'autoriser le tribunal à traiter certaines questions qu'il n'avait pas jugé approprié de lui confier, ou à exercer sa compétence sur des personnes qui ne

On pourrait, de même, considérer comme paradoxe auto-référentiel l'impossibilité logique de justifier par le principe majoritaire une loi dont l'objet (ou même l'effet) est de saper le principe majoritaire lui-même³⁵³. C'est d'ailleurs ce constat qui avait amené James Madison à écrire, à l'occasion des débats entourant la rédaction de la Constitution américaine:

«The qualifications of electors and elected were fundamental articles in a Republican Govt. [sic] and ought to be fixed by the Constitution. If the Legislature could regulate those of either, it can by degrees subvert the Constitution. A Republic may be converted into an aristocracy or oligarchy as well by limiting the number capable of being elected, as the number authorised to elect. (...) It was a power also, which might be made subservient to the views of one faction agst [sic] another. Qualifications founded on artificial distinctions may be devised, by the stronger in order to keep out the partisans of [a weaker] faction»³⁵⁴.

S'appuyant sur cette logique, la Cour suprême des États-Unis considéra en 1969 dans l'affaire *Powell c. McCormack* que le pouvoir conféré par la Constitution à chaque chambre de juger *en exclusivité* des affaires relatives aux élections contestées (art. I, section 5) n'impliquait pas le pouvoir implicite d'ajouter des motifs d'exclusion non prévus dans la Constitution³⁵⁵. Ainsi, dit la Cour, malgré la juridiction exclusive du Congrès sur son *membership*, un tribunal fédéral a néanmoins juridiction pour sanctionner une exclusion non autorisée par la Constitution.

C'est également ainsi, en quelque sorte, que dans l'affaire *Maryland Committee for Fair Representation v. Taws*³⁵⁶, on affirma qu'un référendum populaire conforme au principe

sont pas visées par ladite loi du Parlement ou à tenir une audience illégale et illicite» (p. 920).

³⁵³Une telle logique permettrait d'ailleurs d'offrir une explication cohérente à l'exclusion des droits démocratiques du champ d'application de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. En effet, l'art. 33 fait entrer en jeu la responsabilité des élus face à l'électorat de manière à donner une certaine légitimité à des atteintes aux droits et libertés qui autrement ne seraient pas valides. Or, cette légitimité démocratique ne peut logiquement pas servir à porter atteinte au processus démocratique lui-même, par exemple en supprimant du suffrage une catégorie de citoyens. Elle ne peut non plus, inversement, permettre de torpiller l'art. 33 en modifiant la masse électorale devant qui une législature désireuse de porter atteinte à un droit ou une liberté doit répondre.

³⁵⁴Cité par la Cour suprême des États-Unis dans *Powell v. McCormack*, précité, note 122, 533-534 (je souligne).

³⁵⁵*Idem.*

³⁵⁶377 U.S. 656 (1964).

de l'égalité du vote ("*one man, one vote*") —et fondant ainsi sa légitimité et son autorité sur cette conformité— ne pouvait valablement permettre l'adoption d'un mode de scrutin qui ne respecte pas *lui-même* le principe de l'égalité du vote³⁵⁷. La logique de cette décision semble incontournable: autrement, en se fondant sur le principe majoritaire, il serait possible, par une série de processus analogues, de réduire l'électorat à trois individus, et ultimement à un seul... Le professeur Ramon Lemos définit ainsi le fonctionnement du principe majoritaire et ses limites intrinsèques:

«Once [...] a vote is taken, the minority must be concluded by the majority, since otherwise the vote of each member of the minority would be given greater weight than that of each member of the majority, and the principle of equality would thereby be violated. No majority, however, can legitimately deprive any person of its citizenship, that is, of his right to participate in votes on terms of equality with others [...]»³⁵⁸ (je souligne).

Si, en Angleterre, le Parlement a pu, et peut toujours, décider lui-même de questions relatives à ses propres conditions d'existence —on se souvient du *Septennial Act* de 1716 par lequel il avait étendu son mandat de trois à sept ans³⁵⁹— c'est que le fondement de l'autorité du Parlement n'est pas le peuple anglais, mais le Parlement lui-même, qui s'est historiquement imposé comme tel à travers deux révolutions. Ainsi, Dicey était-il fort lucide lorsqu'il écrivit au sujet du *Septennial Act*:

«That act proves to demonstration that in a legal point of view Parliament is neither the agent of the electors nor in any sense a trustee for its constituents. It is legally the sovereign legislative power in the state, and the Septennial Act is at once the result and the standing proof of such Parliamentary sovereignty»³⁶⁰.

³⁵⁷Voir également *Lucas v. Forty-Fourth Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964).

³⁵⁸Ramon LEMOS, *Rights, Goods, Democracy*, Londres et Toronto, Associated University Press, 1986, p. 175. La philosophie politique fournit de multiples exemples de singularités analogues. Ainsi une philosophie de la tolérance est-elle contrainte à refuser les attitudes intolérantes, de la même façon que le libéralisme (entendu comme l'exclusion de toute préférence imposée quant aux conceptions de la vie bonne) ne peut supporter un type d'existence totalitaire. Sur cette question, voir Philippe VAN PARIJS, «Les théories contemporaines de la justice: impasse ou nécessité?» dans Jacques BIDET (dir.), *Les paradigmes de la démocratie*, Paris, PUF, 1994, p. 53.

³⁵⁹*Supra*, pp. 77-78.

³⁶⁰A.V. DICEY, *op. cit.*, note 267, pp. 47-48.

Dans une certaine mesure, il est donc possible d'affirmer qu'en Angleterre, pour des raisons historiques, le mandat démocratique n'est pas le fondement juridique du pouvoir des Communes, mais plutôt un mécanisme de légitimation —essentiel, mais politique par sa nature— *résultant* de ce pouvoir et *soumis* à celui-ci. Ainsi, l'exemple du *Septennial Act* n'est-il juridiquement paradoxal qu'aux yeux de l'observateur qui fonde, erronément, l'autorité des Communes sur le mandat électoral. C'est précisément le reproche qu'adresse Dicey à Austin, lorsque ce dernier écrit en 1879:

«It were absurd to suppose that the delegating empowers the representative party to defeat or abandon any of the purposes for which the latter is appointed: to suppose, for example, that the Commons empower their representatives in parliament to relinquish their share in sovereignty to the King and the Lords»³⁶¹ .

Dicey réplique alors:

«Nothing is more certain than that no English judge ever conceded, or, under the present constitution, can concede, that Parliament is in any legal sense a "trustee" for the electors». Of such a feigned "trust" the courts know nothing. The plain truth is that as a matter of law Parliament is the sovereign power in the state [...]»³⁶² .

Mais cette réponse de Dicey ne peut être entièrement satisfaisante, et ce pour deux raisons. D'une part (surtout suite aux réformes qui marquent le tournant du siècle et dont j'ai dressé un bref tableau ci-dessus), il apparaît de plus en plus clairement que les Communes fondent leur autorité sur la légitimité liée au mandat démocratique. De ce point de vue, l'absurdité dont fait état Austin est belle et bien réelle, puisque les Communes, en contrôlant l'instrument législatif, ont autorité pour légiférer sur le mandat qui fonde leur propre autorité. En second lieu, d'un point de vue canadien, il faut souligner que le modèle britannique, tel que décrit ci-dessus par Dicey, n'a jamais intégralement prévalu chez nous. L'*Acte constitutionnel* de 1791, de même que l'*Acte d'Union* et la *Loi constitutionnelle de 1867* qui suivront, font tous de l'élection une condition essentielle à «l'existence» de la Chambre des communes et des assemblées législatives, et donc à l'autorité législative du Parlement et des législatures. Si, sous un tel régime, l'autorité législative a pu —et c'est là le véritable paradoxe au plan juridique— définir la majeure partie des modalités électorales, et donc déterminer en toute liberté les règles relatives à ses propres conditions d'existence, c'est dû à

³⁶¹John AUSTIN, *Jurisprudence*, 4ème éd., 1879, vol. i, p. 253, cité par A.V. DICEY, *op. cit.*, note 267, p. 75.

³⁶²*Idem* (je souligne).

une convergence, au début du XIX^{ème} siècle, de plusieurs facteurs, dont un certain mimétisme à l'égard de la coutume parlementaire anglaise, une volonté, toute naturelle, d'affirmation d'autonomie face au gouverneur, et l'absence, au début du XIX^{ème} siècle, d'un contrôle judiciaire de la validité des actes de l'Assemblée. En ce qui a trait à ce dernier facteur, bien que des précédents existaient dans d'autres colonies britanniques³⁶³, il n'existait encore aucun cas d'invalidation, par les tribunaux des colonies canadiennes, de lois édictées par les assemblées locales³⁶⁴. Et le rapport du Conseil exécutif, en 1809, relatif aux affaires Hart et De Bonne³⁶⁵, montre clairement qu'à l'époque seul un contrôle politique, découlant du pouvoir de dissolution du gouverneur, était considéré comme possible, même en cas de conflit entre une loi locale et l'*Acte constitutionnel* (rapport d'autant plus significatif que le comité comprenait des juges)³⁶⁶.

L'autonomie parlementaire acquise sous le régime de l'*Acte constitutionnel*, sur la base d'un rapport de forces politiques, sera alors tout simplement endossée et, en bonne partie, reconduite par le Parlement britannique, sous le régime de l'Union. L'*Acte d'Union* semble en effet sur ce point opérer un certain compromis, en posant, de façon intangible pour l'Assemblée, certains éléments du régime électoral (session annuelle et élection à tous les quatre ans³⁶⁷; cens d'éligibilité de cinq cents livres³⁶⁸; nombre de siège et établissement de certaines circonscriptions³⁶⁹), tout en laissant une importante latitude à l'autorité législative locale. Ce compromis sera à nouveau reconduit sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui donnera toutefois une latitude accrue aux autorités législatives canadiennes³⁷⁰.

³⁶³Voir: Barry STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto, Butterwoths, 1988, pp. 8-9.

³⁶⁴*Idem.*

³⁶⁵*Supra*, p. 57.

³⁶⁶Rapport du Comité exécutif à Craig, dans A. DOUGHTY et D. McARTHUR, *op. cit.*, note 118, pp. 361 à 364.

³⁶⁷Art. XXXI.

³⁶⁸Art. XXVIII.

³⁶⁹Art. XII à XXI.

³⁷⁰Quant au Parlement, à partir de la *Loi Constitutionnelle de 1867* il dispose d'une latitude absolue en ce qui concerne la carte électorale (sous réserve de la répartition des sièges entre les provinces qui doit être faite en conformité avec l'art. 51), le nombre de sièges (art. 52) et les conditions d'éligibilité (art. 41). En ce qui concerne les assemblées provinciales, la latitude est

Mais cette autonomie législative dans le domaine électoral, pour ne parler que de cet aspect de la question, est ici véritablement paradoxale, puisque l'élection constitue un des fondements essentiels, tant sur le plan juridique que politique, de l'autorité législative du Parlement canadien et des législatures provinciales.

Or, c'est ce paradoxe que la *Charte canadienne* vient rompre en 1982, en particulier par son article 3, séparant ainsi le «pouvoir constitué» du «pouvoir constituant»³⁷¹ et en subordonnant —dans une mesure qu'il reste à déterminer— le premier au second. Par le fait même, le «droit constitutionnel institutionnel» se trouve soumis au «droit constitutionnel substantiel», pour reprendre la classification de Louis Favoreu³⁷², et les élus subordonnés aux juges. Il ne faut pas, à mon avis, voir dans cette extraction du mandat démocratique de l'autorité absolue du législateur une négation de la démocratie, mais bien la réalisation du paradigme contemporain de «légalité», sur lequel il est maintenant temps de s'arrêter, de même que sur le «dualisme constitutionnel» engendré par ce paradigme.

encore plus grande en raison de l'art. 92 para. 1 qui permettait aux provinces de modifier leur propre constitution. Seules quelques circonscriptions anglophones, au Québec, bénéficiaient d'une certaine protection (art. 80).

³⁷¹Les expressions «pouvoir constitué» et «pouvoir constituant» sont empruntés au vocabulaire de la doctrine française, la distinction étant jusqu'ici étrangère à la tradition britannique (Voir par exemple: Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, coll. «Domat droit public», Paris, Montchrestien, 1992, p. 383; Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 1990, p. 107).

³⁷²Louis FAVOREU, «Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit», (1990) 1 *Revue française de droit constitutionnel* 71.

Section 2 - Le dualisme constitutionnel et le défi de la légalité en matière électorale et parlementaire: de l'extériorité à l'intersubjectivité comme fondement de la légalité

*[A]s in absolute governments the King is law,
so in free governments the law ought to be King.*

— Thomas Paine

Par «dualisme constitutionnel», j'entends ici désigner un ordre constitutionnel dans lequel l'organe législatif se voit opposer un contre-pouvoir, en l'occurrence celui des tribunaux chargés du contrôle de la constitutionnalité des lois (et, de façon générale, des actes de l'État). On a parfois employé à cette fin diverses expressions, telles «constitutionnalisme» ou «démocratie bi-polaire»³⁷³. Je leur ai préféré celle de «dualisme constitutionnel», marquant ainsi l'opposition avec le «monisme parlementaire» dont il a été question précédemment, non seulement pour des raisons d'harmonie lexicologique, mais afin de souligner la dynamique du changement constitutionnel encouru, particulièrement en matière électorale.

Comme chacun le sait, si ce dualisme n'est pas nouveau au Canada, il a incontestablement pris, en 1982, une dimension nouvelle avec l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*. Cette transformation est, par ailleurs, plus novatrice encore en matière électorale et parlementaire, puisque ces domaines ne font pas l'objet d'un partage des compétences donnant lieu à un contrôle judiciaire (chaque organe législatif étant compétent quant à lui-même) et en raison du nombre limité de dispositions dans la *Loi constitutionnelle de 1867* qui auraient été susceptibles de fonder un tel contrôle³⁷⁴.

³⁷³Voir: Karim BENYEKHFLEF, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de la constitutionnalité et l'hétéronomie du droit», (1993) 38 *McGill Law Journal* 91; de même que Andrée LAJOIE, Régine ROBIN, Sébastien GRAMMOND, Henry QUILLINAN, Louise ROLLAND, Stéphane PERRAULT et Armelle CHITRIT, «Les représentations de «société libre et démocratique» à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien», (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295, 341.

³⁷⁴Il s'agit, essentiellement, de l'art. 133 relatif à l'usage de la langue, de l'art. 50 relatif à la durée de la Chambre des communes et de l'art. 80 relatif à la composition de l'Assemblée législative du Québec. Avant 1949, le Parlement était également lié par l'art. 51 relatif à la répartition des sièges entre les provinces, article qui, de 1949 à 1982 a pu être modifié par une loi ordinaire en vertu du para. 91 (1).

Mais surtout, l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité du droit électoral et parlementaire marque une rupture fondamentale avec la tradition de réserve judiciaire en ces domaines. La difficulté que représente un tel bouleversement est illustrée avec l'affaire *New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse*³⁷⁵ dont un mot a déjà été glissé plus tôt³⁷⁶. Cette difficulté que présente la *Charte canadienne*, tient, outre le facteur historique, à deux autres facteurs: un problème de «profondeur» ou de portée du pouvoir d'intervention des juges, et un facteur de «direction».

Le problème de profondeur ou de portée tient à l'ambiguïté de l'*objet* du contrôle. Jusqu'où la *Charte*, et en particulier le droit de vote et d'éligibilité reconnu à l'article 3, permettent-ils d'étendre l'emprise des tribunaux? Cette question est liée directement au caractère «programmatoire» du droit de vote. En effet, le droit de vote ne peut, contrairement à bon nombre de droits protégés par la *Charte canadienne*, être assimilé à un «droit-barrière» ou une «liberté négative», c'est-à-dire à une simple limitation, postulée par la *Charte*, à l'action de l'État, et en particulier du législateur. Au contraire, le droit de vote, à la différence, par exemple, de la liberté d'expression, implique *nécessairement* une intervention étatique sous forme de réglementation. Comme le souligne François Monconduit:

«Dire que la démocratie a besoin de l'État, c'est dire qu'elle ne se réalise pas d'elle-même par une sorte de spontanéité originelle. La société démocratique, comme toute société politique, n'est pas naturellement donnée»³⁷⁷.

Le droit de vote exige, en effet, que le législateur instaure une procédure électorale, et donc qu'il se manifeste de façon «positive» pour permettre la réalisation de la garantie: c'est là son caractère programmatoire. Se pose alors la question de savoir jusqu'où le législateur doit aller, dans sa réglementation, pour que le droit de vote soit respecté. S'il est tenu de prévoir la tenue d'un scrutin, est-il par ailleurs tenu de baliser la campagne électorale de façon à prévenir la fraude ou s'assurer qu'elle se déroule de façon équitable? S'il doit prévoir les modalités du scrutin, doit-il aussi réglementer les questions accessoires mais fondamentales comme les finances électorales, l'accès des candidats et des partis aux médias ou le mécanisme par lequel

³⁷⁵Précitée, note 8.

³⁷⁶*Supra*, p. 4.

³⁷⁷F. MONCONDUIT, précité, note 350.

les partis choisissent les candidats? Soulignons que le problème n'est pas limité aux aspects électoraux antérieurs au scrutin ou concomitants avec celui-ci, mais porte aussi sur les suites de l'élection. On peut par exemple se demander si le droit de voter entraîne celui d'être représenté de façon utile (il s'agirait alors d'une forme de *transitivité* du droit de vote). Dans l'affirmative, quelles en sont les conséquences sur le fonctionnement et les pouvoirs de l'Assemblée? En d'autres termes, le droit de vote permet-il un contrôle judiciaire sur des questions logiquement postérieures aux élections, et qui ont trait à leurs finalités? Toutes ces questions se résument à celle de la portée de la garantie. Elles ont trait à son domaine d'application et se posent, semble-t-il *a priori*, indépendamment du «contenu normatif» de la garantie.

Par ailleurs —et on touche ici au problème de «direction» du contrôle judiciaire—, si le législateur est constitutionnellement tenu de prévoir une procédure électorale, il apparaît comme une évidence qu'on ne pourra se contenter de *n'importe quelle* procédure. Comme je l'ai mentionné en début de la présente Partie, une loterie faite à partir des bulletins de votes remplis par les électeurs ne pourrait, manifestement, constituer de nos jours une procédure électorale adéquate aux fins de la *Charte canadienne*. Quelles que soient les questions afférentes aux élections et dont on pourra dire qu'elles tombent sous l'empire de la garantie, il appartiendra dans chaque cas aux tribunaux de dire quelles sont les exigences de la *Charte* à leur égard. Or, il s'agit là d'un second défi, particulièrement délicat à plusieurs points de vue.

D'une part, le texte de la norme n'offre à l'interprète à peu près aucune contrainte permettant de guider son interprétation. Si, pour reprendre l'exemple précédent, le droit de vote implique la tenue d'un scrutin, il n'existe, dans le texte exprimant la norme, aucun indice permettant de cerner la notion même de scrutin et d'identifier ses conditions de validité. Sans rejeter l'idée, avancée par le professeur Côté, selon laquelle l'interprétation constitue une «construction encadrée» par le texte³⁷⁸, il faut bien admettre qu'ici il s'agit d'un cadre «aux contours irrésolus, à la "texture ouverte"»³⁷⁹, et que l'interprète devra puiser ailleurs le sens plus précis de la norme. Certes, il s'agit d'un exercice qui est désormais familier au juge constitutionnel. Traitant de la tâche confiée aux tribunaux par la *Charte*, le juge Southin écrivait:

³⁷⁸Pierre-André CÔTÉ, «L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes», (1990) 50 *R. du B.* 329, 348.

³⁷⁹Paul AMSELEK, «La teneur indécise du droit», (1992) 26 *Revue Juridique Thémis.* 1, 13.

«Words such as "freedom", "democratic", and "reasonable" are words which, in the context of the Charter, are philosophical. They are concepts about which honourable, reasonable and wise men and women may have profound differences - differences that may sometimes depend upon how they perceive the dangers to civilized society of the unrevealed future. The Charter leaves all these pregnant words and phrases to be defined, when the issue of their meaning arises in litigation, by judges»³⁸⁰.

C'est d'ailleurs précisément pour ce motif que le juge Beetz s'opposait, alors qu'il était encore professeur, à un contrôle juridictionnel des droits fondamentaux qui, selon lui, ne pouvait se distinguer d'un jugement d'opportunité politique:

«[L]aisser les tribunaux juger les lois du Parlement, fût-ce d'après des critères préétablis mais si généraux qu'on peut à peine les considérer comme du droit positif, c'est leur fournir de nouvelles occasions de rendre des jugements politiques»³⁸¹.

Comme d'autres, il a dû accepter avec résignation l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*³⁸².

D'autre part, s'agissant ici du contrôle du droit électoral et parlementaire, le rôle du juge est singulièrement délicat. Habitué —bien que depuis peu— à contrôler l'oeuvre du législateur au nom de principes philosophiques généraux, le juge doit ici formuler les conditions d'existence du pouvoir législatif. L'importance d'un tel pouvoir n'est certes pas négligeable. Montesquieu, traitant du gouvernement républicain, écrit à ce sujet:

«Les lois qui établissent le droit de suffrage sont (...) fondamentales dans ce gouvernement. En effet, il est aussi important d'y régler comment, par qui, à qui, sur quoi, les suffrages doivent être donnés, qu'il l'est dans une monarchie de savoir qui est le monarque, et de quelle manière il doit gouverner»³⁸³.

³⁸⁰*Griffin c. College of Dental Surgeons of British Columbia*, (1989) 64 D.L.R. (4d) 652, 678-679 (C.A. C.-B., juge Southin, dissident).

³⁸¹Jean BEETZ, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la Constitution du Canada», (1958) 18 *R. du B.* 361, 372.

³⁸²Andrée LAJOIE, Stéphane PERRAULT, Henri QUILLINAN et Armelle CHITRIT, «Jean Beetz: sur la société libre et démocratique», (1994) 28 *Revue Juridique Thémis* 557.

³⁸³Charles Louis de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1970. p. 46.

Plus que jamais, le juge constitutionnel exerce ici un pouvoir «constituant»³⁸⁴. La crainte, exprimée par plusieurs juristes, de voir l'équilibre constitutionnel rompu en faveur des tribunaux³⁸⁵, prend alors ici un sens particulier. Le caractère «programmatoire», et la «teneur indécise», pour reprendre l'expression du professeur Amselek³⁸⁶, de la garantie qui permet aux tribunaux de déterminer en dernier lieu du contenu de la loi fondamentale, combiné à l'objet de la garantie, soit les conditions d'existence, voire même de fonctionnement, de la composante essentielle de l'organe législatif que constitue la Chambre basse, signifierait non plus l'émergence d'une démocratie bi-polaire fondée sur les contre-pouvoirs, mais plutôt la naissance d'un nouveau monisme caractérisé par l'hégémonie judiciaire. Se pointe ici le spectre familier, mais cette fois décuplé, de l'*illégitimité*. Tandis que l'institution représentative serait dans un rapport juridique de légalité face aux tribunaux, ceux-ci n'entretiendraient un tel rapport avec qui que ce soit. La soumission du droit électoral et parlementaire à une *légalité constitutionnelle* —dont j'ai tenté de démontrer qu'elle constitue le dénouement logique de l'évolution historique— cacherait alors en réalité un simple transfert de souveraineté.

Face à ces difficultés convergentes, et avant d'aborder les avenues possibles d'un contrôle judiciaire du droit électoral et parlementaire, il devient alors nécessaire de faire une incursion dans le domaine de la théorie du droit, afin d'esquisser à tout le moins des éléments de définition des concepts de «légalité» et de «légitimité» auquel il a été jusqu'ici fait "spontanément" référence, et de voir, dans un second temps, comment et à quelles conditions le contrôle constitutionnel, caractérisé au premier chef par la latitude du juge dans l'interprétation des normes peut néanmoins prétendre satisfaire aux exigences de la légalité.

³⁸⁴Sur le pouvoir constituant du juge, voir: Andrée LAJOIE et Henry QUILLINAN, «Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution—The Proportionality Test as a Moving Target», (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 401.

³⁸⁵Dans l'affaire *Griffin c. College of Dental Surgeons of British Columbia*, précitée, note 380, le juge Southin écrit:

«[...] *the delicate balance in the Canadian Constitution between the essentially aristocratic role of the judiciary and the democratic role of the Legislatures appears to me to be in danger of permanent loss of equipoise*» (p. 677).

³⁸⁶Paul AMSELEK, *loc. cit.*, note 379.

Section 2.1 - La légalité comme «extériorité» et la question de la légitimité du contrôle judiciaire

«*"When I use a word" Humpty Dumpty said in a rather scornful tone, "it means just what I choose it to mean—neither more nor less".*

"The question is", said Alice, "whether you can make words mean so many different things".

"The question is", said Humpty Dumpty, "which is to be master —That's all".

— Lewis Carroll

L'idée de légalité entendue comme *soumission au droit* soulève, inévitablement, la question de savoir ce qu'est le «droit», question certes fondamentale, mais également mystifiante pour ceux qui s'y sont arrêtés. La revue *Droits* invitait, il y quelques années, théoriciens du droit et philosophes de tous les horizons à proposer une définition succincte du concept de droit. Il en résulta, sous la gouverne de Stéphane Rials, deux numéros, quelque quarante-neuf articles... et autant de définitions différentes du droit; tant et si bien que le professeur Rials, se confondant en excuses, préféra renoncer à une tentative de synthèse. À la même époque, et plus près de nous, la professeure Andrée Lajoie s'intéressait à la diversité des conceptions du droit prévalant chez nous, et en particulier dans nos milieux académiques³⁸⁷. Là encore —malgré une ébauche notablement riche de liens entre les différents concepts de droit et des conceptions variables de l'État ainsi que de la dichotomie des sphères dites publiques et privées— l'effort déboucha sur une diversité de vues. On pourrait multiplier ainsi presque à l'infini les exemples qui illustrent la difficulté de cerner de façon satisfaisante le concept de droit. Ceux-ci suffisent toutefois pour souligner qu'il n'est pas question ici pour moi de prétendre poser de façon définitive le sens entier et «correct» de ce concept fuyant qu'est le droit (ce qui, de surcroît, relèverait d'une position essentialiste incompatible avec le parti constructiviste adopté au départ de ma démarche). Il s'agit plutôt de proposer à titre d'essai —cela semble incontournable dans les circonstances— un contenu au mieux *minimal* (et non pas nécessairement *suffisant*) au terme «droit», qui tente à la fois de rendre compte de ce qui a été précédemment décrit comme une progression historique en faveur d'une «légalité» électorale et parlementaire et, surtout, de rejoindre la vaste majorité des

³⁸⁷Andrée LAJOIE, «Contributions à une théorie de l'émergence du droit — 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *Revue Juridique Thémis*103.

accepions prévalantes du concept de droit, à tout le moins dans le contexte qui nous concerne ici et qui est celui de la modernité.

En effet, comme je l'ai signalé en introduction, la question qui se dissimule derrière le problème du contrôle judiciaire du droit électoral est celle de savoir dans quelle mesure il demeure aujourd'hui possible, dans le contexte contemporain dit «postmoderne», de préserver et de soutenir les idéaux modernes que sont la démocratie et la légalité —des idéaux qui conditionnent d'ailleurs encore très largement notre regard sur le droit. Ma démarche ne consiste donc pas tant à dire ce qu'est le droit, qu'à dégager ce qui, dans l'usage du mot «droit», permet à plusieurs personnes entretenant des conceptions différentes du droit de communiquer néanmoins entre elles en parlant «du droit», et d'entretenir un certain idéal moderne qui est celui de la «légalité».

Car si on peut admettre provisoirement avec Michel Tropper que le droit appartient entièrement à l'univers des catégories conceptuelles, qu'il n'est pas un «objet naturel» mais plutôt «une abstraction, le produit d'une opération intellectuelle»³⁸⁸, on aurait néanmoins tort d'en déduire la possibilité de définir le droit de façon purement stipulative. Je peux bien choisir d'appeler droit ce que d'autres appellent une sonate de Beethoven, mais alors je dois renoncer du coup à toute communication (je ne suggère pas ici que M. Tropper emploie l'expression «définition stipulative» dans un sens aussi radical). Cela ne signifie pas, à l'inverse, qu'il y ait un sens «vrai» du terme «droit», mais plutôt que son emploi n'est pas entièrement libre, qu'il implique la référence à un certain univers de concepts —l'ordre, la contrainte, la rectitude, la certitude, la justice, etc.— qui en limitent l'emploi et rendent possible la communication. Gregorio Martinez a sans doute raison d'écrire que «[d]éfinir le droit est compliqué, presque impossible et apparaît plus raisonnable comme la conclusion d'une recherche que comme son point de départ»³⁸⁹. Mais il semble plus difficile encore d'étudier la «légalité» du processus électoral sans proposer une certaine définition de ce que nous entendons par «légalité».

³⁸⁸Michel TROPPER, «Pour une définition stipulative du droit», (1989) 10 *Droits* 101. Sur l'idée d'un «objet naturel» qui existerait indépendamment de nos catégories conceptuelles, voir *infra*, pp. 143 et suiv.

³⁸⁹Gregorio Peces-Barba MARTINEZ, «Une définition normative du droit», (1990) 11 *Droits* 51.

Essentiellement, ma démarche vise à souligner le fait que le recours à la notion de «droit», tant dans le discours quotidien que dans le discours doctrinal, sous-entend encore généralement, de façon implicite ou explicite, l'idée d'une certaine contrainte normative «extérieure» et «légitime», et que ces éléments connexes d'extériorité et de légitimité conditionnent la réalisation de l'idéal de légalité, que l'on appelle aussi État de droit. Ayant ainsi cerné ce qui m'apparaît être les deux assises fondamentales de la notion moderne de droit sous-jacente à l'idéal de légalité, je propose d'examiner sommairement les principales approches théoriques au problème contemporain de la légitimité du contrôle judiciaire pour montrer qu'elles conduisent à faire reposer la légitimité du pouvoir des tribunaux sur la possibilité d'une normativité extérieure au juge et objectivement accessible à lui. Or, c'est précisément la difficulté d'établir le caractère extérieur de la contrainte normative qui est au coeur du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire. L'interrogation fondamentale qui sous-tend cette démarche est alors celle de savoir s'il est possible de maintenir l'idéal de légalité dans un contexte où l'on admet désormais de plus en plus largement que les normes ne se présentent pas au juge comme des données objectives, comme des faits bruts «*out there*», mais qu'elles sont plutôt le fruit de son activité créatrice. Le point de vue que je cherche alors à défendre est que l'impossibilité d'une contrainte normative qui soit pleinement extérieure au juge ne nous oblige pas à abandonner l'idéal de légalité au profit d'une perspective sceptique, mais nous force plutôt à reconsidérer la notion d'extériorité au profit de celle, plus souple mais néanmoins contraignante, d'«intersubjectivité».

A. **Légalité, légitimité, extériorité: de quelques notions liées**

La notion de droit que je propose d'examiner peut s'articuler sommairement comme *un ensemble de normes externes, considérées comme légitimes à l'intérieur d'un ordre de contrainte de référence*. Deux remarques s'imposent au départ. D'abord, la notion proposée s'appuie sur deux concepts fondamentaux, soient l'idée d'*extériorité* et l'idée de *légitimité*, sur lesquelles je m'arrêterai ci-après. On verra notamment que ces éléments d'extériorité et de légitimité qui apparaissent distincts dans la définition sont en réalité intimement liés, voire inséparables. En second lieu, il s'agit d'une définition que l'on peut qualifier de polysémique, dans la mesure où ce qui constituera ou ne constituera pas du droit suivant cette notion variera suivant l'ordre de contrainte auquel il est fait référence. Ainsi, pour les positivistes l'ordre de contrainte auquel il est fait référence sera l'État, pour un sociologue cet ordre de référence

pourra être constitué, par exemple, d'un milieu institutionnel quelconque (tel le milieu hospitalier), tandis que pour un jusnaturaliste religieux cet ordre serait (sans doute) assimilé à la volonté de Dieu³⁹⁰. Si le problème de l'identification et de la délimitation de l'ordre de contrainte pertinent est loin d'être négligeable, je crois néanmoins que, quel que soit cet ordre, les éléments d'extériorité et de légitimité sont au coeur de ce qui y constitue du droit, ou plutôt de la compréhension du droit qui va généralement de pair avec l'emploi moderne de ce terme³⁹¹.

1. légalité et extériorité

Dire que l'idée d'une contrainte externe constitue une condition nécessaire, bien que sans doute non suffisante, à toute forme de droit, apparaît sans doute *a priori* comme une évidence qu'à ce titre on ose à peine formuler. Il ne faut donc pas s'étonner de constater que, parmi les philosophes et théoriciens du droit ayant contribué aux numéros 10 et 11 de la revue *Droits* dont j'ai déjà fait mention ci-dessus, on n'en trouve qu'un seul (Jacques Chevallier) pour s'attarder explicitement à cet aspect de la règle de droit. Pourtant, que le droit soit pour les individus un «étalon de leur possibilité d'agir» (Amselek), qu'on le définisse par son «obligatorité» (Petev), comme un «refus de l'arbitraire» (Visser't Hooft) ou une «limitation à l'exercice d'une liberté individuelle» (Renaut), il semble bien dans tous les cas que le droit ne peut exister qu'à condition d'une certaine «distanciation» entre la règle et celui qui lui doit obéissance.

Cela ne signifie pas que la règle de droit doive être en conflit avec les volontés individuelles —elle peut fort bien, au contraire, s'y conformer et exiger même sans aucun

³⁹⁰Pour un spécimen, voir: Alain SÉRIAUX, «Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit», (1989) 10 *Droits* 85. Ce dernier y avance, entre autres choses, «l'identité ontologique de Dieu et du Droit» (p. 86).

³⁹¹Une notion de droit aussi flexible que celle proposée ici, susceptible de rassembler sous un même toit des perspectives théoriques largement antagonistes, est, très manifestement, caractérisée par un degré élevé de généralité qui, à certains égards, en diminue proportionnellement l'intérêt. À l'inverse, cependant, les éléments constitutifs du droit identifiés par cette définition large sont d'autant plus essentiels qu'ils bénéficient d'un consensus important. En d'autres termes, les exigences d'extériorité et de légitimité examinés ci-après sont directement renforcées par le consensus que, suivant ma prétention, ils tendent à générer.

doute, pour sa survie et son effectivité, un degré relativement élevé d'adhésion de la part des individus auxquels elle s'adresse. Certains, on le sait, font même de cette adhésion de l'individu la source première du droit³⁹².

Parler de l'extériorité de la règle, ce n'est pas non plus —ou du moins pas nécessairement— lui conférer une certaine matérialité, une existence indépendante des représentations mentales par lesquelles la règle de droit se présente à nous. C'est en ce sens qu'on comprend l'affirmation du professeur Amselek suivant laquelle, si les règles juridiques sont communiquées de façon matérielle, elles «n'ont aucune existence extérieure en dehors de nous-mêmes, aucune phénoménalité: elles sont présentes uniquement dans notre esprit, à l'intérieur de nos circuits mentaux»³⁹³. Néanmoins, la possibilité d'une normativité juridique —exprimée, suivant la célèbre formule de Fuller, comme «*the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*»³⁹⁴— sous-entend que la règle possède une certaine emprise sur l'agir des individus et postule donc une certaine extériorité.

³⁹²Jennings écrivait ainsi:

«A written constitution is not law because somebody has made it, but because it has been accepted. Anyone can draft a paper constitution, but only the people concerned in government can abide by it; and if they do not, it is not law» (I. JENNINGS, *op. cit.*, note 41, p. 117).

Un point de vue similaire se dégage chez André-Jean Arnaud, selon qui:

«Le Droit est l'ensemble des principes et des règles à caractère normatif régissant les rapports des individus et des groupes en société, et tel qu'il repose, dans l'esprit de ceux qui y sont assujettis par attache personnelle, réelle ou territoriale, sur la croyance:

a / dans le caractère légitime de l'autorité dont il émane;

b / dans le caractère supérieur, vrai et valide des règles posées, et leur correspondance aux valeurs de la civilisation où il émerge (justice, paix, moralité, ordre, conformité à une tradition culturelle, voire religieuse);

c / dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé;

d / dans la nécessité d'une sanction ainsi que de l'autorité chargée de l'appliquer».

(André-Jean ARNAUD, «Essai d'une définition stipulative du droit», (1989) 10 *Droits* 11, 14. Je souligne). On ne manquera pas de remarquer que, si le droit repose pour Arnaud sur une croyance de l'esprit, cette croyance porte sur quatre éléments dont trois (a,b et d) impliquent clairement une dimension extérieure au sujet de droit.

³⁹³Paul AMSELEK, «Le droit, technique de direction publique des conduites humaines», (1989) 10 *Droits* 7, 8.

³⁹⁴Lon FULLER, *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven, Yale University Press, 1969, p. 106.

Dans la tradition positiviste, cette extériorité occupe d'ailleurs une place centrale, et prend au surplus une forme matérielle. On connaît la conception formulée par Austin du droit comme système de commandements assortis de sanctions. De même Jacques Chevallier écrit-il à l'égard de la dimension spécifiquement extérieure de la règle de droit:

«Cet élément de contrainte extérieure suffit à différencier le droit de la morale qui a pour seule sanction «la voix purement intérieure d'une conscience individuelle» (J. Carbonnier): sans doute, les mêmes exigences peuvent-elles relever, alternativement ou cumulativement, de la morale ou du droit, mais elles sont formulées dans les deux cas de manière fondamentalement différente; la transformation d'une règle morale en règle juridique provoque son «extériorisation» et place son observation sous le signe de la contrainte et non plus simplement d'une simple obligation subjective. Mais le droit se distingue aussi par là des autres normes sociales qui n'exercent jamais qu'une pression indirecte et ne présentent pas le caractère d'une contrainte véritable»³⁹⁵ (je souligne).

La notion d'extériorité à laquelle Chevallier fait référence ici est clairement une notion «forte». Il s'agit d'une extériorité matérielle: la contrainte d'un tiers. Une telle exigence d'extériorité n'emporte pas forcément consensus. Certains reconnaissent la possibilité que cet ordre de contrainte soit plus diffus, se confondant avec la société ou une partie de celle-ci, sans qu'il existe un agent identifiable chargé de cette contrainte, qui résulte alors davantage des pressions sociales (dans ce cas, les règles juridiques se différencient plus aisément des règles de morale que des règles sociales)³⁹⁶. Certains vont même plus loin encore,

³⁹⁵Jacques CHEVALLIER, «Droit, ordre, institutions», (1989) 10 *Droits*, 19, p. 20. Ces propos ne sont pas sans rappeler ceux de Oliver Wendell Holmes qui écrivait en 1923: «[W]hile the law does still and always, in a certain sense, measure legal liability by moral standards, it nevertheless, by the very necessity of its nature, is continually transmuting those moral standards into external or objective ones [...]» (Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1923, p. 33. Je souligne). Notons que J. Chevallier, en distinguant les «autres normes sociales» des règles juridiques, ne sanctionne d'aucune façon l'idée d'un monopole étatique du droit. Au contraire, se rapprochant de certains sociologues du droit (Santi Romano, Guy Rocher) il reconnaît expressément la possibilité d'«ordres juridiques infra-étatiques» émanant d'entités institutionnelles structurées et visant à «affermir leur identité, à maintenir leur cohésion, à assurer leur survie» (J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, *supra*, p. 21). Les «autres normes sociales» deviendront ainsi des normes juridiques dès lors qu'elles sont intégrées dans un ordre extérieur au sujet de droit et capable d'en contraindre l'application.

³⁹⁶Joseph Raz soutient au contraire que, s'il n'est pas nécessaire de trouver une institution ayant pour fonction de formuler le droit, il serait essentiel qu'il existe un organe spécifique pour en

considérant comme droit toute normativité qui opère sur l'individu, incluant par exemple le poids de conceptions morales particulières. Je suis néanmoins d'avis que même de telles façons de concevoir le droit impliquent une référence à une certaine forme d'extériorité. Pour la très vaste majorité des auteurs, toutefois, l'ordre de contrainte devra présenter à tout le moins un certain degré d'institutionnalisation (c'est le cas de Guy Rocher³⁹⁷), cette «institutionnalisation» (le sens de l'expression semble inextricablement vague) se limitant, dans le cas des positivistes à l'État, seul ordre de contrainte considéré susceptible de fonder un véritable droit³⁹⁸.

Sans trancher entre ces diverses conceptions (dont la justesse semble, pour une bonne part, dépendre du but poursuivi ou du type d'interrogation formulée³⁹⁹), l'objet d'étude que je me suis donné, soit le contrôle judiciaire du droit électoral et parlementaire, se limite au droit «étatique», entendu comme le droit susceptible d'une application par les tribunaux judiciaires qui constituent alors l'ordre de contrainte de référence —ou, pour être plus exact, l'institution par laquelle l'ordre de référence identifie formellement les règles juridiques.

Mais revenons à cette idée d'extériorité comme condition de la légalité, et plus particulièrement sur son application dans le contexte du paradigme contemporain d'«État de droit» qui sous-tend le contrôle constitutionnel. On constate que la notion d'extériorité est implicite à la distinction État de droit/État fondé sur la puissance. En effet, si dans le second cas, l'autorité de l'État lui est immanente, à l'inverse, dans le premier, l'autorité de l'État découle d'une habilitation qui, en principe, doit nécessairement être, d'une certaine manière, externe à sa volonté (et là est tout le problème de l'État de droit abordé plus loin)⁴⁰⁰.

assurer l'application (J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 87-88).

³⁹⁷Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.

³⁹⁸Sur la centralité du concept d'institution pour le droit dans une perspective positiviste, voir J. RAZ, *op. cit.*, note 396, p. 103 à 121.

³⁹⁹À cet égard, je suis enclin à accepter une approche qui soit *en partie* stipulative, c'est-à-dire à admettre la possibilité que ce que l'on entend comme constituant du droit dépende du type de problème traité. Michel Tropper a en ce sens raison d'affirmer: «[C]e dont il s'agit n'est pas la nature du droit, mais l'objet qu'il convient à une certaine discipline de se donner, en fonction de ses questions et de ses méthodes spécifiques» [M. TROPPER, *loc. cit.*, note 388, 103].

⁴⁰⁰Jacques Chevallier écrit:

Soulignons au passage (j'y reviendrai ci-après au sujet de la question de la légitimité), que l'introduction du concept d'État de droit marque un passage du factuel à l'idéal. Le droit n'est plus un fait, mais un idéal contemporain auquel doit se conformer l'État. Or, ce caractère normatif de l'idéal d'État de droit, tel qu'il se présente dans la société moderne, exclut toute possibilité de concevoir le droit de manière purement stipulative.

Cette extériorité nécessaire au droit comporte en fait deux aspects distincts, ou deux visages (qui reflètent, incidemment, les deux difficultés identifiées à la section 1.1 relativement aux conditions et aux conséquences du monisme dans la tradition parlementaire britannique). Il s'agit, en premier lieu, de l'existence de normes en quelque sorte imperméables à la volonté de ceux qui y sont assujettis, c'est-à-dire d'une extériorité normative. En second lieu, il s'agit, dans le contexte du droit étatique, de l'existence d'une *entité juridictionnelle* (pour reprendre la terminologie française) chargée de l'application indépendante, et donc externe, de la norme juridique. Dans les deux cas, le droit est conçu comme contrainte extérieure aux détenteurs du pouvoir (législatif, exécutif ou judiciaire)⁴⁰¹. Cette double extériorité est implicitement incluse à la définition que propose Daniel Mockle de l'État de droit. Il écrit:

«Au coeur de l'État de droit, il y a le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une *habilitation juridique*: tout usage de la force matérielle doit être fondée sur une norme juridique; l'exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit» (Jacques CHEVALLIER, «L'État de droit», (1988) 104 *Revue du droit public et de la sci. pol.* 313, 318).

⁴⁰¹Pour le professeur Frank Michelman, les deux paradigmes fondamentaux du constitutionnalisme américain sont ainsi: «*first, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by themselves collectively, and, second, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by laws and not men*» (F. MICHELMAN, «Law's Republic», (1988) 97 *Yale Law Journal* 1493, 1500). Cette idée d'un gouvernement de lois et non des hommes constitue une référence implicite à la Constitution du Massachusetts de 1780, dont la section 1 de l'art. XXX prévoyait:

«*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial power, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end, it may be a government of laws, and not of men*» (Tiré de William F. SWINDLER, *Sources and Documents of the United States Constitutions*, vol. 5, New York, Oceana Publications, 1975, p. 92, à la p. 96).

«Réduit à sa plus simple expression, l'État de droit suppose que la liberté d'action de tous les organes de l'État, à quelque niveau que ce soit, doit être limitée par l'existence de normes juridiques supérieures dont le respect est garanti par la saisine éventuelle d'un juge, peu importe qu'il s'agisse de justice constitutionnelle, de justice judiciaire ou de justice administrative. C'est la subordination de l'État au droit qui en est l'objectif principal avec, pour corollaire, la nécessité d'un contrôle effectif de cette subordination par une autorité indépendante»⁴⁰².

John Rawls, traitant de la *rule of law*, qu'il appelle également «principe de légalité», fait également référence, de façon implicite, à cette double extériorité lorsqu'il définit la légalité comme «*impartial administration of public rules*»⁴⁰³.

Pour sa part, Jacques Chevallier se montre plus explicite lorsque, traitant des implications du concept d'État de droit pour l'administration, il écrit:

«L'État de droit implique donc à la fois la soumission au droit et la sanction d'un juge indépendant: il signifie que l'administration est soumise à un ensemble de règles extérieures et supérieures [... et que les] actes administratifs ne seront valides qu'à condition de suivre leurs prescriptions et à défaut seront retirés de l'ordonnement juridique par l'intervention d'un juge» (je souligne)⁴⁰⁴.

C'est aussi, pour ne donner qu'un dernier exemple, le point de vue exprimé par Joseph Raz pour qui l'idée de droit implique nécessairement l'existence d'institutions chargées d'appliquer les règles juridiques conçues comme normes indépendantes de la volonté des juges. Ainsi, selon lui, ces institutions «*are concerned with the authoritative determination of normative situation in accordance with pre-existing norms*»⁴⁰⁵. De même il écrit: «*[I]t is futile to guide one's action on the basis of the law if when the matter comes up for adjudication the courts will not apply the law and will act for some other reason. [...] Court are required to be subject only to the law*»⁴⁰⁶.

⁴⁰²Daniel MOCKLE, «L'État de droit et la théorie de la *rule of law*», (1994) 35 *C. de D.* 823, 833.

⁴⁰³Johns RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 235.

⁴⁰⁴Jacques CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 400, 330.

⁴⁰⁵J. RAZ, *op. cit.*, note 396, p. 108.

⁴⁰⁶*Idem*, pp. 217 et 218.

Cette double exigence de la légalité, que l'on voit ici et là reformulée de diverses manières chez les auteurs contemporains, n'est par ailleurs pas une idée nouvelle. Locke écrivait ainsi, il y a plus de deux siècles, que dans l'état de nature:

«Premièrement, il y manque des lois établies, [...] qui soient comme l'étendard du droit et du tort, de la justice et de l'injustice, et comme une commune mesure capable de terminer les différends qui s'élèveraient.

[...]

En second lieu, [...] il manque un juge reconnu, qui ne soit pas partial, et qui ait l'autorité de terminer tous les différends, conformément aux lois établies»⁴⁰⁷.

Certes, Locke ne parle pas encore d'État de droit, l'expression n'étant pas encore entrée dans le vocable. Mais ce qu'il dénonce dans ce «droit pour chacun de dire le droit et de se faire justice»⁴⁰⁸ est bel et bien la négation de ce que l'on appellera plus tard «l'État de droit». Celui-ci exige non seulement l'existence d'un droit, mais aussi celle d'un juge, et plus spécifiquement d'un juge qui ne soit pas les parties elles-mêmes. C'est en ce sens que Rials écrit, refusant de définir de façon purement «matérielle» la fonction juridictionnelle:

«le juge n'est pas seulement celui qui tranche le litige en disant le droit qui lui est applicable; il doit être un tiers par rapport au litige. Cela va de soi et on peut s'étonner que l'écran des préoccupations politiques ait si longtemps masqué ce trait fondamental; [...] la fonction juridictionnelle est une fonction contentieuse —dimension matérielle— administrée par un tiers selon certaines procédures —dimension organique et formelle— et c'est ce second élément qui distingue le contentieux juridictionnel du contentieux non juridictionnel»⁴⁰⁹.

Certes, comme le fait remarquer Daniel Mockle, l'organe chargé du contrôle ne doit pas nécessairement être un juge⁴¹⁰. Ce qui semble importer au premier chef est que l'organe

⁴⁰⁷J. LOCKE, *op. cit.*, note 65, pp. 274-275, § 124-125.

⁴⁰⁸Stéphane RIALS, «L'office du juge», (1989) 9 *Droits* 3, 4, commentant les propos de Locke.

⁴⁰⁹*Idem*, p. 8.

⁴¹⁰Daniel Mockle écrit, avec raison:

«Même si c'est le juge qui apparaît en dernier ressort comme la figure centrale de l'État de droit, il n'en est pas l'unique garant. D'autres autorités contribuent également, dans des proportions importantes, à assurer cette primauté du droit. Au Canada, doivent être signalés les organismes administratifs autonomes investis de missions de contrôle et de surveillance, les ombudsmen parlementaires et administratifs, ainsi que les autorités indépendantes relevant directement du Parlement (les commissions des droits de la personne, la Commission d'accès à l'information au Québec, les vérificateurs généraux, les commissaires spécialisés en droit fédéral, les directeurs des élections qui assurent la

de contrôle, quel qu'il soit, soit d'une certaine manière distinct —et préférablement entièrement indépendant— du sujet de droit, c'est-à-dire de l'individu ou de l'entité que l'on cherche à soumettre au droit. C'est en ce sens que j'ai pu qualifier d'«amorce de légalité» la soumission historique du contentieux électoral à la juridiction des tribunaux, de même que la dévolution de certains pouvoirs à des entités indépendantes comme le Directeur général des élections ou les commissions de révisions des circonscriptions électorales.

Mais la séparation entre le sujet de droit et l'organe de contrôle apparaît nettement insuffisante pour satisfaire l'exigence d'extériorité. Encore faudrait-il, en principe, que cet organe de contrôle soit lui-même distinct de l'entité normative, à défaut de quoi la légalité serait simplement synonyme de tyrannie du juge. L'idée de droit, ou du moins l'idée que l'on se fait communément du droit, implique l'existence d'une norme «formelle», c'est-à-dire d'une norme indépendante des volontés conflictuelles, à la fois des sujets de droit et des agents chargés de son application⁴¹¹.

Apparaît ainsi la nécessité, hautement problématique celle-là, d'une normativité externe non seulement au sujet de droit —ce qui, en général, ne pose pas de réelle difficulté, mais qui s'est avéré un problème délicat en matière électorale et parlementaire où le législateur s'adresse, en quelque sorte, à lui-même—, mais aussi entièrement distincte de l'organe de contrôle⁴¹². C'est ici, cependant, que l'on verse dans la polémique autour de la fonction

régularité formelle des processus référendaires et électifs)» (D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 402, 834).

Cependant, ces organes s'appuient en bonne partie, il faut bien l'admettre, sur le spectre d'un possible recours devant les tribunaux.

⁴¹¹ Stanley Fish décrit ainsi ce «désir de formalisme» étroitement associé à l'idéal de légalité:

«Formalism is the thesis that it is possible to put down marks so self-sufficiently perspicuous that they repel interpretation; it is the thesis that one can write sentences of such precision and simplicity that their meaning leaps off the page in a way no one—no matter what his or her situation or point of view—can ignore; it is the thesis that one can devise procedures that are self-executing in the sense that their unfolding is independent of the differences between the agents who might set them in motion» (Stanley FISH, «*The Law Wishes to Have a Formal Existence*», dans *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a good thing, too*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 141, à la p. 142).

⁴¹² Jacques Chevallier écrit à cet égard, dans le contexte du problème de légalité des actes de l'administration:

«juri-dictionnelle», celle qui oppose le juge, simple «bouche de la loi» selon Montesquieu, au juge souverain des réalistes américains. C'est ici également que la discussion entreprise sur l'exigence d'extériorité rejoint celle qui porte sur la légitimité.

2. légalité et légitimité

J'ai suggéré que le droit implique un ensemble de contraintes externes *considérées comme légitimes à l'intérieur d'un ordre de contrainte de référence*. La «légitimité» serait ainsi constitutive du droit. Dans cette perspective, le rôle des tribunaux serait, notamment, un rôle de repérage des règles «légitimes» dans le contexte de l'ordre juridique étatique⁴¹³. Mais qu'est-ce qu'une règle légitime? Et comment s'effectue ce repérage? Sur la base de quels critères, de quelles «règles de reconnaissance», pour reprendre la terminologie de Hart⁴¹⁴? Et surtout, comment ces règles de reconnaissance sont-elles elles-mêmes identifiées par ceux qui les utilisent? Ce sont là les questions auxquelles se heurtent quotidiennement les théoriciens du droit.

Pour les uns, cette fonction du juge est une fonction essentiellement discrétionnaire et autoritaire. Le droit est alors défini comme «*une interprétation autoritaire de la réalité, attribuant à ses éléments des statuts ou propriétés appelés tautologiquement juridiques, et opérée par des personnes ayant elles-mêmes la qualité d'organes du droit*»⁴¹⁵. De même, alors qu'il était professeur, le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis se plaisait, dit-

«La hiérarchie des normes n'a de sens et de portée effective que si des mécanismes existent pour retirer de l'ordonnement juridique les normes non conformes; et ces mécanismes n'ont de valeur que s'ils sont indépendants des titulaires du pouvoir normatif, permettent un examen «objectif» des actes incriminés et disposent d'une autorité qui s'impose à tous» (Voir: Jacques CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 400, 325. Je souligne).

⁴¹³Joseph Raz considère cette fonction des tribunaux comme essentielle à l'existence de tout système juridique (Voir: J. RAZ, *op. cit.*, note 396, p. 88).

⁴¹⁴Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 99 à 120.

⁴¹⁵Christophe GRZEGORCZYK, «Le droit comme interprétation officielle de la réalité», (1990) 11 *Droits* 31, 33.

on, à affirmer plus prosaïquement que «la Cour suprême est la Constitution»⁴¹⁶. Cet aphorisme, qui recèle une certaine dose de vérité, n'apparaît-il cependant pas comme la négation même de l'idée de légalité?

Pour les autres, «[u]ne norme sera reconnue comme appartenant à un ordonnancement juridique si elle est produite par l'organe compétent, avec la procédure autorisée et si elle est conforme aux valeurs, principes et droits fondamentaux qui font partie de la constitution matérielle»⁴¹⁷. On note ici un certain progrès, puisque, si l'on se fie à cet énoncé, la légitimité est tributaire d'exigences formelles et matérielles. Mais on tourne en rond: puisque les exigences procédurales sont elles-mêmes des règles à découvrir, tout comme le sont les «principes et droits fondamentaux qui font partie de la constitution matérielle», se pose alors la question, parfaitement identique à la précédente, de la légitimité de ces règles procédurales et matérielles.

Malheureusement la circularité ne s'arrête pas là. Si la légitimité est censée être constitutive du droit —notamment du droit dit «de l'État»— le droit est, à son tour, force légitimatrice de l'État. Daniel Mockle écrit ainsi:

«Par le jeu d'une reconversion qui illustre bien le «retour en force du droit», la puissance politique de l'État ne devient légitime et tolérable que par la juridicisation progressive de ses diverses manifestations»⁴¹⁸.

Il ne s'agit pas ici d'une circularité que l'on pourrait rejeter comme le construit d'un esprit à la dérive, mais bien le constat d'un phénomène historique bien réel et maintes fois souligné⁴¹⁹. N'ai-je pas moi-même insisté, examinant l'évolution historique des rapports

⁴¹⁶Rapporté par J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 110, 766.

⁴¹⁷G. MARTINEZ, *loc. cit.*, note 389, 54.

⁴¹⁸D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 402, 858.

⁴¹⁹Voir en particulier: J. CHEVALLIER, «La dimension symbolique du principe de légalité», (1990) 106 *Rev. de droit public et de la science pol.* 1651. Voir aussi: — *L'État de droit*, Paris Montchrestien, 1992, où il écrit à la p. 73:

«[E]n couvrant l'exercice du pouvoir d'un voile protecteur, en le ramenant à la norme et en dé-réalisant ses manifestations concrètes, [l'État de droit] contribue à sa légitimation: les commandements du pouvoir sont assurés de plein droit de la légitimité, puisqu'ils sont rapportés à un ordre normatif abstrait et objectif; et ceux qui sont habilités à parler au nom de la loi bénéficient par projection du capital d'autorité dont

entre le Parlement et les tribunaux, sur le caractère légitimant de la soumission du processus électoral au principe de légalité? Le professeur Gregorio Martinez écrit dans la même veine:

«Dans le monde moderne, la forme propre du pouvoir, l'État, rompt avec le pluralisme des pouvoirs du Moyen Age, surtout du fait de la prétention, réalisée, de l'État au monopole de toute force légitime qui retentit sur un droit désormais étatique»⁴²⁰.

On aura noté ici que le carrousel vient de faire un nouveau tour: non seulement le droit légitime l'État, mais il conduit à la reconnaissance de l'idée suivant laquelle *seul* le droit étatique est légitime (idée qui apparaît toutefois de plus en plus contestée, à droite comme à gauche, tant par les idéologies néo-libérale que pluraliste). On comprend que la question du rapport entre droit et légitimité fasse problème, voire qu'elle accapare une très large part de la réflexion contemporaine sur le droit. Cette réflexion porte sur deux aspects du problème de la légitimité, que l'on peut, chacun à sa manière, rattacher à la question de l'extériorité.

Il s'agit, d'une part, d'un problème proprement épistémologique: comment le juge chargé de la reconnaissance et de l'application d'une norme peut-il, à travers les textes ou la jurisprudence, en connaître le sens d'une façon objective, c'est-à-dire d'une manière telle que l'acte de juger ne soit pas une simple affirmation de sa volonté subjective. La question rejoint alors celle de l'extériorité de la norme par rapport au juge.

Il s'agit, en second lieu, du caractère tautologique du concept d'État de droit. Comme l'exprime Jacques Chevallier:

celle-ci est investie. Ce processus fonctionne de manière d'autant plus efficace que le droit est posé comme une réalité extérieure et supérieure à l'État: en se conformant au droit, l'État se place lui-même sous l'empire de l'ordre objectif dont le droit est produit».

De même, Marie-Joëlle Redor écrit-elle:

«[C]'est précisément la soumission de l'État au droit qui définit l'État légitime. [...] Que dit la théorie de l'État de droit sinon que, pour que l'État soit légitime (que ses commandements soient acceptés), il doit lui-même obéir à ses propres commandements, que l'apparente égalité dans la soumission fasse accepter la norme» (M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit — L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 24).

⁴¹⁹Bruno OPPETIT, «Le droit hors de la loi», (1989) 10 *Droits* 47, 49.

⁴²⁰G. MARTINEZ, *loc. cit.* note 389.

«[L]’on ne saurait inférer de la hiérarchisation du droit étatique l’idée d’une soumission de l’État au droit, sauf à recourir à un raisonnement circulaire ou tautologique: en se soumettant au droit qu’il produit, l’État ne fait tout au plus que se soumettre à lui-même, d’où la tendance à ne voir dans la subordination de l’État au droit qu’une pure construction de l’esprit»⁴²¹.

De même, suivant Bruno Opetit:

«[S]i l’État est lui-même soumis au droit, il ne peut y avoir logiquement d’antériorité de l’État par rapport au droit; corrélativement, l’État ne saurait être la source de tout droit: il y a donc pluralisme des sources du droit»⁴²².

Soulignons par ailleurs que, contrairement à ce que semblent suggérer ces auteurs, le caractère tautologique du concept d’État de droit n’est pas confiné à sa formulation positiviste "pure". Dès lors que le droit qui est censé contrôler l’État (quelle que soit sa source) s’articule par la voix d’un organe lui-même étatique (en général les tribunaux, mais également, comme l’a souligné Daniel Mockle, l’ombudsman, le directeur général des élections, ainsi que divers autres officiers publics), le concept d’État de droit n’échappe à la tautologie qu’à la condition que cet organe de contrôle puisse prétendre de façon convaincante que le droit auquel il soumet l’État échappe, d’une certaine manière, à sa volonté. Mais on rejoint ici le problème précédent, et par là même l’idée, véritablement obsessionnelle, d’une norme qui serait externe à la fois aux parties et au juge chargé de dire le droit —quête proprement «Don quichottesque» qui (comme on le verra) ne semble connaître d’issue que par une requalification de l’idée d’extériorité.

B. Le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire: une impasse?

La question de la légitimité du contrôle judiciaire a donné lieu ces dernières années à une très vaste littérature. Bien que cette question fasse depuis longtemps partie du paysage doctrinal américain, l’interventionnisme de la Cour suprême des États-Unis dans les années

⁴²¹J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 400, 347. Voir, dans le même sens, M.-J. REDOR, *op. cit.*, note 418, p. 16 et suiv.

⁴²²B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 419, 49.

soixante et soixante-dix a considérablement contribué à y raviver le débat⁴²³. Par ailleurs, la volonté du Conseil constitutionnel en France, depuis les années soixante-dix, de donner force aux principes inscrits à la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, l'introduction de la *Charte canadienne* en 1982, de même que divers projets de réforme constitutionnelle, tant en Angleterre qu'en France, ont (notamment) contribué à étendre le débat bien au-delà des frontières américaines où il avait d'abord émergé. Il n'est pas question ici de rendre justice aux diverses théories, ce qui exigerait bien plus de temps et d'espace que ce dont je dispose, mais plus sommairement, pour les fins de la présente étude, de situer le débat par rapport à l'exigence d'extériorité. Ceux qui ont tenté de présenter un aperçu général et synthétique de la question ont invariablement recouru à des classifications, le plus souvent binaires (et tributaires des préoccupations particulières de l'auteur): théories de l'autolimitation / théories de l'hétérolimitation; "interprétativistes" / "non-interprétativistes"; conservateurs / libéraux, pour n'en nommer que quelques unes. Mon approche sera similaire, la classification proposée ici reflétant la façon dont la problématique de la légalité a été formulée jusqu'ici.

1. Les théories cherchant à fonder une légitimité normative du contrôle judiciaire

Par légitimité "normative", j'entends souligner ici que ces théories visent à fonder la légitimité du contrôle judiciaire sur l'idée suivant laquelle la tâche des juges est d'appliquer des «normes légitimes», soit parce que ces normes sont, suivant une approche positiviste, objectivement valides, c'est-à-dire adoptées de manière conforme à la Constitution, soit parce qu'elles sont, suivant une approche jusnaturaliste, moralement justes. Dans les deux cas, la légitimité du contrôle judiciaire est entièrement fonction de la *légitimité de la norme elle-même*, cette légitimité (qui est assimilée à la validité) étant considérée comme une qualité objectivement identifiable par un observateur externe à la norme (en l'occurrence le juge). Dans cette optique, les théories visant à établir une légitimité normative du contrôle judiciaire partagent la prémisse voulant que le droit exige l'application par le juge d'une norme qui lui

⁴²³La question de la légitimité du contrôle judiciaire avait fait l'objet d'une première ronde de contestations à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle alors que la Cour suprême des États-Unis, endossant les thèses du libéralisme économique, avait invalidé plusieurs lois à caractère social. Voir notamment: Louis FISHER, *Constitutional Dialogues—Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 58 et suiv. Pour un exposé plus étoffé, voir: Robert McCLOSKEY, *La Cour suprême des États-Unis*, traduit par Marie-Jean Bellaud-Villars et Jean Rigal, Paris, Seghers, 1965.

est externe, et prétendent que cette extériorité est possible, à tout le moins jusqu'à un certain degré considéré comme suffisant.

— *l'approche jusnaturaliste*

Les tenants de la conception jusnaturaliste considèrent en effet pour leur part que: premièrement, le droit doit, quant à la substance des normes qu'il prescrit, se conformer à certains principes moraux universels et immuables, et que, deuxièmement, ces principes sont accessibles à l'entendement humain par le moyen de la raison⁴²⁴. Au chapitre de l'histoire des idées juridiques anglo-saxonnes, cette idée d'un droit naturel supérieur à la volonté de l'organe législatif constitue, à partir de la célèbre opinion de Lord Coke dans le *Dr Bonham's Case*⁴²⁵ jusqu'au refus des tribunaux coloniaux américains d'appliquer le *Stamp Act* de 1765⁴²⁶, la pierre d'assise du pouvoir revendiqué pour les tribunaux de contrôler la validité des actes législatifs. L'intérêt des théories du droit naturel est qu'elles offrent une réponse aux deux difficultés posées par l'idéal de l'État de droit: d'une part, elles soutiennent la possibilité d'une norme externe au juge et, d'autre part, elles présentent un système dans lequel l'État de droit n'est pas un concept tautologique, au sens où l'a souligné Jacques Chevallier. S'il n'est clairement pas possible d'envisager ici un exposé critique étoffé de la perspective jusnaturaliste, je désire néanmoins souligner les difficultés principales que présente cette perspective et qui expliquent pourquoi, malgré le double intérêt que je viens de souligner, la perspective jusnaturaliste se retrouve aujourd'hui en périphérie du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité.

⁴²⁴Michael Freeman écrit ainsi: «[T]he essence of natural law may be said to lie in the constant assertion that there are objective moral principles which depend on the nature of the universe and which can be discovered by reason» (M. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 80).

⁴²⁵(1610) 77 English Rep. 646, où Coke avait affirmé le pouvoir des tribunaux de *common law* de déclarer nulle une loi contraire à la raison. Comme on le sait, cette doctrine avait connu peu de suites et fut éventuellement tenue pour contraire au principe de la souveraineté parlementaire caractéristique du système britannique. La doctrine de Coke semble toutefois avoir reçu un accueil plus favorable dans les colonies américaines (voir: Thomas GREY, «Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought», (1978) 30 *Stanford Law Rev.* 843).

⁴²⁶Voir: T. GREY, *loc. cit.*, note 425, 881.

S'agissant du premier postulat, soit la nécessité pour le droit de se conformer à certains principes pour être valide, je me permets de reprendre à mon compte la critique formulée par Hart⁴²⁷ et que je résumerais brièvement comme suit. La seule façon de donner un sens à ce postulat semble être de dire que certaines normes sont essentielles à la survie humaine en tant que vie sociale. En effet, les «lois» de la nature (comme la loi de la gravité) sont des lois descriptives, fondées sur des récurrences, et non des lois prescriptives. Le passage problématique de l'être au devoir être, la liaison du «*is*» au «*ought*»⁴²⁸, n'est possible qu'en imputant aux phénomènes naturels une certaine finalité intrinsèque (ainsi, en posant que la finalité de l'arbre est de produire des fruits, ce qui semble, par ailleurs, supposer une certaine volonté divine, on peut voir dans l'obstacle à cette finalité une violation de la loi naturelle). Or, si l'on accepte l'hypothèse générale avancée par Hart quant à l'engagement humain à survivre et à coexister en société, il est possible de reconnaître pour le droit certains impératifs «naturels» minimaux⁴²⁹. Hart considère ainsi que toute organisation sociale doit prévoir des règles relatives à la protection de la personne contre la violence et assurant également une certaine protection de la propriété⁴³⁰. Ainsi on peut admettre une règle «naturelle» suivant laquelle aucune vie sociale n'est possible s'il est permis à chacun de tuer librement son voisin. Un ordre juridique qui permettrait un tel comportement mettrait en péril la vie en société, et du même coup constituerait une menace pour lui-même. Mais alors, il ne semble ni utile, ni pertinent de qualifier cet ordre juridique de non «valide».

La difficulté de formuler en termes de *validité* le rapport entre le droit et la morale⁴³¹ conduit certains théoriciens, qui se réclament de la tradition jusnaturaliste, à substituer au premier postulat la proposition suivant laquelle les exigences de la morale *doivent faire partie*

⁴²⁷Voir: H.L.A HART, *op. cit.*, note 414, pp. 181-207.

⁴²⁸Pour une discussion des tentatives de confronter cette difficulté, voir M. FREEMAN, *op. cit.*, note 424, pp. 80 à 86.

⁴²⁹Ce que Hart appelle le «*minimum content of natural law*» (H. HART, *op. cit.*, note 414, p. 189).

⁴³⁰«*[R]ules must contain in some form restrictions on the free use of violence, theft and deception to which human beings are tempted but which they must, in general, repress, if they are to coexist in close proximity to each other*» (H. HART, *op. cit.*, note 414, p. 89).

⁴³¹Pour sa part, John Finnis, qui représente l'un des principaux défenseurs contemporains du jusnaturalisme, refuse de considérer comme invalides les lois qui ne seraient pas conformes aux dictats moraux du droit naturel. Voir John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 364-366.

intégrante du processus d'interprétation auquel se livrent les juges en cherchant à identifier le droit⁴³². Le changement de perspective est significatif, et ne m'apparaîtrait pas si problématique⁴³³ s'il n'était pas lié au second postulat énoncé plus haut, à savoir que ces exigences de la morale sont des données réelles, objectivement identifiables par la raison⁴³⁴.

C'est en effet ce second postulat qui ne cesse d'alimenter les objections à la possibilité de fonder le droit sur un ordre naturel. À cet égard, l'expérience montre que les tentatives d'articuler un droit universel et immuable a donné lieu à l'affirmation de principes tout aussi largement répudiés aujourd'hui qu'ils étaient, à une certaine époque, tenus pour inattaquables⁴³⁵. Certes, le fait qu'on se soit trompé à l'égard des règles naturelles n'est, en

⁴³²Outre Finnis, voir, par exemple, Michael MOORE, «A Natural Law Theory of Interpretation», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 277.

⁴³³Bien que, comme je l'argumenterai plus loin, il ne s'agit pas tant d'un devoir que d'une impossibilité d'échapper au jugement moral dans l'acte interprétatif.

⁴³⁴Michael Moore écrit ainsi:

«I call the theory of interpretation I wish to defend a natural law theory of interpretation because of two propositions that characterize it: (1) that there is a right answer to moral questions, a moral reality if you like; and (2) that the interpretative premises necessary to decide any case can and should be derived in part by recourse to the dictates of that moral reality. In short, real morals, not just conventional morality or "shared values" have a necessary place in the interpretation of any legal text» (M. MOORE, *loc. cit.*, note 432, 286).

La thèse défendue par Moore repose sur une philosophie du langage qualifiée de «réaliste» (par opposition à «conventionnaliste») et suivant laquelle le sens des mots ne dépend pas simplement de leur usage conventionnel au sein d'une communauté, mais correspond plutôt à une réalité naturelle objective. Ainsi, pour reprendre un exemple avancé par Moore, le mot «mort» n'a pas changé de sens avec la découverte de la possibilité de la réanimation cardiaque, bien que des individus autrefois considérés comme morts au moment de la cessation de leurs fonctions cardiaques et respiratoires ne le seraient plus aujourd'hui. On ne dirait pas, en raison du fait que ces personnes étaient autrefois considérées mortes tandis qu'aujourd'hui une personne cessant de respirer et d'avoir un battement cardiaque ne le serait pas *ipso facto*, que le mot «mort» a changé de sens, mais plutôt que l'on avait tort de croire ces personnes mortes. Moore croit ainsi que, comme le terme «mort», des concepts moraux comme la «justice» ont un sens qui ne dépend pas de leur simple usage conventionnel, mais qui correspond à une réalité objective.

⁴³⁵ S'opposant aux prétentions universelles du jusnaturalisme, le professeur Ely invoque à cette fin un extrait de l'affaire *Bradwell v. Illinois*, où, en 1872, le juge Bradley rejeta en ces termes la demande de Mme Bradwell de devenir avocate:

soi, pas une négation de leur existence. Comme l'écrit le professeur Freeman, «[a]n appropriate analogy are mathematical axioms which hold good even when misunderstood or undiscovered»⁴³⁶. Mais le fait est qu'il n'existe pas, dans le temps et l'espace, de consensus quant à ces principes dits universels qui fourniraient la mesure de la validité du droit ou de son interprétation⁴³⁷. Dans cette perspective, le jusnaturalisme semble fournir au mieux une théorie normative de ce que devrait être le droit dans un univers de juges surdoués au chapitre de la raison, et non un bon instrument pour appréhender le fonctionnement du droit tel qu'il se manifeste dans nos sociétés.

Il est par ailleurs significatif que les auteurs contemporains qui ont tenté d'articuler de tels principes ont dû se limiter à en avancer un nombre extrêmement restreint, généralement vagues et faiblement contraignants⁴³⁸. S'il fait peu de doute que le regain d'intérêt

*«[T]he civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman... The constitution of the family organisation, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and fonctions of womanhood... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator» [16 wall. 130, 141 (1872). Cité par John ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 51].*

⁴³⁶M. FREEMAN, *op. cit.*, note 424, p. 80.

⁴³⁷Voir à cet égard: Norberto BOBBIO, «The Age of Rights», dans *The Age of Rights*, traduit de l'italien par Allan Cameron, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 42; Olwen HUFTON (dir.), *Historical Change and Human Rights*, New York, Basic Books, 1995; Margaret MEAD, «Some anthropological Considerations Concerning Natural Law», dans M. FREEMAN, *op. cit.*, note 424, p. 185.

⁴³⁸J'ai mentionné plus haut Hart, qui reconnaît la nécessité d'une forme de protection contre la violence, de même qu'une certaine protection de la propriété. John Finnis identifie pour sa part sept biens humains essentiels («*basic human goods*») qui s'imposeraient à nous par leur évidence et que tout système juridique devrait chercher à protéger (la vie, la quête du savoir, le jeu, l'esthétique, la sociabilité, la raison pratique et la religion) [J. FINNIS, *op. cit.*, note 431]. Mentionnons de même Lon Fuller, pour qui il existe certaines exigences procédurales ou formelles «naturelles» qu'il énumère au nombre de huit et dont la négation totale serait incompatible avec l'idée de droit. Ces exigences sont: 1) la présence de règles; 2) la publicité des règles; 3) leur caractère généralement prospectif; 4) leur intelligibilité; 5) la non-contradiction des règles; 6) le fait qu'il soit possible de s'y conformer; 7) la relative stabilité des règles et 8) leur application dans l'administration de la justice (L. FULLER, *op. cit.*, note 394). Outre le fait que, pour Fuller, ces exigences n'ont pas à être entièrement satisfaites en tout temps, elles ne portent pas sur le contenu matériel ou les finalités du droit, laissant à cet égard une complète latitude. Il n'est pas pertinent ici de multiplier les exemples ou de discuter

philosophique pour le droit naturel dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle découle de l'expansion de la protection accordée aux droits «fondamentaux», tant au plan national qu'international, de même que de la difficulté, suite à l'expérience de l'Allemagne hitlérienne, d'accepter une validité juridique qui serait purement formelle, l'incapacité des théories jusnaturalistes à articuler des principes suffisamment précis et détaillés pour servir de guide à l'ordonnement juridique et à l'interprétation judiciaire (entre autres difficultés), explique que, malgré la prétention de ces théories à fonder le droit sur une normativité objective et extérieure au juge, celles-ci soient demeurées à l'écart du débat contemporain sur la question de la légitimité du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle⁴³⁹.

— *l'approche positiviste*

Du positivisme, je m'intéresse ici particulièrement à l'idée suivant laquelle les règles de droit, à l'opposé des valeurs morales, sont susceptibles d'une connaissance objective, et que le rôle du juriste est de «se borner à connaître son objet» et à «le décrire tel qu'il est»⁴⁴⁰. Admettons au départ qu'il ne se trouve sans doute plus un juriste aujourd'hui pour dire naïvement à l'instar de Montesquieu que, le rôle du juge n'étant que de se faire la «bouche de la loi», son pouvoir est en conséquence «invisible et nul»⁴⁴¹. Tout en admettant une certaine part de créativité dans l'acte d'interprétation, certains considèrent néanmoins que les textes juridiques imposent suffisamment de contraintes au juge pour que l'on puisse affirmer que celui-ci *applique* une norme, et non pas qu'il la *crée* ou qu'il exerce un pouvoir arbitraire⁴⁴².

du bien-fondé des principes avancés comme découlant de l'ordre naturel. Il suffit de souligner que ces principes n'offrent qu'une très vague indication du contenu normatif obligatoire pour tout ordre juridique.

⁴³⁹Ainsi, à titre d'exemple, la thèse de Jacques Gosselin portant sur la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* présente-t-elle un aperçu des courants doctrinaux où le jusnaturalisme est remarquablement absent (Voir Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991). Voir, de même, J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 110, 723.

⁴⁴⁰A. J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1993. «Positivismisme».

⁴⁴¹C. L. MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 383, p. 171.

⁴⁴²Cette conception positiviste de la fonction judiciaire est communément véhiculée par la formule suivant laquelle la fonction du juge est d'interpréter la loi et non de légiférer (le professeur Cockram commence ainsi son ouvrage sur l'interprétation des lois en affirmant

Cette affirmation, qui se situe à un niveau descriptif, est le plus souvent suivie (parfois implicitement) d'une proposition prescriptive à l'effet que le juge *doit* se borner à appliquer le droit et qu'il ne peut aller au-delà de ce que lui indique "objectivement" la loi ou la Constitution pour fonder sa décision sur des préoccupations morales, politiques ou sociales, qui constituent des considérations étrangères au droit. Ainsi Owen Fiss écrit-il: «*the judge is to read the legal text, not morality or public opinion, not, if you will, the moral or social texts*»⁴⁴³. De même, pour Joseph Raz, «*legal systems contain, indeed consist of, laws which the courts are bound to apply regardless of their view on their merit*»⁴⁴⁴.

L'ouvrage du professeur Hart, "*The Concept of Law*"⁴⁴⁵, publié en 1961, demeure l'un des principaux points de repère de la théorie positiviste contemporaine. Le professeur Hart y présente une conception du droit comme système de règles «primaires» (celles qui prescrivent ou autorisent un comportement donné) et «secondaires» (les règles de reconnaissance, d'adjudication et de changement, qui ont pour objet l'identification et l'application des règles primaires valides). La thèse positiviste défendue par Hart⁴⁴⁶ à

«*The function of the courts is to interpret the law, not to legislate*» [Gail-Maryse COCKRAM, *The Interpretation of Statutes*, 3^e éd., Cape Town, Juta, 1987, p.1]). Cette dimension du positivisme est le plus souvent associée à la théorie pure du droit défendue par Hans Kelsen. La pensée de Kelsen n'est pourtant pas sans ambiguïté lorsqu'il s'agit du problème de la créativité ou de la discrétion dans l'interprétation judiciaire. Traitant de la question du contrôle constitutionnel, il décrit la fonction du juge comme celle d'un «législateur négatif», légitime parce qu'elle «est absolument déterminée par la Constitution» [H. KELSEN, «La garantie constitutionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», (1928) *R.D.P.* 197, 226 (je souligne)]. Kelsen est pourtant conscient du fait que des principes comme l'égalité ou la liberté sont susceptibles d'acceptions multiples et s'oppose, pour ce motif, à leur enchaînement dans la Constitution (*Idem*, p. 240-241). Il reconnaît par ailleurs que, d'une façon générale, l'interprétation judiciaire implique pour le juge une certaine marge créatrice (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., traduit de l'allemand par Charles Eisenman, 1962, pp. 453 à 458). L'indétermination de la règle n'empêche toutefois pas Kelsen de voir celle-ci comme un «cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit ce cadre en un sens possible quelconque, est régulier» (*Idem*, p. 457). Ainsi, tout en dénonçant avec vigueur «la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation» (*Idem*, p. 463), Kelsen ne va pas jusqu'à renoncer à l'idée d'une validité objective déterminée par le langage de la norme écrite.

⁴⁴³Owen FISS, «Objectivity and Interpretation», (1982) 34 *Stanford Law Rev.* 739, 740.

⁴⁴⁴J. RAZ, *op. cit.*, note 396, p. 113.

⁴⁴⁵H. HART, *op. cit.*, note 414.

⁴⁴⁶Le positivisme de Hart tient essentiellement à sa conception du droit comme fait social. Hart s'écarte toutefois de l'étatisme généralement associé au positivisme en reconnaissant comme

l'encontre des *rule-sceptics* —qui voient dans l'acte d'interprétation judiciaire un exercice essentiellement arbitraire et équivalant à la simple affirmation autoritaire de la volonté du juge— repose sur une distinction entre les "cas clairs" et ceux qui ne le sont pas (que la doctrine américaine appelle typiquement les "*hard cases*")⁴⁴⁷. Essentiellement, pour Hart, il existe dans l'application pratique du droit suffisamment de cas clairs pour que le système juridique puisse fonctionner comme système de soumission à des règles et pour permettre aux juges de maintenir leur autorité⁴⁴⁸. Quant aux cas difficiles —qui constituent le pain quotidien du *rule-sceptic*— Hart les considère comme marginaux, comme une imperfection du droit. Dans ces cas difficiles, notamment en matière constitutionnelle, où le juge exerce un véritable pouvoir créateur, Hart estime que:

*«we should welcome the rule-sceptic, as long as he does not forget that it is at the fringe that he is welcome; and does not blind us to the fact that what makes possible these striking developments by courts of the most fundamental rules is, in great measure, the prestige gathered by courts from their unquestionably rule governed operations over the vast, central areas of the law»*⁴⁴⁹.

règles de droit des règles sociales imposées de façon coercitive par la communauté en l'absence de toute intervention par des agents officiels (*Idem*, p. 84).

⁴⁴⁷*Idem*, p. 123.

⁴⁴⁸Dans un article publié en 1958 et qui annonce les principales idées développées dans *The Concept of Law*, Hart défendait ainsi l'idée, similaire à la notion de cadre chez Kelsen (*supra*, note 442) et suivant laquelle:

«[T]he hard core of settled meaning is law in some centrally important sense and that even if there are borderlines, there must first be lines. If this were not so, the notion of rules controlling courts' decisions would be senseless as some of the "Realists" —in their most extreme moods, and, I think, on bad grounds— claimed to» (H. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», (1957-58) 71 *Harv. Law Rev.* 593, 614-615).

De même, il écrivait dans *The Concept of Law*:

«[T]hough every rule may be doubtful at some point, it is indeed a necessary condition of a legal system existing, that not every rule is open to doubt on all points. The possibility of courts having authority at any given time to decide these limiting questions concerning the ultimate criteria of validity, depends merely on the fact that, at that time, the application of those criteria to a vast area of the law, including the rules which confer that authority, raises no doubts, though their precise scope and ambit do» (H. HART, *op. cit.*, note 414, pp. 148-149).

Pour un argument similaire, voir également Frederick SCHAUER, «Easy Cases», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 399.

⁴⁴⁹H.L.A. HART, *op. cit.*, note 414, p. 150.

Ces cas difficiles, où le texte ne révèle pas de norme claire et déterminée, ne perturbent donc pas, selon Hart, un tableau autrement adéquat et dans lequel les règles sont généralement vues comme "*out there*", susceptibles d'être appréhendées par le juge au même titre qu'un objet extérieur. Cela est particulièrement manifeste lorsque Hart traite des «règles secondaires de reconnaissance» qui permettent au juge d'identifier les normes applicables à un cas donné. Ces règles de reconnaissance, selon Hart:

«may, as in the early law of many societies, be no more than an authoritative list or text of the rules to be found in a written document or carved on some public monument.

[...]

In a developed legal system the rules of recognition are of course more complex; instead of identifying rules exclusively by reference to a text or list they do so by reference to some general characteristic possessed by the primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body, or their long customary practice, or their relation to judicial decisions»⁴⁵⁰.

Que l'on examine les sociétés primitives décrites par Hart ou les systèmes juridiques plus développés, dans les deux cas le tableau que brosse Hart sous-entend que les règles sont «là-bas» quelque part dans la réalité et que l'on peut les pointer du doigt comme des objets matériels. En ce sens, Hart n'adopte pas ici seulement le postulat —spécifique au positivisme juridique— suivant lequel le droit est distinct de la morale, mais également celui du positivisme scientifique en général et qui, transposé au droit, présente celui-ci comme un objet susceptible de connaissance objective par un observateur. Le reproche qu'il adresse au *rule-sceptic* est de définir l'ensemble du processus juridique comme l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, en se fondant sur des cas «pathologiques» plutôt que sur le fonctionnement habituel et régulier du processus judiciaire.

La difficulté de l'approche de Hart, outre le caractère arbitraire et manichéen de cette dichotomie entre les cas faciles et les cas difficiles⁴⁵¹, est qu'elle ne fournit ni explication, ni

⁴⁵⁰*Idem*, p. 92.

⁴⁵¹Je reviendrai plus loin sur cette difficulté. Soulignons simplement ici que son application est tout particulièrement douteuse en contexte constitutionnel canadien, ne serait-ce qu'en raison de l'article premier qui plane au-dessus de chacune des dispositions de la *Charte*. Ainsi, même dans l'hypothèse d'une norme qui semblerait objectivement claire et indiscutable, le constat de sa violation exigerait l'examen de son caractère «raisonnable» dans le cadre d'une «société libre et démocratique». On peut soupçonner qu'un tel examen débouchera rarement

méthode pour appréhender ces cas difficiles. De l'ensemble des situations possibles, Hart fait deux tas et, considérant celui des cas difficiles relativement petit, il nous dit qu'on peut tout simplement l'ignorer. Pour celui qui s'intéresse à ces "cas difficiles" —comme ils semblent se présenter si souvent en matière constitutionnelle— Hart a peu à offrir qui permettrait d'échapper au scepticisme⁴⁵².

Tel n'est, par ailleurs, pas le cas de tous les positivistes, en particulier de ceux qui professent l'obligation de s'en tenir à l'«intention originelle». En effet, pour un certain nombre d'auteurs conservateurs (ils ne renieraient certainement pas l'épithète), le rôle des tribunaux est d'appliquer la Constitution "telle qu'elle a été adoptée", c'est-à-dire en se fondant sur l'intention originelle de ceux qui l'ont adoptée et non de substituer leur propres conceptions personnelles. À cet égard, Raoul Berger va même jusqu'à suggérer qu'il est du devoir de la Cour suprême de renier les écarts passés et de "revenir" à une jurisprudence plus respectueuse de l'intention des Constituants. Il affirme ainsi:

«I assert the right to look at the Constitution itself, stripped of judicial encrustations, as the index of the constitutional law and to affirm that the Supreme Court has no authority to substitute an "unwritten Constitution" for the written Constitution the Founders gave us and the people ratified»⁴⁵³.

Ce «retour aux sources» est également défendu avec ferveur par le juge Bork, qui voit dans l'interprétation large et évolutive de la Constitution la négation même de la *rule of law*⁴⁵⁴. À la critique suivant laquelle la connaissance objective et détachée d'un texte («*the Constitution itself*»), et en particulier de l'intention de l'auteur, n'est pas possible, le juge Bork offre, quant à lui, une double réplique. D'une part, affirme-t-il, ce qu'il faut chercher à respecter n'est pas l'intention subjective précise de ceux qui ont ratifié le texte de la

sur des réponses «objectivement claires». J'argumenterai toutefois plus loin que l'absence radicale d'objectivité est tout aussi caractéristique des cas clairs, ceux pour lesquels aucune dissension n'apparaît possible, que pour les cas dits «difficiles».

⁴⁵²Dans ces cas, en effet, le juge serait investi d'un véritable pouvoir discrétionnaire lui permettant d'imposer la règle de sa convenance.

⁴⁵³Raoul BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 297-298. Voir aussi: R. BERGER, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation», (1988) 73 *Cornell Law Rev.* 350.

⁴⁵⁴Robert H. BORK, *The Tempting of America —The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990.

Constitution, mais plutôt la compréhension de la Constitution qu'avaient, de façon générale, les gens de l'époque. Ainsi, par exemple, on peut avancer avec un degré suffisamment élevé de certitude que les gens de l'époque ne considéraient pas qu'en adoptant le *Bill of Rights* ils se trouvaient à garantir un droit à l'avortement, de sorte qu'un tel droit ne saurait y être inclus par interprétation. Cela n'empêche pas d'adapter la Constitution à la société actuelle en y transposant les principes et les valeurs qui y sont enchâssés; mais cela empêche toutefois de substituer des nouvelles valeurs aux anciennes. D'autre part, Bork reconnaît qu'il arrivera —exceptionnellement selon lui— que l'analyse historique ne permette pas d'établir la signification d'une disposition constitutionnelle. Dans ce cas, il appartient aux élus de trancher, et non aux tribunaux. Bref, là où les Constituants n'ont pas placé d'entrave claire au principe majoritaire, il n'appartient pas aux tribunaux d'en ajouter⁴⁵⁵.

Cette conception du rôle des tribunaux permet sans doute de satisfaire à l'exigence d'extériorité et de répondre aux deux principales difficultés théoriques liées à l'idéal d'État de droit. D'abord il est clair, suivant cette approche, que la tâche du juge est d'appliquer des normes qui sont extérieures à sa volonté (et uniquement celles-là). Ensuite, le problème de circularité lié à l'État de droit semble d'une certaine manière écarté, dans la mesure où l'État, à titre d'entité continue dans le temps, se trouve limité par un droit, étatique certes, mais historiquement situé. L'État n'est pas limité par le droit *de* l'État, il est limité par le droit *d'un* État —dans le cas de la Constitution américaine, l'État américain de la fin du XVIII^{ème} siècle.

C'est précisément sur la base de ce raisonnement que le juge McIntyre, dissident dans l'affaire *Morgentaler*⁴⁵⁶, aurait pour sa part refusé de reconnaître une protection

⁴⁵⁵Il écrit ainsi:

«*What is the judge to do on those rare occasions when he does not know and cannot discover what a constitutional provision means, when the original understanding is really lost? [...] The judge who cannot make out the meaning of a provision is in exactly the same circumstances as the judge who has no Constitution to work with. [...] If the meaning of the Constitution is unknowable, if, so far as we can tell, it is written in undecipherable hieroglyphics, the conclusion is not that the judge may write his own Constitution. The conclusion is that judges must stand aside and let current democratic majorities rule, because there is no law superior to theirs*» (R. H. BORK, *op. cit.*, note 454, p. 165, 166, 167).

⁴⁵⁶R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

constitutionnelle aux femmes désirant interrompre leur grossesse. Selon lui, ni le texte de la *Charte* ni l'historique de son adoption ne montrent une intention d'accorder une telle protection en matière d'avortement, et il n'appartient pas aux juges de substituer leurs valeurs personnelles à celles inscrites dans la *Charte*⁴⁵⁷. Mais il faut reconnaître que, de façon générale, la Cour suprême du Canada s'est montrée récalcitrante à l'approche historique, préférant une approche évolutive⁴⁵⁸.

Il est difficile d'évaluer la "popularité" de la théorie de l'intention originelle, que ce soit dans la population en général ou en doctrine. On peut raisonnablement supposer que cette théorie correspond, dans une large mesure, à l'idée intuitive de l'interprétation comme étant la

⁴⁵⁷*Idem*, pp. 137-138.

⁴⁵⁸Dans l'affaire *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, soit la première décision rendue par la Cour suprême sous le régime de la *Charte*, le juge Dickson écrit au nom de la Cour:

«[U]ne constitution est rédigée en fonction de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. [...] Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu'il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] "de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne"» (*Idem*, p. 155).

Voir également le *Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 509, où la Cour, faisant allusion à l'image de l'arbre croissant, évoquée en 1930 dans l'arrêt *Edwards c. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), nous met en garde contre l'utilisation de documents parlementaires pour interpréter la *Charte*:

«Si on veut que «l'arbre» récemment planté qu'est la *Charte* ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et les témoignages du Comité mixte spécial [sur la Constitution] n'en retardent la croissance» (per Dickson).

Sur la théorie évolutive défendue par la Cour suprême du Canada dans l'interprétation de la *Charte*, voir notamment: Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 810; ainsi que Jacques FRÉMONT, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation», dans, CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ (XIV^e), *Droit contemporain, 1994: rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, p. 644.

découverte de l'intention qu'avait l'auteur d'un texte en rédigeant ce texte⁴⁵⁹. Mais on peut se demander si cette intuition populaire correspond à une conviction solidement ancrée et susceptible de prévaloir même face à la possibilité d'interprétations qui choqueraient des valeurs considérées fondamentales par leurs titulaires. Quant à la doctrine, il doit être signalé qu'on ne trouve pas au Canada d'auteurs étroitement associés à la théorie de l'intention originelle, comme c'est le cas aux États-Unis⁴⁶⁰. Dans tous les cas, la principale objection, tout autant que la principale motivation derrière la théorie de l'intention originelle, est sans doute politique. C'est une théorie profondément conservatrice, qui au nom de la légalité cherche à faire de la Constitution une sorte de formol juridique servant à maintenir intacte une organisation sociale et politique (cela apparaît particulièrement vrai si l'on considère l'impossibilité pratique de modifier la Constitution, comme l'illustrent chez nous les tentatives de *Meech* et de *Charlottetown*), voire d'imposer un retour en arrière. Comme le fait remarquer le professeur Ely, «*it is hard to square with the theory of our government the proposition that yesterday's majority, assuming it was a majority, should control today's*»⁴⁶¹. C'est une chose de rappeler qu'un document comme le *Bill of Rights* ou la *Charte canadienne*

⁴⁵⁹En effet, le caractère éminemment *prospectif* de la norme écrite (la norme posée pour un usage futur) équivaut à dire aujourd'hui que nous nous engageons à agir demain de telle manière —un engagement qui semble dépourvu de sens si demain nous autorise à donner un sens nouveau à la norme écrite. Toutefois, cette conception intuitive de l'interprétation suppose (notamment) qu'il y a une signification correspondant objectivement au texte et qu'il est possible de «récupérer» cette signification.

⁴⁶⁰Ce peu de faveur que recueille chez nous la théorie de l'intention originelle est d'ailleurs peu surprenante, considérant la spécificité de notre situation constitutionnelle. Comme il a déjà été souligné, il s'agit d'une théorie qui fait ultimement reposer l'autorité de la Constitution sur l'autorité de ceux qui l'ont adoptée [voir Larry SIMON, «The Authority of the Constitution and its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 603]. Cela est sans doute une avenue attrayante aux États-Unis, où la distance historique et le contexte révolutionnaire permettent de donner un caractère mythique à ceux qui sont à l'origine du *Bill of Rights*. Mais ni cette distance, ni la gloire révolutionnaire ne se retrouvent chez nous, où le contexte politique du rapatriement de 1982 est certainement un obstacle à une glorification des auteurs du document. Dans ce contexte, c'est plutôt sur les termes mêmes de la *Charte* comme incarnation symbolique de certaines valeurs que repose l'autorité constitutionnelle. Cela implique en retour que l'interprétation de la *Charte* ne peut s'appuyer sur une autorité préexistante, mais, comme j'en discuterai plus loin à travers la perspective herméneutique, doit plutôt fournir elle-même les fondements de son autorité.

⁴⁶¹J. ELY, *op. cit.*, note 435, p. 62.

visé précisément à freiner l'application du principe majoritaire, cela en est une autre que de chercher à se servir de ce document pour cristalliser un ordre social⁴⁶².

Ces objections politiques sont, par ailleurs, étayées de sérieux arguments théoriques et épistémologiques. Sans doute, la conception de l'acte d'interprétation comme découverte du sens voulu n'est-elle pas aussi absurde ou naïve que certains sont parfois enclins à la dépeindre. Il m'apparaît néanmoins difficile de soutenir sérieusement une théorie de l'interprétation qui revient à prendre l'intention de l'auteur comme prémisse de la démarche interprétative («étant donné l'intention de l'auteur qui était "X", le sens du texte doit être "Y"). Une telle description de l'acte d'interprétation (qui correspond à celle professée par les tenants de l'intention originelle) est insoutenable parce qu'elle suppose qu'il existe une méthode non-interprétative permettant d'accéder à l'intention de l'auteur et, à partir de cette intention, de déterminer le sens des mots qu'il a employés pour formuler son intention (l'acte d'interprétation à proprement parler)⁴⁶³.

D'autre part, si la possibilité de donner un sens à un texte en se fondant sur l'intention de son auteur est théoriquement problématique, la tâche le semble davantage, au plan épistémologique cette fois, lorsqu'il n'existe pas d'auteur identifiable dont l'intention puisse avoir une autorité particulière⁴⁶⁴. À cet égard, l'idée qu'il faille plutôt rechercher la conception qu'avaient les gens de l'époque des diverses garanties constitutionnelles repose sur l'hypothèse discutable d'un regard neutre, de même que sur celle, également problématique, d'un moment historique où la moralité politique ne présentait pas les marques de la dissension. Le contexte canadien, où l'adoption de la *Charte* est très récente, permet

⁴⁶²Comme le soutient le professeur Lemos,

*«No society can be democratic in its constitution unless the latter contains these institutions as essential components. One is freedom of speech; the other is freedom of each generation to determine for itself the institutions, laws, policies and practices to which it is to be subject» (R. LEMOS, *op. cit.*, note 358, p. 172. Je souligne).*

⁴⁶³Il apparaît manifeste qu'une «réalité historique» (celle à laquelle prétendent avoir accès les tenants de la théorie de l'intention originelle) ne saurait être accessible que de façon médiate et demande ainsi à être interprétée.

⁴⁶⁴Pour une critique courte mais percutante de la théorie de l'intention originelle voir: Paul BREST, «The Misconcieved Quest for the Original Intent», (1980) 60 *Boston U. Law. Rev.* 204 (et notamment la p. 214, au sujet de la difficulté particulière d'imputer une intention à un groupe d'auteurs).

d'illustrer à cet égard les lacunes de l'approche centrée sur la recherche de l'intention originelle. Les problèmes soulevés par l'évaluation du caractère raisonnable d'atteintes au droit de vote telles l'exclusion des détenus, les variations démographiques entre les circonscriptions, la répartition du temps d'antenne entre les partis (on pourrait ici multiplier les exemples) ne sont d'aucune façon résolus ou même simplifiés par la recherche d'une prétendue intention originelle. Bref, ce qui est sujet à polémique aujourd'hui ne faisait l'objet d'aucun consensus en 1982, et on ne gagne rien à reporter le débat en arrière. Pour ces raisons, la théorie de l'intention originelle semble insatisfaisante tant du point de vue politique que théorique.

2. Les théories cherchant à fonder une légitimité institutionnelle du contrôle judiciaire

Le scepticisme face à la possibilité d'un contrôle judiciaire par lequel les tribunaux mettraient en application des normes objectivement identifiables, indépendantes de leurs volontés personnelles, extérieures, donc, aux juges, conduit à adopter l'une des deux positions suivantes: soit nier toute légitimité au contrôle constitutionnel (et au système juridique en général) en n'y voyant que domination d'une élite de juges exerçant un pouvoir au mieux arbitraire, au pire déterminé entièrement par des intérêts de classe —«*The new nihilists' conception of meaning and interpretation*», écrit le professeur Hoy «*sees the language as either incoherent or else a disguised attempt to impose the interests of the dominant social group*»⁴⁶⁵— ; soit, alors, reconnaître le caractère créatif de l'interprétation, mais tenter de légitimer néanmoins le contrôle judiciaire en se fondant sur ce qu'on peut appeler une théorie «institutionnelle», c'est-à-dire une théorie qui fait reposer la légitimité du contrôle judiciaire non plus sur le caractère objectif de la norme appliquée par le juge, mais plutôt sur une qualité particulière de l'institution judiciaire.

Remarquons au départ que chacune de ces deux approches nie expressément la possibilité de satisfaire l'exigence d'extériorité et, à ce titre, elles nous éloignent de la perspective établie jusqu'ici. Il semble néanmoins utile d'accorder une attention à la seconde des deux attitudes décrites ci-dessus, dans la mesure où non seulement elle correspond à une part significative de la doctrine relative à la question de la légitimité du contrôle judiciaire, mais

⁴⁶⁵David Couzens HOY, «Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 136, 166.

également en raison du fait que ceux qui partagent cette attitude lient la légitimité institutionnelle, directement ou indirectement, à l'idée de démocratie.

La forme la moins intéressante que prend un tel lien se trouve dans l'affirmation suivant laquelle le contrôle judiciaire est ultimement légitime "parce qu'il a été implanté par les représentants élus"⁴⁶⁶. Non pas qu'une telle affirmation soit sans fondement, mais, d'une part, on constate assez rapidement ses limites: toute loi étant le fait de ces mêmes représentants élus, le contrôle judiciaire met alors en conflit deux légitimités identiques, celle de la Constitution et celle de la loi. Dans tous les cas, la tâche confiée aux tribunaux par les représentants élus ne saurait équivaloir à un chèque en blanc. Il semble incontestable qu'une utilisation abusive de ce pouvoir (quel que soit le critère qui permette d'en juger) en minerait la légitimité, de sorte qu'on est condamné à recourir à une théorie normative pour en établir la légitimité.

L'approche suggérée par Michel Tropper ne semble guère plus satisfaisante⁴⁶⁷. Reconnaisant au départ le caractère volontariste de l'acte d'interprétation⁴⁶⁸, Tropper cherche à réconcilier le pouvoir du juge constitutionnel avec l'idée de démocratie en hissant celui-ci au statut de représentant du peuple. Selon lui: «la démocratie ce n'est pas la volonté de la majorité, mais la volonté générale et celle-ci est exprimée par des représentants. Le juge constitutionnel est l'un de ces représentants»⁴⁶⁹. Mais Tropper n'explique pas le caractère démocratique de cette représentation (à ce titre, le monarque omnipotent de Hobbes était certainement un représentant du peuple). Il ne dit pas non plus ce qu'est cette fiction appelée «volonté générale» et, surtout, en quoi elle répond à un quelconque idéal démocratique. Il développe à cet égard l'idée que la volonté générale est le fruit d'un équilibre entre l'apport du Parlement, qui statue «en opportunité», et l'apport du Conseil, qui statue «en droit». Le juge constitutionnel serait emprisonné dans des contraintes qui l'empêcheraient de statuer en

⁴⁶⁶ Ainsi le juge Lamer écrit-il que «la décision historique d'enclôser la Charte dans notre Constitution a été prise par les représentants élus de la population canadienne» (*Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 458, 497).

⁴⁶⁷ Michel TROPPER, «Justice constitutionnelle et démocratie», (1990) 1 *Revue française de droit constitutionnel*, 31.

⁴⁶⁸ Ayant reconnu qu'au sujet d'un texte «il n'existe pas de signification susceptible d'être connue», Tropper en conclut que «[l]a détermination d'une signification est donc l'énoncé d'une prescription. Elle est bien une fonction de la volonté» (*Idem*, 35-36).

⁴⁶⁹ *Idem*, 47.

opportunité: la fonction judiciaire oblige le juge à une certaine cohérence. Même en admettant cela, Tropper ne nous dit pas en quoi ce système est démocratique, par opposition à un système où la volonté majoritaire prévaudrait systématiquement. Face à ce que l'on devrait considérer comme l'échec de sa démarche, Tropper répond en conclusion:

«La seule tâche qu'une science positive puisse s'assigner, c'est, sachant que le système se donne comme démocratique et qu'il comporte un contrôle de constitutionnalité, de découvrir quel est le sens de «démocratie» qu'il présuppose. Il est tout à fait possible que «démocratie» ait, pour ce système, une signification entièrement différente de sa signification habituelle. Il appartient à la science du droit de la décrire et rien de plus»⁴⁷⁰.

Conclusion pour le moins curieuse, par laquelle Tropper sape toute force légitimante de son modèle «démocratique», modèle caméléon qui est en fait adaptable à toute forme de gouvernement, aussi bien monarchique que républicain, à la seule condition de se présenter lui-même sous l'étendard de la démocratie.

Certaines théories institutionnelles offrent cependant plus d'intérêt. C'est, principalement, le cas de la conception procédurale du contrôle judiciaire proposée par le professeur Ely dans son ouvrage *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, qui n'a cessé de retenir l'attention depuis sa parution en 1980⁴⁷¹. Selon le professeur Ely, l'aspect indéterminé de la Constitution en ce qui a trait aux «*substantive rights*», c'est-à-dire au "contenu" des droits, ainsi que le caractère profondément politique des choix quant à la détermination de tels droits⁴⁷², dicte aux tribunaux de faire preuve de retenue et de n'intervenir activement que dans une perspective *procédurale*. Au premier chef, selon lui, les tribunaux doivent se faire gardiens du processus politique (notamment en s'assurant du respect du principe *one person, one vote*) de façon à ce que ce processus permette la prise en considération des intérêts de chacun. Leur rôle ne consiste ainsi pas tant à garantir directement tel bien à chacun, mais plutôt de s'assurer que le processus politique par lequel la distribution

⁴⁷⁰*Idem*, 47-48.

⁴⁷¹J. ELY, *op. cit.*, note 435.

⁴⁷²*Idem*, p. 55.

ou la répartition de ce bien est effectuée est ouvert⁴⁷³, et n'est pas dominé par les intérêts d'un groupe particulier au détriment d'un autre.

En second lieu, et de façon liée, il appartient aux tribunaux de protéger les minorités susceptibles d'être ignorées par le processus politique à caractère majoritaire, de façon à s'assurer que les lois n'aient pas pour effet de participer à l'isolation politique d'un segment de la société. L'argument ici est à l'effet que les lois discriminatoires doivent être invalidées non pas tant parce qu'elles privent certains individus d'un bien auquel ils auraient constitutionnellement droit, mais plutôt parce que ces lois ont un effet systémique à plus long terme sur le processus politique en marginalisant un groupe de la société (le meilleur exemple étant sans doute la discrimination en matière d'éducation)⁴⁷⁴. Ely s'en tient donc, autant que cela est possible, à une approche procédurale, à tout le moins dans sa finalité⁴⁷⁵.

⁴⁷³Les tribunaux sont ainsi justifiés d'intervenir lorsqu'il apparaît que «*the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and that the outs will stay out*» (*Idem*, p. 103).

⁴⁷⁴*Idem*, pp. 162 à 170. À cet égard, la critique du professeur Hogg à l'effet qu'il faut s'attendre, dans une démocratie, à ce que la majorité réussisse à imposer ses préférences à la minorité, semble manquer la cible. Ce ne sont, en effet, pas tant les défaites des minorités qui sont visées par Ely, que celles qui visent à les maintenir en position minoritaires ou à l'écart du pouvoir. Voir: Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, p. 171.

⁴⁷⁵Les deux piliers du contrôle procédural prôné par Ely — l'égalité dans le fonctionnement du processus politique et la non-discrimination — ont été, selon le même auteur, les deux chevaux de bataille de la «*Warren Court*», pour laquelle il ne cache pas son admiration. Quant au premier thème, il écrit de la «*Warren Court*»:

«*[T]he interventionism was fueled not by a desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important and fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process — which is where such values are properly identified, weighed and accommodated — was open to those of all view-points on something approaching an equal basis*» (J. ELY, *op. cit.*, note 435, p. 74).

Quant au second thème:

«*[R]ather than announcing that good or value X was so important or fundamental it simply had to be provided or protected, the Court's message here was that insofar as political officials had chosen to provide or protect X for some people (generally people like themselves), they had better make sure that everyone was similarly accommodated or be prepared to explain pretty convincingly why not*» (*Idem*).

Le professeur Ely retrace sa conception «procédurale» de la Constitution aux origines des États-Unis alors que le fédéralisme était censé, par la création d'une grande nation diversifiée, empêcher qu'un groupe soit suffisamment fort ou dominant pour s'emparer du pouvoir et imposer sa domination⁴⁷⁶. De surcroît, selon lui, le texte de la constitution est, non pas exclusivement, mais principalement intéressé aux questions de structure et de procédure⁴⁷⁷. Cela est non seulement un constat, mais une prescription: pour Ely, l'expérience (et notamment l'expérience de la tempérance) démontre qu'il est inapproprié d'inscrire dans la Constitution des choix substantifs spécifiques. Enfin, Ely considère que les tribunaux sont particulièrement aptes à remplir ce rôle d'arbitre procédural, pour lequel ils jouissent d'une expertise et d'une expérience inégalées. C'est essentiellement par cet aspect de la théorie procédurale que l'on peut qualifier d'"institutionnelle" la légitimité dont jouissent, suivant cette optique, les tribunaux.

Si l'approche proposée par le professeur Ely a fait l'objet de nombreuses critiques, la plus sévère est probablement celle formulée par Lawrence Tribe dans un chapitre intitulé «*The Pointless Flight from Substance*»⁴⁷⁸. Il semble en effet impossible de soutenir qu'un contrôle procédural puisse exister indépendamment de choix de valeurs, et le professeur Tribe ne mâche pas ses mots pour le lui rappeler:

«[I]t is not difficult to show that the constitutional theme of perfecting the processes of governmental decisions is radically indeterminate and fundamentally incomplete. The process theme by itself determines almost nothing unless its presupposes are specified, and its content supplemented, by a full theory of substantive rights and values the very sort of theory the process-perfecters are at such pains to avoid»⁴⁷⁹.

De fait, comme le souligne Tribe, un des principes procéduraux invoqué par Ely et qui est au coeur de sa théorie, celui de «*one person, one vote*», peut difficilement être défendu sans référence à des valeurs substantives⁴⁸⁰. Or, non seulement s'agit-il d'un choix de

⁴⁷⁶J. ELY, *op. cit.*, note 435, p. 80.

⁴⁷⁷*Idem*, pp. 92 à 99.

⁴⁷⁸Lawrence TRIBE, *Constitutionnal Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 9 à 20.

⁴⁷⁹*Idem*, p. 10. Pour une critique analogue mais moins féroce, voir: P. HOGG, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» dans Richard F. DEVLIN, *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery, 1991, p. 382.

⁴⁸⁰L. TRIBE, *op. cit.*, note , 478, p. 14.

valeur, mais, comme le démontre le professeur Maltz, il ne trouve appui ni dans le texte de la Constitution, ni dans l'historique de ses dispositions pertinentes⁴⁸¹. Dans tous les cas, on voit mal comment un tel principe pourrait être présenté comme politiquement "neutre"⁴⁸².

Néanmoins, il serait exagéré de considérer les approches institutionnelles comme dépourvues de toute pertinence. Certainement, il faut reconnaître le mérite de l'argument du professeur Ely à l'effet que les tribunaux sont dans une position particulièrement favorable, si on les compare aux autres branches étatiques, pour effectuer un contrôle sur la procédure électorale, étant donné qu'ils n'y ont pas, contrairement aux branches législative et exécutive, d'intérêt direct et personnel⁴⁸³. C'est, résumé en une seule phrase, ce que j'ai tenté de démontrer en cent pages par l'exposé historique des rapports entre le Roi, les tribunaux et le Parlement en matière électorale et parlementaire.

Il faut cependant admettre que cette légitimité institutionnelle n'est pas suffisante, et que l'on ne saurait tenter de dissimuler les choix de valeurs importants qu'exige le contrôle judiciaire en matière électorale en invoquant une quelconque expertise des juges en ce qui a trait aux questions procédurales. Il semble assez clair que les juges n'ont pas d'expertise particulière en matière de procédure politique; et même si tel était le cas, l'aptitude à faire certains choix n'est certainement pas une qualité suffisante pour légitimer des choix spécifiques: encore faut-il les justifier, à moins de s'en remettre aveuglément à la volonté de quelques "sages".

D'une part, on semble ainsi incapable d'échapper à la nécessité de formuler une *théorie normative* de la légitimité du contrôle judiciaire qui permettrait de justifier les normes fondamentales par un référent extérieur au juge. D'autre part, cette exigence d'extériorité se heurte à un obstacle épistémologique insurmontable. Comme l'écrit le professeur Tribe:

⁴⁸¹Earl M. MALTZ, *Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism and the Politics of Judicial Review*, Kansas, University of Kansas Press, 1994, pp. 101-104.

⁴⁸²Sur ce point, voir plus loin la discussion sur les modèles d'interprétation en matière électorale (*infra*, pp. 175 et suiv.) de même que le Chapitre 3 de la Partie II sur le découpage de la carte électorale (*infra*, pp. 392 et suiv.).

⁴⁸³Voir en ce sens: E. M. MALTZ, *op. cit.*, note 481, p. 106. Cela ne veut pas dire que les juges, comme les citoyens, n'ont pas d'intérêt politique partisan. Mais on doit reconnaître que leur intérêt n'y est clairement pas aussi significatif que celui des élus.

«Who would disagree that constitutional decisions —choices among competing constitutional arguments and meanings— ought to, and necessarily do, represent something less whimsical and personal than the unconstrained "will of the judges"? Yet who could believe that constitutional decisions and choices might reflect anything as external and eternal, impersonal and inexorable, as the "will of the law"?»⁴⁸⁴.

Obsédée par l'idée d'extériorité, la doctrine qui s'intéresse à la légalité constitutionnelle semble naviguer de Charybde en Scylla. Éviter ces écueils exige alors un changement d'approche. C'est ce que je propose de faire en substituant à l'idée rigide d'extériorité le concept plus souple et plus riche d'«intersubjectivité».

Ma prétention est que ce concept permet à la fois de décrire de façon réaliste le processus judiciaire en matière constitutionnelle et de satisfaire, dans une certaine mesure, à l'idéal de légalité que propose l'État de droit. Ma démarche ne vise en aucun cas à formuler une panacée ou une «recette» offerte aux juges. Il s'agit, premièrement, de voir comment les conditions contingentes qui rendent possible l'acte d'interprétation, de même que le contexte dans lequel l'interprétation judiciaire se déroule, impliquent la référence à une tradition de croyances qui s'opposent à une conception purement volontariste ou discrétionnaire de l'interprétation. Il s'agit, en second lieu, de défendre la proposition suivant laquelle le contrôle judiciaire, loin d'être une science objective, constitue néanmoins un processus essentiel qui fournit l'occasion d'explicitier nos choix politiques et d'en assumer la responsabilité. J'entends ici défendre l'idée selon laquelle la *Charte* constitue l'instrument d'une «maïeutique» qui m'apparaît fondamentale.

Section 2.2 - La légalité comme «intersubjectivité»: une approche herméneutique

A. Le droit comme construit intersubjectif

La notion d'«intersubjectivité» puise sa force évocatrice dans son caractère équivoque: elle suggère à la fois l'individualité, le particularisme et le relativisme associés à l'idée de

⁴⁸⁴L. TRIBE, *op. cit.*, note 478, p. 3.

subjectivité, et à la fois une certaine relation de partage, une communauté de croyances. L'intersubjectivité constitue un des concepts clé du mouvement d'analyse philosophique contemporaine que constitue l'herméneutique⁴⁸⁵. Très largement influencée par les travaux de Gadamer —et en particulier son oeuvre maîtresse, *Truth and Method*⁴⁸⁶— l'herméneutique contemporaine marque une rupture avec l'herméneutique classique, d'une part, en étendant le champ de l'herméneutique au-delà de l'interprétation des textes (en particulier des textes sacrés et juridiques) pour embrasser l'ensemble des savoirs; d'autre part, en se dégageant des prétentions à l'objectivité de l'historicisme qui avait marqué, notamment, les travaux de Dilthey⁴⁸⁷. Avec Gadamer, l'herméneutique est un courant philosophique dont on peut dire, très sommairement, qu'il s'intéresse au savoir en tant qu'interprétation à l'intérieur d'une tradition de croyances⁴⁸⁸. L'intérêt de cette perspective herméneutique est qu'elle parvient à rendre compte du caractère irrémédiablement contingent de notre rapport au monde et à l'intégrer dans une théorie de la connaissance qui, tout en abandonnant la prétention à l'objectivité, échappe néanmoins au scepticisme. Dans les quelques pages qui suivent, je propose d'introduire sommairement certains éléments essentiels de la perspective herméneutique comme perspective générale sur la connaissance, pour ensuite examiner ses implications pour la compréhension du droit, et en particulier de l'idéal de légalité. L'exposé sera principalement centré sur l'herméneutique philosophique de Hans Gadamer, mais fera

⁴⁸⁵Sans doute faut-il apporter certaines nuances en parlant ici de mouvement philosophique ou de «courant» herméneutique. Outre Gadamer et Ricoeur, qui constituent les grandes figures de l'herméneutique, d'autres penseurs comme Betti, Appel et Habermas se sont intéressés à l'herméneutique sans toutefois pouvoir être associés aux deux premiers en raison des diverses oppositions qui marquent leur pensée respective. Je n'entend pas ici m'arrêter sur les controverses entre ces auteurs (en particulier entre Gadamer et Habermas), mais plutôt me centrer sur la pensée de Gadamer.

⁴⁸⁶Hans GADAMER, *Truth and Method*, traduit de l'allemand par Garrett Barden et John Cumming, New York, Seabury Press, 1975.

⁴⁸⁷Pour une vue d'ensemble du mouvement herméneutique, voir: Jean GRONDIN, *L'universalité de l'herméneutique*, Paris, PUF, 1993.

⁴⁸⁸On parle en ce sens d'«universalisme herméneutique», soulignant ainsi que toute connaissance, même la plus immédiate, est interprétation. Voir ainsi Richard SHUSTERMAN, *Sous l'interprétation*, traduit de l'anglais par Jean-Pierre Cometti, coll. tiré à part, Paris, Éditions de l'éclat, 1994, pp. 51 et suiv. (qui critique cette position comme étant excessive d'un point de vue pragmatique).

également état de certaines affinités profondes de la pensée de Gadamer avec la théorie postmoderne du savoir que l'on retrouve chez Stanley Fish et Richard Rorty⁴⁸⁹.

1. La connaissance comme interprétation au sein d'une tradition: la perspective herméneutique

Chacune des diverses approches abordées précédemment quant au problème de la légitimité du contrôle judiciaire avait en commun deux prémisses plus ou moins explicites et, en réalité, intimement liées. La première était que l'idéal de légalité repose en définitive sur la possibilité d'une norme extérieure à la volonté du juge. Cette première prémisse en présuppose toutefois elle-même une seconde, à savoir que la «connaissance vraie» —ici la connaissance de la norme par le juge— fait appel à une relation de correspondance entre la réalité et le savoir qui vise à décrire cette réalité.

Cette prémisse est communément désignée en philosophie comme «paradigme de la vérité-correspondance» («*truth as correspondance to reality*»⁴⁹⁰). Non seulement les doctrines rationaliste et empiriste, qui avaient marqué la modernité, postulaient-elles toutes

⁴⁸⁹Pour une excellente introduction à la pensée postmoderne de Fish et Rorty, voir Peter SCHANCK, «Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation», (1992) 65 *S. California L. Rev.* 2505. Peter Schanck résume la pensée postmoderne à l'idée «*that our perspectives on the world are culturally and linguistically conditioned, that reality is never transparent to us, and that the content of our knowledge depends on our different situations*» (p. 2515), une perspective qui, comme je le montre ci-après, est au coeur de l'herméneutique philosophique gadamérienne.

⁴⁹⁰Richard RORTY, «Solidarity or Objectivity», dans Lawrence CAHOONE (dir.), *From Modernism to Postmodernism*, Cambridge, Blackwell Publishers, 1996, p. 573, à la p. 575. Hilary Putmen parle pour sa part de «théorie de la vérité-similitude», qui aurait dominé la pensée occidentale à partir d'Aristote jusqu'à Kant. Il écrit:

«Cette théorie, comme les théories modernes, utilisait l'idée d'une représentation mentale. Cette présentation, l'image qu'a l'esprit de la chose extérieure, est ce qu'Aristote appelait un *phantasme*. La relation entre le phantasme et l'objet extérieur, en vertu de laquelle le phantasme représenta à l'esprit l'objet extérieur, vient (selon Aristote) de ce que le phantasme *partage une forme* avec l'objet extérieur. Puisque le phantasme et l'objet extérieur sont similaires (puisque'ils partagent une forme), l'esprit, qui dispose du phantasme, dispose aussi directement de l'objet extérieur» (Hilary PUTMEN, *Raison, vérité et histoire*, traduit de l'anglais par Abel Gershenfeld, Paris, Éditions de Minuit, 1984, p. 69).

deux la possibilité d'une telle correspondance, mais elles en faisaient dépendre la validité de toute prétention à la connaissance. Malgré leur opposition⁴⁹¹, ces deux doctrines —qui se refléteront en droit dans l'opposition entre jusnaturalistes et positivistes— ont pour caractéristiques communes, premièrement, de faire de l'acte de connaissance «une activité monologique, c'est-à-dire interne à la conscience d'un sujet connaissant»⁴⁹², et, deuxièmement, de défendre la possibilité d'une connaissance «vraie» qui se caractérise par une correspondance entre les représentations de la réalité (le savoir) et la réalité extérieure que ce savoir prétend décrire.

C'est précisément cette conception moderne de la vérité qui est aujourd'hui mise en cause avec l'affirmation constructiviste suivant laquelle la réalité n'est jamais accessible autrement que de façon médiate, c'est-à-dire à travers le filtre du langage, de la culture et des préconceptions de l'observateur. «*Facts*», écrit Guba, «*are facts only within some theoretical framework*»⁴⁹³. Il n'existe, en d'autres termes, pas de perspective neutre ou éclairée, de «*God's eye view*», permettant d'extraire le sujet de sa perspective contingente et d'assurer la correspondance d'une proposition à la réalité qu'elle prétend décrire. Comme l'exprime avec justesse le professeur Tremblay:

«La raison fondamentale n'est ni l'affirmation banale que la perception n'est pas fiable, ni l'affirmation bizarre que les choses n'existent pas indépendamment de notre perception. Elle est que les «faits» que l'on décrit [...] sont toujours «fabriqués» par le langage qui les exprime. Ils sont toujours une «construction» qui

⁴⁹¹Le rationalisme, dont Descartes constitue la figure de proue, fonde la connaissance sur l'évidence, c'est-à-dire sur des propositions irrécusables qui s'imposent à tout être doué de raison, cherchant à étendre la connaissance à toutes les conséquences nécessaires de ces propositions. À l'opposé, la doctrine empiriste ne reconnaîtra comme vrai que ce qui peut faire l'objet d'une vérification objective par le moyen de l'expérience.

⁴⁹²Jacques LENOBLE, «Droit et communication: Jürgen Habermas», dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 172. Perelman écrit dans le même sens que «[d]ans la philosophie classique, les théories de la connaissance ont envisagé l'individu seul en face de l'univers» (Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 179).

⁴⁹³Egon GUBA, «The Alternative Paradigm Dialog», dans E. GUBA (dir.), *The Paradigm Dialog*, Newberry Park (Calif.), Sage Publications, 1990, p. 17, à la p. 25. De la même façon, Hilary Putman avance l'idée que «[l]es "objets" n'existent pas indépendamment des cadres conceptuels» (H. PUTMEN, *op. cit.*, note 490, p. 64). Cette idée est moins radicale qu'elle peut en avoir l'air. Elle n'équivaut pas à dire que le monde «n'existe que dans les esprits», mais signifie plutôt que le monde réel ne peut être appréhendé et représenté qu'à travers des catégories conceptuelles qui sont propres à une communauté.

dépend des théories (préconceptions, présuppositions, catégories conceptuelles, croyances, etc.) acceptées comme valables par le sujet (ou groupe de sujets) qui en propose la description et qui, à leur tour, dépendent de la tradition linguistique, culturelle, historique et [...] scientifique dans laquelle il se situe»⁴⁹⁴.

Endossant cette perspective constructiviste et antifondationaliste, l'herméneutique philosophique présente ainsi la connaissance comme «interprétation»⁴⁹⁵, c'est-à-dire comme portant non pas sur les «choses en soi», pour reprendre la terminologie kantienne, mais plutôt sur des représentations du monde. Ces représentations du monde sont, plus spécifiquement, celles que rendent possible le fait d'appartenir à une tradition, de disposer d'un langage et, par le fait même, de certaines préconceptions ou de certains préjugés (historiques, philosophiques, religieux, économiques, etc.). Ainsi, pour Gadamer,

*«the historicity of our existence entails that prejudice, in the literal sense of the word, constitute the initial directedness of our whole ability to experience. Prejudices are biases of our openness to the world. They are simply conditions whereby we experience something—whereby what we encounter says something to us»*⁴⁹⁶.

Dans cette perspective, affirmer que la connaissance est contingente, ce n'est pas seulement reconnaître ses limites; c'est aussi, et d'abord, reconnaître les conditions de sa possibilité. C'est précisément dans la finitude et la contingence de son existence, en même temps que dans son rattachement à une tradition —et en particulier un langage⁴⁹⁷—, que l'individu se voit

⁴⁹⁴Luc TREMBLAY, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif: une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme», (1996) 56 *R. du B.* 141, 171.

⁴⁹⁵Gadamer écrit ainsi: «*All understanding is interpretation, and all interpretation takes place in the medium of language which would allow the object to come into words*» (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 350). De même, il écrit plus tôt: «*Interpretation is not an occasional additional act subsequent to understanding, but rather understanding is always an interpretation, and hence interpretation is the explicit form of understanding*» (*Idem*, p. 274).

⁴⁹⁶H. GADAMER, «The Universality of the Hermeneutical Problem», dans Gayle ORMISTON et Alan SCHRIFT (dir.), *The Hermeneutical Tradition, From Heidegger to Ricoeur*, Albany, State University of New York Press, 1990, p. 147, aux pp. 151-152.

⁴⁹⁷Sur la centralité du langage dans l'herméneutique philosophique, voir notamment: H. GADAMER, «The nature of things and the language of things», dans David LINGE (dir.), *Philosophical Hermeneutics: Hans Gadamer*, Berkeley, University of California Press, 1976, p. 69. David Linge écrit ainsi, au sujet du rapport entre le langage et la connaissance dans la perspective herméneutique:

en mesure de poser un regard sur le monde et d'en formuler une interprétation⁴⁹⁸. Cette nature essentiellement langagière du savoir («*Being that can be understood is language*»⁴⁹⁹) signifie que la connaissance, c'est-à-dire l'acte d'interprétation, est un acte dialogique: elle constitue un *discours*, formulé par le sujet à lui-même⁵⁰⁰ ou à autrui, et par lequel celui qui s'y engage apporte ses préconceptions et les met en jeu. L'illusion naïve qui sous-tend l'idéal moderne d'objectivité consiste alors à penser qu'il est possible de mettre de côté nos concepts et nos préjugés sans détruire ce qui rend possible l'acte de compréhension⁵⁰¹.

Bien qu'avec l'herméneutique philosophique Gadamer avance une théorie qui couvre l'universalité des actes de compréhension, sa démarche est avant tout centrée sur le problème de l'interprétation des textes, que Gadamer présente comme une «fusion des horizons» du texte et de l'interprète. Ce concept d'«horizon»⁵⁰² apparaît particulièrement approprié en ce

«*[W]e always possess our world linguistically. Word and subject matter, language and reality are inseparable, and the limits of our understanding coincide to the limits of our common language. In this sense, there is no "world in itself" beyond its presence as the subject matter of a particular language*» (*Idem*, p. xxviii).

⁴⁹⁸Voir également en ce sens: C. PERELMAN, *op. cit.*, note 492, pp. 177 à 183.

⁴⁹⁹H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 432. Insistant sur l'unicité du savoir et du langage, Gadamer écrit, dans une formule particulièrement éclairante: «*that which comes into language is not something that is pre-given before language; rather, it receives in the word its own definition*» (*Idem*).

⁵⁰⁰«*Because our understanding does not embrace what it knows in one single comprehensive glance, it must always produce out of itself what it thinks, and present to itself as if in an inner dialogue with itself. In this sense all thought is speaking to oneself*» (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 382).

⁵⁰¹«*To try to eliminate one's own concepts in interpretation is not only impossible, but manifestly absurd. To interpret means precisely to use one's own preconceptions so that the meaning of the text can really be made to speak for us*» (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 358). À cet égard, l'herméneutique gadamérienne se distingue fondamentalement de la théorie herméneutique de ses prédécesseurs, en particulier Schleiermacher et Dilthey. Ces derniers considéraient en effet que les changements de perspective liés à la temporalité et à la contingence des interprétations successives entraînaient des *distorsions* de la signification véritable du texte, de sorte qu'il fallait tenter de se replacer dans le contexte originel de façon à saisir la signification voulue par l'auteur d'un texte. Gadamer rejette une telle possibilité en soulignant l'impossibilité d'une reconstruction du contexte historique qui ne soit pas conditionnée par la contingence de notre propre regard.

⁵⁰²«*We define the concept of "situation" by saying that it represents a standpoint that limits the possibility of vision. Hence an essential part of the concept of situation is the concept of*

qu'il suggère à la fois une perspective limitée et une frontière mouvante («*The horizon is [...] something into which we move and that moves with us*»⁵⁰³). Cette perspective est la perspective contingente de la tradition qui rend possible la connaissance tout en s'en trouvant modifiée par elle⁵⁰⁴.

Le recours au concept de tradition comme condition nécessaire à l'interprétation n'implique donc pas un déterminisme ou une fixité du savoir, car l'acte d'interprétation est en même temps une réappropriation et une transformation de cette tradition dont nous sommes à la fois le produit et les producteurs, l'oeuvre et les auteurs⁵⁰⁵. L'interprétation d'un texte n'est pas une simple reproduction d'un sens, mais la production, toujours nouvelle, d'une compréhension dans le cadre d'une tradition sans cesse renouvelée et réinterprétée. Comme l'écrit Gadamer:

*«Certainly, there is here to for all understanding a criterion by which it is measured and a possible completion. It is the content of the tradition itself that is the sole criterion and expresses itself in language. But there is no possible consciousness—we have repeatedly emphasised this, and it is the basis of the historicalness of understanding—there is no possible consciousness, however infinite, in which the "object" that is handed down would appear in the light of eternity. Every assimilation of tradition is historically different: which does not mean that every one represents only an imperfect understanding of it. Rather, every one is the experience of a "view" of the object itself»*⁵⁰⁶.

"horizon". *The horizon is the range of vision that includes everything that can be seen from a particular vantage point*». (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 269).

⁵⁰³H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 271. Comme l'écrit Habermas: «*Horizons are open, and they shift; we enter into them and they in turn move with us*» (Jurgen HABERMAS, «A Review of Gadamer's *Truth and Method*», dans G. ORMISTON et A. SCHRIFT (dir.), *op. cit.*, note 496, p. 213, à la p. 217).

⁵⁰⁴«*Tradition, écrit Gadamer, is not simply a precondition into which we come, but we produce it ourselves, inasmuch as we understand, participate in the evolution of tradition and hence further determine it ourselves*» (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 261).

⁵⁰⁵David Linge écrit en ce sens: «*prejudices are not a prison that isolates us from the new, but a particular starting point from which understanding advances*» (D. LINGE (dir.), *op. cit.*, note 496, p. xxx).

⁵⁰⁶H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 430.

Si l'interprétation, qui est ainsi conditionnée par la tradition dans laquelle s'inscrit l'interprète⁵⁰⁷, ne saurait jamais être correcte «en elle-même», elle n'implique pas moins, toujours et nécessairement, une prétention à la validité («*claim to correctness*»)⁵⁰⁸. Cette perspective exige alors clairement l'abandon du paradigme traditionnel de la vérité comme correspondance évoqué plus haut, au profit du paradigme de «vérité-cohérence» caractéristique de la pensée postmoderne, et que l'on appelle aussi parfois «perspective interne»⁵⁰⁹, ou encore «solidarité»⁵¹⁰. Une proposition est tenue pour «vraie», non pas parce qu'elle correspondrait objectivement à une réalité extérieure —ce qui supposerait une perspective détachée à laquelle nous ne pouvons accéder—, mais plutôt dans la mesure où elle s'insère de façon cohérente avec les représentations du monde telles qu'elles se présentent à l'intérieur d'un système de croyances, qui est celui d'une culture, d'un langage, d'une communauté. Ce savoir «vrai» est alors marqué du double sceau de la précarité et de l'intersubjectivité.

Comme le souligne Gadamer, «*the discovery of the true meaning of a text or a work of art is never finished; it is in fact an infinite process*»⁵¹¹. Cela n'implique pas que l'interprète

⁵⁰⁷À l'instar de Gadamer, la notion de «tradition» à laquelle j'ai recours est une notion passablement vague et ouverte. Certaines distinctions peuvent sans doute être faites entre ses éléments constitutifs. Charles Taylor suggère, par exemple, trois niveaux de compréhension, distinguant le niveau de la doctrine explicite (quant aux conceptions du bien, de la société, de la personne, etc.) de celui que Bourdieu nomme «habitus» et qui réfère au «savoir-faire» et aux comportements acquis qui structurent notre rapport au monde sans que nous en soyons conscients, plaçant enfin entre ces deux niveaux celui qu'il qualifie de «symbolique» et qui concerne la compréhension exprimée à travers les rituels, l'art, et les symboles de notre existence quotidienne. Voir Charles TAYLOR, «Two Theories of Modernity», (1992) 25 *Hastings Center Report*, n° 2, 24, 29. Ces distinctions sont toutefois, pour les fins de la présente analyse et la discussion du droit de vote et d'éligibilité, sans réelle incidence et peuvent, je pense être laissées de côté à condition que l'on donne à la notion de tradition une acception suffisamment large pour englober les trois niveaux de compréhension.

⁵⁰⁸H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 359. Exposant la théorie de Gadamer, le professeur Madison écrit: «*In Gadamer's case, if interpretation does not work with the expectation of encountering both meaning and truth in that which is to be interpreted, understanding is quite simply not possible*» (Gary MADISON, «Beyond Seriousness and Frivolity: A Gadamerian Response to Deconstruction», dans Hugh SILVERMAN (dir.), *Gadamer and Hermeneutics*, New York, Routledge, 1991, p. 119, à la p. 132).

⁵⁰⁹Voir: H. PUTMEN, *op. cit.*, note 490, p. 61 à 87.

⁵¹⁰Voir: R. RORTY, *loc. cit.*, note 490, 573.

⁵¹¹H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 265.

renonce à la formulation de l'interprétation «correcte» —ce qu'il ne peut faire sans renoncer du même coup à la compréhension⁵¹²—, mais plutôt que l'interprétation, étant nécessairement contingente, c'est-à-dire liée à l'horizon de celui qui la formule, elle est à chaque fois nouvelle et différente. Or, cette irrémédiable précarité de toute compréhension implique que, comme l'écrit par ailleurs Richard Rorty, «*"knowledge" is, like "truth", simply a compliment paid to the beliefs that we think so well justified that, for the moment, further justification is not needed*»⁵¹³. L'absence de fondement objectif du savoir, de même que son insertion dans une tradition sans cesse mouvante, impliquent qu'il représente toujours nécessairement un accord provisoire. Le paradigme de la vérité-cohérence propose ainsi une conception de la vérité dépourvue de toute fixité et implique ainsi un relativisme sur lequel je reviendrai un peu plus loin.

En second lieu, une interprétation —qu'il s'agisse de l'interprétation d'un texte ou de toute autre forme de compréhension— n'est, en définitive, susceptible d'être reconnue comme «vraie» au sein d'une communauté qu'au terme d'un processus dialogique d'intercompréhension. La vérité est affaire non pas d'objectivité, mais, pour reprendre l'expression de Rorty, de «solidarité». C'est également la thèse que formule Perelman lorsqu'il écrit:

«[À] défaut d'un critère absolu et impersonnel, fourni par l'évidence et la preuve fondée sur l'évidence, nous pouvons justifier nos décisions dans le domaine de l'action et de la pensée par des argumentations qui ne sont ni mécaniques, ni contraignantes, et qui sont garanties, en dernier ressort, par la solidarité que leur emploi et leur évaluation établissent avec la personne de celui qui les construit et de celui qui leur en accorde son adhésion»⁵¹⁴.

La validité d'une proposition n'est ainsi pas fonction d'un jalon externe qui en fixerait objectivement la mesure; elle n'est pas établie de l'*extérieur*, par le recours à un critère

⁵¹²À l'instar de Gadamer et de Rorty, je considère la «compréhension» comme ne pouvant être distinguée de l'interprétation. Il n'y aurait donc pas, contrairement au point de vue défendu par Shusterman, d'une part, des compréhension immédiates, pour lesquelles aucune interprétation n'est requise, et, d'autre part, des interprétations, c'est-à-dire de distinction «entre ce que nous saisissons sans avoir besoin d'élucidation supplémentaire et ce qui réclame à être interprété pour nous permettre de le traiter de façon satisfaisante» (R. SHUSTERMAN, *op. cit.*, note 488, p. 43. Voir en particulier les pp. 51 et suiv.).

⁵¹³R. RORTY, *loc. cit.*, note 490, 577.

⁵¹⁴C. PERELMAN, *op. cit.*, note 492, p. 154.

indépendant, mais de l'*intérieur*, c'est-à-dire au sein d'une tradition de croyances, par l'accord intersubjectif et dialogique des participants⁵¹⁵. Notons que cette dimension intersubjective du savoir n'est pas développée par Gadamer, mais plutôt présupposée par lui, dans la mesure où il cherche à montrer comment le rapport de l'interprète au texte est un rapport dialogique analogue à celui rencontré dans une situation de conversation⁵¹⁶ où la compréhension intersubjective implique, selon Gadamer, «*a sharing of common meaning*»⁵¹⁷. Cet accord intersubjectif des participants implique lui-même et toujours un accord préalable, c'est-à-dire l'existence de *préconceptions* communes, tributaires d'un même langage, du partage de certains idéaux ou de certaines croyances, qui sont constitutifs de ce que Charles Taylor appelle, à l'instar de Gadamer, un «horizon de signification»⁵¹⁸.

⁵¹⁵Précisons ici, à l'instar de Dworkin sur lequel je reviendrai plus loin, que la notion d'accord intersubjectif ne réfère nullement à une forme d'accord que l'on pourrait qualifier de *purement conventionnel*, comme l'accord au sujet du jeu d'échec suivant lequel le Roi ne peut être déplacé que d'une seule case à la fois. Un accord conventionnel ou stipulatif de ce type ne suppose aucune espèce de prétention à la validité et ne saurait fonder aucune connaissance. Il en va tout autrement de l'accord suivant lequel, comme le suggère Dworkin à titre illustratif, il est moralement répugnant de torturer un bébé ou de condamner un innocent (Voir: R. DWORKIN, *Laws's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, p. 136). Celui ou celle qui énonce une proposition comme celle relative à la torture des bébés prétend avancer une vérité, et non simplement une convention heuristique. Le paradigme de vérité comme cohérence propose de considérer comme vraie, *et non simplement conventionnellement reconnue*, la proposition qui consiste à condamner la torture gratuite des enfants, à tout le moins de façon provisoire, c'est-à-dire tant que la supériorité d'une proposition contraire n'aura pu être établie avec satisfaction de façon intersubjective.

⁵¹⁶H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 349.

⁵¹⁷H. GADAMER, *op. cit.*, note 486, p. 260. Cette idée d'un savoir fondé sur l'accord intersubjectif occupe, à l'inverse, la place centrale dans la théorie communicationnelle développée par Jurgen Habermas, lui-même associé au courant herméneutique. Je me suis cependant efforcé ici d'éviter les références à Habermas, dont la tentative de dégager, sur la base d'une situation idéale de parole, une perspective critique permettant d'échapper au relativisme de la tradition (et à l'anti-fondationalisme de la pensée postmoderne), m'apparaît hautement problématique. Pour un aperçu du débat entre Habermas et Gadamer, voir les échanges critiques de ces derniers dans G. ORMISTON et A. SCHRIFT (dir.), *op. cit.*, note 496, p. 147 à 297.

⁵¹⁸Charles TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Québec, Bellarmin, 1992, pp. 46 à 58. De façon similaire, le professeur Winter souligne le fait que «*[i]nterpretative meaning—including communication—is possible in part because we are similarly embodied beings interacting with the same general environment*» (Steven WINTER, «Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law», (1990) 78 *California Law Rev.* 1441, 1448).

L'antifondationalisme du paradigme de la vérité-cohérence, c'est-à-dire l'impossibilité de référer à une instance extérieure susceptible de fournir un critère objectif de la véracité⁵¹⁹, implique, comme je l'ai souligné, l'adoption d'une position relativiste qui n'est pas sans présenter certaines difficultés. N'y a-t-il pas, en effet, danger de dérive nihiliste? Ainsi, par exemple, en l'absence de critère externe qui serait garant de la validité de nos propositions normatives relatives à l'agir social, comment pouvons-nous justifier nos actions ou chercher à établir un ordre social juste? S'il n'existe pas de moyen d'adjuger entre des systèmes de croyances incompatibles, cela n'équivaut-il pas à admettre, en bout de ligne, que toutes les croyances sont d'égale valeur et que chacun, en définitive, est libre de croire et de faire ce qu'il veut? Bref, l'antifondationalisme du paradigme de la vérité-cohérence, qui est à la base de l'approche herméneutique, ne conduit-il pas directement au scepticisme⁵²⁰?

Il faut d'abord souligner que le relativisme herméneutique ne signifie pas la négation radicale de l'existence de la réalité⁵²¹. Le savoir posé comme interprétation cohérente au sein d'une tradition demeure un savoir conditionné par l'expérience, par un rapport au «réel». Mais ce rapport est lui-même façonné et inséparable des théories avec lesquelles on

⁵¹⁹Sur l'antifondationalisme de l'herméneutique gadamérienne, voir: J. GRONDIN, *op. cit.*, note 487, pp. 158-159.

⁵²⁰Emilio Betti écrit ainsi, en reproche à Gadamer:

«The obvious difficulty with the hermeneutical method proposed by Gadamer seems to lie, for me, in that it enables a substantive agreement between text and reader—i.e., between the apparently easily accessible meaning of a text and the subjective conception of the reader—to be formed without, however, guaranteeing the correctness of understanding [...]. It can easily be demonstrated that the proposed method cannot claim to achieve objectivity and that it is only concerned with the internal coherence and conclusiveness of the desired understanding [...].» (Emilio BETTI, «Hermeneutics as the General Methodology of the *Geisteswissenschaften*», dans G. ORMISTON et A. SCHRIFT (dir.), *op. cit.*, note 496, p. 159, aux pp. 182-183).

De son côté, Habermas s'oppose à ce qu'il considère être, chez Gadamer, une acceptation indiscriminante de toute tradition. Pour lui:

«Gadamer's prejudice for the rights of prejudices certified by tradition denies the power of reflection. [...]. The right of reflection demands that the hermeneutic approach restrict itself. It calls for a reference system that goes beyond the framework of tradition as such; only then can tradition also be criticized» (J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 503, 237-238).

⁵²¹Voir sur cette question: J. GRONDIN, *op. cit.*, note 487, p. 168.

appréhende la réalité. La confrontation de nos cadres conceptuels avec l'expérience nous amène à reconsidérer leur adéquation à rendre compte de cette expérience de façon cohérente, et entraîne leur constante modification⁵²². Cela ne signifie, ni que la réalité se présente à nous de façon indépendante de nos cadres conceptuels préalables, ni qu'il n'existe aucune réalité extérieure «*out there*».

En second lieu, et principalement, l'antifondationalisme de l'herméneutique ne saurait signifier une interprétation libre de toute contrainte, c'est-à-dire une possibilité pour chacun de concevoir le monde suivant son bon plaisir, conforté par l'idée qu'aucune critique «objective» n'est susceptible de pouvoir être formulée. L'insistance sur la tradition et les préconceptions comme conditions préalables nécessaires à l'interprétation, c'est-à-dire à l'acte de connaissance, implique la négation d'une «subjectivité libre de toute contrainte» (un concept qui apparaît alors parfaitement contradictoire).

Il demeure cependant exact d'affirmer que la perspective herméneutique nie la possibilité d'adjuger, du moins de façon objective, entre des traditions de croyances concurrentes. En cela, l'herméneutique présente une conception relativiste du savoir. Mais, et je ne saurais trop insister sur cette idée fondamentale, *ce relativisme ne saurait en aucune façon être assimilée à une forme de scepticisme*, une perspective qui n'est elle-même intelligible que du point de vue du paradigme de la vérité-correspondance. L'abandon du paradigme de la vérité-correspondance, de même que la négation de la possibilité d'un savoir non contingent, impliquent, en réalité, la négation du scepticisme. On ne peut tout simplement pas être, en même temps, à l'intérieur d'un système de croyances et considérer que tous les systèmes de croyances se valent. Celui qui exprime, en lui-même ou à autrui, sa conviction à l'égard de la véracité d'une proposition, le fait à l'intérieur d'un système de croyances et, à l'intérieur de ce système, le scepticisme n'est pas une possibilité. Cela implique que le scepticisme ne peut lui-même constituer un système de croyance, une proposition qui n'est toutefois pas difficile à démontrer à partir du moment où l'on accepte que l'existence (à

⁵²²Comme l'exprime Hilary Putmen:

«Une chose est de nier tout sens à l'idée que nos concepts «renvoient» à quelque chose de complètement dégagé de toute conceptualisation. C'est tout autre chose de soutenir que tous les systèmes conceptuels se valent. Quelqu'un de suffisamment idiot pour penser cela n'a qu'à choisir un système conceptuel nous attribuant la capacité de voler, et sauter par la fenêtre; il pourra ainsi se convaincre, s'il survit, de la faiblesse de ce point de vue» (H. PUTMEN, *op. cit.*, note 490, p. 66).

l'exception de l'existence catatonique) est une condamnation à faire des choix, incluant celui de se lever ou de ne pas se lever le matin. Ne serait-ce qu'à nos propres yeux, ces choix ne sont possibles que si l'on endosse, explicitement ou non, certaines conceptions du bien à la lumière desquelles nos choix peuvent acquérir une intelligibilité et une valeur. Comme le souligne avec justesse Charles Taylor en critiquant ce qu'il appelle le discours de «l'apologie du choix pour lui-même»⁵²³:

«Même le sentiment que le sens de ma vie tient au choix personnel que j'ai fait —c'est le cas lorsque l'authenticité se fonde sur la liberté autodéterminée— dépend de ma prise de conscience qu'il existe *indépendamment de ma volonté* quelque chose de noble et de courageux, et donc de significatif dans le fait de donner forme à ma propre vie»⁵²⁴.

Bien sûr, l'adhésion à la perspective herméneutique entraîne la reconnaissance de l'inéluctable relativisme de ses convictions même les plus fortes. Mais cette reconnaissance ne saurait en rien ébranler nos convictions. Ayant reconnu le caractère contingent et la relativité de la position qu'il avance, le sujet connaissant montre, au mieux, une disposition à écouter celui qui propose une position contraire; mais la seule reconnaissance de la relativité de sa position ne diminue en rien le sentiment du sujet quant à la validité de sa position. Seul un argument contraire, également contingent, peut ébranler sa certitude. Cette contingence irrémédiable du savoir et de l'interprétation implique non seulement le relativisme mais, du même souffle, la négation du scepticisme entendu comme affirmation de l'équipotence des propositions de savoir.

Cela peut être aisément illustré à l'aide d'un exemple concret. Supposons que j'avance la proposition morale à l'effet qu'une femme doit pouvoir choisir librement de recourir à l'avortement, et que cette proposition se fonde sur mon adhésion à certaines valeurs fondamentales au sein de la tradition libérale. Mes arguments vont puiser à même cette tradition et tendre à démontrer que le libre-choix constitue la conclusion la plus cohérente avec les valeurs libérales —par exemple, la dignité humaine ou l'autonomie. Il existe alors deux façons par lesquelles on pourrait éventuellement m'amener à modifier ma position: soit que l'on parvienne à me persuader de l'incohérence de ma position en faveur du libre-choix à l'intérieur même de la perspective libérale; soit que l'on réussisse à me convaincre

⁵²³Voir: C. TAYLOR, *op. cit.*, note 518, p. 54.

⁵²⁴*Idem*, p. 55-56.

d'abandonner carrément le point de vue libéral. Cette seconde voie ne sera toutefois elle-même possible qu'en m'amenant à reconnaître l'incohérence du libéralisme avec certaines croyances —par exemple, la suprématie de la volonté de Dieu— que, par hypothèse nécessaire, je partage intersubjectivement avec mon interlocuteur et que je ne suis pas prêt à abandonner. Comme le souligne le professeur Winter:

«Persuasion will be possible to the extent that participants are situated in some common matrix or shared assumptions to which they both can refer. In the case of normative argument, a participant may be persuaded by an argument that appeals to some other assumption or belief she already holds»⁵²⁵.

Il serait cependant parfaitement vain d'objecter à ma position en faveur du libre-choix en avançant simplement que celle-ci ne repose pas sur des fondements «objectifs», mais plutôt sur de simples «croyances». La seule chose qui puisse ébranler ma position serait d'autres arguments de même nature, c'est-à-dire fondés sur des croyances et tout aussi dépourvus d'objectivité. Comme le souligne Stanley Fish:

«It is true that there is nowhere to go, no locus of judgment to which disputants can appeal for an authoritative announcement. But this doesn't mean that they must throw up their hands or toss the dice; it means that they must argue, thrash it out, present bodies of evidence to one another and to relevant audiences, try to change one another's mind. To be sure, the process is not guided by any unchallengeable authority, but authority, not unchallengeable but temporarily regnant, is what is fashioned in the course of it. That is to say, authority does not preside over the debate from a position outside it but is the prize for which the debaters vie»⁵²⁶ (je souligne).

En définitive, l'impossibilité d'accéder à un point de vue externe («*a view from nowhere*»⁵²⁷) susceptible de fournir un fondement objectif aux prétentions à la validité que nous formulons quotidiennement implique, non pas que ces prétentions sont vaines, mais plutôt que le scepticisme constitue une perspective incohérente, en ce qu'il suppose précisément la conception objectiviste de la vérité dont il prétend nier la possibilité. Comme l'affirme péremptoirement Gadamer en réplique à Habermas: «*With this area of what lies*

⁵²⁵S. WINTER, *loc. cit.*, note 518, 1496.

⁵²⁶S. FISH, *op. cit.*, note 411, pp. 10-11.

⁵²⁷Allan MEGILL, «Four Senses of Objectivity», dans A. MEGILL (dir.), *Rethinking Objectivity*, Durham, Duke University Press, 1994, p. 1, à la p. 2.

outside the realm of human understanding and human understandings (our world) hermeneutics is not concerned»⁵²⁸.

L'herméneutique présente ainsi une conception de la connaissance qui rompt avec la dichotomie entre objectivité et subjectivité et qui offre, à mes yeux, une perspective permettant de repenser l'idée de légalité autrement qu'à travers le prisme de la vérité-correspondance en substituant à l'exigence «forte» d'extériorité la reconnaissance d'une certaine contrainte externe, mais plus fluide, fondée sur l'intersubjectivité. Il est à souligner que la perspective herméneutique n'offre aucune méthodologie, aucune procédure particulière permettant d'accéder à un savoir «vrai»⁵²⁹. Il n'est donc aucunement question d'en tirer une «méthode», qui préciserait les conditions procédurales par lesquelles l'idéal de légalité serait assuré, mais plutôt de montrer que la pratique juridique, comme pratique interprétative, présuppose *nécessairement* les conditions d'une certaine contrainte externe, et que ces conditions représentent le jalon à partir duquel un acte d'interprétation peut être considéré comme légitime ou illégitime. En particulier, l'acte d'interprétation présuppose à tout le moins l'*hypothèse* d'une interprétation correcte, et donc d'une signification qui n'est pas purement stipulative. Cela implique que l'interprète puisse fournir des justifications à l'interprétation qu'il avance, et donc que cette interprétation apparaisse, à l'intérieur d'une communauté interprétative, comme préférable à toute autre indépendamment de la volonté de l'interprète. En second lieu, cette justification ne saurait être reconnue comme telle que dans la mesure où elle réussit à transcender les subjectivités particulières par la référence à une tradition commune, qui marque alors l'extériorité de la signification par rapport à l'interprète, et donc l'extériorité de la contrainte normative.

⁵²⁸H. GADAMER, «On the Scope and Function of Hermeneutical Reflection», dans D. LINGE (dir.), *op. cit.*, note 497, p. 18, à la p. 31.

⁵²⁹Voir à cet égard la préface de *Truth and Method*, en particulier la p. xvi (H. GADAMER, *op. cit.*, note 486).

2. L'herméneutique en droit et l'idée de légalité

Il importe de remarquer au départ que si l'herméneutique permet de reformuler l'idée de légalité en substituant à la contrainte externe celle qui découle de l'intersubjectivité du savoir, elle ne permet pas, en revanche, d'établir *a priori* la légitimité de l'exercice par les juges des pouvoirs qui leur sont reconnus. Les approches que j'ai décrites précédemment comme visant à fonder la légitimité du contrôle judiciaire sur une qualité institutionnelle poursuivaient cette finalité. Il en va de même pour les approches liées à la légitimité normative: qu'il s'agisse du positivisme de Hart, de la théorie de l'intention originelle ou de l'approche jusnaturaliste, dans tous les cas la légitimité est tributaire de l'existence de normes *extérieures* à la volonté du juge *et antérieures à tout contrôle*. Dans la perspective jusnaturaliste, une fois que l'on a établi (par hypothèse) la légitimité d'une norme positive et de son interprétation à la lumière du droit naturel, la dimension d'extériorité nécessaire à l'idéal de légalité se trouve, *ipso facto*, satisfaite. À l'inverse, du point de vue positiviste, la reconnaissance de la conformité d'une proposition de droit à une norme positive extérieure signale l'épuisement de la question de la légitimité (du moins du point de vue juridique). Dans les deux cas, le contrôle est légitime parce que le juge n'impose pas sa volonté, mais bien des normes qui sont «là». La question de légitimité et celle de l'extériorité du droit sont en définitive fusionnées.

L'herméneutique, quant à elle, en présentant l'interprétation comme étant nécessairement conditionnée par des contraintes intersubjectives, ne formule ou n'implique aucune prétention à légitimer *a priori* le contrôle judiciaire. Elle nous informe toutefois des conditions et de la manière par laquelle ce contrôle pourra *acquérir* une légitimité. Si l'interprétation n'est pas une opération par laquelle le juge «découvre» le sens d'une norme en repérant ce sens dans une réalité objective et externe, l'interprétation n'est pas non plus un acte de pure créativité libre de toute contrainte. Le juge appelé à interpréter une norme opère à l'intérieur d'une tradition, non seulement juridique, mais aussi politique et morale, qui lui permet de donner un sens à la norme. Il s'inscrit, de surcroît, au sein d'une actualité sociale et est ainsi confronté à une pluralité de croyances susceptibles de fournir des compréhensions diverses de la norme⁵³⁰. *Parce que, en autant que le juge s'affiche comme juge, son*

⁵³⁰Perelman fait ainsi remarquer «que l'on a tendance à qualifier de *politique* tout jugement qui s'écarte par trop de l'opinion moyenne, mais n'oublions pas que celle-ci exprime également des jugements de valeur, qui ne choquent pas dans la mesure où ils sont largement partagés»

interprétation constitue une prétention à la validité, il est soumis à une obligation performative de fournir, en puisant dans ce faisceau de croyances, les éléments d'une justification susceptible de fonder un accord intersubjectif. C'est en effet parce que le juge se place dans le cadre de la légalité, c'est-à-dire qu'il prétend interpréter la norme et non la stipuler arbitrairement, que son interprétation doit, pour être reconnue comme légitime, pouvoir s'appuyer sur des arguments capables de fournir un support intersubjectif à la compréhension qu'il propose de la norme. La légitimité du contrôle judiciaire est ainsi directement liée à la légitimité des interprétations particulières avancées par les tribunaux, c'est-à-dire à leur capacité d'engendrer un accord intersubjectif quant à leur validité.

Cette conception de l'interprétation judiciaire partage de nombreux traits communs avec celle avancée par le professeur Ronald Dworkin. Pour cette raison, et aussi à cause de l'importance des travaux de Dworkin dans le domaine de la théorie du droit (en particulier en matière constitutionnelle), il importe de s'y arrêter.

a) Le constructivisme herméneutique de Dworkin

La pensée juridique de Ronald Dworkin s'articule suivant trois axes fondamentaux que l'on peut formuler sommairement comme suit. Premièrement, il existe toujours en principe une, et une seule, bonne réponse («*right answer*») aux problèmes juridiques, même dans les cas les plus difficiles. Deuxièmement, le droit est composé non seulement d'un ensemble de règles, mais aussi de «principes», qui relèvent essentiellement de la moralité politique et qui permettent de fournir une compréhension particulière des règles. Enfin, troisièmement, la tâche du juge appelé à interpréter et à appliquer une règle est de proposer une compréhension

[C. PERELEMAN, «La motivation des décisions de justice, essai de synthèse», dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1978, p. 215, à la p. 222]. Le jugement politique, celui qui est «illégitime», n'est nul autre que celui qui formule une compréhension du droit étrangère à «l'opinion moyenne», c'est-à-dire aux croyances partagées intersubjectivement par les membres de la communauté. Exprimant un point de vue similaire, le professeur Winter écrit:

«Within a legal/cultural community or subculture that shares the same contextual non-neutral assumptions, a system of meaning like constitutional law will work. Moreover, such a system will work in a seemly neutral and unpolitical way precisely because it operates unreflectively, without conscious attention to the assumptions which undergrid its meaning» [S. WINTER, *loc. cit.*, note 518, 1452].

de la règle qui soit la plus cohérente avec les principes qui incarnent la tradition juridique et politique de sa communauté.

De ces trois propositions, la première est sans doute la plus controversée. C'est pourtant celle qui m'apparaît la plus solide. Le fait que Dworkin ait été mal compris sur ce point (combiné à la place qu'il accorde aux considérations morales) explique sans doute qu'on ait pu voir dans sa pensée une conception jusnaturaliste du droit⁵³¹. Il est cependant essentiel de comprendre que, chez Dworkin, l'affirmation qu'il existe toujours une bonne réponse à un cas difficile n'est pas une prétention épistémologique, mais bien une affirmation ontologique sur la nature de l'activité interprétative. Dworkin ne prétend pas que la bonne réponse existe objectivement et antérieurement à l'acte d'interprétation. Dworkin prétend plutôt qu'on ne peut comprendre le droit, ou plus spécifiquement le processus judiciaire, autrement que comme une pratique visant à articuler la réponse juste à un problème juridique. En d'autres termes, il ne dit pas que le droit est possible *parce qu'il existe, de fait, une réponse juste aux problèmes d'interprétation*, mais plutôt que la pratique du droit est une pratique herméneutique qui consiste en l'articulation de «la réponse juste», laquelle constitue une hypothèse nécessaire à l'existence même de la pratique juridique.

La difficulté à admettre l'idée qu'il existe toujours une réponse juste à un problème d'interprétation résulte de la difficulté à abandonner la perspective de la vérité-correspondance. L'affirmation du sceptique à l'effet qu'il y a toujours plusieurs interprétations possibles d'une règle de droit repose sur l'adhésion à ce paradigme et sur l'adoption d'une position externe à l'activité interprétative. Du point de vue externe, il est sans aucun doute exact de dire que l'on ne pourra jamais prouver objectivement la véracité de l'interprétation proposée par le juge. De la même façon, il n'y a aucun sens à prétendre que telle interprétation d'une oeuvre littéraire est «objectivement» la bonne interprétation. Une telle possibilité exigerait en effet la référence à un jalon externe dont nous ne disposons pas. Mais tout lecteur d'une oeuvre littéraire ne peut faire autrement qu'interpréter l'oeuvre qu'il lit de façon à lui donner un sens, et il sera sans aucune conséquence de lui faire remarquer que sa lecture n'est pas objective (bien que l'on pourra argumenter avec lui sur le sens de l'oeuvre et l'amener à modifier sa compréhension). Il en va de même pour le juge qui se trouve placé, par sa fonction, dans le cadre interne de l'action. Défendant une proposition de droit, le juriste ne peut que fournir des

⁵³¹Voir par exemple: Pamela CHAPMAN, «The Politics of Judging: Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms», (1986) 24 *Osgoode Hall Law Journal* 867, 868.

arguments, jamais établir l'objectivité de sa position ou des arguments qu'il invoque à l'appui⁵³².

Concevoir le droit comme une activité interprétative dans laquelle le sens n'est pas «donné» mais construit par l'interprète, ce n'est pas reconnaître un pouvoir discrétionnaire au juge, mais bien reconnaître la non-pertinence de l'objectivité dans la perspective interne de l'interprète. Ainsi, l'affirmation à l'effet qu'il existe toujours une réponse juste n'est pas une affirmation faite «de l'extérieur», mais de l'intérieur, comme condition même de la pratique interprétative. Cette bonne réponse n'est jamais une vérité objective, mais une proposition interprétative dont on ne peut chercher à établir la validité à partir d'un critère externe.

Mais dans quel sens, alors, une interprétation donnée peut-elle constituer «la bonne interprétation»? L'idée d'une réponse juste implique nécessairement la possibilité de recourir à un critère référentiel permettant de déterminer, parmi les interprétations possibles, laquelle constitue la «bonne» interprétation. Ce critère référentiel est ce que Dworkin appelle les principes juridiques, qui sont distincts des règles juridiques tant dans leur nature que dans leur fonctionnement⁵³³. Contrairement aux règles juridiques, qui opèrent suivant un mode binaire —une règle s'applique ou ne s'applique pas à une situation "X", de façon à fournir une solution "Y"— et absolu —deux règles concurrentes ne peuvent s'appliquer à une même situation⁵³⁴—, les principes juridiques ne fournissent pas une réponse directe, mais un cadre référentiel permettant d'orienter l'interprétation de la règle, laquelle peut être le fruit de plusieurs principes concurrents⁵³⁵. Les principes juridiques correspondent à des

⁵³²Dworkin écrit en ce sens: «*I have no arguments for the objectivity of moral arguments except moral arguments, no arguments for the objectivity of interpretative judgments except interpretative arguments, and so forth*» (R. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, p. 71).

⁵³³Dworkin souligne à cet égard le réductionnisme de Hart, qui voit le droit comme composé uniquement de règles, primaires et secondaires. Suivant la typologie de Hart, les règles primaires agissent comme contrainte sur le sujet de droit, tandis que les règles secondaires agissent comme règle de reconnaissance et d'application des règles primaires. Alors que les règles primaires fondent leur normativité sur les règles secondaires, celles-ci tirent ultimement leur pouvoir normatif de leur acceptation par la communauté. Voir: L. A. HART, *op. cit.*, not 414.

⁵³⁴Voir: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 22.

⁵³⁵Dworkin écrit à cet égard:

«*[P]rinciples [...] conflict and interact with one another, so that each principle that is relevant to a particular legal problem provides a reason arguing in favor of, but does*

représentations de la tradition juridique et politique d'une communauté historique. Ils ne sont pas susceptibles d'être rassemblés dans une liste exhaustive ou fermée, mais sont plutôt perpétuellement reconstruits comme extrapolations de la pratique juridique de la communauté à laquelle appartient le juge. Ils reflètent les paradigmes, juridiques, moraux et politiques qui forment ce que Dworkin appelle un «*preinterpretative agreement*», et qui constituent le point de départ de toute discussion interprétative⁵³⁶.

La conception du droit alors défendue par Dworkin —«*law as integrity*»— impose au juge la tâche d'identifier les droits qui découlent de principes axiologiques permettant de rendre compte de façon cohérente de la pratique législative et judiciaire passée. Le juge n'est pas libre: il doit proposer une interprétation qui respecte l'intégrité d'un ensemble cohérent de principes qui sont censés se refléter, explicitement ou implicitement, dans les choix législatifs et la jurisprudence antérieure. La «bonne interprétation» d'une règle juridique est celle qui constitue la compréhension la plus cohérente de la règle à la lumière des principes qui incarnent la tradition politique et juridique de la communauté de la manière qui apparaît la plus satisfaisante au plan de la moralité politique⁵³⁷.

Il est absurde et illusoire, nous dit Dworkin avec raison, de penser que les tribunaux peuvent trancher des questions difficiles liées aux droits et obligations des individus de façon neutre et sans recourir à une conception particulière de la justice ou à d'autres considérations qui relèvent de la morale⁵³⁸. Les questions de savoir si la prostitution constitue une forme d'expression protégée, si la garantie d'égalité exige de reconnaître le mariage entre personnes du même sexe, si un État libéral peut obliger les fabricants de tabac à mettre en garde les consommateurs contre les dangers liés au tabagisme ou si l'interdiction d'avorter librement est une atteinte justifiée à la liberté de la femme, sont toutes des questions qui font appel à une

not stipulate, a particular solution. The man who must decide the problem is therefore required to assess all of the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as 'valid'» (R. DWORKIN, op. cit., note 534, p. 72).

⁵³⁶R. DWORKIN, *op. cit.*, note 515, p. 90 à 93.

⁵³⁷«[H]e must choose between eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions and decisions [...] in a better light from the standpoint of political morality» (*Idem*, p. 256).

⁵³⁸Sur ce point, voir la critique que fait Dworkin de la théorie de l'intention originelle et du modèle procédural de Ely (R. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, p. 33 à 71).

théorie morale ou politique⁵³⁹. Le problème est de savoir quels sont les principes sur lesquels un juge est justifié de se fonder, et c'est sur cette question que la théorie de Dworkin m'apparaît plus difficile à accepter.

Pour comprendre la tâche interprétative du juge confronté à un problème difficile, Dworkin nous propose de concevoir le processus d'interprétation de façon semblable à un exercice d'écriture en chaîne dans lequel chaque participant doit poursuivre une oeuvre littéraire commune en écrivant tour à tour un chapitre:

«Each judge is like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not only to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively done [...]. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own»⁵⁴⁰.

Toute la difficulté de la thèse défendue par Dworkin réside dans l'ambiguïté de la phrase: *«He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own»*. Dworkin veut défendre «l'empire du droit», c'est-à-dire l'idéal de légalité, contre ceux qui voient dans l'interprétation judiciaire rien de plus qu'un pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, il présente la pratique judiciaire passée comme une contrainte extérieure permettant de distinguer les cas (légitimes) où le juge tranche le litige qui lui est soumis sur la base de droits, des cas (illégitimes) où un juge imposerait simplement ses préférences personnelles quant à ce qui constitue une solution juste ou opportune.

Mais le type de contrainte externe auquel Dworkin fait allusion apparaît comme une contrainte beaucoup plus forte que celle envisagée dans la perspective herméneutique. Dworkin considère la pratique passée non pas simplement comme fournissant au juge un cadre conceptuel et un vocabulaire rendant possible l'acte d'interprétation, mais comme une mesure extérieure de la validité de son interprétation. Ce faisant, écrit avec désapprobation

⁵³⁹Voir en particulier: Marc GOLD, «Moral and Political Theories in Equality Rights Adjudication», dans Joseph WEILER et Robin ELLIOT (dir.), *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 85.

⁵⁴⁰R. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, p. 159.

Stanley Fish, «*he assumes that history in the form of a chain of decisions has, at some level, the status of a brute fact*»⁵⁴¹. Mais, comme le souligne encore cet auteur, «*the question of whether the legal history is being ignored or consulted depends upon a prior decision as to what the legal history is*»⁵⁴², et cette décision, qui a un caractère interprétatif, présuppose un système de croyances qui, nécessairement, ne peut être fourni entièrement par l'ensemble de pratiques passées que le juge cherche à interpréter. Celui qui participe à l'exercice d'écriture en chaîne doit disposer d'une perspective pour être en mesure de se représenter à lui-même ce que les autres «ont fait».

En d'autres termes, on ne peut, comme le voudrait Dworkin, situer entièrement les contraintes dans la pratique *passée*, puisque la compréhension de cette pratique —et en particulier la meilleure compréhension du point de vue de la moralité politique— fait appel à des présupposés tacites, une perspective, des croyances, des convictions morales ancrés dans l'actualité du regard de l'interprète. La dimension trop exclusivement passéiste («*backward-looking*»⁵⁴³) du modèle interprétatif proposé par Dworkin mène à une intenable objectivation de la pratique passée et, par là, à une vision sclérosée de l'interprétation judiciaire.

Je ne veux certainement pas nier par là le poids de la pratique passée dans l'interprétation. Si le juge est en mesure d'aborder un problème comme un problème juridique, c'est qu'il dispose, de concepts, d'un langage, de paradigmes —et notamment les

⁵⁴¹S. FISH, «Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature», dans *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989, p. 87, à la p. 95.

⁵⁴²S. FISH, «Wrong Again», dans *op. cit.*, note 541, p. 103, à la p. 109.

⁵⁴³R. DWORKIN, *op. cit.*, note 515, p. 413. Ma critique de la thèse avancée par Dworkin est peut-être excessivement sévère. Dans certains passages, il nie d'ailleurs expressément que sa conception du droit ait ce caractère passéiste (*Idem*, p. 225). Mais il faut admettre que les développements théoriques qu'il présente font bien peu de cas du contexte actuel dans lequel s'inscrit le regard de l'interprète. Or, assez curieusement, alors que cette dimension de la contingence est ignorée par Dworkin dans l'exposé théorique de son modèle (*law as integrity*), elle s'avère déterminante à tout le moins dans un des exemples qu'il avance pour étayer son point de vue, l'affaire *Brown c. Board of Education*, 347 U.S.483 (1954), relative à la ségrégation raciale dans les écoles (*Idem*, pp. 379 à 389). Dans cet exemple en effet, c'est la moralité dominante de la société qui, de l'aveu même de Dworkin, contraint le juge à opter pour une conception particulière de l'égalité condamnant la ségrégation, alors même que le respect de la pratique judiciaire passée eut suggéré le recours à une conception différente de l'égalité pour trancher le litige (*Idem*, pp. 388-389).

idées connexes que représentent la cohérence du droit, l'obligation de traiter les citoyens de façon similaire et, dans la tradition anglaise, le respect du précédent—, qu'il n'a pas forgés de toutes pièces mais dont il dispose en vertu de son insertion dans une pratique. L'appartenance du juge à notre tradition juridique implique que la décision qu'il prend face à un problème donné doit pouvoir être défendue et argumentée sur la base ou dans le cadre des paradigmes juridiques reconnus au sein de cette tradition et qui fournissent certaines prémisses à son raisonnement. Il ne pourrait pas, par exemple, proposer une interprétation qui exclurait le pouvoir du Parlement d'adopter des lois ou qui nierait complètement la force contraignante des précédents de la Cour suprême en matière constitutionnelle. Se posant comme acteur au sein d'une pratique distinctive, celle du droit, le juge doit proposer une interprétation dans des termes et suivant des arguments qui permettent de reconnaître son interprétation comme interprétation juridique. Le juge doit travailler à partir des éléments que lui fournissent cette tradition s'il espère pouvoir convaincre de la légitimité et de la validité de son interprétation.

Mais cette tradition, tout autant que la règle que le juge cherche à interpréter, n'est pas un fait brut directement et objectivement donné à l'interprète. Elle est sans cesse reconstruite et implique de ce fait un «regard». Sur ce point, la pensée de Dworkin est des plus ambiguës. Il reconnaît sans hésitation que le juge doit «reconstruire» la pratique passée pour en formuler une interprétation —la «meilleure», c'est-à-dire la plus cohérente et la plus satisfaisante au plan de la moralité politique. Mais en refusant d'inscrire explicitement l'acte interprétatif au sein d'une actualité sociale, politique et morale, Dworkin semble, dans son désir d'identifier une contrainte à la volonté subjective du juge, adopter la position incohérente selon laquelle le critère par lequel l'interprétation de la pratique passée apparaît comme étant «la meilleure» serait soit donné objectivement comme vérité immuable, soit fourni, tout aussi objectivement, par les faits constitutifs de la pratique que le juge cherche à interpréter. Comme le signale Stanley Fish, «*despite having embedded the interpreter in a "network of beliefs", he repeatedly imagines him in a position outside that network, a position from which he must look for independent support for what he believes*»⁵⁴⁴.

En définitive, le juge de Dworkin interprète la pratique passée dans une perspective monologique («*a protestant attitude*»⁵⁴⁵), et anhistorique, qui est celle d'un dieu (Hercules).

⁵⁴⁴S. FISH, *loc. cit.*, note 542, 114.

⁵⁴⁵R. DWORKIN, *op. cit.*, note 515, p. 413.

Mais le juge ne s'inscrit pas seulement dans la continuité d'une tradition juridique passée, mais aussi dans une actualité sociale, marquée par des valeurs —plurielles, conflictuelles, mais aussi convergentes ou même communes (celles qui "vont de soi")— qui s'inscrivent elles-mêmes dans une tradition sans cesse transformée et régénérée⁵⁴⁶. Si l'idéal de légalité peut être préservé, ce ne saurait être en glissant sous le tapis la dimension fondamentale de l'interprétation que constitue son caractère dialogique au sein d'une actualité sociale.

b) L'herméneutique et le dialogue avec les auditoires: l'apport de la rhétorique

La négation du scepticisme dans la perspective herméneutique implique la possibilité de défendre une interprétation comme étant «la meilleure», c'est-à-dire la plus cohérente et la plus satisfaisante à l'intérieur d'un système de croyances ou encore, pour reprendre la terminologie de Gadamer, dans le cadre d'un horizon de signification. À l'intérieur de ce cadre, celui qui propose une interprétation avance une prétention à la validité. Il affirme la conviction (solide ou non) que parmi l'ensemble des interprétations raisonnables, il en est une qui émerge comme étant supérieure à toutes. Cette prétention à la validité implique pour l'interprète une obligation performative de justification et de persuasion. Ne serait-ce qu'à lui-même, il doit pouvoir présenter des arguments susceptibles de soutenir la validité de son interprétation.

Or, le juge qui interprète une disposition législative ou constitutionnelle n'est pas, contrairement à l'image qu'en dépeint Dworkin, placé seul face à sa conscience. Il s'adresse aux parties qui se sont soumises à son autorité, aux instances supérieures qui seront, le cas échéant, amenées à confirmer ou infirmer son interprétation, à la communauté juridique plus large qui a un intérêt professionnel pour sa décision, aux politiciens, commissions de réforme, journalistes, syndicats, groupes de pressions et à la population en général, directement ou indirectement concernée par la solution qu'il avance. Chacun de ces groupes a des attentes,

⁵⁴⁶L'examen des décisions de la Cour suprême du Canada dans les premières années d'application de la *Charte canadienne* montre clairement l'importance dominante de cette actualité sociale. Pour satisfaire à diverses attentes de la communauté, la Cour a dû mettre de côté des pans entiers d'histoire jurisprudentielle, que ce soit en matière d'égalité, de liberté de religion ou de liberté d'expression. En fait, l'évolution jurisprudentielle de la Cour au cours des dix premières années de la Charte apparaît directement marquée par l'évolution du contexte social dans lequel ses décisions s'inscrivaient (A. LAJOIE et al., *loc. cit.*, note 373).

une conception de la solution qui devrait être, ou à tout le moins une position quant à la décision qui a été prise. Le juge ne pourra satisfaire chacune de ces attentes très souvent contradictoires quant à ce qui constitue la réponse juste. S'il ne peut réalistement espérer un consensus, une complète «fusion des horizons» divers que représente chacun des auditoires, il ne peut non plus ignorer ces auditoires dont il doit espérer un degré suffisant d'adhésion pour assurer son autorité et la force normative de son interprétation⁵⁴⁷.

L'analyse rhétorique, développée sur une base théorique par Perelman⁵⁴⁸, puis employée chez nous comme instrument d'analyse critique dans les travaux de Marc Gold⁵⁴⁹ puis d'Andrée Lajoie⁵⁵⁰, invite à lire les décisions comme des plaidoyers en faveur de la légitimité de la solution proposée par le juge. Suivant cette perspective, la décision judiciaire n'est pas que réaction à des arguments, elle est elle-même une argumentation par le juge visant à justifier sa décision aux yeux des auditoires⁵⁵¹. Les arguments rhétoriques avancés à cette

⁵⁴⁷ Soulignons au passage que ce degré d'adhésion nécessaire à la légitimité de l'interprétation (c'est-à-dire à la reconnaissance intersubjective de sa validité) n'est pas une exigence particulière à ce que l'on appelle communément en doctrine américaine les «*hard cases*», c'est-à-dire les cas difficiles. Il n'y a, on l'aura compris, qu'une différence de degré entre les cas «faciles» et les cas «difficiles», qui ne se mesure que par la difficulté relative de susciter l'adhésion à une interprétation. Les interprétations qui semblent «aller de soi» ne vont de soi qu'en raison du fait qu'ils font l'objet d'un large *consensus intersubjectif*, et non en raison qu'elles sont d'une certaine manière objectivement juste, ou encore que dans ces cas la découverte objective du sens juste de la norme est possible, alors qu'elle ne le serait pas, par hypothèse, dans les cas difficiles. Comme le souligne Stanley Fish, «*[a] meaning that seems to leap off the page, propelled by its own self-sufficiency, is a meaning that flows from interpretative assumptions so deeply embedded that they have become invisible*» (S.FISH, «Still Wrong After All These Years», dans *op. cit.*, note 541, p. 356, à la p. 358).

⁵⁴⁸Voir en particulier: C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.

⁵⁴⁹Marc GOLD, «The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada», (1985) 7 *Supreme Court Law Review* 455; — *loc. cit.*, note 539, 85-103; — «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *R.J.T.* 1.

⁵⁵⁰Voir, en particulier, *loc. cit.*, note 373.

⁵⁵¹L'adjonction que je fait ici de la perspective rhétorique à la perspective herméneutique implique sans doute un certain éloignement de l'analyse proposée par Gadamer et un rapprochement avec l'idée habermassienne de «consensus». Je ne saurais toutefois trop insister sur mes réticences face à l'idée centrale défendue par Habermas quant à la possibilité d'une situation idéale de discours qui permettrait de fournir un critère de véracité et d'assurer ainsi à ce consensus un certain caractère «universel» qui échapperait au relativisme caractéristique de la théorie de Gadamer.

fin par le juge incluent non seulement les idées substantives avancées à l'appui de la décision, mais également, nous dit Gold, la structure, le symbolisme et le ton des motifs exprimés⁵⁵². L'idée d'argumentation rhétorique englobe ainsi tant le fond que la forme de la décision⁵⁵³, et accorde une place centrale au concept d'auditoire. Si l'interprétation peut être vue comme un effort pour dégager la "meilleure compréhension" d'une règle dans une situation particulière, cette "meilleure compréhension" ne prend véritablement son sens que dans la mise en rapport, à travers la rhétorique judiciaire, du juge à l'auditoire. La rhétorique apparaît ainsi comme le mécanisme ou l'instrument par lequel le juge tente de dégager une sphère d'accord intersubjectif permettant de valider et de légitimer son interprétation en faisant appel aux valeurs et aux attentes de l'auditoire.

Marc Gold cherche à dépouiller radicalement le terme «rhétorique» de toute connotation péjorative: celle-ci est le fait de tout acte dialogique et ne suppose aucune vacuité substantive⁵⁵⁴. Il récuse, dans cette optique, une approche uniquement formelle et instrumentale qui ignore la substance de l'argumentation au profit exclusif des effets du discours⁵⁵⁵. Néanmoins, l'analyse judiciaire qu'il propose est essentiellement une analyse critique, visant à montrer comment l'articulation des décisions permet d'occulter soit la motivation réelle de la décision, soit la subjectivité des choix effectués. Il dit lui-même: «*[M]y analysis has been influenced by that body of scholarship that sees language-use in ideological terms, that is, as a way in which the speaker obscures his or her self-interest and power through the way in which language is used*»⁵⁵⁶. Par ailleurs, les travaux d'Andrée Lajoie⁵⁵⁷, auxquels j'ai pris part, sur les conceptions de la «société libre et démocratique» chez les juges de la Cour suprême avant et après l'entrée en vigueur de la *Charte* procédaient d'une méthodologie similaire, mais avec une finalité différente. L'objectif de ces travaux n'était pas simplement de soulever le «masque d'objectivité», mais de jeter un éclairage sur les

⁵⁵²M. GOLD, *loc. cit.*, note 549, 457.

⁵⁵³Il faut inclure dans la forme de la décision, tout ce qui a trait à la manière dont le litige et la solution sont présentés au lecteur, incluant la présentation des faits, la formulation de la question juridique, la structure argumentative ainsi que les types d'arguments invoqués par le juge. Voir: M. GOLD, «*loc. cit.*, note 549, ainsi que A. LAJOIE et *al.*, *loc. cit.*, note 373.

⁵⁵⁴M. GOLD, *loc. cit.*, note 549, 457.

⁵⁵⁵*Idem*, pp. 459-460.

⁵⁵⁶*Idem*, p. 458.

⁵⁵⁷En particulier: A. LAJOIE et *al.*, *loc. cit.*, note 373 et A. LAJOIE et *al.*, *loc. cit.*, note 382.

conceptions subjectives des juges de la «cour Dickson» relativement à l'idée de «société libre et démocratique», et de voir les influences et les permutations de ces conceptions à travers les interprétations judiciaires de la *Charte*. En ce sens, ces travaux étaient, davantage que ceux de Marc Gold, préoccupés par les idées substantives sous-jacentes à la rhétorique judiciaire. Toutefois, dans les deux cas, la perspective était en quelque sorte une de déconstruction.

C'est dans une perspective différente que je m'intéresse ici au discours judiciaire comme argumentation adressée à des auditoires. Mon point de départ n'est pas un ensemble de décisions préexistantes que je chercherais à analyser, mais un problème théorique qui se situe en amont de l'acte décisionnel, à savoir: comment le juge qui, par l'interprétation qu'il est appelé à faire, émet une prétention à la validité, peut-il générer un accord intersubjectif susceptible de certifier et de légitimer sa prétention. À cette question, Marc Gold répond, à l'instar de Perelman: «*Rhetoric will only succeed if it builds upon premises shared by the audience and taps the values and expectations of that audience*»⁵⁵⁸. Le juge qui procède à une interprétation n'exerce pas son jugement, notamment son jugement moral, dans un *vacuum*. Si sa tâche est d'essayer de formuler la «bonne réponse» au problème juridique qui lui est soumis, cette réponse n'est bonne, en l'absence de critère objectif fixe, qu'au regard des auditoires auxquels il s'adresse et qu'il doit convaincre par son argumentation. Cette conviction, dont dépend la validité de l'interprétation, ne peut être induite que si le juge propose une argumentation qui fait appel aux convictions préalables —politiques, morales et juridiques— des auditoires. Tout comme Rawls contraint désormais ses personnages fictifs placés dans la position originelle à raisonner «*only from general beliefs shared by citizens generally as part of their public knowledge*»⁵⁵⁹, le juge est contraint d'argumenter à partir d'une tradition de savoir juridique, moral et politique.

⁵⁵⁸M. GOLD, *loc. cit.*, note 549, 460. Perelman écrivait pour sa part: «[t]oute argumentation doit partir de thèses auxquelles ceux que l'on veut persuader ou convaincre accordent leur adhésion» (C. PERELMAN, *Logique juridique — Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 116).

⁵⁵⁹John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia Press, 1993, p. 70. Dans cet ouvrage, Rawls tente de reformuler la thèse qu'il avait défendue dans sa célèbre *Theory of Justice* en tenant compte des critiques qu'elle avait soulevées quant à sa prétention à l'universalité. Prenant acte du pluralisme (philosophique, idéologique, religieux) caractéristique des États démocratiques contemporains, et qui constitue la conséquence nécessaire d'une organisation politique libérale fondée sur l'idéal de tolérance, Rawls cherche les conditions qui permettraient —malgré la coexistence de doctrines mutuellement incompatibles— de fonder une théorie de la justice susceptible d'assurer la coordination de

Cela ne signifie cependant pas que, parce qu'il doit susciter l'accord des auditoires, le juge doit s'en remettre à l'opinion dominante ou majoritaire⁵⁶⁰. Non pas tant en raison de la

l'agir social. Rawls adopte alors une perspective constructiviste et pragmatiste en substituant à une quête d'une conception «vraie» de la justice, une quête pour une conception «raisonnable» de la justice fondée sur ce qu'il appelle un «*overlapping consensus*». La possibilité d'un tel consensus repose dès lors non pas sur une rationalité universelle, mais sur la possibilité que les membres d'une communauté historique partagent un certain nombre de convictions et d'idéaux communs. Il écrit à cet égard:

«[T]he political culture of a democratic society, which has worked reasonably well over a considerable period of time, normally contains, at least implicitly, certain fundamental intuitive ideas from which it is possible to work up a political conception of justice suitable for a constitutional regime. This fact is important when we specify the general features of a political conception of justice and elaborate justice as fairness as such a view» (J.RAWLS, op. cit., note 559, p. 38 in fine).

Et plus loin:

«This supposes that, when the original position is set up, we stipulate that the parties must reason only from general beliefs shared by citizens generally, as part of their public knowledge. These beliefs are the general facts on which their selection of the principles of justice is based and, as we saw (I:4.4), the veil of ignorance allows these beliefs as reasons» (Idem, p. 70).

⁵⁶⁰Une telle conception du rôle des tribunaux est articulée par le professeur Bruce Ackerman (Bruce ACKERMAN, «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», (1984) 93 *Yale Law Journal* 1013). Selon Ackerman, les grandes «ruptures» dans les interprétations constitutionnelles de la Cour suprême des États-Unis (qu'il qualifie de «*informal amendments*»), ne peuvent être considérées légitimes que lorsqu'elles reflètent une forte volonté populaire de changement. Cette approche est critiquée, à juste titre il me semble, par le professeur Michelman qui lui reproche principalement d'ignorer le rôle dynamique de la Cour dans le processus de changement constitutionnel (Voir: F. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 401, 1519-1524). Se référant à la décision dans la célèbre affaire *Brown c. Board of Education*, précitée, note 543, Michelman écrit: «*[T]he Brown Court spoke in the accents of invention, not of convention; it spoke for the future, criticizing the past; it spoke for law, creating authority; it engaged in political argument» (Idem, p. 1524).* Le caractère inadéquat de la perspective mécaniste suggérée par Bruce Ackerman apparaît clairement lorsque l'on considère le fait que les juges choisissent relativement fréquemment d'inscrire dans le droit des valeurs minoritaires dans la société [pour une interrogation sur ce phénomène, voir A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, (à paraître aux P.U.F. en octobre 1997)]. Il semble tout simplement erroné de supposer que les juges se sont alors «trompés» sur ce qui constitue la valeur dominante. La réponse réaliste me semble plutôt être que les juges ont opté pour l'interprétation qu'ils croyaient être *la bonne* («*the right answer*») et ont tenté d'en convaincre leurs auditoires. Certes, ce processus interprétatif est nécessairement marqué par l'adhésion à des valeurs et donc influencé par des courants sociaux. Mais cela ne veut pas du tout dire que l'acte d'interprétation consiste à articuler ce que le juge conçoit être le point de vue majoritaire

difficulté d'une telle démarche —le juge ne disposant pas d'instruments pour mesurer l'opinion—, qu'en raison de la nature de l'acte interprétatif. Le juge n'est pas un scrutateur qui, suivant une mécanique majoritaire, enregistre l'opinion populaire, mais un interprète qui défend la validité d'une proposition qu'il avance. Il ne viendrait pas à l'esprit de concevoir la tâche d'un conférencier à un colloque d'interprétation littéraire comme étant simplement de proposer l'interprétation la plus populaire d'une oeuvre en partant de la prémisse voulant que toute interprétation est discrétionnaire et arbitraire. Le conférencier émet une prétention à la validité, et il doit convaincre son auditoire de la validité de son interprétation. Certes, il ne dispose pas de jalon objectif pour établir la véracité de son interprétation. Mais en revanche, il peut faire appel aux convictions de son auditoire quant à la personnalité de l'auteur, l'époque à laquelle l'oeuvre a été écrite, la structure du roman ou la psychologie des personnages, et par là les amener à concevoir le sens de l'oeuvre comme étant conforme à l'interprétation qu'il propose, une interprétation qui peut être radicalement différente de celle communément admise auparavant. C'est une tâche fort différente, autrement plus active et nettement plus constructive que celle qui consiste à s'en remettre *a priori* à l'opinion dominante. Si le conférencier peut proposer ainsi une interprétation nouvelle d'une oeuvre, il ne peut cependant espérer aucun succès s'il ne construit pas son exposé en puisant des arguments à même les convictions préalables de son auditoire. Brian Walker écrit ainsi:

«The individual who speaks has to give attention to the horizon of the other, for it is with the materials available within this foreign horizon that the sender must construct her message for the other. Speaking is a form of building, a construction of one's meanings that is only possible if one can listen sensitively and successfully to the foreign voices of the interlocutor»⁵⁶¹.

La position du juge n'est pas fondamentalement différente de celle du conférencier. Il dispose, il est vrai, d'une autorité canonique particulière qui découle de son statut d'interprète officiel de la loi et qui lui permet d'imposer sa solution. Mais cette autorité n'est ni de source divine, ni gravée dans la pierre. Elle est un produit social, et le pouvoir normatif qu'elle lui confère dépend de l'acquiescement social. Il ne fait aucun doute qu'un pouvoir judiciaire incapable de fonder un accord intersubjectif quant à la validité de ses interprétations perdrait

indépendamment de sa conviction sur ce qui constitue la bonne réponse au problème d'interprétation qu'il doit trancher.

⁵⁶¹Brian WALKER, «John Rawls, Mikhail Bakhtin, and the Praxis of Toleration», (1995) 23 *Political Theory* 101, 108.

ultimement toute autorité⁵⁶². À moins de recourir à la force pure et systématique, le pouvoir des tribunaux, entièrement fondé sur l'idéal de légalité comme prétention au caractère non arbitraire de l'interprétation, appelle une justification de ces interprétations fondée sur l'intersubjectivité, c'est-à-dire sur une tradition de savoir reçu au sein de la collectivité. Jean Robelin souligne en ce sens la nécessité de faire appel aux "principes fondamentaux" qui «apparaissent alors comme une incarnation métapolitique de la communauté»⁵⁶³. L'appel à une tradition fondatrice de la communauté —tradition à laquelle participe et vient ajouter la décision dans un «cercle vicieux politico-juridique»⁵⁶⁴— sert ainsi de fondement à la légalité en guidant l'interprétation et en limitant l'arbitraire du juge. Par là, je ne veux pas dire (et je doute fort aussi que ce soit l'idée proposée par Robelin) que la tradition morale et politique constitue une balise prédéterminée, objective et extérieure au juge. Mais celui-ci doit proposer à travers son interprétation une compréhension subjective du monde —juridique, morale et politique— susceptible de rencontrer un acquiescement (également subjectif) qui en consacre la validité.

Cette conception du processus judiciaire trouve écho dans la conception «jurisgenerative» du dialogue constitutionnel défendue par le professeur Michelman. Rejoignant plusieurs des idées avancées ci-dessus, Frank Michelman écrit:

«Jurisgenerative debate among a plurality of self-governing subjects involves the contested "re-collection" [...] of a fund of public normative references conceived as narratives, analogies and other professions of commitment. Upon that fund those subjects draw both for identity and, by the same token, for moral and political freedom. That fund is the matrix of their identity "as" a people or political community, that is, as individuals in effectively persuasive, dialogic relation with each other, and it is also the medium of their political freedom, that is, of their translation of past into future through the dialogic exercise of recollective

⁵⁶²J'ai rapporté plus haut les propos d'Ivor Jennings qui affirmait en ce sens: «A written constitution is not law because somebody has made it, but because it has been accepted. Anyone can draft a paper constitution, but only the people concerned in government can abide by it; and if they do not, it is not law» (I. JENNINGS, *op. cit.*, note 41, p. 117). L'histoire québécoise fournit à cet égard un exemple manifeste dans le refus des canadiens français, suite à la Proclamation Royale de 1763, de soumettre leurs litiges (particulièrement en matière familiale) à la juridiction des tribunaux du conquérant par crainte de se voir imposer un droit qui leur était étranger et qu'ils considéraient illégitime. Voir André MOREL, «La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1664 à 1774», (1960) *R. du B.* 53.

⁵⁶³Jean ROBELIN, *La petite fabrique du droit*, Paris, Kime, 1994, p. 43.

⁵⁶⁴*Idem*, p. 57.

"imagination". *The republican idea of political jurisgenesis thus presupposes [...] that such a fund of normatively effective material—publicly cognizable, persuasively recollectible and contestable—is always already available*⁵⁶⁵.

Cela signifie que l'«empire du droit» n'est pas, comme le voudrait Dworkin, simplement une attitude «protestante» par laquelle chacun, incluant le juge, est appelé à concevoir pour lui-même les exigences du droit de la société à laquelle il appartient⁵⁶⁶. Le droit n'implique pas un rapport monologique de l'individu à des principes et des règles, mais un rapport dialogique, par lequel ces règles et ces principes sont constitués, en puisant dans la tradition les références normatives susceptibles de fonder un accord intersubjectif.

c) La *Charte* comme instrument d'une maïeutique

La perspective herméneutique que j'ai tenté d'esquisser ici représente, il faut bien le dire, un assouplissement considérable de la notion d'extériorité comme condition de la légalité. Face à un tel assouplissement, on est en droit de s'interroger sur l'attrait que présente, dans un cadre de légalité aussi flexible et indéterministe, un contrôle judiciaire de constitutionnalité qui ne se fonde ni sur l'accès à une vérité objective du droit, ni, comme le voudrait le professeur Ackerman, sur le socle démocratique que représente la volonté populaire. C'est une question qui a fait couler énormément d'encre, et je ne prétends pas ici fournir autre chose qu'une piste de réflexion, par ailleurs déjà empruntée, de diverses manières, par certains auteurs. Anna Pitkin présente sans doute la meilleure formulation de ce qui justifie, à mes yeux, l'existence d'un contrôle judiciaire fondé sur un document comme la *Charte canadienne*, lorsque, dans un autre contexte, elle écrit:

«[T]he distinctive promise of political freedom remains the possibility of genuine collective action, an entire community consciously and jointly shaping its policy, its way of life. [...]

Kant suggests something analogous in his concept of moral autonomy: that we are not mature as moral actors until we have become self-governing, have learned to take responsibility not only for our actions but also for the norms and principles according to which we act. As long as we live by habit or tradition, unaware that they mask an implicit choice, there is something about ourselves as actors in the

⁵⁶⁵F. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 401, 1513-1514.

⁵⁶⁶R. DWORKIN, *op. cit.*, note 515, p. 413.

world that we are not seeing and for which we are not acknowledging our responsibility» (je souligne)⁵⁶⁷.

Si l'on juge la *Charte* par les résultats immédiats qu'elle procure, par les remèdes qu'elle fournit ponctuellement aux divers problèmes engendrés par le recours à la force publique pour la coordination de l'agir social, on est, je crois, condamné à la désillusion. Car la *Charte* ne renferme en réalité rien d'autre que ce qu'on y apporte⁵⁶⁸; et son interprétation, par les choix moraux et politiques qu'elle implique, porte en elle l'assurance d'une perpétuelle dissension. Mais c'est précisément cela qui lui donne, en fin de compte, une valeur unique. La *Charte*, en forçant une prise de position, sinon collective du moins publique, sur les valeurs qui guident notre action collective, se fait l'instrument d'une «maïeutique», à mes yeux essentielle. Comme l'a écrit Michael Walzer, «[t]he people are the successors of gods and absolute kings, but not of philosophers»⁵⁶⁹. Le principe majoritaire fournit l'instrument d'une action collective conforme à un certain idéal démocratique, mais il n'offre que très rarement, il faut bien l'avouer, les moyens d'une réflexion publique sur les fondements de cette action et les valeurs qui l'animent. Si la *Charte* a quelque chose à offrir, ce n'est pas une liste de valeurs impératives ou de principes canoniques, mais plutôt un *forum* et une occasion de formuler les principes fondamentaux de notre société, et d'y confronter le fruit de notre action collective. La *Charte* nous oblige à expliciter les valeurs qui fondent nos choix législatifs et à les confronter à certains concepts flous (liberté, égalité), dont le sens n'est pas prédéterminé objectivement mais relève d'une constante discussion. Elle nous oblige ainsi, pour reprendre les termes de Anna Pitkin, à prendre la responsabilité non seulement de nos actes, mais aussi des normes et des principes qui guident notre agir collectif. Il y a, dans cette idée, quelque chose qui rappelle la thèse existentialiste suivant laquelle nous sommes responsables du sens que nous donnons aux choses, à nos actions et à nous-mêmes. La *Charte*, par sa fonction maïeutique, est l'occasion pour nous d'assumer cette responsabilité en forçant une réflexion critique à partir des valeurs que nous défendons comme fondamentales. À mes yeux, le rôle primordial de la *Charte* est d'opérer cette maïeutique, et le résultat

⁵⁶⁷A. PITKIN, «Justice: On Relating Private and Public», (1981) 9 *Pol. Theory* 327, 344-345.

⁵⁶⁸Par «on» j'entends non seulement les juges, mais tous ceux, commentateurs, activistes, juristes, politiciens et citoyens, qui proposent une lecture particulière de la *Charte* dans le but d'avancer une conception du bien.

⁵⁶⁹Michael WALZER, «Philosophy and Democracy», (1981) 9 *Political Theory* 379, 383.

occasionnel ou circonstanciel, c'est-à-dire le choix d'écarter ou de maintenir une législation particulière est en quelque sorte secondaire.

L'article premier représente à cet égard l'élément cardinal de la *Charte*. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler les termes de cette disposition :

«La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Il 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».

Son interprétation par la Cour suprême dans le célèbre arrêt *Oakes*⁵⁷⁰ constitue sans aucun doute un des aspects du droit constitutionnel canadien le plus discuté ces dernières années. Décrit comme une tentative de rationalisation et d'objectivation de la démarche adjudicative fondée sur la *Charte*⁵⁷¹, il ne faut pas s'étonner qu'on y ait trop souvent vu rien de plus qu'une simple fumisterie, un écran de fumée derrière lequel les tribunaux se retranchent pour imposer leurs choix de valeurs. Cette critique est à mes yeux largement injuste et mal fondée. Bien sûr, le «test de *Oakes*» ne permet pas aux tribunaux de trancher les litiges fondés sur la *Charte* suivant une formule objective où les choix de valeur du juge seraient exclus. Mais aucune interprétation de l'article premier ne permettrait une telle évaluation «objective». Juger le test de *Oakes* à l'aune de l'objectivité, c'est le condamner à l'avance.

L'herméneutique suggère toutefois une perspective différente. Si la validité et la légitimité des décisions constitutionnelles sont fonction du degré d'accord intersubjectif généré non seulement par la solution retenue, mais aussi par l'articulation des motifs de la décision sur une base raisonnée, la démarche proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes* prend alors tout son sens et sa valeur. En forçant les tribunaux à présenter un raisonnement étoffé qui tient compte, premièrement, de l'importance des objectifs de la loi (telle que conçue par le juge), deuxièmement, de la rationalité des moyens déployés, troisièmement, des moyens alternatifs envisageables et, quatrièmement, de la proportionnalité des effets de la loi sur les droits et libertés, le «test de *Oakes*» oblige les tribunaux à une argumentation soutenue et explicite de leurs décisions. Cette argumentation explicite est ainsi garante non pas d'une quelconque objectivité, mais de la publicité du débat, par laquelle non seulement les décisions

⁵⁷⁰R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁵⁷¹Voir J. FRÉMONT, *loc. cit.*, note 458, aux pp. 681 et suiv.

particulières peuvent recevoir une légitimité, mais aussi grâce à laquelle il est possible d'engager une discussion publique et critique sur la justification de nos actions collectives.

Comme je l'ai mentionné ci-dessus, cette perspective, qui fait de la *Charte* l'instrument d'une maïeutique, est empruntée par un certain nombre d'auteurs canadiens. Je pense ici notamment à David Beatty, pour qui la *Charte* mène les tribunaux à jouer le rôle de *critique social* («*social critic*») ⁵⁷², à Karim Benyekhlef, qui invoque l'idée de *palabre* ⁵⁷³, ou encore à Jacques Frémont qui, s'appuyant notamment sur les travaux de Benyekhlef, attribue une *fonction dialectique* au contrôle judiciaire ⁵⁷⁴. Je ne suis pas certain que l'on puisse — ou même que cela soit utile — associer, comme le font ces auteurs, l'idée de *palabre* ou de *dialectique* à une justification du contrôle judiciaire en termes de démocratie. La force légitimatrice de l'idée de démocratie dans nos sociétés contemporaines rend certes séduisante une théorie qui concilierait le contrôle de constitutionnalité à l'idéal démocratique. Le professeur Michelman écrit ainsi:

«The problematic relationship between the two American constitutionalist premises—the government of the people by the people and the government of the people by laws—should be evident. We ordinarily think of ourselves (qua "the people") and laws as being entirely different orders of things. Yet if we are sincerely and consistently committed both to ruling ourselves and to being ruled by laws, there must be some sense in which we think of self-rule and law-rule [...] as amounting to the same thing» (je souligne) ⁵⁷⁵.

Dans une certaine mesure, la perspective herméneutique permet un rapprochement entre démocratie et légalité à travers le concept d'intersubjectivité ⁵⁷⁶. Mais il m'apparaît

⁵⁷²Voir: David BEATTY, «The end of Law: At Least as we have Known It», dans Richard DEVLIN (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery, 1991, p. 391.

⁵⁷³Karim BENYEKHFLEF, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de la constitutionnalité et l'hétéronomie du droit», (1993) 38 *McGill Law Journal* 91.

⁵⁷⁴J. FRÉMONT, *loc. cit.*, note 458, 697-698.

⁵⁷⁵F. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 401, 1500-1501.

⁵⁷⁶François Monconduit écrit ainsi (sans toutefois référer à la question du contrôle judiciaire):

«[L]a démocratie renvoie à l'idée d'une société maîtresse d'elle-même, qui ne procède plus d'une volonté extérieure, mais qui revendique son autonomie. C'est ensuite, et par voie de conséquence, une société en quête d'elle-même: sans référence désormais possible à une volonté transcendante, il n'y a plus de vérité stable par rapport à quoi se

nettement exagéré de faire de ce rapprochement une équivalence. La discussion publique dont je fais, comme d'autres, une des vertus essentielles de la *Charte*, ne dépassera que rarement le cercle d'une élite professionnelle, et Jacques Chevallier n'a peut-être pas entièrement tort de voir dans le contrôle de constitutionnalité la résurgence d'une forme de gouvernement aristocratique marqué par «la montée en puissance des juristes»⁵⁷⁷. La *Charte*, pour les raisons que j'ai exprimées, ne s'en trouve pas pour autant dépouillée de toute vertu. Le fait que les juges soient contraints à motiver leurs décisions et que leur légitimité ne repose, en définitive, que sur la force persuasive de leurs arguments, implique à tout le moins une ouverture à la critique^{577a} et par là la possibilité, toujours présente, d'un débat public élargi. Mais il y a certainement une limite au sens que l'on peut donner à l'idée de démocratie dans ce contexte général de la légitimité du contrôle judiciaire.

La question plus spécifique du contrôle de la constitutionnalité en matière électorale implique toutefois une référence directe à l'idée de démocratie. Cette référence est de deux ordres. En premier lieu, la démocratie entendue comme procédure permettant l'exercice de la souveraineté populaire implique une limite à l'exercice de cette souveraineté populaire. Comme le souligne Michael Walzer, le caractère inaliénable de la souveraineté populaire signifie que:

*«The people cannot renounce now their future right to will (or no such renunciation can ever be legitimate or morally effective). Nor can they deny some group among themselves, with or without a proper name, the right to participate»*⁵⁷⁸.

C'est, paradoxalement, parce que le peuple est souverain qu'il ne peut, directement ou par ses représentants, déterminer de façon entièrement libre les paramètres de la procédure démocratique; et c'est, suivant le même paradoxe, précisément parce que la légitimité des tribunaux n'est pas fondée sur la démocratie (au sens de souveraineté populaire), que ceux-ci peuvent, légitimement, être faits gardiens de cette procédure.

situer, et il lui faut sans cesse se définir elle-même dans l'indétermination» (*loc. cit.*, note 350, 329).

⁵⁷⁷J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 418, pp. 144 et suiv.

^{577a}Par ouverture à la critique, je n'entend pas une ouverture volontaire ou une disposition d'esprit particulière du juge, mais plutôt le fait que toute justification implique, par le fait même, la renonciation à une autorité absolue.

⁵⁷⁸Michael WALZER, *loc. cit.*, note 569, 384.

Par ailleurs, la perspective herméneutique que j'ai tenté de décrire implique que le contrôle constitutionnel du droit électoral se fonde en définitive sur la référence à une tradition sans cesse régénérée, qui constitue à la fois la limite et le fondement du débat herméneutique sur le sens et la portée des exigences constitutionnelles. L'aperçu historique présenté dans le premier chapitre montre à cet égard une dimension importante de cette tradition, soit la tension entre l'autonomie de l'institution représentative à l'égard des autres organes de l'État (notamment les tribunaux), et l'idéal de légalité par lequel la légitimité du mandat démocratique peut être assurée. Cette tension constitue la trame d'une des questions que soulève le contrôle judiciaire de la constitutionnalité en matière électorale, à savoir dans quelle mesure l'autonomie de l'Assemblée sur les règles régissant sa formation et son fonctionnement doit être sacrifiée au profit de l'idéal de légalité, c'est-à-dire quelle est la portée ou la «profondeur» de l'emprise judiciaire sur l'institution représentative sous le régime de la *Charte*.

Le problème que pose le contrôle judiciaire du droit électoral n'est toutefois pas uniquement un problème de «profondeur» de l'intervention judiciaire. C'est, manifestement, également un problème de «direction» ou de «contenu». Quelle est, en d'autres termes, la substance même des limites imposées par la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité à l'article 3 de la *Charte*? La réponse à cette question implique elle-même la référence à une certaine tradition démocratique, à ce que Michelman appelle «*a fund of public normative references*», susceptible de permettre une interprétation des exigences constitutionnelles relatives au droit électoral. Avant d'aborder les problèmes constitutionnels spécifiques soulevés ou susceptibles de l'être par l'article 3 de la *Charte* —qui font l'objet du second volet de ma thèse—, je voudrais essayer d'établir au préalable un bref canevas des conceptions dominantes et conflictuelles de la démocratie parlementaire susceptibles de fournir les références normatives à un tel contrôle judiciaire. Il s'agit, dans cette optique, de s'arrêter sur le discours démocratique de notre tradition politique, non pas afin de formuler une conception juste de la démocratie, mais plutôt dans le but de cerner les perspectives traditionnelles qui alimentent notre regard et constituent les principaux horizons de possibilités dans lesquels s'inscrit la compréhension des exigences constitutionnelles posées par la *Charte* eu égard au processus électoral.

B. Les «modèles» de la démocratie parlementaire comme fondement de la légalité constitutionnelle en matière électorale et parlementaire

Il importe au départ de faire une distinction claire entre «modèle politique» et «modèle d'interprétation», étant entendu que c'est de modèles *d'interprétation* dont il est avant tout question dans la présente partie. Celui ou celle qui propose un *modèle politique* de la démocratie propose une structure étatique plus ou moins complète, et qui tient compte d'une diversité de principes, tels la représentativité, la stabilité ou l'efficacité. Un modèle politique proposé constitue alors un aménagement rendu possible par l'acceptation de compromis entre les exigences conflictuelles des divers principes jugés pertinents du point de vue de la philosophie politique. Sa qualité est fonction de sa capacité de tenir compte et d'intégrer une diversité de principes de manière à fournir les structures politiques concrètes qui apparaissent comme étant les plus adéquates. Son articulation sera nécessairement équivoque, en ce sens qu'il sera impossible d'en ramener la justification à un seul principe, ou à un groupe de principes intimement liés.

Dans le contexte de garanties démocratiques que l'on trouve à la *Charte*, un modèle d'interprétation est entendu comme signifiant une toute autre chose. Un tel modèle vise plutôt à proposer un principe ou un nombre restreint de principes axiologiques et à fournir ainsi un horizon de signification permettant de construire une interprétation «correcte» et cohérente de la norme constitutionnelle. L'univocité relative, propre à un modèle d'interprétation, assure la cohérence des diverses interprétations et applications de la norme, et participe ainsi à la légitimité de l'activité judiciaire en permettant la rationalisation (et, possiblement, une relative prévisibilité). Le modèle interprétatif assure cette cohérence en proposant un référent, c'est-à-dire un principe à l'aune duquel le régime électoral peut être mesuré et évalué, qui fait appel à l'adhésion intersubjective des auditoires en se fondant sur la tradition morale et politique commune à ces auditoires, c'est-à-dire à un univers culturel, historique, philosophique que partagent le juge et les auditoires auxquels s'adresse le juge⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹Par ailleurs, la relative univocité d'un modèle d'interprétation implique, en ce qui concerne les garanties démocratiques, que tout ce qui est pertinent pour la création et la survie d'un régime politique n'est pas nécessairement pris en compte. Ainsi, un régime politique fidèle en tous points au principe fondamental mis de l'avant dans un modèle d'interprétation donné, pourra s'avérer en pratique un très mauvais régime politique. On pourra alors, par exemple, soutenir qu'il est préférable, de recourir au scrutin majoritaire uninominal pour des motifs de stabilité, tout en concédant que ce mode de scrutin va à l'encontre du modèle d'interprétation

Je souligne toutefois, en rappelant la perspective théorique discutée précédemment, qu'en avançant ici deux modèles d'interprétation (l'approche procédurale et l'approche téléologique/pluraliste) je ne prétends pas voir dans ces modèles quelque chose qui ressemblerait à des «règles d'interprétation», c'est-à-dire des guides objectifs agissant comme des contraintes formelles sur l'interprétation du droit de vote. Il s'agit plutôt de dégager, à travers le discours démocratique de notre tradition politique, ce qui m'apparaît être deux «récits» concurrents de la démocratie susceptibles d'alimenter différentes compréhensions de l'article 3 de la *Charte*. Les deux modèles d'interprétation que je propose d'examiner ici correspondent à deux conceptions ou deux approches traditionnelles de l'idée de démocratie⁵⁸⁰. Ils ne correspondent pas cependant nécessairement à deux modèles politiques, chacun susceptible d'être défendu séparément ou intégralement⁵⁸¹. Le plus souvent, on trouvera chez un auteur l'apologie d'un modèle politique qui intègre et s'appuie sur chacune de ces deux approches, sacrifiant l'une à l'autre sur certains points de manière à formuler le

défendu. Dans cette optique, la stabilité que permet le scrutin majoritaire uninominal permet de justifier une entorse au principe mis de l'avant par le modèle d'interprétation.

⁵⁸⁰Ces deux approches de l'idée de démocratie, bien que conçues indépendamment de l'ouvrage de Charles Beitz, correspondent essentiellement à la classification tripartite qu'il propose («*popular will*», «*proceduralism*» et «*best results*»), les deux premières se trouvant ici fusionnées en raison de leur convergence en faveur du principe majoritaire. Voir: Charles BEITZ, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1989. La division que je propose entre l'approche procédurale et l'approche téléologique présente également une certaine familiarité avec celle avancée par le professeur Harrison (R. HARRISON, *op. cit.*, note 12, 1993). Ce dernier distingue une tradition libérale classique, qui met l'accent sur le libre choix individuel, d'une seconde tradition, où la reconnaissance de la faillibilité des individus en ce qui concerne leur intérêt véritable justifie des structures politiques visant à permettre la réalisation des «véritables» intérêts de la population. (*Idem*, pp. 9-10). Cette dernière conception du politique se rattache alors à ce que j'appelle l'approche téléologique, alors que la conception qu'il qualifie de libérale classique débouche sur l'approche que je qualifie de procédurale.

⁵⁸¹Pour une classification de modèles *politiques* associés à l'idée de démocratie, voir: Arend LIJPHART, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984, 229 p., qui divise les démocraties contemporaines en démocraties de type majoritaire et démocraties de type consensuelle. De même, Robert Dahl, dans un ouvrage maintenant reconnu comme un classique, regroupe les modèles de démocraties en trois catégories: élitistes (ou polyarchiques), pluralistes et participatives (R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, 1956). On consultera également David HELD, *Models of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1987.

meilleur modèle politique possible⁵⁸². L'idée que je défends ici est cependant que le discours démocratique de notre tradition libérale s'appuie alternativement sur deux familles ou deux lignes d'arguments, qui se trouvent fusionnées dans la célèbre formule de Lincoln, «*government of the people, by the people, and for the people*», formule qui sera d'ailleurs reprise dans les constitutions françaises de 1946 et de 1958⁵⁸³. La première partie, «*government by the people*», correspond à l'approche procédurale, tandis que la seconde, «*government for the people*», correspond à l'approche que je qualifie de téléologique.

Cette double dimension de l'idée de démocratie se retrouve de façon très explicite chez un certain nombre d'auteurs. Par exemple, John Rawls pose ainsi les conditions de la justice politique:

*«Political justice has two aspects arising from the fact that a just constitution is a case of imperfect procedural justice. First, the constitution is to be a just procedure satisfying the requirements of equal liberty; and second, it is to be framed so that of all the feasible just arrangements, it is the one more likely than any other to result in a just and effective system of legislation»*⁵⁸⁴(je souligne).

De son côté, le professeur Pennock définit la démocratie comme:

*«[1°] government by the people, [2°] where liberty, equality and fraternity are secured to the greatest possible degree and in which human capacities are developed to the utmost, by means including free and full discussion of common problems and interests»*⁵⁸⁵.

Ces deux citations n'expriment pas exactement la même idée. Mais dans les deux cas, tout comme dans la formule de Lincoln, on retrouve, premièrement, l'idée de souveraineté populaire ou d'égalité liberté (on verra ci-après dans quelle mesure ces idées peuvent être

⁵⁸²Je puise ainsi dans les écrits de Mill et de Rousseau des éléments s'accordant tantôt avec l'un, tantôt avec l'autre des deux modèles ou des approches interprétatives. Cela découle du fait que ces auteurs ne visaient pas tant à défendre une idée philosophique univoque de la démocratie qu'un modèle de gouvernement.

⁵⁸³Voir les articles 2 des constitutions de 1946 et de 1958 reproduites dans Maurice DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, coll. Thémis, Paris, PUF, 1974, pp. 191 et 236.

⁵⁸⁴J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, p. 221.

⁵⁸⁵James Rolland PENNOCK, *Democratic Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1979, p. 6.

considérées synonymes) et, deuxièmement, le rattachement de la démocratie à une finalité: chez Rawls, cette finalité est la production de lois justes et efficaces, tandis que dans la définition de Pennock, cette finalité est exprimée de façon plus complexe, englobant la protection de la liberté, l'égalité et la fraternité, de même que le développement des capacités individuelles. Ce sont ces deux axes de la tradition démocratique, l'axe procédural et l'axe téléologique, que je désire développer sommairement ici à titre de «récits» susceptibles de fournir les références normatives nécessaires à l'interprétation des exigences constitutionnelles posées par l'article 3 de la *Charte*.

1. L'approche procédurale et la démocratie formelle ou «mécanique»

Exprimée simplement, l'approche procédurale se caractérise par le paradigme démocratique élémentaire que constitue le principe majoritaire. La démocratie, dans cette optique, c'est la mise en oeuvre du principe majoritaire comme mode opératoire des décisions collectives. Le modèle procédural (ou formel) est en réalité un modèle hybride, qui se trouve à la croisée des chemins de deux préoccupations fondamentales et conceptuellement distinctes: la *souveraineté populaire* et l'*égalité politique formelle*.

L'idée suivant laquelle le gouvernement démocratique signifie le gouvernement qui agit en conformité avec la volonté populaire est au coeur de notre tradition libérale. Cette expression de volonté populaire ou de souveraineté populaire est en fait devenue une sorte de rengaine. Ainsi, pour le professeur Holden:

*«A democracy is (or the term “democracy” connotes) a political system of which it can be said that the whole people, positively or negatively, make, and are entitled to make, the basic determining decisions on important matters of public policy»*⁵⁸⁶.

De même, dans le premier renvoi sur le rapatriement de la Constitution, la Cour suprême écrivait que «la démocratie signifie que les pouvoirs de l'État doivent être exercés conformément aux vœux de l'électorat»⁵⁸⁷. Cette conception procédurale de la démocratie, comme mécanisme visant à permettre l'expression et la mise en oeuvre de la volonté populaire, s'oppose à la conception téléologique selon laquelle la démocratie viserait la

⁵⁸⁶Barry HOLDEN, *The Nature of Democracy*, London, Thomas Nelson and Sons, 1974, p. 8.

⁵⁸⁷Renvoi: *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 880..

réalisation de certains résultats spécifiques, comme l'épanouissement individuel, la protection de la liberté ou le respect de la diversité sociale dans la législation. Le professeur Brian Barry écrit en ce sens:

«I reject the notion that one should build into "democracy" any constraints on the content of the outcome produced, such as substantive equality, respect for human rights, concern for the general welfare, personal liberty, or the rule of law. The only exceptions (and these are significant) are those required by democracy itself as a procedure. Thus, some degree of freedom of communication and organization is a necessary condition of the formation, expression, and aggregation of political preferences»⁵⁸⁸.

L'émergence de l'idée de souveraineté populaire comme fondement de l'autorité politique est évidemment liée étroitement à la pensée des Lumières qui accorde une place centrale à la volonté individuelle et qui, par le contractualisme, fonde l'autorité politique sur le consentement de chacun. En France, si la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 s'était montrée timide en proclamant que la souveraineté réside dans la «Nation», la Constitution de 1793, qui abolit la monarchie suite à l'exécution de Louis XVI, prévoit que «La souveraineté réside dans le *peuple*» (article 25)⁵⁸⁹. Pour Rousseau, la souveraineté populaire est inconciliable avec un régime représentatif et exige une démocratie directe. Il écrit ainsi, dans un passage devenu célèbre:

«La Souveraineté ne peut être représentée par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; [...]. Toute loi que le Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort; il ne l'est que durant l'élection de membres du Parlement: sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien»⁵⁹⁰.

La conception de la démocratie qu'incarne le modèle procédural a pour point de référence l'individu ou, comme l'écrit plus justement le professeur Boulouis, «cette entité abstraite qu'est le "citoyen", cellule élémentaire du corps politique dont, par sa parité, elle

⁵⁸⁸Brian BARRY, *Democracy and Power —Essays in Political Theory 1*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 24.

⁵⁸⁹Pour le texte de la Constitution de 1793, voir: M. DUVERGER, *op. cit.*, note 583, p. 70 et suiv.

⁵⁹⁰Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, Livre III, Chap. XV, p. 134.

assure l'homogénéité et ou son interchangeabilité permet la décision à la majorité»⁵⁹¹. De plus, derrière cette conception de la démocratie se trouve, implicitement, l'idée selon laquelle les individus ont une volonté qui est antérieure au processus politique, par lequel cette volonté doit être réalisée. Comme le souligne Charles Beitz, «*such theories require us to postulate a realm of popular preferences existing independently of the institutions through which they are expressed and combined*»⁵⁹². Dans la pensée libérale des Lumières, l'individu et la volonté individuelle sont *antérieurs au politique*, et constituent le fondement de toute autorité politique.

Or, cette antériorité de la volonté au processus politique est en opposition avec la tradition parlementaire britannique qui insiste sur la dimension *délibérative* et réflexive de la représentation politique. La conception «*Whig*» de la représentation, qui domine les XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, considère le Parlement non pas comme un organe censé représenter la voix du peuple, mais plutôt comme une assemblée délibérante, dont la fonction est de découvrir, par la discussion entre des hommes éclairés, les meilleurs moyens d'assurer le bien commun. Le professeur Samuel Beer écrit à l'égard de cette conception de la représentation parlementaire: «*It is, so to speak, a "thought" theory, not a "will" theory, of how the general good is arrived at*»⁵⁹³. Que les députés soient liés par la volonté des électeurs dont ils seraient les mandataires, cela est complètement étranger à l'ancienne tradition anglaise. Dans un discours célèbre où il s'adressait à ses électeurs, Edmund Burke dira:

«If government were a matter of will upon any side, yours, without question, ought to be superior. But government and legislation are matters of reason and judgement, and not of inclination [...].

*[A]uthoritative instructions, mandates issued, by which a member is bound blindly and implicitly to obey, to vote, and to argue for, though contrary to the clearest conviction of his judgement and conscience; these are things utterly unknown to the laws of this land, and which arise from a fundamental mistake of the whole order and tenor of our constitution»*⁵⁹⁴.

⁵⁹¹Jean BOULOUIS, «Représentation et participation dans la vie politique et administrative», dans Francis DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Travaux des XII^{es} Journées d'études Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 49-67, p. 50.

⁵⁹²C. BEITZ, *op. cit.*, note 580, p. 21.

⁵⁹³Samuel BEER, «The Representation of Interests in British Government: Historical Background», (1957) 51 *American Pol. Sci. Rev.* 613, 616.

⁵⁹⁴Edmund BURKE, «Speech to the Electors of Bristol at the Conclusion of the Poll», publié dans Anna PITKIN (dir.), *Representation*, New York, Atherton Press, 1969, p.175. Comparez cette position, selon laquelle «*government and legislation are matters of reason and*

Il faut toutefois reconnaître que l'influence des Lumières et de l'idée de souveraineté populaire sur les idées politiques anglaises a néanmoins été considérable. Si la démocratie directe et l'idée de mandat impératif y ont toujours été vues avec suspicion (soulignons que, chez nous, le mandat impératif et la révocation populaire⁵⁹⁵ demeurent formellement prohibés par la *Loi électorale du Canada*⁵⁹⁶), l'idée de souveraineté populaire s'est manifestement infiltrée dans le discours politique à partir du XVIII^{ème} siècle. La conception libérale de la représentation qui émerge alors, tout en demeurant attachée à la fonction délibérative du Parlement, présente pour la première fois le député comme représentant des individus, et non plus des intérêts collectifs, corporatifs, économiques ou géographiques⁵⁹⁷. On voit alors apparaître des revendications pour étendre davantage le droit de vote et pour assurer une certaine égalité du suffrage. En doctrine, John Stuart Mill propose d'accorder le vote aux

judgement, and not of inclination» aux propos du juge McIntyre (dissident) dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, précitée, note 456. Selon le juge McIntyre, il appartient au Parlement seul de trancher la question du droit à l'avortement, *«not because Parliament can claim all wisdom and knowledge, but simply because Parliament is elected for that purpose in a free democracy»* (p. 159. Je souligne).

⁵⁹⁵Au sujet de la révocation populaire des députés, Pierre Marquis rapporte qu'au Canada la seule expérience avec un tel mécanisme remonte à 1936 en Alberta. Le premier ministre de l'époque, William Albersart, refusant de devenir la première victime de la procédure qu'il avait lui-même instaurée l'année précédente conformément à sa promesse électorale, choisit plutôt, avec le concours de la Chambre, de l'abroger rétroactivement... (Pierre MARQUIS, *Les référendums au Canada: les conséquences d'un processus décisionnel populaire pour la démocratie représentative*, Ottawa, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, 1993, p. 8). Encore une fois, cet exemple illustre à merveille les difficultés engendrées par le pouvoir des élus de légiférer relativement à leur propre élection.

⁵⁹⁶L.R.C. (1985), c. E-2. L'art. 327 stipule en effet:

«Est un acte illégal et une infraction le fait pour un candidat à l'élection d'un député de signer un document écrit qui lui est présenté sous forme de sommation ou de réclamation par une ou des personnes ou associations de personnes, entre la date de l'émission du bref d'élection et celle du scrutin, si le document contraint le candidat à suivre une ligne de conduite qui l'empêchera d'exercer sa liberté d'action au Parlement, s'il est élu, ou à démissionner comme député s'il en est requis par une ou des personnes ou associations de personnes» (je souligne).

Le mandat impératif est également interdit en France, où il est considéré incompatible avec le principe de la souveraineté nationale (voir: Charles DEBBASCH, Jaques BOURDON, Jean-Marie PONTIER et Jean-Claude RICCI, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^è éd., Paris, Economica, 1990, pp. 533-534).

⁵⁹⁷Voir: S.BEER, *loc. cit.*, note 593.

classes ouvrières et aux femmes, et milite en faveur d'un mode de scrutin (le système «Hare», du nom de son concepteur) qui permettrait de réaliser plus fidèlement le principe de majorité⁵⁹⁸. Ce changement dans la conception de la représentation politique et les revendications démocratiques qui l'accompagnent vont entraîner les grandes réformes électorales du XIX^{ème} siècle: extension progressive du suffrage, réforme de la carte électorale, abolition des bourgs pourris⁵⁹⁹. En Angleterre comme au Canada, le libéralisme va transformer la conception du politique.

Intimement liée au concept de souveraineté populaire se trouve l'idée suivant laquelle la procédure, qui permet de mettre en place un gouvernement démocratique, doit être une procédure par laquelle *chaque citoyen est traité également*⁶⁰⁰. John Rawls écrit en ce sens:

*«The principle of equal liberty, when applied to political procedure defined by the constitution, I shall refer to as the principle of (equal) participation. It requires that all citizens are to have an equal right to take part in, and to determine the outcome of, the constitutional process that establishes the laws with which they are to comply»*⁶⁰¹.

En soi, l'idée de traitement égal des citoyens est distincte de celle de souveraineté populaire. Elle implique que la procédure électorale doit *elle-même* satisfaire au principe d'égalité, *indépendamment des résultats* qu'elle tend à produire. Par exemple, l'égalité politique formelle n'est pas inconciliable avec un scrutin où les représentants seraient choisis

⁵⁹⁸Voir: J.S. MILL, *Considerations on Representative Government*, New York, Harper & Brothers, 1867, p. 153 et suiv.

⁵⁹⁹*Reform Act* (1832), précité, note 125; *Representation of the People act* (1867), précité, note 339; *Representation of the People Act* (1884), précité, note 340; *Redistribution of Seats Act* (1885), 48-49 Victoria, R.-U., c. 23. Ces réformes sont l'occasion de disputes féroces entre les parlementaires. Gladstone, alors premier ministre et fervent défenseur de la réforme, décrit en ces termes cyniques la polémique entourant l'élargissement de la franchise en 1884:

«Il y a dans l'idée de tout ce qui ressemble au suffrage universel quelque chose qui porte si fort sur les nerfs, surtout quand cette idée se combine avec celle des districts électoraux égaux, que pour beaucoup de gens il semble que ce soit l'équivalent du meurtre universel» (William. E. GLADSTONE, *Questions constitutionnelles*, traduit de l'anglais par Alber Gigot, Paris, Librairie Germer Ballière et Cie, 1880, p. 174).

⁶⁰⁰Il est significatif que, chez les grecs, l'idée de gouvernement populaire était parfois exprimée par le terme *isonomia*, qui signifie l'égalité devant la loi (Voir R. HARRISON, *op. cit.*, note 12, p. 17).

⁶⁰¹J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, p. 221.

au hasard en pigeant parmi les bulletins de vote des électeurs. Il va de soi, par ailleurs, qu'une telle procédure n'est pas autorisée par l'idée de souveraineté populaire. L'égalité politique porte, de façon immédiate, sur la procédure elle-même et s'intéresse à la façon dont les citoyens sont traités à l'intérieur même du cadre procédural. La procédure n'est pas jugée ici en termes instrumentaux («est-ce qu'elle permet de réaliser la volonté populaire?»), mais en elle-même. On trouve cette préoccupation incarnée, par exemple, dans le principe «*one person, one vote*», qui va être le moteur d'importantes réformes au XIX^{ème} siècle, et qu'on va retrouver dans la jurisprudence américaine des années '60 à aujourd'hui⁶⁰².

La distinction entre la souveraineté populaire et l'égalité politique formelle apparaît cependant quelque peu ténue et académique. En pratique, ces deux idéaux convergent pour justifier le recours au principe majoritaire. Ainsi Kelsen défend-il le recours à la majorité simple (50% + 1) comme étant la seule compatible avec l'égale liberté de chacun. Exiger une majorité supérieure (par exemple 80%), c'est donner à une minorité dissidente (20% + 1) un droit de *veto* incompatible à la fois avec l'idée de liberté et l'idée d'égalité⁶⁰³. De la même façon, pour Rawls la liberté politique la plus étendue implique le recours à la règle de la majorité («*bare majority*»), c'est-à-dire l'empêchement d'une minorité de s'opposer à la majorité⁶⁰⁴. Dans les deux cas, Kelsen et Rawls argumentent en faveur du principe majoritaire en faisant appel à la fois à l'idée d'autonomie des citoyens (souveraineté populaire) et celle d'égalité politique.

Certaines conséquences de l'adoption d'une approche procédurale comme modèle d'interprétation des garanties démocratiques sont assez faciles à identifier. Mentionnons en particulier les suivantes:

- 1- Le suffrage universel;
- 2- Le respect du principe «un électeur, un vote» (principe de l'égalité du vote);
- 3- Une carte électorale (le cas échéant) établie de façon neutre, c'est-à-dire à des fins non partisans;

⁶⁰²Sur la question de l'égalité numérique des circonscriptions électorales, voir *infra*, pp. 400 à 404, ainsi que 442 et suiv.

⁶⁰³H. KELSEN, *La démocratie: sa nature — sa valeur*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Economica, 1988, p. 20.

⁶⁰⁴J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, p. 223.

- 4- La tenue d'élections régulières permettant de recueillir l'expression de la volonté populaire;
- 5- La possibilité pour un électeur de choisir librement entre une pluralité de candidats ou de partis;
- 6- La possibilité de présenter sa candidature et d'exposer librement son programme politique;
- 7- Le recours à la règle de la majorité simple (50% +1);

Chacune de ces exigences découle, de façon assez évidente, soit de l'idée de souveraineté populaire, soit de l'égalité formelle des citoyens (et le plus souvent des deux).

L'étendue plus complète des exigences liée à l'approche procédurale est cependant plus difficile à cerner. Par exemple, le recours à des formes de démocratie directe (plébiscite, référendum, initiative populaire, veto populaire, mandat impératif, rappel) est, sans aucun doute possible, compatible avec l'approche procédurale. La souveraineté populaire n'admettait pour Rousseau d'autre formule que la démocratie directe et, encore aujourd'hui, l'idée de démocratie représentative demeure souvent exprimée comme un moindre mal⁶⁰⁵. La démocratie directe est, en principe, l'incarnation la plus parfaite du modèle procédural à travers l'idée de majorité. C'est cependant une autre question que celle de savoir dans quelle mesure l'approche procédurale *commande* l'emploi de tels mécanismes. Soulignons que, malgré l'impressionnante popularité contemporaine des formes de démocratie directe, en particulier dans l'Ouest canadien, la tradition parlementaire canadienne demeure plutôt fermée à de tels mécanismes. Les tribunaux se sont opposés, au début du siècle, à l'adoption de mécanismes de législation directe émanant des citoyens⁶⁰⁶, et la Constitution ne prévoit aucun moyen de participation populaire, même pour des modifications à la loi fondamentale. Quant au mandat impératif et au rappel populaire de députés, j'ai déjà mentionné qu'ils sont prohibés par la *Loi électorale du Canada*⁶⁰⁷. Si la conception procédurale de la démocratie est incontestablement au cœur de notre culture démocratique, elle n'a cependant pas supplanté l'attachement aux formes traditionnelles du parlementarisme.

⁶⁰⁵C'était le point de vu de J.S. Mill, qui ne s'y résignait que par impossibilité pratique d'instaurer la démocratie directe dans un état peuplé (J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, p. 80).

⁶⁰⁶*Re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.

⁶⁰⁷Précitée, note 596.

Dans le même ordre d'idées, l'acceptation du modèle procédural ne permet pas, par exemple, de trancher la question de savoir dans quelle mesure la procédure électorale doit nécessairement prévoir une réglementation des finances électorales et de l'accès aux médias de façon à assurer une certaine égalité politique des citoyens. En d'autres termes, la loi électorale doit-elle assurer que les plus riches ne dominent pas, par leurs seuls moyens financiers, le débat électoral, ou encore faire en sorte que ceux-ci ne déterminent pas l'«agenda» politique sur lequel les citoyens sont appelés à voter? John Rawls est d'avis que oui⁶⁰⁸. Selon lui, sans une telle réglementation du débat électoral, incluant le financement public des campagnes électorales, la valeur («worth») de l'égalité politique se trouve irrémédiablement compromise:

«If society does not bear the costs of organization, and party funds need to be solicited from the more advantaged social and economic interests, the pleadings of these groups are bound to receive excessive attention.

[...]

[F]or when parties and elections are financed not by public funds but by private contributions, the political forum is so constrained by the wishes of the dominant interests that the basic measures needed to establish just constitutional rule are seldom properly presented»⁶⁰⁹.

Mais on doit s'attendre à ce qu'une telle position soit contestée, même par les plus ardents défenseurs de l'égalité procédurale. La conception procédurale de la démocratie est empreinte de la pensée libérale qui en a permis l'émergence. Il est assez aisé de voir l'analogie entre le citoyen rationnel qui exprime ses préférences politiques par le moyen du vote, et l'image de l'"*homo economicus*" véhiculée par la théorie économique d'Adam Smith. La théorie libérale classique montre très peu de méfiance envers la concentration de pouvoirs au sein d'une élite économique, et considère généralement que le «*free market of ideas*», comme le marché des biens de consommation, se portera d'autant mieux qu'il sera laissé à lui-même⁶¹⁰. Ce parti pris libertaire que l'on tend à retrouver chez les tenants de la démocratie procédurale trahit une conviction que la liberté, davantage que l'égalité, constitue l'essence de

⁶⁰⁸Voir: J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, pp. 225 et suivantes, de même que *op. cit.*, note 559, pp. 356 et suiv.

⁶⁰⁹J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, pp. 225-226.

⁶¹⁰Voir en ce sens *Somerville c. Canada*, [1993] A.J. 504, confirmée à (1996) Alta.R. 241 (C.A.); *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Pour une défense doctrinale de la déréglementation des dépenses électorales, voir Philip PALDA, *Election Finance Regulation in Canada. A Critical Review*, Vancouver, The Fraser Institute, 1991. Ces questions seront examinées plus loin (*infra*, pp. 367 et suiv.).

la démocratie. C'est le point de vue exprimé par Kelsen⁶¹¹, de même que par Jeanine Chanteur, pour qui l'égalité est simplement la condition de possibilité de la liberté⁶¹², dont elle ne saurait justifier la négation.

Il ne s'ensuit pas pour autant que l'adoption de l'approche procédurale comme modèle d'interprétation de la *Charte* conduit à condamner la réglementation du débat électoral. Ce que je veux avant tout souligner ici, c'est que les modèles d'interprétation, pas plus que le texte même des normes constitutionnelles, ne fournissent, très souvent, de réponses immédiates aux problèmes juridiques qu'ils sont appelés à régir. Ce que les modèles d'interprétation fournissent cependant, ce sont des lignes argumentatives par lesquelles on peut réussir à justifier une décision particulière. Et le choix d'un modèle, comme il apparaîtra de la seconde partie de la thèse, n'est pas sans conséquences sur le type d'interprétations et de solutions susceptibles d'être apportées aux divers problèmes liés à la réglementation électorale.

La conception procédurale de la démocratie, n'est pas, malgré son succès incontestable aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, exempte de critiques. La principale ou la plus commune des critiques est qu'elle permet la tyrannie de la majorité. C'est une approche formelle et abstraite qui ne tient pas compte de ceux qui, pour diverses raisons, se retrouvent systématiquement dans la minorité⁶¹³. Pour ceux-là, l'idée rousseauiste d'une «forme d'association [...] par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant»⁶¹⁴ n'est que cynique mensonge.

D'autre part, même en admettant son opportunité au chapitre de la moralité politique, le principe majoritaire rencontre d'importants obstacles pratiques en ce qui concerne sa mise en oeuvre, en particulier dans le cadre de la démocratie représentative. C'est principalement le cas lorsqu'il existe un choix entre plus de deux possibilités ou plus de deux candidats. Il peut alors arriver, pour prendre un exemple simple, que le candidat qui l'emporte ne soit non seulement pas le choix de la majorité (50% + 1) —ce qui est très fréquent et, en soi, non

⁶¹¹Voir. H. KELSEN, *op. cit.*, note 603, p. 25.

⁶¹²J. CHANTEUR, «La démocratie et ses dérives», conférence prononcée à Montréal le 2 novembre 1996, à l'occasion du colloque «Démocratie, pluralisme et citoyenneté» organisé par le département de philosophie de l'Université de Montréal. Publication à venir.

⁶¹³Voir notamment: Robert DAHL, *op. cit.*, note 581, pp. 48-49.

⁶¹⁴J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 590, Livre I, Chap. VI, p. 51.

problématique tant que l'option la plus populaire l'emporte— mais que, avoir su que ce candidat avait les meilleures chances de remporter le scrutin, une majorité se serait ralliée derrière un autre candidat (par exemple, il se peut que la population aurait nettement préféré le candidat modéré à celui d'extrême droite qui a gagné avec 30% des voix). Comme l'écrit Bruce Cain:

*«The principle of popular sovereignty can lead to vastly different outcomes depending on the sequence of choices and the rules for making them. Particular sequences can lead to different winners, and under certain configurations of preferences to no winner at all»*⁶¹⁵.

Il s'avère ainsi, en pratique, très difficile de concevoir un mécanisme permettant de recueillir la volonté réelle de l'électorat, dès lors qu'il s'agit d'une question minimalement complexe ou offrant plus qu'une simple alternative⁶¹⁶.

Cette difficulté de mise en oeuvre du principe majoritaire explique l'importance, non seulement en pratique mais aussi en théorie, accordée aux partis politiques⁶¹⁷. Ceux-ci ont, notamment, pour fonction de permettre ce qu'on appelle communément "l'agrégation des préférences"; c'est-à-dire que les partis proposent un programme composé d'un ensemble de politiques, et que c'est sur de tels programmes, plus ou moins complets que les électeurs sont appelés à exprimer leur choix. Kelsen écrit ainsi:

«La démocratie ne peut [...] sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si, entre l'individu et l'État

⁶¹⁵B. CAIN, «The Voting Rights Act and Democratic Theory: Towards a Color-Blind Society?», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, pp. 261-277, à la p. 267.

⁶¹⁶Comme le souligne le professeur Boulouis: «Il faut se replacer dans l'hypothèse très particulière d'un système binaire à tous les niveaux, électoral, partisan, parlementaire, gouvernemental, pour aboutir à retrouver dans la représentation l'optimum de la participation» (J. BOULOUIS, *loc. cit.*, note 591, 54). L'ampleur et la complexité du problème au plan théorique et pratique ont donné lieu au développement de tout un champ d'analyse connu sous le nom de «*public choice theory*», qu'il n'est évidemment pas question d'aborder ici. Parmi la littérature sur ce problème, je signale ici simplement l'ouvrage général de Dennis MUELLER, *Public Choice II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

⁶¹⁷Comme le souligne le professeur Hirst, «*An election is not a pure expression of the people's will but a choice between a small set of organisations, i. e. political parties*» (Paul HIRST, *Representative Democracy and its Limits*, Cambridge, Polity Press, 1990, p. 26).

viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique»⁶¹⁸.

En l'absence de partis organisés (comme se fut le cas jusqu'au XIX^{ème} siècle) les électeurs choisissent uniquement des individus, chacun incapable d'imposer à l'Assemblée un programme politique, expression d'une volonté populaire. Ainsi, paradoxalement, les partis sont nécessaires à la démocratie représentative précisément parce qu'ils *réduisent* les choix et les agglomèrent dans des programmes plus globaux, facilitant ainsi l'application du principe majoritaire et transformant l'élection en procédure quasi-plébiscitaire en faveur d'un parti et d'un programme. Les partis politiques, écrit le professeur Hirst, «*organise political opinion to the point where elections become relatively simple matters of choice between a small number of alternatives*»⁶¹⁹. Cette réduction des alternatives, nécessaire à la mise en oeuvre du principe majoritaire, signifie également une limite au nombre de partis: quand ils dépassent un certain nombre, il devient en effet impossible de produire un choix électoral minimalement majoritaire. Dans un système où un parti peut dominer avec quinze pour cent de l'appui populaire, le principe majoritaire tourne à la dérision. Plus encore, dans un tel système, le jeu des coalitions peut mener à octroyer le pouvoir au plus *faible* parti d'un groupe de coalition, en raison du fait que c'est ce parti qui constitue le point de ralliement⁶²⁰. Il est donc nécessaire, pour qu'une élection permette à la population d'avoir une influence sur les choix politiques dans un respect minimal de l'idée de majorité, de limiter, au nom même de la démocratie, le nombre de partis. Le concept de «polyarchie» a ainsi été forgé pour décrire un système politique caractérisé par la compétition entre un nombre restreint de partis, chacun luttant pour le contrôle de l'assemblée, et permettant ainsi une alternance du pouvoir dictée par la volonté de l'électorat suivant un marché d'offre et de demande⁶²¹.

⁶¹⁸H. KELSEN, *op. cit.*, note 603, pp. 29-30.

⁶¹⁹P. HIRST, *op. cit.*, note 617, p. 33.

⁶²⁰Dans cette perspective, la réforme électorale italienne de 1993 visait, notamment, à remédier au caractère anti-démocratique d'un régime multipartite où les coalitions gouvernementales, résultant d'alliances stratégiques postérieures aux élections, ne reflétaient pas nécessairement les préférences de l'électorat (voir: *Le Monde des débats*, N° 7, avril 1993, pp. 18 à 21).

⁶²¹Voir: R. DAHL, *op. cit.*, note 581. Il écrit: «*Polyarchy is a system in which a plurality of organisations compete for influence and specifically where formally equal electors have a choice between a number of parties in elections*» (*Idem*, p. 49). Reprenant ce concept de polyarchie avancé par le professeur Dahl, Giovanni Sartori écrit:

Cette attitude favorable aux partis politiques est cependant loin de susciter l'unanimité au sein de ceux qui favorisent une conception procédurale de la démocratie. En fait, l'approche procédurale semble souvent aller de pair avec un certain populisme *hostile* aux partis politiques et acharné dans son désir de faire prévaloir le principe majoritaire à travers des mécanismes de démocratie directe⁶²². Par ailleurs, comme le souligne C.B. MacPherson en parlant de l'idée de polyarchie, «[c]e qui est évident c'est qu'il s'agit d'un bon système de

«Democracy is the by-product of a competitive method of leadership recruitment. It may now be explicated in full as follows: Large scale democracy is a procedure and/or a mechanism that a) generates an open polyarchy whose competition on the electoral market b) attributes power to the people and c) specifically enforces the responsiveness of the leaders to the led» (Giovanni SARTORI, *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey, Chatam House, 1987, p. 156).

Contrairement à la démocratie, qui est vue comme une utopie, l'idée de polyarchie désigne un modèle politique réaliste (qui correspond au régime politique de bon nombre d'États occidentaux), permettant de se rapprocher le plus possible de l'idéal de souveraineté populaire en rendant possible l'application de la règle majoritaire.

⁶²²C'est le cas, par exemple, du Reform Party qui a vu le jour ces dernières années dans l'Ouest canadien, à propos duquel le professeur McMenemy écrit :

«As a movement party, Reform gives prominence to grass-roots membership opinion [and is founded on] widespread public cynicism about politicians in all established parties and the disproportionate influence of so-called "special interests" relative to that of "ordinary Canadians". Like earlier populist movements [...] the Reform party and Manning himself constitute an anti-party party» (John McMENEMY, *The Language of Canadian Politics*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1995, p. 253).

Cette vague de populisme est également, et peut-être même principalement, un phénomène américain, en particulier dans l'Ouest où la technique référendaire est de plus en plus employée pour dicter aux gouvernements l'allocation des ressources financières. Pour les États-Unis, voir, en particulier, Andreas AUER, *Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis*, Paris, Économica, 1989, de même que David SCHMIDT, *Citizens Lawmakers: The Ballot Initiative Revolution*, Philadelphia, Temple University Press, 1989; Thomas CRONIN, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, 1989. Au Canada, le Manitoba a adopté en 1995 une loi prohibant les déficits gouvernementaux et requérant le recours à un référendum provincial pour toute augmentation du fardeau fiscal (*Loi sur l'équilibre budgétaire, le remboursement de la dette et la protection des contribuables et apportant des modifications corrélatives*, L.M. 1995, c. 7, art. 10). Pour un examen de la problématique canadienne, voir en particulier: P. MARQUIS, *op. cit.*, note 595.

marché. Mais un système de marché n'est pas nécessairement démocratique»⁶²³. Selon ce dernier, l'équilibre de ce système repose dans l'inégalité: l'offre, qui provient des groupes de politiciens, «réagit à la demande effective, c'est-à-dire à la demande qui s'appuie sur un pouvoir d'achat»⁶²⁴, soit la capacité financière de faire du lobbying, de soutenir un parti, d'acheter de l'espace, etc. C'est ainsi que «l'inégalité sociale engendre l'apathie politique»⁶²⁵ des classes défavorisées qui n'ont pas les moyens nécessaires pour influencer le marché de l'offre politique.

Une troisième critique fréquemment adressée à l'approche procédurale est son caractère formel qui ne tient pas compte de l'*intensité* relative des préférences de chacun, et qui présuppose, en quelque sorte, l'égalité importance ou l'égalité légitimité des propositions soumises au vote majoritaire. Que penser, par exemple, d'une décision majoritaire d'octroyer de larges sommes pour l'embellissement d'une autoroute, plutôt que d'accorder ce montant à une minorité dont la survie en dépend? De l'avis de Charles Beitz, «*we violate impartiality, at least in ordinary circumstances, by giving equal weight to interests of significantly different degrees of urgency*»⁶²⁶. Cette critique rejoint ici la première relative à la tyrannie de la majorité. L'égalité mathématique formelle entre les préférences individuelles que présuppose le modèle procédural est au centre de la critique contemporaine du libéralisme, auquel on reproche principalement de ne pas tenir compte des identités particulières et des besoins liés à ces identités, en tenant un discours universaliste et abstrait⁶²⁷. Appliqués à des individus distincts par leurs identités culturelles et inégaux dans leurs capacités, les principes universels et abstraits du libéralisme classique ne font, sous le voile de la neutralité, que perpétuer et aggraver ces inégalités⁶²⁸. À la conception formelle et procédurale de la démocratie, on

⁶²³Crawford B. MACPHERSON, *Principes et limites de la démocratie libérale*, Traduit de l'anglais par André d'Allemagne, Montréal, Boréal, 1985, p. 111.

⁶²⁴*Idem*, p. 112.

⁶²⁵*Idem*, p. 113.

⁶²⁶C. BEITZ, *op. cit.*, note 580, p. 90.

⁶²⁷Voir notamment: Kathleen MAHONEY, «The Limits of Liberalism», dans R. DEVLIN (dir.), *op. cit.*, note 572, p. 57.

⁶²⁸James Tully écrit en ces sens: «*As we have seen in many classic liberal theories, the feigned cultural indifference of the constitution serves to reinforce the dominant, European male culture at the expense of all others*» (J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, New York, Cambridge University Press, 1995, p. 191).

oppose alors une autre conception, que j'appellerai pluraliste, et qui s'insère dans une approche plus globale que je qualifie de «téléologique».

2. L'approche téléologique et la démocratie «pluraliste»

Il est fréquent de voir l'idée de démocratie associée à *la façon dont l'État traite ses citoyens* d'une manière générale (et non pas seulement dans la législation électorale). On dit par exemple d'un État qu'il n'est pas démocratique s'il ne respecte pas certaines libertés considérées comme fondamentales. Cet État ne sera pas démocratique, suivant cet ordre d'idées, même si ses lois ont été adoptées en conformité avec une procédure qui garantit le principe majoritaire. L'approche téléologique consiste ainsi à juger le caractère démocratique d'un État, non pas tant par sa procédure politique prise isolément, que par le type de législation susceptible de découler, notamment, de son mode d'organisation politique. Rawls écrit en ce sens: «*The fundamental criterion for judging any procedure is the justice of its likely results. [...] [T]he test of constitutional arrangements is always the overall balance of justice*»⁶²⁹. L'approche téléologique consiste à juger un régime politique par ses fruits, et à considérer la procédure politique *sous l'angle de sa capacité à générer un certain résultat considéré comme désirable* (soulignons qu'à ce titre, l'approche téléologique peut servir à justifier toute forme de gouvernement, aussi bien monarchique que républicain).

L'approche téléologique va principalement marquer le parlementarisme à travers l'idée de *délibération*. Comme je l'ai mentionné précédemment, le parlementarisme a été traditionnellement vu comme un moyen de réaliser le bien commun par la libre discussion entre personnes éclairées. Le but de la procédure électorale va alors être précisément de désigner les personnes «éclairées» qui vont assumer cette fonction délibérative. Historiquement, l'approche téléologique va ainsi fournir la justification des exclusions fondées sur les incapacités (comme la soi-disant incapacité des femmes)⁶³⁰, ou encore

⁶²⁹J. RAWLS, *op. cit.*, note 403, pp. 230-231.

⁶³⁰Le professeur Anthony Birch écrit à cet égard:

«*[I]n the hey-day of nineteenth-century liberalism the representative system was seen as a means for the exercise of rational choice between alternative policies and alternative political leaders. In these circumstances it was certainly possible to argue that uneducated (and possibly illiterate) citizens were incapable of reaching an informed*

expliquer la revendication de J.S. Mill pour un vote plural, c'est-à-dire l'octroi de votes supplémentaires pour les personnes plus instruites, et donc plus susceptibles de connaître les moyens de réaliser le bien commun⁶³¹. Suivant cette même logique, on défendit en Angleterre jusqu'en 1948 le maintien de sièges universitaires⁶³². Cette finalité du parlementarisme permet également de comprendre l'hostilité traditionnelle à l'égard des partis politiques. Longtemps, en effet, les partis (ou les «factions») sont vus comme voués à la réalisation et la défense d'«intérêts particuliers», par définition opposés au bien commun⁶³³. L'enthousiasme de J.S. Mill pour le système «Hare» tenait notamment au fait que ce système permettant d'éliminer les partis et de choisir les meilleurs candidats⁶³⁴.

judgement and were therefore not entitled to claim the right to vote» (Anthony Harold BIRCH, *Representation*, Londres, Pall Mall Press, 1971, pp. 64-65).

⁶³¹J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, pp. 169 et suiv. J.S. Mill défendait ainsi un suffrage universel *inégal*. La volonté de Mill d'étendre le suffrage combinait des arguments démocratiques liés à la souveraineté populaire (la nécessité d'un gouvernement qui ne soit pas l'apanage exclusif d'une classe), à des arguments téléologiques: pour Mill, la participation des citoyens à la vie publique était le moyen de permettre l'épanouissement individuel et l'éducation des masses.

⁶³²Voir: Millicent Barton REX, *University Representation in England*, Londres, G. Allen & Unwin, 1954. Instituée par lettres patentes sous Jacques Ier en 1604 (apparemment à l'instigation de Coke), la représentation des corporations universitaires au Parlement aurait été au départ accordée dans le contexte de conflits entre les corporations municipales et universitaires. Ce n'est que plus tard que ce privilège aurait été défendu au nom du gouvernement éclairé (*Idem*, p. 33).

⁶³³Au XVII^{ème} siècle, écrit Aylmer, «*the notion of an opposition party was still equaled with factious behaviour, with something just removed from treasonable conspiracy»* (G. E. AYLMER, *op. cit.*, note 34, p. 194). Cette hostilité à l'égard des partis, ou plutôt des "factions" (puisque les partis n'existent pas encore) se retrouve aussi chez Rousseau, qui écrit à ce sujet:

«[Q]uand il se fait des brigues, des associations partielles au dépend de la grande, la volonté de chacune de ces associations devient générale par rapport à ses membres, et particulière par rapport à l'État: on peut dire alors qu'il n'y a plus autant de votants que d'hommes, mais seulement autant que d'associations. Les différences deviennent moins nombreuses et donnent un résultat moins général. Enfin, quand une de ces associations est si grande qu'elle l'emporte sur toutes les autres, vous n'avez plus pour résultat une somme de petites différences, mais une différence unique; alors il n'y a plus de volonté générale, et l'avis qui l'emporte n'est qu'un avis particulier.

Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État, et que chaque citoyen n'opine que d'après lui» (J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 590, Livre II, Chap. III, p. 67).

⁶³⁴J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, pp. 158-159. Voir à ce sujet: Jenifer HART, *Proportional Representation — Critics of the British Electoral System 1820-1945*, Oxford, Clarendon Press,

L'approche téléologique n'est pas, comme je l'ai mentionné, une approche spécifiquement démocratique —il est en fait hautement improbable que la défense d'un régime politique, quel qu'il soit, ne fasse pas appel à des arguments téléologiques. Une telle approche peut ainsi servir à justifier des structures qui ne sont pas démocratiques, dans le but de poursuivre un «bien» qui n'est lui-même nullement associé à l'idée de démocratie, comme l'efficacité ou la stabilité gouvernementale⁶³⁵. Par ailleurs, une approche téléologique peut, dans le but de réaliser un «bien» qui n'est lui-même pas, ou très indirectement, associé à l'idée de démocratie, servir pour justifier des structures à caractère démocratique. On retrouve une telle approche chez la plupart des penseurs «classiques» de la démocratie comme Rousseau, J.S. Mill ou Bentham, qui vont défendre la démocratie notamment comme moyen permettant

1992, p. 267. On constate ainsi que les approches procédurales et téléologiques s'avèrent parfois complémentaires. L'approche procédurale véhiculée par les mouvements populistes contemporains hostiles aux partis, rencontre ici un certain point de vue téléologique qui était caractéristique de l'attitude à l'égard des partis jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle.

⁶³⁵C'est ainsi que le scrutin majoritaire uninominal que nous connaissons, et qui s'avère incapable de refléter adéquatement l'opinion populaire en raison des distorsions qu'il introduit, est néanmoins conservé et le plus souvent défendu comme mode de scrutin qui permet une très grande stabilité gouvernementale. Comme l'écrit Patrick Boyer: «*In the choice between stability in government over fully democratic representation, Canadian lawmakers, when called upon to decide, have invariably chosen the former*» (Patrick BOYER, *Political Rights: The Legal Framework of Canadian Elections*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 9-10).

de favoriser soit l'épanouissement individuel⁶³⁶, soit la découverte du bien commun⁶³⁷, soit la maximisation du bonheur du plus grand nombre⁶³⁸.

Cependant, l'approche téléologique à la question de l'organisation politique peut s'identifier de façon plus directe à l'idée de démocratie. C'est le cas lorsque le «bien» qu'elle cherche à réaliser se trouve à être l'un ou l'autre —et le plus souvent les deux— des principes fondateurs de la démocratie, soient la *liberté* et *l'égalité*. Ainsi Rousseau écrit-il dans cette perspective: «Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la *liberté* et *l'égalité*»⁶³⁹. De façon similaire, pour Roland Pennock, la raison d'être ou la justification ultime de la démocratie:

«rests on the proposition that under certain requisite conditions, democratic institutions appear to have a greater probability, at the very least, of avoiding tyranny

⁶³⁶Chez J.S. Mill, qui est fortement influencé par Tocqueville, la justification du suffrage universel repose, dans une large mesure, sur le développement des capacités individuelles à travers la participation à la vie politique (Voir: J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, pp. 171-172).

⁶³⁷Bien que Rousseau associe parfois, comme on le verra ci-après, le but de toute organisation politique à la poursuite de la liberté et de l'égalité, les passages, sinon les plus importants, du moins les plus célèbres de son ouvrage *Du contrat social*, montrent que, pour Rousseau, le but du modèle de démocratie directe qu'il défend est de permettre la découverte de la «volonté générale», c'est-à-dire, selon la définition qu'il donne à cette expression, non pas la découverte de la volonté de tous, mais plutôt la découverte du bien commun conçu comme vérité (voir en particulier le Chap. III du Livre II, intitulé «Si la volonté générale peut errer»), et qui permet d'assurer la conservation et la prospérité des membres de la société (voir le Chap. IX du Livre III). Voir également son «Discours sur l'économie politique» (dans J.-J. ROUSSEAU, *Sur l'économie politique — Considération sur le gouvernement de la Pologne — Projet pour la Corse*, Paris, Flammarion, 1990, p. 57, à la p. 68). Pour une discussion de cette question, voir: R. HARRISON, *op. cit.*, note 12, pp. 52-59.

⁶³⁸Ainsi pour Bentham cette maximisation du bonheur du plus grand nombre exige-t-il non seulement la réforme de la démocratie parlementaire pour assurer un élargissement du suffrage, mais encore l'abolition de la monarchie et de la Chambre des Lords, qui constituent des ennemis du peuple. Voir à cet égard les propos de Bentham rassemblés dans: Philip SCHOEFIELD (dir.), *First Principles Preparatory to Constitutional Code*, Oxford, Clarendon Press, 1989, et en particulier les pp. 216-222. Cela, nous dit Bentham, découle du fait que, si en principe le but de tout gouvernement est le plus grand bonheur de tous les citoyens, en pratique le but des gouvernements est le plus grand bonheur de ceux qui détiennent le pouvoir, quel que soit leur nombre (*Idem*, p. 232).

⁶³⁹J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 590, Livre II, Chapitre XI, p. 88.

and, beyond this, of maximizing the ends of liberty (including personal development) and equality than do non democratic institutions»⁶⁴⁰.

De façon caractéristique, les approches téléologiques à la démocratie vont être marquées par un souci de donner une effectivité, une valeur réelle, aux principes de liberté et d'égalité, et vont ainsi critiquer le formalisme de l'approche procédurale où il n'y a de liberté et d'égalité qu'en principe, et non dans les faits, c'est-à-dire dans la réalité sociale. Ce souci d'effectivité est notamment à la base de ce que l'on a appelé parfois les «démocraties populaires». Dans ces régimes, c'est la liberté et l'égalité formelles qui ont été sacrifiées dans le but de fonder un État «réellement» libre et égalitaire⁶⁴¹. En d'autres termes, l'objectif de mettre en place une société libre et égalitaire, et en ce sens démocratique, se fait au moyen d'institutions et de procédures politiques qui ne sont pas nécessairement conformes aux exigences de ces deux principes. Si cette conception de la démocratie n'a pas prévalu dans les régimes libéraux où on a dénoncé ses excès totalitaires, elle y a eu néanmoins une influence importante avec l'émergence des droits sociaux et économiques, parfois appelés droits de la "seconde génération"⁶⁴².

C'est cependant surtout, du moins de façon contemporaine, à travers ce que j'ai appelé la conception pluraliste de la représentation que se manifeste la conception téléologique de la démocratie comme organisation politique visant à réaliser les idéaux de liberté et d'égalité. Suivant cette approche, l'organisation politique doit être conçue de manière à ce que les intérêts des différents groupes qui forment la mosaïque sociale soient également pris en considération dans le processus décisionnel collectif.

À cette fin, la conception pluraliste suggère que l'institution représentative doit être composée d'individus appartenant à une diversité de groupes sociaux, culturels, ethniques et sexuels qui caractérisent la société pluraliste contemporaine. Pour les tenants de cette

⁶⁴⁰J. R. PENNOCK, *op. cit.*, note 585, p. 368.

⁶⁴¹*Idem*, pp. 12-13. Suivant cette optique, l'égalité véritable implique non pas une égalité de forme, mais une égalité matérielle concrète. Quant à la liberté, elle demeure un leurre tant et aussi longtemps que les individus ne jouissent pas de conditions matérielles minimales leur permettant de réaliser leur liberté.

⁶⁴²Voir: Cees FLINTERMAN, «Three Generations of Human Rights», dans Jan BERTING, Peter R. BAEHR, J. Herman BURGERS, Cees FLINTERMAN, Barbara de KLERK, Rob KROES, Cornelius A. VAN MINNEN et Koo VANDER WAL (dir.), *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, 1990, Londres, Meckler, 1990, pp. 75 à 81.

approche, seule une représentation de cette diversité au sein des institutions politiques permet de s'assurer que les intérêts de ces groupes seront véritablement pris en compte dans le processus décisionnel collectif. Le critère par lequel l'adéquation de la représentation est évaluée, est alors la mesure dans laquelle l'assemblée reflète la diversité de la mosaïque sociale. On parle en ce sens de «*descriptive representation*», ou encore de «*mirror representation*», concept que je traduirais par «représentation identitaire». Comme le souligne la professeure Melissa Williams:

«The appeal of descriptive representation is that it seems to approximate the egalitarianism of direct democracy by reproducing the diversity of the citizenry in the legislative assembly, thereby assuring that no voice is excluded»⁶⁴³.

Cette conception pluraliste de la représentation se rattache en fait à une longue tradition de pensée dans l'histoire parlementaire, antérieure au libéralisme qui a conduit au modèle procédural. Au XVI^{ème} siècle, les conceptions de la représentation que l'on appelle communément «*Tory*» et «*whig*», percevaient la représentation parlementaire comme une représentation des divers intérêts géographiques, économiques ou corporatifs au sein de la nation⁶⁴⁴. C'est à cette approche que l'on doit notamment le concept de «représentation virtuelle». Edmund Burke soutenait ainsi au XVIII^{ème} siècle que les régions qui n'envoyaient pas de députés au Parlement étaient néanmoins «virtuellement» représentées par les députés provenant de régions dont les intérêts étaient similaires⁶⁴⁵. Si les libéraux étaient généralement opposés à l'idée de représentation virtuelle, on trouve néanmoins dans la pensée de Mill l'idée familière de représentation identitaire. Ce dernier faisait en effet remarquer qu'on ne pouvait s'attendre d'un député provenant de l'aristocratie qu'il perçoive les problèmes sociaux sous le

⁶⁴³Melissa WILLIAMS, «The Complexity of Fair Representation», p. 3 (article non publié, présenté à Montréal le 14 octobre 1995 devant le «Groupe de travail sur la philosophie et le multiculturalisme»). Certaines études empiriques américaines soutiennent le point de vue selon lequel la représentation identitaire des minorités raciales influence directement les politiques étatiques et municipales de façon bénéfique pour ces minorités (Voir: Chandler DAVIDSON, «The Voting Rights Act: A Brief History», dans B. GROFMAN et C. DAVIDSON (dir.), *op. cit.*, note 615, pp. 7-51, à la p. 49; de même que Laughlin McDONALD, «The 1982 Amendments of Section 2 and Minority Representation», dans *id.*, pp. 66-84, à la p. 79).

⁶⁴⁴Voir: S. BEER, *loc. cit.*, note 593.

⁶⁴⁵Voir à cet égard les propos de Burke reproduits dans A. PITKIN, *op. cit.*, note 594, p. 157, aux pp. 168 à 170. Pour un rapprochement entre la conception de la représentation chez Burke et la perspective pluraliste contemporaine, voir: M. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 337a.

même jour qu'un ouvrier, et que seul un ouvrier pouvait défendre adéquatement les intérêts des ouvriers⁶⁴⁶. Certains utilitaristes comme James Mill, en se fondant sur la prémisse que les individus —incluant les députés— agissent en fonction de la maximisation de leurs intérêts personnels, avancèrent l'idée selon laquelle la maximisation des intérêts du plus grand nombre n'était possible que si les représentants et les représentés partageaient une identité d'intérêts⁶⁴⁷. De façon analogue, le scrutin appelé «*limited vote*» ou «*three-cornered constituency*» fut conçu en Angleterre au XIX^{ème} siècle dans le contexte de l'extension du suffrage, dans le but spécifique de protéger la minorité aristocratique contre le vote des masses populaires⁶⁴⁸. Ce système a été employé dans treize circonscriptions sous le *Representation of the People Act* de 1867⁶⁴⁹ et est demeuré en vigueur jusqu'en 1885⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, pp. 66-67 Au sujet de la représentation des groupes minoritaires, celui-ci écrivit notamment:

«Now, nothing is more certain than that the virtual blotting out of the minority is no necessary or natural consequence of freedom; that, far from having any connection with democracy, it is diametrically opposed to the first principle of democracy, representation in proportion to numbers. It is an essential part of democracy that minorities should be adequately represented. No real democracy, nothing but a false show of democracy, is possible without it». (*Idem*, p. 151. Je souligne).

⁶⁴⁷Voir: James MILL, *Essay on Government*, Cambridge, The University Press, 1937, pp. 35, 45 et 63. Cela n'empêchait toutefois pas James Mill d'admettre l'exclusion des femmes, dont les intérêts lui apparaissaient assimilables à ceux de leurs pères et maris.

⁶⁴⁸Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 148. Suivant ce régime, chacune des circonscriptions est représentée par plusieurs députés, mais chaque électeur possède un vote de moins qu'il y a de sièges à remplir. Ce système permet de remédier (partiellement) au problème d'étouffement des minorités caractéristique des régimes de majorité relative en diminuant de façon importante le nombre de "votes perdus". Si, au lieu d'avoir quatre circonscriptions avec chacune un seul député et une minorité non représentée (et dont les votes ont été inutiles), l'on forme une seule circonscription avec quatre députés mais trois votes par électeur, on évite de donner à la majorité un pouvoir absolu on assure à la minorité un certain poids politique. Il s'agit en réalité d'une variante du système appelé «vote unique non-tranférable» qu'on retrouve aujourd'hui au Japon. A la différence du «*three-cornered constituency*», chaque électeur possède un seul vote malgré la pluralité de sièges. Plus il y a de sièges à combler, plus ce système permet de représenter une mosaïque d'opinions et d'intérêts. Des distorsions ne sont cependant pas exclues, notamment au détriment de groupes dont le parti auquel ils accordent leur faveur présente trop ou pas suffisamment de candidats.

⁶⁴⁹Précité, note 339, art. 9 et 10.

⁶⁵⁰Le *Representation of the People Act* (1884), précité, note 340, imposa alors le scrutin uninominal, dont le but était également de favoriser la représentation d'intérêts diversifiés.

Bien entendu le concept de minorité a aujourd'hui radicalement changé. Alors qu'autrefois il désignait généralement la minorité numérique que constituait l'aristocratie politiquement et économiquement dominante, il est aujourd'hui employé pour désigner, à l'inverse, des groupes considérés comme dépourvus de poids politique et traditionnellement victimes de discrimination (autochtones, femmes, gais et lesbiennes, minorités raciales, ethniques ou religieuses). Au Canada, le souci de ces minorités est désormais au coeur de cette importante culture politique que le professeur Alan Cairns qualifie de «*constitutional minoritarianism*»⁶⁵¹, qui s'est, suivant une thèse désormais bien connue, développée comme réaction à l'idée d'un Canada composé de deux peuples fondateurs et justifiant les aspirations nationalistes des québécois francophones⁶⁵². La politique fédérale du multiculturalisme, qui émerge dans les années soixante, ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont les instruments par lesquels le Canada anglais a tenté —et réussi chez lui— à implanter une vision du Canada comme nation multiculturelle qui célèbre sa diversité comme composante première de son identité⁶⁵³.

⁶⁵¹Voir: Allan C. CAIRNS, «Constitutional Minoritarianism in Canada», dans Ronald L. WATTS et Douglas M. BROWN (dir.), *Canada: The State of the Federation, 1990*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1990, pp.71 et suiv.

⁶⁵²Voir: A. CAIRNS, *op. cit.*, note 5.

⁶⁵³Pour un historique de la politique de multiculturalisme ainsi que de l'adoption de la *Charte canadienne* comme stratégie visant à contrer le nationalisme québécois et promouvoir l'unité nationale, voir: G. ROCHER, «Les ambiguïtés d'un Canada bilingue et multiculturel», (1972) *Revue de l'Ass. can. d'éducation de langue française* 21; Jeremy WEBBER, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994; Rainer KNOPFF et Frederick Lee MORTON, «Nation-Building and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans A. CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (dir.), *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 133; A. CAIRNS, *op. cit.*, note 5. La «célébration» du multiculturalisme qui caractérise la doctrine politique canadienne anglaise contemporaine s'accompagne parfois d'un élan d'optimisme dont on peut se demander s'il n'est pas aveugle à la réalité sociale et politique. Le professeur George Mahler écrit ainsi:

«By celebrating the ethnic diversity of Canada and making sure that constitutional procedures and political institutions protect and support the principle of ethnic diversity, any tensions caused by multiculturalism have been, for the most part, resolved very effectively» (George MAHLER, «Canada: Two Nations, One State?», dans David FRANKLIN et Michael BAUN (dir.), *Political Culture and Constitutionalism, A Comparative Approach*, New York/London, M.E. Sharpe, 1995, p. 56-76, à la p. 65).

Il serait toutefois gravement réducteur de circonscrire ce pluralisme à une idéologie canadienne, purement contingente, et liée exclusivement aux débats relatifs à la réforme constitutionnelle et au statut du Québec. La question du pluralisme constitue en fait le thème dominant d'une très large part de la réflexion contemporaine, que ce soit en anthropologie, en droit, en science politique ou en philosophie. S'il ne peut être question ici de passer en revue cette impressionnante masse de réflexion, il est néanmoins nécessaire d'en présenter sommairement les principaux fondements.

Le pluralisme désigne non seulement un fait social, mais surtout une perspective philosophique et morale, qui résulte de la convergence de trois axes: premièrement une position philosophique, soit un relativisme «doux» lié à l'idéal libéral de tolérance; deuxièmement, une conception de l'individu et de sa valeur; et, troisièmement, une conception de la société. Je voudrais résumer ici, le plus succinctement possible, ces trois axes.

Comme fait social, le pluralisme implique la coexistence, au sein d'une même société, d'une multiplicité de cultures, de langues, de croyances, et de religions. Dans de telles conditions, le maintien d'un ordre social et d'institutions politiques communes exige, au plan philosophique, l'acceptation de l'idée de tolérance. John Rawls retrace les fondements de cet idéal libéral de tolérance dans la Réforme religieuse du XVI^{ème} siècle et ses conséquences, c'est-à-dire la nécessité, face à l'irréductibilité des controverses religieuses, de construire un ordre social qui permet la coexistence d'allégeances religieuses diverses⁶⁵⁴. Le pluralisme implique ainsi la reconnaissance d'un certain relativisme «doux», qui ne commande pas le point de vue radical selon lequel tous les points de vue sont nécessairement d'égale valeur, mais qui s'oppose au dogmatisme et à l'impérialisme philosophique ou religieux. De ce point de vue, les racines du pluralisme sont résolument libérales.

Le pluralisme implique, en second lieu, une certaine conception de l'individu et de sa valeur, dont Charles Taylor analyse les fondements dans son essai «*The Politics of Recognition*»⁶⁵⁵. Charles Taylor retrace la conception contemporaine de l'identité dans le démantèlement des hiérarchies sociales à l'époque des Lumières. Ce démantèlement permet

⁶⁵⁴J. RAWLS, *op. cit.*, note 559, pp. xxiv-xxv.

⁶⁵⁵C. TAYLOR, «The politics of Recognition», dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, pp. 25-73.

alors l'introduction de deux transformations cruciales: d'une part, le passage de l'idée d'honneur, attaché aux anciennes structures sociales, à celle de *dignité*, fondée sur l'égalitarisme et l'universalisme⁶⁵⁶; d'autre part, l'émergence, à la fin du XVIII^{ème} siècle, de l'idéal d'*authenticité*⁶⁵⁷, suivant lequel chacun d'entre nous a sa propre façon d'exister et de se réaliser comme être humain et doit, pour être fidèle à lui-même, pour vivre de façon «authentique», découvrir sa propre identité. Or, cette découverte de son identité ne s'effectue pas de façon solitaire, mais dans le dialogue avec autrui, par la reconnaissance des autres de ce que nous sommes et de notre valeur. À l'exigence morale de *tolérance*, dont j'ai fait état plus haut, correspond ici celles de reconnaissance et de respect pour la différence. Charles Taylor écrit ainsi:

*«Everyone should be recognized for his or her unique identity. [...] [W]ith the politics of difference, what we are being asked to recognize is the unique identity of this individual or group, their distinctness from everyone else. The idea is that it is precisely that distinctness that has been ignored, glossed over, assimilated to a dominant or majority identity»*⁶⁵⁸.

De même, suivant le professeur Tully:

*«Citizens can take part in popular sovereignty, by having a say in constitutional negotiations, and exercise their civic and private freedoms only if they have a threshold of self respect. [...] Since what a person says and does and the plan she or he formulates and revises are partly characterised by his or her cultural identity, the condition of self respect is met only in a society in which the cultures of all the members are recognised and affirmed by others [...]»*⁶⁵⁹.

Dans une perspective pluraliste similaire, le professeur Roderick Macdonald écrit: «*Minority is not a description; it is a claim for recognition*»⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶*Idem*, pp. 26-27.

⁶⁵⁷*Idem*, p. 31.

⁶⁵⁸*Idem*, p. 38.

⁶⁵⁹J. TULLY, *op. cit.*, note 628, pp. 189-190.

⁶⁶⁰Roderick A. MACDONALD, «The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: The Canadian Experience», dans Kalman KULCSAR et Denis SZABO, (dir.), *Dual Images — Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic*, Société Royale du Canada, 1996, p. 64.

Cette exigence de reconnaissance s'oppose donc à la perspective universaliste associée au libéralisme classique et exprimée, notamment, par le principe majoritaire⁶⁶¹. Bien que Charles Taylor n'aborde pas directement ce thème dans son essai, les idées de reconnaissance et de respect comme impératifs moraux s'opposent au pouvoir de la majorité d'imposer à tous sa conception du monde et du bien commun, et nient, en particulier, le droit de cette majorité d'agir sans égard pour les intérêts et les points de vue minoritaires. C'est là le fondement de la thèse procédurale défendue par le professeur Ely et dont j'ai fait état précédemment⁶⁶². Cette perspective morale se reflète également dans le discours égalitariste que l'on trouve désormais exprimé sous le vocable révélateur de «*equal consideration and concern*»⁶⁶³, ou encore de «*equal consideration of interests*»⁶⁶⁴.

Enfin, le pluralisme suppose une conception particulière de la société et du politique, qui reflète les préoccupations pour la tolérance et l'égal respect. C'est sans doute à cet égard que le pluralisme marque le plus ses distances avec le libéralisme classique, fondé sur l'abstraction de la différence. À l'inverse de la vision individualiste abstraite qui marque le libéralisme⁶⁶⁵, le pluralisme conçoit la société comme composée essentiellement de groupes particularisés: femmes, hommes, autochtones, minorités culturelles, groupes linguistiques, etc. Bien entendu, ces groupes sont eux-mêmes composés d'individus. Mais c'est à travers l'appartenance (le plus souvent multiple) à ces groupes, que les individus perçoivent la réalité, forment leur identité, développent leur compréhension du monde et leurs valeurs morales. Le

⁶⁶¹Le professeur Tully qualifie cette perspective libérale de «*Esperanto constitutionalism*», masquant une domination culturelle qui constitue «*an imperial yoke, galling the necks of the culturally diverse citizenry*» (J. TULLY, *op. cit.*, note 628, pp. 5 et 7).

⁶⁶²*Supra*, pp. 137 et suiv.

⁶⁶³Ronald Dworkin qui voit dans cet axiome le principe fondamental qui unit la tradition constitutionnelle américaine (voir notamment: R. DWORKIN, *op. cit.*, note 534, pp. 272 à 278; — *op. cit.*, note 2, pp. 205 à 213).

⁶⁶⁴Stanley BENN, «Egalitarianism and the equal consideration of interests», dans James Rolland PENNOCK et John CHAPMAN (dir.), *Equality: NOMOS IX*, New York, Atherton Press, 1967, pp. 61-78.

⁶⁶⁵Comme le souligne Réjean Pelletier: «La démocratie libérale met l'accent sur l'individu-citoyen en ce sens que le pouvoir appartient certes au peuple, mais ce peuple est composé d'individus qui détiennent chacun une part égale de souveraineté» (R. PELLETIER, «État, démocratie, classe politique et partis. Sont-ils toujours conciliables?», dans Jacques ZYLBERBERG et Claude EMERI (dir.), *La démocratie dans tous ses états*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 169-184, à la p. 173).

pluralisme décrit les rapports sociaux, non pas comme des rapports entre des êtres isolés et rationnels, mais comme la rencontre de perspectives fondamentalement collectives. La tolérance et le respect des identités particulières de chacun des individus implique alors la reconnaissance, le respect, voir même la célébration de la diversité de ces sous-collectivités.

Le discours pluraliste est ainsi dominé par les thèmes de «voix» («*voice*») et de reconnaissance. Sous la plume de James Tully, la Constitution n'est plus simplement une affaire d'organisation des fonctions de l'État, de séparation des pouvoirs ou de protection des libertés fondamentales, mais aussi (et peut-être surtout) un document lyrique, qui exprime et incarne de façon symbolique les identités constitutives d'une citoyenneté définie par le dialogue entre les membres d'une société ouverte à la diversité. De même, s'inquiétant de la perspective d'une division du Canada et s'opposant aux visées homogénéisatrices du nationalisme (que celui-ci soit territorial, ethnique ou civique), le professeur Macdonald ne voit la survie d'un Canada polyculturel que dans la reconnaissance d'une «voix» aux diverses minorités linguistiques et culturelles⁶⁶⁶. Si cet État polyculturel a des chances de survivre, ce n'est pas par la décentralisation (qui constitue simplement une forme d'homogénéisation au sein de sphères réduites), mais c'est en ouvrant les voies du dialogue entre les groupes⁶⁶⁷.

Les implications du pluralisme pour l'organisation politique de la société sont directes et évidentes. Si la démocratie signifie, dans la perspective téléologique, le gouvernement du peuple *pour* le peuple, c'est-à-dire le gouvernement du peuple de façon à ce que les différents groupes qui forment la mosaïque sociale soient reconnus comme égaux et libres de poursuivre leur existence de façon «authentique», il faut alors que les structures politiques soient conçues de manière à ce que les perspectives et les intérêts de chacun soient pris en compte, ou à tout le moins de manière à ce que les intérêts et les perspectives de certains ne soient pas systématiquement ignorés par un majoritarisme aveugle. La professeure Young écrit ainsi:

«In the absence of a Philosopher King who reads transcendent normative verities, the only ground for a claim that a policy or decision is just is that it has been arrived

⁶⁶⁶R. A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 660, 52.

⁶⁶⁷Le professeur Tully souligne à cet égard le fait qu'il existe à travers le monde au-delà de quinze mille cultures différentes dont les membres revendiquent la reconnaissance, et qui tendent de plus en plus à être éparpillées géographiquement. Reconnaître à chacune le statut de nation serait dès lors absurde et impraticable. La seule solution repose dans l'accommodation de ces diverses cultures au sein d'espaces géographiques et d'institutions politiques communes. Voir: J. TULLY, *op. cit.*, note 628, pp. 8 et suiv.

at by a public [discussion (sic)] which has truly promoted free expression of all needs and points of views»⁶⁶⁸.

La conception pluraliste de la démocratie exige alors des structures politiques qui, en tenant compte des intérêts pluriels au sein de la société, visent à éviter la tyrannie uniformisatrice et aveugle de la majorité⁶⁶⁹. «*On this view, écrivent Will Kymlicka et Wayne Norman, members of certain groups would be incorporated into the political community not only as individuals but also through the group, and their rights would depend, in part, on their group membership»⁶⁷⁰. Endossant ce point de vue, et critiquant la pensée démocratique classique liée au modèle procédural, la professeure Iris Marian Young écrit pour sa part:*

«[T]he idea that the activities of citizenship express or create a general will that transcends the particular differences of group affiliation, situation, and interest has in practice excluded groups judged not capable of adopting that general point of view; the idea of citizenship as expressing a general will has tended to enforce a homogeneity of citizens. To the degree that contemporary proponents of revitalized citizenship retain that idea of a general will and common life, they implicitly support the same exclusions and homogeneity. Thus I argue that the inclusion and participation of everyone in public discussion and decision-making requires mechanism for group representation»⁶⁷¹.

⁶⁶⁸Iris Marion YOUNG, «Polity and Group difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship», (1988-89) 99 *Ethics* 250, 263.

⁶⁶⁹Comme l'exprime la professeure Louise Marcil-Lacoste: «*[T]he theoretical wager is that the greater the field of legitimate coexistence, the smaller will be the field of structurally imposed violence*». Voir: Louise MARCIL-LACOSTE, «The paradoxes of Pluralism», dans Chantal MOUFFE (dir.), *Dimensions of Radical Democracy*, Londres/New York, Verso, 1992, p. 134.

⁶⁷⁰Will KYMLICKA et Wayne NORMAN, «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory», (1993-94) 104 *Ethics* 352, 370. Comme le soulignent ces auteurs, cette perspective d'une citoyenneté différenciée constitue la négation même de l'idée traditionnelle de citoyenneté en vertu de laquelle chacun est considéré comme une unité indifférenciée détentrice des mêmes droits:

«On the orthodox view, citizenship is, by definition, a matter of treating people as individuals with equal rights under the law. This is what distinguishes democratic citizenship from feudal and other premodern views that determined people's political status by their religious, ethnic or class membership» (Idem).

⁶⁷¹I. M. YOUNG, *loc. cit.*, note 668, 251. De façon similaire, la professeure Melissa Williams écrit: «*The most precise adherence to principles of procedural fairness will not satisfy the claims to equity of groups whose quest for a political voice is permanently frustrated*» (M. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 337a, 43-44).

Le pluralisme politique ainsi revendiqué apparaît non seulement comme une adaptation au *fait* du pluralisme comme caractéristique croissante de la société contemporaine, mais également comme conséquence de l'acceptation d'une *idéologie* pluraliste, fondée sur une conception particulière de l'individu qui met l'accent sur l'identité, ainsi que sur les idéaux de tolérance et d'égalité sollicitude.

L'expression «pluralisme politique» réfère en fait à un ensemble beaucoup plus vaste de théories et de modèles démocratiques que l'idée de représentation pluraliste que je cherche à introduire et décrire ici. On trouvera ailleurs une synthèse de l'ensemble des approches pluralistes dans la pensée démocratique du XX^{ème} siècle⁶⁷². Celles-ci incluent, principalement, diverses formes de pluralisme corporatif⁶⁷³ ou occupationnel⁶⁷⁴, de même que les analyses axées sur le rôle des groupes d'intérêt et les groupes de pression dans le processus politique. L'idée de représentation pluraliste à laquelle je m'intéresse ici se distingue des autres modèles politiques pluralistes, en prenant pour point de référence non pas des groupements

⁶⁷²Voir notamment: Kristie McCLURE, «On the Subject of Rights: Pluralism, Plurality and Political Identity», dans Chantal MOUFFE (dir.), *op. cit.*, note 669, pp. 108-127.

⁶⁷³Sur la tradition corporatiste dans la pensée politique canadienne, voir: Clinton ARCHIBALD, «La tradition corporatiste au Canada», dans Jacques ZYLBERBERG et Claude EMERI (dir.), *op. cit.*, note 665, pp. 392-401.

⁶⁷⁴Devenu moins populaire à la suite des expériences italiennes et espagnoles, le pluralisme corporatif continue cependant de recueillir des adhérents. Le professeur Paul Hirst propose ainsi un modèle politique qui, sans exclure entièrement la représentation territoriale traditionnelle, vise à établir une représentation corporatiste, c'est-à-dire une représentation pluraliste fondée sur les diverses fonctions économiques (syndicats, patronat, corporations professionnelles, etc.) dans la société. Défendant cette position, il écrit:

«Representative democracy can serve to undercut the wider pluralism of political influence which is the social base of genuine democracy, in the sense of power constrained by public accountability and public influence. The long-term solution to this problem can only consist in "pluralizing" the state, that is making the institutions of the state mirror what Harold Laski called the "federative" nature or modern democracy. A "pluralist" state in the sense used by English political pluralists, G. D. H. Cole, J. N. Figgis and H. J. Laski, is one in which distinct functionally and territorially specific domains of authority enjoy the autonomy necessary to perform their tasks» (P. HIRST, *op. cit.*, note 617, p. 8).

Pour une défense d'un modèle corporatiste de la démocratie, voir également: Alan CAWSON, «Functional Representation and Democratic Politics: Towards a Corporatist Democracy?», dans Graeme DUNCAN (dir.), *Democratic Theory and Practice*, Londres et New York, Cambridge University Press, 1983, p. 173.

corporatifs ou des associations volontaires, mais les groupes sociaux (au sens large) permanents et involontaires, associés au concept contemporain de «minorité». Cette distinction est fondamentale en ce que la revendication pour une représentation particulière de ces groupes au sein des institutions politiques s'appuie à la fois sur une expérience de traitement discriminatoire ou défavorable dont ces groupes ont été l'objet par le passé en raison même de leur statut de minorité, ainsi que sur le caractère inhérent et permanent de l'appartenance des individus à ces groupes. Les femmes, les autochtones, les membres de minorités visibles n'ont aucun espoir, aucune possibilité, de se détacher, de se dissocier de leurs "catégories" raciale, ethnique ou sexuelle qui sont à la fois une source primordiale de leur identité et la cause de leur traitement défavorable dans une société gouvernée par le principe majoritaire. Comme le souligne Alan Cairns:

«It is likely, given the constitutional identities these groups now possess, and their historical rooted suspicion of the state as an instrument of others, that the legitimation of public policies whose justification reside in majority support will increasingly be challenged.

Self-perceived minority status, and an ideology of being second class, victimized or ignored slip easily into a distrust of representatives dissimilar from themselves. Such attitudes are sustained by their relative absence from governing elites. When they look at the state they do not see it as mirroring their proportion of the population. [...]

They are suspicious of theories and practices of representation that imply or assert that representatives can be trusted to speak for citizens/constituents when they lack the defining characteristics of the latter»⁶⁷⁵.

Une conception pluraliste de la démocratie qui reconnaît ainsi des droits politiques aux groupes minoritaires peut se présenter sous des formes variables, que je regrouperais sous deux bannières: «communautarienne» et «radicale». Une première perspective «douce», ou modérée, qui se fonde sur les idées de bien commun et de dialogue public souvent associées au communautarisme, consiste à voir dans une représentation politique pluraliste le moyen de formuler une conception plus juste et plus éclairée du bien commun, en tenant compte d'intérêts autres que ceux de la majorité dominante⁶⁷⁶. Cette approche ne remet pas en cause (à tout le moins, pas nécessairement) le principe majoritaire comme principe régulateur au sein

⁶⁷⁵A. CAIRNS, *loc. cit.*, note 651, 84.

⁶⁷⁶Voir, par exemple, Luis FRAGA, «Latino Political Incorporation and the Voting Rights Act», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, pp. 278-282.

de l'institution politique elle-même. Elle avance cependant l'hypothèse selon laquelle, malgré la capacité de la majorité de l'Assemblée d'imposer ses vues et ses politiques, la présence au sein de l'Assemblée d'individus représentant un spectre de groupes sociaux et ethniques, permettra l'émergence d'une conception élargie du bien commun, qui non seulement dépasse la perspective étroite des intérêts de la majorité, mais qui force les groupes minoritaires eux-mêmes à transcender leurs intérêts spécifiques pour engager un dialogue avec la majorité. Ainsi, suivant Anna Pitkin:

«[P]articipation in political action, deliberation and conflict must make us aware of our more remote and indirect connections with others, the long-range and large-scale significance of what we want and are doing. Drawn into public life by personal need, fear, ambition or interest, we are there forced to acknowledge the power of others and appeal to their standards, even as we try to get them to acknowledge our power and standards. We are forced to find or create a common language of purposes and aspirations, not merely to clothe our private outlook in public disguise, but to become aware ourselves of its public meaning»⁶⁷⁷.

Aux États-Unis, des auteurs néo-républicains comme Cass Sunstein et Frank Michelman, proposent ainsi ce que Kathleen Sullivan qualifie de *«rainbow republicanism»*, désignant par là une conception du politique comme dialogue public entre des groupes et des perspectives hétérogènes⁶⁷⁸. Cette approche se rattache à la pensée républicaine par l'importance accordée au dialogue politique⁶⁷⁹. Il s'agit néanmoins d'une conception

⁶⁷⁷Anna PITKIN, «Justice: On Relating Private and Public», (1981) 9 *Pol. Theory* 327, 347. De même, abordant le problème de la démocratie dans les sociétés pluralistes d'Afrique, Arthur Lewis écrivait en 1965:

«The democratic problem in a plural society is to create political institutions which give all the various groups the opportunity to participate in decision-making, since only thus can they feel that they are full members of a nation, respected by their more numerous brethren, and owing equal respect to the national bond which holds them together. [...] Words like 'winning' and 'losing' have to be banished from the political vocabulary of a plural society. Group hostility and political warfare are precisely what must be eradicated if the political problem is to be solved; in their place we have to create an atmosphere of mutual toleration and compromise» (Arthur LEWIS, *Politics in West Africa*, Londres, George Allen and Unwin, 1965, pp. 66-67).

⁶⁷⁸Voir: Kathleen SULLIVAN, «Rainbow Republicanism», (1988) 97 *Yale Law Jour.* 1713.

⁶⁷⁹Cass Sunstein écrit en ce sens:

«Under republican approaches to politics, laws must be supported by arguments and reasons; they cannot simply be fought for [...]. Political actors must justify their choices by appealing to a broader public good. [...] The central idea here is that politics has a deliberative or transformative dimension. Its function is to select values,

pluraliste du politique, qui s'oppose à la tendance homogénéisatrice traditionnellement associée à l'idéologie républicaine. Le professeur Sunstein propose ainsi une représentation proportionnelle pour les noirs, les femmes, les handicapés, les gais et lesbiennes, et autres groupes similaires. Selon lui, «[g]roup representation [...] would ensure that diverse views are expressed on an ongoing basis in the representative process, where they might otherwise be excluded»⁶⁸⁰. Au Canada, une perspective similaire est endossée par ceux qui revendiquent la création des sièges parlementaires réservés aux autochtones⁶⁸¹. J'ai appelé cette perspective communautarienne précisément parce qu'elle incarne les idéaux républicains de dialogue, de vertu civique et le sentiment d'une conception commune de la société que cherchent à défendre les communautariens américains et canadiens comme Michael Walzer et Charles Taylor^{681a}.

À cette perspective communautarienne s'oppose une perspective pluraliste plus radicale. Alors que l'approche communautarienne insiste sur la possibilité d'un dialogue constructif permettant de dégager une compréhension du bien commun qui rallie les divers groupes constitutifs de la mosaïque sociale, le processus politique est vu ici davantage comme

*to implement "preferences about preferences", or to provide opportunities for preference formation rather than simply to implement existing desires» (Cass SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», (1988) 97 *Yale Law Jour.* 1539, 1544-1545).*

⁶⁸⁰C. SUNSTEIN, *loc. cit.*, note 679, 1588. Comme John Rawls, Cass Sunstein défend également la réglementation des médias et des finances électorales pour assurer l'ouverture du dialogue politique à une pluralité de perspectives sur une base égalitaire.

⁶⁸¹Voir à cet égard: David POND, *Guaranteed Aboriginal Seats in Legislatures*, Toronto, Bibliothèque de l'Assemblée législative de l'Ontario, 1992; de même que: QUÉBEC (COMMISSION DE LA REPRÉSENTATION ÉLECTORALE), *Pour un mode de scrutin équitable: la proportionnelle territoriale. Rapport de la Commission de la représentation électorale*, Québec, 1984, p. 107.

^{681a} Ainsi Melissa Williams affirme-t-elle:

*«I am persuaded that to the extent to which we are committed both to equity and to maintaining cooperative relationships among social groups, it is imperative that we work to create political spaces in which deliberation is possible, and resist the inclination always to conceive of politics as competition. There is some reason to believe that, by itself, enhancing the presence of marginalized groups in decision-making bodies encourages some movement away from competition and toward deliberation» (M. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 337a, 44-45).*

un processus conflictuel entre une pluralité de «solitudes»⁶⁸². Cette inconciliabilité des intérêts et des perspectives implique que, en l'absence d'incitatifs procéduraux conçus à cette fin, on ne peut espérer l'élaboration d'une vision commune. Tant qu'il existera un groupe dominant et que la politique fonctionnera sur une base concurrentielle régie par le principe majoritaire, ce groupe imposera ses vues et ses politiques au détriment des autres groupes. Le pluralisme que je qualifie de «radical» propose alors de renoncer (à tout le moins partiellement) à la règle majoritaire comme règle régissant le fonctionnement de l'organe représentatif, au profit d'une organisation institutionnelle requérant l'accord des représentants de chacun des groupes⁶⁸³. La professeure Melissa Williams suggère ainsi de repenser la

⁶⁸²Critiquant le néo-républicanisme pluraliste proposé par Cass Sunstein, Kathleen Sullivan écrit ainsi:

«The multiple-perspective approach, however, is not even theoretically compatible with republicanism. For under this approach, differences in perspective are here to stay. The color-blind and sex-blind millenium will not arrive, nor should we want it to. For all to see the world through the same set of epistemological lenses would be undesirable. But if that is so, we will never be one big republican community—not even in an ideal world» (K. SULLIVAN, *loc. cit.*, note 678, 1718).

De même Iris Marion Young considère que l'idée selon laquelle *«[i]n exercising their citizenship, all citizens should assume the same impartial, general point of view transcending all particular interests, perspectives and experiences»*, constitue un mythe qui ne sert qu'à maintenir les privilèges existants des groupes dominants [I. M. YOUNG, *loc. cit.*, note 668, 257]. Elle croit toutefois en la possibilité d'établir une communication permettant de transcender les différences, et justifie de ce point de vue des structures politiques favorisant ce dialogue.

⁶⁸³Cette approche radicale se reflète dans le concept de *«consociational democracy»*, mis de l'avant par Arend Lijphart (voir: Arend LIJPHART, *«Consociational Democracy»*, (1969) 21 *World Politics* 207; —*Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977) puis repris par un certain nombre d'auteurs comme modèle d'organisation politique visant à permettre le maintien d'un gouvernement démocratique stable dans des sociétés hautement fragmentées au plan ethnique, religieux ou linguistique [Voir notamment: Sidney John Roderick NOEL, *«Consociational Democracy in Canadian Federalism»* (1971) 4 *Can. Jour. of Pol. Science* 16; Hans DAALDER, *«The Consociational Democracy Theme»*, (1974) 26 *World Politics* 604; Kenneth McRAE (dir.), *Consociational Democracy: Political Accommodation in Segmented Societies*, Toronto, McClelland and Stewart Ltd., 1974 (The Carleton Library No. 79)]. Le concept de *«consociational democracy»* implique essentiellement la collaboration au niveau des élites de chacun des groupes ethniques ou religieux de façon à former une coalition assez forte pour empêcher le conflit et la rupture sociale. Les Pays-Bas, l'Autriche, la Suisse et la Belgique sont généralement considérés comme des archétypes de démocratie «consociationnelle». Bien que les mécanismes constitutionnels pour réaliser ce type de gouvernement de coalition peuvent varier, Arend Lijphart souligne en particulier les trois suivants, représentant chacun une

représentation politique afin de forcer la majorité à tenir compte des intérêts minoritaires. Selon celle-ci:

«In addition to self representation, the protection of minority group interests requires a legislative environment in which dominant groups have some incentives to engage in deliberation and compromise with minority legislators—incentives which may not exist without modifications to decisional rules, or at least in the absence of sufficient minority representation that minorities can act as a bloc with the potential for determining occasional legislative outcomes»⁶⁸⁴.

Du côté américain, l'avocate et activiste Lani Guinier revendique —au nom du concept de «*proportionate interest representation*»— l'établissement de mécanismes visant à donner aux minorités raciales américaines une influence réelle au sein du gouvernement et du Congrès. Elle écrit:

«The second condition of political equality is legislative influence, not just legislative presence.

[...]

«Proportionate interest representation attempts to move the process of governmental decisionmaking away from a majoritarian model toward one of proportional power. In particular, efforts to centralize authority in a single executive would be discouraged in favor of power-sharing alternatives that emphasize collective decision-making. Within the legislature itself, rules would be preferred that require supermajorities for the enactment of certain decisions so that minority groups have an effective veto, thus forcing the majority to bargain with them and include them in any winning coalition. Other devices for minority incorporation might include rotation in legislative office»⁶⁸⁵.

déviations au principe majoritaire: 1°) un droit de veto mutuel reconnu à chacun des membres de la coalition; 2°) la proportionnalité dans la sélection des hauts fonctionnaires et l'allocation des ressources (ainsi que, facultativement, comme mode de scrutin); 3°) Des sphères d'autonomie pour chacun des segments de la société (quasi-fédéralisme ou fédéralisme). Bien que le Canada diffère, à bien des égards, du modèle "consociationnel", on en trouve des traces dans la convention relative à la composition du cabinet fédéral et voulant que celui-ci reflète la diversité régionale et linguistique canadienne. De même, l'Accord de Charlottetown, rejeté suite au référendum national de 1991, prévoyait également, en contrepartie d'un Sénat composé d'un nombre égal de représentants de chaque province, un droit de veto spécial pour les sénateurs francophones.

⁶⁸⁴Melissa WILLIAMS, *loc. cit.*, note 643, 16.

⁶⁸⁵Lani GUINIER, «Voting Rights and Democratic Theory: Where Do We Go From Here?», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, pp., 283-292, aux pages 287 et 290.

Alors que le pluralisme communautaire conduit à accepter des déviations à la règle majoritaire dans le processus de formation de l'assemblée au nom d'une représentation de la diversité, le modèle pluraliste radical propose un véritable partage du pouvoir politique entre les groupes au sein de la société. Pour les fins de la présente analyse, il ne semble pas opportun de poursuivre davantage la distinction entre ces deux types de pluralisme politique. Dans les deux cas, le pluralisme s'oppose à la force aveugle du principe majoritaire. Dans les deux cas, il s'agit d'une approche téléologique au problème de la démocratie. Bien que les questions de procédure y occupent une place importante, celles-ci sont systématiquement subordonnées à la réalisation d'un bien démocratique postérieur, soit l'adoption de politiques et de lois qui tiennent compte et qui respectent également la diversité des groupes constitutifs de la mosaïque sociale. L'explosion des identités collectives particulières et la célébration de la diversité dans les sociétés pluralistes contemporaines nous obligent à repenser le collectif et remettre en cause la conception traditionnelle de la souveraineté populaire: tel est le projet de ce que j'ai appelé globalement la conception pluraliste de la démocratie comme sous-catégorie contemporaine de la perspective téléologique.

Cette solution proposée au problème classique de la tyrannie de la majorité constitue une réponse nouvelle par rapport au remède prôné depuis la modernité, soit la simple limitation des pouvoirs de la majorité. Exprimant ce point de vue traditionnel, Benjamin Constant soutenait que le problème de la tyrannie n'était pas lié au titulaire du pouvoir (la majorité populaire), mais à son étendue:

«Confiez [le pouvoir] à un seul, à plusieurs, à tous, vous le trouverez également un mal. Vous vous en prendrez aux dépositaires de ce pouvoir, et suivant les circonstances, vous accuserez tour à tour la monarchie, l'aristocratie, la démocratie, les gouvernements mixtes, le système représentatif. Vous aurez tort; c'est le degré de la force, et non les dépositaires de cette force qu'il faut accuser. C'est contre l'arme et non le bras qu'il faut sévir. Il y a des masses trop pesantes pour la main des hommes»⁶⁸⁶.

Par contraste, la perspective pluraliste avancée ici s'en prend, suivant les termes de Constant, au «bras», et non à «l'arme», à l'organisation du pouvoir, et non à son étendue. En un certain sens, il s'agit d'une conception radicalement contemporaine, résultant de la transformation de notre univers social et philosophique. Mais il s'agit également, comme je l'ai souligné plus

⁶⁸⁶B. CONSTANT, «Principes de politique», dans B. CONSTANT, *Oeuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1957, p. 1104.

haut, d'une conception qui puise abondamment dans notre tradition politique et philosophique, se nourrissant de l'idéal libéral de tolérance et poursuivant la tradition parlementaire en fusionnant l'idée «*Whig*» de délibération dans la recherche du bien commun, au concept «*Tory*» de représentation des divers intérêts au sein de la société.

Cette approche pluraliste n'est, pas plus que l'approche procédurale, exempte de critiques. Elle est à tout le moins aussi difficile d'application en pratique et susceptible d'engendrer des injustices. La représentation de la diversité implique-t-elle que *chacun* des groupes ethniques, religieux, linguistiques ou sexuels soient représentés? Dans la négative, quel critère nous permet alors de préférer un groupe à une autre, les francophones aux autochtones, les Ukrainiens aux Italiens, les noirs aux asiatiques? Comment rendre compte de la complexité des identités individuelles qui présentent nécessairement des caractéristiques multiples (race, religion, langue, sexe, orientation sexuelle)⁶⁸⁷? Indépendamment de ces difficultés, la représentation identitaire peut être vue comme un obstacle à l'intégration et un incitatif à la balkanisation de la société⁶⁸⁸. Garantir la représentation de groupes minoritaires, n'est-ce pas envoyer le message à l'effet que chacun y va pour ses propres intérêts et ceux de ses «semblables»⁶⁸⁹? Ces critiques peuvent paraître excessives, ou même parfois simplistes⁶⁹⁰, ou encore, venant de membres de la majorité, dissimuler une volonté de maintenir une hégémonie politique. Elles ne peuvent toutefois pas être ignorées.

⁶⁸⁷Voir: Bruce CAIN, *loc. cit.*, note 615, aux p. 264 et 267.

⁶⁸⁸Voir en ce sens: Abigail THERNSTROM, *Whose Votes Count? Affirmative Action and Minority Voting Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 242.

⁶⁸⁹Alain Touraine écrit ainsi:

«Si les *African Americans*, les *Native Americans* et surtout les femmes se définissent d'abord par leur être, comment la démocratie se maintiendrait-elle, puisqu'ils ou elles ne voient dans les institutions que des instruments au service d'une élite dominante ou, au contraire, de leurs propres intérêts? [...] La démocratie n'est pas compatible avec le rejet des minorités, mais pas davantage avec celui de la majorité par les minorités et avec l'affirmation de contre-cultures et de sociétés alternatives qui se définissent non plus par leur position conflictuelle dans la société, mais par le rejet de cette société considérée comme le discours de la domination. Il faut rejeter avec la même force une conception jacobine de la citoyenneté et un multiculturalisme extrême qui rejette toutes les formes de citoyenneté» (A. TOURAINE, *op. cit.*, note 1, pp. 98-99).

⁶⁹⁰Après tout, comme le souligne Melissa Williams:

«*all political representation [...] is group representation insofar as legislators represent constituencies, and constituencies are defined by some shared characteristic, that is, as*

*
* *
*

Avant de conclure cette section, j'aimerais préciser un dernier point quant à l'opposition que j'ai dressée ici entre l'approche procédurale et l'approche téléologique. Par cette opposition je n'entends pas suggérer que l'approche procédurale est exempte de toute considération relative aux finalités de la démocratie, et, inversement, que l'approche téléologique suppose l'absence de préoccupation procédurale. Suivant l'approche procédurale, la souveraineté populaire, marquée par l'égalité politique formelle entre les citoyens, est également vue comme un moyen de réaliser un bien: dans la pensée contractualiste classique, c'est le moyen par lequel l'individu, renonçant à la liberté de l'état de nature pour assurer sa sécurité, réussit néanmoins à conserver sa liberté (ce que Kelsen appelle la transformation de la liberté naturelle en liberté sociale⁶⁹¹). Mais ce qui caractérise la conception procédurale de la démocratie est que le bien poursuivi est réalisé directement et entièrement par le processus électoral qui permet, à travers un égalitarisme formel, l'expression de la souveraineté populaire. De la même façon, la conception téléologique se préoccupe de procédure politique et électorale comme moyen de réaliser un bien. Mais à l'inverse de l'approche procédurale, elle associe le concept de démocratie au bien réalisé ultérieurement à la procédure électorale (le gouvernement pour le peuple, où chacun est également considéré), et non à la procédure qui vise à réaliser ce bien.

Cette dichotomie entre l'approche procédurale et l'approche téléologique constitue, à mes yeux, le principal clivage de la pensée et du discours démocratique de notre tradition libérale. La démocratie est ainsi tantôt mandat, tantôt considération. Dans le premier cas, elle est affaire de volonté populaire et de délégation aux autorités politiques; son regard est celui du

a group. [...] In other words, no system of representation can escape the need to aggregate citizens for the purpose of assigning a representative to them» (loc. cit., note 643, 7).

Dans cette perspective, le recours à un critère particulier comme la géographie n'apparaît-il pas de plus en plus arbitraire? Dans tous les cas, il ne suffit pas de critiquer le critère ethnique ou linguistique. Encore faut-il formuler une justification au maintien de circonscriptions exclusivement géographiques dans un univers où les communications et, plus récemment, le développement de l'informatique, viennent bouleverser le concept même d'espace géographique et sa pertinence politique.

⁶⁹¹H. KELSEN, *op. cit.*, note 603, p. 18.

peuple, qui nomme, contrôle et destitue suivant les vœux de la majorité. Dans le second, elle est fonction de justice et d'équité; son regard est celui des gouvernants, et doit, à l'époque contemporaine, être sensible à la diversité des intérêts, des voix et des identités qui sollicitent sa considération. Tels sont, sous leur forme la plus simplifiée, les deux grands «horizons» de la démocratie, qui occupent une place centrale dans l'univers normatif susceptible de fonder une argumentation et un accord intersubjectif autour de l'interprétation des garanties démocratiques inscrites à la *Charte canadienne*, et que, pour cette raison, j'ai cherché à cerner de façon préalable.

Dans la seconde partie de ma thèse, je propose d'examiner un éventail de questions, déjà soulevées ou susceptibles d'être soulevées par la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité garanti à l'article 3 de la *Charte*. Bien que les questions électorales impliquent souvent la considération d'autres garanties, comme la liberté d'expression et d'association ou le droit à l'égalité, mon attention portera principalement sur l'article 3 lui-même. À travers l'analyse de diverses questions telles la reconnaissance du droit de vote, le découpage de la carte électorale, le choix du mode de scrutin, la réglementation des finances électorales, je vise en particulier à cerner les implications des modèles procédural et téléologique présentés sommairement ici, et voir le rôle qu'ils sont susceptibles de jouer, soit dans l'interprétation de la garantie, ou encore dans le processus de justification au niveau de l'article premier. Dans certains cas, comme on le verra, ces approches différentes supportent des solutions similaires, tandis qu'ailleurs elles tendront vers des solutions radicalement différentes. Le point de vue général que j'entends soutenir est que le modèle procédural constitue un modèle interprétatif plus adéquat de l'article 3 de la *Charte*, tandis que l'approche téléologique (et notamment sa version pluraliste), loin d'être sans pertinence ou dépourvue de mérite, devrait davantage servir à justifier des dérogations à l'article 3 à travers le cadre analytique de l'article premier. Mais mon objectif principal est de voir comment les problèmes soulevés par l'interprétation des exigences constitutionnelles relative au droit de vote et d'éligibilité impliquent à la fois l'appel à des idéaux ancrés dans notre tradition politique et morale et la mise en cause de ces mêmes idéaux.

NOTE TO USERS

Page(s) not included in the original manuscript and are unavailable from the author or university. The manuscript was microfilmed as received.

PAGES 221-293

This reproduction is the best copy available.

UMI

Université de Montréal

**Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité
sous le régime de la *Charte canadienne des droits et
libertés*: défis et limites de la légalité**

par

Stéphane Perrault

Faculté de droit

thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (LL.D.)

12 mai 1997

© Stéphane Perrault, 1997



AZBD
U54E
1998
V.003
ptie 2

Université de Montréal

Le comité judiciaire du droit de vote et d'éligibilité
sous le régime de la Loi sur l'accès aux droits et
libertés des personnes handicapées

par

Stéphane Perrault

faculté de droit

Il est présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Licencié en droit (LL.B.)



13 mai 1998

© Stéphane Perrault 1998

Chapitre 2 — Les candidats et les partis politiques (représentants)

Dire de l'éligibilité qu'elle constitue le corollaire du droit de voter, ce n'est pas simplement évoquer une sorte de connexité d'objet, ou l'appartenance à une même «famille de droits», mais bien souligner le fait que ces deux droits apparaissent proprement inséparables, qu'ils ne peuvent être conçus sérieusement l'un sans l'autre, le droit d'éligibilité étant la condition nécessaire du droit de voter. Il semble, en effet, insuffisant de dire que le droit de vote implique lui-même le droit de se voir présenter «un choix de candidats»⁹⁴⁹, si ce choix n'est rien de plus qu'un éventail sélectionné par les individus au pouvoir —officiellement ou par le biais de partis politiques sur lesquels ils exercent leur autorité sanctionnée par l'État. Car voter librement c'est exprimer sa préférence pour le candidat de son choix, et non —comme l'illustre l'expérience des «démocraties populaires»— pour le candidat officiel présenté par l'État. Si l'universalisation du suffrage a pu marquer historiquement l'avènement progressif de la démocratie, c'est aujourd'hui plutôt sur la question de l'éligibilité que l'on se penche pour séparer les démocraties fantoches des régimes véritablement démocratiques. Voter librement, c'est exprimer son choix dans un processus radicalement ouvert à tous les points de vue. Cette perspective «libertaire», dans laquelle l'éligibilité constitue l'une des facettes d'un libre marché d'offre et de demande politique, s'appuie sur une conception procédurale de la démocratie et pose le problème du pouvoir de l'État (généralement défendu sur la base d'arguments téléologiques) de formuler des conditions ou des entraves à la liberté de se porter candidat. C'est cette question qui sera abordée, assez brièvement d'ailleurs, dans la première section qui porte sur les conditions formelles de l'éligibilité.

Mais l'éligibilité peut également être conçue comme un droit distinct du droit de vote et, en quelque sorte, autonome. C'est le cas lorsque la démocratie est prise pour signifier la possibilité offerte à chacun, comme membre du peuple, de prendre part au gouvernement de la Cité, non pas en exprimant sa volonté par son vote, mais en exerçant lui-même une charge publique. Une telle conception de la démocratie explique que chez les Grecs, comme je l'ai mentionné précédemment, certaines charges publiques étaient attribuées aux citoyens par le moyen d'une loterie⁹⁵⁰. De façon analogue, mais dans le contexte de la démocratie

⁹⁴⁹Voir ainsi Patrick Boyer, pour qui le droit de voter inclut «[t]he right to be presented with a choice of candidates or parties» (J. P. BOYER, *op. cit.*, note 635, p. 81).

⁹⁵⁰*Supra*, note 12.

représentative qui nous concerne ici, le droit de se porter candidat se voit attribuer une valeur «en lui-même», c'est-à-dire pour le bénéfice non seulement de l'électorat, mais aussi du citoyen qui, étant admis à poser sa candidature, bénéficie de l'égalité politique avec l'ensemble des autres citoyens, également éligibles. Aborder ainsi le droit à l'éligibilité comme droit égal à une participation à la vie politique pose alors directement le problème, plus concret, des «conditions matérielles de l'éligibilité», c'est-à-dire, en particulier, la question de l'égalité économique des candidats et des partis (qui fait l'objet de la section 2).

Enfin, la question de l'éligibilité peut être appréhendée d'une troisième façon, qui emprunte à la première son caractère accessoire et à la seconde son pragmatisme, et qui consiste à concevoir l'éligibilité du point de vue de son lien avec la représentativité de l'assemblée. Adoptant une perspective qui se fonde alors sur une conception téléologique/pluraliste de la démocratie représentative, il s'agit de se demander si les conditions de l'éligibilité sont propices, sinon à assurer, du moins à permettre la formation d'une assemblée dont la composition reflète la diversité sociale, ou si elles ne sont pas plutôt susceptibles de mener à une assemblée homogène, et donc non représentative (du moins suivant cette conception de la représentation). C'est là une des questions importantes que j'aborderai à l'occasion de l'analyse du droit à l'éligibilité dans le contexte partisan, en prenant pour exemple le cas de la place marginale des femmes au sein des assemblées, et en examinant les difficultés constitutionnelles que soulèvent potentiellement certains remèdes à cette difficile incursion des femmes dans la sphère politique. Si cette troisième perspective n'est pas incompatible avec la seconde —puisque le problème de l'inclusion peut fort bien être reformulé en termes d'égalité de participation, plutôt que de représentativité— en revanche, elle présente un contraste plus marqué avec la première, dont l'accent libertaire tranche avec les mesures régulatrices susceptibles de favoriser, dans la troisième perspective, une candidature diversifiée.

On constate ainsi au départ que la question de l'éligibilité apparaît sensiblement plus complexe que celle du droit de vote abordée au chapitre précédent. Cela est d'autant plus vrai que le contrôle judiciaire des conditions de l'éligibilité se heurte à une longue tradition d'autonomie de l'assemblée fondée sur le privilège parlementaire relatif à sa composition et

qui —on l'a vu notamment avec les affaires *Goodwin*⁹⁵¹, *Bradlaugh*⁹⁵² et *De Bonne*⁹⁵³— confère à l'assemblée le pouvoir d'expulser et d'exclure à sa guise, et même à l'encontre de la loi. C'est d'ailleurs, on l'a également vu dans la première partie, le caractère particulièrement problématique de cette juridiction qui a amené les parlements britannique et canadien à en confier partiellement l'exercice aux tribunaux. Dans cette perspective, une des questions importantes que pose la reconnaissance constitutionnelle du droit d'éligibilité est celle de savoir dans quelle mesure le privilège parlementaire relatif à la composition de la Chambre peut se voir opposer la garantie prévue à la *Charte*.

Section 1 - Les conditions formelles de l'éligibilité: la liberté de se porter candidat

Section 1.1 - La candidature indépendante

La candidature indépendante occupe, il est vrai, une place marginale dans notre système politique. Si j'en fais d'abord l'examen, c'est plutôt parce que les conditions d'éligibilité qu'on y retrouve sont en quelque sorte «cumulatives», les obstacles formels à la candidature indépendante examinés ici se retrouvant également dans le cas de la candidature partisane examinée plus loin. L'intitulé est, en ce sens, quelque peu trompeur, puisque les questions étudiées ici valent également pour la candidature partisane, beaucoup plus fréquente, mais qui comporte aussi des difficultés qui lui sont propres et qu'on verra par la suite.

A. L'éligibilité face aux privilèges parlementaires

Un des privilèges parlementaires les plus solidement établis est le contrôle que détient la Chambre des communes (ou l'Assemblée) sur ses membres, leur appartenance à la Chambre et le droit d'y siéger. Ce privilège inclut tant le droit d'expulser un député, que

⁹⁵¹*Supra*, p. 34.

⁹⁵²*Bradlaugh c. Gosset*, précitée, note 241.

⁹⁵³*Supra*, p. 57.

celui, illustré notamment par les affaires *Bradlaugh*⁹⁵⁴ et *Hart*⁹⁵⁵, de refuser d'accepter en son sein un candidat élu. Marcel Pelletier écrit à cet égard: «*Acceptance by the Commons is a test of which all Members must meet and the Canadian House has on occasion rejected a Member notwithstanding any legal qualification and regularity of his election*»⁹⁵⁶. Le professeur Heard rapporte, quant à lui, les propos d'un ancien conseiller de la Chambre des communes selon lequel: «*If the House does not like the colour of a member's hair, they can expel a member*»⁹⁵⁷.

Que l'existence d'un tel privilège pose un problème face au droit d'éligibilité reconnu à la *Charte canadienne*, cela semble évident⁹⁵⁸. Or, nous avons vu précédemment avec l'affaire *Bradlaugh c. Gosset*⁹⁵⁹ qu'un tribunal ne peut traditionnellement, même sur la base d'une disposition statutaire, interférer avec une décision de la Chambre agissant dans le cadre de ses privilèges. Ainsi la Cour du Banc de la Reine avait-elle, dans cette affaire, refusé de déterminer si la Chambre avait violé le *Parliamentary Oaths Act* en ne permettant pas au plaignant, régulièrement élu, de prêter serment comme député, ainsi que le prescrivait la loi.

⁹⁵⁴*Bradlaugh c. Gosset*, précitée, note 241.

⁹⁵⁵*Supra*, p. 57.

⁹⁵⁶Marcel PELLETIER, «Privilege in the Canadian Parliament», (1973) 54 *Parliamentarian* 143, 149.

⁹⁵⁷Andrew HEARD, «The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights», (1995) 18 *Dalhousie Law Journal* 380, 391.

⁹⁵⁸Il est vrai que, dans l'affaire *MacLean c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, (1987) 76 N.S.R. (2d) 296 (C.S.), la juge Glube fit une distinction entre le droit d'éligibilité et celui de siéger, considérant que seul le premier est garanti par la *Charte*. Cependant, une lecture aussi restrictive ne m'apparaît aucunement justifiée et est contraire à la volonté, maintes fois exprimée par la Cour suprême, de donner aux droits et libertés une interprétation généreuse qui tient compte de la finalité de la garantie. Comme l'écrit plus justement le juge Dickson en première instance dans l'affaire *Harvey c. Nouveau-Brunswick*, (1993) 133 R. N.-B. 181, 195, au sujet du droit à l'éligibilité aux élections fédérale et provinciales: «Le fait d'être éligible à ces élections ne peut que désigner, pour donner à ces mots leur sens usuel, le droit d'une personne de siéger comme député(e) lorsqu'elle est élue». À l'inverse, mais suivant une logique similaire, la juge Piché a conclu dans l'affaire *Rose c. Côté*, [1995] R.J.Q. 2462 (C.S.), que l'inéligibilité implique l'interdiction de se porter candidat. Dans cette affaire, le requérant, bien qu'inéligible, revendiquait néanmoins le droit d'être inscrit à titre de candidat officiel, ce qui lui aurait notamment permis de canaliser le vote de protestation sans toutefois pouvoir être élu.

⁹⁵⁹Précitée, note 241.

La question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir dans quelle mesure la reconnaissance constitutionnelle du droit d'éligibilité a modifié cet ordre des choses et si les tribunaux peuvent, au nom de la *Charte* cette fois, s'opposer à l'exercice par la Chambre d'un de ses privilèges parlementaires, et en particulier du privilège qu'elle détient relativement à sa propre composition.

La question, plus générale, de l'application de la *Charte canadienne* aux privilèges parlementaires a été soumise à la Cour suprême il y a quelques années dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*⁹⁶⁰, où l'on contestait, au nom de la liberté de presse, la décision du Président de l'Assemblée d'exclure de la Chambre les caméras de télévision, décision qui s'appuyait alors sur le privilège relatif à l'expulsion des étrangers. Bien que sept des huit juges ayant pris part à la décision opinèrent en faveur de l'applicabilité de la *Charte* aux actes de l'Assemblée, une majorité de cinq juges conclut que la *Charte* ne pouvait néanmoins s'appliquer aux «privilèges inhérents» d'une assemblée —ceux-ci bénéficiant eux-mêmes d'un statut constitutionnel privilégié par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui garantit le maintien du parlementarisme.

En refusant l'intervention des tribunaux, la juge McLachlin insista fortement sur le principe de la séparation des pouvoirs qui, à ses yeux, serait mis en péril par l'application de la *Charte* aux privilèges parlementaires. Elle écrivit notamment à ce sujet:

«Traditionnellement, chaque branche du gouvernement a joui d'une autonomie dans la façon de conduire ses affaires. La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. En pratique, cela signifie que, sous réserve de l'article 33 de la *Charte*, les tribunaux peuvent être appelés à déclarer non valides des lois et des actes gouvernementaux. Dans cette mesure, la *Charte* a empiété sur la compétence suprême des branches législatives. *Ce que l'on nous demande de faire en l'espèce est d'aller plus loin, beaucoup plus loin. On nous demande d'affirmer que la Charte a non seulement enlevé aux corps législatifs le droit d'adopter les lois qu'ils désirent, mais aussi qu'elle a éliminé le droit constitutionnel que le Parlement et les assemblées législatives possèdent depuis longtemps d'exclure les étrangers et d'assujettir au contrôle supérieur des tribunaux la décision du président quant à ce qui gêne le fonctionnement de l'Assemblée. Je ne vois rien dans la Charte qui*

⁹⁶⁰Précitée, note 8.

exigerait ou justifierait de procéder à la réaffectation des pouvoirs concernés» (les italiques sont ajoutés)⁹⁶¹.

Avec égards, l'insistance de la juge McLachlin sur la séparation des pouvoirs pour justifier la soustraction des privilèges à l'emprise de la *Charte* et des tribunaux m'apparaît injustifiée. En effet, à l'époque contemporaine, l'emprise judiciaire sur la branche législative, qui découlerait d'une soumission des privilèges parlementaires à la *Charte*, ne saurait présenter pour les assemblées un danger comparable à celui que présentait, au XVII^{ème} siècle, la mainmise du roi sur la Chambre des communes. À l'inverse, la soumission sans cesse croissante, depuis le XIX^{ème} siècle, de l'activité politique au principe de légalité apparaît soutenir la décision dissidente du juge Cory qui aurait volontiers assujetti l'exercice des privilèges aux exigences de la *Charte*.

Toutefois, la juge McLachlin me semble avoir raison en soutenant qu'on ne saurait, comme le voudrait le juge Cory, distinguer ici l'existence du privilège, qui ne pourrait être remise en cause par la *Charte*, de son exercice, qui, lui, serait assujetti aux exigences de la *Charte*. En effet, la notion même de privilège implique l'existence d'une sphère d'autonomie libre de toute ingérence, ou encore, pour reprendre les termes employés par la juge McLachlin, un «domaine nécessaire de compétence "parlementaire" ou "législative" absolue et exclusive»⁹⁶². Ainsi conçu, le privilège ne saurait être soumis à la *Charte* quant à son exercice particulier, sans se trouver anéanti dans sa nature même.

En excluant ainsi du contrôle de la *Charte* les privilèges inhérents des assemblées, la Cour semble avoir confirmé la décision rendue par la juge Glube quelques années plus tôt dans l'affaire *MacLean c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*⁹⁶³ et qui touche plus directement nos préoccupations. Dans cette affaire, le plaignant, membre de l'Assemblée de la Nouvelle-Écosse, avait été reconnu coupable de fraude pour avoir falsifié des comptes de dépenses et obtenu illégalement la somme de 22 000 \$. Face à son refus de démissionner à la suite de sa condamnation, l'Assemblée adopta une loi prononçant l'expulsion du député, ainsi que l'inéligibilité, pour une période de cinq ans, de toute personne reconnue coupable d'une

⁹⁶¹*Idem*, p. 389.

⁹⁶²*Idem*, p. 383.

⁹⁶³Précitée, note 958.

infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou plus⁹⁶⁴. La juge Glube estima que si la disposition relative à l'inéligibilité (sur laquelle je reviendrai par la suite) devait, pour être valide, satisfaire aux exigences de la *Charte*, tel n'était pas le cas du prononcé d'expulsion, qui relevait du privilège parlementaire et échappait ainsi au contrôle des tribunaux.

En rétrospective, la décision de ne pas soumettre l'exercice du privilège de l'Assemblée aux exigences de la *Charte* est conforme à la position adoptée subséquemment par la Cour suprême dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting*⁹⁶⁵. Le pouvoir d'une assemblée d'expulser un de ses membres constitue en effet un des privilèges que l'on peut qualifier d'«inhérent», dans la mesure où il est depuis longtemps reconnu comme nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée, que ce soit pour maintenir l'ordre et la discipline, dans le cas d'un député turbulent ou ayant commis un outrage à la Chambre, ou encore (bien que ce motif m'apparaisse plus douteux) pour garantir la dignité de la Chambre⁹⁶⁶. Sur la base du critère de nécessité, le droit de l'Assemblée d'expulser un de ses membres appartient donc aux privilèges inhérents qui, suivant l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting*, échappent à l'emprise de la *Charte*. Il faut, par ailleurs, reconnaître qu'une telle solution, tout en constituant un affaiblissement du droit à l'éligibilité énoncé à la *Charte*, présente peu de risques d'abus, en autant que le député expulsé n'est pas rendu inéligible et que la population conserve la possibilité de renverser la décision de l'Assemblée en élisant le député à nouveau.

L'opinion récemment exprimée par les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé dans un litige similaire, l'affaire *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*⁹⁶⁷, me semble toutefois plus inquiétante. Le litige portait sur certaines dispositions de la loi électorale du Nouveau-Brunswick prévoyant qu'une personne reconnue coupable de manoeuvres électorales frauduleuses ne pouvait siéger à l'Assemblée et devenait inéligible pour une période de cinq ans. L'appelant, un député ayant été reconnu coupable de fraude électorale, contestait la validité de ces dispositions face au droit d'éligibilité reconnu à la *Charte*. Comme seul le procureur général du Canada, agissant à titre d'intervenant, avait invoqué le privilège

⁹⁶⁴*Reasonable Limits for Membership in the House of Assembly*, S. N.-É., 1986, c. 104.

⁹⁶⁵*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précité, note 8.

⁹⁶⁶Voir A. HEARD, *loc. cit.*, note 957, 392-393.

⁹⁶⁷[1996] 2 R.C.S. 876.

parlementaire, six des neufs juges choisirent de traiter l'affaire en présumant de l'applicabilité de la *Charte* (leur décision à cet égard sera examinée plus loin). Le juge en Chef, quant à lui, émit expressément l'avis que la *Charte* devait s'appliquer, étant donné qu'on était face à une mesure législative. Ce faisant, il réitérait le point de vue qu'il avait exprimé en solitaire dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting*⁹⁶⁸ à l'effet que la question pertinente n'est pas de savoir si on est, ou non, en présence d'un privilège parlementaire, mais plutôt de savoir si on fait face à une action gouvernementale au sens de l'article 32 de la *Charte*, c'est-à-dire à un acte du gouvernement ou de la législature⁹⁶⁹. Toutefois, la juge McLachlin, appuyée par la juge L'Heureux-Dubé, arriva à la conclusion que non seulement l'expulsion du député relevait du privilège parlementaire et échappait ainsi à la *Charte*, mais aussi, ce qui m'apparaît nettement plus troublant, que la disposition prévoyant l'inéligibilité pour une période de cinq ans relevait elle-même des privilèges inhérents de l'Assemblée.

Comme dans l'affaire *MacLean*, il peut sembler surprenant de voir, dans la disposition législative prononçant l'expulsion d'un député, l'exercice par la Chambre d'un de ses privilèges. La nature même du privilège, son lien historique et intime avec le souci d'assurer l'autonomie de la Chambre, apparaissent incompatibles avec une action —ici une loi— qui implique le concours du représentant du roi. De ce point de vue, seule une action *autonome* de la Chambre ou de l'Assemblée pourrait être considérée comme relevant de l'exercice d'un privilège. On voit toutefois mal où mène un tel argument. Si une assemblée peut, en vertu de son privilège, expulser un député au moyen d'une simple résolution, il serait curieux qu'elle ne puisse obtenir le même résultat au moyen d'une loi. C'est d'ailleurs ce qu'en avait conclu la juge Glube dans l'affaire *MacLean*.

La qualification de "question relevant du privilège parlementaire" semble cependant beaucoup plus problématique en ce qui a trait au prononcé d'inéligibilité, pour une période de cinq ans, des personnes ayant été reconnues coupables de manoeuvres électorales

⁹⁶⁸*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précitée, note 8.

⁹⁶⁹Dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting*, le juge Lamer fut ainsi le seul juge à conclure qu'une résolution de l'Assemblée n'était pas soumise à la *Charte*, l'Assemblée n'étant qu'une des deux composantes de la législature.

frauduleuses. À cet égard, les motifs de la juge McLachlin suivent à la lettre le raisonnement —à mes yeux peu convaincant— du professeur Heard⁹⁷⁰.

Afin de déterminer si cette question relève du privilège parlementaire, la juge McLachlin applique le critère de nécessité développé dans l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting*⁹⁷¹. Selon la juge, le pouvoir d'établir des conditions d'inéligibilité constitue un pouvoir nécessaire de l'Assemblée (et donc un privilège inhérent), soit à titre d'accessoire au pouvoir d'expulsion, soit à titre autonome. Comme accessoire du privilège d'expulsion, la juge McLachlin estime que le pouvoir d'établir l'inéligibilité est nécessaire afin d'éviter ce qu'elle appelle, à l'instar du procureur général du Nouveau-Brunswick, le «syndrome de la porte tournante»⁹⁷². Selon la juge:

«À moins que la législature n'ait le pouvoir de rendre une personne qui a violé ses règles inhabile à solliciter une charge pendant une certaine période, il n'y a rien qui empêche cette personne de chercher simplement à se faire réélire à la première élection complémentaire venue, souvent dans la circonscription même qui est devenue vacante en raison de l'ordonnance d'expulsion»⁹⁷³.

Mais il m'est difficile de voir en quoi une telle possibilité de réélection peut s'avérer problématique. Bien au contraire, il me semble que c'est précisément parce que l'électorat conserve la possibilité de réaffirmer sa volonté de voir un député siéger que le privilège d'expulsion de l'Assemblée peut être tolérable du point de vue démocratique.

Par ailleurs, et principalement, le critère de nécessité doit être entendu comme signifiant la nécessité de reconnaître non seulement un certain pouvoir, mais que ce pouvoir soit de la nature d'un privilège, c'est-à-dire libre de toute interférence, notamment de la part des tribunaux exerçant la juridiction que leur confère la *Charte*. À cet égard, dans l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting*, on avait reconnu la nécessité du privilège d'expulsion des étrangers précisément parce qu'on a considéré impraticable de voir les décisions de l'Assemblée sur les

⁹⁷⁰A. HEARD, *loc. cit.*, note 957.

⁹⁷¹*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précitée, note 8.

⁹⁷²*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précité, note 967, 923.

⁹⁷³*Idem*.

questions d'ordre et de décorum assujetties à des contestations judiciaires⁹⁷⁴. Il en va de même pour la question de l'expulsion d'un député. Il semble, cependant, que cela ne soit pas le cas pour l'inéligibilité. Car, même en admettant qu'il soit nécessaire que l'on puisse établir certaines causes d'inéligibilité, rien n'indique qu'il soit nécessaire que ce pouvoir soit rattaché aux privilèges parlementaires, par opposition à la compétence législative ordinaire de la législature (et assujettie au contrôle sous la *Charte*). Bref, si le bon fonctionnement de l'Assemblée requiert que celle-ci puisse expulser librement, aucun motif similaire ne justifie un droit absolu de déterminer les conditions d'éligibilité.

Suivant la juge McLachlin, le pouvoir d'établir des causes d'inéligibilité devrait être reconnu comme privilège «en lui-même», c'est-à-dire indépendamment du pouvoir d'expulsion. Cela découlerait directement du fait que l'Assemblée détient, en vertu de ses privilèges traditionnels, le contrôle absolu sur les personnes qui en font partie. Elle écrit ainsi, s'appuyant sur le professeur Heard:

«L'histoire du pouvoir d'un corps législatif d'établir des règles légales relatives à l'inhabilité à se porter candidat remonte à deux siècles au moins. [...] On peut donc conclure, comme le fait Heard, *loc. cit.*, à la p. 397, que [traduction] "[l]'établissement d'inhabilités par voie législative [...] semble [...] relever logiquement de l'ancien privilège de décider des questions ayant trait à l'élection des députés»⁹⁷⁵.

On voit toutefois immédiatement les difficultés vers lesquelles nous pousse ce raisonnement. Comme il n'existe à ce chapitre aucun motif de distinguer les règles relatives à l'inéligibilité de celles relatives au droit de voter, ou même de toute règle fixant les modalités de l'élection, on en arrive très rapidement à conclure que tout le droit relatif à la formation de

⁹⁷⁴*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précité, note 8. La juge McLachlin écrivait alors:

«L'Assemblée se trouverait aux prises avec des poursuites judiciaires et des appels au sujet de ce qui est gênant et de ce qui ne l'est pas, ce qui pourrait en soi entraver son bon fonctionnement. Cela vient appuyer la proposition séculaire et acceptée selon laquelle il est nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée législative inspirée du système parlementaire du Royaume-Uni que cette assemblée possède le droit absolu d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle estime que leur présence l'empêche de fonctionner efficacement» (p. 388)

⁹⁷⁵*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précité, note 967, 925.

l'Assemblée relève de «l'ancien privilège de décider des questions ayant trait à l'élection des députés», et échappe ainsi à l'application de la *Charte*, rendant alors l'article 3 sans objet.

Pour éviter de telles conséquences, la juge McLachlin (suivant en cela le professeur Heard) adopte un raisonnement qui me semble surprenant, non seulement en ce qu'il anéantit la distinction traditionnelle entre la reconnaissance d'un privilège par les tribunaux (qui est autorisée) et le contrôle judiciaire de son exercice (qui ne l'est pas), mais aussi en ce qu'il conduit à une solution qui, à toutes fins pratiques, équivaut sensiblement à soumettre les privilèges au contrôle de la *Charte*, le résultat même que la juge McLachlin cherche à éviter au nom de la séparation des pouvoirs.

En effet, appliquant le critère de nécessité, elle ne pose pas la question de savoir si le pouvoir de l'Assemblée d'établir des motifs d'inéligibilité constitue un pouvoir nécessaire (et donc un privilège inhérent), mais —sans doute afin d'éviter que l'article 3 soit vidé de son objet de la manière indiquée ci-dessus— elle se demande plutôt s'il est nécessaire que l'Assemblée puisse prévoir l'inéligibilité *pour le motif précis de corruption électorale*. Invoquant l'importance de la dignité de l'Assemblée et de l'intégrité du processus électoral, elle conclut par l'affirmative:

«Je conclus que le pouvoir de frapper d'inhabilité des députés *pour cause de corruption* est nécessaire à la dignité, à l'intégrité et au bon fonctionnement d'une législature. Il est donc protégé par le privilège parlementaire et n'est pas visé par l'article 3 de la *Charte*»⁹⁷⁶ (les italiques sont ajoutés).

Suivant la démarche de la juge McLachlin, il faudrait, *pour chaque motif d'inéligibilité prévu par la loi*, se demander si la déclaration d'inéligibilité est nécessaire au bon fonctionnement de l'Assemblée, et déterminer ainsi s'il est assujéti aux contraintes de la *Charte*. Avec égards, l'incongruité d'une telle démarche m'apparaît manifeste. D'une part, comme je l'ai indiqué, elle semble réduire à une peau de chagrin la distinction entre l'existence d'un privilège général et son exercice particulier. Reconnaître le privilège de déclarer une personne inéligible uniquement pour un motif spécifique dont on doit démontrer la nécessité,

⁹⁷⁶*Idem*, p. 926.

ce n'est pas reconnaître un «domaine nécessaire de compétence "parlementaire" ou "législative" absolue et exclusive»⁹⁷⁷, mais plutôt contrôler un pouvoir déjà exercé.

En second lieu, et pour les mêmes raisons, la démarche proposée par la juge McLachlin échoue dans sa prétention à préserver la séparation des pouvoirs en soustrayant les privilèges parlementaires à l'emprise des tribunaux. En effet, il semble n'y avoir qu'une différence de forme entre sa démarche et celle qui consiste à soumettre systématiquement tous les motifs d'inéligibilité à un examen fondé sur la *Charte*. On doit supposer qu'un motif d'inéligibilité qui est reconnu comme nécessaire «à l'intégrité et au bon fonctionnement d'une législature» serait également accepté comme limite raisonnable, suivant l'article premier de la *Charte*, au droit d'éligibilité. À l'inverse, il semble douteux qu'un motif d'inéligibilité ne répondant pas au critère de nécessité (et tombant alors sous l'emprise de la *Charte*) puisse survivre à un examen fondé sur l'article premier. Mais surtout, dans les deux cas, c'est-à-dire peu importe que l'on procède par un examen fondé sur la *Charte* ou suivant la démarche proposée par la juge McLachlin, ce sont bel et bien les tribunaux qui sont appelés à déterminer les limites au pouvoir d'une assemblée d'établir l'inéligibilité d'une catégorie particulière de citoyens.

Ainsi, si on peut raisonnablement reconnaître le pouvoir inhérent d'une assemblée d'expulser un de ses membres (et non simplement celui de l'expulser pour un motif déterminé) et soustraire ainsi ce pouvoir au contrôle de la *Charte*, il ne semble, par ailleurs, ni souhaitable ni utile d'étendre le privilège parlementaire au pouvoir d'établir des catégories d'inéligibilité. Car dans ce cas, soit que le privilège reçoive sa pleine reconnaissance, privant ainsi le droit à l'éligibilité reconnu à l'article 3 de toute signification, soit que le privilège soit limité aux motifs d'inéligibilité nécessaires au fonctionnement de l'Assemblée, ce qui non seulement implique une mutilation de la notion de privilège, mais qui, en définitive, équivaut à soumettre les privilèges à un examen judiciaire fondé sur la *Charte*. On doit donc espérer que la Cour suprême refusera de suivre la voie proposée par le professeur Heard et endossée ici par la juge McLachlin. Dans l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting*, celle-ci avait écrit:

«En l'absence de termes spécifiques contraires dans la *Charte*, on ne saurait écarter à la légère la longue tradition de retenue judiciaire à l'égard de l'indépendance de l'organisme législatif et des droits nécessaires au fonctionnement de cet organisme,

⁹⁷⁷*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précité, note 8, 383 (J. McLachlin).

même en admettant que nos notions de ce que peuvent faire les acteurs gouvernementaux ont beaucoup changé depuis l'adoption et l'enchâssement de la Charte»⁹⁷⁸.

Il m'apparaît douteux que l'on puisse inclure dans le privilège parlementaire les règles législatives qui, depuis plusieurs siècles, établissent les conditions d'éligibilité des citoyens⁹⁷⁹. Mais, quoiqu'il en soit, la reconnaissance explicite du droit à l'éligibilité garanti par l'article 3 de la *Charte* me semble devoir signifier la fin du pouvoir de l'Assemblée de déterminer en toute liberté, seule ou comme membre de la législature, les règles relatives à l'éligibilité. Il est donc à espérer que cette solution, retenue provisoirement et sous toute réserve par six des neuf juges dans l'affaire *Harvey*⁹⁸⁰, reçoive une confirmation plus explicite. En attendant, nous devons la présumer.

B. L'éligibilité et les restrictions prévues par la loi

S'agissant des conditions imposées par la loi à l'éligibilité (et faisant l'hypothèse de l'applicabilité de la *Charte*), il est utile de distinguer entre les incapacités absolues, celles auxquelles le citoyen ne peut d'aucune façon obvier, et les incapacités relatives, auxquelles il est possible, moyennant certaines contraintes, de remédier. D'ailleurs, cette distinction n'en est pas seulement une de degré, mais aussi, comme il apparaîtra ci-après, de finalité.

⁹⁷⁸*New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précité, note 8, 372.

⁹⁷⁹Il semble révélateur que, à ma connaissance, il n'existe aucun précédent, britannique ou canadien, où une assemblée aurait, de façon autonome, procédé à l'établissement de conditions d'éligibilité par simple résolution. L'expulsion et la réélection systématique des députés Wilkes, en Angleterre (voir *supra*, p. 39), et Christie, au Canada (voir *supra*, p. 67), tend plutôt à montrer que les assemblées ne se croyaient pas investies du pouvoir de prononcer l'inéligibilité sans recourir à l'adoption d'une loi. Il est également révélateur que, dans le cas des affaires Charles Bouc et de Bonne, au Bas-Canada (voir *supra*, pp. 56 et suiv.), la résolution prononçant leur expulsion fut suivie d'une loi assurant leur inéligibilité future. S'il est vrai que, comme l'écrit Andrew Heard, «*under parliamentary privilege, a legislative body is in general control of its membership*» (A. HEARD, *loc. cit.*, note 957, 395), ce contrôle s'est exercé par le moyen de l'expulsion, et non par celui de l'inéligibilité. Notons aussi que cette expulsion, suivant Maingot, ne valait et ne vaut toujours que jusqu'à ce que la session ait été prorogée, une nouvelle expulsion devant être prononcée à la législature suivante pour maintenir l'exclusion (J. MAINGOT, *op. cit.*, note 14, p. 210).

⁹⁸⁰*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précité, note 967.

1. les incapacités absolues

a) l'exclusion des non électeurs et l'idée de représentation

Tant la loi fédérale que québécoise font du droit de voter la condition première de l'éligibilité, à laquelle s'ajoutent, par la suite, divers motifs d'exclusion (examinés plus loin). Ainsi, suivant la *Loi électorale* du Québec, «[t]out électeur peut être élu à l'Assemblée nationale» (article 234). La *Loi électorale du Canada* emploie, à son article 76.1, une formulation analogue. Cette rédaction du droit de se porter candidat implique ainsi que toutes les restrictions au droit de vote analysées précédemment constituent des restrictions à l'éligibilité, notamment en ce qui concerne la capacité. Dans la mesure où elle s'avère transposable, je n'ai pas ici l'intention de reprendre en détail l'analyse faite précédemment de ces restrictions. En fait, mes remarques à ce sujet seront relativement brèves et d'une nature plus générale.

L'exigence posée, tant par le législateur fédéral que provincial, par sa formulation qui emprunte la forme du renvoi, implique que toute modification aux conditions requises pour voter (que ce soit par voie législative ou judiciaire) ont une incidence directe et immédiate sur l'éligibilité. Cela suggère très fortement que l'incapacité électorale entraîne l'incapacité d'éligibilité, non pas tant parce que les motifs spécifiques qui justifient l'exclusion du vote valent de la même manière pour l'exclusion de la candidature —à ce chapitre, les exclusions fondées sur l'incapacité semblent difficiles à soutenir, l'évaluation de cette capacité incombant aux électeurs—, mais plutôt, d'un point de vue plus général, parce qu'il apparaît naturel et découler de l'idée de réciprocité, que ceux qui sont gouvernés le soient par des individus avec lesquels un certain degré d'identification est possible. C'est à propos de cette affirmation, quelque peu abstraite et générale, que je veux glisser un mot.

Cette façon d'exprimer les conditions d'éligibilité semble directement liée à l'idée d'un «gouvernement du peuple par le peuple», formule qui suggère une perspective procédurale et qui incarne, en apparence du moins, l'idéal démocratique de *réciprocité*. Je dis «en apparence», car en réalité ce n'est pas de cette réciprocité dont il est question dans la perspective procédurale. Suivant cette perspective, en effet, la réciprocité est satisfaite lorsque

le peuple gouverné est soumis aux lois conformes à sa volonté, c'est-à-dire lorsque le peuple a voté. La conception procédurale, ou volontariste de la démocratie n'implique aucune restriction, aucune qualité particulière des représentants, qui ne sont que les mandataires du peuple souverain, que l'exécutant de sa volonté. En d'autres termes, si la formule «le gouvernement du peuple par le peuple» implique une forme d'identité, celle-ci se situe entre les électeurs qui décident et les sujets de droit qui subissent.

Ajouter, à cette identité entre gouvernés et électeurs, une sorte d'identité symbolique, une *identification* des gouvernés aux gouvernants, c'est adopter une conception de la démocratie représentative fort différente de celle véhiculée par la perspective procédurale. C'est dire que les électeurs choisissent des représentants non pas simplement pour exécuter leur volonté, mais, parmi leurs «pairs», pour les représenter. C'est, en d'autres termes, adopter l'idée d'une «représentation identitaire», pour reprendre les termes que j'ai employés précédemment, et s'associer ainsi à la perspective téléologique. En effet, l'exigence de cette similitude entre représentants et représentés n'est pas que coquetterie ou élégante symétrie, mais repose sur une conception de la représentation suivant laquelle le rôle du représentant, plutôt que de véhiculer passivement les souhaits de son électorat, consiste à réfléchir, discuter et vouloir pour celui-ci. Cette représentation active est alors conçue comme n'étant possible, c'est-à-dire comme représentant les intérêts véritables des électeurs, que si le représentant partage avec celui-ci des intérêts et des caractéristiques communes permettant le degré d'empathie nécessaire à une telle représentation. Si cette façon de voir est clairement présente dans les revendications des minorités ou des femmes pour une «plus grande représentation» au sein des assemblées (comme il sera examiné plus loin), elle l'est aussi, à mon avis, dans l'exigence que les candidats soient d'abord des électeurs, peu importe les conditions requises pour voter.

Cela pose, par ailleurs, certaines difficultés au plan d'une analyse de la justification faite sous l'article premier de la *Charte* (en acceptant l'hypothèse que l'exigence selon laquelle les candidats doivent pouvoir voter constitue une restriction au droit d'éligibilité). Ainsi, doit-on exiger la preuve que l'exigence contribue effectivement à l'empathie et donc à une meilleure représentation? Comment, le cas échéant, une telle preuve peut-elle être obtenue? À l'inverse, peut-on accepter simplement l'exigence comme en étant une «de principe»? En d'autres termes, ne sommes-nous pas ici en présence, comme c'était le cas pour l'empêchement fait aux détenus de voter, d'une restriction «symbolique»? Ou encore, peut-on considérer que la

représentation, telle qu'elle semble être (ou serait) conçue dans notre tradition parlementaire, *se définit* comme impliquant une certaine dimension identitaire (de sorte que l'exigence de pouvoir voter constitue un moyen rationnellement lié et étroitement conçu de manière à atteindre l'objectif de la loi électorale, qui est de mettre en place la représentation politique ainsi conçue)? La réponse à ces questions n'est en rien évidente, et je propose de la laisser pour l'instant en suspens. L'analyse, en particulier, de la question de l'accessibilité de la députation aux femmes permettra d'y jeter un nouvel éclairage⁹⁸¹.

b) l'exclusion comme sanction pénale et la question de l'«indignité»

Le droit électoral prévoit fréquemment l'inéligibilité de certains individus ayant eu un comportement proscrit par la loi, que ce soit lorsqu'un individu a été reconnu coupable d'une infraction criminelle ayant une certaine gravité, ou encore dans le cas d'une manoeuvre électorale frauduleuse. Ces deux types d'exclusions, bien qu'analogues, relèvent de rationalités différentes et doivent être examinées séparément.

L'inéligibilité pour fraude électorale est prévue tant sous la *Loi électorale du Canada*⁹⁸² que sous la *Loi électorale québécoise*⁹⁸³. Dans les deux cas, elle prévaut pour une période de cinq ans, assurant ainsi que le contrevenant ne pourra se présenter pour toute la durée du parlement ou de la législature, de même qu'aux élections générales suivantes⁹⁸⁴. Une disposition similaire de la loi électorale du Nouveau-Brunswick a récemment été examinée par la Cour suprême dans l'affaire *Harvey c. Nouveau-Brunswick*⁹⁸⁵, dont j'ai déjà discuté précédemment. Les sept juges qui ont procédé à l'examen sous la *Charte* ont unanimement conclu qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable au droit d'éligibilité, confirmant ainsi

⁹⁸¹*Infra*, pp. 337 et suiv.

⁹⁸²Art. 77 a) et b).

⁹⁸³Art. 568. Voir aussi l'art. 17(6°) de la *Loi sur l'Assemblée Nationale*, L.R.Q., c. A-23.1, qui prévoit la vacance automatique du siège d'un député reconnu coupable de manoeuvre électorale frauduleuse.

⁹⁸⁴En effet, la période d'inéligibilité débute à partir du moment de la reconnaissance de la culpabilité, soit, en pratique après la date de l'élection. D'autre part, l'art. 4 de la *Charte* fixe à cinq ans la durée maximale d'un parlement ou d'une législature.

⁹⁸⁵Précitée, note 967.

l'opinion majoritaire de la Cour d'appel⁹⁸⁶ qui avait renversé la décision de première instance⁹⁸⁷.

En Cour d'appel, le désaccord entre le juge Rice, dissident, et les juges majoritaires portait sur la question de l'objectif poursuivi. Le juge Rice ne contestait pas l'idée, affirmée par les juges majoritaires, que la protection de l'intégrité du processus électoral, de même que le maintien de la confiance des électeurs dans ce processus, puisse constituer un objectif démocratique important et même essentiel. Toutefois, selon lui, un tel objectif ne pouvait être invoqué en l'espèce pour justifier l'exclusion de cinq ans dans la mesure où, à son avis, il appartient à l'électorat de déterminer s'il est opportun de permettre au député déchu de siéger à nouveau⁹⁸⁸. Le juge dissident s'opposait ainsi au point de vue selon lequel la réélection immédiate du député aurait pour effet de discréditer le processus électoral. Ce faisant, il adoptait également la perspective procédurale suivant laquelle l'élection est l'expression de la volonté souveraine de l'électorat.

La Cour suprême écarta ce point de vue, sans pour autant le déclarer mal fondé. Selon le juge LaForest —qui me semble avoir raison à cet égard— le point de vue du juge Rice et de l'appelant ne tient tout simplement pas compte de ce que la sanction d'inéligibilité a une visée préventive en cherchant à dissuader les comportements électoraux frauduleux. Le juge LaForest écrit ainsi:

«[U]ne période d'inéligibilité obligatoire constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. Une fois de plus, l'appelant rate la cible lorsqu'il prétend que l'inéligibilité est une manifestation de paternalisme de la part du législateur. La disposition vise à protéger le public non seulement contre un contrevenant en particulier, mais encore contre les contrevenants en général»⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, (1993) 109 D.L.R. (4d) 371 (C.A.).

⁹⁸⁷*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précitée, note 958.

⁹⁸⁸Notons que cette objection du juge Rice —qu'il formule en termes d'absence d'objectif suffisamment important pour justifier une restriction au droit garanti— semble se situer, à proprement parler, au niveau du critère du lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens employés par la loi.

⁹⁸⁹*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précitée, note 967, 903 (para. 41).

La disposition contestée ne vise donc pas tant à protéger l'Assemblée contre la présence d'un élément indésirable (qui pourrait dans tous les cas faire l'objet d'une expulsion fondée sur le privilège), mais plutôt à assurer l'intégrité du processus électoral en faisant planer la menace de l'inéligibilité. En autant que la sanction dissuasive ne présente pas un caractère excessif, ce qui, selon le juge LaForest, n'est pas le cas ici, il n'existe aucun motif d'en prononcer l'invalidité.

En ne retenant que l'objectif dissuasif de l'inéligibilité pour cause de fraude électorale, la décision de la Cour laisse ainsi en suspens la question de savoir s'il est loisible à une assemblée ou au Parlement de déclarer inéligible une personne en raison du fait que cette dernière, par son comportement illégal, s'est rendue «indigne» de siéger comme député. La question se pose cependant de façon incontournable face aux dispositions, tant fédérales que provinciales, qui rendent inéligibles les individus ayant été reconnus coupables de certains actes criminels graves. Ainsi, suivant l'article 235(5°) de la *Loi électorale* du Québec, quiconque est reconnu coupable d'un acte criminel punissable de deux ans d'emprisonnement devient inéligible pour la durée de la peine prononcée. D'autre part, l'article 748 du *Code criminel* dispose:

«748 (1) Tout emploi public, notamment une fonction relevant de la Couronne, devient vacant dès que son titulaire a été déclaré coupable d'un acte criminel et condamné en conséquence à un emprisonnement de plus de cinq ans.

(2) Tant qu'elle n'a pas subi la peine qui lui est imposée ou la peine y substituée par une autorité compétente ou qu'elle n'a pas reçu de Sa Majesté un pardon absolu, une personne visée par le paragraphe (1) est incapable d'occuper une fonction relevant de la Couronne ou un autre emploi public, ou *d'être élue, de siéger ou de voter comme membre du Parlement ou d'une législature, ou d'exercer un droit de suffrage*» (les italiques sont ajoutés)⁹⁹⁰.

⁹⁹⁰Cette disposition, de même que son inclusion dans la présente sous-section, exige certaines explications. Puisque l'art. 748 *C. cr.* prive non seulement du droit de siéger, mais aussi de celui de voter, il semblerait *a priori* naturel de l'inclure à la sous-section précédente relative à l'exclusion des non électeurs. Si je ne l'ai pas fait, c'est que certains indices laissent plutôt entrevoir que la perte du droit de voter et du droit de siéger sont entrevues à l'art. 748 comme des sanctions cumulatives mais bel et bien distinctes. Notamment, au plan de l'historique législatif, ce n'est que depuis 1948 que la loi électorale fédérale lie directement l'éligibilité au droit de voter (voir la *Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, précitée, note 700, art. 12), alors que la sanction prévue à l'art. 748 *C. cr.* est bien antérieure à cette date (ainsi l'art. 1034 du chapitre 36 des Lois refondues du Canada de 1927 reprend en substance l'actuel art. 748 *C. cr.*). Par ailleurs, l'art. 748 prive un certain nombre d'individus du droit de siéger tant au

Notons que cette disposition du *Code criminel*, en autant qu'elle vise le droit de vote et d'éligibilité au niveau provincial, apparaît susceptible de contestation au chapitre du partage des compétences. Cela est particulièrement vrai si l'on envisage la disposition comme visant à assurer la capacité morale des électeurs et des candidats provinciaux, une question à l'égard de laquelle on voit mal comment justifier l'intérêt fédéral. La disposition se présente-t-elle sous un angle plus favorable lorsque considérée simplement comme sanction pénale rattachée à la commission d'une infraction criminelle? Il est vrai que, exerçant sa compétence en matière criminelle, le Parlement est autorisé à empiéter de façon accessoire sur un domaine de compétence provinciale, notamment en ce qui a trait au choix des peines⁹⁹¹. Mais l'empiètement est ici particulièrement marqué, dans la mesure où il affecte directement la constitution de la province. Pour cette raison, et également parce que les tribunaux se sont montrés sceptiques quant à la finalité dissuasive du retrait du droit de vote⁹⁹², on peut penser que l'article 748 serait jugé, malgré sa présence dans le *Code criminel*, comme relevant de la compétence fédérale relative au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes⁹⁹³, ou encore de la compétence électorale initialement prévue à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁹⁴. À ce titre, l'article 748 devrait faire l'objet de ce que l'on

Parlement que dans les législatures provinciales, pour lesquelles il n'est aucunement assuré que l'éligibilité est conditionnelle au droit de voter.

⁹⁹¹Voir, par exemple, l'affaire *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, où une majorité de la Cour a conclu à la validité d'une mesure fédérale permettant, au moment de la sentence faisant suite à un jugement de culpabilité à une infraction criminelle, l'octroi de dommages et intérêts en faveur de la victime. Bien qu'il s'agissait d'une question relevant traditionnellement de la compétence provinciale en matière de droits civils, la disposition fut jugée partie intégrante du processus pénal valablement mis en place par le Parlement dans le cadre de sa compétence en matière criminelle. Sur l'étendue de la compétence fédérale en matière de droit criminel et les empiètements autorisés aux domaines de compétence provinciale, voir Jean LECLAIR, «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement», (1996) 27 *R.G.D.* 137.

⁹⁹²Voir à cet égard l'affaire *Sauvé n° 2*, précitée, note 899, où le juge Wetston souligne, dans le contexte d'une analyse fondée sur la *Charte*, l'in vraisemblance du retrait du droit de vote comme moyen de dissuader les comportements criminels.

⁹⁹³Art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁹⁹⁴En effet, l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* retranspose essentiellement les pouvoirs attribués au Parlement par la modification, en 1949, du para. 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [Voir l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique (n°2) (1949)*, 13 Geo. VI, c. 81 (R.-U.)]. Or, comme l'adoption de l'art. 748 *C.cr.* est antérieure à 1949, elle ne pouvait à l'époque se fonder sur le para. 91(1), mais uniquement sur l'art. 41. Notons qu'il a été clairement établi

appelle pudiquement une «interprétation atténuée», signifiant par là que sa validité ne serait reconnue, au chapitre du partage des compétences, que dans son application au processus électoral fédéral.

Dans tous les cas, il faut se demander si la *Charte* autorise le Parlement ou une législature à prononcer l'inéligibilité d'une personne reconnue coupable d'un comportement criminel grave. Cette question s'est posée dans l'affaire *MacLean c. Nouvelle-Écosse*⁹⁹⁵, dont j'ai fait mention précédemment. Rappelons que cette affaire mettait en cause (notamment) une disposition législative provinciale qui rendait inéligible pour cinq ans une personne reconnue coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou plus, quelle que soit la peine imposée dans les faits. Cette exclusion s'appuyait sur le point de vue selon lequel, et suivant les termes mêmes employés dans le préambule de la loi, «*the electors are entitled to be assured that the persons seeking election to the House of Assembly and members of the House of Assembly are worthy of the public trust*»⁹⁹⁶.

Il faut souligner que la question envisagée ici se distingue de celle rencontrée en matière de fraude électorale où la sanction d'inéligibilité pouvait être considérée, ainsi que l'a fait la Cour suprême, comme une mesure dissuasive⁹⁹⁷. On ne saurait ici soutenir avec sérieux que la menace d'inéligibilité constitue une mesure susceptible de dissuader le comportement criminel —un objectif qui, par ailleurs, échapperait sans doute à la compétence provinciale. L'inéligibilité prévue par la loi de la Nouvelle-Écosse visait ainsi à assurer que l'Assemblée soit composée d'individus moralement éclairés, un objectif qui s'inscrit dans une perspective téléologique en liant le processus parlementaire à une certaine finalité (le bien commun), et que le professeur Garant cautionne lorsqu'il écrit: «Le législateur peut prendre

que l'exercice de la compétence fédérale relative au droit criminel n'est pas restreinte aux mesures édictées dans le *Code criminel*. Ainsi a-t-on jugé, dans l'affaire *Knox Contracting c. La Reine*, [1990] 2 R.C.S. 338, qu'une disposition inscrite dans une loi fiscale fédérale pouvait relever de la compétence relative au droit criminel. On doit donc supposer, à l'inverse, que toute disposition se retrouvant dans le *Code criminel* ne relève pas nécessairement de la compétence relative au droit criminel.

⁹⁹⁵Précitée, note 958. Notons que la constitutionnalité de l'art. 235 para. (5°) de la *Loi électorale* du Québec, une disposition similaire, avait été contestée dans l'affaire *Rose c. Côté*, [1995] R.J.Q. 2462 (C.S.), mais que la question n'avait pu être tranchée en raison du fait que le requérant avait négligé de donner au procureur général l'avis nécessaire.

⁹⁹⁶*Reasonable Limits for Membership in the House of Assembly*, précitée, note 964.

⁹⁹⁷*Supra*, p. 298.

des mesures en vue de favoriser un choix éclairé entre candidats dignes d'être investis de la fonction législative»⁹⁹⁸. C'est également le point de vue défendu par le professeur Heard, soulignant que seule l'inéligibilité des individus ayant commis un acte criminel permet d'assurer que les personnes «corrompues» seront exclues du Parlement et des assemblées⁹⁹⁹.

Avec égards, il s'agit là, à mes yeux, d'une position paternaliste, qui suppose que l'électorat n'est pas en mesure de juger de la moralité des candidats ou encore de ce qui constitue son intérêt véritable. C'est cette position qu'a rejeté la juge Glube, à l'instar du juge Rice dans l'affaire *Harvey*¹⁰⁰⁰, en écrivant:

*«[The legislation] impinges on the rights of voters to elect a member of their choice by a majority vote. Surely the citizens of this province should be given credit for having the sense to determine who is a proper member. The voters now know the facts about Mr. MacLean and should he chose to run, it should be the voters who decide whether he is the person they want to represent them in the House»*¹⁰⁰¹.

Défendant le droit d'une législature de déclarer inéligibles les personnes qu'elle juge moralement inaptes à la fonction législative, le professeur Heard s'attaque aux motifs de la juge Glube reproduits ci-dessus. Selon lui, l'argument du vote majoritaire serait défaillant en ce qu'il ne tiendrait pas compte du fait que, sous notre régime électoral, un candidat peut l'emporter avec moins de la moitié des voix¹⁰⁰². De plus, toujours selon lui, la majorité

⁹⁹⁸Patrice GARANT, «La Charte constitutionnelle de 1982 et la démocratie électorale canadienne», (1991) 21 *R.D.U.S.* 429, 458.

⁹⁹⁹Suivant le professeur Heard:

«The most frequently discussed alternative, allowing the electorate to decide on a person's fitness for office, has a number of limitations which have already been discussed. Essentially, this approach falls well short of realizing the objective by failing to ensure that corrupt individuals do not hold office» (A. HEARD, *loc. cit.*, note 957, 398-399).

¹⁰⁰⁰*Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précitée note 958.

¹⁰⁰¹*MacLean c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, précitée, note 958, 306. Cet argument semble clairement indiquer un refus de considérer l'objectif poursuivi par la loi comme étant susceptible de justifier une atteinte au droit d'éligibilité. Pourtant, les propos de la juge Glube sont à cet égard passablement ambigus, puisqu'elle affirme que la mesure contestée ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. Elle reconnaît même en *obiter* que certaines exclusions devraient être permises, notamment dans le cas de crimes spécifiques (*Idem*, p. 307).

¹⁰⁰²A. HEARD, *loc. cit.*, note 957, 398-399. Cette possibilité de voir un candidat élu par moins de la majorité des voix vaut au scrutin majoritaire uninominal l'appellation de «*plurality*

d'une circonscription particulière ne devrait pas être autorisée à imposer à la province un représentant qui porte atteinte à la dignité de l'Assemblée dans son ensemble¹⁰⁰³. Il m'apparaît toutefois que ces deux arguments ne résistent pas à l'analyse.

Quant au premier, lié à la particularité de notre mode de scrutin, le reconnaître exigerait de considérer comme démocratiquement illégitime l'élection de tout député —ayant ou non un dossier criminel— qui n'a pas reçu l'appui d'une majorité absolue des électeurs. Que ce point de vue soit bien fondé ou non, il n'ajoute rien qui permette d'éclairer le problème spécifique de l'inéligibilité des personnes ayant eu un passé criminel. Quant au second argument, fondé sur le discrédit que l'élection d'un député indigne par la volonté d'une seule circonscription imposerait à l'Assemblée dans son ensemble, il ne semble guère plus fructueux. S'il est vrai que le choix des électeurs d'une circonscription particulière puisse heurter les convictions les plus profondes de la population en général, cela n'est, encore une fois, pas propre au problème particulier de l'élection d'individus ayant commis des actes criminels. Le remède à ce problème général n'est pas l'abolition de la division du territoire en circonscriptions électorales au profit d'un scrutin proportionnel (une minorité serait toujours susceptible de faire élire un candidat ou une candidate qui répugne à la majorité), mais plutôt la réduction de l'Assemblée à un seul membre, élu à la majorité. Bref, il est de la nature d'une représentation démocratique pluraliste d'entraîner l'élection de représentants indisposant les vues du plus grand nombre, et je ne vois rien dans l'argument du professeur Heard qui justifie un traitement particulier pour le candidat ou la candidate qui a posé un acte considéré comme criminel par la loi du pays. On doit supposer que les électeurs qui choisissent de voter pour ce candidat en nombre suffisamment important ont de bonnes raisons de le faire, soit parce que son comportement leur apparaît comme n'ayant pas le caractère répréhensible que lui confère le droit criminel, soit parce que les vues défendues par les autres candidats leur semblent encore plus répugnantes. Dans tous les cas, il apparaît irréaliste de supposer que l'électorat appuierait, sans motifs sérieux, la candidature d'un criminel, et je ne connais pas d'argument démocratiquement acceptable qui justifierait, par exemple, de s'opposer péremptoirement à la

vote», expression qui souligne le fait que le candidat élu est celui qui recueille simplement plus de voix que ses concurrents. Pour assurer une élection majoritaire, il faudrait alors instaurer un système à plusieurs tours, chaque «tour» permettant l'élimination des candidats les moins populaires et assurant, en bout de ligne, une confrontation entre deux candidats.

¹⁰⁰³*Idem.*

préférence des électeurs pour celui qui a été pris en possession d'une infime quantité de marijuana, plutôt que pour celui qui défend des mesures sociales jugées injustes.

Au chapitre de la théorie démocratique, le point de vue libertaire que, comme la juge Glube, je défends ici en matière d'éligibilité, trouve appui à la fois dans la perspective procédurale qui voit dans l'élection démocratique la libre expression de la volonté populaire, de même que, incidemment, dans la perspective pluraliste selon laquelle le gouvernement démocratique se fonde sur la représentation d'une diversité d'opinions. Ce point de vue s'oppose, comme je l'ai mentionné, à une certaine perspective téléologique liée à la notion, à mes yeux dépassée, d'un bien commun assuré par l'élection de personnes moralement éclairées. Encore une fois, il va sans dire que ce choix représente une conviction politique pour laquelle je ne dispose d'aucun élément susceptible d'en établir «objectivement» la véracité, mais uniquement d'arguments qui relèvent ultimement d'une certaine tradition morale et politique. Mais cela n'implique pas, contrairement à ce que voudrait une théorie sceptique du droit, que mon interprétation des exigences démocratiques posées par la *Charte* se trouve, pour cette raison, sur un pied d'égalité avec la ou les interprétations contraires, ou encore qu'il n'existe aucune interprétation «correcte» (une proposition dont l'affirmation m'obligerait alors à adopter précisément le point de vue externe et objectif auquel j'ai reconnu ne pouvoir accéder en endossant la perspective herméneutique). Simplement, la *Charte* implique pour l'interprète une obligation d'avancer une réponse à la question du sens, une réponse dont la validité ne peut être jugée qu'en regard de la force contraignante de la perspective morale ou politique dans laquelle elle s'inscrit.

2. les incapacités relatives

À côté des incapacités absolues se trouvent certaines incapacités qui ont pour double caractéristique, premièrement, d'être liées à une situation professionnelle ou une fonction jugée incompatible avec celle de représentant et, deuxièmement, de pouvoir être remédiées par la renonciation à la fonction incompatible.

On peut dire, d'une façon générale, que l'ensemble de ces incapacités visait historiquement à assurer la liberté de l'Assemblée face à la Couronne. J'ai rappelé, au tout début de cette étude, comment, tant en Angleterre qu'au Bas-Canada, le patronage était

largement employé par la Couronne pour s'assurer de la docilité et de la fidélité des parlementaires. J'ai également indiqué comment, après la seconde révolution, l'*Act of Settlement* était venu mettre un terme à ces pratiques en Angleterre¹⁰⁰⁴, et comment les députés du Bas-Canada ont tenté de faire de même ici, notamment en prévoyant l'inéligibilité des juges¹⁰⁰⁵. Pour bon nombre d'exclusions, cette rationalisation a cependant perdu aujourd'hui toute pertinence en raison de la discipline de parti et du principe du gouvernement responsable qui, paradoxalement, a entraîné la totale domination de l'exécutif sur l'Assemblée. En effet, à l'exception des rares députés «indépendants», aucun député ne siège, ne délibère ni ne vote librement (c'est-à-dire sans tenir compte des directives de son parti), ce qui, dans le cas du parti au pouvoir, est synonyme de directives gouvernementales. Dans ce contexte, on ne saurait envisager l'exclusion des fonctionnaires comme visant à protéger l'indépendance des membres de l'Assemblée contre l'influence de l'Exécutif.

La réalité contemporaine de la vie parlementaire va donc entraîner un changement dans la justification des causes d'inéligibilité liées à la fonction. Deux grands types de justifications sont aujourd'hui invoquées. Il s'agit, dans un premier temps, d'une incapacité non pas d'exercer la fonction de député, mais de continuer d'exercer un emploi dont la nature est jugée incompatible avec la fonction parlementaire. C'est le cas des fonctionnaires, des juges et de certains officiers de justice. La justification de ces exclusions relève alors d'une rationalité propre à ces fonctions. D'autre part, il s'agit de cas où c'est la fonction de député elle-même qui est tenue pour incompatible avec l'exercice de certains emplois. Dans ces derniers cas, la justification de l'exclusion emprunte nécessairement une logique qui fait référence à une certaine conception de la fonction parlementaire.

¹⁰⁰⁴*Supra*, p. 31.

¹⁰⁰⁵*Supra*, p. 58.

a) l'incompatibilité de certains emplois avec la fonction parlementaire

—*les fonctionnaires*

En vertu de l'article 32 de la *Loi sur le Parlement du Canada*¹⁰⁰⁶ et des articles 32 et 33(1)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*¹⁰⁰⁷, les fonctionnaires fédéraux ne sont pas admissibles à se porter candidats aux élections fédérales ou provinciales. Au Québec, un interdit analogue pour les fonctionnaires provinciaux découle de l'article 24 de la *Loi sur la fonction publique*¹⁰⁰⁸ en les obligeant à demander un congé sans solde. Tel que je l'ai indiqué ci-dessus, si l'interdit frappant les fonctionnaires est profondément enraciné dans l'histoire parlementaire, sa justification contemporaine procède d'un tout autre ordre d'idées. Il est d'ailleurs significatif à cet égard que, dans l'affaire *Re Fraser and Attorney-General of Nova Scotia*¹⁰⁰⁹, où l'on attaquait une disposition interdisant aux fonctionnaires provinciaux de se porter candidat à une élection (fédérale ou provinciale), la question de l'autonomie de l'Assemblée ne fut même pas évoquée. Désormais, le motif qui justifie l'inéligibilité des fonctionnaires est la nécessité de préserver la neutralité politique de la fonction publique¹⁰¹⁰, tant au nom du droit des citoyens d'obtenir un traitement impartial que, et peut-être principalement, au nom du principe du gouvernement responsable¹⁰¹¹. En effet, la

¹⁰⁰⁶L.R.C. 1985, c. P-1.

¹⁰⁰⁷L.R.C. 1985, c. P-33.

¹⁰⁰⁸L.R.Q., c. F-3.1.1.

¹⁰⁰⁹(1986) 30 D.L.R. (4d) 340 (C.S. N.-É.).

¹⁰¹⁰Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail*, [1985] 2 R.C.S. 455, ce principe fut considéré comme justifiant l'obligation de réserve des fonctionnaires. Il s'agissait en l'occurrence, d'une affaire relative au congédiement d'un fonctionnaire qui avait manifesté, de manière publique, virulente et soutenue, son mécontentement à l'égard de deux projets fédéraux, soit la conversion au système métrique et l'adoption d'une charte constitutionnelle. Sur le principe de la neutralité politique des fonctionnaires et le problème de la liberté d'expression, voir l'arrêt *Osborne c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69, où la Cour dit que l'on doit tenir compte à la fois de la nature de la participation politique et du type d'emploi auprès de la Couronne. En l'espèce, la Cour considéra déraisonnable une interdiction d'effectuer du travail de nature partisane qui visait l'ensemble de la fonction publique, sans aucune distinction. Voir également *S.E.F.P.O. c. Ontario*, (1993) 14 O.R. (3d) 476 (C.A. Ont.).

¹⁰¹¹Voir en ce sens les propos du juge Beetz, dans l'arrêt *Re S.E.F.P.O. et le procureur général de l'Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 41. Voir également Patrice GARANT, «La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne», (1990) 31 *C. de D.* 409, 413.

responsabilité ministérielle nécessite notamment l'imputabilité des actes de la fonction publique, et implique donc que les fonctionnaires doivent faire corps avec l'Exécutif en appliquant les politiques de celui-ci de manière neutre¹⁰¹². Cette exigence fondamentale serait manifestement mise en péril si les fonctionnaires étaient autorisés à poursuivre une carrière politique¹⁰¹³.

Toutefois, la jurisprudence a considéré qu'en l'absence d'une disposition autorisant le fonctionnaire à obtenir un congé sans solde, l'interdiction de se porter candidat ne sera pas considérée comme une limitation raisonnable au sens de l'article 1 de la *Charte*. Ainsi, dans l'affaire *Tremblay c. Commission de la fonction publique*¹⁰¹⁴, on déclara pour ce motif invalide l'article 8 de la *Loi sur les substituts du procureur général*¹⁰¹⁵ qui interdit à un procureur de la Couronne de se présenter à une élection fédérale, provinciale ou municipale. La question se pose toutefois de savoir s'il est, dans tous les cas, possible de réintégrer à son ancien poste le candidat perdant ou le député sortant. En ce qui concerne les procureurs de la Couronne, l'importance d'assurer l'impartialité dans l'administration de la justice amène le professeur Garant à suggérer la réintégration à un autre poste¹⁰¹⁶. Il semble toutefois excessif, comme le souligne la juge Lemieux dans l'affaire *Tremblay*, d'empêcher un ancien candidat d'exercer la fonction de procureur de la Couronne pour toute la durée de sa carrière¹⁰¹⁷. Si la réintégration immédiate à la fin d'un mandat parlementaire peut sembler

¹⁰¹²Dans l'affaire *Re Fraser and Attorney-General of Nova Scotia* (précitée, note 1009), le juge Grant exprime ainsi les motifs justifiant l'exclusion des fonctionnaires:

«*One of the traditional cornerstones of responsible and democratic government has been the position of a politically neutral and impartial civil service which can be relied upon by the government to carry out its mandate. There is the interest of the individual civil servant that she and he have the right to non-partisan treatment and to be insulated from the effects of patronage. The individual members of the public have the right to expect and receive treatment by civil servants in a non-partisan and non-political manner*»
(*Idem*, p. 354).

¹⁰¹³Notons que le droit québécois n'interdit pas à un fonctionnaire fédéral de se présenter comme candidat, pas plus que le droit fédéral n'interdit à un fonctionnaire d'une province d'être candidat à une élection fédérale. Dans les deux cas, le législateur est soucieux uniquement de préserver l'impartialité de sa fonction publique, et non l'indépendance des élus.

¹⁰¹⁴[1990] R.J.Q. 1386 (C.S.).

¹⁰¹⁵L.R.Q., c. S-35.

¹⁰¹⁶P. GARANT, *loc. cit.*, note 998, 456.

¹⁰¹⁷*Tremblay c. Commission de la fonction publique*, précitée, note 1014, 1407.

problématique, il faudra sans doute envisager une forme de «quarantaine», c'est-à-dire un empêchement à caractère temporaire.

Notons enfin que les lois fédérale et québécoise relatives à la fonction publique prévoient chacune la possibilité d'un congé sans solde pour permettre au fonctionnaire qui le désire de présenter sa candidature¹⁰¹⁸. Cette possibilité de congé devrait être perçue non seulement comme un aménagement raisonnable aux fins de l'article 1 de la *Charte*, mais comme empêchant une conclusion de violation du droit d'éligibilité. C'est, en effet, ce qu'a décidé un tribunal ontarien, jugeant que l'obligation de prendre congé de son emploi constitue une contrainte inhérente à la candidature et prévalant pour tout employé désirant s'adonner à une carrière parlementaire, qu'il oeuvre ou non dans la fonction publique¹⁰¹⁹.

—les juges

L'exclusion des juges¹⁰²⁰ présente également, en particulier au Bas-Canada, une dimension historique importante et liée à l'autonomie parlementaire. Encore là, toutefois, le

¹⁰¹⁸Voir la *Loi sur la fonction publique*, précitée, note 1008, art. 24, et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, précitée, note 1007, para. 33(3).

¹⁰¹⁹*S.E.F.P.O. c. Le procureur général de l'Ontario*, (1988) 52 D.L.R. (4d) 701 (H.C.).

¹⁰²⁰Voir à cet égard l'art. 77 i) de la *Loi électorale du Canada* qui rend inéligibles les juges nommés pas le gouverneur général, ainsi que l'art. 235(1°) de la *Loi électorale* du Québec qui prévoit l'inéligibilité de l'ensemble des juges des tribunaux judiciaires. Cette divergence entre les deux lois soulève cependant certaines questions relatives au partage des compétences, en particulier en ce qui a trait à l'exclusion générale des juges dans la loi québécoise, incluant les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada à l'égard desquelles la province ne détient aucune compétence. Cette exclusion impliquerait en principe une justification fondée, non pas sur l'indépendance de la fonction judiciaire —puisque la province n'est pas compétente à l'égard des tribunaux fédéraux—, mais plutôt sur des considérations relatives à la fonction parlementaire provinciale. Or, s'il semble de nos jours évident que les juges ne sauraient être en même temps députés, c'est parce que la carrière politique partisane porte ombrage à la fonction judiciaire. De ce point de vue, il appartiendrait au Parlement fédéral, et non à la province, de veiller à ce que les juges des tribunaux fédéraux se tiennent à l'écart de la scène politique. Est-ce là faire preuve d'un rigorisme excessif au chapitre du partage des compétences? Peut-être suffit-il en effet de reconnaître que la compétence du Parlement et des législatures à l'égard des constitutions canadienne et provinciales (art. 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) inclut le pouvoir d'assurer la préservation du principe de la séparation des pouvoirs au sein de chacune de ces constitutions. Compétente sur sa propre constitution, une province pourrait ainsi valablement, au nom du principe général de la

contexte contemporain nous oblige à regarder l'exclusion des juges sous un tout autre angle. Ce n'est en effet pas tant pour une quelconque incapacité d'exercer librement la fonction parlementaire que les juges sont exclus, mais plutôt, à l'inverse, pour l'entrave insurmontable qu'une telle fonction poserait à l'exercice de la fonction judiciaire libre de toute partialité ou de toute apparence de partialité. Cette apparence de partialité survivrait d'ailleurs vraisemblablement au terme de la fonction parlementaire, de sorte qu'une forme de congé sans solde apparaît ici impossible. L'exclusion des juges de la scène politique semble, par ailleurs, à ce point ancrée dans notre tradition constitutionnelle qu'on imagine mal un magistrat contestant la législation électorale sur cette question¹⁰²¹.

b) l'incompatibilité de la fonction parlementaire avec certains emplois

Il arrive, par ailleurs, que certaines situations soient considérées comme rendant impossible le libre exercice de la fonction parlementaire elle-même. Dans ce cas —du moins en considérant l'élément volontariste de la perspective procédurale— on peut dire que l'exclusion présente un affront plus direct au processus démocratique, dans la mesure où elle est justifiée en invoquant certains attributs ou certaines qualités jugées péremptoirement, c'est-à-dire en lieu et place de l'électeur, nécessaires à la fonction de représentant. Dans ces cas, les motifs d'exclusion devront présenter un caractère particulièrement impératif, sans quoi il serait possible au législateur de transformer le processus démocratique en une simple parodie électorale. Deux objectifs, en particulier, apparaissent pertinents ici: celui d'assurer la légalité du mandat et celui d'assurer une représentation axée sur la poursuite du bien commun (un objectif alors lié à une conception téléologique du parlementarisme).

séparation des pouvoirs, exclure de son assemblée l'ensemble des personnes exerçant une fonction judiciaire, sans distinction entre les tribunaux fédéraux et provinciaux.

¹⁰²¹Dans l'affaire *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628, le juge Muldoon avait obtenu que soit déclarée invalide l'interdiction faite aux juges de voter aux élections fédérales, principalement sur la base du caractère secret du vote, qui suffit à protéger la magistrature contre les apparences de partialité. Il est évident à cet égard que l'éligibilité présente des difficultés qu'on ne rencontre pas relativement au droit de vote des juges.

—la légalité du mandat parlementaire: le cas des officiers électoraux

La première de ces exclusions est celle des officiers électoraux. Il est vrai que cette exclusion aurait pu être traitée à la rubrique précédente, la fonction d'officier électoral exigeant manifestement une certaine neutralité partisane. Cette exigence est d'ailleurs exprimée par l'article 4 de la *Loi électorale* du Québec qui stipule que «[l]e directeur général des élections, les juges des tribunaux judiciaires, le Protecteur du citoyen et les membres de la commission de la représentation ne peuvent se livrer à un travail de nature partisane», de même que l'article 139, moins restrictif, et selon lequel «[a]ucun membre du personnel électoral ne peut se livrer à un travail de nature partisane les jours prévus par la loi pour l'exercice de sa fonction»¹⁰²².

Mais, de façon plus patente encore, l'exclusion du personnel électoral s'explique par la nécessité d'assurer la légalité du mandat et de préserver ainsi la crédibilité du processus électoral et la légitimité de l'Assemblée. J'ai montré, dans la première partie, en quoi l'identité de fonction de député et de juge électoral, qui découlait des privilèges parlementaires reconnus en Angleterre au XVIII^{ème} siècle à la suite de la seconde révolution, de même qu'au Bas-Canada au début du XIX^{ème}, avait posé obstacle à l'établissement d'une légalité électorale susceptible de fonder la légitimité des immenses pouvoirs exercés par le Parlement. C'est cette même logique qui prévaut ici, d'une manière qui semble incontestable, pour justifier que la règle voulant que le candidat ne puisse être aussi impliqué dans l'organisation et le déroulement des élections.

—la représentation de l'intérêt général (bien commun): le cas des individus ayant un intérêt contractuel avec la Couronne et celui des parlementaires

L'article 34 de la *Loi sur le Parlement du Canada*¹⁰²³ déclare inapte à siéger les individus qui entretiennent avec la Couronne, directement ou indirectement, des relations contractuelles impliquant des fonds publics fédéraux. Une mesure similaire se trouve à l'article 58 de la *Loi sur l'Assemblée Nationale*¹⁰²⁴. Comme le souligne le professeur Garant,

¹⁰²²Voir également l'art. 77k) de la *Loi électorale du Canada* qui prévoit l'inéligibilité des fonctionnaires électoraux.

¹⁰²³Précitée, note 1006.

¹⁰²⁴Précitée, note 983.

cette interdiction vise «à prévenir les conflits d'intérêt et la corruption politique»¹⁰²⁵. Il s'agit en d'autres termes, de s'assurer que le bien commun ne soit pas subordonné à un intérêt particulier, en l'occurrence l'intérêt personnel du député.

Bien que l'association puisse sembler curieuse, c'est, d'une certaine façon, dans une perspective analogue (la dimension de fraude ou de moralité publique en moins) que s'explique l'interdiction faite aux députés provinciaux de se porter candidats¹⁰²⁶ ou de siéger au Parlement fédéral¹⁰²⁷, de même que, réciproquement, l'interdiction faite aux membres du Parlement de se présenter comme candidat à l'Assemblée Nationale¹⁰²⁸. En effet, cette interdiction a pour fondement l'idée —qui est au coeur de la conception *Whig* de la représentation¹⁰²⁹— suivant laquelle le député n'est pas le simple porte parole des intérêts locaux et particuliers de sa circonscription, mais représente plutôt l'intérêt de la nation entière (ou de la province dans le cas des membres de la législature). Edmund Burke exprimait cette idée à l'occasion d'un célèbre discours aux électeurs de Bristol où il affirmait:

*«Parliament is not a congress of ambassador from different and hostile interests [...] but Parliament is a deliberative assembly of one nation, with one interest, that of the whole—where not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole»*¹⁰³⁰.

Or, celui ou celle qui, étant membre du Parlement, s'engage à représenter les intérêts de tout le Canada et de toutes ses régions, ne peut, en même temps, s'engager à se battre pour les intérêts provinciaux¹⁰³¹. La justification de l'exclusion repose donc ici, comme dans le cas de

¹⁰²⁵P. GARANT, *loc. cit.*, note 998, 457.

¹⁰²⁶Para.77(d) de la *Loi électorale du Canada*.

¹⁰²⁷Art. 22 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, précitée, note 1006.

¹⁰²⁸Para. 235(4) de la *Loi électorale*.

¹⁰²⁹Voir *infra*, p. 396.

¹⁰³⁰Edmund BURKE, «Speech to the Electors of Bristol at the Conclusion of the Poll», publié dans A. PITKIN (dir.), *op. cit.*, note 594, pp. 175-176.

¹⁰³¹En 1874, lors des débats en chambre relatifs au projet de loi québécois visant à rendre inéligibles les députés fédéraux, le député Félix-Gabriel Marchand affirmait ainsi, à l'instar de Burke: «Le député représente le pays tout entier et non pas seulement son comté. À Ottawa, il représente les intérêts de toute la Puissance, intérêts qu'il peut être appelé à combattre à Québec où il ne représente que la province de Québec» (*Débats de l'Assemblée législative du Québec, 1871-1875*, p. 68, reproduits dans Réal BÉLANGER, Richard JONES et Marc

ceux qui ne peuvent siéger en raison de leurs intérêts contractuels, sur l'idée de capacité à réaliser le bien commun, au-delà des intérêts particuliers (légitimes ou illégitimes).

Cette restriction repose ainsi sur l'adhésion à une certaine tradition de la philosophie politique associée au parlementarisme. Bien que l'inéligibilité prononcée ici, tant dans la législation fédérale que québécoise, semble devoir être vue comme enfreignant le droit garanti à l'article 3 de la *Charte* —ce qui tend à corroborer le point de vue que cette disposition incarne une certaine perspective démocratique radicale associée au modèle procédural— il semble néanmoins difficile de condamner cette restriction comme étant «déraisonnable» au sens de l'article premier. Si cela est juste, on peut en conclure que l'article premier de la *Charte* constitue une voie adéquate permettant de justifier certaines restrictions à l'article 3 (interprété suivant une perspective procédurale), non seulement en invoquant une finalité ou des objectifs plus ou moins étrangers à la démocratie (par exemple, l'impartialité des juges ou la neutralité des fonctionnaires), mais aussi en invoquant certaines finalités associées à une conception téléologique particulière de la démocratie parlementaire (la préséance du bien commun sur les intérêts particuliers). En d'autres termes, toutes les dimensions de la démocratie, bien qu'elles doivent pouvoir être considérées lors d'une analyse sous la *Charte*, ne doivent pas pour autant être toutes incluses dans le droit garanti. On peut très bien interpréter l'article 3 comme garantissant le droit de vote et d'éligibilité *tels que conçus suivant la perspective procédurale*, quitte à tempérer cette vision à l'aide de l'article premier en y introduisant des considérations liées à une perspective téléologique. Ma conviction est que cette façon de lire les rapports entre l'article 3 et l'article 1 (on pourrait proposer une lecture inversée) est la façon la plus adéquate, étant donné l'évolution historique des droits démocratiques dans laquelle s'inscrit la *Charte* et les dangers que présente une lecture de l'article 3 qui incorpore à la procédure électorale certaines finalités posées comme «biens publics». Cette interprétation a, comme on le verra plus loin, des conséquences importantes sur la façon de traiter des questions comme l'accès des femmes au Parlement, ou encore le découpage de la carte électorale.

Section 1.2 - La candidature partisane

Il n'est pas très risqué d'avancer que, pour la plupart des citoyens des démocraties contemporaines, la liberté de se porter candidat n'a aucune signification réelle en dehors du contexte partisan. La candidature indépendante représente au mieux, un droit d'exprimer une vision dissidente, au pire, la liberté de l'original et du cynique d'exprimer sa dérision. Dans les pays qui ont adopté comme scrutin la proportionnelle de liste, le rôle des partis politiques s'y est vu nécessairement «officialisé», puisque, dans ce cas, l'opération électorale vise précisément à répartir les sièges entre les partis politiques. Même lorsque le scrutin majoritaire prévaut, il arrive que le rôle du parti soit fait explicite, comme c'est le cas en France où l'article 4 de la Constitution de 1958 prévoit:

«Article 4. Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie»¹⁰³².

Notre tradition juridique et même politique se montre à cet égard, il faut bien le reconnaître, plus «hypocrite». Michel Rossignol écrit ainsi qu'au Canada:

«bien après le début du siècle, des députés canadiens prétendaient toujours que les partis ne jouaient pas un rôle important à la Chambre. Le député E. Régier, membre de la *Commonwealth Cooperative Federation* (CCF), déclarait en 1955: "*C'est un précieux avantage du régime Parlementaire britannique que les partis politiques n'y soient pas reconnus comme tels. S'il en est ainsi, et si je dois d'abord allégeance à la Chambre à titre de député et non de membre de la CCF, il est dès lors très important que nous n'affermissons pas l'emprise des organismes politiques comme tels au pays*"»¹⁰³³.

Ce point de vue reflète la longue tradition de méfiance et même d'hostilité à l'égard des partis que j'ai soulignée précédemment¹⁰³⁴. Encore aujourd'hui, aussi bien en Angleterre qu'au Canada, il demeure, au bas mot, une forme d'aveuglement volontaire à l'égard des partis et de leur signification démocratique. Ainsi, au Québec, un candidat qui se présente sous la bannière du Parti Égalité comme défenseur du fédéralisme et des intérêts de la minorité

¹⁰³²Texte tiré de M. DUVERGER, *op. cit.*, note 583, p. 158.

¹⁰³³Michel ROSSIGNOL, *Les transfuges à la Chambre et le système de partis*, Ottawa, Service de recherche de la bibliothèque du Parlement, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 6 (les italiques sont dans l'original).

¹⁰³⁴*Supra*, p. 192.

anglophone au Québec est-il autorisé, une fois élu, à se placer officiellement du côté du Parti Québécois, parti des nationalistes francophones et ayant pour mission première la séparation du Québec (comme le fit effectivement le député Holden il y a quelques années, au grand dam de ses électeurs)¹⁰³⁵.

Cette tradition semble en flagrante contradiction avec la réalité démocratique suivant laquelle l'élection mène au choix d'un gouvernement ou d'une «équipe», plus qu'elle n'est l'expression de l'opinion des électeurs à l'égard d'un candidat donné. Comme le soulignait Hans Kelsen il y a près de cinquante ans:

«La démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques [...]. C'est en effet illusion ou hypocrisie que soutenir que la démocratie est possible sans partis politiques. Car il est trop clair que l'individu isolé, ne pouvant acquérir aucune influence réelle sur la formation de la volonté générale, n'a pas, du point de vue politique, d'existence véritable. La démocratie ne peut, par suite sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si entre l'individu et l'État viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique. *La démocratie est donc nécessairement et inévitablement un État de partis*» (les italiques sont ajoutés)¹⁰³⁶.

Si cela est vrai des démocraties en général, cela l'est plus encore dans un système fondé sur le principe du gouvernement responsable et caractérisé par une forte discipline de parti. Décrivant la situation en Angleterre, Richard Rose écrivait en 1983:

«*PARTY, not Parliament, determines control of British government. It is wrong to speak of Cabinet dominating Parliament and even further from the mark to suggest, as does the phrase parliamentary government, that Parliament dominates Cabinet. To paraphrase Bagehot, party is the buckle that joins, the hyphen that unites—and controls—both Cabinet and Parliament*»¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵Sur la question des transfuges, voir M. ROSSIGNOL, *op. cit.*, note 1033. En 1985, l'Inde a adopté une loi pour empêcher que les candidats puissent se dissocier de leur parti en cours de mandat, sauf dans certaines circonstances précises [Voir: Sudarshan AGARWAL, «The Anti-defection Law in India», (1986) 67 *The Parliamentarian* 22]. Il est intéressant de noter que la principale critique adressée à la loi portait sur le fait que le Président (*speaker*) de la Chambre se voyait accorder le pouvoir de trancher tout litige relatif à l'exclusion d'un député qui avait répudié son allégeance partisane. On craignait alors un danger de partisanerie et certains ont suggéré que ce pouvoir d'arbitre fut confié aux tribunaux (*Idem*, p. 24).

¹⁰³⁶H. KELSEN, *op. cit.*, note 603, pp. 29-30.

¹⁰³⁷Richard ROSE, «Still the Era of Party Government», (1983) 36 *Parliamentary Affairs* 282.

Et à la même époque, à Québec, on n'hésite pas à dire que la discipline de partis est encore plus rigide qu'à Londres et qu'en conséquence l'emprise des partis y est encore plus importante¹⁰³⁸. «Les députés», écrit de son côté Michel Rossignol, «sont devenus essentiellement des représentants des partis politiques»¹⁰³⁹.

Pourtant, et bien que l'importance des partis politiques soit fermement établie dès la fin du XIX^{ème} siècle, le droit tardera à prendre acte de leur rôle. Au Québec, exemple révélateur s'il en est, le nom des partis politiques n'apparaît pas sur le bulletin de vote avant 1963¹⁰⁴⁰ (auparavant, la *Loi modifiant la Loi des élections de Québec*¹⁰⁴¹ de 1954, avait pour la première fois considéré les partis, non pas en autorisant l'inscription de leur nom sur les bulletins, mais en prévoyant que le premier nom y apparaissant serait celui du candidat du «parti ministériel», suivi du nom du candidat de l'opposition officielle, un stratagème qui avait pour effet de favoriser les candidats du parti au pouvoir...¹⁰⁴²). Pour les élections fédérales, l'identification partisane sur les bulletins est encore plus récente, remontant à 1969¹⁰⁴³, tandis qu'elle demeure interdite suivant la loi de certaines provinces¹⁰⁴⁴.

Une certaine reconnaissance des partis dans la législation électorale découlera de la volonté de réglementer les dépenses électorales, d'abord au Québec dans les années '60, puis au niveau fédéral une dizaine d'années plus tard. Selon le professeur Courtney, ces modifications au régime électoral impliquaient qu'il serait dorénavant impossible de considérer les partis politiques comme dépourvus d'existence légale. Il écrivait alors à ce sujet:

¹⁰³⁸Voir les propos du président de l'Assemblée le 28 avril 1983 rapportés dans Pierre DE BELLEFEUILLE, «Notre démocratie chancelante appelle un retour aux principes», (1993) 83 *L'Action nationale* 337, 339-340.

¹⁰³⁹M. ROSSIGNOL, *op. cit.*, note 1030, p. 6.

¹⁰⁴⁰Voir la *Loi électorale de Québec*, précitée, note 326, art. 193.

¹⁰⁴¹S.Q. 1954, c. 41, art. 7.

¹⁰⁴²Sur l'incidence de l'ordre de présentation des candidats, voir *supra*, note 866.

¹⁰⁴³*Loi électorale du Canada*, précitée, note 781, art. 23(2)h).

¹⁰⁴⁴Voir, en Ontario, la *Loi électorale*, précitée, note 786, art. 34, en vertu duquel les noms des candidat(e)s apparaissent sur le bulletin de vote suivant l'ordre alphabétique de leur nom, à l'exclusion de toute autre marque distinctive.

«*It can no longer be said that Canadian political parties exist as purely voluntary and informal associations unknown to the law and without legal capacity. [...] Henceforth the courts can be called upon to decide matters that formerly were deemed to be private and non-justiciable*»¹⁰⁴⁵.

Mais, dans l'ensemble, les tribunaux ne semblent pas avoir entendu la chose de la même façon. Dans l'affaire *McKinney c. Parti Libéral du Canada*¹⁰⁴⁶, où l'on visait par injonction à empêcher la discipline de parti, il fut considéré par un tribunal ontarien que le Parti Libéral ne pouvait être poursuivi, faute d'existence légale en *common law*. La situation est analogue au Québec où les partis ne bénéficieraient pas de la personnalité juridique. Ils pourraient cependant être poursuivis en justice en raison de l'article 60 alinéa 1 du *Code de procédure civile*, mais ne pourraient eux-mêmes intenter de poursuites¹⁰⁴⁷. La jurisprudence considère ainsi généralement que les diverses «capacités» reconnues aux partis politiques par la législation électorale n'a pas eu pour effet de leur conférer une personnalité juridique.

Exceptionnellement, dans l'affaire *Reform Party of Canada c. Canada*¹⁰⁴⁸, on s'est fondé sur le pouvoir discrétionnaire reconnu par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Thorson, McNeil et Borowski*¹⁰⁴⁹ pour reconnaître à un parti politique l'intérêt pour agir en matière constitutionnelle. Bien que cette décision soit discutée plus loin à propos du problème de l'accès aux médias¹⁰⁵⁰, je souligne néanmoins ici le fait que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a jugé que l'article 3 de la *Charte* ne conférait «clairement» pas de droits aux partis

¹⁰⁴⁵John COURTNEY, «Discrimination in Canada's Electoral Law», dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE (dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 401, à la p. 402. Voir aussi: J. COURTNEY, «Recognition of Canadian Political Parties in Parliament and in Law», dans Kenneth CARTY (dir.), *Canadian Political Party Systems: A Reader*, Peterborough (Ont.), Broadview Press, 1992, p. 354.

¹⁰⁴⁶(1988) 43 D.L.R. (4th) 706 (C.S. Ont.).

¹⁰⁴⁷*Parti Union Nationale c. Côté*, [1989] R.J.Q. 2502 (C.S.).

¹⁰⁴⁸(1992) 13 C.C.R. (2d) 107 (B.R. Alta.); confirmé en partie à [1995] A.J. N° 212 (C.A. Alta.).

¹⁰⁴⁹*Thorson c. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Borowski c. Canada*, [1981] 2 R.C.S. 575.

¹⁰⁵⁰*Infra*, pp. 383 et suiv.

politiques¹⁰⁵¹. En d'autres termes, le droit de vote et d'éligibilité doit être interprété, selon elle, uniquement dans la perspective des citoyens pris individuellement.

C'est précisément cette conclusion que je désire analyser ici en me demandant dans quelle mesure la *Charte canadienne*, et en particulier l'article 3, consacre l'existence des partis politiques, c'est-à-dire le droit de se porter candidat *en tant que membre d'un parti*. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander quelle est l'incidence de ce droit sur le pouvoir du parti de sélectionner librement ses candidats.

A. La reconnaissance des partis politiques: un nouveau statut?

Tant sous le régime fédéral que québécois, les partis politiques n'ont d'existence qu'en autant qu'il sont «enregistrés» (article 24 et suivants de la *Loi électorale du Canada*) ou «autorisés» (article 41 et suivants de la *Loi électorale* du Québec) par le directeur général des élections. Si ces formalités sont assez simples, l'enregistrement requiert néanmoins que le parti présente un certain nombre minimal de candidats (soit cinquante pour un parti fédéral¹⁰⁵² et dix pour un parti provincial¹⁰⁵³) et demeure, pour les élections provinciales, conditionnel au respect des dispositions relatives aux finances électorales¹⁰⁵⁴.

L'importance de cette autorisation est vitale non seulement pour les partis politiques, mais pour le processus électoral lui-même. Premièrement l'autorisation permet au parti d'encourir certaines dépenses électorales et de revendiquer une certaine portion du temps d'antenne réservé par les médias électroniques. Ces questions feront, en raison de leur importance, l'objet d'une analyse distincte par la suite. Mais surtout, l'enregistrement du parti —qui se traduit en particulier par l'inscription du nom du parti sur le bulletin de vote— permet de présenter un programme ou une «plate-forme» soutenue par une équipe, susceptible, suivant son importance numérique, d'imposer ses vues à l'Assemblée ou au

¹⁰⁵¹*Reform Party of Canada c. Canada*, précitée, note 1048, 119 (B.R.).

¹⁰⁵²Art. 24(2) de la *Loi électorale du Canada*.

¹⁰⁵³Art. 47 de la *Loi électorale* du Québec, qui exige également la signature de mille électeurs.

¹⁰⁵⁴Art. 68 de la *Loi électorale*. Pour ce qui est des partis fédéraux, le défaut de faire rapport des finances du parti entraîne plutôt une amende pouvant aller jusqu'à vingt-cinq mille dollars (*Loi électorale du Canada*, art. 47).

Parlement, ou à tout le moins (dans le cas d'un plus petit parti) de former un groupe parlementaire ayant une certaine force politique, que ce soit à titre d'opposition officielle ou de tiers parti détenant ce que l'on appelle communément «la balance du pouvoir». C'est d'ailleurs cette «utilité» particulière des partis politiques dans l'arène parlementaire qu'ont reconnu les législateurs fédéral et québécois en n'acceptant officiellement, comme je l'ai indiqué plus haut, que les partis présentant une certaine dimension.

C'est en se fondant sur cette importance primordiale des partis, renforcée au surplus par les conventions relatives au gouvernement responsable, que le Sénateur Beaudoin a pu affirmer, à l'époque de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* en 1982, que le droit d'éligibilité incluait le droit d'appartenance à un parti politique. Avec un certain optimisme il écrivit:

«Notons enfin que le droit d'éligibilité soulève le droit d'association. L'existence des partis politiques est prévue dans nos lois mais non dans l'Acte de 1867. L'existence des partis est sanctionnée par nos traditions et nos conventions constitutionnelles. *Le droit d'adhérer à un parti politique se trouve à être inclus dans le droit d'éligibilité*» (les italiques sont ajoutés)¹⁰⁵⁵.

Or, la question du «droit à l'existence» des partis politiques comme corollaire de l'éligibilité garantie à l'article 3 s'est trouvée à prendre une importance particulière du fait que la Cour suprême du Canada a interprété la liberté d'association [article 2 d) de la *Charte*] comme n'incluant pas la liberté de poursuivre les activités pour lesquelles l'association a été formée¹⁰⁵⁶. Ainsi, l'article 2 d) garantirait l'existence des partis, mais non le droit d'un parti de faire campagne électorale ou d'être reconnu officiellement dans le cadre d'une élection. Cette interprétation restrictive de la liberté d'association soulève alors la question de savoir si l'article 3 pourrait, quant à lui, être invoqué de manière à garantir la participation partisane au processus électoral.

Cette question n'a pour l'instant fait l'objet que d'une seule décision judiciaire, dont l'autorité à cet égard, pour diverses raisons, m'apparaît douteuse. Il s'agit de l'affaire *Parti*

¹⁰⁵⁵Gérald BEAUDOIN et Walter TARNAPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 297.

¹⁰⁵⁶*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313. Cette interprétation restrictive visait à empêcher la «constitutionnalisation» de toute activité dès lors que l'activité en question était poursuivie collectivement.

*Union Nationale c. Côté*¹⁰⁵⁷, où l'on contestait le retrait d'autorisation de l'Union Nationale par le directeur général des élections du Québec, pour avoir fait défaut de payer annuellement les intérêts sur les emprunts comme l'exige la *Loi électorale* (actuel article 106). À l'argument fondé sur l'article 3, la juge Thérèse Rousseau-Houle répondit fort simplement:

«Le droit de vote et le droit d'éligibilité ne sont aucunement restreints par la décision dont on requiert l'évocation. *Une personne membre du parti Union Nationale peut toujours se porter candidate*» (les italiques sont ajoutés)¹⁰⁵⁸.

Le peu d'attention portée à la question —dont la réponse n'est pas sans faire songer au bon mot d'Anatole France sur l'interdiction, égale pour tous, de coucher sous les ponts— s'explique sans doute par le fait que la juge avait déjà conclu au caractère raisonnable de l'exclusion du parti en considérant la question sous l'angle de la liberté d'expression.

Il faut néanmoins s'interroger sur l'adéquation de sa conclusion à l'effet que l'exclusion d'un parti ne saurait jamais constituer une restriction au droit d'éligibilité étant donné la possibilité de se présenter comme candidat(e) indépendant(e). En effet, cette candidature serait manifestement affectée du fait de son «indépendance», non seulement en ce qui concerne l'organisation matérielle de la campagne (notamment son financement), mais aussi, et surtout, en ce qui concerne la question banale mais essentielle de l'identification sur le bulletin de vote. Comme je l'ai souligné, la différence entre une candidature indépendante et une candidature partisane n'est pas simplement une différence de forme, d'organisation électorale, ou encore de «couleur de chandail», c'est une différence qui porte nécessairement sur le *programme* offert aux électeurs, sur la possibilité d'appuyer une équipe susceptible de former ou d'opposer le gouvernement. Dans le cadre d'une démocratie parlementaire, ignorer le rôle des partis c'est ignorer la nature même de notre système politique. Pierre Larouche écrit en ce sens:

«Les électeurs votent non seulement pour un candidat, mais aussi pour le parti qu'il ou elle représente. Le ou la chef du parti qui obtient la majorité des sièges est nommé premier ou première ministre et forme un gouvernement. L'Exécutif se voit ainsi légitimé, non seulement par le vote de la chambre, mais aussi à travers la majorité parlementaire par le corps électoral qui a accordé ses suffrages aux candidats du parti. Seuls les partis politiques, dans la démocratie parlementaire de

¹⁰⁵⁷Précitée, note 1047.

¹⁰⁵⁸*Idem*, p. 2513.

type anglais, peuvent ainsi conférer une quelconque légitimité démocratique à l'Exécutif»¹⁰⁵⁹.

De même, Paul Thomas affirme-t-il:

«Party is [...] the means by which governments achieve coherence and parliamentary endorsement of their policies. Party serves as the basis for the aggregation and expression in an organized way of the various opinions within society through the presentation of policy ideas to be translated into legislation and spending. Parties serve as giant personnel agencies for the recruitment and election of members. It is on the basis of party and party leadership that most electors vote» (je souligne)¹⁰⁶⁰.

Il ne m'apparaît donc pas possible de soutenir qu'une interprétation «correcte» de l'article 3 de la *Charte* puisse ignorer complètement le rôle des partis politiques dans notre processus électoral. Cela ne veut pas dire qu'aucune forme de restriction à l'éligibilité partisane ne puisse être admise. Ainsi, les dangers de corruption politique liés à la précarité financière excessive d'un parti peuvent bien justifier l'exigence de remboursement annuel des intérêts sur les emprunts (article 106 de la *Loi électorale* du Québec). Cela est cependant fort différent que d'affirmer qu'en aucun cas le droit d'éligibilité n'emporte celui de se présenter comme candidat d'un parti.

La question du droit de s'afficher officiellement et de faire campagne comme membre d'un parti présente évidemment un caractère encore plus fondamental, au plan démocratique, lorsque l'exclusion est prononcée sur une base idéologique, c'est-à-dire lorsqu'elle est reliée aux idées défendues par ce parti. Fort heureusement, une telle situation est très exceptionnelle chez nous, où l'exclusion résulte principalement de désavantages systémiques pour les partis marginaux, en raison notamment du mode de scrutin et des règles relatives à la campagne électorale (des problèmes qui seront abordés plus loin). L'histoire canadienne offre néanmoins certains exemples d'exclusion idéologique, comme l'exclusion du parti fasciste

¹⁰⁵⁹Pierre LAROUCHE, «Canada», (1993) IX *Annuaire international de justice constitutionnelle* 97, 106, article publié dans le cadre d'une table ronde sur la constitution et les partis politiques.

¹⁰⁶⁰Paul THOMAS, «Parliamentary Reform Through Political Parties», dans John COURTNEY (dir.), *The Canadian House of Commons: Essays in Honour of Norman Ward*, Calgary, University of Calgary Press, 1985, p. 43, à la p. 45.

pendant la seconde guerre mondiale¹⁰⁶¹, de même que l'interdiction du parti communiste, en partie par le moyen de l'article 98 du *Code criminel*, en partie, au Québec, par la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*¹⁰⁶² dont l'article 12 prévoyait:

«12. Il est illégal d'imprimer, de publier de quelque façon que ce soit ou de distribuer dans la province un journal, une revue, un pamphlet, une circulaire, un document ou un écrit quelconque propageant ou tendant à propager le communisme ou le bolchévisme».

Et, comme le souligne Patrick Boyer¹⁰⁶³, bien que le FLQ ne fut jamais un parti politique, la déclaration de son illégalité en 1970 par la *Loi sur les mesures de guerre*¹⁰⁶⁴ nous rappelle néanmoins la fragilité de notre engagement démocratique.

Dans la mesure où le droit d'éligibilité inclut, comme je le soumets, le droit de se présenter et de faire campagne comme membre d'un parti politique, deux questions demandent alors à être envisagées, ne serait-ce que brièvement, toutes deux liées à une forme d'exclusion idéologique. Il s'agit du problème de l'exclusion, d'une part, de partis extrémistes et, d'autre part, de partis voués au renversement de l'ordre étatique.

1. l'exclusion des partis «extrémistes»

La question soulevée ici a trait au problème que pose pour un État démocratique l'existence de groupements politiques à caractère totalitaire ou «haineux». En Allemagne, pour les raisons historiques que l'on sait, la Constitution stipule l'illégalité des partis anti-démocratiques. Sur cette base, deux partis, l'un de type néo-nazi, l'autre communiste, ont été

¹⁰⁶¹Sur cette question voir: J. P. BOYER, *Election Law in Canada*, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1987, p. 19 à 26.

¹⁰⁶²S.R.Q. 1941, c. 52.

¹⁰⁶³P. BOYER, *op. cit.*, note 1061, p. 21 s.

¹⁰⁶⁴S.R.C. 1952, c. 288. À cet égard, voir le célèbre arrêt *Gagnon et Vallières c. la Reine*, [1971] C.A. 454, où la Cour d'appel du Québec rejeta une demande d'*habeas corpus* des requérants emprisonnés pour leur appartenance au FLQ et contestant la légalité de leur détention.

frappés d'interdiction dans les années cinquante¹⁰⁶⁵. Plus récemment, la question a été soulevée en France face à la montée du *Front National*, un parti d'extrême droite. Fort heureusement, la scène politique canadienne actuelle ne semble pas pareillement menacée. Toutefois, non seulement une telle éventualité ne saurait être écartée mais, plus réalistement, il faut s'interroger sur le problème de l'«immunité» que pourrait tenter de revendiquer un groupe extrémiste en s'inscrivant comme parti politique. Puisque, contrairement à la liberté d'association, le droit d'éligibilité permet, par hypothèse, de protéger la poursuite de certaines activités, et notamment des activités de «propagande», dans quelle mesure serait-il possible de se former en parti politique pour poursuivre des activités autrement illégales (par exemple, qui tombent sous le coup des articles 319 et 320 du *Code criminel*, relatifs à la propagande haineuse)^{1066?}

Parmi les réponses possibles au phénomène des mouvements extrémistes, celle de la censure peut prendre deux formes. Soit que l'on interdise un groupe ou un parti identifié (comme le FLQ durant les années soixante-dix). Il s'agit de l'hypothèse la plus radicale et la moins probable, puisqu'il suffit alors de changer de nom. Soit que l'on ait recours à une interdiction formulée en termes plus généraux, comme les articles 319 et 320 du *Code criminel* relatifs à la propagande haineuse, ou comme on le fit avec l'ancien article 98 du *Code criminel*¹⁰⁶⁷. Dans ce cas, qui est le plus réaliste, le problème concerne à la fois l'éligibilité et la liberté d'expression. La réponse brève à ce problème consiste à dire —sans reprendre tout le débat relatif au problème de la censure— que les restrictions à la liberté jugées raisonnables sous l'angle de la liberté d'expression (et c'est le cas de la prohibition de la propagande

¹⁰⁶⁵Voir: Arthur GUNLICKS, «Campaign and Party Finance in the West German "Party State"», (1988) 50 *Review of Politics* 30, 31.

¹⁰⁶⁶J'aborde ce problème ici, c'est-à-dire dans le cadre de la candidature partisane, bien qu'il se pose également pour la candidature indépendante —en d'autres termes, dans quelle mesure l'éligibilité permet à un candidat de présenter un discours électoral haineux? La raison de ce choix est que le danger de voir des organisations racistes ou extrémistes s'implanter sous le couvert du droit à l'éligibilité apparaît d'une gravité et d'une envergure nettement plus grandes que lorsqu'il s'agit d'un candidat isolé.

¹⁰⁶⁷Voir par exemple l'art. 98 du *Code criminel*, tel qu'il apparaissait dans les Statuts révisés de 1927 (chap. 36). Sans mentionner le parti communiste, cette disposition avait néanmoins été rédigée pour interdire ce parti (voir P. BOYER, *op. cit.*, note 1061, p. 19 et suiv.).

haineuse¹⁰⁶⁸) n'acquièrent pas un caractère déraisonnable du fait qu'elles visent des expressions véhiculées dans le cadre du processus électoral ou par des partis politiques.

La difficulté que présente un tel argument est qu'il semble heurter l'approche dite «contextuelle» suivant laquelle le problème de la liberté d'expression a été abordé par la Cour suprême. Selon la théorie de l'approche contextuelle, la liberté d'expression recevrait un degré variable de protection en fonction du contexte dans lequel cette liberté est exercée. Énonçant pour la première fois la théorie de l'approche contextuelle dans l'affaire *Edmonton Journal*¹⁰⁶⁹, la juge Wilson écrivit notamment:

«Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particulier peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale»¹⁰⁷⁰.

Je souligne que les termes «expression [...] dans un contexte politique» ne signifie pas la même chose que l'expression «discours politique» (ou *political speech*) parfois employée¹⁰⁷¹, et qui tend possiblement à faire une distinction de *contenu* avec (présumément) d'autres types de discours. Or, il n'existe pas de discours «politique en soi», en ce sens qu'un discours sur toute question est susceptible de devenir un discours politique (au sens entendu ici) à la seule condition d'être exprimé *dans un contexte politique*. Ainsi, dans la mesure où le degré de protection accordé est véritablement affaire de contexte, en particulier de contexte politique, il faudrait possiblement conclure que le discours véhiculé par un parti politique dans un contexte électoral bénéficierait d'un degré de protection supérieur (que ce soit sous le paragraphe 2(b) ou l'article 3 de la *Charte*). De combien supérieur, cela demeure obscur (il se peut, par exemple, que la propagande haineuse puisse être prohibée dans tous les contextes). Mais il semble que l'idée d'une protection supérieure implique nécessairement qu'un certain discours, qui peut normalement être censuré, ne pourra pas l'être dans le cadre du processus politique.

¹⁰⁶⁸R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

¹⁰⁶⁹*Edmonton Journal c. Le procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

¹⁰⁷⁰*Idem*, p. 1355.

¹⁰⁷¹Voir par exemple Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 961 («*It is obvious that political speech is at the core of s. 2(b) of the Charter and could be curtailed under s. 1 only in service of the most compelling governmental interest*»).

On peut, bien sûr, s'accommoder d'un débat politique absolument ouvert, et même s'en faire l'ardent défenseur. C'est notamment le point de vue de ceux qui pensent que la meilleure façon de combattre les préjugés est d'en discuter librement, peu importe, par ailleurs, le caractère blessant du débat pour les personnes visées. Mais alors il faut aussi, je pense, abandonner toute censure, quel qu'en soit le contexte. Dans la mesure où l'on considère qu'un certain discours ne peut être toléré en raison du tort qu'il cause de façon immédiate et irréversible, il n'y a guère de logique à permettre ce discours dans un cadre électoral ou partisan. Il semble, au contraire, particulièrement absurde qu'un discours, qui serait prohibé dans les rapports quotidiens, serait non seulement permis en campagne électorale, mais pourrait constituer un véritable programme politique.

Le seul échappatoire à l'incongruité où nous conduit l'approche contextuelle consiste alors à l'abandonner complètement, c'est-à-dire laisser tomber l'idée que le contexte puisse justifier un degré variable de censure —du moins lorsque, comme ici, il s'agit d'une censure relative au contenu de l'expression, et non d'une restriction de forme. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour suprême du Canada, dont la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Edmonton Journal* a, tout en invoquant la théorie de l'approche contextuelle, donné en réalité au mot «contexte» le sens de «contenu». Par exemple, dans l'affaire *Keegstra*¹⁰⁷² où la Cour a majoritairement justifié, sous l'article 1 de la *Charte*, l'article 319 du *Code criminel* relatif à la propagande haineuse, le juge Dickson écrit: «L'activité expressive visée par cette disposition tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression»¹⁰⁷³. C'est, en d'autres termes, le contenu de l'expression qui justifie sa répression et non le contexte (cela malgré le fait que le juge Dickson avait amorcé son analyse de l'article 1 en adoptant explicitement le point de vue de l'approche contextuelle énoncée dans l'arrêt *Edmonton Journal*¹⁰⁷⁴). De même, dans l'affaire *R. c. Butler*¹⁰⁷⁵ relative à la vente de matériel «obscène», la majorité a semblé délaisser l'idée du «contexte» de l'expression, pour s'appuyer sur la faible valeur de son contenu afin de justifier la violation de l'article 2(b) de la *Charte*.

¹⁰⁷²R. c. *Keegstra*, précité, note 1068.

¹⁰⁷³*Idem*, p. 787.

¹⁰⁷⁴*Idem*, p. 737.

¹⁰⁷⁵[1992] 1 R.C.S. 452.

De même, dans le cas qui concerne le problème des partis extrémistes, ce qui est pertinent est le contenu du message et le fait qu'il est plus ou moins hostile aux valeurs (comme la tolérance raciale) que nous voulons défendre comme société. Que ce discours offensant ait été prononcé dans le contexte d'une élection n'y change rien (et, en particulier, n'a pas pour effet de le rendre moins offensant). Soit que la censure ne constitue pas une réponse appropriée, auquel cas elle ne peut être autorisée peu importe le contexte. Soit que, comme en a conclu la Cour suprême, la censure est raisonnable relativement à certains discours particulièrement offensants. Dans ce cas, nous devons être également prêts à limiter l'éligibilité en restreignant le discours de certains groupements politiques qui ne sauraient trouver refuge dans le seul fait de s'inscrire comme partis.

Il faut sans doute reconnaître que, dire que le degré de protection accordé à la liberté d'expression varie selon le contenu du message et sa valeur, c'est dire, comme le fait Stanley Fish, que «*"Free speech" is just the name we give to verbal behaviour that serves the substantive agendas we wish to advance*»¹⁰⁷⁶. C'est dire également qu'il n'existe pas une telle chose qu'un droit d'éligibilité ouvert à toutes les options politiques, mais uniquement à celles que nous sommes prêts à tolérer suivant les convictions du moment. Cela n'est-il pas terriblement dangereux? La réponse me semble être que cela est parfaitement inévitable¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶S. FISH, *op. cit.*, note 411, p. 102.

¹⁰⁷⁷Mais cela ne veut pas dire que la protection constitutionnelle est vaine. Au contraire, elle nous force à articuler explicitement et de façon réfléchie les limites de ce que nous sommes prêts à tolérer. Tandis que la décision politique, c'est-à-dire prise par les représentants élus, d'exclure ou de censurer est une décision qui résulte d'un acte de volonté fondé (en bonne partie du moins) sur l'opportunité, celle que prend le tribunal s'appuie sur une recherche de ce qui constitue la meilleure réponse, la réponse «vraie», à la question (éminemment politique et morale) des limites de la tolérance. Évidemment cette réponse ne saurait être «objectivement» ou «universellement» vraie. Malgré cela, les juges, les plaideurs, les commentateurs, tous les participants au débat, ne peuvent, parce qu'ils sont engagés dans une entreprise juridique, simplement lancer les dés, ou encore recourir à la force. La nature de l'entreprise juridique, telle que nous l'avons définie par la pratique, implique que nous avançons des arguments et répondions à ceux de nos adversaires, de façon à justifier notre prétention à la validité de notre interprétation. Le sceptique n'y a pas sa place, il ne peut que subir.

2. l'exclusion des partis voués à la destruction ou au renversement de l'État

La seconde question qu'implique le droit d'éligibilité est celle, très connexe, de l'exclusion des partis voués au renversement de l'ordre étatique. L'hypothèse envisagée ici est celle du renversement pacifique et démocratique de l'État (étant tenu pour acquis qu'un régime électoral doit nécessairement pouvoir écarter ceux qui n'entendent pas se soumettre aux règles mêmes de l'élection ou reconnaître son résultat). Dans le contexte du projet souverainiste au Québec, il apparaît opportun de s'y arrêter, ne serait-ce que brièvement.

Il est difficile d'évoquer la question des partis hostiles à l'ordre étatique sans faire référence à la célèbre affaire *Yeredor*¹⁰⁷⁸, où il fut décidé par la Cour suprême d'Israël que le principe de l'intégrité de l'État justifiait d'exclure du processus électoral un parti arabe refusant de reconnaître l'existence de l'État d'Israël. La particularité de cette décision tient à ce que l'exclusion, prononcée par la Commission électorale, n'était fondée sur aucun texte législatif, mais s'appuyait plutôt directement sur la *Déclaration d'indépendance* de 1948, dont l'existence même, en consacrant Israël comme État-nation, impliquait l'inconstitutionnalité du parti. Le juge Agranat écrivit ainsi:

«[L]État d'Israël n'est pas seulement un État indépendant, souverain et pacifique caractérisé par un gouvernement par le peuple mais aussi un État juif en terre d'Israël, *en vertu du droit naturel et historique du peuple juif de vivre comme nation indépendante dans un État souverain*» (les italiques sont ajoutés)¹⁰⁷⁹.

Une majorité de la Cour suprême d'Israël (deux juges contre un) appuya ainsi l'exclusion du parti au nom de la suprématie du principe de l'intégrité de l'État sur le principe démocratique.

Bien que chez nous la légalité du Parti Québécois et du Bloc Québécois n'ait pas encore été contestée directement, la probabilité croissante d'un vote favorable à l'option souverainiste a ouvert la porte à une multiplication des attaques, devant les tribunaux, de la

¹⁰⁷⁸*Yeredor c. Chairman of the Control Election Committee for the Sixth Knesset*, (1965) 19 S.C.R., t. 3, 365 (23 octobre 1964). Pour une brève analyse de cette affaire, voir: Jacqueline GATTI-DOMENACH, «Le système électoral israélien», (1990) 106 *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 989, de même que Claude KLEIN, *Le caractère juif de l'État d'Israël*, Paris, Cujas, 1977, p. 15-18.

¹⁰⁷⁹Traduction tirée de J. GATTI-DOMENACH, *loc. cit.*, note 1078, 1028.

légalité du processus d'indépendance¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, certains membres du *Reform Party* ont revendiqué l'exclusion du Bloc Québécois du Parlement¹⁰⁸¹, soulevant directement la question de la légalité d'un parti voué à la destruction de l'État, ou à tout le moins dont le programme est en violation du serment d'allégeance à la Reine que doivent prononcer les membres du Parlement canadien.

Il importe de souligner au départ l'improbabilité d'une transposition canadienne de l'arrêt *Yeredor*. Non seulement semble-t-il impensable de conclure à l'inconstitutionnalité d'un parti qui a exercé le pouvoir au Québec près de douze des vingt dernières années¹⁰⁸², mais il serait peu avisé, en contexte canadien, de combattre le mouvement séparatiste québécois sur la base de l'idée d'État-nation (et ce malgré le libellé de l'article 3 liant le vote à la citoyenneté canadienne¹⁰⁸³). Quant à la possibilité d'une intervention législative visant, par exemple à exclure le Bloc québécois, elle m'apparaît tout aussi extravagante. Au Canada, la

¹⁰⁸⁰En septembre 1995, dans l'affaire *Bertrand c. Bégin, Parizeau et Côté*, C.S., Québec, n° 200-05-002117-995, 8 sept. 1995, le juge Lesage refusait d'émettre une injonction visant à empêcher la tenue d'un référendum sur l'avenir du Québec, mais déclarait qu'une déclaration unilatérale de souveraineté «entraînerait une rupture dans l'ordre juridique, ce qui est manifestement contraire à la Constitution du Canada» (p. 37) et «constitue une menace grave aux droits du demandeur garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, particulièrement aux articles 2, 3, 6, 7, 15 et 24(1)» (p. 43). Peu après le référendum (où l'option souverainiste fut défaite par tout juste de 1.16% des voix) l'avocat Montréalais Brent Taylor tenta, en vain, de faire porter des accusations criminelles de sédition à l'encontre de Lucien Bouchard pour avoir invité les membres québécois de l'armée à se rallier à un Québec indépendant en cas de victoire du oui (Voir notamment: *The Gazette*, 1er déc. 1995, p. A-12). Par le moyen d'un avis consultatif, le gouvernement fédéral a par la suite saisi la Cour suprême de la question de la validité d'une déclaration unilatérale d'indépendance. Le pourvoi devrait être entendu à l'été 1997.

¹⁰⁸¹Voir: *Le Devoir*, 24 mai 1996, p. A-4.

¹⁰⁸²Il est toutefois vrai que le problème ne se pose, dans les termes actuels, que depuis 1982 avec l'inclusion dans la Constitution d'une procédure de modification (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 38 à 48) qui semble manifestement exclure la possibilité d'un retrait unilatéral (tel qu'en a conclu le juge Lesage dans l'affaire *Bertrand c. Bégin, Parizeau et Côté*, précitée, note 1080). Antérieurement à cette date, le projet d'une sécession unilatérale n'était possiblement pas illégale, sous réserve du consentement du Parlement britannique. Il semble clair, dans tous les cas, qu'un parti visant à renverser l'ordre étatique mais suivant la procédure prescrite par ce même ordre juridique ne saurait être considéré illégal, peu importe l'importance des changements envisagés.

¹⁰⁸³Sur la question des rapports entre nationalité et droits politiques, voir *supra*, pp. 223 et suiv.

tradition et la vie politique des dernières années laissent espérer que, contrairement à la solution israélienne, le principe démocratique l'emporte sur celui de l'intégrité étatique.

B. Le droit d'un parti de choisir ses candidats: liberté partisane et discrimination

De tous les obstacles à l'éligibilité, le plus important, du point de vue pratique, est sans aucun doute la difficulté pour un citoyen d'obtenir l'appui d'un parti politique. En fait, si on considère que l'article 3 protège les partis eux-mêmes (tel qu'il a été discuté plus haut), on doit sans doute également conclure que cette reconnaissance constitutionnelle des partis comme participants au processus électoral sous-entend le droit pour un parti de choisir librement ses candidats. Cette autorité des partis est d'ailleurs reconnue par la législation électorale, tant fédérale que québécoise, qui accorde au chef de parti un pouvoir décisionnel à cet égard¹⁰⁸⁴. De ce point de vue, l'exclusion résultant de la décision d'un parti de ne pas retenir une candidature ne constituerait pas la violation du droit d'éligibilité, mais correspondrait plutôt à son exercice même. Cette façon de concevoir l'éligibilité suppose alors, indirectement du moins, l'acceptation de la thèse reconnaissant aux partis politiques un certain statut constitutionnel, ce qui implique le rejet de la solution retenue dans l'affaire *Parti Union Nationale c. Côté*¹⁰⁸⁵.

Il se peut cependant que l'exclusion par un parti d'une personne désirant se porter candidate se fasse de façon discriminatoire. Ce fut supposément le cas, par exemple, d'un certain M. Toure, qui, lors des élections fédérales de 1993, s'était plaint publiquement du fait que le chef de cabinet du Parti Libéral du Canada aurait tenté à plusieurs reprises de le dissuader de poser sa candidature au motif que les électeurs du comté de Beauport-Montmorency n'auraient pas été prêts à appuyer un candidat Noir¹⁰⁸⁶. De telles situations invitent à une réflexion sur deux problèmes liés à la question de l'éligibilité dans le contexte partisan. Le premier porte sur la question plus générale de l'application possible de la *Charte*

¹⁰⁸⁴Art. 241 de la *Loi électorale* du Québec; art. 81(1)h) de la *Loi électorale du Canada*.

¹⁰⁸⁵Précitée, note 1047.

¹⁰⁸⁶Voir: Manon CORNELLIER, «Peut-on être Noir et candidat libéral à Québec», *Le Devoir*, 10 février 1993, p. A-4.

canadienne aux actions d'un parti politique¹⁰⁸⁷. Le second porte sur la question des exclusions systémiques —en particulier l'exclusion des femmes de la vie parlementaire— et des remèdes susceptibles d'être apportés à cet important problème.

1. la discrimination directe et l'application de la *Charte* aux actions d'un parti politique

La réponse à la question de l'application possible de la *Charte* aux actes d'un parti politique laisse, en pratique, assez peu de doute. Soit que les partis ont une existence légale, soit qu'ils n'en ont pas. Dans la négative —c'est-à-dire si la solution de *common law* à l'effet que les partis politiques n'existent pas aux yeux du droit demeure valide— on voit mal comment la *Charte* pourrait imposer des obligations à une «non entité». Dans l'affirmative, il semble néanmoins fort probable que les partis politiques seraient considérés comme des entités privées, étant de ce fait non assujetties à l'emprise de la *Charte*. L'article 32 de la *Charte* prévoit à cet égard que celle-ci s'applique aux gouvernements fédéral et provinciaux, de même qu'au Parlement et aux législatures. Or, on sait que la Cour suprême n'a admis qu'avec réticence l'application de la *Charte* aux actes d'une chambre d'assemblée, par opposition aux actes de la législature dans son ensemble¹⁰⁸⁸. *A fortiori*, on doit considérer comme improbable l'application de la *Charte* aux actes d'un parti politique qui ne saurait, fut-il au pouvoir, être juridiquement assimilé à l'État, quel que soit en pratique son emprise sur l'appareil étatique. Notons, à cet égard, que le critère de contrôle mis de l'avant dans l'arrêt

¹⁰⁸⁷Je laisse ici volontairement de côté, en raison de l'objet donné à la présente étude, la question de l'impact de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Leur pertinence est, dans tous les cas, douteuse. Quant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le choix d'un candidat par un parti ne peut vraisemblablement être assimilé à un «service généralement offert au public» au sens de l'art. 5 de cette loi (ce n'est ni un service, ni quelque chose de généralement offert au public, encore moins en considérant le sens donné à cette expression dans l'arrêt *Gay Alliance c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435). L'investiture ne pourrait sans doute pas davantage être assimilée à un «emploi», suivant le sens ordinaire de ce terme. Quant à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, je doute qu'il y ait lieu de considérer la question sous l'angle de la discrimination (art. 10) dans l'exercice de la liberté d'association (art. 3), puisqu'il ne s'agit pas d'exclure quelqu'un du parti, mais simplement de ne pas lui permettre d'agir comme candidat pour le parti. À tout événement, l'exception prévue à l'art. 20 relativement aux organisations politiques risque fort de constituer une défense complète.

¹⁰⁸⁸Voir l'affaire *New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse*, précitée, note 8.

*McKinney*¹⁰⁸⁹, semble clairement viser le contrôle *par* l'État, et non l'inverse, c'est-à-dire le contrôle des partis politiques *sur* l'État.

Ce qui m'intéresse ici ce n'est donc pas tant la solution, qui semble présenter un niveau relativement élevé de probabilité, sinon de certitude, que les conceptions théoriques qui la sous-tendent. Car ce qui apparaît comme une évidence —l'impossibilité de sanctionner par le biais de la *Charte* la décision discriminatoire d'un parti d'exclure un candidat— n'a rien de naturel et, en particulier, n'est aucunement dicté par les termes actuels de la Constitution, mais découle plutôt d'une certaine tradition de pensée constitutionnelle et, notamment, des conditions sociales de son application.

En effet, il relève de notre tradition constitutionnelle, comme l'a d'ailleurs souligné la juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*¹⁰⁹⁰, de concevoir généralement les libertés fondamentales comme des libertés «négatives», c'est-à-dire comme pleinement satisfaites en l'absence de toute intervention étatique. La conception négative des libertés fondamentales (parfois appelées en ce sens «droits-barrières») repose sur l'idée suivant laquelle «*fundamental human rights derive from natural law and not from positive law*»¹⁰⁹¹, et ne dépendent donc pas d'un geste «positif» de l'État, mais plutôt de la protection accordée aux individus à l'encontre des actions de celui-ci. Interprétant pour la première fois en 1984 la *Charte canadienne* dans l'affaire *Hunter c. Southam*¹⁰⁹², le juge Dickson écrivit au nom de la Cour:

«Je commence par ce qui est évident. 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»¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁹*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

¹⁰⁹⁰*Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 831, 1034 à 1040.

¹⁰⁹¹*Allman c. Commissionner of the Northwest Territories*, (1984) 8 D.L.R. (4d) 230, 235 (C.A. T.N.-O., j. Belzil).

¹⁰⁹²Précitée, note 458.

¹⁰⁹³*Idem*, p. 156.

Cette conception de la *Charte*, qui démontre une vision profondément libérale des libertés publiques, se heurte toutefois à des protestations grandissantes. On souligne en particulier la nécessité pour l'État d'assurer les conditions nécessaires à la réalisation et la jouissance de ces libertés¹⁰⁹⁴. La juge l'Heureux-Dubé, après un bref aperçu doctrinal de la question, conclut ainsi une dizaine d'années après l'arrêt *Southam*:

«[I]l pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements»¹⁰⁹⁵.

La conception «négative» des libertés fondamentales n'a d'ailleurs rien d'universel —ou d'«évident», comme le suggérait le juge Dickson dans l'affaire *Southam*¹⁰⁹⁶— même au sein de pays communément qualifiés de «démocraties libérales». Sans entrer dans un exercice de droit comparé, je me permets de souligner, à titre d'exemple, la jurisprudence constitutionnelle allemande qui impose une obligation positive de réglementer, que ce soit, au nom du droit à la vie, l'avortement, ou encore, au nom de la liberté d'expression, l'utilisation des ondes hertziennes et le financement des stations de radio et de télévision publiques afin

¹⁰⁹⁴Ainsi Henri Brun écrit-il:

«[I]l ne faut pas perdre de vue le fait que les droits de la personne ne sont que des droits négatifs, qui ne font qu'attribuer un veto au pouvoir judiciaire. Ils permettent que l'intervention du gouvernement puisse être empêchée ou arrêtée, mais ils ne sont aucunement de nature à assurer le progrès social. [Ces droits peuvent ainsi devenir] l'instrument d'une idéologie libérale se satisfaisant du seul fait de l'inaction des gouvernements» [H. BRUN, «Droits individuels et droits collectifs», (1989) *Relations* 139, 140].

Voir également: Wayne MACKAY, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?», (1989) 68 *R. du B. can.* 713.

¹⁰⁹⁵*Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 831, 1039. La juge l'Heureux-Dubé réitérera ces propos dans l'affaire *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, 666-667 (où elle refusera néanmoins d'ordonner le financement public de l'association pour lui permettre de prendre part aux négociations constitutionnelles).

¹⁰⁹⁶*Hunter c. Southam*, précité, note 458. Dans l'arrêt *Morgentaler*, le juge Beetz considéra de la même façon qu'il «va sans dire» que le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* ne saurait être violé en l'absence d'intervention étatique, conclusion qui, selon lui, s'impose «[d]e toute évidence» (*R. c. Morgentaler*, précité, note 456, 90).

d'assurer que la télédiffusion permette l'expression d'une pluralité de points de vue¹⁰⁹⁷. Cette «obligation de réglementer» repose ainsi sur une conception «positive» des droits et libertés qui exige la participation de l'État, de même que sur un refus de distinguer, aux fins de l'application des normes constitutionnelles relatives aux libertés fondamentales, ce qu'on appelle parfois les sphères privée et publique.

La conception «négative» des libertés fondamentales présente à cet égard l'avantage évident pour les tribunaux de placer une limite claire à leurs interventions. Comme le reconnaît Michael Kanter, «[t]he idea that the courts determine what is required in the private sphere through constitutional litigation is disturbing. The courts would be dictating to the government what is required by the Constitution»¹⁰⁹⁸. Cette crainte explique largement l'attachement traditionnel des tribunaux à une conception négative des droits et libertés. Ainsi a-t-on jugé que le droit à la vie ne saurait contraindre l'État à classer les pesticides dangereux¹⁰⁹⁹, ou encore que «[l]a liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque»¹¹⁰⁰.

La conception négative des droits et libertés s'avère toutefois problématique à plusieurs égards. D'une part, la distinction étanche entre les sphères privées et publiques qu'elle

¹⁰⁹⁷Voir: *In the Matter determining the constitutionality of the approval by the provincial Landtag of the Free State of Bavaria on June 14 1983, of the inter-provincial agreement concerning the amount of the radio and television licence fee*, 1 BvL 30/88, Cour Constitutionnelle fédérale (22 février 1994). Selon le tribunal, la garantie de liberté d'expression en matière de radiodiffusion implique non seulement une protection contre les ingérences de l'État relativement au contenu éditorial, mais aussi l'existence de règles organisationnelles et procédurales permettant d'assurer la diffusion d'une diversité de points de vue, de même qu'un financement adéquat des stations publiques permettant d'assurer ce pluralisme. Commentant cette décision, Pierre Trudel et France Abran écrivent: «It is acknowledged that if the Constitution guarantees freedom of expression, then this principle is interpreted as carrying an obligation on the State to ensure the maintenance of pluralism through the establishment of public broadcasters» (Pierre TRUDEL et France ABRAN, «The Constitutional Obligation to Finance the CBC in a Way Consistent with Editorial Freedom», (1996-97) 7 *Revue nationale de droit constitutionnel* 43, 66).

¹⁰⁹⁸Michael KANTER, «The Government Action Doctrine and The Public/Private Distinction: Searching for Private Action», (1990) 15 *Queen's Law Journal* 33, 52.

¹⁰⁹⁹*Kuczperpa c. Canada*, (1993) 14 C.R.R. (2d) 307 (C.A.F.).

¹¹⁰⁰*Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, précité, note 1095, 663 (J. Sopinka, au nom de la majorité).

suppose est contestée par plusieurs comme étant incohérente, tant en théorie qu' en pratique¹¹⁰¹, et indéfendable au plan de la philosophie politique¹¹⁰². D'autre part, elle semble incompatible avec l'objet même de certains droits inscrits dans la *Charte*¹¹⁰³. Ainsi, le droit à être jugé dans un délai raisonnable [article 11d)] implique-t-il la fourniture de ressources permettant aux tribunaux d'adjuger avec une certaine célérité¹¹⁰⁴ (sans compter l'existence

¹¹⁰¹Voir, notamment: Brian SLATTERY, «Charter of Rights and Freedoms—Does It Bind Private Persons?», (1985) 63 *R. du B. can.* 148; M. KANTER, *loc. cit.*, note 1098. Pour une critique similaire en droit américain, voir: L. TRIBE, *op. cit.*, note 172, p. 1688 et suiv. La principale difficulté théorique tient au fait qu'il est impossible de concevoir une sphère privée sans référer à un certain ordre «naturel», ce qui est incompatible avec la pensée positiviste dominante [Voir: Allan HUTCHINSON et Andrew PETTER, «Private Right/Public Wrong: The Liberal Lie of the Charter», (1988) 38 *U. of T. L. J.* 278, 284]. D'un point de vue plus pratique, il est devenu un lieu commun de souligner que la majeure partie des rapports dits «privés», par exemple en matière contractuelle, reposent ultimement sur la possibilité d'une intervention étatique par le biais des tribunaux, ou encore par les forces policières. Il n'est pas facile non plus de distinguer de façon cohérente entre une habilitation générale de contracter ou de faire (qui n'entraînerait pas l'application de la *Charte*), et une habilitation spécifique de faire un acte prohibé par la *Charte*, et qui déclencherait alors son application [voir: *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, (1986) 26 D.L.R. (4d) 728 (C.A. Ont.)].

¹¹⁰²Voir en particulier A. HUTCHINSON et A. PETTER, *loc. cit.*, note 1101. La critique de ces auteurs porte non seulement sur le fait que la distinction public/privée n'est pas politiquement «neutre» en ce sens qu'elle tend à favoriser un non-interventionnisme favorable à certains groupes [«*The Charter is a potent weapon—one that is being used to benefit vested interest in society, and to weaken the relative power of the disadvantaged*» (p. 279)], mais aussi sur le fait (corrolaire) que cette distinction dissimule l'«activisme» particulier d'une politique de non-intervention [«*Without an acknowledged 'natural order', the market is simply one choice among many. This means that the state is implicated in the market in the same way that it is implicated in any other political choice made within its territorial jurisdiction*» (p. 285)].

¹¹⁰³Sans compter la dimension «positive» que peuvent parfois prendre certains droits pourtant associés à la tradition libérale. Le juge Lamer écrit ainsi:

«D'autres droits seront davantage de la nature de droits «négatifs», visant simplement à restreindre l'action gouvernementale. Toutefois, même dans ces cas, les droits peuvent avoir certains aspects positifs. Par exemple, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne constitue en un sens un droit négatif, mais l'exigence voulant que le gouvernement respecte "les principes de justice fondamentale" peut permettre de qualifier l'art. 7 de droit positif dans certaines circonstances. De même, le droit à l'égalité est une sorte de droit hybride, n'étant ni tout à fait positif, ni tout à fait négatif. Dans certains contextes, il conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs» (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 721).

¹¹⁰⁴Voir l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; de même que *R. c. Padfield*, (1992) 13 C.R.R. (2d) 92 (C.A. Ont.).

même de tout un système procédural que sous-entend le mot «jugé»). De même le droit à l'éducation dans la langue de la minorité [article 23] ne peut se concevoir en l'absence de ressources structurelles et financières suffisantes pour permettre sa mise en oeuvre¹¹⁰⁵. Quant aux diverses obligations qui découlent des droits démocratiques —obligation de tenir une session annuelle et des élections régulières; obligation de prévoir une structure électorale avec des règles— leur «positivité» ne saurait guère faire de doute¹¹⁰⁶. Comme le souligne le professeur Tribe:

«[I]n the political marketplace, much as in its economic analogue, laissez faire is not always a satisfactory alternative. Without at least some government regulation of elections, election day —if such a "day" could itself be chosen without collective measures— would yield only the cacophony of an atomized body politic, not the orchestrated voice of an electorate»¹¹⁰⁷.

Si le gouvernement doit convoquer le Parlement et déclencher des élections, si, en particulier, le législateur doit prévoir une «structure réglementaire» sans laquelle l'élection serait une simple épreuve de force, quelle est l'étendue de son obligation de réglementer, ou de protéger le citoyen? Un bon exemple de cette difficulté est fourni par la suggestion, qui a été faite il y a quelques années, de laisser la confection et la gestion de la liste électorale permanente à une entreprise privée¹¹⁰⁸. Un individu erronément —disons discriminatoirement— exclu de la liste électorale, et donc empêché de voter, pourrait-il invoquer l'article 3 de la *Charte*? L'entreprise pourra-t-elle invoquer son caractère privé? L'État pourra-t-il s'exonérer de tout blâme en répondant que l'exclusion ne résulte pas de son fait? Dans la négative, en quoi cette situation est-elle différente de celle où le directeur général

¹¹⁰⁵Voir en ce sens l'arrêt *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, où la Cour ordonne que soient prises les mesures législatives et réglementaires nécessaires pour assurer la représentation des parents francophones au conseil scolaire et donner à ces parents les pouvoirs nécessaires à la gestion de leur école.

¹¹⁰⁶La juge L'Heureux-Dubé le reconnaît d'ailleurs expressément en écrivant:

«Les droits démocratiques garantis par la Charte sont donc positifs. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont obligés de tenir régulièrement des élections afin de permettre aux citoyens de choisir leurs représentants. L'omission de tenir ces élections constituerait une violation de la *Charte* dont le gouvernement serait comptable et provoquerait sans doute une crise constitutionnelle» (*Haig c. Canada (directeur général des élections)*, précité, note 831, 1032).

¹¹⁰⁷L. TRIBE, *op. cit.*, note 172, p. 1097.

¹¹⁰⁸Voir: *Le Devoir*, mardi 20 déc. 1994, p. A-4.

des élections, sans lui-même opérer directement de discrimination, donne néanmoins suite à la sélection discriminatoire des candidats d'un parti politique?

Lorsque l'on s'arrête à la dimension «programmatoire»¹¹⁰⁹ du droit de vote, on constate que l'étendue exacte de l'obligation imposée à l'État, et donc la portée de la *Charte* dans la sphère dite «privée», n'a rien d'évident. Il semble en particulier impossible de cerner *a priori*, même de façon sommaire, les limites des obligations positives qui incombent à l'État dans ce domaine. Quand les tribunaux devront-ils alors intervenir pour forcer la main de l'État? La réponse semble devoir être: dès lors que, en raison des conditions sociales ou pratiques qui prévalent à un moment donné, le défaut pour l'État d'agir entraîne une situation suffisamment incompatible avec notre conception de la démocratie (ou de tout autre droit constitutionnalisé) pour rendre intenable la position défensive que représente la conception négative des droits fondamentaux. En d'autres termes, dès lors que la «tradition» (en l'occurrence la tradition libérale qui sous-tend la compréhension usuelle des droits inscrits à la *Charte*) se heurte à une réalité sociale qui force sa reconception, de manière à assurer le maintien et la réalisation de valeurs alors jugées essentielles.

C'est d'ailleurs précisément ce qui s'est produit aux États-Unis dans l'affaire *Smith c. Allwright*¹¹¹⁰, relativement à la question des «primaires», c'est-à-dire la procédure par laquelle les partis politiques y déterminent qui seront candidats. Toute référence à la jurisprudence américaine en la matière exige, il est vrai, d'importantes précautions, principalement parce que la doctrine du «*state action*» s'y est développée de façon nettement plus souple que chez nous, permettant ainsi l'application du *Bill of Rights* à des situations

¹¹⁰⁹L'expression «droit programmatoire» est empruntée à l'article de Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOIN, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 *R. du B.* 675. Pour ces auteurs, le caractère programmatoire d'un droit constitutionnalisé signifie que «le législateur "ordinaire" et le gouvernement devront atteindre les buts que leur fixe respectivement la constitution, par les moyens de leur choix» (p. 686). J'utilise cependant ici l'expression «programmatoire» dans un sens sensiblement différent. Il ne s'agit en effet pas ici d'exiger du législateur qu'il fournisse une prestation «matérielle», par les moyens de son choix, ce qui est généralement le cas lorsque l'on parle de droits sociaux et économiques comme le droit aux services de santé, mais plutôt de contraindre le législateur à établir un cadre normatif conforme à certains principes. En matière électorale, de même qu'en matière de garanties judiciaires, l'État se trouve dans l'obligation de fournir un cadre normatif qui prend la forme d'une structure procédurale.

¹¹¹⁰321 U.S. 649 (1943).

dans lesquelles il apparaît clairement que nos tribunaux refuseraient d'intervenir¹¹¹¹. L'affaire *Smith c. Allwright* m'apparaît néanmoins éclairante, en particulier si l'on considère, d'une part, son antériorité aux affaires *Marsh c. Alabama*¹¹¹² et *Shelley c. Kraemer*¹¹¹³ qui ont largement contribué à la souplesse de la doctrine américaine du *state action*, et, d'autre part, son opposition directe à l'arrêt *Groveey c. Townsend*¹¹¹⁴, rendu une dizaine d'années plus tôt. L'arrêt *Groveey* mettait en cause une résolution adoptée par le Parti Démocratique lors de son congrès annuel de 1932. Cette résolution excluait les noirs du parti, les empêchant ainsi de participer aux primaires ou de se présenter comme candidats démocrates. La Cour suprême des États-Unis, se fondant sur la nature privée du parti politique, conclut à l'absence d'action gouvernementale susceptible d'entraîner l'application du XIV^{ème} amendement. La question lui fut soumise à nouveau en 1943 dans l'affaire *Smith c. Allwright*, dont les faits étaient non seulement identiques, mais qui se fondait sur la même résolution de 1932. Cette fois la Cour trancha en sens inverse (provoquant la dissidence du juge Roberts qui compara la jurisprudence de la Cour à un billet de train «*good for this day and train only*»¹¹¹⁵). La majorité jugea qu'en donnant suite à la procédure de sélection discriminatoire des candidats du parti, l'État «*endorses, adopts and enforces the discrimination against Negroes*»¹¹¹⁶. Le raisonnement de la Cour n'est pas sans ambiguïté, affirmant tantôt que le parti agissait comme «agent» de l'État et pouvait donc être considéré comme acteur gouvernemental¹¹¹⁷, mais suggérant par la suite (ce qui semble plus convaincant) que l'action gouvernementale découle plutôt des conséquences données par l'État au choix du parti¹¹¹⁸. Sans doute le fondement véritable de la décision apparaît-il dans l'avant dernier paragraphe de la décision majoritaire où il y est dit:

¹¹¹¹Voir, par exemple, la célèbre affaire *Shelley c. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948) où il fut décidé que les tribunaux ne pouvaient donner force à une disposition contractuelle discriminatoire sans violer le XIV^{ème} amendement. Une telle solution, qui fait des tribunaux un acteur gouvernemental, a clairement été répudiée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

¹¹¹²326 U.S. 501 (1946).

¹¹¹³Précitée, note 1111.

¹¹¹⁴295 U.S. 45 (1935).

¹¹¹⁵*Smith c. Allwright*, précité, note 1110, p. 669.

¹¹¹⁶*Idem*, p. 664.

¹¹¹⁷*Idem*, p. 663.

¹¹¹⁸*Idem*, p. 664. Voir en ce sens *Terry c. Adams*, 345 U.S. 461 (1953).

«The United States is a constitutional democracy. Its organic law grants all citizens a right to participate in the choice of elected officials without restriction by any State because of race. This grant to the people of the opportunity for choice is not to be nullified by a State through casting its electoral process in a form which permits a private organization to practice racial discrimination»¹¹¹⁹.

Il ne s'agit pas ici d'argumenter la transposabilité de la solution américaine chez nous et de soumettre la sélection des candidats par les partis à l'emprise de la *Charte*. Je veux plutôt argumenter que la décision ou le choix de ne pas le faire est tributaire d'un jugement à l'effet que les conditions dans lesquelles opère la dynamique partisane de sélection des candidats ne sont pas suffisamment «viciées» (quelque soit le critère par lequel on aborde la question du «vice») pour renverser une position non interventionniste qui s'appuie essentiellement sur deux facteurs:

1°) D'une manière générale, une conception des libertés fondamentales ancrée dans une tradition libérale, et qui tend à limiter une lecture «positive» des garanties constitutionnelles relatives aux droits et libertés et;

2°) D'une façon plus spécifique (et plus directement pertinente ici), une conception procédurale de la démocratie qui représente celle-ci à l'image d'un «libre marché» où il importe non seulement que la demande soit libre (le vote), mais aussi que l'offre (le choix des candidats par les partis) le soit également.

Le choix, le cas échéant, d'intervenir —qu'il s'agisse d'une intervention judiciaire ou encore d'une intervention législative réglementant le processus de sélection des candidats par les partis— pourra alors se fonder sur cette même conception procédurale en invoquant certains «blocages» du marché de l'offre. Elle pourra, aussi, être défendue dans une perspective téléologique/pluraliste, argumentant en faveur de la nécessité d'un processus débouchant sur une assemblée représentative qui reflète d'une certaine manière la diversité sociale (d'où la nécessité de contrôler «l'offre»). Je tenterai de montrer, en abordant ci-après le problème de l'exclusion systémique des femmes, que le choix entre l'une ou l'autre des justifications n'est pas indifférent, et qu'à cet égard la lecture «procédurale» des garanties démocratiques m'apparaît plus satisfaisante.

¹¹¹⁹*Idem.*

Les deux facteurs énoncés plus haut (la vision libérale des libertés fondamentales et la conception procédurale de la démocratie) demeurent toutefois, à mon avis, largement dominants, et ont pour conséquence non seulement la faible probabilité d'une intervention des tribunaux dans les activités partisanes, mais aussi la probabilité qu'advenant une intervention législative visant à réglementer le processus de sélection, les tribunaux se fassent les défenseurs de la liberté des partis¹¹²⁰. Or, cette liberté des partis soulève le problème épineux des «exclusions systémiques», c'est-à-dire de la sous-représentation chronique et marquée de certains segments de la population —et en particulier des femmes, soit environ 52%— parmi les candidats¹¹²¹.

¹¹²⁰De façon intéressante une perspective mitoyenne entre la liberté absolue des partis et un interventionnisme aux conséquences possiblement néfastes, est suggérée par les propositions de réforme mises de l'avant par la Commission Lortie. Celle-ci proposait en effet une reconnaissance beaucoup plus explicite des partis politiques. Cette reconnaissance se traduisait, dans le projet de loi «modèle» rédigé par la Commission [voir: CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *Rapport final—Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1992] par l'obligation imposée aux partis, comme condition de leur enregistrement, d'adopter des règlements [art. 21a)] concernant notamment la procédure de sélection des candidats [art. 24(1)b)], règlements qui doivent être «conformes à l'esprit et aux buts de la *Charte canadienne des droits et libertés*» [art. 24(1)a)]. Cette solution m'apparaît particulièrement avantageuse, puisqu'elle laisse aux partis la liberté d'établir leur propre structure de sélection des candidats, tout en permettant un certain contrôle par le directeur général des élections qui intervient à la fois comme arbitre indépendant et comme expert.

¹¹²¹Bien que j'ai choisi de ne pas en traiter, faute d'espace et en raison de son importance moindre, le problème de l'exclusion systémique se pose également en ce qui concerne la participation politique à titre d'électeur. À ce chapitre, les deux sources d'exclusion sont la difficulté de certains groupes à se faire inscrire sur la liste électorale et l'impossibilité de voter faute de procédure appropriée. Le premier problème s'est avéré beaucoup plus important aux États-Unis dans le contexte des exclusions raciales (*supra*, chap. 3) qu'au Canada, où pratiquement toutes les personnes admises à voter obtiennent leur inscription sur la liste (J. P. BOYER, *The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, Toronto, Butterworths, 1987, p. 426). On peut cependant s'interroger sur les conséquences possiblement néfastes résultant de l'adoption au Québec d'une liste électorale permanente où il est prévu que le fardeau d'aviser de toute modification incombe à l'électeur [*Loi électorale*, art. 40.5 (non encore en vigueur)]. Quant au problème de l'impossibilité de voter faute de procédure ou d'installations appropriées, l'arrêt *Hoogbruin et Raffa c. Procureur général de la Colombie Britannique*, (1985) 70 B.C.L.R. 1 (C.A. C.-B.), avait ainsi déclaré contraire à l'art. 3 l'absence de mécanisme permettant aux individus temporairement à l'extérieur de la province de voter. Pour les élections québécoises, de même que fédérales, on peut dire que ce défaut n'existe pas en raison de l'instauration du vote par la poste (*Loi électorale* du Québec, art. 293 à 301; Annexe II de la *Loi électorale du Canada*, telle que modifiée par la *Loi*

Si je choisis d'aborder cette question ici, c'est-à-dire dans le contexte de la candidature partisane, ce n'est pas tant en raison d'une volonté particulière et explicite des partis politiques d'exclure les femmes (quoiqu'une telle volonté a pu et peut toujours, de façon insidieuse, exister). Bien que la structure des partis canadiens puisse constituer un frein à l'intégration des femmes, les explications avancées relativement à leur place marginale englobent une multitude de facteurs qui sont souvent étrangers à l'action des partis, notamment le mode de scrutin et la précarité financière des femmes. Mais les remèdes régulièrement envisagés pour contrer la tendance à l'exclusion des femmes impliquent toujours, soit directement, soit parfois indirectement, les partis politiques, et posent de façon générale le problème de la liberté des partis¹¹²².

2. l'exclusion systémique: le cas des femmes

De tous les bouleversements liés aux droits politiques, l'avènement du vote des femmes au XX^{ème} siècle apparaît comme le jalon historique qui marque le véritable commencement de la démocratie moderne. Non seulement s'agissait-il de la dernière «grande exclusion», dont le terme permet un usage sérieux des expressions «suffrage universel» et «principe majoritaire», mais en plus s'agissait-il de l'envol du mouvement féministe, qui allait marquer si profondément notre culture politique en contribuant à l'enracinement de la pensée égalitariste et (par la suite) du discours de «libération», qui allait s'étendre aussi à l'ensemble des mouvements «minoritaires»¹¹²³.

modifiant la loi électorale du Canada, précitée, note 870), du vote par anticipation (*Loi électorale* du Québec, art. 262 à 272) et du bureau de vote itinérant (*Loi électorale* du Québec, art. 287 à 292). Par ailleurs, le Parlement a modifié la *Loi électorale du Canada* suite à l'affaire *Association canadienne des paraplégiques et Commission canadienne des droits de la personne c. Canada*, (1992) 16 C.H.R.R. D/342, pour assurer que les bureaux de scrutin soient dotés d'accès de plein pied partout où cela serait possible (*Loi modifiant certaines lois relatives aux personnes handicapées*, S.C. 1992, 40-41 Éliz. II, c. 21, art. 10 et suiv.).

¹¹²²Tel n'est par ailleurs pas le cas de l'exclusion systémique des minorités ethniques, dont la relative concentration géographique a eu pour conséquence de permettre d'envisager des remèdes liés à la carte électorale, question qui sera abordée dans le troisième chapitre.

¹¹²³Il importe en effet de distinguer la lutte pour l'égalité, qui consiste essentiellement à revendiquer les mêmes droits pour tous —et qui débouche sur une forme d'homogénéisation, sur une vision uniforme, voire «androgyn» de la personne—, du mouvement émancipatoire plus contemporain, qui défend l'unicité de la vision alternative qui découle de la perspective

Pourtant, c'est un constat quotidiennement renouvelé, voire banal, que celui de la disparité, que ce soit dans le domaine de l'emploi ou celui de la politique, où la participation directe des femmes demeure l'exception notoire. Bien que les femmes et les minorités ethniques votent librement, les assemblées représentatives des démocraties occidentales demeurent indécrottablement blanches et masculines. Les termes employés sont forts, mais les chiffres à cet égard sont accablants. En Angleterre, les femmes représentaient en 1992 seulement 9.2% des parlementaires¹¹²⁴. En France, en 1990, le pourcentage de femmes se chiffrait à un lamentable 5.7%¹¹²⁵. La même année, le *Bundestag* allemand pouvait se vanter d'avoir en son sein 20% de femmes¹¹²⁶, soit près du double du chiffre record de 13,2% atteint pour le Parlement canadien en 1988¹¹²⁷. Quant à l'Assemblée nationale du Québec, sa composition féminine (18.4% en 1993) n'autorise aucun débordement d'enthousiasme¹¹²⁸. Seules la Norvège et la Suède présentent un nombre de femmes qui dépasse régulièrement les 40%¹¹²⁹.

particulière des femmes, et qui fonde également la perspective multiculturelle de même que la conception identitaire de la représentation, dont j'ai déjà parlé brièvement et sur laquelle je reviendrai ci-après. Sur la distinction entre féminisme égalitariste et féminisme émancipatoire, voir notamment: Angela MILES, «Feminism, Equality, and Liberation», (1985) 1 *Can. Jour. of Women and the Law* 42.

¹¹²⁴Pippa NORRIS et Joni LOVENDUSKI, «Gender and Party Politics in Britain», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 35.

¹¹²⁵Andrew APPLETON et Amy MAZUR, «Transformation or Modernization: the Rhetoric and Reality of Gender and Party Politics in France», dans J. LOVENDUSKI et P. NORRIS (dir.), *op. cit.*, note 1124, p. 87, à la p. 94.

¹¹²⁶Eva KOLINSKY, «Party Change and Women's Representation in Unified Germany», dans J. LOVENDUSKI et P. NORRIS (dir.), *op. cit.*, note 1124, p. 113, à la p. 136.

¹¹²⁷Lisa YOUNG, «L'incidence du taux de roulement des députés sur l'élection des femmes à la Chambre des communes», dans Kathy MEGYERY (dir.), *Les femmes et la politique canadienne*, Vol. 6 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 89, à la p. 91.

¹¹²⁸Voir: Lucie DESROCHERS, *Pour une réelle démocratie de représentation. Avis sur l'accès des femmes dans les structures officielles du pouvoir*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1994, p. 82.

¹¹²⁹Voir: Hege SKEIE «Ending the Male Political Hegemony: the Norwegian Experience», dans J. LOVENDUSKI et P. NORRIS (dir.), *op. cit.*, note 1124, p. 231; et Diane SAINSBURY, «The Politics of Increased Women's Representation: the Swedish Case», *idem*, p. 263.

L'exclusion de femmes de la scène parlementaire constitue l'exemple parfait de la discrimination dite «systémique». Cette expression vise à identifier une forme de discrimination qui présente la particularité d'être le résultat d'un phénomène social profond et complexe, plutôt que d'un acte volontaire et isolé. Cette caractéristique de la discrimination systémique mérite une brève explication, dans la mesure où l'on a parfois eu tendance à confondre celle-ci avec la notion voisine de «discrimination par suite d'effet préjudiciable»¹¹³⁰. Dans les deux cas, en effet, la discrimination est constatée en l'absence de toute volonté apparente de discriminer¹¹³¹. La discrimination systémique présente cependant la particularité de ne pouvoir être associée directement à une norme ou à une pratique spécifique, dont on pourrait dire qu'elle constitue la cause du préjudice. Dans le cas de la discrimination systémique, le préjudice, ou le désavantage, résulte plutôt d'une multitude de facteurs —comme le manque d'éducation, l'absence de réseaux d'influence, une perception négative de sa propre identité, etc.— qui se conjuguent pour créer une situation d'inégalité¹¹³². Cette particularité de la discrimination systémique que constitue l'absence d'un fondement unique et facilement identifiable à la discrimination se traduit généralement en pratique par l'impossibilité d'identifier un «coupable» susceptible de faire l'objet d'une mesure judiciaire de réparation¹¹³³. Le remède consiste alors généralement, outre la lente

¹¹³⁰Pour un exemple de cette confusion, voir: Guy LAVERGNE, «La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder», (1986) 27 *C. de D.* 901.

¹¹³¹Abordant la notion de discrimination par suite d'effet préjudiciable dans le contexte des rapports de travail, la Cour suprême la définit comme:

«une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé pour un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés» [*Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 551 (J. McIntyre)].

¹¹³²La professeure Diane Demers écrit à cet égard: «[N]ous sommes en présence d'un système complexe où les éléments sont nombreux; de plus, aucun de ces éléments ne peut à lui seul ou par lui-même produire l'effet discriminatoire constaté» Diane DEMERS, «La discrimination systémique: variation sur un concept unique», (1993) 8:2 *Can. Jour. of Law and Society* 83, 95.

¹¹³³L'affaire *Action Travail des Femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, représente, à cet

éducation des mentalités, à intervenir de façon législative pour rétablir la situation (qu'on pense à la récente *Loi sur l'équité salariale*¹¹³⁴), ou encore pour contrer les effets de la discrimination systémique par le biais de programmes dits d'action positive (parfois appelés, plus péjorativement, «discrimination à rebours» ou «*reverse discrimination*»).

L'exclusion des femmes de la politique correspond de façon particulièrement frappante au scénario décrit ci-dessus, tant au chapitre des causes qu'au chapitre des remèdes possibles. Les causes de cette exclusion, comme en témoigne l'abondante doctrine sur la question (en particulier depuis le début des années '90), sont en effet aussi nombreuses que difficiles à établir. On pointe tantôt du doigt le vécu particulier des femmes: leur précarité financière et professionnelle qui les empêche de laisser un emploi pour tenter l'aventure politique¹¹³⁵; l'absence d'un réseau d'influence susceptible de permettre d'amasser les fonds nécessaires à la candidature, ou nécessaires pour convaincre les membres des organisations partisanes en place de la qualité de leur candidature; voire encore une image d'elles-mêmes ou une façon d'être et de concevoir les rapports qui serait sentie comme incompatible avec le caractère belliqueux et «masculin» de l'institution parlementaire et de son fonctionnement¹¹³⁶. On

égard, un cas exceptionnel. L'entreprise de chemin de fer avait été reconnue coupable de discrimination dans l'embauche et la promotion en raison des multiples formes de discrimination dont étaient victimes les employées et les candidates. Bien que l'impossibilité d'imputer à une seule pratique la situation peu enviable des femmes dans l'entreprise justifie de parler ici de discrimination systémique, il existait un certain nombre de pratiques et d'exigences identifiées et contribuant chacune à cette situation discriminatoire. En ce sens, il s'agissait plutôt d'un ensemble complexe de pratiques constituant chacune de la discrimination par suite d'effet préjudiciable, et entraînant, de surcroît, une forme de discrimination systémique.

¹¹³⁴L.Q. 1996, c. 43.

¹¹³⁵Voir Sylvia BASHEVKIN, «La participation des femmes aux partis politiques» dans K. MEGYERY, *op. cit.*, note 1127, p. 67.

¹¹³⁶Cette analyse de l'exclusion féminine présente en fait deux facettes distinctes. D'un côté, on accuse une certaine tradition machiste qui valorise chez la femme certains caractères comme la passivité et la soumission, qui tendraient à rendre la carrière politique rébarbative pour les femmes. Ce serait le cas, suivant Michelle Saint-Germain, de la culture de pays comme le Costa Rica ou le Nicaragua [Michelle SAINT-GERMAIN, «The Representation of Women and Minorities in the National Legislatures of Costa Rica and Nicaragua», dans Wilma RULE et Joseph ZIMMERMAN (dir.), *Electoral Systems in Comparative Perspective. Their Impact on Women and Minorities*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 1994, p. 211, aux pp. 215-216]. À l'inverse, l'importance relative de la participation féminine en Norvège serait en partie liée à l'importance de l'industrie de la pêche qui laissait aux femmes le soin de veiller à l'organisation de la vie publique locale [voir, dans le même ouvrage, Jill BYSTYDZIENSKI,

accuse aussi les partis politiques, dont le mode d'organisation fondé sur l'ancienneté ne laisserait généralement ouvert aux nouveaux arrivants, et donc aux femmes, que les sièges «perdus d'avance»¹¹³⁷; ou dont la structure décentralisée favoriserait ceux qui bénéficient de réseaux d'influence au niveau local, c'est-à-dire généralement les hommes¹¹³⁸. On s'en prend enfin au mode de scrutin, majoritaire et uninominal, qui renforce la mainmise des

«Norway: Achieving World Record Women's Representation in Government», p. 55]. Adoptant un point de vue passablement différent (mais néanmoins complémentaire) un certain mouvement féministe, qui compare le processus parlementaire à un combat de gladiateurs, préconise plutôt la participation des femmes dans des institutions parallèles, non patriarcales et davantage conformes à une perspective féministe. Jill Vickers, Pauline Rankin et Christine Appelle écrivent ainsi:

«Conventional political institutions and ideologies were created by men in an era of strict demarcation between the political and domestic spheres. Political parties, courts, bureaucraties, and legislatures all developed in a context in which women were legally excluded as political actors, being largely restricted to domestic roles. Thus throughout the past century, women have had to search for ways to participate in institutions created by and for men and structured in ways consistent with the life circumstances of a small strata of dominant men» (Jill VICKERS, Pauline RANKIN et Christine APPELLE, *Politics As If Women Mattered: A Political Analysis of the National Action Committee on the Status of Women*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. xi).

Selon Marila Guadagnini, cette volonté d'un certain courant féministe d'oeuvrer en marge des institutions traditionnelles, et notamment en marge des partis politiques, serait beaucoup moins forte chez la nouvelle génération de féministes [Marila GUADAGNINI, «A 'Partitocrazia' Without Women: The Case of the Italian Party System», dans J. LOVENDUSKI et P. NORRIS (dir.), *op. cit.*, note 1124, p. 168, à la p. 176]. Cela est certainement corroboré par le phénomène, constaté un peu partout depuis le milieu de années '80, de transformations des structures des partis politiques pour tenter d'accentuer la présence féminine. Ce phénomène s'est d'ailleurs traduit par une explosion de la littérature scientifique sur la question depuis le début des années '90 [Note: sur le débat féministe plus général relatif à l'intégration des femmes ou l'option «séparatiste», voir Linda BRISKIN, «Feminist Practice: A New Approach to Evaluating Feminist Strategy», dans Jeri WINE et Janice RISTOCK (dir.), *Women and Social Change: Feminist Activism in Canada*, Toronto, Lorimier, 1991, p. 24].

¹¹³⁷Voir Janine BRODIE, «Les femmes et le processus électoral au Canada», dans K. MEGYERY (dir.), *op. cit.*, note 1127, p. 3, à la p. 36-37, de même que, dans le même ouvrage, Lynda ERICKSON, «Les candidatures de femmes à la Chambre des communes», *Idem*, p. 111, à la p. 118. Pour une critique de cet argument, voir Réjean PELLETIER et Manon TREMBLAY, «Les femmes sont-elles candidates dans des circonscriptions perdues d'avance? De l'examen d'une croyance», (1992) 25 *Revue canadienne de science politique* 249.

¹¹³⁸Voir: Jorgen RASMUSSEN, «Women's Role in Contemporary British Politics: Impediments to Parliamentary Candidature», (1983) 36 *Parliamentary Affairs* 300, 309.

grands partis traditionnels¹¹³⁹ avec leur structure décentralisée¹¹⁴⁰, empêche l'émergence de nouveaux partis, plus petits et davantage susceptibles de défendre une cause particulière, notamment celle des femmes¹¹⁴¹, et favorise les candidats sortants, très majoritairement masculins¹¹⁴². À cet égard, on souligne régulièrement le fait que les démocraties ayant un scrutin proportionnel de liste présentent en moyenne —mais non systématiquement— un taux de représentation féminine nettement supérieur¹¹⁴³. Bref, quelle que soit l'importance relative réelle de chacun de ces éléments, un ensemble remarquablement complexe de facteurs tend, dans les faits, à maintenir en place un régime parlementaire contrôlé presque exclusivement par des hommes.

Que cela constitue un problème n'est généralement pas contesté. Si, suivant les termes employés par Charles Taylor dans un autre contexte, «[t]o rule and be ruled in turn means that at least some of the time the governors can be "us", not always "them"»¹¹⁴⁴, alors il importe qu'aucun segment significatif de la société ne soit systématiquement exclu du pouvoir. Ce qui est beaucoup plus contesté, ce sont les remèdes possibles à l'exclusion

¹¹³⁹D'une façon générale, écrit Janine Brodie, «la participation des femmes est inversement proportionnelle à l'importance des divers postes au sein des partis, et à l'importance des partis sur l'échiquier politique» (J. BRODIE, *loc.cit.*, note 1137, 32).

¹¹⁴⁰Les grands partis auraient ainsi, en pratique, beaucoup de difficulté à imposer aux associations locales leur choix de candidates et de candidats (L. ERICKSON, *loc. cit.*, note 1137, 113). Sur l'autonomie des associations locales des partis canadiens et leur hostilité traditionnelle aux candidatures «commandées d'en haut», voir: Kenneth CARTY, *L'action des partis politiques dans les circonscriptions au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, pp. 111 et suiv.

¹¹⁴¹Pour une analyse historique et critique des partis politiques féministes, voir Lois MacDONALD, «The Feasibility of a Separate Feminist Political Party», (1992) 12 *The Windsor Yearbook of Access to Justice* 235.

¹¹⁴²Voir Enid LAKEMAN, «Comparing Political Opportunities in Britain and Ireland», dans W. RULE et J. ZIMMERMAN (dir.), *op. cit.*, note 1136, p. 45.

¹¹⁴³Wilma Rule montre ainsi que, de 1987 à 1991, sur 27 démocraties libérales, les 17 qui avaient un scrutin de liste avaient en moyenne 19.5 % de femmes parmi les élus, comparativement à 9.4 % pour les pays n'ayant pas opté pour le scrutin de liste (comme le Canada). Wilma RULE, «Parliaments of, by, and for the People: Except for Women?», dans W. RULE et J. ZIMMERMAN (dir.), *op. cit.*, note 1136, p. 15, à la p. 17.

¹¹⁴⁴C. TAYLOR, «Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate», dans Nancy ROSENBLUM (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 159, à la p. 179.

systemique. Doit-on changer le mode de scrutin? Réserver carrément, comme en Égypte, des sièges pour les femmes¹¹⁴⁵? Fixer, comme on l'a tenté en France et en Italie, un quota de candidates pour chacun des partis (par exemple 30%)¹¹⁴⁶? Adopter des mesures incitatives au chapitre du financement¹¹⁴⁷?

Avant d'aborder ces questions, il apparaît cependant important de s'interroger —ce qui n'est pratiquement jamais fait, du moins explicitement— sur les *raisons* spécifiques pour lesquelles l'exclusion des femmes est problématique. Car il semble évident que les raisons qui rendent l'exclusion des femmes problématique ont une incidence sur le genre de remède envisagé, de même que sur leur constitutionnalité respective.

À cet égard, une conception procédurale de la démocratie et une conception téléologique/pluraliste jettent chacune un éclairage différent sur le problème de l'exclusion des femmes. Suivant la conception procédurale, la démocratie signifie la libre expression de la volonté permettant la réalisation du principe majoritaire. Dans cette perspective, les individus sont vus comme des unités numériques «indifférenciées», c'est-à-dire, premièrement, formellement égales et, deuxièmement, parfaitement interchangeables. Ainsi, d'une part, l'égalité s'oppose à ce que les femmes soient traitées défavorablement par rapport aux

¹¹⁴⁵Kathleen Howard MERRIAM, «Guaranteed Seats for Political Representation of Women», (1990) 10 *Women and Politics* 17. De 1979 à 1986, 30 sièges étaient réservés pour les femmes. Adoptée dans le mouvement de la libéralisation de l'Égypte, cette mesure fut abolie en 1986 suite, principalement, aux pressions du mouvement intégriste musulman. Lucie Desrochers rapporte que des sièges réservés existent également au Bangladesh, au Pakistan et en Tanzanie. Voir: L. DESROCHERS, *Femmes et démocratie de représentation: quelques réflexions*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1994, p. 60.

¹¹⁴⁶Les expériences française et italienne seront discutées ci-après au point de vue de leur constitutionnalité (*infra*, pp. 346-347). Les partis politiques de certains pays européens se sont parfois eux-mêmes imposés de tels quotas en les inscrivant dans leur constitution interne (Voir, par exemple, le cas allemand, analysé dans Eva KOLINSKI, «Political Participation and Parliamentary Careers: Women's Quota in West Germany», (1991) *West European Politics* 56). Bien qu'aucun parti canadien n'ait, à ce jour, adopté une telle exigence dans sa constitution interne, l'actuel Premier ministre et chef du Parti Libéral du Canada, M. Jean Chrétien, s'est engagé à assurer la présentation d'au moins 25 pour cent de femmes comme candidates aux prochaines élections générales.

¹¹⁴⁷La Commission Lortie proposait ainsi dans son projet de «loi modèle», de donner aux partis un boni financier lié au pourcentage des femmes élues. CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 1120, p. 156 (art. 414)].

hommes. D'autre part, cependant, l'interchangeabilité implique qu'une assemblée exclusivement composée d'hommes pourrait représenter parfaitement la population, ou plutôt la volonté populaire, à la condition que ce choix ait été librement exprimé. Or, cela exige non seulement la liberté du vote, mais aussi de la candidature —tout comme le libéralisme économique implique (en théorie du moins) la liberté de l'offre et de la demande. De façon succincte, on peut dire qu'un système dans lequel l'accès à la candidature n'est pas libre et égal apparaît alors comme vicié, et le remède à ce vice consiste à prendre des mesures nécessaires pour abaisser les barrières qui s'opposent à l'entrée des femmes en politique. Dans la mesure, par exemple, où les femmes souffrent d'un désavantage financier, on pourra créer un régime de subventions publiques; si elles connaissent une précarité d'emploi qui les incite à ne pas tenter l'aventure politique, on pourra, comme c'est le cas au Québec, imposer à tout employeur l'obligation d'accorder un congé sans solde¹¹⁴⁸; enfin, si elles n'ont pas les réseaux de «contacts» leur permettant de se faire connaître des partis et des groupuscules influents, on peut créer au sein des partis des comités de recrutement chargés spécifiquement de pallier à ce désavantage¹¹⁴⁹. Mais, suivant l'approche procédurale, le fait qu'une élection particulière résulte en un faible nombre ou une absence totale de femmes députées n'est pas problématique. Seule l'exclusion soutenue, en l'absence d'autre explication satisfaisante, sera symptomatique d'un «blocage» démocratiquement indésirable.

Par ailleurs, une approche téléologique fondée sur une conception pluraliste de la démocratie présente une perspective passablement différente. L'accès des femmes au Parlement y est vu non simplement comme une question d'égalité ou de liberté du processus, mais comme une *condition même de la possibilité d'une représentation politiquement juste*. Celle-ci n'est pas simplement le fait d'un choix ponctuel au jour de l'élection. Elle implique un rapport continu entre représenté(e) et représentant(e), un rapport conditionné au premier

¹¹⁴⁸Article 248 de la *Loi électorale* du Québec. Cette disposition vaut pour tous les candidats, hommes ou femmes, mais bénéficie en pratique davantage à ceux et celles qui vivent une situation d'emploi plus précaire.

¹¹⁴⁹S'appuyant sur les travaux de Kenneth Carty et de Linda Erickson [K. CARTY et L. ERICKSON, «L'investiture des candidats au sein des partis politiques nationaux du Canada», dans Herman BAKVIS (dir.), *Les partis politiques au Canada: Chefs, candidats et candidates, et organisation*, Vol. 13 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 111], la Commission Lortie recommandait ainsi de contraindre les partis à se doter formellement de tels comités de recrutement [CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 125].

chef par le partage d'expériences et de perspectives communes que seule une assemblée composée de manière à refléter la diversité sociale —et ici, en particulier, sexuelle— peut rendre possible. C'est ce qu'on appelle la «*mirror representation*», expression que j'ai traduite par représentation identitaire. Une assemblée composée d'hommes, quelles que soient leurs sympathies et leur sollicitude à l'égard des femmes, ne saurait, non seulement symboliquement mais aussi pratiquement, «représenter» une société composée à plus de cinquante pour cent de femmes, dont l'expérience et les références sont différentes de celles des hommes. Une telle perspective démocratique implique la nécessité, non pas que la candidature soit également *accessible* aux femmes, mais que l'assemblée représentative soit *effectivement composée* (idéalement pour moitié) de femmes, et ce tout aussi bien à court terme, pour une seule élection, qu'à long terme. À cette fin, il ne suffirait donc pas d'écartier les barrières aux candidatures féminines, encore faudrait-il s'assurer de leur place à l'assemblée en y réservant, par exemple, un certain nombre de sièges.

Ces deux approches, c'est-à-dire ces deux façons de définir le déficit démocratique causé par l'exclusion des femmes, suggèrent donc des formes de remède différentes. Dans les deux paragraphes précédents, j'ai cependant pris les approches procédurale et téléologique comme modèles politiques, et non comme modèles d'interprétation de l'article 3. La distinction¹¹⁵⁰ est significative, puisqu'il est possible (comme je le fais) d'adhérer à certaines valeurs ou certaines préoccupations de l'approche pluraliste, tout en préconisant, par ailleurs, une lecture de l'article 3 fondée sur le modèle procédural.

Examinons quelles seraient les conséquences d'une interprétation procédurale du droit de vote et d'éligibilité relativement à chacun des types de remèdes envisagés. De façon générale, les remèdes incitatifs visant à favoriser les candidatures féminines —telles l'établissement de comités de recrutement au sein des associations locales de partis, l'aide financière aux candidates¹¹⁵¹, ou encore l'obligation de l'employeur d'accorder un congé sans solde— ne sont pas, même lorsqu'imposés aux partis par l'État, susceptibles de heurter une interprétation procédurale de l'article 3 de la *Charte*. Tout au plus, l'aide financière peut-elle

¹¹⁵⁰Voir *supra*, pp. 175-176.

¹¹⁵¹Voir en ce sens le rapport de la Commission Lortie qui conclut que la difficulté de financer la campagne pour l'investiture serait le principal obstacle à la participation des femmes [CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 121].

poser problème du point de vue de l'égalité formelle. Mais il est assez facile d'argumenter que cette mesure, en palliant à un désavantage particulier, constitue au contraire un moyen d'assurer un «*level playing field*» entre les citoyens des deux sexes. On peut d'ailleurs établir un fonds d'aide accessible aussi bien aux candidats qu'aux candidates tout en poursuivant l'objectif de contrer le désavantage économique des femmes¹¹⁵². Par ailleurs, et de façon plus importante encore, aucune de ces mesures ne restreint de quelque façon la liberté des partis de choisir un candidat ou une candidate. Le modèle procédural d'un «libre marché» politique est ainsi respecté.

La question des «quotas», c'est-à-dire l'obligation imposée à chaque parti de présenter un certain pourcentage de candidats et de candidates de façon à assurer une représentation des deux sexes, présente davantage de difficultés face à une lecture de l'article 3 de la *Charte* fondée sur l'approche procédurale qui met au premier plan la souveraineté populaire et l'égalité formelle. Les expériences française et italienne sont à cet égard instructives. En Italie, la législation électorale de 1993 exigeait, pour la partie des représentants de la Chambre basse élue suivant la proportionnelle de liste¹¹⁵³, que les partis présentent alternativement un candidat et une candidate. Cette mesure équivalait ainsi à fixer un quota de femmes candidates pour chaque parti et assurait même que la moitié des sièges provenant du scrutin de liste serait effectivement comblée par des femmes¹¹⁵⁴. Une mesure similaire avait été adoptée au niveau municipal, où la loi prévoyait que sur les listes des candidats, aucun des deux sexes ne pouvait être représenté en proportion supérieure aux deux tiers. Cette exigence fut déclarée

¹¹⁵²La Commission Lortie recommande ainsi le plafonnement des dépenses d'investissement, une mesure qui bénéficierait aux femmes, sans pour autant violer le principe d'égalité formelle [CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 121]. Contrairement à la suggestion de certains experts consultés (voir ainsi J. BRODIE, *loc. cit.*, note 1137, p. 55) la Commission ne recommande pas le remboursement public des dépenses d'investissement, préférant le mécanisme moins onéreux, mais aussi beaucoup moins avantageux pour les femmes, des déductions fiscales pour dons politiques (*Idem*, p. 117-118).

¹¹⁵³Le régime de 1993 établit un scrutin «mixte», c'est-à-dire dans lequel une partie des représentants à la chambre basse est élue suivant le scrutin majoritaire uninominal, et l'autre partie est élue suivant un scrutin proportionnel de liste. Voir Bernard GAUDILLIÈRE, *Les institutions de l'Italie*, coll. «documents d'études», Paris, La documentation française, 1994, pp. 19 et suiv.

¹¹⁵⁴Sur la situation des femmes dans la politique italienne avant 1993, voir M. GUADAGNINI, *loc. cit.*, note 1136.

invalide par la Cour constitutionnelle en septembre 1995¹¹⁵⁵ au nom du principe d'égalité (article 3 de la Constitution), interprété comme imposant l'«insignifiance juridique du sexe»¹¹⁵⁶. La Cour jugea notamment que les programmes d'«action positive», qui peuvent être valides en d'autres circonstances comme mesures visant à écarter les barrières matérielles à l'égalité des sexes, ne peuvent toutefois enfreindre les droits garantis à la Constitution, tel le droit des citoyens des deux sexes d'accéder aux postes élus (article 51)¹¹⁵⁷. Par conséquent, l'ensemble des mesures électorales visant à assurer une représentation des sexes, incluant les dispositions portant sur l'élection à la Chambre basse, furent déclarées inconstitutionnelles¹¹⁵⁸.

Ce raisonnement de la Cour constitutionnelle italienne fait écho à celui du Conseil constitutionnel français qui, en 1982, s'était opposé à un quota fixant à 75% le maximum de candidats d'un même sexe (la loi ne précisait pas lequel...) pouvant être présentés par chacun des partis pour les élections locales. Invoquant tant l'égalité (article 6 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen*) que l'article 3 de la Constitution qui prescrit qu'«[a]ucune section du peuple» ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil conclut: «ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégorie des électeurs et des éligibles»¹¹⁵⁹. Si la décision n'a pas manqué de soulever l'objection de la doctrine¹¹⁶⁰, on doit reconnaître qu'une norme fixant un quota sur la base du

¹¹⁵⁵*Sentenza N°422, 6-12 settembre 1995, Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana, 1995, 1ª Serie speciale - n. 39, p. 15.*

¹¹⁵⁶Selon la Cour: «[I]l principio di egualgianza [...] si pone primera di tutto come regola di irrilevanza giuridica del sesso» («[L]e principe de l'égalité [...] se présente en premier lieu comme règle de l'insignifiance juridique du sexe» [je désire remercier Katia Opalka pour la traduction de l'arrêt]). *Idem*, p. 18.

¹¹⁵⁷*Idem*, p. 19.

¹¹⁵⁸Il apparaît curieux, voire ironique, que ce soit sur la base du droit à l'égalité (art. 3), de même que sur celui de l'accessibilité des deux sexes aux charges électives (art. 51), que la Cour ait choisi de prononcer l'invalidité des régimes de quotas. C'est plutôt au chapitre de la liberté politique (art. 49 de la Constitution) que de tels régimes apparaissent suspects. La Cour refusa pourtant de se prononcer sur cette question (*Idem*, p. 20).

¹¹⁵⁹Décision C.C. n° 82-146, 18 novembre 1982, *Journal Officiel de la République française*, 19 novembre 1982, p. 3475, à la p. 3476.

¹¹⁶⁰Voir à cet égard Danièle LOSCHAK, «Les hommes politiques, les 'sages' (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)», (1983) *Droit social* 131. Le débat français sur la question des quotas n'est d'ailleurs aucunement

sexe restreint directement la liberté des partis politiques de choisir ses candidats. Mais le formalisme de la décision —particulièrement critiquable lorsqu'elle se fonde précisément sur une objection à l'accaparement de la souveraineté par une partie du peuple— reflète avant tout, et d'une manière éclatante, l'attachement (aveugle) du Conseil constitutionnel au principe d'«indifférenciation des citoyens» mis de l'avant par la pensée révolutionnaire.

Transposant chez nous la question, un quota qui fixerait un seuil de représentation des sexes au sein de la candidature de chaque parti violerait sans aucun doute une interprétation procédurale du droit de vote et d'éligibilité, que ce soit au nom de l'indifférenciation, de la liberté des partis, ou encore de la souveraineté de l'électorat. Cela ne dispose toutefois pas de la question. Il reste en effet la possibilité de justifier ultimement une telle mesure en invoquant sa raisonnable sous l'article premier de la *Charte*. Rien n'empêcherait d'y faire valoir des arguments liés aux préoccupations, comme l'égalité sollicitude, qui fondent l'approche pluraliste. Face à un problème aussi important que l'exclusion des femmes, un remède comme le quota imposé aux partis (par exemple un plancher de 25% de femmes) peut s'avérer «raisonnable», en particulier devant l'insuccès de mesures incitatives moins draconiennes¹¹⁶¹. Par ailleurs, l'idée de sièges réservés aux femmes, également contraire à une interprétation procédurale de l'article 3, pourrait s'avérer beaucoup plus difficile à justifier (à ma connaissance, cette hypothèse ne bénéficie d'ailleurs chez nous d'aucun appui¹¹⁶²). L'important ici n'est pas tant de trancher ces questions que de montrer la dynamique possible entre les conceptions procédurale et téléologique dans le cadre de la *Charte* et suivant l'hypothèse d'une interprétation de l'article 3 fondée sur le modèle procédural.

terminé. En juin 1996, soit près de quinze ans après la décision du Conseil constitutionnel, un groupe d'anciennes ministres françaises relancent la polémique en demandant publiquement une modification de la Constitution afin de changer le mode de scrutin et de permettre des quotas féminins. (*Le Devoir*, 13 juin 1996, p. A-1).

¹¹⁶¹Notons que le chef du Parti Libéral du Canada, M. Jean Chrétien, s'est engagé, à la veille des prochaines élections générales, à ce que son parti présente un minimum de 25 pour cent de candidates, quitte à ignorer, si nécessaire, les préférences exprimées par les associations locales. Rappelons qu'il dispose à cet égard d'un pouvoir décisionnel ultime en vertu de l'art. 81(1)h) de la *Loi électorale du Canada*.

¹¹⁶²L'idée de réserver des sièges pour les femmes est expressément répudiée par certaines féministes qui y voient un risque de marginalisation. Voir: Lucie DESROCHERS, *op. cit.*, note 1145, p. 60.

Il importe évidemment de procéder à l'exercice inverse. Qu'advierait-il si le droit de vote et d'éligibilité recevait une interprétation fondée sur un modèle téléologique/pluraliste? L'article 3 exigerait alors une procédure qui assurerait la représentation de la diversité sociale, notamment en ce qui a trait au sexe. C'est d'ailleurs précisément ce qu'a suggéré la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*¹¹⁶³, qui sera étudié au chapitre suivant, lorsque la majorité a conclu que l'article 3 ne garantissait pas l'égalité du vote, mais plutôt le droit à une «représentation effective» de la «diversité de la mosaïque sociale»¹¹⁶⁴. Poussée à sa conclusion logique, une telle interprétation impliquerait de contraindre le législateur à prendre les mesures nécessaires pour assurer non seulement que les femmes aient accès à la candidature (que ce soit par des mesures incitatives ou en établissant un quota pour les partis), *mais qu'elles soient effectivement présentes* au Parlement et dans les assemblées provinciales. Il n'est pas difficile de démontrer en quoi une telle interprétation de l'article 3 serait radicalement contraire à notre tradition parlementaire. Il faudrait alors soit réserver des sièges, soit adopter un scrutin de liste combiné avec une règle d'alternance des sexes suivant l'exemple italien, afin d'assurer un résultat analogue. Cela serait non seulement étranger à notre pratique électorale, mais aussi à la tradition philosophique libérale qui continue, il faut bien le reconnaître, d'occuper une place dominante¹¹⁶⁵. Il ne faut sans doute pas exclure la possibilité que certaines mesures visant à assurer une présence féminine significative soient reconnues comme raisonnables aux fins de l'article premier de la *Charte*. C'est cependant une toute autre chose que de les rendre impératives en intégrant à l'article 3 une conception identitaire de la représentation.

Ce qui importe ici pour moi est d'argumenter qu'il n'est pas possible ni souhaitable de chercher à donner une interprétation des garanties démocratiques qui incorpore la totalité de nos préoccupations et de nos valeurs démocratiques. Il est difficile, dans le contexte

¹¹⁶³Précité, note 7.

¹¹⁶⁴*Idem*, p. 184.

¹¹⁶⁵Linda Erickson considère ainsi que de tels remèdes seraient perçus comme contraires au principe d'égalité et mineraient la légitimité des élues (L. ERICKSON, *loc. cit.*, note 1137, 128-129). Lucie Desrochers écrit pour sa part: «Obliger les femmes qui s'engagent dans l'action politique à se définir d'abord en fonction de leur sexe reviendrait à nier leur liberté de promouvoir les idées qu'elles estiment juste». Et un peu plus loin: «[L]es systèmes classiques de représentation en vigueur dans les démocraties modernes ne sont pas conçus de façon à concrétiser un tel type de représentation par groupe» [L. DESROCHERS, *op. cit.*, note 1145, p. 22 et 23].

philosophique contemporain, d'exclure complètement la dimension identitaire de la représentation et le souci d'équale sollicitude qui la sous-tend. Il n'est pas pour autant nécessaire d'inclure cette dimension de la démocratie à l'article 3. L'établissement d'une structure gouvernementale démocratique implique la conjugaison d'éléments relevant de rationalités complémentaires et parfois contradictoires. À l'inverse, l'interprétation d'une disposition relative à un droit ou une liberté fondamentale implique la référence à un principe, ou un ensemble cohérent de principes. Comme je l'ai indiqué dans la Partie I, c'est précisément cette possibilité d'argumenter intersubjectivement —à défaut de pouvoir établir objectivement— la cohérence d'une interprétation qui constitue la mesure dans laquelle on peut prétendre à la légitimité d'une décision. En conséquence, si l'on doit, pour assurer cette cohérence, choisir entre une interprétation de l'article 3 fondée sur le modèle procédural ou sur le modèle pluraliste, ma conviction est que le modèle procédural doit l'emporter. Clairement, ce modèle implique une intervention judiciaire plus respectueuse de notre tradition constitutionnelle et philosophique. Cela n'exclut par ailleurs pas que le législateur, désireux de veiller à ce que le processus politique permette la réalisation de certains «biens», que ce soit un gouvernement «éclairé», ou plus sensible aux identités particulières des divers groupes sociaux, prenne des mesures parfois incompatibles avec une vision «strictement procédurale» de la démocratie. Dans chaque cas, il appartiendra aux tribunaux de décider de la raisonnable de ces dérogations à une interprétation de l'article 3 fondée sur le modèle procédural. Quant aux quotas féminins, s'il n'apparaît pas évident qu'une telle mesure puisse être jugée plus acceptable ici qu'en France ou en Italie¹¹⁶⁶, il existe néanmoins chez nous un certain discours (dont témoigne le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*¹¹⁶⁷) susceptible de fonder une argumentation favorable¹¹⁶⁸.

Il ne s'agit pas, par ailleurs, de prétendre que le modèle procédural permet une interprétation de l'article 3 qui serait plus «neutre», ou qui n'implique aucune conception particulière de l'individu ou ne préjuge en rien des conceptions du bien. Une interprétation de l'article 3 fondée sur le modèle procédural implique au contraire la défense d'une certaine

¹¹⁶⁶Lucie Desrochers souligne à cet égard que le Conseil du statut de la femme n'appuie pas une telle mesure, essentiellement par crainte des risques d'une perception négative des députées ainsi élues (*Idem*, p. 63).

¹¹⁶⁷Précité, note 7.

¹¹⁶⁸Sans compter l'art. 28 de la *Charte canadienne* qui prescrit que «les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes».

vision libérale de l'individu et de la démocratie. Que les citoyens soient «indifférenciés», que la volonté de la majorité doive l'emporter sur celle de la minorité, ce sont là des convictions politiques particulières et contingentes. Elles véhiculent certains idéaux, notamment l'espoir que les hommes et les femmes peuvent, au-delà des références identitaires qui les séparent, communiquer, partager à plusieurs égards une vision commune et se «représenter» mutuellement. Ces idéaux sont à la base du libéralisme politique, et demeurent, à mon avis, largement partagés ¹¹⁶⁹. La reconnaissance croissante des dangers liés au principe libéral traditionnel d'indifférenciation des citoyens¹¹⁷⁰, ouvre toutefois une porte, notamment à travers l'article premier de la *Charte*, à certaines mesures d'exception, qu'il appartient alors au législateur de suggérer, et aux tribunaux de tolérer, et qui permettent d'assurer un certain équilibre.

Le problème de l'exclusion systémique des femmes, abordé brièvement ici, introduit une dimension moins formelle à la problématique de l'éligibilité. Elle nous amène à considérer des facteurs comme les réseaux d'influence, la précarité d'emploi ou la capacité financière de mener une campagne fructueuse. Ce dernier élément constitue une facette cruciale du processus électoral contemporain. Le droit de se porter candidat, pas plus que celui de voter de façon éclairée, ne saurait en effet être envisagé sans considérer également les

¹¹⁶⁹Par «libéralisme politique», j'entends ici l'idée décrite par le professeur Birch lorsqu'il affirme, au sujet de la représentation politique:

*«The Liberal view of the state depends on a view of society which is essentially individualistic. It assumes that citizens exercise their political rights as individuals choosing freely among rival candidates, conflicting policies, and differing views on the good life, and not as members of a group or category whose views are determined by that membership. It assumes that, although men's opinions and personal interests vary, there is no fundamental conflict of interests in society of a kind that arrays man against man or group against group. It assumes that, because the conflicts in society are not fundamental, the state can be neutral in its attitude towards them. It assumes that the neutrality of the state will be generally accepted as a fact, and that in consequence minorities will be willing to accept the decision of the majority, knowing that by education and propaganda, the minority of today can become the majority of tomorrow» (A. H. BIRCH, *op. cit.*, note 698, p. 83. Je souligne).*

¹¹⁷⁰Par exemple, s'agissant de la participation des femmes à la vie politique, le libertarisme de l'approche procédurale risque, comme le montre si bien le discours égalitaire formel du Conseil constitutionnel français, de masquer la domination politique des femmes par les hommes.

conditions, notamment financières, dans lesquelles se déroule la campagne électorale. Celles-ci s'inscrivent dans ce que j'appelle ci-après «les conditions matérielles de l'éligibilité».

Section 2 - Les conditions matérielles de l'éligibilité: la campagne électorale et le problème de l'égalité des candidats

La question centrale que soulève le thème de la campagne électorale est celle de l'égalité —formelle et matérielle— des partis politiques, à travers les deux éléments principaux que constituent les finances électorales, et le problème de l'accès aux médias.

À ce chapitre, les liens entre le modèle procédural et le libéralisme politique —voire un certain libertarisme— suggèrent que l'adhésion à ce modèle tend à favoriser une approche libertaire des finances électorales et de l'accès aux médias. Puisqu'il ne saurait être question ici d'aborder chacun des aspects liés à ces deux thèmes (ce qui exigerait un examen approfondi des questions relevant de la liberté d'expression et de la liberté de presse), ni même d'approfondir dans ses moindres détails les éléments plus directement liés à l'éligibilité (ce qui justifierait, en soi, une thèse), je veux avant tout montrer que le recours au modèle procédural comme fondement normatif de l'interprétation de l'article 3 de la *Charte* ne contraint aucunement à une telle approche «libertaire», hostile aux tentatives régulatrices visant à assurer une certaine égalité matérielle des partis et des candidats.

Section 2.1 - Les finances électorales

La réglementation des finances électorales au Canada a été fortement influencée par l'initiative québécoise des années soixante. Certains scandales financiers avaient alors amené le Québec, en 1963, à adopter une réglementation des finances électorales. M. Barbeau, qui avait contribué à la rédaction de la loi québécoise, devait par la suite présider une commission royale en 1966 et a ainsi favorisé l'adoption de mesures similaires au niveau des élections fédérales dans les années soixante-dix¹¹⁷¹.

¹¹⁷¹Sur l'historique de la réglementation canadienne des finances électorales, voir K. EWING, *op. cit.*, note 325, pp. 13-59; de même que William Thomas STANBURY, *L'argent et la politique fédérale canadienne: le financement des candidats et candidates et des partis*, Vol. 1 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, pp. 27-52.

C'est un fait connu et accepté que les élections se gagnent avec des sous. Si cela ne signifie pas, contrairement à certaines affirmations populistes communes, que le parti le plus riche gagne et donc que les sièges s'achètent, cela signifie cependant qu'un solide appui financier est en pratique nécessaire pour entreprendre une campagne électorale fructueuse. Mais le rôle de l'argent ne se limite pas à la dimension purement compétitive des élections. Le support financier des partis politiques est également nécessaire pour permettre aux partis de s'informer des souhaits de la population, de bâtir un programme politique fondé sur des analyses sérieuses, et d'informer la population de façon adéquate. En l'absence de partis suffisamment solides financièrement, le gouvernement au pouvoir disposerait du monopole des ressources permettant de bâtir un programme et d'informer la population.

Cependant, en même temps que l'argent est nécessaire à la démocratie, il pose pour celle-ci un certain nombre de problèmes bien connus, et dont la campagne présidentielle américaine de 1996 a contribué à montrer l'importance¹¹⁷². Il s'agit d'abord d'un problème *d'égalité d'accès*. Chacun ne disposant pas des mêmes ressources, l'accès à la députation n'est pas également ouvert à tous en dépit d'une égalité formelle des citoyens. Il s'agit, en second lieu, d'un problème *d'égalité d'influence* ou de représentation. Ceux qui, sans se porter eux-mêmes candidats, peuvent, par leur ressources financières, faciliter la candidature d'autrui sont en mesure d'exercer une influence disproportionnée ou prépondérante sur l'«agenda politique», ou encore de bénéficier carrément de faveurs politiques ponctuelles. L'influence de l'argent signifie, dans le premier cas, le gouvernement du peuple *par* une fraction nantie, et dans le second, le gouvernement du peuple *pour* une fraction financièrement influente.

La réglementation des finances électorales comporte essentiellement deux aspects: premièrement, le contrôle du *financement* (privé et public) des partis et des candidats; deuxièmement, le plafonnement des *dépenses* électorales (des partis, des candidats et des tiers)¹¹⁷³. Notons que ces deux aspects de la question sont à certains égards liés. Par

¹¹⁷²Les dépenses totales liées à la campagne présidentielle se chiffraient entre 600 millions et 1 milliard de dollars, amenant ainsi Ronald Dworkin à conclure: «*The power of money in our politics, long a scandal, has now become a disaster*» (R. DWORKIN, «The Curse of American Politics», *New York Review of Books*, Vol. XLIII, N°16, 17 oct. 1996, p. 19).

¹¹⁷³On peut ajouter un troisième aspect, celui de la publicité, c'est-à-dire de la transparence financière, qui se greffe toutefois aux deux précédents.

exemple, si on peut concevoir un plafonnement des dépenses indépendamment de tout financement public, l'inverse n'est pas vrai en pratique. Il est en effet sans utilité de financer à même les fonds publics les campagnes électorales dans le but de limiter la dépendance des partis à l'égard de ceux qui contribuent, s'il n'y a pas, par ailleurs, de limites imposées aux dépenses électorales: dans un tel cas, l'attrait que présente les contributions privées demeurent en effet largement inchangé¹¹⁷⁴.

A. Le financement public et le problème du remboursement des dépenses des candidats

La question du financement des partis politiques et des candidats comporte deux volets distincts, soit le financement public et le financement privé. Quant à ce dernier aspect, que je me contenterai d'évoquer brièvement, la réglementation de ce domaine névralgique de la vie politique canadienne remonte au scandale du Canadien Pacifique de 1873¹¹⁷⁵. La nécessité de réglementer les contributions privées découle ainsi du risque de corruption ou simplement de dépendance des candidats et des partis à l'égard de ceux qui ont contribué financièrement à leur élection. La réglementation du financement privé des partis politiques s'intéresse alors à trois questions: qui peut donner? combien? et à quelles conditions?

La *Loi électorale du Canada* est à cet égard fort peu restrictive. Toute personne, physique ou morale, tout syndicat ou toute association peuvent faire une contribution à un parti politique ou un candidat. Il n'existe pas de limite au montant de la contribution. La seule exigence que pose la loi porte sur la divulgation de l'identité des donataires qui ont contribué pour plus de 100 \$ (articles 44 et 228). Ce laxisme de la loi fédérale a principalement servi les intérêts des partis Conservateur et Libéral, pour lesquels le financement corporatif constitue

¹¹⁷⁴Comme il en sera discuté au chapitre des restrictions aux dépenses des tiers (*infra*, pp. 374 et suiv.), cette interdépendance des différents aspects de la réglementation des finances électorales pourra s'avérer déterminante de la survie du régime actuel au Canada et au Québec.

¹¹⁷⁵*Supra*, p. 91.

environ la moitié des ressources financières¹¹⁷⁶. Comparativement, le N.P.D. a dû s'appuyer principalement sur l'appui financier des particuliers¹¹⁷⁷.

Le législateur Québécois s'est montré beaucoup plus méfiant envers le danger de corruption que présentent les contributions financières¹¹⁷⁸. Selon la *Loi électorale*, seul un électeur peut contribuer (article 87), à même ses propres biens (article 90), et jusqu'à concurrence d'un montant maximal de 3000 \$ par année à chacun des partis ou candidats indépendants (article 91). Quant à la divulgation, toute contribution de 200 \$ doit être faite de manière à ce que la source puisse être identifiée (article 95) et indiquée dans le rapport annuel présenté par le représentant officiel du parti (article 115).

Je n'entends pas discuter ici de la validité de ces mesures, puisqu'elles mettent principalement en cause la liberté d'association¹¹⁷⁹ et la liberté d'expression des individus et

¹¹⁷⁶De 1974 à 1988 les corporations ont contribué en moyenne pour 53,1% des revenus des libéraux et 47,5% des revenus des conservateurs. (Filip PALDA, *Election Finance Regulation in Canada. A Critical Review*, Vancouver, The Fraser Institute, 1991, p. 87).

¹¹⁷⁷La contribution des particuliers représente, pour les années 1974 à 1988, 78,5% des contributions au N.P.D. (Voir: F. PALDA, *op cit.*, note 1176, p. 88).

¹¹⁷⁸Paradoxalement, c'est la loi fédérale qui, en raison de son caractère permissif, a fait l'objet, indirectement du moins, d'un examen judiciaire fondé sur la *Charte*. Dans l'affaire *Lavigne c. S.E.F.P.O.*, [1991] 2 R.C.S. 211, un employé d'un collège ontarien se plaignait de ce que les contributions qu'il était tenu de verser au syndicat en vertu de la convention collective, servaient à financer diverses causes, et notamment le N.P.D. La Cour suprême jugea majoritairement qu'il n'y avait pas violation de la liberté d'association, les autres juges considérant qu'il y avait violation mais que celle-ci était justifiée en raison de l'importance de la formule Rand pour la préservation de la paix industrielle. Bien que la question n'ait pas été soulevée dans cette affaire, on peut se demander si la solution n'a pas été influencée par un certain désir d'«équilibre» entre les partis de gauche et de droite, considérant que tant la loi fédérale que la loi ontarienne permettent les contributions corporatives.

¹¹⁷⁹C'est possiblement le cas, par exemple, de l'exigence de publicité des contributions supérieures à 100 \$, dans le cas de la loi fédérale, et à 200 \$, dans la loi québécoise. On conçoit aisément qu'une telle publicité puisse constituer une forme d'inhibition à l'association (qui devrait logiquement inclure le droit de financer l'existence même de l'association). Aux États-Unis, la Cour suprême a considéré dans le célèbre arrêt *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) que les restrictions aux contributions politiques entraient en conflit avec la liberté d'association. La Cour a toutefois conclu que ces mesures étaient nécessaires pour assurer l'objectif de contrer la corruption politique, et même la simple apparence de corruption.

des corporations¹¹⁸⁰, et non le droit de vote et d'éligibilité. Je propose plutôt de me concentrer sur le financement public des partis politiques, qui met directement en cause

¹¹⁸⁰Pour une discussion de la question de l'expression politique des corporations en contexte canadien, voir: Ronald ATKEY, «Corporate Political Activity», (1985) 23 *U.W.O.L. Rev.* 129 et Keith EWING, «The Funding of Political Parties in Ontario», (1989) 27 *Osgoode Hall L. J.* 27, 80 et suiv. Ma position à cet égard est que la limitation de l'expression politique corporative est non seulement raisonnable, mais hautement souhaitable dans une perspective démocratique. Le professeur Keith Ewing, qui défend également ce point de vue, avance trois principaux motifs: premièrement, écrit-il, «[i]n the liberal form of government, the legislator's primary duty is to the electorate» (*idem*, p. 82). Le second objectif avancé par le professeur Ewing est que la prohibition des dons corporatifs contribuerait grandement à l'égalité financière des partis politiques (en se fondant sur des données ontariennes, il appert que les ressources du N.P.D., advenant l'interdiction des contributions corporatives en Ontario, se rapprocheraient sensiblement de celles des conservateurs, alors qu'à l'heure actuelle elles en représentent moins de la moitié). Le troisième argument en faveur d'une interdiction des dons corporatifs se fonde sur le respect de la liberté d'expression et d'opinion politique des actionnaires. Ce dernier argument apparaît plus faible à la lumière de l'arrêt *Lavigne c. S.E.F.P.O.*, précité, note 1178. Le premier argument avancé par le professeur Ewing constitue à mes yeux le plus important. Ce sont les individus qui votent et qui constituent, dans la perspective démocratique, la source légitime du pouvoir politique. Les personnes morales sont des créations artificielles qui *résultent* de l'activité législative. Elles sont le fruit, et non la source, de l'autorité politique. Permettre aux personnes morales d'influencer le débat politique c'est en ce sens introduire un élément d'hétéronomie qui m'apparaît injustifié. Cette perspective choque évidemment le point de vue libéral traditionnel selon lequel la «recherche de la vérité» ne peut que bénéficier de l'introduction de nouvelles perspectives, et que c'est par la multiplication des éclairages que la vérité peut éclore. Ce point de vue est clairement celui adopté par la Cour suprême des États-Unis [Voir en particulier l'arrêt *First National Bank of Boston c. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978)]. Au plan théorique, cette vision traditionnelle du débat public postule la possibilité d'un progrès, c'est-à-dire la possibilité sinon d'atteindre, du moins de se rapprocher d'une vérité objective. Assez curieusement, la *Loi électorale du Canada* permet le financement corporatif tout en interdisant aux non-citoyens et non-résidents permanents de faire campagne ou de chercher à influencer le vote (art. 265)... Il me semble ici y avoir une contradiction profonde entre l'affirmation selon laquelle la participation corporative est bénéfique au libre marché des idées (argument faible en ce qui a trait au financement car ce financement n'introduit pas des perspectives distinctes), et l'idée voulant que le débat politique soit restreint à ceux qui ont un enjeu démocratique légitime dans les élections. Ma position diffère considérablement en ce qui a trait aux contributions provenant d'individus qui n'ont pas la qualité d'électeur. Bien que leur jugement politique n'est pas considéré au moment des élections, cela ne signifie pas qu'ils n'ont pas d'intérêt démocratique dans le processus politique, pour autant qu'ils résident sur le territoire et sont assujettis aux décisions politiques (j'exclus ici les étrangers qui n'habitent pas le territoire national). Cela se reflète notamment dans le fait qu'ils sont considérés comme représentés par les députés (il ne viendrait pas à l'esprit d'affirmer que les mineurs ne sont pas politiquement représentés, bien qu'ils ne puissent voter), et dans la reconnaissance, à la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (précitée, note 1087), que «[t]oute personne a droit d'adresser des

l'article 3 à travers le problème de l'égalité effective et de l'égalité de traitement des divers partis par l'État.

En effet, le but des mécanismes de financement public est, en premier lieu, de permettre à ceux qui disposent d'un appui financier plus faible de briguer les suffrages, sans que leur manque de ressources constitue un obstacle insurmontable. En ce sens, le financement public vise à contrecarrer partiellement l'inégalité politique qui résulte de l'inégalité des moyens financiers. Mais le financement public vise également à briser la dépendance qui s'installe entre les politiciens et ceux qui leur fournissent les moyens de mener leurs activités partisans, c'est-à-dire à prévenir la corruption, réelle ou apparente, qui menace l'intégrité du système démocratique et la confiance des citoyens, et également à assurer que les intérêts des plus grands donateurs ne reçoivent pas, de la part des élus, une attention indue¹¹⁸¹.

Le financement public se présente sous trois formes: premièrement, le financement des partis par le biais de crédits d'impôt accordés pour les contributions privées; deuxièmement, le financement direct des partis à même le trésor public; et, troisièmement, le remboursement partiel des dépenses électorales des partis et des candidats. Des crédits d'impôt pour les contributions politiques existent en droit fédéral depuis 1974¹¹⁸² et au Québec depuis 1977¹¹⁸³. Le but de ces allègements fiscaux est de favoriser l'élargissement de la base de financement des partis politiques. Comme l'affirmait en Ontario la Commission Camp en 1974: «*A free, open, and democratic system ought to have a greater reliance upon general public support and ought not to depend, for its continuance, on the generosity of a segment of the community*»¹¹⁸⁴. En appuyant publiquement les contributions des particuliers, on incite les individus à prendre une part active dans le débat politique et on réduit

pétitions à l'Assemblée nationale pour le redressement de griefs» (art. 22), indépendamment de sa qualité d'électeur.

¹¹⁸¹En 1974, une commission ontarienne déplorait ainsi le fait que 90% du financement des partis Libéral et Conservateur de la province provenait de fonds corporatifs. Voir: ONTARIO (COMMISSION ON THE LEGISLATURE), *Third Report*, Toronto, 1974, p. 6.

¹¹⁸²*Loi sur les dépenses d'élections*, précitée, note 327, art. 19.

¹¹⁸³*Loi sur le financement des partis politiques*, L.Q. 1977, c. 11, art. 135.

¹¹⁸⁴ONTARIO (COMMISSION ON THE LEGISLATURE), *op. cit.*, note 1181, p. 6.

l'influence relative des grands donateurs, notamment corporatifs¹¹⁸⁵. Par ailleurs, depuis 1975, le Québec prévoit une allocation financière régulière pour les partis politiques (article 81 et suiv.)¹¹⁸⁶. Cette contribution, qui n'a pas son équivalent fédéral, s'ajoute au remboursement des dépenses électorales des partis et des candidats, que l'on retrouve aussi bien au niveau fédéral que québécois¹¹⁸⁷.

Le financement public des partis politiques soulève potentiellement deux difficultés. La première a trait à la liberté d'expression et d'opinion des contribuables qui se trouvent à financer des organisations politiques. Ainsi, dans l'affaire *Re MacKay et Manitoba*¹¹⁸⁸, un contribuable s'objectait au financement public de partis politiques dont les vues étaient hostiles à ses propres convictions et revendiquait, en somme, le droit de ne pas être contraint de supporter financièrement ces partis. Sa demande fut rejetée, par toutes les instances¹¹⁸⁹.

Le second et principal problème que pose le financement public (eu égard, cette fois, à l'article 3 de la *Charte*) est celui de la répartition inégale des ressources entre les candidats et entre les partis politiques. En ce qui a trait à la *Loi électorale du Canada*, l'article 242 permet aux candidats qui ont reçu 15% des voix exprimées dans leur circonscription de percevoir un

¹¹⁸⁵Je note toutefois au passage qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle s'est, au nom de l'égalité des citoyens, objectée à des déductions fiscales pour les contributions politiques, considérant que de telles mesures (du moins lorsqu'elles autorisent des dons importants) favorisaient les partis voués à la défense des intérêts des classes moyennes et supérieures. Voir A. GUNLICKS, *loc. cit.*, note 1065.

¹¹⁸⁶Cette allocation fut introduite en 1975 par la *Loi sur le financement des partis politiques*, L.Q. 1975, c. 9, art. 36.

¹¹⁸⁷*Loi électorale*, art. 457 et 457.1; *Loi électorale du Canada*, art. 242 et 322

¹¹⁸⁸(1985) 24 D.L.R. (4d) 587 (C.A. Man.); conf. à [1989] 2 R.C.S. 357.

¹¹⁸⁹En Cour d'appel, la décision reposait sur trois arguments distincts. D'une part, opina la Cour, rien n'empêche l'appelant de penser et dire ce qu'il veut. Deuxièmement, l'utilisation des ressources de l'État à des fins contraires à ses vues n'a rien d'exceptionnel. C'est, en effet, potentiellement le cas de chaque action gouvernementale, de sorte qu'y voir une atteinte à la liberté de croyance implique l'invalidité potentielle de toute action étatique. Enfin l'impossibilité d'établir un lien entre l'argent versé par le plaignant et celui versé à un parti serait suffisant pour rejeter la plainte. Ce dernier argument est clairement le plus faible, en ce qu'il semble reposer sur une ignorance de ce que constitue l'argent comme unité abstraite de valeur dont la caractéristique première est la parfaite interchangeabilité. C'est pourtant cet argument qui constitue l'essentiel des motifs —très brefs, il est vrai— formulés par la Cour suprême.

remboursement de la moitié des dépenses électorales encourues. Quant aux partis enregistrés, depuis 1983 ils se voient rembourser 22.5% de leurs dépenses, à condition d'avoir dépensé au moins 10% de la limite autorisée (article 322). À leur égard, le succès électoral est sans pertinence.

La *Loi électorale* du Québec se montre, quant à elle, encore plus favorables aux grands partis et aux députés qui défendent leur siège. À titre de remboursement des dépenses électorales, les partis ont droit à 50% des dépenses encourues (article 457.1). La loi prévoit également le remboursement de 50% des dépenses du candidat si celui-ci rencontre l'une des conditions suivantes: il a été élu, il a obtenu 20% des voix, il est le député sortant, ou encore il est le candidat d'un des deux partis ayant eu le plus de votes aux élections précédentes (article 457). À cela s'ajoute le bénéfice découlant du financement annuel des partis politiques. En vertu des articles 81 et 82 une allocation annuelle d'une valeur totale de 0.50 \$ par électeur est versée aux partis politiques. Cette somme est répartie entre les partis de façon proportionnelle à l'appui populaire enregistré aux dernières élections. Le résultat cumulatif de ces dispositions est aisément discernable: les deux grands partis et leurs candidats reçoivent un appui financier nettement supérieur aux autres, et en particulier à celui offert aux nouveaux partis et aux nouveaux candidats.

La constitutionnalité du régime canadien de remboursement des dépenses des candidats fut contestée dans l'affaire *Barette et Payette c. Canada*¹¹⁹⁰. M. Barette s'était présenté comme candidat Néo-Démocrate aux élections fédérales de 1993 où il avait recueilli 11.89% des voix dans sa circonscription, de sorte qu'il n'a pas eu droit au remboursement de ses dépenses électorales en vertu de la règle du 15% fixée par l'article 242 de la *Loi électorale du Canada*. Considérant que ce régime favorisait indûment les deux grands partis, M. Barette contesta cette disposition en invoquant le droit de vote, la liberté d'expression et le droit à l'égalité. Le premier juge lui donna gain de cause, mais sa décision fut renversée en appel. Rejetant du revers de la main les arguments fondés sur la liberté d'expression et sur le droit de vote, la Cour d'appel centra la discussion sur le droit à l'égalité, prévu au paragraphe 15(1) de la *Charte*. La raison de cette approche était l'idée —quelque peu simpliste, il faut bien le dire— suivant laquelle, puisque la plainte reposait sur un traitement défavorable (comparativement à celui dont bénéficiaient les grands partis), il fallait envisager le problème

¹¹⁹⁰J.E. 92-1333 (C.S.); [1994] R.J.Q. 671 (C.A.).

exclusivement sous l'angle du droit à l'égalité. Or, comme le paragraphe 15(1) de la *Charte* ne prévoit pas un droit général à l'égalité, mais uniquement une protection contre la discrimination au profit des groupes énumérés et «analogues»¹¹⁹¹, la Cour affirma ne pas devoir intervenir¹¹⁹².

Cette approche de la Cour m'apparaît insatisfaisante à tous les points de vue. D'une part, l'argument fondé sur le paragraphe 15(1) était sans doute le plus faible des trois. Mais surtout, dire que tout traitement différencié ne peut être attaqué *que* par la voie du paragraphe 15(1), c'est ignorer que la plupart des atteintes aux droits garantis ne sont pas des négations totales, mais des restrictions partielles et visant certains groupes spécifiques¹¹⁹³. En particulier, nier la dimension égalitaire du droit de vote, c'est ignorer le caractère manifestement «compétitif» du processus électoral. Par exemple, une règle voulant que les votes attribués au député sortant soient multipliés par deux est manifestement contraire à l'idée que l'on se fait d'une élection. Il est vrai que, par hypothèse du moins, tous les citoyens ont voté et que tout ceux qui ont voulu se porter candidat ont pu le faire. Il semble toutefois évident que le droit de voter et de se porter candidat n'a pas été respecté. D'ailleurs, s'il était besoin d'invoquer à cet égard l'autorité du précédent, il suffirait de regarder la jurisprudence relative à l'égalité numérique des circonscriptions électorales¹¹⁹⁴. En

¹¹⁹¹Voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 754.

¹¹⁹²La notion de «groupe analogue», telle que précisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 754, fait référence à cette idée de «minorité discrète et isolée», victime de préjugés ou de préjudices en raison de certaines caractéristiques personnelles, généralement immuables (voir à cet égard les propos du juge Wilson, aux pp. 152-153). Les candidats impopulaires ou les partis politiques plus marginaux ne sauraient être assimilés à de tels groupes, du moins sans que la notion de «groupes analogues» ne soit modifiée. Dans tous les cas, il serait difficile d'y assimiler le N.P.D. L'argument fondé sur le para. 15(1) avait ainsi été rejeté en première instance (*supra*, note 1190).

¹¹⁹³Voir, par exemple, l'affaire *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, où l'on contestait au nom de la liberté de religion l'obligation de fermer boutique le dimanche. Il s'agissait d'une disposition dont le vice n'était pas tant de restreindre la pratique religieuse en général, que de restreindre la pratique de certaines religions ayant un jour de sabbat autre que le dimanche, en imposant un fardeau économique particulier à ceux qui désiraient à la fois tenir boutique et continuer de pratiquer leur religion.

¹¹⁹⁴Voir, notamment, le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7. La question de l'égalité numérique des circonscriptions et les décisions s'y rapportant seront analysées au Chapitre 3.

particulier, dans l'arrêt *Dixon c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*¹¹⁹⁵, la juge McLachlin (alors à la Cour suprême de la Colombie-Britannique) citait avec approbation Patrick Boyer, selon qui le droit de vote impliquait le droit de participer à un processus électoral qui n'est pas biaisé en faveur d'un parti¹¹⁹⁶. En ce sens, et sans égard aux justifications possibles, la mesure contestée ici équivaut à favoriser certains partis au détriment des autres. Sur ce point crucial, le raisonnement du juge McCarthy à la Cour d'appel apparaît donc particulièrement surprenant.

La seule explication plausible tiendrait à une volonté d'éviter d'avoir à justifier le régime de remboursement dans le cadre d'une analyse sous l'article premier —une démarche délicate, en effet, notamment en raison du caractère inévitablement arbitraire du seuil d'admissibilité au remboursement (15% des voix). À cet égard, il importe de replacer la mesure spécifique contestée dans le contexte plus large du régime de financement public des dépenses électorales. Les deux objectifs qui sous-tendent ce régime seraient principalement: premièrement, de favoriser l'égalité entre les partis¹¹⁹⁷ et, deuxièmement, de rompre la dépendance politique malsaine qui peut découler du financement privé¹¹⁹⁸. La volonté de poursuivre ces objectifs se heurte cependant à certaines contraintes financières. En particulier, un régime de remboursement ouvert également à tous permettrait des abus inacceptables (par exemple, une entreprise ou une association pourrait ainsi «entrer en politique» dans le seul but d'obtenir une visibilité financée par l'État, sans aucunement rechercher l'élection). Un certain critère d'exclusion est donc nécessaire, en pratique, à la viabilité du financement public des dépenses électorales. Dans cette perspective, le seuil de 15% des voix vise à permettre le financement public et les objectifs d'égalité et de lutte à la corruption qui le sous-tendent¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ [1989] 4 W.W.R. 393.

¹¹⁹⁶*Idem*, p. 406.

¹¹⁹⁷Voir l'affaire *Barette et Payette c. Canada*, précitée note 1190, 676 (C.A.).

¹¹⁹⁸Ces deux objectifs sont constamment réitérés dans la littérature se rapportant à la question. Voir notamment: Peter CONSTANTINOU, «Le financement public des partis, des candidats et des élections au Canada», dans Leslie SEIDLE (dir.), *Aspects du financement des partis et des élections au Canada*, Vol. 5 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 269, à la p. 270.

¹¹⁹⁹Cette présentation de l'objectif qui sous-tend la règle du 15% diffère substantiellement des motifs présentés par le juge de première instance dans l'affaire *Barette et Payette c. Canada* (précitée, note 1190). Suivant le juge Gomery, l'objectif de la règle était d'encourager

L'importance de tels objectifs, dont s'accommodent aussi bien une conception procédurale¹²⁰⁰ que pluraliste¹²⁰¹ de la démocratie représentative, n'apparaît pas problématique. La difficulté réside plutôt dans le caractère «raisonnable» du seuil d'admissibilité fixé à 15%. À cet égard, le juge de première instance considéra l'exclusion excessive, suggérant plutôt un seuil de 5%¹²⁰². La difficulté avec l'approche du juge Gomery est l'absence de critère lui permettant de suggérer ce seuil plus bas. Tout au plus dit-il que le plaignant est un candidat «sérieux» et méritant un appui financier, de sorte que, à la lumière de son appui populaire de 11%, un seuil plus bas devrait être établi. Les difficultés que présente une telle approche sautent au visage. Cela équivaut à décider à l'avance quels candidats «méritent» l'appui de l'État.

Le problème de l'établissement d'un seuil d'admissibilité soulève en fait deux questions. D'abord, la référence au succès populaire est-elle un critère acceptable? Deuxièmement, dans l'affirmative, existe-t-il un moyen de fixer un seuil d'appui populaire qui reflète de façon cohérente les objectifs poursuivis par le régime de financement? Quant à la

uniquement les candidats «sérieux», ce qui, dit tel quel, m'apparaît démocratiquement problématique. Répondant à une remarque analogue formulée par un député, la professeure Jane Jenson écrit: «*For candidates from small and new parties, a subsidy of basic election expenses permits them to be serious candidates, enabling them to present a program to their constituency and to disseminate that program*» [J. JENSON, «Innovation and Equity. The Impact of Public Funding», dans Leslie SEIDLE (dir.), *Comparative Issues in Party and Election Finance*, Vol. 4 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 111, à la p. 130].

¹²⁰⁰Notamment, en donnant aux candidats les ressources nécessaires pour étayer publiquement leur programme, le régime de financement public permet aux électeurs d'exercer un choix éclairé, ce qui conforte la dimension volontariste du modèle procédural.

¹²⁰¹Par exemple, l'égalité matérielle que vise le financement public permet ainsi aux représentants de divers segments de la société (et notamment aux femmes) de solliciter un mandat parlementaire. Le financement public facilite ainsi la composition d'une assemblée susceptible de représenter la diversité sociale et de témoigner, dans ses délibérations, d'une égale sollicitude à l'égard des divers groupes.

¹²⁰²*Barette et Payette c. Canada*, précité, note 1190. Notons au passage que la Cour constitutionnelle allemande a jugé trop restrictif un seuil de 2.5% d'appui populaire pour avoir droit au remboursement des dépenses, suggérant plutôt de le fixer à 0.5% (Voir: A. GUNLICKS, *loc. cit.*, note 1065, 34). Il faut toutefois se garder de faire des transpositions trop hâtives qui ne tiennent pas compte des particularités de chaque régime.

première question, elle m'apparaît devoir être tranchée affirmativement. Ce critère est le seul qui ne préjuge pas du «sérieux» des candidatures (contrairement, par exemple, à un critère fondé sur le succès passé), lequel est entièrement déterminé par le choix de la population au moment de l'élection. Il est vrai qu'un certain «étouffement» des points de vue minoritaires peut en résulter, certains candidats peu optimistes de se voir rembourser leurs dépenses pouvant préférer ne pas se présenter. La réponse à cet argument n'est toutefois pas simplement qu'en l'absence du régime de financement ils bénéficieraient des mêmes conditions (une absence de fonds), puisqu'en l'absence de financement leur situation relative à celles d'autres candidats serait en fait possiblement meilleure. La réponse à cet argument repose plutôt dans celle à la question du seuil d'appui populaire «raisonnable» ou «approprié».

L'établissement d'un seuil de popularité en deçà duquel il ne peut y avoir de remboursement, une fois que l'on a accepté son principe, constitue un choix qui apparaît inévitablement arbitraire et à l'égard duquel il semble nécessaire de reconnaître une certaine marge d'appréciation au législateur. Pour en contester la justesse ou l'opportunité, il faut donc pouvoir avancer des motifs convaincants pour lesquels un seuil différent apparaîtrait clairement plus souhaitable. Ce serait le cas si l'objectif de favoriser l'égalité entre les divers partis n'était aucunement servi par un seuil trop élevé, qui ne ferait en réalité que consacrer l'hégémonie des deux principaux partis politiques. À l'inverse, un seuil d'admissibilité qui contribuerait à favoriser le pluralisme politique devrait être reconnu comme valide, même si un seuil plus bas pouvait être envisagé. C'est d'ailleurs ce critère que semble avoir appliqué la juge Maillot de la Cour d'appel, lorsqu'elle conclut que le régime de financement public a eu pour effet de favoriser le pluralisme politique¹²⁰³. Si tel est véritablement le cas —aucune preuve à cet égard ou autorité en ce sens n'est avancée par la juge Maillot—, il peut être soutenu que le désavantage relatif dont sont victimes certains candidats ou certains partis marginaux est un «coût marginal» face à l'avantage que procure le régime de remboursement.

On peut cependant douter de l'assertion suivant laquelle le régime de remboursement ait véritablement favorisé le pluralisme politique au Canada. De 1979 à 1988, par exemple, 98,24 % des remboursements versés aux candidats l'ont été à l'un des trois grands partis

¹²⁰³*Barette et Payette c. Canada*, précité, note 1190, 678.

fédéraux¹²⁰⁴. Se fondant sur les données de ces années, la Commission Lortie conclut —contrairement à ce qu'affirme la juge Mailhot dans l'arrêt *Barette*¹²⁰⁵— que le régime de financement public favorise les grands partis en place au détriment des nouveaux et des petits partis¹²⁰⁶. C'est notamment la conclusion des politologues Alain Gagnon et Brian Tanguay qui écrivent:

«[...]*the system of tax credits for individual political contributions, the reimbursement of a portion of candidate election expenses, and the allocation of free radio and television time to registered political parties (all of which were introduced in the 1970s and 1980s by the Election Expenses Act of 1974 and various amendments to it), have further consolidated the position of the major parties in Canada*» (je souligne)¹²⁰⁷.

La situation au Québec est similaire, voire pire, en raison de l'absence d'un troisième parti d'une force analogue à celle du N.P.D. fédéral¹²⁰⁸. De 1978 à 1989, les revenus du Parti Libéral (P.L.Q.) et du Parti Québécois (P.Q.) totalisent 97.3 % de l'ensemble des revenus partisans, et leurs dépenses officielles représentent 96% de toutes les dépenses

¹²⁰⁴Ce chiffre est calculé à partir des données fournies par la Commission Lortie [CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 380].

¹²⁰⁵*Barette et Payette c. Canada*, précité, note 1190, 678.

¹²⁰⁶CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, pp. 364-365. La Commission propose plutôt un remboursement graduel, à raison de 1.00 \$ par vote reçu (*Idem*, p. 385). L'affirmation de la juge Mailhot à l'effet que le pluralisme politique a bénéficié du régime de financement public (*Barette et Payette c. Canada*, précité, note 1190, 678) apparaît particulièrement déplorable du fait qu'elle ne s'appuie (du moins explicitement) sur aucune étude ni aucune donnée matérielle.

¹²⁰⁷Alain GAGNON et Brian TANGUAY (dir.), *Canadian Parties in Transition*, Scarborough, Nelson, 1989, pp. 8-9.

¹²⁰⁸La plupart des auteurs reconnaissent que, des trois grands partis fédéraux, c'est le N.P.D. qui a le plus profité du régime de financement public. Voir notamment F. PALDA, *op. cit.*, note 1176, pp. 108-109.

partisanes¹²⁰⁹ (et ce malgré l'existence officielle d'un nombre remarquable de partis¹²¹⁰). Pendant cette même période, les revenus du troisième parti en importance représente 3% des revenus du P.Q., le plus «pauvre» des deux grands partis¹²¹¹. La mesure dans laquelle le régime de financement public a, comme le suggère la Commission Lortie, contribué à cette hégémonie bi-partite n'est pas claire. Ce qui semble évident toutefois c'est l'échec du régime comme moyen d'égaliser les revenus des partis et de favoriser ainsi un pluralisme politique.

Face à un tel constat, deux conclusions sont possibles. Soit que le seuil de 15 % des voix (20 % pour le régime québécois) est trop élevé pour permettre de réaliser l'objectif (auquel cas on devrait conclure, comme le juge Gomery en première instance, à l'invalidité de la disposition qui désavantage les petits partis). Soit que l'on remette en question la formulation de l'objectif poursuivi. C'est d'ailleurs ce que suggère l'analyse de Jane Jenson, qui souligne qu'à l'époque de la Commission Barbeau, la préoccupation première était non pas de favoriser un pluralisme politique mais, au contraire, de prévenir l'éclatement de la scène partisane en une multitude de petits partis plus faibles et incapables d'assurer une stabilité gouvernementale. «*Such consternation*», écrit-elle, «*thereby became deeply embedded element of the discourse of election financing at the federal level. It superseded any notion that liberal democracy might be better served by a respect for "difference" and/or political pluralism*»¹²¹². Au Québec comme au Canada, suivant son analyse, l'objectif n'était donc pas de rétablir une égalité partisane afin d'encourager le pluralisme politique, mais bien de limiter le nombre de partis à ceux qui paraissent raisonnablement susceptibles de former un gouvernement¹²¹³.

¹²⁰⁹Louis MASSICOTTE, «Le financement des partis au Québec —Analyse des rapports financiers de 1977 à 1989», dans Leslie SEIDLE (dir.), *Le financement des partis et des élections de niveau provincial au Canada*, Vol. 3 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 1, aux pp. 8-9.

¹²¹⁰Louis Massicotte rapporte à cet égard l'autorisation officielle de 38 nouveaux partis au Québec depuis 1978, la plupart n'ayant vécu que quelques années (*Idem*, pp. 6-7).

¹²¹¹*Idem*, pp. 8-9.

¹²¹²J. JENSON, *loc. cit.*, note 1199, 121.

¹²¹³*Idem*, 122.

On peut toutefois formuler une justification démocratique à un régime qui vise indubitablement à favoriser l'emprise de deux grands partis sur l'arène politique. Cette justification est que, comme je l'ai signalé dans la première Partie¹²¹⁴, c'est précisément par le bipartisme que les citoyens sont en mesure de s'exprimer majoritairement en faveur d'un programme politique global. Dans une situation où il existe une pluralité de partis susceptibles de l'emporter, ce choix majoritaire est en pratique impossible. Certains électeurs qui ont voté pour le parti C auraient possiblement voté pour le parti B s'ils avaient su que, ce faisant, ils auraient pu empêcher la victoire du parti A. Le bipartisme comporte l'avantage de placer les électeurs devant une alternative simple entre deux programmes susceptibles de l'emporter¹²¹⁵. La limitation indirecte du nombre de partis par un financement qui avantage deux ou trois grandes formations au détriment des plus petites tend à favoriser l'expression d'une volonté majoritaire. Ce point de vue se rattache ainsi au principe majoritaire qui constitue l'essence du modèle procédural de la démocratie comme réalisation de la souveraineté populaire. C'est d'ailleurs cette défense du bipartisme, ou à tout le moins d'un régime caractérisé par un nombre restreint de partis, qui fut invoqué par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Buckley c. Valeo*¹²¹⁶ pour justifier un seuil de 25 % d'appui populaire comme critère de financement des partis.

¹²¹⁴*Supra*, p. 188.

¹²¹⁵Notons que dans l'affaire *Williams c. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968), la Cour suprême des États-Unis s'est dite prête à reconnaître comme objectif valide le fait pour un État de chercher à restreindre le nombre de partis afin d'assurer que le gagnant ait reçu l'appui d'une majorité absolue des voix. Elle a toutefois déclaré invalide une loi de l'Ohio exigeant, pour la reconnaissance d'un nouveau parti aux élections présidentielles, que ce parti soit appuyé par une pétition populaire représentant 15% du nombre de voix exprimées aux dernières élections. Cette mesure, combinée aux autres exigences de la loi, avait pour effet d'exclure tout parti autre que les partis Républicain et Démocrate. Le juge Black, s'exprimant au nom de la Cour, écrivit à cet égard:

«The fact is, however that the Ohio system does not merely favor a "two-party system"; it favors two particular parties—the Republicans and the Democrats—and in effect tends to give them a complete monopoly. There is, of course, no reason why two parties should retain a permanent monopoly on the right to have people vote for or against them» (*Idem*, p. 32).

Ce point de vue nous invite à considérer comme suspect le remboursement des dépenses électorales accordé automatiquement par la *Loi électorale* québécoise au candidat sortant de même qu'au candidat d'un des deux partis ayant obtenu le plus de vote aux élections précédentes (art. 457.1). Il s'agit en effet d'une mesure qui favorise spécifiquement les anciens partis en place.

¹²¹⁶Précitée, note 1179, p. 101.

Une seconde justification à un régime de financement public qui favorise les grands partis est le point de vue fréquemment avancé suivant lequel le bipartisme favorise la stabilité gouvernementale et l'efficacité décisionnelle¹²¹⁷. Une telle justification se rattache ici à une perspective téléologique en ce qu'elle attribue certains «biens» comme finalité non seulement de la procédure électorale, mais aussi de l'action gouvernementale qui en résulte (un gouvernement modéré, stable et efficace). Bien que de tels objectifs aient obtenu l'appui de la Cour suprême des États-Unis, il m'apparaît plus douteux qu'ils seraient aussi aisément acceptés ici dans le cadre d'une analyse sous l'article premier de la *Charte*. Il est vrai que le discours favorable au bipartisme a connu chez nous un important appui traditionnel (et continue d'être avancé pour justifier le maintien du mode de scrutin que nous connaissons). Mais il m'apparaît également clair que le discours actuel est profondément imprégné de pluralisme, de la nécessité de donner une «voix» aux divers segments de la société. Ce discours m'apparaît inconciliable avec l'affirmation suivant laquelle l'étouffement des partis minoritaires ou plus marginaux au nom de l'efficacité et de la stabilité constituerait un objectif «important» et justifiant la restriction du droit de vote et d'éligibilité.

Quant à déterminer lequel ou lesquels de ces objectifs seraient susceptibles d'être reconnus par les tribunaux pour justifier (et dans quelle mesure) le financement préférentiel de certains candidats et de certains partis, cela n'est que pure conjecture. Pour ma part, je serais réticent à accepter toute justification du régime de remboursement qui s'appuierait sur une volonté de restreindre le nombre de partis ou de candidats. Il importe cependant avant tout que l'examen judiciaire de la constitutionnalité du régime permette d'articuler explicitement les valeurs qui le sous-tendent, et s'appuie sur une analyse matérielle sérieuse des impacts du financement préférentiel. Avec égards, c'est à cet exercice qu'a, selon moi, failli la Cour d'appel dans l'arrêt *Barette*¹²¹⁸ en escamotant l'analyse du droit de vote et en omettant de

¹²¹⁷ Encore aux États-Unis, mais traitant cette fois de la question du «gerrymander partisan» (abordée au Chap. 3), la juge O'Connor défend ainsi le bi-partisme:

«There can be little doubt that the emergence of a strong and stable two-party system in this country has contributed enormously to sound and effective government. The preservation and health of our political institutions, state and federal, depends to no small extent on the continued vitality of our two-party system, which permits both stability and measured change» [Davis c. Bandemer, 478 U.S. 109 (1986), 145 (J. O'Connor, dissidente)].

¹²¹⁸*Barette et Payette c. Canada*, précité, note 1190.

fournir, au niveau de l'examen sous l'article 1, les fondements mêmes de sa conclusion à l'effet que le régime était une mesure adéquate pour favoriser le pluralisme politique.

Il importe toutefois de garder à l'esprit que le problème de l'admissibilité au remboursement des dépenses ne va pas jusqu'à remettre en question l'opportunité même du financement public des partis et des candidats. La très grande majorité des démocraties libérales reconnaissent aujourd'hui l'importance démocratique d'un tel soutien financier, non seulement au chapitre de l'égalité partisane, mais aussi, comme je l'ai mentionné, pour endiguer la corruption politique et donner aux partis les moyens d'établir et de disséminer un programme¹²¹⁹. Cela étant, une seconde question se pointe alors immédiatement: celle de la limitation des dépenses d'élection comme condition de l'efficacité du financement public.

B. Le contrôle des dépenses électorales

Avec l'explosion des moyens de communication, de même que la sophistication croissante des techniques de sondage et de *marketing*, un des thèmes qui retient le plus l'attention lorsqu'il est question du processus électoral est le coût faramineux des élections. Comme l'a illustrée la campagne présidentielle américaine de 1996, les problèmes que pose le déploiement de telles ressources financières ne sont pas tant économiques que politiques. Il soulève en effet la question de l'inégalité des ressources des partis et des candidats, de même que celle de la corruption électorale. Le contrôle des dépenses associées au processus électoral vise ainsi plusieurs objectifs communs avec le financement public. Comme ce dernier, le contrôle des dépenses électorales vise d'abord à empêcher la domination des groupes fortunés en permettant une certaine égalité de moyens entre les partis et en prévenant les dangers de corruption associés à un processus électoral dans lequel l'argent constituerait «le nerf de la guerre». De façon connexe, et tout aussi importante pour la démocratie, le plafonnement des dépenses vise à maintenir la confiance des électeurs dans le système électoral en diminuant les risques que celui-ci soit *perçu* comme un marché dans lequel les

¹²¹⁹Le Sénateur Beaudoin a même suggéré à cet égard que le droit d'éligibilité inclurait le droit de se voir rembourser une partie des dépenses électorales à même les fonds publics. Voir G. BEAUDOIN et W. TARNAPOLSKY, *op. cit.*, note 1055, p. 297.

sièges peuvent être achetés. Outre la limitation de la période électorale¹²²⁰, les moyens pour réaliser ces objectifs sont, d'une part, la restriction des dépenses des partis et des candidats et, d'autre part, le contrôle des dépenses des tiers.

1. les limites aux dépenses des partis et des candidats

Au Canada, tant la loi fédérale que québécoise prévoient un plafonnement des dépenses encourues pendant la période électorale pour les partis et pour les candidats. Ce plafonnement, calculé en fonction du nombre d'électeurs par circonscription¹²²¹, est généralement bien accepté par la population¹²²², de même que par les politiciens qui y voient une certaine assurance de ne pas être contraints de déployer toutes leurs énergies à la collecte de fonds. La seule contestation survenue à ce jour fut dans l'affaire *R. c. Blake*¹²²³, où le défendeur, candidat aux élections provinciales manitobaines, avait été accusé d'avoir excédé la limite autorisée par la loi de la province. Mais la position adoptée par le défendeur était essentiellement que, dans la mesure où la loi du Manitoba ne plaçait aucune limite aux dépenses des tiers (qui pouvaient ainsi appuyer son opposant), le plafonnement de ses propres dépenses constituait une limite injuste à sa liberté d'expression et violait le droit à l'égalité. La Cour refusa de considérer le plafonnement des dépenses comme une atteinte à l'égalité ou à la liberté d'expression¹²²⁴. Elle suggéra néanmoins qu'une telle limite serait valide, le cas échéant, en raison de la nécessité d'assurer une certaine égalité entre les candidats.

¹²²⁰Le Parlement canadien a, dans cette optique, procédé à la réduction de la période électorale minimale à 36 jours (*Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C. 1996, c. 35, art. 2).

¹²²¹Pour les élections fédérales, voir la *Loi électorale du Canada*, art. 39 et 208 à 210 pour le plafonnement des partis et des candidats respectivement. Pour les élections québécoises, voir l'art. 426 de la *Loi électorale*.

¹²²²Suivant une étude de la Commission Lortie auprès de la population canadienne, 93% des répondants étaient favorables à un plafonnement des dépenses des partis et des candidats. Voir: CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 347.

¹²²³(1988) 42 C.C.C. (3d) 271 (C.P. Man.).

¹²²⁴Le raisonnement hautement formel du tribunal apparaît à cet égard décevant. En ce qui a trait à la liberté d'expression, une solution similaire avait été retenue dans l'affaire *Boucher c. C.E.Q.*, [1982] C.S.P. 1003, où il fut décidé, assez curieusement, que l'interdiction de publier une annonce partisane pendant la campagne électorale ne constituait pas une atteinte à la liberté d'expression protégée par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (précitée, note 1087). Il est toutefois douteux qu'un tel raisonnement puisse prévaloir à

La question n'a donc été abordée que sommairement, et sans égard au droit de vote et d'éligibilité. Quant à ce dernier point, il m'apparaît que l'on peut aisément formuler la plainte en invoquant le droit d'informer librement les électeurs de sa candidature et de son programme. Ainsi, citant avec approbation Patrick Boyer, la juge McLachlin écrivait en *obiter* dans l'affaire *Dixon c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*¹²²⁵, que le droit de vote sous-entend «[t]he right to sufficient information about public policies to permit an informed decision»¹²²⁶. De même, dans les affaires *Thomson Newspapers Co. c. Canada*¹²²⁷ et *Somerville c. Canada*¹²²⁸ qui seront examinées plus loin, les tribunaux ont considéré le droit à l'information comme partie intégrante du droit de vote et d'éligibilité¹²²⁹. Dans cette optique, toute limitation quant aux moyens que peut déployer un candidat pour informer son électorat devrait vraisemblablement être perçue comme une restriction tant à la liberté d'expression qu'au droit d'éligibilité, et exiger une justification au niveau de l'article premier de la *Charte*. À cet égard, deux courants s'affrontent.

Suivant une perspective libertaire, toute restriction imposée au débat électoral est, par définition, anti-démocratique et ne saurait être considérée comme acceptable de ce point de vue. La perspective libertaire est clairement défendue par la Cour du Banc du Roi et la Cour

l'époque actuelle (notamment à la lumière de l'arrêt *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, précité, note 1095). La jurisprudence relative aux dépenses des tiers sera examinée ci-après. Quant au point de vue suivant lequel l'égalité entre les candidats n'est aucunement menacée puisque rien n'empêche des tiers d'encourir des dépenses en faveur de M. Blake, il ignore à mes yeux le fait que certains partis, en raison de leur vision politique, ne sont tout simplement pas susceptibles de recevoir, malgré une relative popularité, un appui financier comparable à celui d'autres partis. L'appui des milieux d'affaires, qui disposent de vastes ressources, n'est pas également réparti entre les partis politiques (Par exemple, Keith Ewing souligne qu'en 1984, le don moyen de plus de 100 \$ était de 315 \$ pour le parti Conservateur ontarien, et de 178 \$ pour le N.P.D. De plus, cette même année, le parti Conservateur ontarien a reçu 8 248 dons de plus de 100 \$, comparativement à 1 440 pour les libéraux et 4 679 pour le NPD. Voir K. EWING, *loc. cit.*, note 1180, 60-61.

¹²²⁵Précitée, note 1195.

¹²²⁶*Idem*, p. 406.

¹²²⁷(1995) 24 O.R. (3d) 109 (D.G.); conf. à (1996) 138 D.L.R. (4d) 1 (C.A. Ont.).

¹²²⁸Précitée, note 610.

¹²²⁹Voir également G. BEAUDOIN et W. TARNAPOLSKY, *op. cit.*, note 1055, p. 296.

d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Somerville*¹²³⁰, examinée ci-après au chapitre des dépenses des tiers. C'est aussi le point de vue de la Cour suprême des États-Unis qui, dans l'arrêt *Buckley c. Valeo*¹²³¹, s'était opposée à toute forme de restriction au discours politique qu'entraînait le plafonnement des dépenses des candidats et des partis¹²³². Cette conception libertaire du débat démocratique est défendue de deux façons distinctes. D'une part, invoquant des analyses empiriques, il est parfois avancé que les restrictions aux dépenses des partis favorisent les candidats sortants. Filip Palda suggère ainsi que les députés en place bénéficient au départ de l'appui d'un certain nombre d'électeurs, et que les autres candidats doivent dépenser davantage pour se faire connaître et recueillir un appui similaire¹²³³. Selon lui, «*[I]ncumbents favour limits because, on average, challengers get more return for the dollars they spend in election campaigns*»¹²³⁴. D'autre part, et de façon plus importante, l'opposition au plafonnement des dépenses électorales prend la forme d'une apologie de la liberté d'expression qui, en contexte politique, ne tolérerait aucune restriction. C'est le point de vue fermement défendu par la Cour suprême des États-Unis qui écrit:

«*[I]t is of particular importance that candidates have the unfettered opportunity to make their views known so that the electorate may intelligently evaluate the candidates' personal qualities and their position on vital public issues before choosing among them on election day.*

(...)

[M]ore fundamentally, the First Amendment simply cannot tolerate 608(a)'s restriction upon the freedom of a candidate to speak without legislative limit on behalf of his own candidacy» (je souligne)¹²³⁵.

Ce type d'argumentation à l'encontre du plafonnement des dépenses électorales fait, implicitement ou explicitement, appel à la conception classique de la liberté d'expression comme reposant sur l'idéal de «recherche de la vérité», réitérée à plusieurs reprises par la

¹²³⁰*Somerville c. Canada*, précité, note 610. Le juge MacLeod, de première instance, s'opposa à la validité des restrictions aux dépenses des tiers, notamment parce qu'elles visaient à renforcer les restrictions aux dépenses des partis, elle-mêmes jugées invalides par ce dernier.

¹²³¹Précité, note 1179.

¹²³²Pour un aperçu du débat doctrinal américain depuis l'arrêt *Buckley*, voir Lillian BeVIER, «Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform», (1995) 73 *Cal. Law Rev.* 1045.

¹²³³F. PALDA, *op. cit.*, note 1176, pp. 25 à 35.

¹²³⁴*Idem*, p. 25.

¹²³⁵*Idem*, p. 53-54.

Cour suprême dans divers contextes¹²³⁶. C'est, suivant cette perspective, grâce à la confrontation libre et publique des idées que les électeurs sont en mesure d'exercer de façon éclairée leur fonction de citoyen. Bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, le juge Rand écrivait dans le célèbre *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*¹²³⁷:

«L'Acte [de l'Amérique du Nord Britannique de 1867] prévoit un Parlement qui fonctionne sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion. Il ne peut y avoir aucun doute que ces institutions tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets politiques»¹²³⁸.

Cependant, et malgré l'indubitable importance de la libre discussion des idées pour la santé de la démocratie, la critique libertaire des limites aux dépenses des partis n'est pas sans comporter de failles. D'une part, quant à l'argument de l'économiste Palda relativement à l'avantage que procurerait aux députés sortants le plafonnement des dépenses¹²³⁹, il semble affaibli par ses propres conclusions à l'effet que l'impact des dépenses d'élection est décroissant au fur et à mesure que les dépenses augmentent¹²⁴⁰ et par le fait que les dépenses moyennes des candidats sont généralement bien en-deça de la limite autorisée. En d'autres termes, selon lui, peu de candidats dépenseraient plus s'ils étaient autorisés à le faire, et de telles dépenses seraient peu susceptibles de se traduire par des gains supplémentaires. Mais une telle hypothèse semble contredire l'expérience américaine récente avec un régime exempt de plafonnements qui a entraîné une escalade vertigineuse des coûts d'élection. Plus encore, les résultats des plus récentes élections au Congrès américain suggèrent que les sommes investies par les candidats ont une incidence réelle sur l'issue des élections¹²⁴¹. Par ailleurs,

¹²³⁶Voir les arrêts *Ford c. P.G. du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 765; *Irwin Toy c. P.G. du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, de même que *R. c. Keegstra*, précité, note 1068, 725 et suiv.

¹²³⁷[1938] R.C.S. 100.

¹²³⁸*Idem*, p. 133. Traduction tirée de Herbert MARX et François CHEVRETTE, *op. cit.*, note 920, pp. 1274-1275.

¹²³⁹Il en reconnaît d'ailleurs lui-même la faiblesse lorsqu'il écrit: «*It is quite possible that contrary to the preceding arguments, incumbents do not profit from limits*» (F. PALDA, *op. cit.*, note 1176, p. 37).

¹²⁴⁰*Idem*, p. 31-32.

¹²⁴¹Voir R. DWORKIN, *loc. cit.*, note 1172, qui souligne que, pour les élections sénatoriales de 1994, les vainqueurs ont dépensé en moyenne 4 566 452 \$, comparativement à 3 358 015 \$

au Canada, la Commission Lortie conclut dans son rapport que le plafonnement des dépenses d'élections depuis 1974 pour les élections fédérales ne s'est pas traduite par un déclin de la compétitivité du processus électoral, mais que, au contraire, le nombre de députés défaits a sensiblement augmenté pendant cette période¹²⁴².

Dans la même perspective, il faut également reconnaître la faiblesse de l'argument de «vérité» fondé sur le libre marché des idées en ce qui concerne les dépenses des partis et des candidats. Rien n'indique en effet qu'un plafond plus élevé ou une absence de limite permettrait d'apporter de *nouvelles* idées au débat. En toute vraisemblance, les partis seraient simplement en mesure de marteler leur message avec une force et une fréquence accrues. Il est sans doute vrai que la liberté de faire valoir un point de vue n'est jamais entièrement distincte de la possibilité d'en faire la promotion maximale. Mais l'argument fondé sur l'idée d'un choix «éclairé» semble s'opposer principalement à l'étouffement de points de vue et apparaît nettement plus faible pour justifier le droit de réitérer les mêmes idées de façon mécanique en une sorte de délire promotionnel (qui, de surcroît, n'est en définitive rien de plus qu'une tentative de monopoliser l'attention). Dans la mesure où le niveau des dépenses autorisées permet aux partis et aux candidats de communiquer effectivement leur message —rien n'indique que ce n'est pas le cas¹²⁴³— il n'y a pas de raisons de croire que les électeurs sont privés d'une information utile¹²⁴⁴.

Il existe, à l'inverse, de sérieux arguments en faveur d'un certain contrôle des dépenses d'élection par les partis et les candidats, dont les plus importants sont l'égalité et, de façon corollaire, l'accessibilité. L'égalité des candidats implique ce qu'on appelle parfois un

pour les perdants. La différence est encore plus marquée à la Chambre basse où les gagnants ont encouru des dépenses 1.86 fois supérieures à celles des perdants.

¹²⁴²Voir: CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, pp. 348-349.

¹²⁴³Suivant les chiffres fournis par le professeur Palda à partir des rapports du directeur général des élections, aucun des trois grands partis fédéraux n'a, de 1979 à 1988, dépensé la totalité des sommes permises. Voir F. PALDA, *op. cit.*, note 1176, p. 9.

¹²⁴⁴Dans l'affaire *Libman c. Le procureur général du Québec*, [1992] R.J.Q. 2141 (C.S.); [1995] R.J.Q. 2031 (C.A.); permission d'appeler accordée à [1996] 2 R.C.S. viii, sur laquelle je reviendrai plus loin, la Cour d'appel du Québec reconnaissait au contraire que le plafonnement des dépenses contribuait à l'établissement d'un contexte favorable à l'exercice d'un vote éclairé (voir les propos du juge Brossard à la p. 2030) en protégeant les citoyens d'un envahissement publicitaire de toutes parts (voir les propos du juge Bisson à la p. 2023).

«*level playing field*», c'est-à-dire une arène électorale délimitée de façon à ne pas conférer un avantage indu à celui qui dispose de moyens économiques plus importants. Comme le souligne avec approbation le juge Somers dans un autre contexte, «*[u]nder the Act, the electoral process in Canada is not a free-for-all but a finely tuned operation aimed at producing an election that is both free and fair*»¹²⁴⁵. Cette idée d'un «*level playing field*» est la même qui nous pousse, par exemple, à nous objecter à ce qu'une partie à un litige puisse retenir l'attention d'un tribunal jusqu'à l'épuisement des ressources financières de son adversaire. Si l'on accepte qu'un certain équilibre doit être recherché entre le droit de se faire entendre et l'égalité des justiciables, ne doit-on pas appuyer une tentative similaire dans le domaine politique?

La question de l'égalité soulève par ailleurs celle de l'accessibilité. À cet égard, il importe de rappeler qu'une absence de limite aux dépenses d'élection serait préjudiciable non seulement aux moins nantis, mais, du même souffle, aux membres des minorités et aux femmes dont la place sur l'échelon économique est généralement moins avantageuse. On a ainsi vu que l'exclusion systémique des femmes est avancée comme un des motifs justifiant le financement public des dépenses électorales. Dans le même ordre d'idées le plafonnement des dépenses est justifié comme permettant, en lui-même, une forme similaire d'équilibre économique¹²⁴⁶, et également comme mesure nécessaire à l'efficacité du financement public des dépenses d'élection. Du point de vue de l'égalité, il est en effet vain de financer les candidats si aucune limite n'est placée aux dépenses pouvant être encourues. Cette dimension du plafonnement des dépenses ouvre ainsi la porte à l'argument démocratique fondé sur le pluralisme. La limitation des dépenses d'élection, combinée avec une aide financière aux candidats, constituent ainsi des moyens de permettre une représentation politique plus équitable et plus diversifiée, s'appuyant ainsi sur des valeurs qui sont désormais profondément implantés dans notre tradition politique et philosophique.

¹²⁴⁵*Thomson Newspapers Co. c. Canada*, précitée, note 1227, 146 (D.G.). Il s'agissait en l'occurrence d'une contestation de l'interdiction de publier les résultats d'un sondage à caractère politique dans les jours précédant immédiatement l'élection. Le tribunal considéra qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable à la liberté d'expression et dont le but principal était de permettre aux partis de répondre à des sondages malicieux ou erronés. La Cour d'appel entérina ce point de vue et confirma la décision.

¹²⁴⁶Voir en ce sens CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, pp. 347-348.

La critique la plus sérieuse que l'on puisse, à mes yeux, adresser au régime actuel (fédéral ou québécois) de contrôle des dépenses est plutôt son manque de rigueur. Certains estiment, par exemple, à 18 millions les dépenses réelles du Parti Conservateur aux élections de 1988, contrairement aux 8 millions officiellement déclarés (et représentant 98.9 % des dépenses autorisées)¹²⁴⁷. Ce décalage important s'expliquerait par certains «trous» dans le contrôle des dépenses, notamment par le fait que les dépenses antérieures à la période électorale officielle ne sont pas considérées et le fait que certaines dépenses importantes comme les coûts des sondages servant à établir la stratégie électorale n'ont pas à être comptabilisées¹²⁴⁸. Or ces «trous» favorisent principalement le parti au pouvoir qui décide de la date des élections et est ainsi en mesure de démarrer la campagne bien avant que celle-ci soit officiellement amorcée¹²⁴⁹. Ces défaillances ne sauraient toutefois, à mon avis, justifier que l'on mette de côté le plafonnement des dépenses, du moins en l'absence de preuve à l'effet que cet avantage dont bénéficie le parti au pouvoir serait imputable ou accru *en raison* du régime de plafonnement¹²⁵⁰ qui constitue un élément clé de la confiance des citoyens dans le processus électoral.

2. les limites aux dépenses des tiers

Parallèlement au plafonnement des dépenses des partis et des candidats, les lois électorales canadienne et québécoise instaurent un régime, plus controversé, de contrôle des dépenses des tiers¹²⁵¹. Le but du contrôle des dépenses électorales des tiers est

¹²⁴⁷Charlotte GRAY, «Purchasing Power», dans Gregory MAHLER et Roman MARCH (dir.), *Canadian Politics 91/92*, Connecticut, The Duskin Publishing Group, 1991, pp. 123-125.

¹²⁴⁸Sur les dépenses non réglementées au niveau fédéral, voir W. T. STANBURY, *op. cit.*, note 1171, pp. 412 à 424.

¹²⁴⁹Il est, de surcroît, en mesure de synchroniser l'annonce de programmes particulièrement populaires avec le début de la campagne. Il utilise aussi toute la visibilité que peut lui procurer ses diverses fonctions.

¹²⁵⁰C'est là, comme je l'ai indiqué plus haut, la suggestion avancée par le professeur Palda, mais dont l'analyse est contredite par des études empiriques récentes (voir: Keith HEITZMAN, «Les luttes électorales, les dépenses d'élection et l'avantage du député sortant», dans Leslie SEIDLE (dir.), *op. cit.*, note 1198, p. 109).

¹²⁵¹Une restriction similaire aux dépenses des tiers existe également en Saskatchewan (*Election Act*, R.S.S. (1978), c. E-6, art. 231), au Nouveau-Brunswick (*Political Process Financing Act*, S.N.B. 1978, c. P-9.3, art. 77) et en Nouvelle-Écosse (*Election Act*, R.S.N.S., c. 140, art. 145).

essentiellement d'assurer que l'équilibre économique que vise à établir le plafonnement des dépenses des partis et des candidats ne soit pas rendu illusoire par l'appui partisan provenant des éléments plus fortunés de la société. Cet objectif a ainsi une double facette puisqu'il vise à la fois à maintenir l'équilibre entre les partis, de même qu'entre les citoyens, en ne permettant pas à ceux qui disposent de plus de moyens d'envahir l'espace public.

Au Québec, les articles 402 et 413 de la *Loi électorale* imposent une interdiction absolue, pendant la période électorale, à l'égard des dépenses qui visent *directement ou indirectement* à favoriser un parti ou un candidat. En ce qui concerne les élections fédérales le contrôle des dépenses des tiers a connu une évolution en dents de scie. Donnant suite aux recommandations du Rapport Barbeau de 1966, le Parlement décida en 1974 d'interdire, pendant la période électorale, les dépenses encourues par des tiers dans le but de contrer ou d'appuyer directement un parti ou un candidat¹²⁵². Une exception permettait toutefois les dépenses engagées «de bonne foi» pour défendre un point de vue ou une cause et non pour soutenir directement un candidat ou un parti (ou s'y opposer)¹²⁵³. Cependant, l'impossibilité de faire appliquer cette exception sans ouvrir la porte à tous les abus mena à son abrogation en 1983¹²⁵⁴.

La résultante, soit la prohibition de toute dépense visant à appuyer ou à opposer directement un candidat ou un parti, fut déclarée inconstitutionnelle par la Cour du Banc du Roi de l'Alberta dans l'affaire *Coalition nationale des citoyens c. Canada*¹²⁵⁵. Constatant l'atteinte portée à la liberté d'expression des citoyens, la Cour porta essentiellement son attention sur le problème de la vulnérabilité des candidats à des attaques provenant de tiers (en particulier de groupes communément appelés aux États-Unis «*political action committees*»). Les candidats voyant leurs dépenses limitées, il serait injuste, selon la Cour, de permettre à des tiers de dépenser de façon illimitée et de monter ainsi des attaques auxquelles il ne serait pas possible de répliquer adéquatement. La Cour ne porta qu'une attention secondaire à l'objectif de maintenir l'équilibre des forces entre les partis, et ignora, à toutes fins pratiques, la question de l'égalité entre les citoyens dont les moyens économiques varient

¹²⁵²*Loi sur les dépenses d'élections*, précitée, note 327, art. 2 et 12.

¹²⁵³*Idem*.

¹²⁵⁴*Loi (n° 3) modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C. 1980-81-82-83, c. 164, art. 14.

¹²⁵⁵(1984) 11 D.L.R. (4d) 481.

considérablement. Selon le tribunal, le tort causé par les dépenses des tiers n'avait pas été suffisamment établi pour justifier une restriction aussi grave à la liberté d'expression politique¹²⁵⁶.

La disposition ne fut donc pas appliquée par le directeur des élections aux élections fédérales suivantes (de 1984 et 1988)¹²⁵⁷. Lors des élections de 1988, qui furent l'occasion du débat sur le libre échange, on vit ainsi exploser la publicité par les groupes de pression favorables ou défavorables au libre échange. Les sommes dépensées par des tiers auraient ainsi dépassé les dix millions¹²⁵⁸. À elle seule, la *Canadian Alliance on Trade and Job Opportunities* aurait dépensé cinq millions, dont trois peu avant le début officiel de la campagne et deux millions pendant son déroulement¹²⁵⁹. L'impression qui en résulta dans l'opinion publique fut que le processus électoral avait été injustement biaisé, ce qui amena la Commission Lortie à proposer une modification à la *Loi électorale*. En 1993, l'article 259.1 venait ainsi limiter à 1 000\$ par individu les sommes pouvant être dépensées pour de la publicité visant à contrer ou à favoriser directement un parti ou un candidat en particulier¹²⁶⁰.

¹²⁵⁶Pour une critique de cette décision, voir Janet HIEBERT, «Fair Elections and Freedom of Expression Under the Charter», (1989-90) 24 *Revue d'études canadiennes* 72.

¹²⁵⁷Dans l'affaire *Riddell c. Hamel*, [1989] 2 C.F. 434, le président de campagne d'un candidat avait sollicité un jugement déclaratoire portant que la disposition déclarée invalide dans *National Citizen's Coalition* était conforme à la Constitution. La requête fut rejetée au double motif que la preuve fournie au tribunal ne démontrait pas l'existence d'un problème suffisamment important et que l'avis au procureur général n'avait pas été envoyé.

¹²⁵⁸C. GRAY, *loc. cit.*, note 1247, 125. Certains avancent des chiffres beaucoup plus conservateurs mais néanmoins impressionnants. Selon Janet Hiebert, les groupes favorables au libre-échange auraient déversé près de 4 millions, comparativement à près de 900 000 \$ pour les opposants [J. HIEBERT, «Les groupes d'intérêt et les élections fédérales canadiennes», dans L. SEIDLE (dir.), *Les groupes d'intérêt et les élections au Canada*, vol. 2 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 3, à la p. 25].

¹²⁵⁹F. PALDA, *op. cit.*, note 1176, p. 77.

¹²⁶⁰*Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, précitée, note 870, art. 112. On note cependant que cette disposition, en ne visant que les appuis *directs* aux partis et aux candidats, ne s'attaque pas au mal diagnostiqué par la Commission Lortie suite aux élections de 1988 (l'appui au libre-échange) et n'est pas conforme aux recommandations de celle-ci qui visaient autant les appuis directs qu'*indirects*. Voir l'art. 353 du projet de loi modèle proposé par la Commission [CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 1120].

Le plafonnement aux dépenses des tiers fut attaqué à nouveau avec succès par la Coalition nationale des citoyens dans l'affaire *Somerville c. Canada*¹²⁶¹. Tant en première instance qu'en appel on jugea qu'il y avait atteinte injustifiée à la liberté d'expression, à la liberté d'association¹²⁶², et au droit des électeurs de voter de façon éclairée après avoir été exposés à l'ensemble des points de vue. Bien que le constat d'atteinte aux droits mentionnés et, en particulier, à la liberté d'expression, semblait inéluctable, la lecture purement négative qui est faite (par les deux tribunaux) de la disposition soulève à mes yeux certaines critiques. En effet, si le plafond de 1 000 \$ limite l'expression des citoyens, il permet du même souffle à une multitude d'individus de s'exprimer en sachant que leur voix ne sera pas complètement enterrée sous le tintamarre des groupes de pression et d'autres individus ou groupes mieux nantis. En d'autres termes, il est loin d'être clair que cette mesure ait un effet purement négatif sur le débat électoral et la liberté d'expression considérée du point de vue de l'ensemble des citoyens.

Abordant la question de la justification du plafonnement des dépenses des tiers sous l'article 1 de la *Charte*, il est significatif qu'aucun des deux tribunaux n'ait voulu reconnaître l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier une limitation à la liberté d'expression politique. En première instance, le juge MacLeod souligna que la mesure était simplement le corollaire des dispositions limitant les dépenses des candidats et des partis, elles-mêmes contraires à la *Charte* (sans toutefois expliquer en quoi et dans quelle mesure exactement). D'autre part, selon lui, la preuve ne montrait pas que les dépenses des tiers affectent d'aucune manière le vote des citoyens. Ce dernier motif constitue d'ailleurs un élément central du raisonnement de la Cour d'appel, qui souligne la faiblesse de la preuve empirique à cet égard. Mais la Cour va plus loin. Même si les dépenses publicitaires des tiers avaient un impact significatif sur le résultat électoral, on ne saurait, dit-elle, être justifié à les limiter:

«An important justification for the Charter guarantees of free expression and association, and an informed vote, is the need in a democracy for citizens to participate in and affect an election. It follows that there can be no pressing and

¹²⁶¹Précitée, note 610.

¹²⁶²La loi interdisait en effet le cumul des sommes pour empêcher que ne soit contourné le plafond de 1 000 \$ imposé aux tiers.

substantial need to suppress that input merely because it might have an impact» (je souligne)¹²⁶³.

Mais le raisonnement de la Cour d'appel semble contradictoire ou incomplet. En effet, soit que les dépenses des tiers n'ont aucune incidence sur le résultat du vote; dans ce cas la limite imposée par la loi —qui n'est pas un bâillon mais un plafonnement des dépenses à 1 000 \$— constitue une entorse relativement bénigne à la liberté d'expression. La dimension de la liberté d'expression qui serait alors particulièrement en jeu, soit l'épanouissement personnel de celui qui s'exprime, ne serait que très peu affectée, chacun pouvant s'exprimer publiquement et distribuer des tracts ou faire passer un message à la radio locale. Ceux qui désirent exercer une influence plus significative sur les élections peuvent se porter candidat (de façon indépendante ou au sein d'un parti) et pourront alors bénéficier des subsides de l'État pour communiquer leur message. Mais, dans l'hypothèse où les dépenses des tiers seraient sans incidence mesurable, leur plafonnement à 1 000 \$ ne constituerait qu'une entorse symbolique, qui pourrait alors se justifier par l'objectif de maintenir la confiance des électeurs dans un système électoral qui apparaît équitable¹²⁶⁴, ou encore par celui d'empêcher une cacophonie électorale peu propice à la réflexion¹²⁶⁵.

¹²⁶³*Somerville c. Canada*, précitée, note 610, 65 (D.G.).

¹²⁶⁴Dans l'affaire *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, précitée, note 1227, la Cour d'appel de l'Ontario écrit en ce sens, au sujet de l'interdiction de publier des sondages dans les quelques jours précédant l'élection:

«It is surely a substantial and pressing objective to respond to wide-spread perceptions that opinion surveys can be distorting and that response time is needed to avoid that danger, all in aid of creating a level playing field at that critical point in the electoral process.

In fewer words, a fair election is essential, and efforts directed to that purpose cannot be termed insubstantial» (*Idem*, p. 10).

La Cour répondait ainsi à l'argument voulant que l'interdiction ne pouvait être justifiée en l'absence d'une preuve claire des effets néfastes de la publication de sondages à la veille de l'élection.

¹²⁶⁵Je rappelle ici les propos du juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Butler* (précité, note 1075, 504), à l'effet que, bien que le mal que la loi cherche à empêcher doive être important, il n'est pas nécessaire d'établir que celui-ci se produirait nécessairement en l'absence de la mesure législative attaquée. En d'autres termes, dès lors que l'objectif poursuivi est important, une simple «appréhension raisonnable» suffit pour justifier l'intervention du législateur.

Soit, au contraire, que les dépenses de tiers ont, conformément à leur objectif même, réellement un effet sur le résultat du scrutin, auquel cas il faut se demander s'il est juste de permettre aux mieux nantis d'avoir une influence prépondérante sur le processus électoral. À l'exception du juge Kerans qui, dans une opinion concordante, soulève la question sans y répondre, les autres juges de la Cour d'appel omettent complètement de confronter ce qui constitue clairement, à mes yeux, le problème central du litige. On connaît, à cet égard, la position de la Cour suprême des États-Unis. Selon elle, «*the concept that the government may restrict the speech of some elements in our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the first amendment*»¹²⁶⁶. La question est de savoir si cette réponse nous apparaît satisfaisante et conforme aux valeurs sur lesquelles notre communauté politique repose¹²⁶⁷.

Du point de vue de la philosophie politique, la décision de la Cour d'appel s'inscrit directement dans le courant populiste qui prévaut actuellement dans l'Ouest canadien et qui se manifeste particulièrement à travers une certaine hostilité à l'égard des partis politiques, lesquels ont tendance à être perçus comme des organisations plus ou moins corrompues et vouées à la seule quête du pouvoir comme fin en soi. Parlant en son nom et au nom du juge Harradence, le juge Conrad écrit d'ailleurs que le régime contesté:

«rests on the assumption that political parties play the paramount role in Canadian Parliamentary democracy, and that while third parties or interest groups also have a role to play, it is a lesser one. In short, I conclude that third party spending limits

¹²⁶⁶*Buckley c. Valeo*, précité, note 1179, 48-49. Dans cette affaire, la Cour, qui déclara invalide les restrictions aux dépenses des candidats, accepta un certain plafonnement aux contributions privées pour endiguer la corruption, à la condition toutefois que les citoyens demeurent entièrement libres d'encourir des dépenses visant à supporter publiquement un parti ou un candidat. Voir également la récente affaire *Colorado Republican Federal Campaign Committee and Douglas Jones c. Federal Election Commission*, 518 U.S. —; (1996) 135 L. Ed. (2d) 795, où la Cour réaffirma son objection aux mesures visant à restreindre les dépenses d'élection (en l'occurrence, les dépenses des partis politiques).

¹²⁶⁷Bien que la Cour d'appel de l'Alberta n'endosse pas expressément le point de vue exprimé par la Cour suprême des États-Unis, il est difficile de comprendre autrement son objection à la limite de 1 000 \$ qui équivaut, selon elle, à un empêchement total de mener une campagne publicitaire d'envergure nationale. La position de la Cour à cet égard est que quiconque dispose des ressources et de l'intérêt nécessaire pour une telle campagne ne peut constitutionnellement en être empêché. Pour une position contraire, voir: Desmond MORTON, «Should Elections Be Fair or Just Free?», dans David SCHNEIDERMAN (dir.), *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Thomson Professional Publishing, 1991, p. 462.

are primarily aimed at preserving an electoral system which gives a privileged voice to political parties and official candidates within those parties»¹²⁶⁸.

Cet énoncé, qui se veut incontestablement une critique, repose sur une certaine conception procédurale populiste de la démocratie, qui fait de la démocratie populaire ou directe l'idéal type auquel il convient en toute circonstance d'essayer de se conformer. Les structures partisanes, comme l'institution parlementaire elle-même, constituent une sorte de «mal nécessaire» avec lequel on doit au mieux composer, mais qui ne sauraient primer sur la mythique souveraineté populaire sans compromettre irrémédiablement la liberté individuelle.

Par ailleurs, le modèle libertaire du débat électoral qui y est défendu n'est pas perçu comme dangereux au plan de l'égalité dans la mesure où tout apport d'information, peu importe sa provenance et la fréquence avec laquelle il est exposé publiquement, est jugé comme contribuant à éclairer le débat dans un sens qui ne peut que favoriser la «découverte objective de la vérité». À l'opposé, l'approche pluraliste, davantage sensible à l'égalité des citoyens, implique plus ou moins expressément la négation même du concept de «vérité politique». Suivant cette optique, que l'on peut qualifier de relativiste, le jugement politique (entre autres) résulte de la rencontre de perspectives diverses, de sorte que l'égalité requiert une structure électorale dans laquelle certains points de vue ne sont pas présentés de façon disproportionnée aux autres points de vue¹²⁶⁹. De surcroît, cet équilibrage des possibilités

¹²⁶⁸*Somerville c. Canada*, précité, note 610, 263 (C.A.).

¹²⁶⁹Il est révélateur que, adoptant une perspective libertaire, la Cour d'appel dans l'affaire *Somerville* évacue complètement la question de l'égalité des citoyens relativement à l'expression politique. Elle ne réfère en fait qu'une seule fois à la notion d'égalité, et ce en référence non pas à l'égalité des citoyens désireux de contribuer au débat, mais plutôt à la question de l'égalité des partis que cherche à établir le plafonnement des dépenses des partis et des candidats (non contesté dans cette affaire). Le juge Conrad écrit à cet égard:

*«Spending limits upon candidates can be said to be aimed at the fairness or level playing field between candidates and parties vying for election. To aim for equality or equity between the contestants may be fair. It has also been held to be fair to ensure that parties with a chance of forming the next government be heard. It may also be fair to ensure that costs do not escalate to such a point that candidates spend all their time raising funds instead of communicating. But that is not the objective here. This legislation bans input. This is a case where the objective of the legislation is not trying to balance expenditures of outside groups, the press and parties. Rather, one is led to conclude that the very aim or purpose of this legislation is to ensure that third parties cannot be heard in any effective way and that political parties are entitled to preferential protection» (*Somerville c. Canada*, précité, note 610, 74. je souligne).*

d'exprimer sa vision politique est nécessaire pour réaliser l'objectif distinct qui consiste à s'assurer que le gouvernement n'accorde pas une importance démesurée aux intérêts de ceux qui disposent de moyens publicitaires importants. Comme le souligne Dworkin, l'égalité politique «*supposes that members of a political community are entitled to the same concern and respect of their government as the more powerful have secured for themselves*»¹²⁷⁰.

À cet égard, la position des tribunaux québécois semble plus favorable à une réglementation du processus électoral, notamment en ce qui a trait au contrôle des dépenses. À ce jour, le régime québécois, qui impose des restrictions nettement plus sévères que la loi fédérale (l'interdiction imposée aux tiers vise *toute* dépense¹²⁷¹ visant à appuyer ou opposer, *directement ou indirectement*, un parti ou un candidat) n'a pas encore fait l'objet d'une contestation judiciaire. Toutefois, un régime similaire s'appliquant à la tenue de référendums consultatifs a été attaquée dans l'affaire *Libman c. Le procureur général du Québec*¹²⁷².

Le régime mis en place par la *Loi sur la consultation populaire*¹²⁷³ confie aux députés la formation de deux comités nationaux (communément appelés «comités parapluies») appuyant ou opposant la mesure soumise à l'approbation populaire¹²⁷⁴. Ces comités permettent ainsi, notamment, de contrôler les dépenses encourues en faveur de chacune des deux options et d'assurer ainsi un certain équilibre des forces en présence. Les individus désirant défendre une option peuvent oeuvrer au sein d'un des deux comités, ou constituer un «groupe affilié», assujéti aux règlements du comité conformément à l'article 24 de la Loi. Toutefois, ceux qui désirent faire cavalier seul ne sont autorisés à encourir aucune dépense autre que celles prévues à l'article 404 de la *Loi électorale*, tel que modifié par la *Loi sur la*

¹²⁷⁰R. DWORKIN, *op. cit.*, précité note 534, p. 199. Traitant explicitement du problème des dépenses des tiers dans le contexte électoral, il écrit:

«*[W]hen wealth is unfairly distributed and money dominates politics, then, though individual citizens may be equal in their vote and their freedom to hear the candidates they wish to hear, they are not equal in their own ability to command the attention of others for their own candidates, interests and convictions*» (*loc. cit.*, note 1172, 23).

¹²⁷¹Sous réserve des exceptions, relativement mineures, prévues à l'art. 404 de la *Loi électorale* du Québec.

¹²⁷²Précitée, note 1244.

¹²⁷³L.R.Q., c. C-64.1.

¹²⁷⁴*Idem*, art. 23.

*consultation populaire*¹²⁷⁵, soit, essentiellement, des dépenses personnelles de déplacement, ainsi qu'une somme de 600 \$ pour la tenue d'une réunion. Refusant de s'affilier à l'un des deux comités nationaux et souhaitant plutôt mener une campagne invitant au boycott du référendum, M. Libman contestait donc ce régime¹²⁷⁶.

La position adoptée par les tribunaux québécois, tant en première instance qu'en appel, tranche radicalement avec le point de vue défendu par leurs homologues albertains dans les affaires *Coalition nationale des citoyens*¹²⁷⁷ et *Somerville*¹²⁷⁸. Aucun des juges, ni même d'ailleurs le plaignant, ne mit en doute la suffisance de l'objectif poursuivi, soit, selon les termes du premier juge: «celui de tenter de donner aux deux options des moyens comparables de s'exprimer et d'empêcher que les plus puissants, par un barrage publicitaire, s'approprient un résultat favorable»¹²⁷⁹. La seule question était de savoir si les moyens accordés aux tiers pour s'exprimer étaient excessivement limitatifs. Seul le juge Brossard, dissident en Cour d'appel, répond par l'affirmative. Il est cependant révélateur qu'il prend pour exemple d'une mesure moins contraignante (et qui serait donc valide) le plafond de 1 000 \$ imposé par la loi fédérale et déclaré inconstitutionnel par les tribunaux albertains.

Cette décision ne saurait toutefois nous faire présumer de la validité du régime électoral québécois, qui se distingue du régime référendaire à plusieurs égards. D'une part, l'interdiction absolue, c'est-à-dire visant les appuis directs et *indirects*, semble plus facile à justifier (et à appliquer) dans le cas d'un référendum où l'on fait face à une alternative simple entre deux positions¹²⁸⁰. D'autre part, l'autorisation d'une dépense référendaire de 600 \$

¹²⁷⁵Voir les dispositions reproduites à l'Appendice II de la *Loi sur la consultation populaire (Idem)*.

¹²⁷⁶Il invoquait à cet égard les art. 2b), 2c), 2d), 3 et 15 de la *Charte canadienne*, mais le problème fut analysé exclusivement sous l'angle de la liberté d'expression. Quant au droit de vote, celui-ci ne s'applique clairement pas à une procédure référendaire (voir à cet égard l'arrêt *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 831).

¹²⁷⁷*Coalition nationale des citoyens c. Canada*, précitée, note 1255.

¹²⁷⁸*Somerville c. Canada*, précitée, note 610.

¹²⁷⁹*Libman c. Le procureur général du Québec*, précitée, note 1244, 2147.

¹²⁸⁰Dans son rapport sur les élections fédérales, la commission Lortie s'est opposée à une interdiction totale de dépenser en ce qui concerne les tiers, suggérant plutôt un plafonnement. Voir: Voir en ce sens CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 365.

pour la tenue d'une assemblée n'a pas son équivalent sous le régime électoral, qui pourrait à cet égard s'avérer excessivement restrictif pour les tiers. Par ailleurs, le fait que le baillon imposé aux tiers pendant la période électorale s'appuie, au Québec, sur un objectif supplémentaire, soit l'intégrité des limites imposées aux contributions faites aux partis politiques¹²⁸¹, ne justifie cependant pas une interdiction totale de dépenser.

Quelles que soient, cependant, les distinctions entre le régime référendaire et électoral québécois, ou entre les lois électorales québécoise et canadienne, il est clair que l'attitude respective des tribunaux albertains et québécois opposent deux visions profondément différentes de la démocratie électorale et de la *Charte*. L'une, dans son interprétation de la *Charte*, place la liberté au-dessus de toute considération concurrente. L'autre introduit, ne serait-ce qu'au niveau de l'article premier, la possibilité d'opposer à une liberté formelle (et souvent dominatrice) l'égalité concrète des citoyens. La première défend une version populiste du modèle procédural sans accepter de compromis. La seconde ouvre la porte à un tel compromis, laissant au législateur l'option de chercher un équilibre entre les valeurs conflictuelles qui sous-tendent notre démocratie parlementaire, tout en préservant la possibilité d'une intervention judiciaire.

Section 2.2 - L'accès aux médias

La dernière question dont je voudrais traiter en ce qui concerne l'éligibilité est le problème de l'accès aux médias, et plus spécifiquement aux médias électroniques. Pour des raisons évidentes, je n'entends pas aborder la question plus large de la liberté de presse dans ses rapports avec la démocratie électorale, ce qui commanderait une toute autre étude. Je veux plutôt discuter d'un problème qui a soulevé un certain débat jurisprudentiel, soit la réglementation du «temps d'antenne» accessible aux partis politiques pour véhiculer leurs messages partisans pendant la période électorale.

¹²⁸¹Un tel objectif ne peut être invoqué par le Parlement pour la simple raison que celui-ci n'a pas cru bon de limiter les contributions aux caisses des partis. Voir en ce sens la position de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Somerville c. Canada*, précité, note 610.

Pour des raisons relevant du partage des compétences, seul le Parlement a l'autorité constitutionnelle pour réglementer directement la radiodiffusion¹²⁸². Bien que les provinces puissent, de leur côté, réglementer l'activité des partis politiques provinciaux et, sous réserve de la *Charte*, prescrire le temps et la manière suivant laquelle ceux-ci utilisent les médias électroniques¹²⁸³, elles ne pourraient toutefois pas établir une réglementation plus extensive qui imposerait des contraintes directes aux diffuseurs¹²⁸⁴. Sans doute pour ce motif, les lois électorales provinciales se préoccupent peu de la question, s'en remettant à la réglementation fédérale¹²⁸⁵.

¹²⁸²Voir à cet égard: *Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; de même que, notamment, *Capital Cities Communication c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141.

¹²⁸³La loi ontarienne interdit ainsi aux candidats et aux partis de faire de la publicité radiodiffusée en dehors des trois semaines précédant le jour du scrutin (*Loi sur le financement des élections*, L.R.O. 1990, c. E.7). Une telle réglementation qui s'adresse directement aux partis et non aux diffuseurs serait valide suivant les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Procureur général du Québec c. Kellogg*, [1978] 2 R.C.S. 211 et *Irwin Toy c. Le procureur général du Québec*, précité, note 1236.

¹²⁸⁴Voir, *a contrario*, les arrêts *Kellogg* et *Irwin Toy* mentionnés ci-dessus. Dans cette optique, on peut s'interroger sur la validité de l'art. 423 de la *Loi électorale* du Québec qui autorise les diffuseurs à accorder du temps d'antenne gratuit à condition qu'un octroi équivalent soit offert aux autres candidats de la même circonscription ou aux autres chefs de parti. Une telle norme impose en effet une contrainte directe au diffuseur et constituerait ainsi un empiètement sur la compétence fédérale exclusive à l'égard de ceux-ci. Il en irait de même de l'art. 421 qui impose aux diffuseurs l'obligation de mentionner, au début ou à la fin de la publicité, le nom de l'agent officiel qui l'a commandée.

¹²⁸⁵De façon générale, le para. 10 (1) e) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11, autorise le C.R.T.C. à:

«fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion d'émissions y compris les messages publicitaires et annonces de nature partisane, ainsi que la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats».

Sur la base de cette habilitation le C.R.T.C. a adopté un règlement prescrivant que:

«Au cours d'une période électorale, le titulaire doit répartir équitablement entre les différents partis politiques accrédités et les candidats rivaux représentés à l'élection ou au référendum le temps consacré à la radiodiffusion d'émissions, d'annonces ou d'avis qui exposent la politique d'un parti» [*Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, (1987) 120 *Gaz. Can.* II, 336, art. 8.

À ma connaissance l'application du règlement fédéral dans le cadre d'élections provinciales n'a jamais été contestée. Il faudrait alors se demander si les propos du juge Cartwright dans l'arrêt *McKay c. la Reine*, [1965] R.C.S. 798, à l'effet que les normes provinciales relatives à

Le Parlement a, de son côté, jugé qu'il était nécessaire, considérant l'importance du rôle des médias électroniques dans les campagnes électorales, d'encadrer l'utilisation qui pouvait être faite de ces médias par les partis politiques. C'est ce régime, mis en place en 1974, que je veux examiner ici à travers la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Alberta qui l'a déclaré invalide en partie dans un arrêt rendu en 1995, l'affaire *Reform Party of Canada c. Canada*¹²⁸⁶.

— *le régime prévu à la Loi électorale du Canada*

Le régime mis en place par la *Loi électorale du Canada* est un régime assez complexe qui, d'une part, réglemente le temps d'antenne pouvant être acheté par les partis politiques et qui, d'autre part, prévoit un certain temps devant être octroyé aux partis à titre gratuit.

En ce qui concerne le temps "achetable", la Loi crée un régime séparé pour les anciens partis, c'est-à-dire ceux qui ont participé aux élections générales précédentes, et les nouveaux partis. Pour les anciens partis, l'article 307 impose à chaque radiodiffuseur l'obligation de mettre à la disposition de ceux-ci six heures et demie d'antenne aux heures de grande écoute. Ce temps peut être réparti entre les partis concernés selon l'accord unanime de ceux-ci ou, à défaut d'accord, par un arbitre [paragraphe 309 (3)] en fonction des critères suivants, basés sur les élections générales précédentes: premièrement, le pourcentage de sièges obtenus; deuxièmement, le pourcentage de voix obtenues; et, troisièmement, de façon moindre, le nombre de candidats présentés [paragraphe 310 (1)]. En cas d'inéquité, l'arbitre dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire [paragraphe 310 (4)]. En vertu de l'article 320, aucun autre temps ne pourra être acheté par les partis politiques, et les partis ne peuvent diffuser à partir d'une station située à l'étranger (article 303). De son côté, chaque nouveau parti a droit d'acheter l'équivalent de l'allocation la plus faible attribuée à un ancien parti, jusqu'à concurrence de six minutes, et de façon à ce que l'ensemble du temps alloué aux nouveaux

l'affichage public ne peuvent s'appliquer à une publicité électorale fédérale, seraient applicables *mutatis mutandi* au règlement du C.R.T.C. dans le contexte d'élections provinciales. Cependant, en tenant pour avéré que les provinces ne peuvent réglementer directement l'activité des diffuseurs même en période électorale, il faut sans doute reconnaître au Parlement la compétence pour le faire.

¹²⁸⁶Précitée, note 1048.

partis ne dépasse pas 39 minutes (article 311). Ce temps est obligatoirement mis à leur disposition par les diffuseurs et s'ajoute aux six heures et demi que ceux-ci doivent mettre de côté pour les anciens partis.

D'autre part, la Loi prévoit qu'un certain temps devra être offert à titre gratuit aux partis politiques (anciens et nouveaux) par chacun des grands diffuseurs (article 316). Ce temps, dont le total doit équivaloir au moins au temps donné gratuitement lors des dernières élections, est attribué en donnant deux minutes à chaque parti, et en répartissant le reste suivant la proportion établie pour le temps d'antenne achetable. Les diffuseurs peuvent octroyer plus de temps gratuit, à condition de l'offrir à l'ensemble des partis suivant cette même proportion (en pratique, aucun temps supplémentaire gratuit n'est octroyé).

Quel que soit l'objectif de ce régime (ce dont il sera discuté ci-après), il est clair qu'il fournit aux grands partis traditionnels un espace médiatique nettement plus important qu'aux nouveaux partis, quelle que soit leur importance ou leur popularité. Il fournit également un avantage aux partis d'envergure nationale, dans la mesure où un parti régional comme le Bloc Québécois ne peut compenser le temps inutilisé auquel il a droit dans le reste du pays en demandant plus de temps au Québec. Se plaignant ainsi de ne pouvoir dépenser à sa guise son budget électoral, le Reform Party contesta en 1992 le régime de la *Loi électorale du Canada*.

— *l'affaire Reform Party of Canada*

Une des caractéristiques remarquables de l'affaire *Reform Party* est que les six juges s'étant prononcés sur le régime s'accordent pour y voir une violation de la *Charte*, mais ne s'entendent pas sur la cause de la violation, l'étendue de l'invalidité, et les droits constitutionnels impliqués ou leur interprétation. Selon le premier juge, c'est la formule d'allocation prévue à l'article 310 qui heurte la Constitution en favorisant les partis établis. Pour trois des cinq juges de la Cour d'appel, cette disposition ne pose aucun problème. C'est plutôt l'interdiction d'acheter ou de recevoir gratuitement du temps supplémentaire (article 319 et 320) qui doit être écartée. Finalement, pour les deux juges dissidents, c'est l'ensemble des articles 303, 307, 310, 316, 319 et 320 qui succombe à un examen fondé sur la *Charte*.

Ces dissensions quant au résultat ne sont pas surprenantes lorsque l'on considère les interprétations divergentes données aux diverses garanties constitutionnelles invoquées¹²⁸⁷. Pour le premier juge, l'invalidité du régime d'allocation repose sur la liberté d'expression qui interdit à l'État d'accorder un traitement préférentiel au message d'un parti, au détriment des autres. Par ailleurs, l'article 3 ne saurait être invoqué puisqu'il ne protégerait, selon lui, que les individus, et non les partis politiques.

L'approche de la majorité en Cour d'appel contraste avec celle du premier juge. La liberté d'expression, comme le droit de vote et d'éligibilité, ne comporte, suivant la majorité, aucune dimension égalitaire¹²⁸⁸. L'inégalité qui découle de la formule d'allocation n'est donc pas problématique à cet égard, et le traitement défavorable dont sont victimes les petits et les nouveaux partis n'est pas une entorse à la liberté d'expression en autant que ceux-ci demeurent libres de s'exprimer et de véhiculer leur message indépendamment du régime de temps alloué. Ce qui est inacceptable pour la majorité est donc la restriction à la liberté d'expression qui résulte de l'interdiction de se procurer du temps supplémentaire. Or, si l'objectif de la loi est, comme le dit le procureur général, d'assurer qu'un certain temps d'antenne est mis à la disponibilité des partis (argument fondé sur la rareté des ondes), alors l'objectif est entièrement rempli par les mesures de réservation (article 307) et d'allocation (article 310). Par ailleurs, si l'objectif est de limiter les dépenses électorales des partis, les plafonds généraux imposés à cet égard par la *Loi électorale* sont parfaitement suffisants et il n'est pas nécessaire de contrôler les sommes dépensées relativement à la publicité télédiffusée ou radiodiffusée. Les juges majoritaires déclarent ainsi invalides les articles 319 et 320, tout en laissant intact le régime de réservation et d'allocation. Les partis demeurent ainsi libres d'acheter, à leur guise et jusqu'à concurrence des dépenses autorisées, du temps d'antenne supplémentaire.

L'opinion défendue par les deux juges dissidents (et qui rejoint davantage celle de première instance) est à mes yeux de loin la plus solide. La liberté d'expression politique, selon eux, est sans grande utilité si elle n'implique pas l'*égale liberté*. Le fait que l'État accorde une plus grande valeur ou un traitement préférentiel aux messages de certains partis

¹²⁸⁷Le seul consensus porte sur le fait qu'un parti politique ou un membre d'un parti ne constitue pas une catégorie protégée par l'art. 15 de la *Charte* relative à l'égalité.

¹²⁸⁸La majorité appuie à ce chapitre la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Barette c. Canada*, précitée, note 1190.

politiques constitue, à sa face même, une atteinte à l'article 2b) de la *Charte*¹²⁸⁹. Il en va de même pour l'article 3, qui garantit un processus électoral qui n'est pas biaisé en faveur d'une option partisane. Cela étant, il n'est pas possible non plus de donner crédit aux objectifs avancés au soutien de la validité du régime. Il n'existe aucune preuve à l'effet que, en son absence, les partis aient de la difficulté à obtenir du temps d'antenne. Même si c'était le cas et qu'il s'avérait nécessaire de contraindre les diffuseurs à réserver du temps, rien n'empêcherait une répartition plus équitable que celle envisagée ici¹²⁹⁰. Selon les juges dissidents, la combinaison du régime d'allocation et de l'interdiction d'acheter du temps supplémentaire montre clairement quel était l'objectif du Parlement. Loin de protéger les nouveaux et les petits partis contre les plus puissants économiquement, et donc susceptibles de monopoliser le marché publicitaire, le but du régime est d'assurer que les grands partis bénéficient d'un plus grande visibilité. «*It is*», écrivent les juges dissidents, «*legislation passed by the party in whose favor it operates*»¹²⁹¹. Dans cette mesure, il n'est pas possible de séparer la formule d'allocation (article 310) de l'interdiction d'acheter du temps supplémentaire (article 320), et de retirer uniquement la seconde mesure (ce qui laisserait par ailleurs intact l'avantage que procure aux grands partis l'attribution du temps gratuit). C'est l'ensemble du régime qui doit tomber pour satisfaire aux exigences de la *Charte*¹²⁹².

¹²⁸⁹Le juge Conrad écrit à cet égard: «*The suggestion that political messages are of different values, or that the platforms of those parties with reasonable chance of forming the government are the most important messages, flies in the face of freedom of expression*» [*Reform Party of Canada c. Canada*, précité, note 1048, 207(C.A.)]. Et plus loin: «*An objective aimed at ensuring some messages are conveyed to the electorate, in preference to other messages, cannot, in my view, be a constitutionally valid objective*» (*Idem*, p. 209).

¹²⁹⁰Les juges dissidents écartent à cet égard l'argument de la majorité voulant que le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'arbitre par le para. 310 (4) puisse en quelque sorte racheter le régime d'allocation. Selon eux, l'arbitre ne pourrait, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, aller à l'encontre de l'objectif même du régime d'allocation qui est de favoriser les grands partis.

¹²⁹¹*Reform Party of Canada c. Canada*, précité, note 1048, 210 (C.A.).

¹²⁹²En ce qui concerne l'interdiction d'acquérir du temps d'antenne auprès de diffuseurs étrangers (art. 303), les juges dissidents soulignent avec raison que cette disposition ne saurait se justifier par l'objectif de contrôler les dépenses électorales. En effet, rien n'empêche le Parlement de contraindre les partis à divulguer leurs livres et produire des documents (*Idem*, p. 233). Cette disposition vise plutôt, comme les art. 319 et 320, à assurer l'intégrité du régime d'allocation prévu à l'art. 310.

La force de l'opinion dissidente réside en premier lieu dans l'identification d'un objectif qui reflète de façon cohérente les dispositions du régime. Telle que formulée, la loi ne peut adéquatement être décrite comme visant simplement à assurer la disponibilité d'un certain temps d'antenne, et encore moins comme cherchant à protéger les partis dont les assises financières sont moins solides. Suivant les conclusions de la Commission Lortie, ce régime est non seulement inéquitable, mais il ne permet, en pratique, à aucun parti autre que les trois grands de procéder à une campagne publicitaire efficace¹²⁹³. La seule lecture qui paraisse cohérente est celle qui décrit la loi comme cherchant à répartir le temps d'antenne de façon à assurer aux partis en place une visibilité nettement plus grande¹²⁹⁴.

Le deuxième aspect des motifs exprimés par les juges dissidents qui m'apparaît convaincant est l'interprétation donnée à l'article 2b) et à l'article 3. Il m'apparaît en effet axiomatique que les diverses libertés fondamentales comportent une dimension égalitaire¹²⁹⁵. De tous les droits reconnus à la *Charte*, cela est sans doute le plus vrai en ce qui a trait au droit de vote. En autant que l'on considère la procédure électorale comme un mécanisme visant à permettre de dégager une opinion majoritaire, il faut reconnaître que la règle majoritaire n'a de signification que si chaque vote est compté comme l'égal de celui de son voisin. L'aspect égalitaire est indissociable du vote qui constitue un instrument technique de sa mise en oeuvre, un moyen de placer sur un même pied des individus inégaux par l'influence, les capacités ou la fortune, à l'occasion d'un exercice relationnel entre les membres de la collectivité et visant à déterminer une issue qui soit en accord avec la volonté du plus grand nombre. Refuser de reconnaître cette dimension égalitaire au processus électoral, comme le font les juges majoritaires, c'est enlever à celui-ci toute forme d'intelligibilité. Il ne m'apparaît pas possible non plus de considérer (comme le fait le premier juge) que l'article 3 est inapplicable dès lors que la loi n'impose un désavantage direct qu'à un parti politique, par opposition à un candidat ou un électeur. Non seulement, pour les motifs que j'ai énoncés plus haut, le droit

¹²⁹³CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *op. cit.*, note 699, p. 400.

¹²⁹⁴Ainsi, par exemple, le temps alloué pour l'achat lors des dernières élections fut de 132 minutes pour les conservateurs, 90 pour les libéraux et 64 pour le N.P.D., tandis que le Bloc québécois n'a obtenu que 6 minutes, et le Reform Party 23 (*Le Devoir*, 19 jan. 1993, A-2).

¹²⁹⁵Comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart* (précitée, note 1193), la liberté de religion ce n'est pas seulement la possibilité de pratiquer sa religion, mais aussi de la pratiquer sans se voir imposer par l'État un désavantage particulier non imposé aux autres groupes religieux.

d'éligibilité implique-t-il nécessairement le droit de se porter candidat au sein d'une formation partisane¹²⁹⁶, mais au surplus, un système dans lequel certains partis sont désavantagés, c'est aussi nécessairement un système dans lequel certains électeurs le sont également.

La seule façon de défendre de façon cohérente le régime d'allocation est de tenter de justifier l'inégalité qu'il consacre en favorisant la diffusion des messages des grands partis nationaux en place. À cet égard, bien que la majorité n'en traite qu'à la volée et de façon subsidiaire, elle se montre néanmoins expressément favorable à un régime qui avantage explicitement le maintien d'un nombre restreint de grands partis réalistement susceptibles de former le gouvernement¹²⁹⁷. De son côté, sans s'opposer à une scène politique dominée, dans les faits, par quelques grands partis, la minorité considère plutôt implicitement que cette domination doit résulter du choix des électeurs, et non être imposée à ceux-ci par les partis en place.

En d'autres termes, même si l'on devait accepter l'objectif d'empêcher un éclatement de la scène partisane en soutenant de façon préférentielle les principaux partis, cela ne justifie pas de favoriser les partis les plus importants lors des dernières élections, indépendamment de leur popularité actuelle¹²⁹⁸. À cet égard, il est bien connu que les candidats sortants et les partis en place bénéficient déjà d'un avantage en raison de la visibilité que leur assure la scène parlementaire¹²⁹⁹ et la couverture médiatique qui en découle. Tout régime qui favorise le pouvoir en place doit être scruté avec une attention particulière. Dans une certaine mesure, comme je l'ai indiqué par l'exposé historique de la première partie, c'est précisément ce type de possibilité, qui découle de l'identité entre l'énonciateur de la norme et celui qui est visé par elle (en l'occurrence, on peut dire son bénéficiaire), qui fonde la légitimité particulière du contrôle judiciaire en matière électorale. Il m'apparaît donc que, si les restrictions aux dépenses électorales, tant des partis et des candidats que des tiers, doivent être tenues comme des limites raisonnables à la liberté d'expression ainsi qu'au droit de vote et d'éligibilité, tel n'est pas le cas du régime fédéral d'allocation du temps d'antenne dont la finalité se présente

¹²⁹⁶*Supra*, pp. 317 à 319.

¹²⁹⁷Pour une argumentation au soutien d'un régime favorisant le bi-partisme, voir *supra*, p. 365, relativement au régime de remboursement des dépenses d'élection.

¹²⁹⁸Voir à cet égard les propos du juge Black de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Williams c. Rhodes*, cités ci-dessus à la note 1215.

¹²⁹⁹Voir notamment K. HEITZMAN, *loc. cit.*, note 1250, 160.

comme un frein au renouvellement des gouvernants et à la dissémination efficace de nouvelles options politiques.

*

* *

Dans ce chapitre, j'ai voulu présenter une discussion des principaux problèmes contemporains liés à la question de l'éligibilité. J'ai soutenu que l'interprétation de l'article 3 en fonction de l'approche que j'ai qualifiée de procédurale constitue une façon cohérente et fonctionnelle de traiter les questions que présente le droit d'éligibilité. Ce modèle interprétatif s'intéresse à la mesure dans laquelle les règles électorales permettent une libre expression de la volonté populaire en traitant les citoyens et les acteurs politiques de façon égale. Cette approche, par la place qu'elle accorde à la dimension égalitaire du processus électoral, constitue à mes yeux un modèle interprétatif plus convaincant que l'approche strictement libertaire qui semble avoir guidé les tribunaux dans les affaires *Barette*, *Somerville*, et *Reform Party*. Cet élément égalitaire est toutefois limité à un égalitarisme formel, en ce qu'il n'entraîne pas l'obligation pour l'État d'instaurer des mesures «proactives»* (comme le financement public ou les quotas de candidats féminins et masculins) visant à assurer que l'éligibilité est, dans les faits, également accessible à tous. De telles mesures, en autant qu'elles seraient vues comme enfreinant l'égalité formelle, seraient alors susceptibles d'être justifiées (ou non) sous l'article premier de la *Charte*, principalement sur la base d'arguments téléologiques liés à une conception pluraliste de la démocratie représentative. L'approche procédurale décline ainsi d'incorporer à l'article 3 de la *Charte* des considérations relatives à la finalité de la représentation parlementaire. Suivant cette approche, ces considérations «téléologiques», comme l'établissement d'une assemblée susceptible de témoigner d'une égale sollicitude à l'égard des divers segments de la société, ou encore, dans un tout autre registre, la mise en place d'un gouvernement stable, sont réservées à l'article 1 comme constituant diverses justifications possibles (mais non pas nécessairement suffisantes) à des entorses à l'égalité procédurale. C'est précisément cette question de la place et des rapports entre les

* À défaut d'une terminologie française équivalente, j'emploie ici le qualificatif «proactif», qui constitue un anglicisme. Les mesures proactives dont il est question ici ne sont en effet pas toutes assimilables à ce que l'on appelle parfois de la «discrimination positive» ou «à rebours», ou encore à des mesures incitatives. Le financement public des dépenses des candidats, par exemple, constitue un moyen de favoriser les candidatures féminines sans pour autant constituer de la discrimination positive.

conceptions procédurale et téléologique/pluraliste, qui est au coeur des importants problèmes entourant le découpage de la carte électorale abordés ci-après dans le troisième et dernier chapitre.

Chapitre 3 — L'Assemblée (représentation)

J'ai abordé, dans le premier chapitre, la question du droit pour chaque citoyen d'exprimer, par le biais de son vote, sa préférence pour un parti ou un candidat. Le problème était alors exclusivement celui de savoir qui, parmi l'ensemble des individus assujettis à l'autorité de l'État, pouvait jouir de ce droit. Cette dimension première et relativement simple du droit de voter est toutefois insuffisante dès lors qu'il s'agit d'analyser le vote dans le cadre d'un processus représentatif fondé sur les sous-unités de l'État que sont les circonscriptions. À la question des titulaires du droit de voter se joint alors celle, relativement plus complexe, de la « valeur » du vote, c'est-à-dire du poids relatif accordé au vote de chaque citoyen dans la détermination de la composition de l'assemblée à travers le découpage de la carte électorale. C'est la question que je me propose d'aborder maintenant, une question qui non seulement met en jeu des conceptions conflictuelles de l'idée de représentation, mais qui, comme on le verra, fait émerger la tension entre le vote, instrument de la volonté individuelle, et la représentation, dont la nature est essentiellement collective.

Mon analyse part de la prémisse suivant laquelle l'adoption de la *Charte* n'a pas eu pour effet de rendre invalide le scrutin majoritaire uninominal traditionnel¹³⁰⁰. Une des principales

¹³⁰⁰Ce mode de scrutin est, on le sait, célèbre pour les distorsions qu'il introduit non seulement en donnant généralement aux partis les plus populaires considérablement plus de sièges que ne le justifierait leur pourcentage de vote favorable, mais en produisant aussi parfois des situations où le parti qui emporte le plus de sièges n'est pas celui qui a reçu le plus de voix (ce fut notamment le cas au Québec en 1944 et en 1946). Ces « distorsions » de la volonté populaire, qu'on retrouve également en Angleterre, ont donné lieu à une contestation de la validité du scrutin majoritaire uninominal britannique devant la Commission européenne des droits de l'homme [X c. *Royaume-Uni*, (1977) 7 *Décisions et rapports* 95 (requête 7140/76, 6 oct. 1976)]. Le plaignant, membre du Parti Libéral britannique, invoquait l'art. 3 du premier protocole additionnel à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Cette disposition prévoit que : « Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, *dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* » (Voir: CONSEIL DE L'EUROPE, *Conventions et accords européens*, vol I, Strasbourg, le Conseil, 1993, p. 71, à la p. 72. Les italiques sont ajoutés). La Commission refusa d'intervenir, jugeant que l'art. 3 n'imposait pas un mode de scrutin particulier. De même, dans l'affaire *Lindsay c. Royaume-Uni*, (1979) 15 *Décisions et rapports* 247 (requête 8364/78, 8 mars 1979), la Commission refusa de condamner une loi du Parlement britannique en vertu de laquelle les représentants du Royaume-Uni à l'Assemblée Européenne devaient être

caractéristiques de ce mode de scrutin est le nombre élevé de circonscriptions géographiques (en général un siège par circonscription et, exceptionnellement, deux) permettant l'élection des députés. Sous un tel régime, la confection de la carte électorale constitue une opération complexe et cruciale, ayant une incidence importante sur les résultats de l'élection. Elle soulève des problèmes liés tant à l'égalité «quantitative» du vote (dans la mesure où une inégalité dans la population des circonscriptions équivaut à donner plus de poids à la voix de certains électeurs) qu'à l'égalité «qualitative». Le découpage de la carte électorale permet en effet, par les techniques de division («*cracking*») et de concentration («*packing*»), de favoriser ou de défavoriser certains groupes d'électeurs, soit les supporters de certains partis politiques, ou encore les membres de certaines communautés ethniques, voire les membres de classes sociales aux intérêts opposés.

Le découpage de la carte électorale soulève en pratique deux questions fondamentales, chacune hautement controversée, à savoir, premièrement, par qui, et, deuxièmement, sur la base de quels principes, doit être établie la carte électorale. La première de ces questions est de nature juridictionnelle: la confection de la carte électorale est-elle un acte purement «politique», échappant pour ce motif à l'attention judiciaire, ou s'agit-il, au contraire, d'une question relevant du «droit», et donc soumise au contrôle des juges?

En Angleterre, la carte électorale fut traditionnellement, c'est-à-dire jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, le fruit de l'exercice de la prérogative royale. Le roi convoquait, au départ suivant son bon plaisir, l'assemblée des Barons, puis, à partir du XIII^{ème} siècle, les représentants des «*counties*» et des «*boroughs*», dont le droit à la représentation parlementaire

élus suivant un mode de scrutin différent en Angleterre et en Irlande du Nord, confirmant sur ce point sa décision antérieure quant à la liberté des États d'établir le scrutin de leur choix. Ces décisions ne sauraient évidemment prévaloir au plan interne canadien. Il serait toutefois surprenant que nos tribunaux voient dans la *Charte canadienne* un obstacle constitutionnel au maintien du scrutin majoritaire uninominal si étroitement lié à notre tradition parlementaire. Au contraire, certains passages de la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7, qui sera examiné plus loin (*infra*, pp. 448 et suiv.), suggèrent que le rôle d'ombudsman reconnu au député à l'égard des résidents de sa circonscription bénéficierait d'une certaine protection constitutionnelle. Il en résulterait qu'on ne pourrait abandonner le scrutin uninominal (et exceptionnellement binominal) qui fait partie de notre tradition parlementaire. Même si tel n'était pas le cas, il apparaît clairement improbable que l'on puisse soulever une objection constitutionnelle au maintien du scrutin majoritaire uninominal, malgré ses défauts inhérents.

était fixé dans la charte constitutive émise par le monarque¹³⁰¹. À partir des réformes libérales du XIX^{ème} siècle, et en particulier le *Redistribution of Seats Act*¹³⁰² de 1885, le Parlement s'investit lui-même de la tâche de réviser par voie législative la confection des circonscriptions, tâche qui, en l'absence de constitution écrite, échappait naturellement au contrôle des tribunaux¹³⁰³. Cette situation prévalut également dans les colonies où, à l'exception de la première carte électorale qui fut confiée au gouverneur, la législature était chargée d'en assurer la révision¹³⁰⁴. Au Canada, à partir de 1867, cette charge incombait au Parlement fédéral et aux législatures provinciales, qui, sous réserve de contraintes relativement mineures à propos desquelles je glisserai un mot plus loin¹³⁰⁵, pouvaient à leur guise —et suivant les intérêts politiques du moment— modifier la carte¹³⁰⁶. Le potentiel de révision judiciaire était donc limité, et les tribunaux n'eurent, jusqu'à tout récemment du moins, pas l'occasion d'intervenir.

La Constitution américaine fit, à l'égard du droit électoral, preuve d'une certaine originalité. L'ensemble du droit électoral, fédéral et local, fut en effet confié à la compétence des États, avec néanmoins la possibilité pour le Congrès d'intervenir en exerçant une compétence prépondérante en matière d'élections fédérales (article 1, section 4). Comme on le verra ci-après, ce pouvoir de supervision fédéral fut longtemps considéré comme l'*unique* moyen de contrôle de la législation électorale, de sorte que la décision de la Cour suprême des États-Unis en 1962, dans l'affaire *Baker c. Carr*¹³⁰⁷, de soumettre au XIV^{ème} amendement le

¹³⁰¹Pour une historique de l'avènement des représentants des *counties* et des *boroughs*, voir: M. GUIZOT, *op. cit.*, note 20.

¹³⁰²Précité, note 599.

¹³⁰³Le contrôle judiciaire du découpage de la carte électorale apparaîtra en 1949 sous la forme du contentieux administratif lorsque cette tâche sera retirée des mains du Parlement et déléguée à une commission [*Redistribution of Seats Act (1949)*, 12-13-14 Geo. VI, R.-U., c. 66]. Le contrôle judiciaire sera toutefois limité à la question de la conformité aux exigences de la loi, elle-même soumise à aucune restriction.

¹³⁰⁴Voir l'art. XIV de l'*Acte constitutionnel* de 1791, de même que, à partir de 1840, l'art. XXVI de l'*Acte d'Union*.

¹³⁰⁵Il s'agit, pour le Parlement, de l'art. 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif à la représentation des provinces. Pour le Québec, l'art. 80 de la même loi imposait des restrictions à la modification de certaines circonscriptions anglophones.

¹³⁰⁶Voir les art. 40 et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹³⁰⁷369 U.S. 186.

découpage de la carte électorale fut perçue par plusieurs comme une forme de coup d'État judiciaire.

Mais la caractérisation des questions relatives à la carte électorale comme questions politiques échappant à l'emprise des tribunaux ne découle pas simplement de l'habitude de voir ces questions réservées au bon jugement des élus. Ce n'est pas, non plus, le seul fait pour les tribunaux de s'intéresser au droit électorale qui suffit pour donner à l'expression «question politique» toute la connotation péjorative qu'elle véhicule parfois. La question de la carte électorale, sans doute davantage que toute autre dimension du droit électorale, est caractérisée par le fait qu'il n'existe aucune possibilité d'établir une carte qui soit «politiquement neutre». Tout arrangement, parmi l'infinité d'arrangements possibles, constitue un avantage ou un désavantage immédiat pour l'une ou l'autre des organisations partisans.

Au surplus —et cela m'amène à traiter de la seconde controverse qui anime le débat relatif à la carte électorale— il ne semble pas exister de consensus quant aux principes, c'est-à-dire quant aux conceptions de la représentation, qui sous-tendent l'organisation des circonscriptions. Se demander suivant quels principes doit être établie la carte électorale, c'est en effet s'interroger sur la nature et la finalité de la représentation politique. C'est se demander, pour reprendre la formulation du professeur Lipson: «*Whom, and what, do representatives represent?*»¹³⁰⁸. Les réponses qui ont été apportées à cette question sont nombreuses, variant dans le temps, l'espace et, à l'intérieur d'une même époque, au sein même de la députation¹³⁰⁹. À défaut d'unanimité, l'histoire offre néanmoins de grands courants que je me permets d'opposer, pour les fins de la discussion, en courants collectivistes/pluralistes et courants individualistes/libéraux —division qui reflète, dans une certaine mesure, l'opposition que j'ai établie entre les approches procédurale et téléologique (dans sa variante pluraliste).

L'approche collectiviste puise ses sources dans la tradition parlementaire britannique. Dans l'Angleterre médiévale, le Roi assumait seul la fonction de représentant de l'intérêt national. Les premières assemblées parlementaires n'étaient d'ailleurs pas des assemblées

¹³⁰⁸Leslie LIPSON, «Whom, and What, do Representatives Represent?», texte d'une conférence présentée à Bruxelles à l'occasion du 17^{ème} congrès mondial de l'Association internationale de science politique, 18-23 sept. 1967 (Bibliothèque de droit de l'Université de Montréal).

¹³⁰⁹Voir à cet égard l'ouvrage classique de Anna PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.

représentatives, les Barons y siégeant en leur nom et pour leurs propres intérêts. La fonction de représentation, dès lors qu'elle apparaît au XIII^{ème} siècle avec les premières élections, est alors vue comme étant liée à la défense des intérêts locaux, le député agissant comme mandataire d'une communauté constituée sur une base géographique ou territoriale¹³¹⁰. Cette double représentation — nationale, par le monarque, et communautaire, par le député¹³¹¹— forme la base de ce qu'on appellera plus tard la conception «*Tory*» de la représentation¹³¹².

À cette conception, on oppose traditionnellement la conception «*Whig*», qui domine la scène parlementaire britannique du XIX^{ème} siècle et dont j'ai donné un bref aperçu dans la Partie I¹³¹³. L'opposition entre ces deux conceptions tient à ce que la seconde (*Whig*) accorde aux députés collectivement la fonction de représenter l'intérêt national. Le député n'est alors pas tant un mandataire de ses électeurs qu'une personne chargée d'une fonction délibérative. Cette opposition ne saurait toutefois dissimuler le fait que la représentation parlementaire y était conçue, tant dans la perspective *Whig* que *Tory*, non pas comme la représentation d'individus et d'opinions, ou encore de volontés, mais comme la représentation de communautés et

¹³¹⁰Sir William Anson écrit ainsi:

«Our Parliament was in its origin a representation of estates: the clergy, the baronage, the commons. The commons were alike representative of shire and town, and the representation was that of the sum of local interests, which the knights of each shire, and the burgesses of each borough, were bound to promote» (Sir W. ANSON, *op. cit.*, note 16, p. 146).

¹³¹¹Suivant la conception organiciste qui prévaut au moyen-âge, le roi et son parlement représentent respectivement la tête et les membres du corps politique. Voir E. KANTOROWICZ, *op. cit.*, note 63, pp. 155-172.

¹³¹²*Supra*, p. 196. Les termes «*Tory*» et «*Whig*» émergent de la division entre les parlementaires du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle quant à la place et au rôle du souverain. Les *Tories* appuient l'idée d'un Roi fort, tandis que les *Whigs* revendiquent une limitation du pouvoir royal au profit du Parlement. Au XIX^{ème} siècle, les *Tories* formeront le Parti Conservateur, et les *Whigs* le Parti Libéral. Il importe cependant de souligner que les conceptions *Tory* et *Whig* de la représentation ne correspondent pas à une division partisane. Ainsi, Edmund Burke, qui constitue le plus célèbre défenseur de la conception *Whig* de la représentation, était membre du parti Conservateur. L'emploi des termes *Tory* et *Whig* pour désigner des conceptions particulières de la représentation s'explique plutôt par le rôle que chacune de ces conceptions réserve au Roi et aux députés dans l'exercice de la fonction représentative. Voir: Anthony Harold BIRCH, *op. cit.*, note 698, pp. 23 à 32.

¹³¹³*Supra*, pp. 180-181.

d'intérêts économiques de groupes sociaux. Le professeur Samuel Beer décrit ainsi le caractère collectiviste de la conception *Whig* de la représentation:

«As compared with Liberal and Radical Ideas, it conceived of representation as being not of individuals, but rather of corporate bodies, although not in the legal sense of the term. The legitimate interests were not shifting groups of individuals who happened to share similar opinions and wishes, as was the case with the great pressure groups, formed as voluntary associations in the 19th century. They were more like the "fixed interests" of modern pluralist theories. Burke attacked the philosophy of natural rights because, among other things, it proposed "personal representation" and failed to recognize "corporate personality", and for many years one of the charges against parliamentary reformers was that they championed "individual representation" which, in addition to its suggestion of universal suffrage, also implied equal electoral districts in the place of ancient, unified communities of the old system»¹³¹⁴.

C'est notamment cette approche "collectiviste" qui fondait, à l'époque, le concept de «représentation virtuelle», servant alors à justifier le fait que toutes les régions n'étaient pas représentées. Il suffisait, par exemple, qu'une région industrielle ou agricole soit représentée à la Chambre des communes pour que toutes s'y trouvent "virtuellement" représentées. Une telle vision des choses était possible parce que les députés ne représentaient pas des opinions spécifiques à des individus, mais des types d'intérêts, des communs dénominateurs économiques.

Bien que la notion de communauté ait quelque peu changé, perdant son caractère territorial au profit d'autres caractéristiques constituantes comme l'ethnie, la religion ou le sexe, l'idée d'une représentation fondée sur un «échantillonnage» des diverses collectivités au sein de la société bénéficie toujours, à l'époque actuelle, d'un appui considérable. On la retrouve ainsi à travers la notion de représentation identitaire (ou «*mirror representation*») qui est aujourd'hui au coeur du modèle téléologique/pluraliste, et qui puise sa justification philosophique dans l'idéal d'égalité sollicitude dont devrait témoigner l'assemblée à l'égard des divers segments de la société (d'où le rattachement à la perspective téléologique). Suivant cette approche, l'enjeu fondamental des droits politiques n'est pas l'égalité du vote, mais bien l'égalité de représentation. L'analyse qui suit permettra de voir comment, en droit américain, cette

¹³¹⁴S. BEER, *loc. cit.*, note 593, 617. Sur la conception *Whig*, telle qu'elle se présente chez Burke, voir: M. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 337a.

conception de la représentation sous-tend certaines dispositions clés du *Voting Rights Act*¹³¹⁵ et rencontre, dans la jurisprudence plus récente, l'opposition ferme de l'aile conservatrice de la Cour suprême, tandis qu'en droit canadien, elle tend à être défendue par notre Cour suprême. Je montrerai à cet égard en quoi l'attitude respective de ces deux cours m'apparaît excessive.

La conception individualiste de la représentation présente, de son côté, une origine plus récente. Sans doute doit-on la faire remonter au mouvement des «Levellers», au XVII^{ème} siècle, mouvement qui, pour la première fois, clame la souveraineté populaire, revendique le suffrage universel et assigne aux députés la fonction de «mandataires» de la volonté des électeurs. Les libéraux du XIX^{ème} siècle, tout en rejetant l'idée de mandat et en demeurant fidèle à la fonction délibérative du Parlement, insisteront néanmoins pour réformer le système électoral de manière à ce que la composition de l'assemblée reflète davantage la volonté individuelle des électeurs. Ainsi, pour J. S. Mill, les députés sont les représentants des individus et non des régions¹³¹⁶. C'est sous l'influence libérale que sera définitivement discréditée la thèse de la représentation virtuelle et seront adoptées les réformes parlementaires (en particulier le *Reform Act* de 1832¹³¹⁷, qui annonce l'avènement du suffrage universel, et le *Redistribution of Seats Act* de 1885¹³¹⁸ qui incarne le principe de représentation proportionnelle à la population).

Cette approche libérale constitue une pensée moderne, qui est à la fois profondément individualiste, fondée sur une conception formelle et abstraite de la liberté et de l'égalité, et résolument volontariste, c'est-à-dire qui attribue à l'individu la maîtrise de ses choix par l'exercice de sa raison. Le professeur Birch écrit ainsi:

«The Liberal view of the state depends on a view of society which is essentially individualistic. It assumes that citizens exercise their political rights as individuals choosing freely among rival candidates, conflicting policies, and differing views on the good life, and not as members of a group or category whose views are determined by that membership. It assumes that, although men's opinions and personal interests vary, there is no fundamental conflict of interests in society of a kind that arrays man against man or group against group. It assumes that, because the conflicts in society are not fundamental, the state can be neutral in its attitude towards them. It assumes

¹³¹⁵42 U.S.C.A. § 1973.

¹³¹⁶J.S. MILL, *op. cit.*, note 598, p. 167.

¹³¹⁷Précité, note 125.

¹³¹⁸Précité, note 599.

*that the neutrality of the state will be generally accepted as a fact, and that in consequence minorities will be willing to accept the decision of the majority, knowing that by education and propaganda, the minority of today can become the majority of tomorrow»*¹³¹⁹ (je souligne).

Une telle approche philosophique n'est pas sans conséquence sur la façon dont on aborde les problèmes afférents à la carte électorale. Elle implique en particulier que des considérations comme la race ou l'appartenance ethnique ne sauraient être pertinentes au découpage des circonscriptions, et que l'égalité numérique de celles-ci doit prévaloir sur toute autre considération relative à la représentation d'intérêts communautaires. Suivant l'approche libérale, les individus sont non seulement égaux, mais *indifférenciés*, comme l'illustrent par ailleurs les décisions françaises et italiennes relatives à la représentation des sexes¹³²⁰. À l'opposé de l'approche pluraliste qui insiste sur l'égalité de représentation, l'approche libérale fait de l'égalité formelle du vote et des citoyens sa préoccupation première.

L'égalité politique, quelle que soit l'approche que l'on défende, soulève alors le problème du contrôle judiciaire dans un domaine traditionnellement considéré, pour diverses raisons que j'ai mentionnées, comme relevant du pouvoir politique. Étant donné la complexité des questions soulevées par le contrôle judiciaire de la carte électorale, il m'est apparu opportun —malgré les différences significatives dans la situation socio-politique des deux pays— d'examiner l'expérience américaine en la matière, avant de procéder à une analyse de l'approche proposée par les tribunaux canadiens. À travers cette comparaison de la jurisprudence des deux pays, je souhaite montrer la place qu'y ont respectivement joué les modèles procédural et téléologique/pluraliste, et proposer une solution médiane qui permettrait d'éviter les dangers associés à une interprétation constitutionnelle qui s'appuie trop exclusivement sur l'un ou l'autre des deux modèles. J'argumenterai ci-après que l'approche qui caractérise la jurisprudence américaine récente en matière de carte électorale et qui correspond au modèle procédural présente d'importants dangers d'injustice lorsque (comme c'est le cas aux États-Unis) elle est défendue de façon radicale et au détriment de toute considération identitaire. Avec cette importante réserve à l'esprit, j'argumenterai néanmoins que le modèle procédural constitue, à plusieurs égards, l'approche la plus adéquate dans l'interprétation de l'article 3 de la *Charte*.

¹³¹⁹A. H. BIRCH, *op. cit.*, note, 698, p. 83.

¹³²⁰*Supra*, pp. 346-347.

Section 1 - L'expérience américaine sous le *Bill of Rights* et les excès de l'approche procédurale formelle

Section 1.1 - La question de l'égalité «quantitative»: égalité du vote ou de représentation?

Le débat américain sur le rôle des tribunaux relativement à la carte électorale fut initié à travers la question de l'égalité démographique des circonscriptions. Des inégalités fort importantes commencèrent en effet à se faire voir au début du siècle, résultant non pas tant d'une manipulation volontaire de la carte par les politiciens, que d'un refus de réajuster périodiquement celle-ci. Cette passivité —qui résulte de l'attachement naturel des élus aux circonscriptions qui leur ont été favorables— combinée au phénomène d'urbanisation, engendra des disparités marquées dans la population des différentes circonscriptions («*districts*»). En 1960, on trouvait ainsi aux États-Unis près de deux mille circonscriptions dont la population était inférieure à vingt-cinq mille habitants, tandis que la population des soixante-quatre circonscriptions les plus peuplées (principalement urbaines) dépassait les *cinq cent mille* habitants¹³²¹. De telles disparités alimentaient la prétention à l'effet que le vote d'un citoyen de l'une des plus petites circonscriptions avait plus de vingt fois le «poids» du vote d'un habitant des grandes circonscriptions.

En 1962, devant l'acuité grandissante du problème, la Cour suprême des États-Unis se prononça pour la première fois en faveur de la justiciabilité des litiges portant sur le découpage électoral dans la célèbre affaire *Baker c. Carr*¹³²². On contestait alors la carte du Tennessee pour les élections législatives locales. Une majorité de quatre juges sur six jugèrent que le XIV^{ème} amendement à la Constitution («*equality before the law*») s'applique au découpage par l'État de la carte électorale. La Cour ne se prononça toutefois pas sur le fond, c'est-à-dire sur la norme applicable pour juger de la validité d'une carte¹³²³.

¹³²¹Chiffres tirés de: UNITED STATES (CONGRESSIONAL QUARTERLY SERVICE), *Representation and Apportionment*, Washington D.C., Congressional Quarterly Service, 1966, p. 11.

¹³²²Précité, note 1307.

¹³²³En 1946, dans l'affaire *Colgrove c. Green*, 328 U.S. 549, la Cour suprême avait eu l'occasion de se prononcer sur une question similaire. Le litige portait alors sur la carte électorale de l'Illinois pour les élections à la Chambre basse fédérale, et une injonction avait été demandée pour empêcher la tenue d'une élection sur la base de cette carte. Sur les sept juges, trois se

L'affaire *Baker* provoqua une cascade de litiges. Dans les deux années qui suivirent, les cartes électorales de quarante-six États furent contestées, avec succès dans vingt-six cas¹³²⁴, et un bon nombre de ces litiges se rendirent jusqu'en Cour suprême. Le premier arrêt rendu par la Cour, en 1964, fut l'affaire *Wesberry c. Sanders*¹³²⁵, qui portait sur la carte électorale de la Georgie pour les élections à la Chambre basse fédérale. Réaffirmant sa position exprimée dans l'arrêt *Baker* quant à la justiciabilité du litige¹³²⁶, une majorité de sept juges considéra que la section 2 de l'article 1 de la Constitution, en vertu de laquelle les représentants «*shall be chosen by the people of the several states*», impliquait une représentation proportionnelle à la population («*rep. by pop.*»)¹³²⁷. Suivant l'opinion majoritaire, la mesure

prononcèrent en faveur de la justiciabilité, et trois considérèrent qu'il s'agissait d'une question purement politique à laquelle les tribunaux ne devaient pas se mêler. Le septième juge, le juge Rutledge, sembla appuyer le point de vue de la justiciabilité, mais jugea qu'il était, en l'occurrence, inopportun d'intervenir étant donné la proximité des élections. L'affaire *Colgrove* avait néanmoins été considérée à l'époque comme empêchant les tribunaux de contrôler la constitutionnalité des cartes électorales.

¹³²⁴UNITED STATES (CONGRESSIONAL QUARTERLY SERVICE), *op. cit.*, note 1321, p. 17.

¹³²⁵376 U.S. 1 (1964).

¹³²⁶La question de la justiciabilité se posait à nouveau en raison du fait que, en matière d'élections fédérales, la compétence des États est assujettie à une compétence fédérale prépondérante (art. 1, section 4 de la Constitution). Dans l'affaire *Colgrove c. Green* (précitée, note 1323), trois juges avaient jugé que ce pouvoir prépondérant constituait l'unique mode de contrôle. Cette question ne se posait pas dans l'arrêt *Baker c. Carr* (précité, note 1307) qui portait sur des élections locales. Avant l'arrêt *Wesberry c. Sanders* (précité, note 1325), on pouvait donc croire que le contrôle judiciaire reconnu dans l'affaire *Baker* ne valait que pour les élections locales, tandis que les cartes électorales confectionnées par les États pour les élections fédérales n'étaient assujetties qu'au contrôle du Congrès.

¹³²⁷Les juges majoritaires se fondèrent à cet égard sur un argument historique. Selon eux, les débats entourant la confédération montrent que celle-ci résultait d'un compromis entre deux thèses, l'une favorable à la représentation des États en fonction de la population, l'autre désirant une représentation égale pour chaque État, suivant un mode confédéral. Le compromis fut de nommer deux sénateurs par État, mais d'établir une Chambre basse sur la base de la population. Les juges dissidents, et en particulier le juge Harland, démontrèrent les faiblesses de cet argument historique. Les débats préconfédératifs invoqués par la majorité portaient en effet sur le mode de distribution des sièges entre les États, et non au sein de ceux-ci. Par ailleurs, il était clairement reconnu que les États pouvaient restreindre le vote à leur guise en imposant des exigences de race, de propriété ou d'éducation. Or, une telle latitude semble parfaitement incompatible avec l'idée de consacrer l'égalité du vote. Quant à la question de l'égalité numérique, le fait que chaque État se voit garantir au moins un représentant (article 1, section

d'égalité que requiert ce principe est, sinon une égalité parfaite, du moins «*as nearly as is practicable*»¹³²⁸. En l'espèce, la circonscription la plus grande (824 000 habitants) était quatre fois plus peuplée que la plus petite (272 000 habitants), ce qui constituait une violation grave du principe de l'égalité numérique.

L'affaire *Wesberry*, qui avait été rendue en février 1964, fut suivie en juin de la même année d'une série de quinze décisions rendues par la Cour, dont la plus célèbre fut la première, l'affaire *Reynolds v. Simms*¹³²⁹. Le litige mettait cette fois en cause la carte pour les élections locales de l'Alabama (tant pour la Chambre haute que la Chambre basse), de sorte que l'article 1 de la Constitution, relatif à la Chambre des représentants, ne pouvait ici trouver application. On se fondait plutôt sur la clause d'égalité de protection du XIV^{ème} amendement pour contester tant la carte existante que deux projets envisagés par la législature. Selon la Cour, qui reconnut le bien-fondé de la plainte, l'égalité de protection de la loi implique que le vote d'une personne doit recevoir le même poids que le vote d'une autre personne. Dans un passage célèbre, le juge Warren écrivit: «*Legislators represent people, not trees or acres*»¹³³⁰ —de sorte que les intérêts associés à la géographie, à l'histoire ou aux industries ne sauraient justifier une déviation à la norme d'égalité¹³³¹.

2) implique nécessairement que les circonscriptions des petits États seront moins peuplées que celles des plus grands.

¹³²⁸*Wesberry c. Sanders*, précité, note 1325, 7-8.

¹³²⁹377 U.S. 533 (1964).

¹³³⁰*Idem*, p. 562.

¹³³¹La Cour indiqua toutefois que la stricte égalité de population pourra dans certains cas être écartée pour permettre la poursuite d'une politique étatique rationnelle («*rational state policy*», *Idem*, p. 579), comme le fait d'assurer une certaine correspondance entre les circonscriptions et les divisions municipales. À cet égard, l'exigence d'égalité numérique sera moins stricte quant aux circonscriptions pour les élections locales que les élections fédérales. En pratique, toutefois, la jurisprudence subséquente établira un seuil de déviation permise de 10 %, sans véritable considération pour les justifications à cet écart. Voir: Bernard GROFMAN, «What Happens After One Person-One Vote? Implications of the United States Experience for Canada», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH (dir.), *Drawing Boundaries. Legislatures, Courts, and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 156, à la p. 159. Conformément à la suggestion de la Cour dans l'arrêt *Reynolds c. Simms* (précité, note 1329), la jurisprudence postérieure s'est montrée plus sévère en matière de découpage fédéral où l'on a refusé d'appliquer un seuil *de minimis*, exigeant que toute déviation, aussi minimale soit-elle, fasse l'objet d'une justification. Voir: L. TRIBE, *op. cit.*, note 172, pp. 1070-1071.

Bien que cette norme d'égalité numérique de la population établie dans les arrêts *Wesberry* et *Reynolds* constitue un standard simple et clair, l'analyse du langage employé par la Cour dans ces deux décisions révèle une profonde ambiguïté quant aux fondements théoriques de la norme et son application pratique. Dans l'arrêt *Reynolds*, le juge Warren écrit: «[R]epresentative government is in essence self-government through the medium of elected representatives»¹³³². Ce rapprochement avec la démocratie directe suggère que la légitimité démocratique découle du recours à la règle majoritaire, et non pas de la décision d'une assemblée composée de manière à refléter une diversité d'intérêts. Il écrit d'ailleurs plus loin: «Citizens, not history or economic interest cast votes»¹³³³. Plus encore, l'insistance sur l'égalité *du vote*, telle qu'exprimée par la formule «une personne—une voix», indique un rattachement ferme au modèle de l'égalité procédurale. Suivant la majorité dans l'arrêt *Wesberry*, le fait que les représentants doivent être choisis par la population implique que «one man's vote (...) is to be worth as much as an other»¹³³⁴, ou, en d'autres termes, que les électeurs soient traités de façon égale par la procédure électorale. Une telle exigence suggère que le nombre d'électeurs soit le même dans chaque circonscription. Pourtant tel n'est pas le critère mis de l'avant par la Cour. Malgré tout le discours sur l'égalité du vote, c'est la *population totale* qui constitue l'unité de mesure pertinente. Les données utilisées par la Cour réfèrent à la population et le critère énoncé est celui de l'égalité du nombre d'habitants («number of inhabitants»¹³³⁵), parfois appelé «equal-population principle»¹³³⁶. La distinction n'est pas triviale, en particulier face à un critère d'égalité numérique qui se veut rigoureux. Par exemple, le nombre de non-électeurs est notoirement plus élevé dans les grands centres urbains où se concentrent les immigrants¹³³⁷.

¹³³²*Reynolds*, c. *Simms*, précité, note 1329, 565.

¹³³³*Idem*, p. 580.

¹³³⁴*Wesberry* c. *Sanders*, précité, note 1325, 8.

¹³³⁵*Idem*, pp. 8 et 13.

¹³³⁶*Reynolds* c. *Simms*, précité, note 1329, 576.

¹³³⁷Pour une étude canadienne sur l'impact du choix entre un critère fondé sur la population globale ou sur le nombre d'électeurs inscrits, voir: Monroe EAGLES, «La délimitation fondée sur le nombre d'électeurs—Un pas vers l'égalité relative des votes au Canada», dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions électorales au Canada*, Vol. 11 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 201.

Mais surtout, la référence à la population implique moins une égalité de vote qu'une égalité de *représentation*. Or, si l'enjeu est l'égalité de représentation, les moyens de la garantir diffèrent considérablement. Ainsi, la taille de l'assemblée dicte, en bonne partie, la mesure dans laquelle il sera effectivement possible de prétendre à une égale représentation. En effet, la possibilité pour une communauté ou un segment de la population de constituer une majorité au sein d'une circonscription dépend non seulement de sa taille, mais aussi de celle de la circonscription, et donc du nombre de sièges à l'Assemblée. À cet égard, pourtant, la Cour prend soin de spécifier que la taille de l'Assemblée relève de l'entière discrétion des États¹³³⁸. Plus encore, l'idée d'égalité de représentation ne peut, dans un système représentatif, avoir de signification qu'en regard d'entités collectives¹³³⁹. Or, le discours individualiste et anti-collectiviste de la Cour dans l'arrêt *Reynolds* s'oppose à ce que l'on y voit une volonté de défendre une égale représentation des divers segments de la société. Ainsi, malgré l'inadéquation du critère fondé sur la population globale, il apparaît clairement plus juste d'interpréter ces arrêts dans la perspective du modèle d'égalité procédurale.

La question de l'égalité de représentation est cependant posée, et n'est d'aucune façon réglée par le principe d'égalité démographique. Il demeure en effet possible pour un État, tout en respectant une stricte égalité numérique, de confectionner une carte de manière à favoriser la représentation de certains groupes. C'est le problème de l'égalité «qualitative», que pose la technique du «*gerrymandering*»¹³⁴⁰.

¹³³⁸*Reynolds c. Simms*, précité, note 1329, 577. Voir également l'affaire *Holder c. Hall*, 114 S. Ct. 2581 (1994), dans le contexte de l'égalité raciale, mais à propos de la taille d'une commission.

¹³³⁹Il est, en effet, de la nature même de la démocratie représentative que tous les individus ne sont pas *également* représentés —ce qui ne veut pas dire qu'ils ne sont pas représentés du tout.

¹³⁴⁰L'expression «*gerrymandering*» remonte à 1812 et est attribuée à un journaliste nommé Benjamin Russell, qui aurait ainsi baptisé une circonscription du Massachusetts aux formes louvoyantes en combinant le nom du gouverneur de l'époque, Elbridge Gerry, et le terme salamandre [Voir: Enid LAKEMAN et James D. LAMBERT, *Voting in Democracies*, Londres, Faber & Faber, 1955, p. 72; de même que UNITED STATES (CONGRESSIONAL QUARTERLY SERVICE), *op. cit.*, note 1321, p. 58]. Le terme *gerrymander* désignait ainsi un découpage motivé par des considérations partisans, mais il est également employé de nos jours pour désigner un découpage visant à diluer le vote d'un groupe quelconque, et notamment d'une minorité raciale, comme on le verra ci-après.

Section 1.2 - Le problème de l'égalité qualitative ou du «*gerrymandering*»

A. L'égalité partisane

Il importe de rappeler au départ que tout scrutin de type majoritaire engendre des distorsions, c'est-à-dire une variation entre le pourcentage d'appui populaire reçu par un parti et le pourcentage de sièges qui lui est attribué. Dans le scrutin majoritaire par excellence, le «*block vote*», où il n'existe qu'une seule circonscription, le potentiel de distorsion y est maximal puisque la moitié des voix plus une assure à un seul parti la totalité des sièges^{1340a}. La division du territoire en circonscriptions, et ultimement en circonscriptions uninominales, tend donc à diminuer les distorsions —sans pour autant les éliminer— en permettant à un groupe minoritaire de constituer une majorité au sein d'une circonscription. Il n'en demeure pas moins qu'aucune carte électorale, même en théorie, ne peut prétendre à la neutralité. Le scrutin majoritaire implique par sa nature même que certains votes seront «perdus», soit parce qu'ils s'avèrent superfétatoires dans une circonscription donnée, ou, au contraire, par ce qu'ils ne suffisent pas à y faire élire le candidat souhaité. Tel arrangement sera donc nécessairement favorable à tel parti, dans la mesure où il s'adonne à en résulter moins de vote «perdus» pour ce parti. Le *gerrymandering* à proprement parler se distingue de ces simples distorsions en ce qu'il consiste, par la manipulation *volontaire* de la carte électorale, à maximiser le nombre de votes perdus d'un adversaire, soit en concentrant ses appuis dans une ou plusieurs circonscriptions concédées à l'avance, soit en divisant ses appuis dans plusieurs circonscriptions que l'on espère alors emporter par la plus faible marge possible.

La question de la constitutionnalité d'une telle manoeuvre fut posée à la Cour suprême des États-Unis en 1986 dans l'affaire *Davis c. Bandemer*¹³⁴¹. Cette affaire mettait en cause la carte pour l'élection aux deux Chambres de la législature de l'Indiana. Il n'était pas sérieusement contesté que la carte avait été établie par les républicains, alors au pouvoir, dans le but de diluer le vote démocrate. La question était, premièrement, de savoir s'il s'agissait d'un problème justiciable et, deuxièmement, de déterminer si la garantie d'égle protection prévue au

^{1340a} Le «*block vote*» implique, en effet, une seule circonscription à caractère plurinominal, où chacun des sièges est disputé à la majorité relative. Le parti le plus populaire est donc susceptible d'obtenir la totalité des sièges.

¹³⁴¹ 478 U.S. 109 (1986).

XIV^{ème} amendement avait été effectivement violée¹³⁴². Une majorité de six juges sur neuf considéra la question justiciable, mais ceux-ci ne s'entendirent pas sur le critère constitutionnel applicable, de sorte que seulement deux y virent une atteinte au XIV^{ème} amendement. Trois juges (les juges O'Connor, Burger et Rehnquist) s'objectèrent à l'intervention des tribunaux, considérant qu'il s'agissait d'une question politique en raison de l'absence de critère permettant la justiciabilité («*judicially manageable standard*») des plaintes de *gerrymander* partisan. L'argument principal de ces juges était en effet que l'examen de la validité d'un découpage partisan exige la référence à un «idéal-type». Or, cet idéal ne pouvant être autre chose que la stricte proportionnalité entre l'appui populaire et le nombre de sièges emportés par un parti, tout contrôle judiciaire cohérent mènerait à imposer la proportionnalité, soit un mode de scrutin étranger à la tradition américaine.

La pertinence de cet argument n'est cependant pleinement compréhensible qu'à la lumière de l'opinion exprimée par le juge White, et appuyée de trois autres juges. En effet, suivant le juge White, il y a violation du XIV^{ème} amendement dans la mesure où, premièrement, le découpage a été fait avec l'intention de diminuer le poids politique d'un groupe, et, deuxièmement, dans les faits, le poids politique de ce groupe se trouve ainsi diminué de façon persistante, c'est-à-dire au-delà d'une seule élection¹³⁴³. La question de la

¹³⁴²La question avait en fait déjà été abordée par la Cour en 1973 dans l'affaire *Gaffney c. Cummings*, 412 U.S. 735, mais de façon secondaire. Il s'agissait en l'occurrence d'un problème qui mettait principalement en cause la question de l'égalité numérique. On avait, de façon subsidiaire, traité du découpage partisan, sans se prononcer explicitement sur la question de la justiciabilité, et conclu à l'absence de *gerrymandering* illicite. De façon quelque peu étonnante, la Cour avait alors accepté un *gerrymandering* bi-partisan, c'est-à-dire qui favorisait systématiquement les votes accordés aux deux grands partis. Il faut cependant souligner que dans cette affaire, il n'existait aucun tiers parti susceptible d'emporter un siège dans une circonscription. Il n'en demeure pas moins que la cour avait, en *obiter*, rejeté l'argument voulant que ceux qui font la carte devraient la faire de façon parfaitement aveugle, c'est-à-dire sans égard aux données partisanses.

¹³⁴³Selon le juge White:

«[A] group's electoral power is not unconstitutionally diminished by the simple fact of an apportionment scheme that makes winning elections more difficult, and a failure of proportional representation alone does not constitute impermissible discrimination under the Equal Protection Clause. [...] Rather, unconstitutional discrimination occurs only when the electoral system is arranged in a manner that will consistently degrade a voter or a group of voter's influence on the political process as a whole» (*Davis c. Bandemer*, précité, note 1341, 132).

«persistance» de l'effet est ici une question secondaire, qui s'explique simplement par la volonté expresse de ne pas voir les tribunaux continuellement intervenir¹³⁴⁴. L'élément crucial de l'opinion du juge White est plutôt, selon moi, la nature collective du «mal» auquel il s'agit, selon lui, de remédier. Il écrit d'ailleurs très tôt dans ses motifs:

«Preliminarily, we agree with the District Court that the claim made by the appellees in this case is a claim that the 1981 apportionment discriminates against Democrats on a statewide basis.

[...]

We also agree with the District Court that in order to succeed the Bandemer plaintiffs were required to prove both intentional discrimination against an identifiable political group and an actual discriminatory effect on that group» (je souligne)¹³⁴⁵.

Cette perspective collective imprègne l'ensemble de ses motifs et est, au demeurant, parfaitement réaliste puisque c'est bien, en pratique, le parti Démocrate et ses adhérents qui sont victimes de la manoeuvre républicaine. Cette perspective implique cependant que le droit à l'égale protection d'un candidat ou d'un électeur démocrate a été violé, *même si celui-ci a gagné ses élections dans sa propre circonscription*. En d'autres termes, ce qui se trouve à être «également protégé» par le XIV^{ème} amendement ce n'est pas tant le vote de chaque citoyen que la représentation collective des groupes partisans. En ce sens, la juge O'Connor a parfaitement raison de dire que la logique de l'opinion exprimée par le juge White mène à garantir la représentation proportionnelle, qui constituerait alors la norme référentielle.

La seule façon de donner un sens à l'exigence d'égalité partisane qui soit compatible avec le principe du scrutin majoritaire¹³⁴⁶ est alors sans doute de l'aborder du point de vue individuel, à travers l'exigence formelle d'«indifférenciation». C'est, à mon point de vue, le sens qu'il faut donner à l'opinion dissidente des juges Powell et Stevens lorsque ceux-ci affirment que l'égale protection du XIV^{ème} amendement «*guarantees citizens that their State will govern them impartially*»¹³⁴⁷. En d'autres termes, l'égalité du vote (ou des électeurs) implique le droit à ce que mon vote ne soit pas *délibérément neutralisé* par un découpage effectué en fonction de mon opinion partisane (réelle ou imputée). Cela ne garantit certes pas

¹³⁴⁴Voir à cet égard les propos du juge White au bas de la page 133.

¹³⁴⁵*Idem*, p. 127.

¹³⁴⁶Comme je l'ai indiqué plus haut, je fais ici l'hypothèse que le scrutin majoritaire ne saurait, pas plus aux États-Unis qu'au Canada, être jugé contraire à la Constitution.

¹³⁴⁷*Davis c. Bandemer*, précité, note 1341, 166.

un vote gagnant, ni la configuration la plus favorable, c'est-à-dire celle qui aurait le plus de chances de maximiser l'incidence de mon vote (ce qui exigerait de diluer le vote d'autres personnes). Mais le principe formel de neutralité partisane ou d'indifférenciation exige qu'un électeur ne soit pas placé dans une circonscription en raison de son intention de vote et de l'effet de son vote sur le parti au pouvoir. Cette approche implique que l'intention occupe une place centrale dans le «délit» de *gerrymander*, bien qu'il faille sans aucun doute considérer aussi les effets. Mais, suivant cette approche, une carte pourrait être valide même si elle devait engendrer d'importantes distorsions, tandis qu'une autre serait invalide malgré des distorsions de moindre importance.

Le point de vue que je défends ici apparaîtra sans doute différent de celui exprimé par le juge Powell qui n'hésite pas, à diverses reprises, à affirmer le caractère collectif du préjudice causé par le *gerrymandering* partisan. Ce préjudice est en effet, et cela m'apparaît indéniable d'un point de vue minimalement pragmatique, subi «collectivement» par les partisans du parti dont les appuis sont dilués. En insistant sur une approche individuelle, je ne nie donc pas cette dimension collective de l'atteinte qui correspond effectivement à une forme de *déni de représentation*, inconcevable en termes individuels. Mais j'affirme cependant que le préjudice engendré (qui a bel et bien un caractère collectif) ne donne lieu, ou ne devrait donner lieu, à un remède constitutionnel uniquement lorsque ce mal résulte du fait que l'État a discriminé *entre des individus* en prenant en considération leur affiliation partisane¹³⁴⁸. Ainsi, bien que l'effet d'un *gerrymander* partisan soit ultimement d'engendrer un déséquilibre injustifié au plan de la *représentation de groupes*, ce n'est pas cet effet qui déclenche la sanction d'inconstitutionnalité, mais bien l'opération préalable qui se situe au niveau du *vote* (d'un nombre important, il est vrai, d'individus)¹³⁴⁹.

¹³⁴⁸La situation est en quelque sorte analogue à celle qui prévaut en matière de droit à l'éducation dans la langue de la minorité (art. 23 de la *Charte canadienne*). Ce droit a indubitablement une dimension collective importante qui est la préservation de la culture d'un groupe. La jurisprudence a néanmoins considéré qu'on ne saurait pour ce motif analyser la question de la violation du droit à l'éducation dans la langue de la minorité dans une perspective purement collective en examinant si cette minorité a, dans l'ensemble, et malgré certaines exceptions, le bénéfice d'un système d'éducation. Voir: *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Board*, [1982] C.S. 673; [1983] C.A. 77; [1984] 2 R.C.S. 66. Pour une analyse critique, voir: Pierre CARIGNAN, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *R. J. T.* 1.

¹³⁴⁹Lorsque, au contraire, les distorsions, et donc les vices ou les carences de représentation dont sont victimes les supporters d'un parti, résultent de la prise en considération de facteurs non-

L'analyse du juge Powell est conforme à cette approche en exigeant que l'État ignore l'affiliation partisane de chaque citoyen au moment d'établir la carte, pour s'en tenir à des critères traditionnellement acceptés comme les limites municipales, les barrières naturelles et le partage d'intérêts, notamment économiques. En pratique, cette approche fondée sur le modèle de l'égalité procédurale mène à une conclusion d'atteinte à l'égalité lorsque des distorsions au niveau de la représentation sont le fruit d'une volonté de traiter de façon défavorable le vote exprimé par certains individus en faveur d'un parti politique donné. En l'espèce, les juges Powell et Stevens auraient ainsi déclaré la manoeuvre républicaine inconstitutionnelle malgré le fait que la dilution du vote démocrate s'était avérée relativement faible¹³⁵⁰ et que, contrairement à l'exigence posée par le juge White, cette dilution ne s'était fait sentir que pour une seule élection.

Il ne faut sans doute pas surestimer le problème que pose en pratique le *gerrymandering* partisan. Comme le suggère la juge O'Connor en s'opposant à l'intervention des tribunaux, il s'agit là d'une entreprise au potentiel limité¹³⁵¹, tant en raison de la volatilité des appuis partisans (qu'on ne saurait jamais prédire avec la précision nécessaire), qu'en raison de la nature de l'exercice qui consiste à minimiser la marge par laquelle chacun des sièges est emporté, avec les risques évidents que cela comporte. Il ne faut pas, non plus, négliger la vigilance de l'électorat qui risque de se révolter face à une tentative trop grossière de manipuler la carte. Cela explique sans doute le fait que le problème de l'intervention judiciaire en ce domaine n'ait pas été à la hauteur des craintes souvent exprimées. Il demeure néanmoins que la possibilité de manipuler la carte électorale à des fins partisans pose un problème démocratique grave et qu'on ne saurait donc exclure *a priori* le contrôle des tribunaux. Dans cette perspective, il m'apparaît préférable d'appréhender le problème du *gerrymandering* partisan en

partisans (comme les limites municipales ou la géographie), il n'y a pas lieu pour les tribunaux d'intervenir.

¹³⁵⁰À la Chambre basse, les Démocrates avaient recueilli 51.9 % des voix, mais non la majorité des sièges (43%). Quant à la Chambre haute, les élections procèdent en deux temps, la moitié des sièges étant renouvelés à chaque deux ans. Au moment de la plainte, seule la moitié des sièges avait ainsi fait l'objet d'une élection, et les distorsions furent faibles, les Démocrates recueillant 53.1 % des voix et treize sièges sur vingt-cinq (soit 52 %). Le renouvellement de l'autre moitié des mandats sénatoriaux, qui se produisit avant la décision en Cour suprême, donna toutefois lieu à de plus grandes disparités, les Républicains obtenant dix-huit des vingt-cinq sièges (soit 72 %) avec 57.7 % du vote.

¹³⁵¹ «A self-limiting enterprise» (*Davis c. Bandemer*, précité, note 1341, 152).

défendant l'égalité du vote à travers le principe d'indifférenciation lié au modèle procédural, et non en invoquant un quelconque droit à la représentation de groupes, principe dont la logique conduit à écarter le scrutin majoritaire.

B. L'égalité raciale

Une des données particulières à la situation politique américaine est l'importance du clivage racial qui a marqué l'histoire du pays et son évolution démocratique. Longtemps après que les noirs furent formellement admis à voter¹³⁵², diverses techniques permirent en pratique de continuer à les exclure du pouvoir en minimisant leur poids politique à tous les niveaux de gouvernement¹³⁵³. C'est le cas du *gerrymandering*, visant, cette fois, la division ou la concentration de la communauté noire afin de diluer l'impact de son vote.

1. l'égalité sous le XV^{ème} amendement et les carences de l'approche formelle

La jurisprudence de la Cour suprême dans les années soixante-dix et au début des années quatre-vingt avait montré les limites de la protection offerte par les XIV^{ème} et XV^{ème} amendements aux minorités raciales victimes d'un système électoral qui étouffait leur voix politique. Pour établir une plainte de dilution raciale, le plaignant devait non seulement établir que, suivant l'ensemble des circonstances (incluant l'historique discriminatoire de l'État, les pratiques électorales et le succès politique relatif de la minorité), le processus électoral n'était pas également ouvert à tous¹³⁵⁴, mais aussi que ce processus avait été établi *dans le but* de restreindre le pouvoir politique de la minorité¹³⁵⁵. Ce fardeau, dont l'élément intentionnel se

¹³⁵²Suite à la guerre civile, on adopta en 1870 le XV^{ème} amendement qui interdit l'exclusion du scrutin ou la diminution du droit de vote sur la base de considérations raciales.

¹³⁵³Pour un bref aperçu historique du vote des noirs américains, voir Chandler DAVIDSON, «The Voting Rights Act: A Brief History», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting*, Washington D.C., The Brooking Institution, 1992, p. 7; de même que Henry ABRAHAM, *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, 5^e éd., New York/Oxford, Oxford University Press, 1988, pp. 448-472.

¹³⁵⁴Voir l'arrêt *White c. Regester*, 412 U.S. 755 (1973), de même que son prédécesseur, *Whitcomb c. Chavis*, 403 U.S. 124 (1971).

¹³⁵⁵*City of Mobile c. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980).

fondait sur la jurisprudence antérieure en matière de discrimination raciale, avait en pratique pour effet de rendre les contestations sinon impossibles, du moins extrêmement difficiles.

À cet égard, force était de constater que le *Voting Rights Act*¹³⁵⁶, qui avait été adopté en 1965 pour remédier au problème chronique de la sous-représentation des noirs¹³⁵⁷ n'était d'aucun secours. D'une part, l'article 2, qui interdisait la discrimination raciale en matière électorale, se contentait de reprendre les termes du XV^{ème} amendement, rendant impossible une interprétation plus généreuse (en particulier sur la question de l'élément intentionnel). D'autre part, l'article 5, qui exigeait l'approbation du département fédéral de la justice pour toute modification du droit électoral de certains États, était formulé de façon à n'empêcher que la *régression* des droits politiques des minorités. Il ne pouvait donc servir à modifier le droit existant, ni à obliger que les modifications proposées par les États aient un caractère mélioratif.

Or, la question de l'incidence de la carte électorale sur le pouvoir politique des noirs dépasse le strict problème d'un effort volontaire aux visées proprement exclusionnistes. En pratique, l'application même du principe d'indifférenciation tend à conduire à une sous-représentation de la minorité, qui se trouve soit concentrée dans de véritables ghettos noirs où leur force politique ne peut servir qu'à l'élection d'un seul représentant, soit fragmentée au sein de circonscriptions à majorité blanche. Cette sous-représentation systémique s'avère encore plus marquée dans les cas —fréquents dans les États américains— où l'on a recours à des circonscriptions plurinominales régies par le scrutin majoritaire («*block vote*»), et où une majorité blanche réussit à imposer sa volonté d'une façon systématique. Si le nombre d'élus noirs et hispanophones peut être considéré comme un indice du poids politique de ces communautés, les statistiques démontrent, malgré des progrès significatifs, une sous-représentation chronique. Ainsi, en 1992, la population de ces communautés respectives représentait 12.4 et 8 pour cent de la population américaine, mais le nombre d'élus provenant de ces groupes se chiffrait uniquement à 1.4 et 0.8 pour cent, soit une proportion presque dix

¹³⁵⁶Précité, note 1313. Ci-après cité: le «*Voting Rights Act*».

¹³⁵⁷Adoptée sous la gouverne du président Johnson en vertu de la section 2 du XV^{ème} amendement, la loi faisait suite à de tragiques incidents entourant une marche visant à encourager la participation électorale des noirs, qui était pratiquement nulle dans certains États ayant adopté des pratiques discriminatoires. La loi comporte une série de mesures visant à empêcher ces pratiques et instaure notamment un régime de surveillance fédérale des pratiques électorales des États ayant un passé de discrimination raciale.

fois moindre¹³⁵⁸. Ces données témoignent de l'inadéquation d'une approche formelle fondée sur l'indifférenciation et qui commande un aveuglement à l'égard des appartenances ethniques.

La question du partage du pouvoir politique entre la majorité blanche et les minorités ethniques, en particulier noires et hispanophones, demeure aujourd'hui le talon d'Achille de la société américaine. Outre la justice sociale, son enjeu atteint la légitimité même de l'État et le risque encouru est, ultimement, celui de la désobéissance civile. Le phénomène d'exclusion ou de sous-représentation exige alors des remèdes plus efficaces que ceux offerts par le contrôle judiciaire traditionnel, mais aussi plus controversés.

2. les modifications de 1982 au *Voting Rights Act* et la représentation proportionnelle des minorités

Réagissant à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *City of Mobile c. Bolden*¹³⁵⁹, le Congrès américain modifia, en 1982, l'article 2 du *Voting Rights Act* afin que la preuve de l'intention discriminatoire ne soit plus requise pour établir une violation de cet article, l'accent devant dorénavant être mis exclusivement sur les *effets*¹³⁶⁰. Dans l'arrêt *Thornburg c. Gingles*¹³⁶¹, en 1986, la Cour interpréta la nouvelle disposition comme permettant de conclure à discrimination lorsque trois conditions se trouvent réunies. Premièrement, il doit exister un

¹³⁵⁸Voir C. DAVIDSON, *loc. cit.*, note 1353, 46.

¹³⁵⁹Précitée, note 1355.

¹³⁶⁰Suivant les termes du nouveau para. 2(b), une procédure électorale est réputée discriminatoire:

«[...] if, based on the totality of circumstances, it is shown that the political process leading to nomination or election in the State or political subdivision are not equally open to participation by members of a class of citizens protected by subsection (a) in that its members have less opportunity than the other members of the electorate to participate in the political process and to elect representatives of their choice. The extent to which members of a protected class have been elected to office in the State or political subdivision is one circumstance which may be considered: *Provided, That nothing in this section establishes a right to have members of a protected class elected in numbers equal to their proportion in the population*» (Je souligne).

¹³⁶¹478 U.S. 30. On contestait alors sept circonscriptions (dont six étaient plurinominales) établies pour les élections législatives de la Caroline du Sud. Les six circonscriptions plurinominales, dont le nombre de sièges variait entre trois et huit, furent déclarées invalides.

groupe minoritaire suffisamment peuplé et concentré géographiquement pour pouvoir former une majorité dans une circonscription uninominale¹³⁶². Deuxièmement, il faut établir que ce groupe est caractérisé par une forte cohésion politique, c'est-à-dire qu'il vote généralement pour le même candidat¹³⁶³. Enfin, il faut que sous le régime électoral contesté ce groupe soit généralement incapable de faire élire le candidat de son choix¹³⁶⁴.

Pour plusieurs critiques, dont les juges minoritaires dans l'affaire *Thornburg*, cette approche équivaut à ordonner la représentation proportionnelle des minorités¹³⁶⁵, ce que l'article 2 du *Voting Rights Act* excluait expressément. Or, cette critique est sans doute excessive. D'une part, elle se fonde sur une lecture à mes yeux erronée, soit de l'article 2 du *Voting Rights Act*, soit du droit reconnu par les juges majoritaires. L'article 2 stipule en effet: «*Provided, that nothing in this section establishes a right to have members of a protected class elected in numbers equal to their proportion in the population*» (je souligne). Les termes employés suggèrent ainsi que l'on n'a pas voulu garantir une représentation *identitaire* —c'est-à-dire garantir que le pourcentage de représentants qui sont eux-mêmes noirs ou hispanophones soit identique à la proportion de ces groupes dans la population. Mais l'opinion majoritaire tend plutôt à favoriser l'élection des candidats appuyés par la minorité, *quelle que soit la race de*

¹³⁶²*Idem*, p. 50. Une des difficultés avec cette exigence est qu'elle est directement tributaire de la taille de l'assemblée: plus celle-ci sera réduite, plus les circonscriptions seront peuplées et plus il sera difficile d'établir des circonscriptions où une communauté minoritaire constitue une majorité. L'autre difficulté, comme on le verra par la suite, est le sens exact de l'exigence voulant que le groupe soit géographiquement compact. S'il est clair que cette exigence vise à préserver le mode de représentation géographique traditionnel, il faut cependant reconnaître qu'il n'existe aucune exigence, constitutionnelle ou autre, ni même aucune pratique imposant des restrictions quant à la forme des circonscriptions. Exiger des circonscriptions minoritaires une forme particulière, c'est alors imposer un fardeau qui est inexistant lorsqu'il s'agit de tracer des circonscriptions à majorité blanche. Sur ce problème, voir *infra*, pp. 419 et suiv.

¹³⁶³*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361, 30. En l'espèce, la preuve révélait que les candidats de race noire recevaient entre 87 et 96 % du vote noir, et uniquement 28 à 49 % du vote blanc. *Idem*, p. 59. Cette exigence sera, en pratique, systématiquement satisfaite dans la jurisprudence subséquente, témoignant ainsi de la forte polarisation raciale du vote aux États-Unis.

¹³⁶⁴*Idem*, p. 30.

¹³⁶⁵Voir les motifs de la juge O'Connor (appuyée des juges Burger, Powell et Rehnquist), aux p. 89 à 94. Voir également Timothy O'ROURQUE, «The 1982 Amendments and the Voting Rights Paradox», dans B. GROFMAN et C. DAVIDSON (dir.), *op. cit.*, note 1353, p. 85, à la p. 100; de même que H. ABRAHAM, *op. cit.*, note 1353, pp. 464-465.

ces candidats¹³⁶⁶. En d'autres termes, même si on devait considérer l'arrêt *Thornburg* comme garantissant le droit à la représentation proportionnelle des minorités, rien dans la décision ne contraint à ce que ce droit prenne la forme d'une représentation identitaire par laquelle la composition raciale des assemblées serait tenue de refléter celle de la population. D'autre part, il faut reconnaître que le critère de cohésion géographique limite sérieusement la possibilité de maximiser le vote des minorités de façon à ce que leur pouvoir électoral puisse être approximativement proportionnel à leur importance dans la population. De ce point de vue, l'arrêt *Thornburg* ne pourra jamais avoir pour effet, en pratique, d'assurer une représentation proportionnelle des groupes minoritaires.

On doit cependant reconnaître que les critères avancés par la majorité dans l'arrêt *Thornburg* équivalent, dans les cas où les conditions de concentration géographique sont réunies, à plus qu'une simple barrière négative à la dilution raciale. Dans un tel cas, l'arrêt *Thornburg* offre à la minorité ethnique un droit positif à la représentation (qui se traduit souvent, en pratique, par une représentation identitaire). Cet arrêt donna ainsi un souffle nouveau à la lutte pour assurer une meilleure représentation des minorités ethniques. Utilisant le pouvoir de supervision que lui confère l'article 5 du *Voting Rights Act*, le département fédéral de la justice se mit à exiger que les nouvelles cartes électorales soumises à son approbation soient conçues, en autant que possible, de manière à favoriser l'effet du vote provenant des communautés minoritaires.

La difficulté que devait bientôt mettre en évidence cette politique provient du fait que la maximisation du vote d'un groupe minoritaire dans une circonscription ne peut se faire, en pratique, qu'en joignant à cette communauté un «*filler group*», c'est-à-dire un certain nombre d'individus n'appartenant pas à la minorité ethnique et dont le vote se trouve à être volontairement dilué¹³⁶⁷. La réaction, tant en doctrine qu'en jurisprudence, provoquée par la politique fédérale de maximisation témoigne du clivage qui existe dans la pensée américaine sur ce qui constitue un système politique juste.

¹³⁶⁶*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361, 66-67.

¹³⁶⁷En effet, la création de circonscriptions entièrement noires ou hispanophones aurait pour effet de *diluer* le poids électoral de ces groupes en leur donnant, dans ces circonscriptions, un poids politique dépassant largement le minimum requis pour assurer une victoire et engendrant ainsi un «*gaspillage*» des votes excédentaires.

3. la réplique conservatrice des années quatre-vingt-dix: vers une approche «gestaltiste»?

La question du rôle de la «race» dans le processus politique provoqua, au début des années quatre-vingt-dix, une importante polémique académique qui demeure à ce jour entière. La vigueur de la réaction conservatrice aux droits conférés par le *Voting Rights Act* reflète l'attachement profond à la perspective individualiste du fameux «*melting-pot*» américain, qui consiste essentiellement à concevoir et représenter la citoyenneté sans égards aux appartenances raciales ou ethniques (on reconnaît là l'idéal libéral d'indifférenciation). Pour plusieurs, la politique de découpage racial proposée par le *Voting Rights Act* est ainsi perçue comme impliquant le sacrifice de l'individu/citoyen au profit d'intérêts collectifs étrangers à la tradition libérale américaine¹³⁶⁸. Résumant l'opposition conservatrice au *Voting Rights Act*, le professeur Cain écrit: «*Groups have no right to an undiluted or unwasted block vote because the only legitimate rights in a democracy are individual, not group rights*»¹³⁶⁹. Il apparaît au demeurant injuste, dit-on, de reconnaître des droits à certains groupes et non à d'autres, comme les femmes ou les Irlandais, sans compter le fait que chaque individu est susceptible d'appartenir ainsi à une pluralité de groupes¹³⁷⁰. Mais surtout, selon la professeure Abigail Thernstrom, la pratique que recommande le *Voting Rights Act* équivaut à instaurer de toute pièce une balkanisation et une fragmentation de la politique américaine¹³⁷¹. Pour les élus, les conséquences d'un tel découpage risquent d'être le sentiment de ne représenter que les intérêts de leur propre communauté raciale¹³⁷².

De leur côté, les partisans du *Voting Rights Act* et de l'approche qui consiste à accroître le pouvoir politique des communautés minoritaires par le biais du découpage électoral insistent

¹³⁶⁸Voir David WELLS, «Against Affirmative Gerrymandering», dans Bernard GROFMAN, Arend LIJPHART, Robert McKAY et Howard SCARROW (dir.), *Representation and Redistricting Issues*, Toronto, Lexington Books, 1982, p. 77, à la p. 83.

¹³⁶⁹Bruce CAIN, «Voting Rights and Democratic Theory: Towards a Color-Blind Society?», dans B. GROFMAN et C. DAVIDSON (dir.), *op. cit.*, note 1353, p. 261, à la p. 264.

¹³⁷⁰*Idem*, p. 267.

¹³⁷¹Abigail THERNSTROM, *Whose Votes Count? Affirmative Action and Minority Voting Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 242.

¹³⁷²Voir Carol SWAIN, «Some Consequences of the Voting Rights Act», dans B. GROFMAN et C. DAVIDSON (dir.), *op. cit.*, note 1353, p. 292, à la p. 295.

sur le fait que la politique américaine est, au départ et pour des raisons historiques profondes, racialement polarisée¹³⁷³. Dans ces circonstances, défendre une pratique d'indifférenciation raciale au nom d'une illusoire neutralité, c'est s'opposer au seul moyen permettant de progresser vers une véritable égalité politique. Selon le professeur Derfner:

*«Until we find a way of drafting reapportionment plans that we can be sure are truly nondiscriminatory, and perhaps until there are no minorities in our society, the only protection we have against reapportionment plans that discriminate on account of race is to do them with our eyes open and seek to achieve fairness»*¹³⁷⁴.

Cette défense progressiste du *Voting Rights Act* est directement liée à l'idée, qui est au coeur de l'approche téléologique/pluraliste que j'ai décrite, suivant laquelle la justice requiert que le pouvoir politique considère les intérêts des divers groupes, et en particulier des groupes minoritaires, au sein de la société. Témoignant de cette préoccupation pour le pluralisme, Robert McKay écrit ainsi:

*«It would in my judgement be intolerable for Congress or a state legislature to transact business affecting all its constituents with no representation, or only token representation, of blacks, Chicanos, or other minority groups relevant to the particular jurisdiction»*¹³⁷⁵.

La pratique de découpage racial sous le *Voting Rights Act* apparaît ainsi, non pas comme l'instrument d'une fragmentation de la sphère publique, mais bien comme la condition permettant d'instaurer un dialogue entre les communautés¹³⁷⁶.

¹³⁷³Voir: Luis FRAGA, «Latino Political Incorporation and the Voting Rights Act», dans B. GROFMAN et C. DAVIDSON (dir.), *op. cit.*, note 1353, p. 278, à la p. 279; de même que B. CAIN, *loc. cit.*, note 1369, 271.

¹³⁷⁴Armand DERFNER, «Nondiscrimination in Districting», dans B. GROFMAN, A. LIJPHART, R. McKAY et H. SCARROW (dir.), *op. cit.*, note 1368, p. 65, à la p. 73.

¹³⁷⁵Robert McKAY, «Affirmative Gerrymandering», dans B. GROFMAN, A. LIJPHART, R. McKAY et H. SCARROW (dir.), *op. cit.*, note 1368, p. 91, à la p. 93.

¹³⁷⁶Selon Luis Fraga, «*the improved representation of Latino communities brought about by the Voting Rights Act will provide the crucial opportunity for the Latino, African American and Anglo communities, and the rest of the polity, to create a new version of the public interest*» (L. FRAGA, *loc. cit.*, note 1373, 282). Certains adhérents plus radicaux à cette perspective pluraliste considèrent les mesures prises sous le *Voting Rights Act* comme insuffisantes et revendiquent une transformation profonde de la politique américaine qui remet en cause le principe majoritaire au profit d'une démocratie représentative à caractère consensuel (Voir en particulier Lani GUINIER, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, Free Press, 1994).

Face à la virulence du débat, et suite aux nominations conservatrices de l'ère Reagan-Bush¹³⁷⁷, une bataille judiciaire était plus que prévisible. Dans ce contexte, les modifications de 1982 au *Voting Rights Act*, telles qu'interprétées dans l'arrêt *Thornburg*¹³⁷⁸, soulevaient deux questions principales. Premièrement, quelle est la *nature* du droit conféré par l'article 2? S'agit-il d'un droit conféré aux *individus* en tant que membres de communautés raciales, ou s'agit-il d'un droit proprement *collectif*, c'est-à-dire conféré à ces communautés directement? Et deuxièmement, en autant que le *Voting Rights Act* exige la prise en considération des caractéristiques raciales, dans quelle mesure l'article 2 est-il en conflit avec les exigences égalitaires du XIV^{ème} amendement? À ce jour, et malgré une jurisprudence aussi abondante que controversée, la Cour n'a pas offert de réponse claire à aucune de ces deux questions fondamentales.

La question de la nature exacte du droit conféré par l'article 2 en matière de découpage électoral fut présentée à la Cour suprême en 1994 dans l'affaire *Johnson c. De Grandy*¹³⁷⁹, relativement à un projet de carte pour la législature de la Floride. Bien que la carte permettait, *dans l'ensemble*, une représentation de la communauté hispanophone proportionnelle à son importance dans la population, on se plaignait de la fragmentation de la communauté hispanophone dans une région particulière de la Floride où il aurait été possible, en respectant les critères de l'arrêt *Thornburg*¹³⁸⁰, d'établir une circonscription à majorité hispanophone. Le problème mettait en jeu deux interprétations possibles du *Voting Rights Act*: l'une qui garantit un droit à un vote «non-dilué» pour chacun des individus membres d'une communauté raciale minoritaire, et l'autre qui établit un droit à une certaine influence politique, droit qui est conféré à la communauté elle-même en tant que groupe.

¹³⁷⁷Sous leur présidence successive, les juges O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas et Souter furent nommés à la Cour suprême. De fait, les quatre premiers, appuyés du juge en chef Rehnquist (qui fut nommé par Nixon et désigné juge en chef sous Reagan), allaient monter une attaque en règle contre la pratique de découpage minoritaire implantée sous le régime du *Voting Rights Act*. Voir *infra*, pp. 419 et suiv.

¹³⁷⁸*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹³⁷⁹512 U.S. 997 (30 juin 1994).

¹³⁸⁰*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

La première interprétation, avancée par le plaignant et s'appuyant sur la logique de l'arrêt *Thornburg*¹³⁸¹, met l'accent sur la dilution du vote des *individus* membres d'une communauté minoritaire. Dans cette perspective, il importe peu que la communauté soit, au niveau plus large de l'État, représentée de façon proportionnelle. Il y aurait violation de l'article 2 du *Voting Rights Act* dès lors que, comme c'était le cas en l'espèce, la carte a pour effet de placer certains individus membres d'une communauté raciale dans une position minoritaire à l'intérieur d'une circonscription, alors qu'il eut été possible, suivant les critères de l'arrêt *Thornburg*, de former une circonscription à l'intérieur de laquelle ceux-ci se seraient trouvés majoritaires. Cette interprétation, qui s'attaque à toute forme de dilution à l'échelle locale, a toutefois pour conséquence de rendre obligatoire la *maximisation* (du moins à l'échelle locale) du vote des individus appartenant aux minorités raciales. En d'autres termes, à chaque fois que les concepteurs de la carte sont appelés à tracer une ligne, celle-ci doit être tracée de manière à ce que, en autant que possible, les communautés minoritaires se trouvent à former une majorité au sein d'une circonscription, toute autre solution équivalant à de la dilution.

La seconde interprétation, défendue par la Floride dans l'affaire *De Grandy*¹³⁸², exige de considérer le pouvoir politique des communautés raciales minoritaires sur l'ensemble de l'État. Dans la mesure où la carte permet, dans l'ensemble, à la communauté minoritaire d'exercer une influence politique proportionnelle à son importance dans la population, il ne devrait pas y avoir violation du *Voting Rights Act*. Celui-ci serait alors interprété comme garantissant aux communautés directement un droit plus général à la représentation, c'est-à-dire droit collectif qui peut fort bien être satisfait même si le vote de certains individus membres de la collectivité se trouve à être dilué.

La Cour rejeta clairement la première interprétation au motif qu'elle équivaut à rendre obligatoire la maximisation du vote minoritaire, ce qui, selon elle, pouvait entraîner des conséquences déplorables¹³⁸³. En l'espèce, elle considéra la carte valide malgré la possibilité,

¹³⁸¹*Idem*.

¹³⁸²*Johnson c. De Grandy*, précité, note 1379.

¹³⁸³La Cour donne l'exemple hypothétique d'une juridiction de 1 000 électeurs divisée en dix circonscriptions égales, et où un groupe minoritaire représente 40% de la population. Advenant une répartition géographique optimale de ce groupe minoritaire, celui-ci se verrait attribuer le contrôle effectif de sept circonscriptions sur dix, soit près du double de son importance relative dans la population (*Idem*, p. 1016).

conformément aux trois exigences de l'arrêt *Thornburg*¹³⁸⁴, de créer une circonscription minoritaire supplémentaire. La Cour refusa toutefois d'endosser la position avancée par la Floride, suivant laquelle le constat d'une proportionnalité à l'échelle de l'État empêchait toute contestation de la carte. Même face à une telle proportionnalité, il pourrait advenir la possibilité, dit la Cour, que l'on conclue à une forme de dilution invalide. Les explications à cet égard sont peu éclairantes, suggérant l'éventualité d'un découpage ayant clairement pour *objectif* de diluer le vote d'un groupe dans une région donnée (ce qui n'était pas le cas ici). Cette hypothèse est toutefois difficilement conciliable avec les modifications de 1982 au *Voting Rights Act*, qui visaient à écarter toute considération relative à l'intention, et suggère plutôt la possibilité d'une contestation sous le XV^{ème} amendement. Cette lecture de l'arrêt tendrait à donner aux droits conférés par l'article 2 du *Voting Rights Act* une dimension proprement collective, c'est-à-dire à y voir un droit attribué aux communautés elles-mêmes à une certaine représentation effective¹³⁸⁵, tout en préservant la possibilité d'un recours fondé sur le XIV^{ème} amendement en cas de discrimination à l'échelle locale.

Mais —et c'est là le second et principal problème actuellement—, quel que soit le sens exact que l'on donne à l'article 2 du *Voting Rights Act* (droit des individus appartenant à la collectivité ou droit de la collectivité dans son ensemble), celui-ci oblige les États à prendre en considération la «race» des électeurs lorsqu'ils aménagent leur carte électorale —c'est-à-dire à découper «les yeux ouverts», pour reprendre les termes du professeur Derfner¹³⁸⁶. Il faut alors s'interroger sur la compatibilité d'une telle pratique avec les exigences du XIV^{ème} amendement. Ici aussi, la réponse ébauchée par la Cour suprême à travers une succession d'arrêts est loin d'être claire et est marquée par une profonde controverse au sein même de la Cour.

La première menace à la philosophie progressiste du *Voting Rights Act* fut prononcée en juin 1993 dans l'arrêt *Shaw c. Reno*¹³⁸⁷, impliquant la carte pour la législature de le

¹³⁸⁴*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹³⁸⁵Pour une défense du point de vue suivant lequel le *Voting Rights Act* devrait être interprété comme conférant aux groupes minoritaires un droit collectif à la représentation, voir: Lani GUINIER, «[E]racing Democracy: The Voting Rights Cases», (1994-95) 108 *Harvard Law Rev.* 109.

¹³⁸⁶*Supra*, pp. 415-416.

¹³⁸⁷509 U.S. 630 (1993).

Caroline du Nord. À la demande du département fédéral de la justice, l'État avait réaménagé sa carte de façon à ajouter une «circonscription minoritaire», c'est-à-dire une circonscription dans laquelle la minorité noire constituait une majorité¹³⁸⁸. Cette circonscription, de forme particulièrement allongée, était contestée par des électeurs blancs qui s'y trouvaient placés en position minoritaire. Le tribunal de première instance avait rejeté leur plainte de discrimination raciale, considérant que, pour réussir sous le XIV^{ème} amendement, les plaignants devaient prouver une dilution du vote blanc sur l'ensemble de l'État. De fait, cette conclusion semblait découler logiquement (en partie du moins) des exigences du *Voting Rights Act* tel qu'interprété dans l'arrêt *Thornburg*¹³⁸⁹. Puisque, dans certaines circonstances, la création d'une circonscription à majorité noire était juridiquement impérative, on devait nécessairement accepter que, dans ces circonstances, il était possible de placer certains individus n'appartenant pas à la communauté noire dans une position minoritaire au sein d'un circonscription. De plus, une certaine jurisprudence de la Cour suprême, sur laquelle se fondait le tribunal de première instance, avait établi que le groupe dont le vote se trouvait ainsi dilué ne pouvait s'en plaindre constitutionnellement à moins que la carte n'ait eut pour effet de créer une sous-représentation au niveau de l'État¹³⁹⁰. Par une majorité de cinq juges contre quatre, la Cour suprême renversa néanmoins la décision de première instance. Reprenant les arguments avancés par la doctrine conservatrice, les juges majoritaires se déclarèrent ouvertement hostiles à la pratique d'un découpage fondé sur la race. Selon la juge O'Connor, qui écrivit pour la majorité:

«Classifications of citizens solely on the basis of race "are by their very nature odious to a free people whose institutions are founded upon the doctrine of equality" Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81,100 (1943). [...] They threaten to

¹³⁸⁸La Caroline du Nord, en raison de son passé de discrimination, est assujettie à l'art. 5 du *Voting Rights Act*, qui exige l'autorisation du département de la justice pour toute modification au droit électoral. Selon l'art. 5 cette autorisation sera refusée lorsque la modification entraîne une régression des droits politiques de la minorité. En pratique, toutefois, le département de la justice refusera l'autorisation également lorsque, même en l'absence de régression des droits de la minorité, le régime électoral projeté est susceptible d'être déclaré invalide suivant l'art. 2.

¹³⁸⁹*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹³⁹⁰Voir: *United Jewish Organisations of Williamsburg c. Carey*, 430 U.S. 144 (1977). L'État de New York avait adopté une carte électorale visant à donner une représentation politique effective aux communautés noire et portoricaine. Cette carte impliquait cependant la division d'une ancienne circonscription juive dont le pouvoir électoral se trouvait ainsi dilué. La Cour reconnut la validité de la carte en se fondant sur deux éléments: d'une part, le fait que la communauté juive n'était pas, en considérant l'ensemble de la carte, sous-représentée, et le fait que la carte ne constituait pas, pour la communauté juive, une forme d'injure raciale («*racial slur*»).

stigmatize individuals by reason of their membership in a racial group and to incite racial hostility. Croson, supra, at 493 (plurality opinion); UJO, supra, at 173 (Brennan, J., concurring in part). ("[E]ven in the pursuit of remedial objectives, an explicit policy of assignment by race may serve to stimulate our society's latent race-consciousness, suggesting the utility and propriety of basing decisions on a factor that ideally bears no relationship to an individual's worth or needs")»¹³⁹¹.

Comme le soulignèrent cependant les juges dissidents, le préjudice dont se plaignaient les électeurs blancs n'est pas facile à concilier avec le point de vue exprimé dans l'opinion majoritaire. S'il s'agit d'un préjudice individuel dont ils sont victimes en tant qu'électeurs blancs dans une circonscription à majorité noire, la reconnaissance de ce préjudice semble incompatible avec la proposition des juges majoritaires à l'effet que la race est sans pertinence politique et ne peut être considérée¹³⁹². Par ailleurs, la reconnaissance de ce préjudice comme cause d'action sous le XIV^{ème} amendement met directement en cause la validité même de l'article 2 du *Voting Rights Act* qui exige, dans certaines circonstances, la création de circonscriptions à majorité noire¹³⁹³. L'arrêt *Shaw c. Reno*¹³⁹⁴ laisse toutefois cette question en suspens, la Cour décidant à la majorité de renvoyer le dossier en première instance pour que le tribunal qui avait entendu la preuve puisse déterminer de la validité de la carte en conformité avec les exigences les plus sévères du «*strict scrutiny*»¹³⁹⁵.

¹³⁹¹*Shaw c. Reno*, précité, note 1387, 643.

¹³⁹²La juge O'Connor écrit ainsi à propos du découpage racial:

«It reinforces the perception that members of the same racial group—regardless of their age, education, economic status, or the community in which they live—think alike, share the same political interests, and will prefer the same candidates at the polls. We have rejected such perceptions elsewhere as impermissible racial stereotypes» (Idem, p. 647).

¹³⁹³Notons qu'antérieurement aux modifications de 1980, la Constitutionnalité du *Voting Rights Act* avait été contestée sans succès dans les affaires *South Carolina c. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966) et *Katzenbach c. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966).

¹³⁹⁴Précité, note 1387.

¹³⁹⁵En effet, la jurisprudence américaine fait une distinction entre les différents motifs de discrimination, considérant certains motifs plus «suspects» que d'autres et entraînant un degré variable de sévérité dans le contrôle judiciaire. Suivant les exigences les plus sévères du «*strict scrutiny*», qui s'applique en matière raciale, une classification suspecte sera présumée contraire à la Constitution, mais pourra néanmoins être valide lorsque, suivant la preuve amenée par l'État: 1° elle répond à un objectif étatique «pressant» («*compelling state interest*»), et que 2° les moyens employés sont étroitement conçus pour atteindre cet objectif (voir L. TRIBE, *op. cit.*, note 172, p. 621-622, de même qu'aux pp. 1451 et suiv.). Considérant les origines de cette variation dans la sévérité du contrôle judiciaire, l'application du «*strict scrutiny*» à une affaire comme *Shaw c. Reno*, précitée, note 1387, est particulièrement décevante. En effet,

L'opinion majoritaire laisse néanmoins entendre que le vice affectant la circonscription contestée est, littéralement, un vice de «forme». En d'autres termes, les formes hautement irrégulières de la circonscription contestée montraient une insistance déraisonnable sur la race qui serait incompatible avec le principe d'indifférenciation qui sous-tendrait le XIV^{ème} amendement¹³⁹⁶. Ce point de vue sur la portée de l'arrêt *Shaw c. Reno*¹³⁹⁷ fut également exprimé en doctrine où l'on interpréta la décision comme prohibant un découpage racial (même mélioratif), lorsque le découpage démontrait de façon trop apparente son fondement racial¹³⁹⁸.

cette variation dans la sévérité du contrôle judiciaire remonte à une célèbre note du juge Stone, en 1938, dans l'affaire *United States c. Carolene Products*, 304 U.S. 144, et dans laquelle ce dernier suggérait notamment en *obiter* la nécessité d'un contrôle plus sévère dans les cas où la loi avait pour effet *de diminuer la protection normalement accordée aux minorités par le processus politique*. Le juge Stone écrivait ainsi: «[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial enquiry» (*Idem*, aux pp. 152-153, note infrapaginale n°4). Il est alors pour le moins ironique d'imposer, comme on l'a fait dans l'affaire *Shaw c. Reno*, un degré de sévérité maximal à une mesure visant à assurer à une minorité raciale une certaine protection au niveau de sa représentation politique...

¹³⁹⁶Le XIV^{ème} amendement, selon cette interprétation fondée sur une approche procédurale, obligerait l'État à traiter les individus de façon «indifférenciée», c'est-à-dire sans égard aux caractéristiques permettant de les associer à des groupes. Ainsi, dans l'arrêt *Adarand Constructors*, qui portait sur un programme d'accès à l'égalité dans les contrats publics, la juge O'Connor insiste-t-elle sur le fait que le rôle des tribunaux sous le XIV^{ème} amendement est de protéger les personnes, et non les groupes [*protect persons, not groups*]. *Adarand Constructors c. Pena*, 515 U.S. —; (1995) 132 L. Ed. (2d) 158, 182]. Dans *Shaw c. Reno*, elle écrivit de façon similaire:

«Racial classifications of any sort pose the risk of lasting harm to our society. They reinforce the belief, held by too many for too much of our history, that individuals should be judged by the color of their skin. Racial classifications with respect to voting carry particular dangers. Racial gerrymandering, even for remedial purposes, may balkanize us into competing racial factions; it threatens to carry us further from the goal of a political system in which race no longer matters—a goal that the Fourteenth and Fifteenth Amendments embody, and to which the Nation continues to aspire» (*Shaw c. Reno*, précité, note 1387, 657. Je souligne).

¹³⁹⁷Précité, note 1387.

¹³⁹⁸ Voir: Alexander ALEINIKOFF et Samuel ISSACHAROFF, «Race and Redistricting: Drawing Constitutional Lines After *Shaw v. Reno*», (1993) 92 *Michigan Law Rev.* 588; Richard PILDES et Richard NIEMI, «Expressive Harms, "Bizarre Districts", and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after *Shaw v. Reno*», (1993) 92 *Michigan Law Rev.* 483.

Une telle circonscription représenterait une forme de «cicatrice» sur la carte de l'État, et aurait pour effet d'exacerber les divisions raciales.

Mais l'arrêt *Miller c. Johnson*¹³⁹⁹, rendu en juin 1995, allait suggérer une interprétation nettement plus radicale de l'affaire *Shaw c. Reno*¹⁴⁰⁰. L'affaire *Miller* mettait en cause la carte de la Georgie pour les élections fédérales, carte qui était contestée par des électeurs blancs qui se trouvaient dans la circonscription à majorité noire du onzième «district»¹⁴⁰¹. Contrairement à la circonscription contestée dans l'affaire *Shaw*, la circonscription en cause ici ne présentait pas de formes particulièrement étranges ou irrégulières, suggérant ouvertement une manipulation raciale «honteuse». Une majorité de cinq juges considéra néanmoins que le poids «excessif» accordé aux considérations raciales plaçait la carte en conflit avec le XIV^{ème} amendement. Suivant les juges majoritaires, la circonscription contestée ne saurait se justifier par la volonté de se conformer au *Voting Rights Act* puisque cette loi «correctement interprétée», ne saurait soutenir la politique de maximisation défendue par le département de la justice.

L'opinion majoritaire dans l'arrêt *Miller* est inquiétante à plusieurs égards. D'une part, il est inexact de qualifier l'attitude du département de la justice de «politique de maximisation», puisque la demande faite à la Georgie d'ajouter une troisième circonscription minoritaire visait simplement à refléter de façon proportionnelle l'importance de la population noire. Mais surtout, en déclarant inconstitutionnel le fait de subordonner les critères traditionnels de découpage aux considérations raciales¹⁴⁰², les juges majoritaires suggèrent, plus fortement que

¹³⁹⁹515 U.S. —; 115 S. ct. 189; (1995) 132 L. Ed. (2d) 762 (les références ci-après renvoient au *Lawyer's Edition*).

¹⁴⁰⁰Précité, note 1387.

¹⁴⁰¹Avant le redécoupage contesté, la Georgie, dont 27% de la population était afro-américaine, avait une seule circonscription noire (sur un total de 10). Suite au recensement de 1990 le nombre de circonscriptions de l'État fut porté à 11, rendant nécessaire un nouveau découpage. La carte proposée, qui avait pour effet d'ajouter une seconde circonscription minoritaire, fut néanmoins refusée par le département de la justice agissant sous l'autorité du *Voting Rights Act*. Le département considérait qu'il était possible d'établir une carte constituant trois circonscriptions à majorité noire et qui refléterait ainsi davantage l'équilibre de la population. La Georgie finit par acquiescer aux exigences du département de la justice et créa une carte avec trois circonscriptions minoritaires. C'est cette troisième carte qui fut contestée par des électeurs blancs du 11^{ème} district.

¹⁴⁰²S'exprimant au nom de la majorité, le juge Kennedy écrit:

jamais, la possibilité que l'article 2 du *Voting Rights Act* soit inconciliable avec le XIV^{ème} amendement¹⁴⁰³. Le juge Kennedy va même soulever explicitement cette possibilité, tout en refusant de trancher la question. Mais tant la logique de la décision que la rhétorique employée apparaissent défavorables au *Voting Rights Act*. Selon le juge Kennedy:

*«When the State assigns voters on the basis of race, it engages in the offensive and demeaning assumption that that voters of a particular race, because of their race, think alike, share the same political interests, and will prefer the same candidates at the polls»*¹⁴⁰⁴

Puis, reprenant les propos de la juge O'Connor dans l'arrêt *Shaw c. Reno*¹⁴⁰⁵:

*Racial classifications with respect to voting carry particular dangers. Racial gerrymandering, even for remedial purposes, may balkanise us into competing racial factions»*¹⁴⁰⁶.

«The plaintiff's burden is to show, either through circumstantial evidence of a district's shape and demographics or more direct evidence going to legislative purpose, that race was the predominant factor motivating the legislature's decision to place a significant number of voters within or without a particular district. To make this showing, a plaintiff must prove that the legislature subordinated traditional race-neutral districting principles, including but not limited to compactness, contiguity, respect for political subdivisions or communities defined by actual shared interests, to racial considerations. Where these or other race-neutral considerations are the basis for redistricting legislation, and are not subordinated to race, a state can defeat a claim that a district has been gerrymandered on racial lines» (*Miller c. Johnson*, précité, note 1399, 779-780).

¹⁴⁰³En effet, l'obligation imposée par l'art. 2 de créer une circonscription minoritaire lorsque les conditions de l'arrêt *Thornburg c. Gingles* (précité, note 1361) sont réunies implique nécessairement que, dans ces cas, les critères traditionnels *devront* céder le pas aux considérations raciales.

¹⁴⁰⁴*Miller c. Johnson*, précité, note 1399, 776.

¹⁴⁰⁵Précité, note 1387.

¹⁴⁰⁶*Idem*, p. 777. Dans un article antérieur à l'arrêt *Miller*, Lani Guinier faisait remarquer à ce propos:

«For some, colorblindness, and not integration of legislative bodies, is the goal. The problem with this view is that the rhetoric of individualistic, colorblind decision making is impossible to reconcile with a statute that explicitly singles out racial groups for protection from political marginalization» (L. GUINIER, *loc. cit.*, note 1385, 111).

Il apparaît pour le moins difficile de réconcilier ce discours avec le programme du *Voting Rights Act* qui, tel qu'interprété dans l'arrêt *Thornburg*¹⁴⁰⁷, donne à la minorité ethnique géographiquement concentrée et politiquement cohésive un droit à une circonscription au sein de laquelle elle constitue une majorité.

La jurisprudence plus récente offre cependant —à défaut d'une approche claire et, surtout, aisément applicable en pratique— une certaine tentative (avortée) de conciliation. En juin 1996, la Cour se prononçait relativement à deux plaintes de découpage racial. La première plainte, *Shaw c. Hunt*¹⁴⁰⁸, était la continuation de l'affaire *Shaw c. Reno*¹⁴⁰⁹ qui avait été retournée en première instance en 1993, tandis que la seconde, l'affaire *Bush c. Vera*¹⁴¹⁰, impliquait des faits fort similaires. Appliquant à nouveau le critère de «*strict scrutiny*», et faisant l'hypothèse que la volonté d'un État de se conformer à l'article 2 du *Voting Rights Act* puisse constituer un objectif étatique suffisamment important, les cinq juges majoritaires reconnurent qu'un découpage à caractère racial pouvait s'avérer justifié, à la condition que les trois critères de l'arrêt *Thornburg*¹⁴¹¹ fussent réunis. En l'occurrence, toutefois, comme l'exigence relative à l'existence d'une communauté minoritaire suffisamment compacte géographiquement pour former une majorité au sein d'une circonscription uninominale n'était pas remplie (ainsi qu'en témoignent, selon la majorité, les formes erratiques des circonscriptions contestées dans les deux affaires), on ne pouvait invoquer l'article 2 pour tenter de justifier le découpage à caractère racial.

L'opinion des juges majoritaires, avec l'importance accordée à la dimension géographique, suggère ainsi un retour à l'approche «gestaltiste» de *Shaw c. Reno*¹⁴¹². En particulier, les motifs additionnels exprimés par la juge O'Connor visent à présenter l'arrêt comme un compromis entre les objectifs du *Voting Rights Act* et le XIV^{ème} amendement. Le ton et les termes employés par celle-ci indiquent un certain recul par rapport à la position plus

¹⁴⁰⁷*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹⁴⁰⁸517 U.S. —; 116 S. ct. 1894; (1996) 135 L. Ed. (2d). 207.

¹⁴⁰⁹Précité, note 1387.

¹⁴¹⁰517 U.S. —; 116 S. ct. 1941; (1996) 135 L. Ed. (2d) 248.

¹⁴¹¹*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹⁴¹²Précité, note 1387.

radicale exprimée dans l'arrêt *Miller c. Johnson*¹⁴¹³. La juge O'Connor suggère notamment que le «*strict scrutiny*» ne soit pas appliqué dans tous les cas où l'on a recours à des considérations raciales, mais uniquement dans les cas où les considérations raciales éclipsent les autres considérations (un point de vue qui est toutefois rejeté par les juges Kennedy, Thomas et Scalia).

L'offre de compromis est cependant refusée par les quatre juges dissidents qui s'empressent de souligner les déficiences et les nombreuses incohérences de la solution majoritaire. Outre la question de l'absence de préjudice dont pourrait se plaindre la majorité blanche (si l'on admet le point de vue exprimé par la majorité à l'effet que la race est sans pertinence politique aucune), les juges minoritaires déplorent l'absence de critère qui, en pratique, permettrait de distinguer l'usage illicite du facteur racial de son usage licite. En effet, dans une société marquée par les divisions raciales au plan de l'urbanisme, de l'emploi et des classes sociales, recourir aux critères de découpage traditionnels (comme les frontières municipales, les communautés d'intérêt, les activités économiques ou les affiliations partisans) c'est en même temps prendre en considération la race. Il n'est donc pas possible, en pratique, de déterminer si la race ou les facteurs traditionnels ont été déterminants¹⁴¹⁴. Si, par ailleurs, la décision majoritaire est interprétée comme permettant le découpage racial uniquement en conformité avec les exigences de *Thornburg*¹⁴¹⁵, et en particulier l'exigence de concentration géographique, le résultat pratique sera qu'un État désireux de donner une voix à la minorité ne pourra le faire qu'au *détriment* des considérations traditionnelles (qui devront alors céder à la concentration). Dans cette optique, l'opinion dissidente du juge Stevens (dans l'affaire *Shaw c. Hunt*¹⁴¹⁶ et, plus encore, dans l'affaire *Bush c. Vera*¹⁴¹⁷) vise à montrer que c'est précisément la volonté de l'État de concilier la représentation minoritaire aux critères traditionnels (et notamment la protection du candidat sortant) qui a mené aux formes étranges des circonscriptions protégées. Dans les deux affaires, il aurait été possible pour l'État de créer des circonscriptions minoritaires géographiquement compactes, mais qui auraient toutefois

¹⁴¹³Précité, note 1399.

¹⁴¹⁴Sur ce point, la dissidence du juge Souter dans l'arrêt *Bush c. Vera* (précité, note 1410) est davantage une réplique à l'opinion majoritaire dans *Miller c. Johnson* (précité, note 1399).

¹⁴¹⁵*Thornburg c. Gingles*, précité, note 1361.

¹⁴¹⁶Précité, note 1408.

¹⁴¹⁷Précité, note 1410.

impliqué la mise à l'écart des principes de découpage traditionnel. L'ironie de la solution «gestaltiste» préconisée par les juges majoritaires est donc d'autoriser le découpage racial précisément quand la race éclipse toutes les considérations autres que l'élégance géométrique.

Au-delà de l'argumentation serrée et complexe à laquelle se livrent les deux groupes de juges, l'opposition fondamentale qui continue de diviser la Cour en est une de philosophie politique. Pour les juges majoritaires (qui forment un bloc à partir de l'affaire *Shaw c. Reno*¹⁴¹⁸), tout découpage fondé sur des considérations raciales est une atteinte au principe libéral d'indifférenciation («*color-blindness*») et doit être découragé. Cette optique individualiste, qui est le plus clairement articulée dans l'arrêt *Miller c. Johnson*¹⁴¹⁹, suggère que le *Voting Rights Act* représente une mesure acceptable en autant qu'il se limite à simplement empêcher des actes discriminatoires de dilution, et qu'il ne sert pas d'instrument visant à garantir ou même favoriser une représentation proportionnelle des groupes minoritaires¹⁴²⁰. Cette perspective individualiste est d'ailleurs en parfaite continuité avec la logique de la jurisprudence relative à l'égalité numérique des circonscriptions: exiger l'égalité la plus stricte en ce domaine, c'est en effet considérer que ce sont les individus qui sont représentés, et qu'ils ne le sont qu'en tant qu'individus abstraits et formellement égaux, et non en tant que membres de collectivités. Une telle conception de la représentation laisse alors peu de place à l'idée suivant laquelle les membres de la communauté noire ou hispanophone auraient droit à une représentation à titre de membres de cette communauté.

À l'inverse le groupe de juges minoritaires¹⁴²¹ considère que rien ne justifie les tribunaux d'empêcher la majorité de tendre la main à la minorité en leur offrant un partage plus

¹⁴¹⁸Précité, note 1387. Il s'agit des juges O'Connor, Rehnquist, Scalia, Kennedy et Thomas, tous nommés par des présidents républicains. Le juge Rehnquist, nommé par Nixon en 1975, fut désigné juge en chef par le président Reagan. Les autres furent nommés à la Cour par les présidents Reagan et Bush.

¹⁴¹⁹Précité, note 1399.

¹⁴²⁰Cela, il faut le reconnaître, n'est cependant pas aisément conciliable avec les modifications de 1982 qui commandent une approche basée sur les résultats plutôt que l'intention, et encore moins avec l'arrêt *Johnson c. De Grandy* (précité, note 1379).

¹⁴²¹Il s'agit, dans l'affaire *Shaw c. Reno* (précité, note 1387), des juges White, Blackburn, Stevens et Souter. Les deux premiers seront remplacés, dans les affaires subséquentes, par les juges Ginsburg et Breyer, nommés à la Cour par le président Clinton en 1994 et 1995 respectivement. Étant donné la précarité de la position majoritaire, il est probable que les

équitable de l'influence politique. Dans un contexte politique racialement polarisé, cela peut représenter la seule façon de combattre les injustices raciales. Plus encore, l'invocation du principe d'indifférenciation est au mieux stérile et, au pire, constitue une forme d'hypocrisie qui dissimule mal la difficulté d'admettre le fait que la scène politique américaine continue d'être affectée par les appartenances raciales. Dans cette optique, en autant que la majorité blanche, par le biais de ses représentants, accepte un partage du pouvoir en offrant aux minorités la possibilité d'une représentation effective, les tribunaux se doivent de demeurer à l'écart.

*

* *

L'expérience américaine en matière de découpage électoral suggère certaines leçons pour la pratique canadienne. Il ne s'agit pas de les énumérer une à une, de façon préalable, mais plutôt, en analysant la problématique canadienne, de garder un oeil sur les difficultés rencontrées au sud. De façon générale, il faut reconnaître l'extrême complexité des problèmes théoriques et pratiques qui entrent en jeu, en particulier lorsqu'il s'agit de tenter de concilier les principes libéraux traditionnels à une volonté d'assurer à certains groupes une représentation effective plus équitable. Cette complexité devrait inciter à une certaine modestie, et à un effort de fournir un cadre analytique clair qui, à défaut de répondre à toutes les exigences d'une conception particulière de la justice politique, permette un minimum de cohérence, tout en demeurant flexible aux aménagements particuliers suggérés par l'évolution des circonstances sociales.

nominations futures viendront menacer l'équilibre actuel relativement à la question du découpage racial.

Section 2 - La pratique canadienne sous le régime de la *Charte* et les dangers d'une approche téléologique pluraliste

Si l'expérience américaine est riche en enseignements, il importe néanmoins au départ de resituer le problème de la carte électorale, et donc de la représentation, dans le contexte canadien qui nous est propre. Certes, les problèmes que pose le découpage de la carte électorale sont similaires: égalité formelle du vote et donc égalité numérique des circonscriptions, manipulations politiques de la carte et souci de donner aux communautés une représentation effective et donc une voix politique, sont ici comme au sud les grands enjeux du processus de découpage électoral et de son contrôle par les tribunaux. Il est toutefois évident que le contexte canadien n'est pas celui des États-Unis. En particulier, ni l'individualisme libéral marqué de la pensée politique américaine, ni la tension raciale qui a conduit à l'adoption du *Voting Rights Act* ne constituent chez nous les paramètres de la question électorale, et en particulier du problème de la représentation. Il importe donc, avant d'aborder l'impact de la *Charte canadienne* sur le découpage de la carte électorale, de voir comment s'est développé au Canada la problématique de la représentation.

Section 2.1 - La problématique canadienne avant 1982: égalité formelle et représentation des communautés

A. Le fédéralisme canadien et l'idée de représentation

Le problème de la nature et des modalités de la représentation politique s'est posé au Canada très tôt, et de façon plus aiguë qu'aux États-Unis, en raison de la coexistence des communautés anglophone et francophone, séparées non seulement par la langue, mais aussi par la culture, la tradition politique et juridique, la démographie et, surtout, le statut respectif de conquérant et de conquis. On se rappellera, en effet, que cette dualité avait fait obstacle à la promesse contenue dans la *Proclamation royale de 1763*¹⁴²² d'établir une assemblée dans la colonie. Le problème ne fut résolu qu'avec l'*Acte constitutionnel* de 1791, au prix d'une division du territoire en deux colonies, permettant ainsi à chaque communauté, et en particulier à la communauté anglophone minoritaire, d'avoir sa propre assemblée. Cette division survivra même au régime de l'*Union*, qui prévoyait une assemblée composée d'un nombre égal de

¹⁴²²L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

représentants provenant du Haut et du Bas-Canada, et ce en dépit de la supériorité démographique du Bas-Canada largement francophone¹⁴²³. On constate ainsi, et c'est là une caractéristique distinctive et permanente du débat canadien, que la question numérique ne sera jamais ici abordée entièrement séparément de la question identitaire. On constate également que l'idée d'une représentation des communautés, que l'on associe souvent à la vision *Tory* du parlementarisme, est aux origines de notre pratique parlementaire.

Le projet d'unir les colonies anglaises d'Amérique dût lui aussi trouver remède à la question de la représentation. Or, le projet confédéral se développe à l'époque même où, en Angleterre, certains «radicaux» militent pour une réforme libérale qui consacrerait l'égalité formelle des électeurs, notamment à travers un réaménagement de la carte électorale¹⁴²⁴. Chez nous, la communauté anglophone devenue majoritaire s'éveillait alors tout naturellement aux vertus de la représentation proportionnelle... Le professeur John Courtney rapporte ainsi:

*«Starting with George Brown in 1853, "rep. by pop." became the rallying cry of the Reformers of Canada West. Anxious to effect a new constitutional arrangement with Canada East that would replace the representational parity of the Act of Union (1840), the Reformers championed their new-found cause only after it had become certain that the population of Canada West had finally surpassed that of Canada East»*¹⁴²⁵.

L'application intégrale du principe majoritaire dans un État unitaire aurait conduit à la domination systématique de la minorité francophone du Bas-Canada, de sorte que le régime mis en place par la *Loi constitutionnelle de 1867* ne put se faire que sur la base du compromis que l'on connaît, le fédéralisme¹⁴²⁶. Du point de vue de la représentation politique, et face au problème que présentait la présence francophone concentrée au Bas-Canada, le fédéralisme

¹⁴²³*Acte d'Union*, art. XII.

¹⁴²⁴En 1836, une «Charte du peuple» prévoyant une extension du suffrage et l'égalité numérique des circonscriptions est proposée. Elle sera rejetée définitivement en 1848 après douze ans de bataille, mais l'idée de «*rep. by pop.*» qu'elle incarnait mènera au *Redistribution of Seats Act* de 1885 (précité, note 599). Voir: F. G. MARCHAM, *op. cit.*, note 34, p. 362.

¹⁴²⁵John COURTNEY «Parliament and Representation: The Unfinished Agenda of Electoral Redistribution», (1988) 21 *Revue canadienne de science politique* 675, à la p. 675. Comme nous le verrons par la suite, ce souci d'égalité ne s'étendra pas, à tout le moins pas avec la même intensité, au découpage de la carte électorale à l'intérieur des provinces.

¹⁴²⁶Voir notamment: Richard ARES, «La Constitution», dans Louis SABOURIN (dir.), *Le système politique du Canada — institutions fédérales et québécoises*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1968, p. 35, à la p. 39.

permettait de sauver la chèvre et le chou, c'est-à-dire d'implanter le principe majoritaire à tous les niveaux, tout en aménageant, dans l'ordre provincial, un espace propice à une représentation identitaire. La répartition des sièges à la Chambre des communes put ainsi effectivement se faire dans le respect de la représentation proportionnelle de la population des provinces¹⁴²⁷. L'article 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait un réajustement en 1871 ainsi qu'à chaque dix ans suite à un recensement national. Selon les termes de cet article, le réajustement devait s'opérer en octroyant 65 sièges au Québec et en déterminant le nombre de sièges des autres provinces en fonction du quotient électoral du Québec (le quotient électoral étant le rapport entre la population et le nombre de sièges alloués)¹⁴²⁸. La seule contrainte à cette représentation proportionnelle provenait de l'alinéa 4 de l'article 51 qui prévoyait qu'une province ne pourrait voir le nombre de ses députés diminué que si sa population, par rapport à la population canadienne, avait diminué d'un vingtième (1/20) ou plus (clause dite "grand-père"). Sous réserve de ce dernier élément, la *Loi constitutionnelle de 1867* semblait donc consacrer la proportionnalité et, à travers elle, une certaine conception de la représentation qui cherchait encore, en Angleterre, à se faire accepter par la classe politique¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷Suivant l'art. 37 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le nombre de sièges à la Chambre des communes fut établi à 181, à raison de quatre-vingt-neuf pour l'Ontario, soixante-cinq pour le Québec, dix-neuf pour la Nouvelle-Écosse et quinze pour le Nouveau-Brunswick, soit une distribution reflétant le principe de "*rep. by pop.*". En effet, selon le recensement de 1871, la population de l'Ontario était de 1 620 850 habitants, celle du Québec de 1 191 516, celle de la Nouvelle-Écosse de 387 800 et celle du Nouveau-Brunswick de 285 594. Si l'on considère la population totale et le nombre de sièges pour chaque province, l'on obtient un quotient électoral sensiblement identique pour chaque province, soit 1/18 211 pour l'Ontario, 1/18 331 pour le Québec, 1/19 039 pour le Nouveau-Brunswick et 1/20 410 pour la Nouvelle-Écosse (STATISTIQUES CANADA, *Recensement du Canada*, Vol. I, Ottawa, I.B. Taylor éd., 1873).

¹⁴²⁸MacGregor Dawson rapporte que ce mécanisme permit d'obtenir l'adhésion des leaders du Bas-Canada qui voyaient une certaine protection dans le fait que l'art. 51 assurait une Chambre relativement petite. Plus la Chambre serait grande plus la majorité absolue du Haut-Canada serait forte (Robert MacGregor DAWSON, *The Gouvernement of Canada*, 4ème éd., rév. par Normand Ward, Toronto, University of Toronto Press, 1963, p. 336).

¹⁴²⁹Ce parti pris pour une conception de la représentation fondée sur l'égalité formelle des citoyens se reflète aussi dans la timidité de l'effort pour faire du Sénat un organe voué à la représentation des régions. En effet, le Sénat canadien, instauré par les art. 21 à 36, n'a jamais eu la vocation de représentation régionale de sa contrepartie américaine. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait un Sénat composé de soixante-douze membres, soit vingt-quatre représentants pour chacune des régions définies comme l'Ontario, le Québec et les provinces maritimes. Certes, ces dernières, avec une population de 750 000 habitants comparativement à 1 200 000 pour le Québec et 1 600 000 pour l'Ontario, jouissaient d'une certaine sur-représentation, mais qui n'avait aucune commune mesure avec la représentation

Mais c'est là une conclusion un peu hâtive et qui doit être nuancée. En premier lieu, le fédéralisme impliquait tout naturellement qu'aucune circonscription ne devait chevaucher les frontières provinciales. De ce fait, les députés fédéraux se trouvent non seulement les représentants de volontés individuelles formellement égales, mais aussi —et cela nul n'a jamais eu à leur rappeler— les représentants d'intérêts provinciaux, et donc de communautés politiques, sinon culturelles. Par ailleurs, le remède fédéral à la conciliation du principe majoritaire et de la nécessaire représentation identitaire devait toutefois montrer ses limites, notamment avec l'adjonction de provinces moins peuplées. Ainsi en 1915, on ajoutait l'article 51A, communément appelé «clause sénatoriale», en vertu de laquelle le nombre de sièges d'une province à la Chambre des communes ne peut en aucun cas être inférieur au nombre de sénateurs alloué à cette province¹⁴³⁰. Le régime de répartition des sièges prévu à l'article 51 fut lui-même modifié à plusieurs reprises pour assurer une représentation adéquate des petites provinces¹⁴³¹. Le régime actuel fut instauré en 1985¹⁴³², non sans controverses.

égalitaire prévue pour les Etats américains au Sénat (deux sénateurs pour chaque Etat, sans égard à la population). En réalité, l'existence d'une seconde chambre au Parlement est tributaire de ce qui était alors perçu comme une «nécessité de représenter l'élément aristocratique de la société de façon distincte au sein du Parlement» (Louis MASSICOTTE et Françoise COULOMBE, *La réforme du Sénat*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1989, p.1). En l'absence d'un Sénat ayant pour mandat de représenter les régions, ce rôle fut dévolu, en pratique, au cabinet ministériel dont la composition doit refléter la diversité des provinces, et particulièrement la dualité linguistique canadienne. En ce sens, c'est au pouvoir exécutif, et non législatif, qu'incombe traditionnellement la représentation des provinces et des communautés linguistiques.

¹⁴³⁰Telle qu'édictée par la *Loi constitutionnelle de 1915*, 1915, 5-6 Geo. V, R.-U., c. 45. Cette clause sénatoriale fut ajoutée suite à la décision du Conseil privé dans l'arrêt *Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard c. Procureur général du Canada*, [1905] A.C. 37. Cette décision imposait une interprétation de la clause grand-père (clause du 1/20ème) qui défavorisait l'Île-du-Prince-Édouard nouvellement admise dans la fédération. La règle sénatoriale visait alors, suite à cette décision, à protéger la représentation de l'Île-du-Prince-Édouard ainsi que des autres provinces maritimes.

¹⁴³¹Ce fut le cas en 1946 avec l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 1946, 9-10 Geo. VI, R.-U., c. 63, puis en 1952 avec l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, S.C. 1952, 1 Eliz. II, R.-U., c. 15. La modification de l'art. 51 par le Parlement canadien était rendue possible par l'adoption en 1949 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (n°2)*, 1949, 13 Geo. VI, R.-U., c. 81, qui ajoutait à la liste de pouvoirs fédéraux de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, celui de modifier la constitution du Canada (sous réserve des dispositions relatives aux compétences des provinces, aux droits et privilèges garantis aux législatures ou aux gouvernements des provinces, aux garanties confessionnelles et linguistiques ainsi qu'aux dispositions relatives à la durée maximale d'une Chambre et à l'obligation de tenir une session

La contestation judiciaire auquel il donna lieu mérite d'être esquissée brièvement car elle permet d'exposer certains paramètres formels à l'intérieur desquels la question de l'égalité numérique des circonscriptions fédérales devra être abordée.

Dans l'affaire *Campbell c. P.G. du Canada*¹⁴³³, on s'attaquait en effet à la clause grand-père prévue par le nouvel article 51, paragraphe (1)2, et qui stipule qu'une province ne peut en aucun cas voir son nombre de sièges réduit par l'effet d'une nouvelle répartition. On prétendait que la clause portait atteinte au principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes, de sorte que, en vertu du paragraphe 42(1)a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, son adoption eût requis l'assentiment des 2/3 des provinces dont la

parlementaire à chaque année). La validité de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1952, modifiant la répartition des sièges au Parlement fut affirmée en *obiter dictum* par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Renvoi: compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Le régime de 1952, tout en préservant le principe de la proportionnalité ajoutait à la clause sénatoriale une nouvelle clause grand-père en vertu de laquelle aucune province ne verrait sa représentation réduite de plus de quinze pour cent par rapport au réajustement précédent. Le mode de réajustement fut profondément modifié en 1974 par l'adoption d'un nouvel art. 51 avec la *Loi constitutionnelle de 1974* (S.C. 1974-75-76, 23 Eliz. II, c. 13). La complexité de sa rédaction prohibe un examen plus détaillé que ce que dictent nos préoccupations. En gros, l'art. 51 divisait les provinces en quatre catégories: le Québec, les provinces très peuplées (plus de 2,5 millions d'habitants — i.e. l'Ontario), les provinces moyennement peuplées (entre 1,5 et 2,5 millions d'habitants — i.e. l'Alberta et la Colombie-Britannique) et les provinces peu peuplées (moins de 1,5 millions d'habitants — Terre-Neuve, Ile-du-Prince-Édouard, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Manitoba, Saskatchewan). Le Québec se voyait octroyer 75 sièges, plus quatre à chaque réajustement décennal. Les grosses provinces, dans les faits l'Ontario, avaient un nombre de sièges fixé selon le quotient électoral du Québec. Il y avait donc proportionnalité. Quant aux petites provinces, le régime était conçu de manière à ce que le Manitoba et la Saskatchewan aient plus de sièges que le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. La raison tient à ce que, selon l'ancien régime et la règle sénatoriale (toujours effective), chacune de ces provinces aurait eu 10 sièges: le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse en vertu de la règle sénatoriale, le Manitoba et la Saskatchewan en raison de la proportionnalité de leur population au reste du Canada. Or, ces deux provinces étaient nettement plus peuplées que les deux premières. Le nouveau régime venait compenser cette inégalité en leur octroyant plus de sièges. Quant aux provinces moyennes, l'Alberta et la Colombie-Britannique, l'art. 51 était ainsi conçu qu'elles recevaient plus de sièges que si elles avaient été traitées selon la règle de proportionnalité prévalant pour les grosses provinces, et moins que si elles étaient tombées sous le régime des petites (Voir Andrew SANCTON, «The Representation Act, 1974», (1975) 8 *Rev. can. de sc. pol.* 8). C'est ce régime de répartition des sièges entre les provinces qui est en vigueur lors de l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982.

¹⁴³²*Loi constitutionnelle de 1985*, S.C. 1986, c. 8.

¹⁴³³[1988] 2 W.W.R. 650 (Cour suprême de C.-B.).

population cumulée constitue au moins 50% de la population canadienne. Le juge de première instance rejeta cette interprétation du paragraphe 42(1)a), jugeant que le principe de la représentation proportionnelle qui y est garanti ne signifie pas la stricte proportionnalité numérique. Suivant le raisonnement du juge McEachern, le principe dont il est fait mention au paragraphe 42(1)a) est le principe qui a régi l'histoire de l'article 51, un article qui, rappelle-t-il, n'a jamais instauré une proportionnalité absolue. Sans spécifier quel degré de disparité avec la proportionnalité exigerait le concours des 2/3 des provinces englobant 50% de la population, le juge McEachern se dit satisfait que la clause "grand-père" prévue au paragraphe 51(1)2 de la *Loi constitutionnelle de 1985*¹⁴³⁴ ne constitue pas une entorse au principe de la représentation proportionnelle. La Cour d'appel, à la majorité, confirma la décision et les motifs de première instance, et la permission d'appeler à la Cour suprême du Canada fut refusée¹⁴³⁵.

Il importe de souligner que l'arrêt *Campbell*, sans même qu'on y discute de la *Charte canadienne*, a des conséquences importantes sur la portée de ce document en ce qui a trait au droit de vote. Ce que nous dit l'affaire *Campbell*, et pour des raisons purement techniques, c'est que l'effet combiné des articles 3 et 1 de la *Charte* ne peut être de garantir la stricte égalité numérique des circonscriptions électorales fédérales. En effet, selon ce qui a été dit dans l'arrêt *Campbell*, l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (lu en corrélation avec l'article 42) permet au Parlement de modifier la représentation d'une province à la Chambre des communes et d'instaurer un régime de représentation qui n'est pas strictement conforme à la proportionnalité mathématique de la population des provinces. Or, l'article 44 ne peut être rendu inutile par le fait de la *Charte canadienne*¹⁴³⁶. Cela ne signifie toutefois pas que le sens donné à l'article 44 par la décision dans l'affaire *Campbell*¹⁴³⁷ empêche d'interpréter l'article 3 comme garantissant l'égalité numérique des circonscriptions, mais bien que si l'article 3 contient une telle garantie d'égalité (ce dont il sera question plus loin), l'article premier de la

¹⁴³⁴[1988] 4 W.W.R. 441 (C.A. C.-B.).

¹⁴³⁵(1988) 27 B.C.L.R. (2d) xxv.

¹⁴³⁶En effet, selon la Cour suprême, lorsque la Constitution permet au Parlement ou à une législature de légiférer *dans un sens donné*, ce pouvoir ne peut être considéré affecté ou amoindri par la *Charte*. Ainsi a-t-elle décidé qu'une loi visant à mettre en oeuvre les garanties confessionnelles incluses à la *Loi constitutionnelle de 1867* ne saurait être considérée comme contraire à la *Charte* (*Renvoi: An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1149).

¹⁴³⁷*Campbell c. P.G. Canada*, précitée, note 1433.

Charte doit être lu comme permettant d'y porter atteinte dans une certaine mesure (que l'arrêt *Campbell* ne permet pas de déterminer). En d'autres termes, la compatibilité de la *Charte canadienne* avec les autres dispositions constitutionnelles peut très bien passer par l'article premier de la *Charte*. Dans ce cas, cependant, la représentation des communautés devra nécessairement être un objectif susceptible d'être invoqué sous l'article premier comme justifiant une certaine dérogation à l'égalité formelle des électeurs.

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai voulu montrer que le projet fédéral —qui devait notamment permettre au niveau de l'État central une représentation proportionnelle fondée sur le modèle procédural et le principe de l'égalité formelle des citoyens— dût, au plan de son organisation institutionnelle, faire une certaine place à une représentation communautaire dont on devra nécessairement tenir compte lors de l'interprétation de l'article 3 de la *Charte*. Ces contraintes liées aux particularismes du fédéralisme canadien ne représentent cependant qu'une petite partie du portrait d'ensemble, qui doit également tenir compte de la pratique du découpage de la carte (aussi bien fédérale que provinciale) au sein des provinces, de même que de l'émergence d'un discours pluraliste spécifiquement canadien dont on devra mesurer l'effet possible sur l'aménagement de la représentation politique.

B. La pratique du découpage électoral avant 1982 et l'érosion d'une identité locale

Au sujet du découpage de la carte électorale fédérale, le professeur Robert Richards écrit: «*The Commons had no rules for drawing intra-provincial boundaries for roughly the first 100 years of its existence. Variations in riding size were often very substantial and the basis on which boundaries were established was not consistent*»¹⁴³⁸. De fait, avant 1964, le découpage électoral était effectué par le Parlement, c'est-à-dire, en pratique, par le parti au pouvoir, sans qu'aucun principe directeur ne régit cette opération. Les résultats de ce laisser-faire sont depuis longtemps célèbres, les partis jouant tant sur les nombres que sur la répartition géographique pour créer des cartes électorales maximisant leurs chances de succès électoral. Il ne faut cependant pas croire que cette façon de procéder au découpage électoral ait été acceptée

¹⁴³⁸Robert G. RICHARDS et Thomas IRVINE, «Reference Re Provincial Electoral Boundaries: an Analysis», dans J. COURTNEY, P. MacKINNON et D. SMITH (dir.), *op. cit.*, note 1331, p. 48, à la p. 49.

par la population. Ainsi, selon MacGregor Dawson, le «*gerrymander*» de 1882 fut à ce point une honte et une insulte à la population qu'il produisit l'inverse de l'effet escompté¹⁴³⁹.

L'échec du «*gerrymander*» de 1882 ne mit cependant pas fin aux tentatives du genre et ne fit rien pour rendre plus égalitaire le découpage de la carte électorale. Norman Ward écrivait en 1967: «*Each distribution to the latest was carried out as a free-lance operation in which any rational boundary drawing was likely to be the result of coincidence or accident*»¹⁴⁴⁰. En 1963, la plus petite circonscription fédérale avait une population de 12 479 habitants alors que la population de la plus grosse circonscription était de 267 252, assurant ainsi aux électeurs de la première un poids politique dépassant de vingt fois celui des électeurs de la seconde. Si une partie des variations rencontrées peut s'expliquer par les contraintes découlant de la répartition des sièges entre les provinces, cela ne permet pas de rendre compte des énormes écarts entre les circonscriptions d'une même province. Ainsi, à Montréal, la population des circonscriptions variait de 34 020 à 233 964¹⁴⁴¹. Il est évident qu'avec de telles disparités, seul le concept de représentation communautaire peut servir de voile à un découpage partisan. Il faut cependant voir que ce "voile" ne peut être efficace que s'il puise dans un discours politique suffisamment accepté pour donner le sceau de la légitimité aux cartes ainsi créées.

Signe des temps ou influence des événements au sud, toujours est-il qu'en 1964, alors que la Cour suprême des États-Unis se prononce dans les affaires *Reynolds c. Simms*¹⁴⁴² et *Wesberry c. Sanders*¹⁴⁴³ et intervient ainsi pour mettre un peu d'ordre dans le découpage électoral, le Parlement adopte la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*¹⁴⁴⁴. Cette mesure innove à deux égards de façon importante. D'une part, elle établit un processus non partisan en créant 10 commissions indépendantes chargées chacune du découpage électoral dans une province¹⁴⁴⁵. D'autre part, la loi consacre pour la première fois

¹⁴³⁹Voir: R. M. DAWSON, *loc. cit.*, note 275.

¹⁴⁴⁰Norman WARD, «A Century of Constituencies», (1967) 10 *Administration Publique du Canada* 105, 107.

¹⁴⁴¹*Idem*.

¹⁴⁴²Précitée, note 1329.

¹⁴⁴³Précitée, note 1325.

¹⁴⁴⁴Précitée, note 332.

¹⁴⁴⁵*Idem*, art. 3.

le principe de l'égalité démographique des circonscriptions¹⁴⁴⁶. Cette égalité est cependant doublement limitée. D'abord, elle ne vaut évidemment qu'entre les circonscriptions à l'intérieur d'une province, en raison des contraintes imposées par les articles 51 et 51A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, le paragraphe 13(c) de la loi prévoit la prise en considération de facteurs géographiques et des communautés d'intérêts dans le découpage. Ces considérations n'impliquent pas nécessairement une déviation de l'égalité numérique, mais peuvent entraîner une telle déviation, laquelle est alors permise jusqu'à concurrence de plus ou moins 25% du quotient électoral provincial¹⁴⁴⁷.

Le régime fédéral actuel reprend essentiellement les mêmes normes que celui de 1964, bien qu'il permette désormais une dérogation au quotient électoral supérieur à 25% dans des circonstances considérées comme «extraordinaires» par une commission chargée de la révision¹⁴⁴⁸. Il s'agit en quelque sorte d'une approche mitoyenne entre celle imposée aux États-Unis par la Cour suprême (l'égalité numérique «*as nearly as practicable*»¹⁴⁴⁹) et celle retenue en Angleterre depuis 1949¹⁴⁵⁰ et qui accorde la priorité au respect des frontières des divisions politiques (*county* et *borough*) dans l'établissement des circonscriptions¹⁴⁵¹. Ainsi, bien que l'évolution du processus de découpage électoral montre une tendance à la «libéralisation» du concept de représentation, c'est-à-dire un souci plus marqué pour l'égalité

¹⁴⁴⁶*Idem*, para. 13a). Ce choix en faveur de l'égalité de la population globale des circonscriptions, par opposition à l'égalité du nombre d'électeurs, démontre que l'accent est mis sur la représentation plutôt que sur l'égalité du vote.

¹⁴⁴⁷Apparemment, la première carte issue de ce nouveau processus souleva un tollé de protestations à la Chambre des communes en raison de l'importance désormais accordée à l'égalité numérique. Norman Ward rapporte que: «*Member after member complained of the commissions' slavish addiction to numbers, and spoke well of "relative rate of growth", "accessibility" and "community of interests"*» (N. WARD, *loc. cit.*, note 1440, 120). Malgré ces protestations, la carte fut adoptée avec relativement peu de changements.

¹⁴⁴⁸*Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.R.C. 1985, c. E-3, art. 15(2), tel que modifié par L.R.C. (1985), c. 6 (2^{ème} supp.), art. 2.

¹⁴⁴⁹*Wesberry c. Sanders*, précité, note 1325, 7-8.

¹⁴⁵⁰*Redistribution of Seats Act (1949)*, précité, note 1303.

¹⁴⁵¹Voir à cet égard l'affaire *R. v. Boundary Commission for England ex parte Foot and others*, [1983] 1 All England Rep. 1099, où l'on confirma la subordination du critère démographique aux facteurs géographique et communautaire.

formelle des électeurs, l'idée de représenter des "communautés naturelles" sur une base géographique n'a par ailleurs jamais été abandonnée¹⁴⁵².

L'examen de la pratique au niveau provincial montre une évolution similaire, tant dans le processus d'élaboration des cartes électorales que dans les principes servant à régir le découpage. Jusqu'à relativement récemment, les députés s'étaient réservés le contrôle absolu sur la carte électorale et avaient généralement fait peu de cas de l'égalité démographique des circonscriptions. Décrivant la situation au Nouveau-Brunswick, le professeur Stewart Hyson relate que:

«The territorial imperative has traditionally held the upper-hand in New Brunswick (...) and in most areas of Canada. For much of New Brunswick's history, there was considerable justification for this arrangement. Communities were distinct in character, widely separated from each other, and had identifiable interests that required representation in the provincial legislature. These bases of justification have diminished in importance due to such factors as urbanisation, industrialisation, improvements in communications and transportation, centralisation of government services, and shifting population patterns»¹⁴⁵³.

Outre les impératifs régionaux ou communautaires, il faut bien entendu ajouter les considérations partisans qui ont joué un grand rôle dans la conception des diverses cartes électorales provinciales. La situation quant au découpage électoral provincial au Québec n'est guère plus reluisante qu'ailleurs. Déplorant cet état de chose, le professeur Angell signalait en 1968 qu'aux élections de 1956 «le nombre moyen d'électeurs dans les circonscriptions remportées par les libéraux était de 37 000, alors que cette même moyenne fut de 23 000 dans les comtés remportés par l'Union nationale»¹⁴⁵⁴. Résultat: les libéraux obtinrent 44% des voix, mais uniquement 22% des sièges... Or, loin de s'améliorer, la situation a par la suite empiré. Ainsi, en 1962, quoique la région métropolitaine de Montréal regroupait 37% de la population provinciale, elle n'avait droit qu'à 16,8% des sièges à l'Assemblée¹⁴⁵⁵. Les

¹⁴⁵²Pour une historique de l'évolution du découpage de la carte électorale fédérale, voir J. COURTNEY, *loc. cit.*, note 1425.

¹⁴⁵³Stewart HYSON, «New Brunswick's Electoral Constituencies, 1987 and 1991 Provincial General Elections», texte non publié présenté au Congrès annuel de l'Association canadienne de science politique, Université de l'Île-du-Prince-Édouard, 31 mai, 1er et 2 juin 1992, p. 5.

¹⁴⁵⁴Harold ANGELL, «Le système électoral québécois», dans Louis SABOURIN (dir.), *op. cit.*, note 1426, pp. 287-302, à la p. 291.

¹⁴⁵⁵*Idem*, p. 299.

raisons principales de ces disparités sont le peu de remaniement des circonscriptions depuis 1853 et l'urbanisation relative de la population. En 1964, alors que le Parlement fixait les divergences maximales entre les circonscriptions à plus ou moins 25% pour les élections fédérales, les disparités entre les circonscriptions provinciales au Québec étaient telles que seules 27 circonscriptions sur 95 auraient satisfait aux exigences fédérales¹⁴⁵⁶, ce qui amena le professeur Angell à conclure: «Il est grand temps de remanier les districts électoraux sur une base démographique équitable si on ne veut pas que les élections deviennent une farce»¹⁴⁵⁷.

Pour remédier à la question, la plupart des provinces en vinrent à suivre l'exemple fédéral et mirent sur pied une commission indépendante chargée de confectionner la carte électorale suivant des principes préétablis. C'est ainsi qu'au Québec on adopte, en 1971, la *Loi de la Commission permanente de la réforme des districts électoraux*¹⁴⁵⁸, dont les principes sont maintenant intégrés à la *Loi électorale*. Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas dépourvus d'ambiguïté et reflètent à cet égard une certaine ambivalence dans la conception de la représentation. Au «principe de l'égalité du vote des électeurs» que consacrait l'ancienne *Loi sur la représentation électorale*¹⁴⁵⁹, est désormais substitué celui de la «représentation effective des électeurs»¹⁴⁶⁰, qui doit tenir compte de l'égalité du vote¹⁴⁶¹, mais aussi refléter les «communautés naturelles», fondées «sur des considérations démographiques, géographiques et sociologiques»¹⁴⁶². Pour donner à la Commission la flexibilité requise, une variation de plus ou moins 25% par rapport au quotient électoral est autorisée¹⁴⁶³. Mais cette marge, déjà généreuse¹⁴⁶⁴, peut elle-même

¹⁴⁵⁶*Idem*, p. 300.

¹⁴⁵⁷*Idem*, p. 292.

¹⁴⁵⁸L.Q. 1971, c. 7.

¹⁴⁵⁹L.Q. 1979, c. 57, art. 2.

¹⁴⁶⁰*Loi électorale*, art. 14. Ce concept de «représentation effective des électeurs» fut introduit en 1991 par la *Loi modifiant la Loi électorale concernant la délimitation des circonscriptions électorales*, L.Q. 1991, c. 48, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7, dont il sera ci-après question (*infra*, pp. 448 et suiv.).

¹⁴⁶¹*Loi électorale*, art. 14.

¹⁴⁶²*Idem*, art. 15.

¹⁴⁶³*Idem*, art. 16.

¹⁴⁶⁴Il ne s'agit pas, en effet, d'une disparité de 25% entre la plus petite et la plus grande circonscription, mais d'un écart à la moyenne. Ainsi, pour un quotient électoral hypothétique

être exceptionnellement transgressée, motivations à l'appui, pour permettre de réaliser le principe de représentation effective des électeurs¹⁴⁶⁵ —un principe dont on constate alors qu'il ne peut se fonder sur l'égalité du vote, comme le suggère pourtant le libellé de l'article 14, mais qui doit plutôt reposer sur une représentation communautaire. Il est vrai que de simples données démographiques ne permettent pas, à elles seules, de concevoir une carte électorale, mais le moins qu'on puisse dire est que l'égalité numérique occupe dans ce régime une place de second ordre. Quant à la notion de «communauté naturelle», encore faut-il être en mesure de lui attribuer une signification. Or, la Commission de la représentation électorale affirmait elle-même, en 1984, que notre régime électoral repose sur des «"régions naturelles" qui n'existent même pas (sauf dans de rares exceptions)»¹⁴⁶⁶...

En effet, si l'on peut aisément concevoir le «*borough*» médiéval comme constituant une unité distinctive et justifiant une représentation, il faut également reconnaître que le pluralisme de la société contemporaine combiné à la percée fulgurante des moyens de communications mettent en cause l'existence même de soi-disant «communautés naturelles» délimitées par des frontières géographiques et susceptibles de constituer une circonscription. Déjà en 1959, les professeurs Corry et Hodgetts écrivaient: «*A constituency today is not such a community with a distinctive unity of its own which one man can represent*»¹⁴⁶⁷. Cela ne signifie pas qu'on ne trouve jamais de telles communautés. Par exemple, nul ne contesterait le fait que les habitants des Iles-de-la-Madeleine ou que les communautés autochtones habitant le nord québécois forment des groupes de population qui partagent non seulement une géographie mais aussi des intérêts, des traditions, des besoins et des aspirations. Ce ne sont d'ailleurs pas les seuls cas, et on admet volontiers que les résidents d'une ville-dortoir en périphérie ne partagent pas les mêmes intérêts politiques, du moins à certains égards, que les habitants d'un centre urbain, et que Trois-Rivières n'est pas la Gaspésie. Mais s'il s'agit de tracer trois circonscriptions à l'intérieur de la Gaspésie, ou encore de diviser la ville de Laval, la notion de «communauté naturelle» semble un critère faible et ambigu, dont on voit mal qu'il puisse justifier des

de 100 électeurs, la circonscription la moins peuplée peut représenter 75 électeurs, et la plus peuplée 125.

¹⁴⁶⁵*Loi électorale*, art. 17.

¹⁴⁶⁶QUÉBEC (COMMISSION DE LA REPRÉSENTATION ÉLECTORALE), *Pour un mode de scrutin équitable—La proportionnelle territoriale*, Québec, Commission de la représentation électorale, 1984, p. iv.

¹⁴⁶⁷James Alexander CORRY et John Edwin HODGETTS, *Democratic Government and Politics*, 3^e éd., Toronto, 1959, University of Toronto Press, 1959, p. 268.

déroghations importantes à l'égalité démographique des circonscriptions. Comme on le verra plus loin, l'idée de préserver intacte une soi-disant communauté naturelle est souvent, en pratique, synonyme de prétexte invoqué par un politicien pour justifier qu'on ne touche pas à la circonscription qui l'a fait élire.

Mais l'érosion d'une identité locale ne signifie pas l'émergence d'une citoyenneté unique, homogène, universelle. Bien au contraire, ces dernières années ont vu, en particulier à l'extérieur du Québec, l'explosion d'un discours identitaire pluraliste —expression que je préfère ici à celle, plus étroite, de «multiculturalisme», qui suggère souvent une référence à l'ethnie, à l'exclusion d'autres identités comme le sexe, l'orientation sexuelle, la religion. L'image de la «mosaïque canadienne» est certainement une image très forte et il serait surprenant qu'elle continue de se développer comme définition même de la citoyenneté canadienne sans qu'elle ne vienne du même coup influencer sur la conception de la représentation politique.

Il y a toutefois d'importantes limites à la possibilité de refléter cette mosaïque sociale à travers un système électoral fondé sur des circonscriptions géographiques uninominales. À cet égard, des distinctions significatives doivent être faites avec la question de la représentation identitaire dans le contexte américain. En effet, le discours pluraliste américain qui sous-tend le *Voting Rights Act* se fonde sur une urgence de justice sociale et politique face au phénomène de l'exclusion raciale. L'acuité même du problème racial américain a pour conséquence de permettre de circonscrire la question identitaire à la représentation des minorités noires et hispanophones. Or, même ainsi limité, le projet du *Voting Rights Act* d'assurer une représentation effective se heurte, comme on l'a vu, au problème de la dispersion géographique de ces communautés.

Par comparaison, le discours pluraliste canadien semble plus ambitieux, «plus pluraliste», peut-être même plus chimérique que sa contrepartie américaine. Bien que fondé sur un idéal similaire d'égalité sollicitude, le discours pluraliste canadien se présente notamment (comme j'en ai fait mention dans la Partie I) en opposition au nationalisme québécois fondé sur le concept des deux peuples fondateurs. Il vise à briser le modèle dualiste en lui substituant une vision pluraliste davantage fragmentée et joue ainsi, paradoxalement, le rôle de récit unificateur en banalisant le particularisme francophone. De ce point de vue, il semblerait que le succès du modèle pluraliste canadien comme agent unificateur au plan national soit lié au fait

d'inclure le plus grand nombre possible d'identités constitutives (pour ne pas dire constituantes)¹⁴⁶⁸. En d'autres termes, la volonté de resituer le problème linguistique comme ne représentant qu'une seule des nombreuses dimensions du pluralisme canadien pousse nécessairement à un élargissement considérable du discours identitaire où se voient alors mêlés autochtones, femmes, communautés ethniques, gais et lesbiennes, francophones, anglophones, identités religieuses, spécificités régionales, etc. Un tel foisonnement de groupes hétéroclites suggère qu'il sera beaucoup plus difficile de traduire ces diverses allégeances en une représentation politique, du moins dans le cadre de circonscriptions uninominales fondées sur la géographie¹⁴⁶⁹. C'est, pourtant, la voie que semble avoir provisoirement tracé la Cour suprême du Canada en interprétant l'article 3 comme conférant un droit à la représentation effective de la mosaïque sociale.

¹⁴⁶⁸*Supra*, p. 197. S'il n'est pas très surprenant de voir un tel discours essaimer au Canada anglais, on comprendra le peu d'enthousiasme des nationalistes québécois pour une mosaïque dans laquelle ils ne représentent qu'un des multiples éléments.

¹⁴⁶⁹C'est précisément dans cette optique que la Commission de la représentation électorale recommandait, en 1984, l'abandon du mode de scrutin actuel en faveur de ce qu'elle appela la «proportionnelle territoriale», c'est-à-dire un scrutin proportionnel à l'intérieur de circonscriptions très larges représentées par six à vingt-deux députés (COMMISSION DE LA REPRÉSENTATION ÉLECTORALE, *loc. cit.*, note 1466). Selon la Commission, ce régime permettrait d'assurer une stricte égalité numérique tout en favorisant, par le recours à la proportionnelle, la représentation d'une plus grande diversité d'intérêts au sein d'une région. Cette opinion est partagée par certains auteurs qui considèrent qu'un régime fondé sur des circonscriptions plurinominales et opérant sur la base d'un scrutin proportionnel tend à favoriser une représentation pluraliste. Michael Steed écrit ainsi:

«The result is that multi-member systems tend to favor the representation of ethnic minorities and of women. The evidence for the ethnic factor is scattered but convincing [...]. The evidence on women is clear and systematic, and appears to mount to a fivefold multiplier, namely, culturally similar cultures with multi-member systems of substantial size have five times as many women in Parliament as those with single member seats» (M. STEED, «The Constituency», dans J. Paul JOHNSTON et Harvey E. PASSIS (dir.), *Representation and Electoral Systems—Canadian Perspectives*, Scarborough, Prentice-Hall Canada, 1990, p. 189, à la p. 198).

Section 2.2 - De l'«égalité relative» au «droit à la représentation effective»

L'affaire *Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*¹⁴⁷⁰, est la première décision canadienne relative à la validité d'un découpage d'une carte électorale eu égard à l'article 3 de la *Charte*. C'est aussi la première à déclarer une telle carte invalide et à forcer par voie judiciaire un nouveau découpage. Mais l'intérêt particulier de l'affaire *Dixon* tient également au fait que la cause fut entendue en Cour suprême de la Colombie-Britannique par Mme la juge McLachlin, qui allait par la suite non seulement accéder à la Cour suprême du Canada, mais aussi rédiger l'opinion majoritaire dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*¹⁴⁷¹, qui constitue à ce jour l'unique décision du plus haut tribunal en matière de découpage électoral.

A. L'affaire *Dixon* et la question de l'égalité du vote sous la *Charte*

L'affaire *Dixon*¹⁴⁷² mettait en cause la validité de la carte électorale de la Colombie-Britannique, telle qu'établie par l'article 19 du *Constitution Act*¹⁴⁷³, une disposition incorporant à la Constitution de la province la carte électorale détaillée en annexe de la loi. Cette carte, qui présentait des disparités démographiques significatives entre les circonscriptions, avait été conçue par la Commission électorale de la province suivant le régime de révision mis en place en 1984¹⁴⁷⁴ et dont les principes directeurs se trouvaient aux articles 19.1 à 19.4 du *Constitution Act*. Suivant ce régime, le rôle de la Commission électorale était relativement limité, en ce qu'elle n'avait pas pour mandat de refaire une toute nouvelle carte, mais plutôt de proposer des ajustements à la carte existante en tenant compte de l'accroissement de population des circonscriptions. Elle pouvait ainsi, soit recommander d'ajouter un siège à une circonscription existante qui deviendrait alors binominale, soit scinder une circonscription binominale existante en trois circonscriptions uninominales, mais ne pouvait proposer l'abolition d'une circonscription existante. Le régime opérait par ailleurs une classification des

¹⁴⁷⁰[1989] 4 W.W.R. 393 (C.S. C.-B.).

¹⁴⁷¹Précité, note 7.

¹⁴⁷²*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

¹⁴⁷³S.R.C.-B. 1979, c. 62.

¹⁴⁷⁴*Constitution Amendment Act*, S.C.-B. 1984, c. 12.

circonscriptions et assignait aux circonscriptions rurales un quotient électoral inférieur. L'effet de cette classification, combiné au fait qu'aucune circonscription existante ne pouvait être éliminée quelle que soit sa baisse de population, était d'assurer une certaine sur-représentation des régions rurales par rapport aux régions urbaines. De plus, en empêchant un réaménagement systématique de la carte, le régime entraînait dans les faits des disparités importantes, quelle que soit la catégorie de circonscription considérée. Ainsi, sur cinquante-deux circonscriptions, dix-huit avaient une variation de population, par rapport à la moyenne, supérieure à plus ou moins 25% (soit un rapport de la plus grosse à la plus petite de plus de 1.66) et la population de la plus peuplée circonscription était de 12.36 fois supérieure celle de la moins peuplée.

De tels écarts furent jugés incompatibles avec le droit de vote et d'éligibilité garanti à l'article 3 de la *Charte* et la carte électorale fut, en conséquence, déclarée invalide. La décision rendue par la juge McLachlin est particulièrement intéressante en ce que les ambiguïtés qu'elle recèle permettent d'entrevoir les difficultés qu'on retrouvera plus tard avec le *Renvoi sur les circonscriptions électorales de la Saskatchewan*. Résumée succinctement, la décision avance les trois idées principales suivantes, qui semblent, par ailleurs, parfaitement raisonnables. Premièrement, le droit de vote sous-entend certaines garanties implicites quant au processus électoral, dont le droit à une certaine mesure d'égalité dans la population des circonscriptions de façon à assurer l'égalité du vote qui serait autrement compromise¹⁴⁷⁵. Deuxièmement, le principe de l'égalité du vote n'est pas absolu. Le législateur peut valablement y déroger afin de chercher à permettre un meilleur gouvernement de la population dans son ensemble. Troisièmement, et en conséquence de ce qui précède, la question de la validité d'une carte électorale n'est pas une simple affaire de chiffres, mais exige que l'on examine les motifs qui sous-tendent un découpage particulier.

En réalité, ce dernier élément est d'une importance qui va bien au-delà de la simple possibilité de justifier certains écarts dans la population des circonscriptions. L'égalité numérique des circonscriptions n'est en effet qu'une des exigences de l'égalité des électeurs en ce qui a trait à la carte électorale. Comme le montrent les exemples américains, une carte qui

¹⁴⁷⁵En l'espèce, la juge McLachlin souligne le fait que 1 587 voix avaient suffi pour assurer un siège au candidat le moins populaire, tandis qu'un candidat d'une autre circonscription s'était vu éliminé malgré un appui nettement plus substantiel de 34 245 voix (*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précité, note 1470, 415).

respecterait rigoureusement l'égalité numérique pourrait néanmoins porter atteinte à l'égalité des électeurs en cherchant à diminuer l'impact du vote d'un segment de la population¹⁴⁷⁶. Or, puisque tout scrutin majoritaire uninominal engendre nécessairement des distorsions et un certain nombre de votes «perdus», il est impossible d'appréhender le problème de l'égalité électorale sans faire de l'intention le centre même de l'analyse¹⁴⁷⁷. En d'autres termes, puisque tout aménagement de la carte électorale défavorisera certains groupes d'électeurs, la seule façon de donner un sens, dans ce contexte, à l'égalité de traitement des électeurs, est de ne tenir pour invalide que les aménagements de la carte qui visent à favoriser ou à défavoriser certaines catégories d'électeurs. Au surplus, la distinction nette opérée aux États-Unis entre le problème de l'égalité numérique et celui du *gerrymandering* est quelque peu arbitraire puisque les problèmes quantitatifs sont toujours, en pratique, des problèmes de sous-représentation des intérêts urbains. Il est donc presque toujours nécessaire, pour se prononcer sur la validité d'une carte, d'examiner les motifs qui ont pu déterminer son aménagement¹⁴⁷⁸. C'est sans doute avec cela à l'esprit que la juge McLachlin rappelle, dès le début de son analyse, qu'un prononcé d'invalidité peut résulter tant de l'objectif de la loi que de ses effets¹⁴⁷⁹.

Bien entendu, une carte qui présente des disparités démographiques importantes entre les circonscriptions implique, de ce seul fait, inégalité de traitement des électeurs. Dans ce cas, nous dit la juge McLachlin, il est alors nécessaire de voir les raisons qui sous-tendent ces inégalités, lesquelles peuvent s'avérer justifiées si elles visent à permettre un meilleur gouvernement de la population dans son ensemble. Elle écrit ainsi:

¹⁴⁷⁶*Supra*, pp. 405 et suiv.

¹⁴⁷⁷Il est vrai que, comme on l'a vu, le *Voting Rights Act* américain commande désormais une approche qui élimine l'élément intentionnel en ce qui a trait au découpage racial. Cet abandon de l'élément intentionnel n'est toutefois envisageable que dans le contexte particulier où il existe, dans les faits, un problème marqué d'exclusion systémique. Mais, encore là, on a vu les difficultés engendrées par l'application du *Voting Rights Act* (*supra*, pp. 412 et suiv.). On a vu, également, que la question du *gerrymandering* partisan ne peut être abordée sans référence à l'élément intentionnel, car cela aurait pour effet de conduire à déclarer invalide tout scrutin qui n'est pas proportionnel.

¹⁴⁷⁸Voir notamment: David BERCUSON et Barry COOPER, «Electoral Boundaries: an Obstacle to Democracy in Alberta», dans J. COURTNEY, P. MacKINNON et D. SMITH (dir.), *op. cit.*, note 1331, p. 110, aux pp. 112 à 114.

¹⁴⁷⁹*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470, 403-404.

«[O]nly those deviations should be admitted which can be justified on the ground that they contribute to better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within the populace and geographic factors within the territory governed»¹⁴⁸⁰.

En l'occurrence, cependant, les déviations échappaient à toute tentative de rationalisation. Bon nombre des disparités les plus marquées résultaient de l'effet combiné des mouvements de population et de l'impossibilité, suivant le régime imposé à la Commission, d'abolir des circonscriptions existantes¹⁴⁸¹. Quant au reste, elles découlaient du système de quotas qui était conçu de façon à sur-représenter les régions rurales, une politique qui ne satisfait pas la juge McLachlin en l'absence de raisons précises et liées aux conditions particulières des circonscriptions identifiées, permettant de justifier les écarts rencontrés. En d'autres termes, l'idéal d'égalité numérique peut certes être mis de côté, mais encore faut-il que l'État puisse justifier les écarts en faisant voir, de façon explicite, comment ceux-ci servent à assurer un meilleur gouvernement de la population.

Au plan des principes, l'approche de la juge McLachlin apparaît adéquate. En affirmant le principe de l'égalité du vote, elle consacre l'approche du modèle procédural qui met au premier plan l'égalité formelle des électeurs. Mais elle refuse, s'écartant en cela de l'approche américaine, de sacraliser outre mesure cette égalité formelle¹⁴⁸². On a vu comment la rigidité de la jurisprudence américaine sur la question de l'égalité numérique a rendu complexe, voire impossible, la tâche de dessiner une carte électorale qui tienne compte de la diversité sociale. C'est, en effet, l'impossibilité de déroger à l'égalité numérique des circonscriptions qui force les États américains, soucieux de donner une représentation effective aux minorités raciales, de dessiner des circonscriptions louvoyantes et d'inclure dans ces circonscriptions des «*filler groups*», c'est-à-dire des électeurs dont les intérêts politiques sont sacrifiés pour satisfaire un idéal d'égalité numérique qui semble dès lors relever du simple fétichisme. Dans cette perspective, l'approche de la juge McLachlin apparaît des plus sages. Elle consacre le principe de l'égalité du vote, mais ouvre la porte à des atténuements liés à l'approche téléologique, c'est-

¹⁴⁸⁰*Idem*, p. 414.

¹⁴⁸¹Cette particularité de la loi semble difficile à expliquer autrement que par l'attachement des élus aux circonscriptions qui leur ont accordé leur appui. Il va sans dire qu'un tel attachement ne saurait justifier une atteinte à l'égalité du vote des électeurs.

¹⁴⁸²Voir à cet égard le commentaire de Alan STEWART, «Dixon v. Attorney General of British Columbia», (1990) 69 *R. du B. Can.* 355.

à-dire de façon à pouvoir tenir compte d'un souci d'assurer une représentation adéquate des divers segments de la population¹⁴⁸³. En cela, il s'agit non seulement d'une approche prudente, mais conforme à la tradition politique canadienne qui n'a jamais véritablement tranché entre la conception libérale, individualiste, de la représentation politique et la conception collectiviste associée à la tradition «*Tory*»¹⁴⁸⁴.

C'est cependant au chapitre de l'articulation juridique de ces principes que la décision de la juge McLachlin semble moins heureuse. En effet, et pour des raisons inexplicables, celle-ci considéra que la relativisation du principe de l'égalité du vote au nom du «meilleur gouvernement de la population en tant que tout»¹⁴⁸⁵ devait se faire, non pas par le biais de l'article premier de la *Charte*, mais bien au sein même de l'analyse au niveau de l'article 3. Manifestement, il eut été facile d'insérer les principes énoncés ci-dessus dans le cadre de l'approche binaire traditionnelle, c'est-à-dire de consacrer le principe de l'égalité du vote sous l'article 3 de la *Charte*, et d'ouvrir la porte, au niveau de l'article premier, à des dérogations fondées, par exemple, sur l'objectif d'assurer une meilleure représentation de la diversité des intérêts au sein de la population. Cette approche, qui a l'avantage de fournir un cadre analytique à la fois clair et flexible, correspond à celle réitérée à maintes reprises par la Cour suprême du Canada¹⁴⁸⁶. Il est vrai que la Cour s'en est, à l'occasion, écartée. Ainsi, elle a

¹⁴⁸³À cet égard, la juge McLachlin se montre ouverte à la possibilité d'une marge de manoeuvre de $\pm 25\%$ comme celle que l'on retrouve sous le régime fédéral. Elle s'abstient toutefois de formuler un quelconque seuil minimal en-deçà duquel les variations n'auraient pas à être justifiées, ou encore un seuil maximal de disparité démographique permise. Encore là, cette réserve m'apparaît des plus recommandables.

¹⁴⁸⁴La juge McLachlin fait à cet égard remarquer que le rôle traditionnel du député parlementaire n'est pas uniquement d'exercer la fonction législative —une fonction que l'on tend à associer à l'expression de la volonté populaire et, par cela, à la conception libérale/volontariste de la représentation politique— mais aussi d'exercer une fonction d'ombudsman, c'est-à-dire de médiateur entre l'État et les habitants de sa circonscription, un rôle associé à la tradition «*Tory*» de la représentation parlementaire. La conciliation de ces deux rôles implique que l'égalité du vote ne soit pas la seule considération légitime, mais que les facteurs liés aux intérêts communautaires soient également autorisés à jouer un rôle dans la détermination de la carte électorale (*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précité, note 1470, 413-414).

¹⁴⁸⁵*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précité, note 1470, 414.

¹⁴⁸⁶Voir, par exemple, les propos du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, 383 à 385. Il est d'ailleurs intéressant de relever le fait que, à peine deux mois avant d'avoir rendu ses motifs dans l'affaire *Dixon*, la juge McLachlin s'était fait reprocher par la Cour suprême du Canada d'avoir, en matière

jugé préférable de lire à même l'article 2b) de la *Charte* certaines limites à la liberté d'expression et d'interpréter celle-ci comme ne protégeant pas l'expression manifestée par des actes de violence¹⁴⁸⁷. Il s'agit là toutefois d'une limite claire au droit garanti et qui se justifiait par un souci de ne pas «déprécier» la garantie de liberté d'expression en étendant inutilement sa portée à des actes dont la suppression serait systématiquement autorisée à l'étape de l'article premier de la *Charte*. Or, aucun facteur analogue ne semble présent ici, en matière de découpage électoral, pour justifier que les restrictions au principe de l'égalité du vote soient analysées à l'étape de l'article 3¹⁴⁸⁸.

Certes, l'approche proposée par la juge McLachlin aurait pu n'impliquer qu'une différence de forme, dépourvue de véritables conséquences pratiques. Ainsi, si on pose, comme semblait d'ailleurs le suggérer l'affaire *Dixon*¹⁴⁸⁹, qu'il appartient à l'État de justifier les écarts au principe de l'égalité numérique, il importe peu en pratique que cette justification soit exigée sous l'article 3 ou sous l'article 1. De même, si la protection offerte au citoyen par l'article 3 demeure néanmoins une garantie d'égalité numérique, il semble relativement indifférent de dire par la suite que cette garantie a été violée mais que l'atteinte constitue une limite raisonnable, ou encore de dire que le droit de vote n'a pas été violé, parce que l'atteinte au principe de l'égalité numérique est justifiée comme visant une meilleure représentation de la population. On constate toutefois qu'une porte vient de s'entrouvrir. Cette porte c'est la possibilité de voir dans l'article 3, non pas une garantie d'égalité du vote, mais plutôt une garantie de *représentation* effective. C'est précisément cette avenue, beaucoup plus problématique, qu'a choisi d'emprunter la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*.

d'égalité, une approche similaire qui vide, à toutes fins pratique, l'article premier de tout utilité (Voir: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 754).

¹⁴⁸⁷Voir *R. c. Keegstra*, précité, note 1068, 732 et 830, de même que *R. c. Zundel*, [1992] 2 RC.S. 731, 753 et 801.

¹⁴⁸⁸Soulignons que dans la récente affaire *Harvey c. Nouveau-Brunswick*, précitée, note 958, 893 à 898, le juge LaForest, s'exprimant au nom des juges Lamer, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major, s'est opposé à l'approche qui consiste à intégrer à même l'art. 3 certaines limites au droit de vote et d'éligibilité (voir les para. 22 à 31).

¹⁴⁸⁹*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

B. Le Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan et le droit à la représentation effective de la mosaïque sociale

Deux ans après l'affaire *Dixon*, la Cour d'appel de la Saskatchewan fut saisie d'un renvoi constitutionnel relatif à la validité de certaines dispositions de la *Electoral Boundaries Commission Act*¹⁴⁹⁰ de la Saskatchewan, prévoyant les conditions selon lesquelles le découpage électoral aux fins provinciales devait être effectué, ainsi qu'à la validité du découpage lui-même. Les faits constitutionnels pertinents étaient les suivants. À partir de 1972, la Saskatchewan avait confié à une commission indépendante le rôle de réviser périodiquement la carte électorale provinciale¹⁴⁹¹. Selon le régime initial, la Commission devait effectuer ce découpage suivant le principe de l'égalité démographique, mais pouvait, pour des raisons liées notamment à la géographie ou aux communautés d'intérêts, déroger à cette stricte égalité dans une mesure ne devant pas dépasser 15%. Ce régime fut toutefois modifié en novembre 1987 par la *Electoral Boundaries Commission Act*¹⁴⁹², dont les articles 14 à 20 établissaient les modalités du découpage électoral à être effectué par la Commission. En vertu de la loi, la province était divisée en une section nordique et une section du sud, cette dernière étant à son tour divisée en régions urbaines et régions rurales. L'article 14 prévoyait un nombre fixe de députés pour chacune des régions nordiques (2), rurales (35) et urbaines (29), ce schème ayant pour conséquence une sous-représentation urbaine par rapport aux deux autres régions et une sous-représentation rurale par rapport à la région nordique. Par ailleurs, l'article 20 prévoyait que les circonscriptions du sud ne pouvaient dévier de plus de 25% du quotient électoral, tandis que cette limite était fixée à 50% pour les circonscriptions nordiques¹⁴⁹³.

À partir des consignes énoncées dans le *Electoral Boundaries Commission Act*, la commission de révision de la carte électorale proposa une carte qui acquit force de loi en vertu

¹⁴⁹⁰S.S. 1986-87-88, c. E-6.1.

¹⁴⁹¹*The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, S.S. 1972, c. 18.

¹⁴⁹²S.S. 1986-87-88, c. E-6.1.

¹⁴⁹³En l'espèce, le quotient électoral et la marge de déviation sont basés (comme au Québec) sur le nombre d'électeurs («*voter population*»), et non la population globale. Sur la distinction entre un découpage basé sur la population et un découpage fondé sur l'électorat, voir *supra*, note 1337, de même que R. RICHARDS et T. IRVINE, *loc. cit.*, note 1438, 59-60.

de la *Representation Act, 1989*¹⁴⁹⁴. La carte ainsi créée recelait un certain nombre de disparités entre la population de chacune des circonscriptions. Ainsi, sur les soixante-six circonscriptions, sept présentaient une population inférieure à la moyenne de plus de 15%, tandis que treize présentaient une supériorité de plus de 15%. Dans le sud, la plus grande circonscription urbaine avait une population de 23,85% supérieure au quotient provincial et la plus petite circonscription avait une population inférieure de 24% à ce quotient. Quant aux deux circonscriptions nordiques, elles présentaient une population inférieure de 37,82 et de 29,14% au quotient provincial. Soulignons immédiatement que ces déviations étaient relativement mineures comparativement à celles mises à jour par l'affaire *Dixon*¹⁴⁹⁵. Par ailleurs, dans l'ensemble, les régions rurales étaient sur-représentées par rapport aux régions urbaines, et ce en raison des contraintes relatives à la répartition des sièges imposées à la commission par la loi contestée¹⁴⁹⁶.

En réponse aux critiques soulevées par la carte électorale, le gouvernement de la Saskatchewan décida de s'adresser à la Cour d'appel par le moyen d'un avis consultatif¹⁴⁹⁷. Celle-ci interpréta l'article 3 de la *Charte* comme garantissant, sinon l'égalité absolue, du moins une égalité relative, c'est-à-dire tempérée par l'impossibilité d'assurer en tout temps une parfaite égalité en raison des mouvements continus de population. Certes, la Cour d'appel reconnut qu'il était possible et légitime de tenir compte d'autres facteurs pour assurer une représentation effective de la population. Mais dans la mesure où ces facteurs mènent à s'écarter du principe «une personne, une voix», les dérogations doivent faire l'objet d'une analyse sous l'article premier, de façon à forcer l'État à justifier la nécessité des écarts. Cette approche reprenait ainsi sensiblement celle de l'affaire *Dixon*¹⁴⁹⁸, en déplaçant toutefois le fardeau de justification de l'État au niveau de l'article 1.

Appliquant ces principes, la Cour d'appel accepta sans difficultés les disparités importantes rencontrées dans les circonscriptions nordiques où vivent des populations

¹⁴⁹⁴S.S. 1989-90, c. R-20.2.

¹⁴⁹⁵*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

¹⁴⁹⁶En excluant les circonscriptions nordiques, les régions rurales représentaient 50,4% de la population et recevaient 53% des sièges, tandis que les régions urbaines, avec 47,6% de la population n'obtenaient que 43,9% des sièges.

¹⁴⁹⁷*Reference re Electoral Boundaries Commission Act*, (1991) 78 D.L.R. (4d) 449 (C.A. Sask.).

¹⁴⁹⁸*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

éloignées et unies par des intérêts particuliers. Elle refusa toutefois les écarts rencontrés au sud, et en particulier la sur-représentation systématique des régions rurales par rapport aux centres urbains. Soulignant l'efficacité des moyens modernes de communication et de transport, elle conclut qu'aucune preuve n'avait été présentée permettant de justifier le traitement préférentiel accordé aux citoyens habitant les régions rurales. Elle écrit à cet égard:

«In earlier times travel and communication in rural Saskatchewan were limited. But the court may take judicial notice of the fact that that is no longer so. Saskatchewan has an impressive network of provincial highways and gridroads—an "all weather" road system in every sense of the word—and the means of travel are many and efficient. Our communication systems are equally impressive. People in both rural and urban areas have ready access to those systems.

It is true that in Saskatchewan today, the interests of those residing in rural constituencies are varied and broad; but so too are the interests of people living in urban constituencies. And the cultural, political, economic, social and other interests of the citizens of southern Saskatchewan do not much differ»¹⁴⁹⁹.

Qui plus est, selon la Cour, la difficulté qu'il pourrait possiblement y avoir à représenter des circonscriptions rurales pourrait être palliée par l'ajout de personnel de soutien et des allocations de déplacement supplémentaires. De ce point de vue, l'existence de moyens alternatifs permettant d'assurer une représentation effective des circonscriptions du sud sans enfreindre le principe de l'égalité du vote mène la Cour à conclure que les exigences de l'article premier ne sont pas satisfaites.

La décision de la Cour d'appel déclarant invalide le *Electoral Boundaries Commission Act* ainsi que la carte électorale de la Saskatchewan fut portée en appel devant la Cour suprême du Canada¹⁵⁰⁰. Celle-ci ne parvint pas à une décision unanime, les juges se divisant six contre trois en faveur de la validité du découpage et de la loi qui en fixait les modalités. Les juges Corey, L'Heureux-Dubé et Lamer, dissidents, auraient maintenu la décision de la Cour d'appel. Pour eux comme pour la Cour d'appel, toute dérogation au principe fondamental de l'égalité du vote demande à être justifiée sous l'article premier. Or, aucune preuve n'avait montré pourquoi, à partir de 1987, il était devenu impossible de respecter la norme de déviation

¹⁴⁹⁹*Idem*, p. 479.

¹⁵⁰⁰*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7. En Cour suprême, seule la partie de la décision de la Cour d'appel relative aux circonscriptions du sud fut contestée. Quant aux écarts rencontrés dans le nord et reconnus comme valides en Cour d'appel, ceux-ci ne furent pas contestés.

maximale de 15% fixée par l'ancien régime¹⁵⁰¹. De plus, la province n'avait aucunement su justifier l'imposition d'un nombre fixe de circonscriptions urbaines et rurales qui forçait la Commission à favoriser systématiquement ces dernières¹⁵⁰². Dans ces circonstances, et malgré que les écarts rencontrés puissent apparaître relativement mineurs, ceux-ci ne pouvaient être considérés comme une limite raisonnable au sens de l'article premier.

La juge McLachlin, qui écrit au nom de la majorité, s'objecta à cette interprétation de la *Charte* qui, à son avis, donnait une importance excessive à l'égalité mathématique. Selon elle, le droit de vote ne garantit pas l'égalité du pouvoir électoral en tant que tel, mais consacre plutôt un *droit à une représentation effective de la diversité de la mosaïque sociale*¹⁵⁰³. Ce droit implique que la parité relative du pouvoir électoral n'est qu'un des multiples facteurs pertinents à l'établissement d'une carte électorale. Qui plus est, prend soin de préciser la juge McLachlin, la représentation effective de la diversité de la mosaïque sociale garantie par l'article 3 peut fort bien *exiger* que l'on déroge à l'égalité numérique¹⁵⁰⁴. Ainsi, la prise en compte d'autres facteurs concurrents comme la communauté d'intérêts et la géographie ne sont pas des possibilités offertes au législateur comme tempérament légitime, mais non obligatoire, au principe de l'égalité du vote. Ce sont plutôt des facteurs implicitement inscrits à même la garantie constitutionnelle et qui s'imposent à l'État.

Au chapitre de la «tradition politique», pour reprendre la terminologie que j'ai employée dans la première Partie, cette interprétation de l'article 3 de la *Charte* repose on ne peut plus clairement sur ce que j'ai appelé le modèle téléologique/pluraliste de la démocratie, dans lequel la procédure démocratique n'est pas vue comme reflétant et respectant l'égalité formelle des citoyens, mais plutôt comme un mécanisme instrumental visant à mettre en place un gouvernement susceptible de prendre en compte les intérêts des divers segments de la société suivant l'idéal d'égale sollicitude. Justifiant son interprétation, la juge McLachlin écrit d'ailleurs:

«Les préoccupations que le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Oakes*, a associées à une société libre et démocratique—le respect de la dignité inhérente à l'être humain, la

¹⁵⁰¹*Idem*, p. 173.

¹⁵⁰²*Idem*.

¹⁵⁰³*Idem*, pp. 183-184.

¹⁵⁰⁴*Idem*, p. 184.

promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers dans la société—sont mieux servies par un système électoral axé sur la représentation effective que par un système fondé sur la parité mathématique. Le respect de la dignité individuelle et de l'égalité sociale exige que les votes des citoyens ne soient pas indûment dépréciés ou dilués. Toutefois la reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes et l'amélioration de la participation des particuliers au processus électoral et à la société exigent que l'on tienne également compte d'autres préoccupations»¹⁵⁰⁵.

Appliquant aux faits de l'affaire cette interprétation de l'article 3, la juge McLachlin refusa d'y voir une violation de la *Charte*. À son avis, les écarts rencontrés au sud étaient mineurs et découlaient des difficultés invoquées par le gouvernement en ce qui a trait à la représentation des régions rurales¹⁵⁰⁶. Quant aux quotas de circonscriptions fixés par la loi, ils montraient un accroissement du nombre de circonscriptions urbaines par rapport à l'ancienne carte, reflétant ainsi les tendances démographiques. On ne pouvait donc prétendre qu'ils étaient arbitraires.

La décision de la juge McLachlin a soulevé d'importantes critiques doctrinales¹⁵⁰⁷, dénonçant à la fois certaines faiblesses de son argumentation, de même que les conséquences de la solution retenue. En effet, on peut s'interroger d'abord sur le fondement du droit reconnu par la juge McLachlin à la représentation effective de la diversité de la mosaïque sociale. Que cette interprétation s'appuie sur un important discours contemporain, cela ne fait aucun doute. Son rattachement à l'article 3 de la *Charte* est cependant plus problématique.

Pour justifier son interprétation de l'article 3, elle s'appuie sur deux éléments. Elle invoque d'abord l'historique canadien en matière de découpage électoral pour affirmer que

¹⁵⁰⁵*Idem*, p. 188.

¹⁵⁰⁶Pour une analyse hautement critique des arguments traditionnellement avancés en faveur d'une sur-représentation rurale, voir: D. BERCUSON et B. COOPER, *loc. cit.*, note 1478, 122 à 125.

¹⁵⁰⁷Voir: David JOHNSON, «Canadian Electoral Boundaries and the Courts: Practices, Principles and Problems», (1994) *Revue de droit de McGill* 224; Robert CHARNEY, «Saskatchewan Election Boundary Reference: "One Person — Half A Vote"», (1992) 1 *Revue nationale de droit constitutionnel* 225; Ronald FRITZ, «The Saskatchewan Electoral Boundaries Case and Its Implications», dans J. COURTNEY, P. MacKINNON et D. SMITH (dir.), *op. cit.*, note 1331, p. 70.

l'égalité numérique n'a jamais constitué chez nous l'unique facteur déterminant. Bien que cela soit exact, son exposé historique est un peu court, et apparaît pour le moins délicat. S'appuyant essentiellement sur les propos du Premier ministre Sir John A. Macdonald en 1872 pour affirmer que l'égalité numérique a toujours été tempérée par d'autres considérations comme la géographie et la communauté d'intérêts¹⁵⁰⁸, la juge McLachlin semble ignorer le fait que ces propos avaient servi, à l'époque, à camoufler les manipulations partisans de la carte électorale¹⁵⁰⁹. Mais surtout, cette tradition canadienne semble davantage appropriée pour expliquer que l'on accepte, à l'étape de l'article premier, certaines dérogations à l'égalité numérique que pour justifier l'affirmation d'un droit constitutionnel positif à la représentation effective de la mosaïque sociale¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁸Voir les propos de Sir John A. Macdonald rapportés dans l'affaire *Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470, 410, de même que dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7, 184. S'exprimant devant la Chambre des communes au sujet de la carte de 1872, le Premier ministre affirmait:

«[...] it will be found that [...] while the principle of population was considered to a very great extent, other considerations were also held to have weight; so that different interests, classes and localities should be fairly represented, that the principle of number should not be the only one».

¹⁵⁰⁹À ce propos, le professeur MacGregor Dawson écrivait en 1935:

«One of the most overt political stratagems of this period and one most clearly copied from the United States, both in intent and in name, was the "gerrymander", a device which the Canadian Parliament used to a varying degree on three occasions—in 1872, in 1882, and in 1892» (R. M. DAWSON, *loc. cit.*, note 275, 197).

Critiquant la décision de la juge McLachlin sur ce point, le professeur Fritz conclut:

«It is submitted that Justice McLachlin unfortunately viewed Canadian constitutional history through rose-coloured glasses. She failed to see how politicians had manipulated the system for partisan political reasons to thwart the principle of "representation by population" rather than being motivated to ensure effective representation» (R. FRITZ, *loc. cit.*, note 1507, 77).

¹⁵¹⁰Robert Charney écrit en ce sens:

«While I agree with the Court's conclusion that these factors [geography, community history, community interests and minority representation] may well "justify" deviations from absolute voter parity, I believe that the Court was wrong to incorporate these justifications within Charter section 3. Instead, these considerations should have been taken into account as justification under section 1 of the Charter» (R. CHARNEY, *loc. cit.*, note 1507, 229).

À cet égard, outre l'argument historique, on a vu que la juge McLachlin appuie son interprétation sur les valeurs invoquées par le juge en chef Dickson dans la célèbre affaire *Oakes*¹⁵¹¹. Or, les propos du juge Dickson, se rapportaient non pas à l'interprétation de l'article 11d) de la *Charte*, qui était la disposition en cause dans cette affaire, mais bien à l'interprétation de l'article 1. Le juge Dickson exprimait alors les valeurs susceptibles de justifier des *limites* aux droits garantis¹⁵¹². Sans doute ces valeurs peuvent-elles également orienter l'interprétation des droits consacrés par la *Charte*. On doit cependant admettre que même ceux qui n'ont pas le droit de vote (les nouveaux arrivants, les mineurs, les incapables) sont considérés dans notre tradition comme bénéficiant de la représentation politique. Le droit d'être représenté n'est donc pas, directement ou indirectement, tributaire du droit de voter. De ce point de vue, même en faisant nôtres les valeurs exprimées par le juge Dickson, il apparaît difficile de lier le droit à la représentation avancé par la juge McLachlin au droit de vote exprimé à l'article 3 de la *Charte*. À l'inverse, ces valeurs permettraient sans difficulté de justifier, à l'étape de l'article premier, certaines dérogations au principe de l'égalité du vote, principe dont le rattachement à l'article 3 apparaît nettement plus aisé.

Au-delà de ces difficultés quant au fondement d'un droit à la représentation effective, on constate que les motifs de la juge McLachlin ne répondent de façon satisfaisante, ni aux arguments de la Cour d'appel relatifs aux moyens modernes de communication, ni à ceux avancés par la minorité relativement aux quotas de circonscriptions rurales et urbaines. Comme le souligne le professeur Johnson:

«[A]t no time did McLachlin J. address the specific arguments raised by the Court of Appeal, by Carter or by other interveners, respecting the quality of the modern transportation and communication system found in Saskatchewan and the capabilities

¹⁵¹¹*R. c. Oakes*, précité, note 570.

¹⁵¹²La citation de l'arrêt *Oakes* par la juge McLachlin, que j'ai reproduite plus haut, est d'ailleurs une citation écourtée. Immédiatement après les propos rapportés par la juge McLachlin, le juge Dickson affirmait:

«Les valeur et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer» (*R. c. Oakes*, précité, note 570, 136. Je souligne).

this system offers to representatives of rural and remote ridings desiring to enhance their interaction with constituents»¹⁵¹³.

Or, pour justifier les écarts entre les circonscriptions urbaines et rurales au nom de la représentation effective de ces dernières, encore faut-il montrer que ces écarts étaient raisonnablement nécessaires, ce qui devrait en outre inclure un examen des remèdes alternatifs¹⁵¹⁴. Quant aux quotas de circonscriptions urbaines et rurales qui empêchaient, à partir de 1987, de maintenir des écarts inférieurs à 15% comme sous l'ancienne carte, la juge McLachlin se contente de retenir que le nombre de circonscriptions urbaines s'est trouvé accru par le quota imposé en 1987. Rien n'est avancé au sujet de la suffisance de cet accroissement et des raisons pour lesquelles celui-ci ne pouvait pas refléter plus étroitement les changements de population. Or, l'insuffisance de l'accroissement des circonscriptions urbaines impliquait que la nouvelle carte présentait non pas un progrès, mais une *régression* de la représentation urbaine.

Toutefois, la véritable et profonde difficulté que pose le *Renvoi sur les circonscriptions électorales de la Saskatchewan* est l'absence de critère clair et intelligible permettant de saisir la portée du principe garanti. Comparée à l'égalité numérique, la "représentation effective de la mosaïque sociale" offre un critère pour le moins imprécis, qui soulève davantage de questions qu'il n'offre de réponses. Qu'est-ce, en effet, qu'une "communauté"¹⁵¹⁵, et quelles sont, le

¹⁵¹³D. JOHNSON, *loc. cit.*, note 1507, 235.

¹⁵¹⁴Ayant étudié la question de la sur-représentation rurale, le professeur Alan Frizzell conclut que celle-ci n'apparaît aucunement justifiée et que divers moyens alternatifs permettent de remédier aux difficultés rencontrées dans les circonscriptions plus étendues [voir: Alan FRIZZELL, «Au service du public—La représentation dans un Canada moderne», dans D. SMALL (dir.), *op. cit.*, note 1337, p. 301. Voir également: Ronald FRITZ, «Drawing Electoral Boundaries in Compliance With the Charter: The Alberta experience», (1995-96) 6 *Revue nationale de droit constitutionnel* 347]. Au-delà de l'allocation de frais de déplacements et l'augmentation du personnel de soutien dans les circonscriptions rurales suggérées par la Cour d'appel et le professeur Frizzell, on doit aussi s'interroger sur la possibilité d'accroître le nombre total de députés de manière à maintenir les circonscriptions à des dimensions raisonnables.

¹⁵¹⁵Voir à cet égard la critique du professeur David Johnson sur l'ambiguïté du concept de communauté (D. JOHNSON, *loc. cit.*, note 1507, 236 à 239). De son côté, Alan Stewart, qui se montre nettement plus sympathique au critère de «communauté d'intérêts», admet l'impossibilité de le définir et suggère plutôt une liste de trente et un facteurs... (Alan STEWART, «La communauté d'intérêts dans le remaniement des circonscriptions électorales», dans D. SMALL (dir.), *op. cit.*, note 1337, p. 133). Notons, par ailleurs, que sur ces facteurs, huit (dont les cinq plus importants selon lui) sont, directement ou indirectement, liés à des

cas échéant, les communautés qui ont un droit constitutionnel à une représentation effective¹⁵¹⁶? Deuxièmement, qu'entend-t-on par représentation effective? S'agit-il d'un droit à la non-discrimination, d'un droit à la représentation évalué à l'échelle locale de chacune des circonscriptions, ou encore d'un droit collectif plus général qui s'apprécie en tenant compte de l'ensemble de la carte¹⁵¹⁷? Quels sont les facteurs qui devront impérativement être considérés par les responsables du découpage électoral pour s'assurer de la validité de leur carte? Enfin, quel est le fardeau de preuve exigé de celui ou celle qui se plaint d'un découpage particulier? Doit-il prouver qu'il n'est pas en mesure de bénéficier d'une représentation effective?¹⁵¹⁸ Cette preuve peut-elle découler du simple examen de la carte, à la lumière de la géographie, des données démographiques et socio-économiques, ou doit-on établir plus concrètement un défaut de représentation? À ces questions pourtant fondamentales, la décision n'offre pas l'ombre d'un indice.

Même à supposer que l'on s'entende sur le droit d'un groupe particulier de bénéficier d'une "représentation effective" —un problème dont on ne saurait sous-estimer la difficulté— encore faut-il savoir ce qu'implique ce droit. Implique-t-il, par exemple, que les membres de

intérêts dont l'existence est le fait de divisions politiques antérieures. En d'autres termes, l'idée d'une communauté d'intérêts qui serait «naturelle» et dont la carte se devrait de refléter, apparaît des plus incertaines.

¹⁵¹⁶Les professeurs Knopff et Morton suggèrent à cet égard:

«[I]t might not be going too far to suggest that Justice McLachlin upheld an "affirmative gerrymander" (in the form of variable-size apportionment) for rural dwellers in Saskatchewan in order to open the door for future affirmative gerrymanders on behalf of racial and ethnic minorities» (Rainer KNOPFF et Frederick Lee MORTON, «Charter Politics in Alberta: Constituency Apportionment and the Right to Vote», dans J. COURTNEY, P. MacKINNON et D. SMITH (dir.), *op. cit.*, note 1331, p. 96, à la p. 107).

¹⁵¹⁷Voir à cet égard l'affaire *Johnson c. DeGrandy*, précitée, note 1379, discutée précédemment (*supra*, pp. 417 et suiv.).

¹⁵¹⁸L'affaire *Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470, posait clairement qu'il appartiendrait à l'État de justifier les dérogations au principe de l'égalité des circonscriptions. Mais un tel fardeau semble désormais incompatible avec le droit à la représentation effective reconnu ici et qui impliquerait une obligation pour le plaignant de démontrer que le découpage ne permet pas une telle "représentation effective de la mosaïque sociale". C'est d'ailleurs ce que suggère la juge McLachlin lorsqu'elle affirme que l'intimé n'a pas réussi à démontrer le caractère injustifié des écarts entre les circonscriptions urbaines et rurales (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7, 196).

ce groupe soient réunis au sein d'une même circonscription dotée d'un représentant? Dans ce cas, le pouvoir électoral de ce groupe pourrait fort bien se trouver *dilué*, non augmenté. En effet, la maximisation de la représentation d'une communauté minoritaire dans la province peut exiger que l'on divise cette communauté en plusieurs circonscriptions hétérogènes mais au sein desquelles le groupe constitue une majorité. Ainsi définie, la représentation effective d'un groupe implique nécessairement le choix entre deux groupes, l'un étant sacrifié à l'autre et servant à "rembourrer" la circonscription accordée au groupe protégé. On comprend dès lors la critique du professeur Cain à l'égard d'un droit à la représentation de l'ensemble des communautés constitutives du tissu social:

*«Some types of political fairness such as the right to vote can reasonably be defined as matters of right, but others such as the right to descriptive representation cannot. They may be good ideas, and they may fit the representational needs of a given community, but they are not democratic rights per se»*¹⁵¹⁹.

La consécration d'un droit à la représentation effective de la mosaïque sociale implique, en effet, que ce sont ultimement les tribunaux qui devront déterminer quels sont les groupes —ethniques, linguistiques, économiques, politiques, religieux— qui ont droit à cette représentation et la mesure précise dans laquelle une carte doit permettre de refléter le pluralisme social¹⁵²⁰. Il s'agit là, au bas mot, d'un véritable panier de crabes, non seulement susceptible de miner la légitimité des tribunaux¹⁵²¹, mais également d'ouvrir la porte aux abus partisans. En effet, la décision invite ceux qui seront chargés de confectionner les cartes électorales à favoriser la représentation de collectivités, tant à l'aide de circonscriptions numériquement inégales, qu'en jouant sur les formes des circonscriptions. Or, comme le

¹⁵¹⁹B. CAIN, *loc. cit.*, note 1369, 276-277. Il faut en effet reconnaître que le choix d'un tracé particulier —et donc d'une communauté comme unité de représentation— implique des considérations de politique (*policy*) difficilement concevables en termes de droits. On a, par exemple, suggéré une délimitation des circonscriptions fondée sur les écosystèmes naturels afin de permettre une meilleure protection de l'environnement (voir: Doug MacDONALD, «Communautés écologiques et délimitation des circonscriptions électorales», dans D. SMALL (dir.), *op. cit.*, note 1337, p. 253). Quelle que soit l'opportunité d'un tel mode de délimitation, on imagine mal pouvoir le défendre ou le contester devant les tribunaux en termes de «droits».

¹⁵²⁰Il semble en effet axiomatique qu'un droit à la représentation effective ne saurait impliquer le pouvoir discrétionnaire d'une législature de déterminer à sa guise les bénéficiaires de ce droit.

¹⁵²¹À cet égard, le rôle des tribunaux dans la reconnaissance et la mise en oeuvre d'un droit à la représentation effective de la mosaïque sociale entre en contradiction directe avec l'appel de la juge McLachlin à la retenue judiciaire dans le domaine complexe du découpage électoral (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, précité, note 7, 189).

soulignent les professeurs Bercuson et Cooper, «(...)gerrymandering and maldistribution are additive. That is, relatively small degrees of maldistribution can produce major electoral advantage when combined with a skillfull gerrymander»¹⁵²².

Cette critique de la décision de la juge McLachlin ne veut pas pour autant dire que l'on doit renoncer à l'idéal d'une représentation politique juste et effective. Elle suggère toutefois qu'il est préférable de se satisfaire d'une garantie constitutionnelle moins ambitieuse que la représentation effective de la diversité de la mosaïque sociale. En consacrant, comme l'a fait la minorité et la Cour d'appel, le principe de l'égalité du vote, rien n'empêche de permettre les dérogations qui seront jugées raisonnables ou même nécessaires pour assurer, suivant les circonstances de chaque cas, une carte électorale sensible aux particularismes régionaux. Une interprétation de l'article 3 qui s'inspire du modèle de l'égalité procédurale ne signifie pas que les préoccupations liées à une approche téléologique/pluraliste sont —comme l'affirme la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis— nécessairement illégitimes et contraires aux idéaux d'une société «véritablement» démocratique. Mais, à mon avis, la prudence dicte que le droit de vote soit interprété de manière à fournir un principe clair et de façon à ce que les inégalités de traitement des électeurs requièrent de l'État une justification explicite. Malheureusement, cette approche défendue par les juges dissidents a été explicitement rejetée par une majorité de la Cour.

Section 2.3 - Vers un retour au principe de l'égalité formelle?

Les tribunaux canadiens ne tardèrent pas à être confrontés aux difficultés que présente l'application concrète des principes avancés dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*. Ma lecture des décisions rendues à ce jour suggère que les tribunaux ont, sans rejeter formellement le concept de représentation effective, adopté dans les

¹⁵²²D. BERCUSON et B. COOPER, *loc. cit.*, note 1478, 117. La prohibition du «gerrymander» partisan comme garantie implicite au droit de vote ne signifie pas que le découpage doit être politiquement neutre, ce qui est strictement impossible, mais plutôt que les distorsions de la faveur partisane ne soient pas le fruit d'un processus délibéré. Or, dans la mesure où le droit à la représentation effective permet et même impose de tenir compte des intérêts politiques des divers segments de la société, il pourra s'avérer particulièrement difficile de distinguer le «gerrymander» illicite de celui qui est permis ou même requis.

faits une position nettement plus proche de celle exprimée dans l'affaire *Dixon*¹⁵²³. Ainsi, s'abstenant de défier ouvertement la décision de la Cour suprême, ils ont néanmoins donné à celle-ci une interprétation qui la rapproche du modèle de l'égalité formelle (ou procédurale), en exigeant de l'État une justification explicite aux dérogations à l'égalité numérique des circonscriptions.

La première province confrontée à une contestation de sa carte électorale fut l'Alberta. Les racines de ce litige —qui donna lieu à deux avis consultatifs en Cour d'appel— sont en fait antérieures à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire de la Saskatchewan. En 1990, suite à l'affaire *Dixon*, la législature de l'Alberta avait modifié le processus de révision de sa carte électorale. Auparavant, la carte de l'Alberta était divisée de façon sensiblement égale en circonscriptions urbaines et rurales¹⁵²⁴, bien que la population urbaine représente les deux tiers de la population totale¹⁵²⁵. Le nouveau régime¹⁵²⁶ prévoyait 43 sièges urbains, 35 sièges ruraux et 5 sièges mixtes. La loi consacrait le principe de l'égalité relative du vote, mais autorisait la Commission à créer des circonscriptions dont la population pouvait, en général, varier de plus ou moins 25% par rapport au quotient électoral¹⁵²⁷ et, dans 5% des cas, varier jusqu'à plus ou moins 50%. Les quotas de sièges urbains ruraux et mixtes impliquaient par ailleurs qu'en moyenne, suivant les données démographiques de 1990, la population des circonscriptions rurales serait de 17% inférieure au quotient électoral, tandis que celle des circonscriptions urbaines serait de 16% supérieure à ce quotient.

Avant même qu'une nouvelle carte ne soit établie, le gouvernement albertain choisit, par le moyen d'un avis consultatif, de soumettre la question de la validité de son régime à la Cour d'appel, qui suspendit l'audition de l'affaire en attendant la décision de la Cour suprême relativement aux circonscriptions de la Saskatchewan. Or, à la suite de cet arrêt, et face à la similitude des deux régimes provinciaux, tous les opposants au régime se retirèrent du dossier, de sorte que la Cour d'appel se trouvait non seulement à devoir se prononcer en l'absence de

¹⁵²³*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

¹⁵²⁴En vertu du *Electoral Boundaries Amendment Act*, S.A. 1983, c. 76, les zones urbaines recevaient 42 sièges, tandis que 41 sièges étaient réservés aux régions rurales (art. 4).

¹⁵²⁵Voir: R. KNOFF et F. L. MORTON, *loc. cit.*, note 1516, 104.

¹⁵²⁶Ce régime découlait de la *Electoral Boundaries Commission Act*, S.A. 1990, c. E-4.01.

¹⁵²⁷Le quotient électoral est obtenu en divisant la population par le nombre de circonscriptions de manière à déterminer la taille moyenne des circonscriptions.

carte, c'est donc dire en l'absence de données factuelles concrètes, mais aussi en l'absence de toute opposition à la loi. Dans ces circonstances bien particulières, et à la lumière de la décision de la Cour suprême, la Cour d'appel refusa de condamner le régime, et ce malgré l'absence totale de justifications pour les quotas imposés, qui favorisaient nettement les habitants des circonscriptions rurales¹⁵²⁸.

Cette attitude de la Cour semblait conforter la thèse voulant que, en vertu du droit à la représentation effective, il n'appartiendrait pas à l'État de justifier les écarts numériques entre les circonscriptions, mais plutôt au plaignant d'établir que le régime fait obstacle à son droit à la représentation. La Cour exprima toutefois des réserves importantes et qui laissaient planer un doute quant à la portée de sa décision. Elle souligna notamment que si une règle permettant une disparité de l'ordre de 25% pouvait s'avérer justifiée, cela n'impliquait pas que l'on puisse déroger à l'égalité numérique lorsque cela n'était pas requis pour assurer la représentation effective¹⁵²⁹ —un concept dont la Cour ne manqua d'ailleurs pas de souligner l'ambiguïté¹⁵³⁰.

Suite à cette approbation judiciaire du régime instauré en 1990, les cinq membres de la Commission chargés de la révision ne parvinrent pas à s'entendre sur une carte électorale et déposèrent cinq rapports distincts. La Législature désigna alors un Comité spécial, auquel refusèrent de s'associer les partis d'opposition, soit le parti Libéral et le N.P.D. Composé de quatre députés conservateurs, le Comité produisit une carte comportant 44 sièges urbains, supérieurs en moyenne de 13.4% au quotient électoral, et 39 sièges ruraux, inférieurs en moyenne de 8.4% au quotient électoral. Aucune circonscription mixte ne fut proposée. D'autre part, les deux plus petites circonscriptions, demeurées inchangées par la révision, étaient, par un étonnant concours de circonstances, celles du président et du vice-président du Comité...

¹⁵²⁸Au sujet du quota de 40 circonscriptions rurales et mixtes, la Cour affirma: «[W]e cannot find, in the material before us, an explicit statement of explanation why these populations must have 40 divisions, as opposed to some other number» [*Reference re Electoral Boundaries Commission Act*, (1991) 86 D.L.R. (4d) 447 (C.A. Alta.), 455].

¹⁵²⁹*Idem*, p. 454. Dans sa conclusion, la Cour suggère même que l'augmentation de la taille de l'Assemblée pourra fort bien s'avérer *constitutionnellement requise* pour permettre la représentation effective de certains groupes sans porter atteinte au même droit à l'égard d'autres groupes (*Idem*, p. 456).

¹⁵³⁰*Idem*, p. 452.

La nouvelle carte, qui devint alors projet de loi puis loi¹⁵³¹, ne manqua pas de soulever l'ire des partis d'opposition. De son côté, et devant l'imminence d'une élection générale, la municipalité de Lac La Biche tenta, en vain, d'obtenir une injonction provisoire pour empêcher le gouvernement de proclamer l'entrée en vigueur de la loi¹⁵³². Prétendant que ses intérêts économiques l'associaient naturellement avec l'industrie forestière au nord, elle se plaignait de son annexion à une circonscription située au sud et invoquait à cet égard le droit à la représentation effective reconnu par la Cour suprême. Face à ces pressions, et à la veille de l'élection, le gouvernement choisit de soumettre la question de la validité de la carte à la Cour d'appel, étant entendu que l'audition de l'affaire ne pourrait procéder qu'après la tenue de l'élection générale.

La Cour d'appel fut donc appelée à se prononcer à nouveau, cette fois sur la carte électorale, et après l'élection. Ce facteur plaçait la Cour dans une position délicate, car si la carte était invalide, l'élection ne l'était-elle pas aussi? Devrait-on alors forcer la tenue d'une nouvelle élection? Sur la base de quelle carte? Pourrait-on suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité et pour combien de temps? Dans ce cas, quelle serait la légitimité de la Législature en place et serait-elle en mesure d'exercer normalement ses fonctions? Les implications politiques de la décision en dictèrent finalement la solution: la Cour refusa de répondre à la question qui lui avait été soumise. Elle affirma candidement: «*In 1993, Alberta had a general election based on these boundaries. We do not see the democratic value in creating a crisis*»¹⁵³³. Il s'agit sans doute là de l'explication principale de la décision de la Cour, qui apparaît autrement comme une longue contradiction. Tout au long de ses motifs, la Cour fustige le gouvernement pour n'avoir fourni aucune justification aux variations de population

¹⁵³¹*The Electoral Divisions Statute Amendment Act, 1993*, S.A. 1993, c. 2.

¹⁵³²Voir *Lac La Biche (Town) c. Alberta*, (1993) 102 D.L.R. (4d) 499 (C.A.). L'injonction aurait eu pour effet de forcer la tenue d'une élection suivant l'ancienne carte, dont la constitutionnalité était plus que douteuse en raison de l'ampleur des disparités qu'elle comportait. En effet, le gouvernement était constitutionnellement tenu de procéder à une élection générale en raison de l'art. 4 de la *Charte* qui limite le mandat des législatures à cinq ans. Faute de temps, il n'était alors possible, ni de retarder l'élection, ni de procéder à l'établissement d'une nouvelle carte.

¹⁵³³*Reference re Electoral Divisions Statute Amendment Act, 1993*, (1994) 119 D.L.R. (4d) 1 (C.A. Alta.), 18.

—«*what was needed was a riding-by-riding justification. It has not been offered*»¹⁵³⁴—, s'en prend aux membres du Comité pour avoir succombé aux considérations d'opportunité politique —«*this very natural concern of an elected official for the "comfort zone" of a vocal portion of the electorate is not a valid Charter consideration*»¹⁵³⁵— et va même jusqu'à mettre en cause le caractère démocratique de la province —«*This cannot be permitted to continue if Alberta wishes to call itself a democracy*»¹⁵³⁶. Ces propos apparaissent toutefois comme autant de coups d'épée dans l'eau. Se retranchant derrière la retenue judiciaire, la Cour invoque l'absence de justification à l'appui des circonscriptions adoptées pour dire qu'elle n'est pas en mesure de se prononcer sur leur validité. Elle écrit:

«[I]t is impossible for us to say that the efforts here meet a Charter challenge when we do not know with any precision the reasons for the boundaries under review. Therefore, it is not possible for us to answer the first, and key, question.

[...]

«[W]here is the explanation that what was done was needed? The legislature offered no reasons, but essentially adopted the recommendations of the Select Committee. Before us, Alberta equated the Committee's reasons with those of the legislature. We do not know with any certainty or detail what those reasons are»¹⁵³⁷.

Pour le même motif, elle refusa de prendre position par rapport aux diverses prétentions des opposants à la carte: celles du parti Libéral et du N.P.D. pour qui la carte favorisait de façon injustifiée les électeurs ruraux (et par là même le vote conservateur); celles de la *Alberta Civil Liberties Association*, qui voyait dans la carte une discrimination systémique à l'égard de divers groupes minoritaires, en particulier les handicapés, les femmes, les parents célibataires, les sans-emploi, les immigrants et les pauvres, qui habitent principalement les centres urbains; enfin, celles du Lac La Biche qui contestait son annexion à une circonscription du sud qui avait des intérêts économiques distincts.

La décision de la Cour d'appel de refuser de répondre à la question qui lui était soumise a eu pour conséquence pratique immédiate le même effet qu'une déclaration de validité. De ce point de vue, l'idée qu'une carte, même clairement inégalitaire, demeure néanmoins valide tant que le plaignant ne démontre pas son caractère déraisonnable eu égard au droit à la

¹⁵³⁴*Idem*, p. 14.

¹⁵³⁵*Idem*, p. 16.

¹⁵³⁶*Idem*, p. 17.

¹⁵³⁷*Idem*, p. 13.

représentation effective semble confortée. Une telle interprétation de l'arrêt semblerait toutefois erronée. La Cour sert, dans l'avant dernier paragraphe de ses motifs, une importante mise en garde à la Législature: bien que la loi prévoit le maintien de la carte jusqu'en l'an 2001, il est clair qu'elle devra être révisée plus tôt, et probablement avant les prochaines élections générales¹⁵³⁸. De là à prononcer l'invalidité de la carte, il n'y a qu'un pas... que la Cour n'a pas osé franchir. Néanmoins, sans écarter le principe du droit à la représentation effective, le discours de la Cour d'appel montre une volonté de mettre au premier plan l'égalité du vote et d'imposer à l'État, du moins pour l'avenir, le fardeau d'apporter une explication détaillée pour chacune des circonscriptions dont la population s'écarte du quotient électoral. Ce principe de l'égalité du vote tempéré uniquement par les facteurs dont l'État saura démontrer la pertinence pour assurer une représentation effective nous ramène alors à l'approche avancée dans l'affaire *Dixon*¹⁵³⁹.

C'est également cette approche qu'emprunta le juge DesRoches dans l'affaire *MacKinnon c. Ile-du-Prince-Édouard*¹⁵⁴⁰ où l'on attaquait la carte électorale provinciale en place depuis 1966. Cette carte était fondée sur le principe de la représentation égale des trois «counties» —King, Queen et Prince County— qui divisent la province depuis les débuts de la colonie, ceux-ci se voyant octroyés respectivement cinq, six et cinq circonscriptions binominales. Cette carte comportait des disparités majeures entre la population des seize circonscriptions. Neuf avaient une population inférieure au quotient électoral de l'ordre de 32 à 63%, tandis que cinq dépassaient ce quotient par une marge de 35 à 115%, avec pour résultat que la plus importante circonscription (Fifth Queen's) était près de six fois plus peuplée que la plus petite (Fifth King's). Comme ailleurs, ces disparités se traduisaient par une sur-représentation marquée des intérêts ruraux. Toutefois, l'ampleur sans précédent des écarts, combinée au fait que l'Ile constitue la province la plus densément peuplée du pays, et sans doute la plus homogène, empêchait toute justification raisonnable de la carte. Il y a en effet une limite, dans ces circonstances, à l'invocation de la spécificité des intérêts ruraux alors même qu'on hésite à voir dans l'Ile une seule circonscription véritablement «urbaine». Mais surtout,

¹⁵³⁸La Cour écrit ainsi: «*We think that a new and proper review is essential before the constitutional mandate of the present government expires, and, we hope, before the next general election. We reject any suggestion that the present divisions may rest until after the 2001 census*» (*Idem*, p. 18).

¹⁵³⁹*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

¹⁵⁴⁰(1993) 104 Nfld & P.E.I.R. 232 (C.S. I.-P.-É.).

la géographie de l'île et la petite taille des circonscriptions s'opposaient à ce que l'on puisse invoquer ici des difficultés de transport et de communications pour justifier la sur-représentation rurale. Considérant l'ensemble de ces circonstances, la décision du juge DesRoches de déclarer invalide la carte électorale n'était nullement surprenante.

L'intérêt de la décision porte plutôt sur l'approche du juge et son analyse des principes applicables¹⁵⁴¹. Le juge DesRoches, comme l'avait fait la Cour d'appel de l'Alberta dans le premier renvoi, ne manqua pas d'écarter au passage le concept nébuleux de «communauté d'intérêt», dont on attend toujours une définition susceptible de fournir un critère d'évaluation du découpage électoral¹⁵⁴². Mais surtout, il rejeta clairement et explicitement l'argument voulant qu'il appartienne au plaignant de démontrer que la carte ne permet pas une représentation effective de ses intérêts¹⁵⁴³. Le rejet de cet argument laisse ainsi planer un doute quant à la survie du principe de représentation effective comme incarnant la substance du droit protégé à l'article 3. Ce qui est on ne peut plus clair, selon le juge DesRoches, est que l'État a l'obligation constitutionnelle de justifier les écarts entre les circonscriptions. Dans cette affaire, comme dans l'affaire *Dixon*¹⁵⁴⁴, la portée du concept de représentation effective est ainsi ramenée au rôle de principe modérateur, permettant à l'État de tempérer la rigueur de l'exigence d'égalité numérique.

*

* *

La jurisprudence canadienne en matière de découpage électoral demeure pour l'instant dans un état embryonnaire. Il apparaît fort peu probable, et sans doute aussi peu souhaitable, que le concept de représentation effective de la mosaïque sociale soit, dans un avenir rapproché, complètement écarté au profit d'une approche purement quantitative à la question de l'égalité politique. Une telle approche serait d'ailleurs nettement inappropriée pour aborder les problèmes complexes de *gerrymandering*. Il demeure toutefois pour les tribunaux à préciser le

¹⁵⁴¹Voir à ce égard: Ronald FRITZ, «Effective Representation Denied: *MacKinnon v. Prince Edward Island*», (1994) 4 *Revue nationale de droit constitutionnel* 207.

¹⁵⁴²*Idem*, p. 254.

¹⁵⁴³*MacKinnon c. L'Île-du-Prince-Édouard*, précitée, note 1540, 238.

¹⁵⁴⁴*Dixon c. Procureur général de Colombie-Britannique*, précitée, note 1470.

sens et la portée du principe de représentation effective. En autant que ce principe reçoit une reconnaissance constitutionnelle au sein même de l'article 3, et non sous l'article premier, les implications potentielles d'un tel droit sont considérables. Il faudra s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à se prononcer sur des revendications de groupes particuliers à une forme de représentation identitaire, revendications qui ne manqueront pas d'entrer en conflit avec celles d'autres groupes, minoritaires ou non. Une telle perspective doit aussi fatalement inclure l'épineuse question de la taille de l'assemblée, jusqu'ici laissée à la discrétion des législatures. Face à l'augmentation de la population, à sa diversification et au dépeuplement des régions, la tendance actuelle à ne plus augmenter les assemblées, voire même à chercher à les réduire¹⁵⁴⁵, pourra en effet s'avérer un des principaux obstacles à une représentation effective qui se veut en même temps respectueuse du principe de l'égalité du vote¹⁵⁴⁶.

Les difficultés inhérentes à la reconnaissance d'un droit à la représentation effective ne justifieraient cependant pas, à mon avis, que l'on en dispose définitivement et que l'on renonce à tout examen éventuel de plaintes de discrimination politique, qu'il s'agisse de *gerrymander* partisan ou de dilution du pouvoir électoral d'une communauté ethnique, linguistique ou autre. Il importe toutefois de poser certaines balises, de façon à clarifier la portée de la garantie constitutionnelle et empêcher que celle-ci n'ouvre la porte à des revendications qui seraient incompatibles avec notre système électoral majoritaire.

La première de ces balises est l'affirmation, à l'instar des décisions de la Cour d'appel d'Alberta et de la Cour suprême de l'Île-du-prince-Édouard, suivant laquelle toute dérogation au principe de l'égalité numérique exige de l'État une justification explicite. Cette explication des raisons pour lesquelles l'égalité n'a pu être respectée doit procéder de façon détaillée, circonscription par circonscription, et ne peut se résumer à l'affirmation d'un souci général d'assurer une représentation équitable. En l'absence d'une telle justification détaillée, le non-

¹⁵⁴⁵Ainsi, l'Ontario a-t-elle récemment adopté une loi visant à réduire les dépenses de l'État en claquant la carte électorale provinciale sur la carte fédérale, ce qui aurait pour effet de réduire de vingt-sept le nombre de sièges à l'Assemblée (*Loi de 1996 réduisant le nombre de députés*, S.O. 1996, c. 28).

¹⁵⁴⁶Commentant le projet de réforme ontarien, certains observateurs ont fait remarquer que la réforme envisagée aurait pour effet de réduire la représentation francophone et, en se fondant sur la répartition du vote aux dernières élections, de favoriser significativement le vote conservateur au détriment du N.P.D. Voir: *The Globe and Mail*, 2 octobre 1996, p. A-4.

respect de l'égalité numérique devrait suffire pour conclure à la violation de l'article 3¹⁵⁴⁷. Cette approche, qui est celle proposée mais non appliquée par la Cour d'appel de l'Alberta dans le second renvoi, n'implique pas que l'on sacralise le principe de l'égalité numérique en lui donnant, comme aux États-Unis, une préséance absolue. Elle n'a pas, en d'autres termes, à se traduire nécessairement par un contrôle particulièrement sévère, car rien n'empêche les tribunaux canadiens, plus sensibles à la perspective pluraliste, de faire preuve d'une certaine déférence face aux choix de l'État de pondérer l'égalité numérique par des considérations «qualitatives» visant à permettre une représentation effective des divers intérêts. Toutefois, l'obligation de justifier chacune des dérogations à l'égalité formelle s'oppose à ce que l'État puisse, comme cela lui a été permis dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions de la Saskatchewan*, se contenter d'une invocation incantatoire des intérêts ruraux.

En second lieu, le droit à la représentation effective ne peut, à moins d'écarter comme étant invalide le mode de scrutin actuel au profit d'un régime électoral radicalement nouveau, signifier un droit à ce que chaque segment de la population puisse élire le représentant de son choix et recevoir une représentation parlementaire proportionnelle à son importance dans la population. Comme l'écrit le professeur Johnson:

«The issue to be confronted, ultimately, is whether there should be a paradigm shift away from the concept of territorially based constituencies to interest group based constituencies, thereby providing for the possibility of distinct native ridings, women's ridings, elderly ridings, ethnic ridings, class and occupational ridings, and so forth. If this is the direction which political leaders in this country adopt respecting distribution, and if it is upheld —if not encouraged or even mandated— by the courts, we will be witnessing a profound and complex change in our system of representation»¹⁵⁴⁸.

Il semble toutefois que les craintes du professeur Johnson eu égard à l'abandon des circonscriptions territoriales sont excessives. En particulier, on doit souligner le fait que l'idée d'un droit à la représentation effective défendue par la juge McLachlin repose en partie sur le fait qu'elle reconnaît au député, outre sa fonction législative, un rôle d'ombudsman à l'égard

¹⁵⁴⁷Du point de vue de la cohérence conceptuelle, l'égalité inhérente à l'art. 3 signifie logiquement l'égalité du vote, et donc du nombre d'électeurs inscrits plutôt que de la population globale. On peut toutefois fort bien accepter que le recours au critère de l'égalité de la population constitue une restriction légitime, au nom de la représentation effective, à l'égalité du vote. Cette justification devrait alors sans doute, à mon avis, relever de l'article premier.

¹⁵⁴⁸D. JOHNSON, *loc. cit.*, note 1507, 241.

des habitants de sa circonscription. Or, les modes de scrutins susceptibles de permettre le type de représentation identitaire que craint le professeur Johnson sont diverses formes de proportionnalité impliquant la création de vastes circonscriptions plurinominales peu compatibles avec le rôle d'ombudsman que la juge McLachlin reconnaît au député. De ce point de vue, sa décision dans le *Renvoi sur les circonscriptions de la Saskatchewan* semble plutôt mener à une constitutionnalisation des circonscriptions uninominales ou binominales que nous connaissons. Si cela devait être le cas, les moyens de réaliser l'idéal d'une représentation de la mosaïque sociale se trouveraient ainsi sérieusement limités.

Le droit à la représentation effective peut cependant être conçu, plus modestement, comme objection à un découpage électoral qui viserait à minimiser le poids politique d'un groupe particulier, soit par un découpage inégalitaire, soit par le moyen de tracés diluant ou concentrant délibérément le vote de ce groupe. À cet égard, la jurisprudence américaine, compte tenu des adaptations nécessaires au contexte canadien, peut s'avérer un précieux guide. Ainsi, il est clair, à moins d'abandonner le mode de représentation que l'on connaît, que les critères de population et de concentration géographique établis par l'arrêt *Thornburg*¹⁵⁴⁹ devront être maintenus ici —bien que l'on puisse envisager une application plus souple du critère démographique— de façon à ce qu'un groupe qui se présente comme une diaspora ne puisse se plaindre du fait que son pouvoir électoral se trouve dilué. Il est également axiomatique que le groupe au nom duquel la plainte est formulée doit pouvoir établir une certaine communauté d'intérêts politiques au sens large. Toutefois, le groupe devra-t-il, comme le requiert l'arrêt *Thornburg*, démontrer une cohésion politique partisane, ou suffirait-il d'établir que le groupe a, en raison des caractéristiques qui le définissent, des intérêts politiques distinctifs qui transcendent les clivages partisans?

La seconde hypothèse se fonde sur la reconnaissance d'un droit à la représentation conceptuellement distinct du droit de vote et implique qu'un groupe, même divisé au plan de son vote, a droit de constituer une unité électorale représentée en assemblée. Cette approche mènerait à exiger des législatures et du Parlement un découpage de la carte électorale tel que chaque "communauté d'intérêts" suffisamment concentrée géographiquement se voit attribuée un circonscription. Bien qu'il soit, à mon avis, légitime pour l'État de tenter de refléter ainsi

¹⁵⁴⁹*Supra*, pp. 412 et suiv..

les divers intérêts sociaux, il apparaît impossible de lui imposer une semblable obligation constitutionnelle.

L'"alternative" consiste alors, plus modestement, à voir dans le droit à la représentation effective une prohibition à l'utilisation du découpage électoral comme moyen d'étouffer la voix politique d'une communauté. Dans cette optique, pour être recevable, la plainte devra établir un certain nombre d'éléments supplémentaires. Premièrement, elle devra pouvoir démontrer que la communauté en cause constitue une unité suffisamment cohésive au plan politique pour constituer une majorité victorieuse au sein d'une circonscription. C'est là le second critère de l'arrêt *Thornburg* examiné précédemment¹⁵⁵⁰. Elle devrait aussi, à mon avis, faire la preuve —de façon directe ou indirecte— que le découpage contesté a été effectué *avec l'intention* de diluer l'impact électoral du vote exprimé par ce groupe¹⁵⁵¹. Cette exigence supplémentaire équivaut à invoquer le fardeau plus lourd de l'arrêt *City of Mobile c. Bolden*¹⁵⁵², et qui a entraîné les modifications de 1982 au *Voting Rights Act*. On pourrait également en venir à reconnaître, en l'absence de preuve d'intention discriminatoire, qu'une violation du droit à la représentation effective est établie lorsque la carte électorale perpétue une situation de discrimination systémique, c'est-à-dire une absence chronique de voix politique.

Il ne serait toutefois pas opportun de tenter de solutionner ainsi, au préalable, l'ensemble des problèmes susceptibles d'émerger du découpage de la carte électorale. En ce domaine, prudence et modestie sont de mise. Indépendamment des diverses réserves que j'ai fait valoir à l'égard de la décision de la Cour suprême dans l'affaire de la Saskatchewan, la principale erreur de la Cour, à mon humble avis, est d'être allé au-delà de ce qui était requis pour trancher la question qui lui était soumise. Ce faisant, elle a présenté une solution aux allures de panacée, mais qui s'avère, à l'examen, inadéquate pour appréhender l'écheveau de problèmes afférents à la carte électorale. Le tableau n'est pourtant pas entièrement négatif. L'effort d'éviter un formalisme excessif et une conception de la représentation axée trop

¹⁵⁵⁰*Supra*, p. 413.

¹⁵⁵¹L'absence d'une telle exigence entraînerait en effet un droit à la représentation proportionnelle de tous les groupes suffisamment compacts géographiquement. On a vu les difficultés que soulèvent aux États-Unis la reconnaissance d'un tel droit, même lorsque limité aux groupes raciaux minoritaires. Or, si la situation politique déplorable des minorités raciales américaines peut justifier une mesure de cet ordre, malgré les difficultés qu'elle comporte, tel ne semble pas être le cas au Canada.

¹⁵⁵²Précité, note 1355.

exclusivement sur les idéaux du modèle de l'égalité procédurale m'apparaît bien fondé, reflétant à ce chapitre les oscillations de la tradition politique canadienne. Ce faisant, il m'apparaît également important de reconnaître les difficultés pratiques et les dangers associés à l'approche téléologique/pluraliste. Dans cette optique, la tendance qui semble se dessiner en jurisprudence et qui consiste à aborder les dérogations à l'égalité formelle non pas comme une exigence constitutionnelle, mais plutôt comme une dérogation potentiellement légitime au droit de vote, m'apparaît des plus sages.

Conclusion

Au chapitre des idées politiques, la démocratie et la légalité constituent sans doute les deux principaux piliers de la modernité. Leur conjugaison, on le sait, n'est pourtant pas aisée: «le gouvernement du peuple par le peuple» et «le gouvernement des lois, et non des hommes», suivant leur formulation classique, présentent à leur face même une certaine contradiction. Si la présente étude du contrôle judiciaire du droit électoral sous le régime de la *Charte canadienne* n'avait pas pour ambition d'explorer l'ensemble des rapports entre ces deux idéaux, elle impliquait néanmoins qu'ils y occupent la place centrale.

À cet égard, l'exposé historique présenté en première partie a permis de souligner le rôle de ces idéaux dans les transformations du parlementarisme survenues au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècles. En Angleterre comme au Canada, l'éclosion d'un discours démocratique et l'extension progressive du suffrage sur une base égalitaire ont alors permis au Parlement d'asseoir son autorité sur la base du mandat populaire. Mais c'est surtout la question de la légalité de ce mandat qui a retenu notre attention. On a vu que l'autonomie du Parlement et, en particulier, de la Chambre basse à l'égard des autres branches de l'État avait été au préalable une condition essentielle de l'avènement de la souveraineté Parlementaire. On a vu, aussi, comment cette autonomie, acquise successivement en Angleterre et au Canada, en était venue à constituer au XIX^{ème} siècle un obstacle à l'établissement d'une légitimité démocratique. Pour maintenir et justifier son hégémonie, l'institution parlementaire a dû non seulement mettre en place une procédure électorale permettant l'expression démocratique de la volonté populaire, mais aussi renoncer progressivement à son autonomie de façon à assurer la légalité de son mandat par l'intervention de tiers, et notamment des tribunaux.

L'idéal moderne de légalité, comme je l'ai suggéré dans mon analyse, formule l'exigence d'une contrainte normative extérieure à la fois aux sujets de droits et aux instances chargées de son application. L'examen des transformations du droit électoral a permis de mettre en lumière l'implantation de cet idéal. Il a aussi, et peut-être surtout, permis de montrer comment l'emprise judiciaire désormais rendue possible par l'article 3 de la *Charte*, tout en marquant une rupture significative dans les rapports institutionnels entre les tribunaux et la Chambre basse, se présente dans la continuité de l'évolution convergente, au sein de la modernité, de l'idéal démocratique et de l'idéal de légalité.

Si le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des règles électorales apparaît aujourd'hui problématique, c'est avant tout parce que les prémisses fondationnelles qui sont à la base de ces idéaux sont désormais contestées. Cette contestation, qui est au coeur de ce qu'on appelle généralement la postmodernité, s'articule ici comme suit: à partir du moment où on rejette «l'idée fondationaliste d'essences immuables qui définissent en permanence les différentes identités de nos objets et de nos concepts»¹⁵⁵³ au profit du point de vue selon lequel «de telles idées sont le produit d'un mode de saisie perspectiviste et de pratiques linguistiques révisables, et qu'elles sont donc toujours susceptibles de réinterprétation»¹⁵⁵⁴ —c'est-à-dire que l'on reconnaît, d'une part, que la démocratie ne possède pas d'«atomes fondamentaux», de qualités «essentielles» la plaçant à l'abri des conceptions contingentes, et que, de la même manière, la loi ne possède pas de signification objective qui soit accessible à l'interprète— , *que peut-on alors espérer des idéaux modernes que sont la démocratie et la légalité?*

C'est à cette question, posée au départ de ma démarche, que je voudrais répondre ici. D'une certaine manière, la réponse à cette question est d'une simplicité désarmante et qui ne manquera pas de heurter ceux qui se complaisent dans un certain scepticisme. D'un point de vue pragmatiste, cette réponse est, avec certaines réserves que j'exprimerai plus loin, «la même chose qu'auparavant». C'est aussi, en définitive, la réponse exprimée par Stanley Fish lorsqu'il écrit:

*«Once a pragmatist account of the law (or anything else) has shown that practice is not after all undergirded by an overarching set of immutable principles, or by an infallible and impersonal method, or by a neutral observation language, there isn't anything more to say (...). Indeed, if you take the antifoundationalism of pragmatism seriously (...) you will see that there is absolutely nothing you can do with it»*¹⁵⁵⁵.

Cela ne veut pas dire opter pour la catatonie. Cela signifie, au contraire, que l'absence de fondements ultimes, que ce soit dans le domaine du droit ou dans un autre domaine, est sans réelle conséquence pour celui qui argumente en faveur d'une position, et que, comme l'a

¹⁵⁵³R. SHUSTERMAN, *op. cit.*, note 488, p. 45.

¹⁵⁵⁴*Idem.*

¹⁵⁵⁵S. FISH, «Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty and Ronald Dworkin», dans *op. cit.*, note 411, p. 200, à la p. 215.

souligné Dworkin, celui ou celle qui tente de réfuter une position simplement en invoquant l'absence radicale de tout fondement possible se disqualifie lui-même. Le point n'est pas que toute cette réflexion théorique est futile, mais que, poussée à bout, elle fournit au contraire de solides raisons de ne pas écarter certains idéaux modernes, et notamment l'idéal de légalité. C'est cette conclusion que je souhaite défendre ici, en rappelant d'abord la perspective herméneutique que j'ai faite mienne dans la première partie de mon analyse.

Exposant le point de vue de l'herméneutique, Richard Shusterman écrit: «[L]e but que nous poursuivons dans l'interprétation n'est pas d'exhumer et de décrire le sens objectivé, préalablement enfoui avec soin par l'auteur dans le texte, mais plutôt *de développer et de communiquer une réponse sensée*»¹⁵⁵⁶. Comprendre un texte (ou tout autre chose) signifie apporter une réponse à la question: de quelle manière ce texte ou cet objet peut-il avoir une signification qui semble la plus cohérente avec un ensemble contextuel plus large? Mais, dès lors, un second problème surgit. Car si ce «contexte plus large» n'est pas une donnée objective immédiatement accessible, il doit lui-même être compris et interprété, et on semble alors tomber dans une régression infinie. La réponse pragmatique avancée par Shusterman à ce problème séculaire des fondements est que, dans la vie réelle (par opposition à la vie du philosophe en quête de fondements), notre existence nous fournit des points d'ancrage qui nous apparaissent suffisamment solides pour guider notre quête du sens.

Shusterman fait à cet égard une distinction entre l'interprétation consciente, volontaire, et la compréhension qui nous apparaît immédiate, dépourvue d'effort conscient pour donner un sens. Cette distinction est toutefois, de l'aveu même de l'auteur, une distinction pragmatique, et non ontologique¹⁵⁵⁷. Indépendamment de ses efforts pour se distinguer de Gadamer sur ce point, sa démarche conduit, selon moi, à reconnaître avec Gadamer que toute compréhension est une interprétation qui requiert certains *préjugés* —que Shusterman situe «sous l'interprétation»—, disponibles du fait de notre inscription dans une certaine tradition (langagière, morale, culturelle, politique, religieuse)¹⁵⁵⁸. Gadamer souligne néanmoins, à

¹⁵⁵⁶R. SHUSTERMAN, *op. cit.*, note 488, p. 13. Les italiques sont ajoutés.

¹⁵⁵⁷*Idem*, pp. 52-53.

¹⁵⁵⁸Shusterman écrit ainsi, de façon similaire:

«S'il n'y a pas de nécessités logiques dans notre monde, il s'y trouve tout de même des probabilités qui constituent une certitude pratique; *s'il n'y a pas d'essences fondationnelles, il s'y trouve tout de même des normes historiques (modifiables et*

juste titre, que cette tradition n'est elle-même pas accessible de façon non interprétée, qu'elle nous est acquise, en tant qu'individus, par le médium d'une existence singulière, et qu'elle n'est donc jamais parfaitement identique, que ce soit pour deux individus ou pour un même individu à deux moments différents. En particulier, l'acte d'interprétation qui fait appel à la tradition implique une certaine compréhension (consciente ou inconsciente) de la tradition. Ainsi, l'interprétation n'est pas seulement un acte créateur qui porte sur un objet interprété de manière à lui fournir une signification cohérente avec la tradition, c'est aussi un acte par lequel la tradition est elle-même interprétée de manière à satisfaire notre besoin de compréhension dans un contexte particulier. Pour Gadamer comme pour Shusterman, il existe néanmoins bel et bien un moment de clôture, que l'on constate lorsqu'on a le «sentiment d'avoir compris», qui est le sentiment d'un équilibre cohérent. Cette idée de cohérence appelle alors certaines remarques portant, d'une part, sur la notion de «réponse correcte» et ses rapports avec l'idéal de légalité, et, d'autre part, sur la notion de tradition.

De la perspective herméneutique brossée à grands traits ci-dessus, il ressort clairement qu'une interprétation particulière défendue comme correcte ne pourra jamais être objectivement avérée. Peut-on alors encore parler d'une réponse «correcte», ou ne faut-il pas plutôt admettre que la pluralité de perspectives conduit inévitablement à une pluralité de sens? Si tel est le cas, que reste-t-il alors de l'idée de légalité comme soumission à une règle? À cette question il faut, je pense, apporter trois éléments de réponse complémentaires.

Premièrement, il faut rappeler le fait (somme toute banal mais néanmoins important), que la notion de «réponse correcte» constitue d'abord un postulat *a priori* et inéluctable de l'activité interprétative. S'il est vrai qu'on ne peut en faire la confirmation *a posteriori* parce qu'on ne dispose pas d'une position non contingente susceptible d'en garantir l'objectivité, on ne peut non plus, pour le même motif, la réfuter. Mais surtout, l'idée de réponse correcte constitue une condition de l'acte d'interprétation, en ce sens que c'est le postulat que l'objet interprété *a une signification*, un postulat que nous faisons tous dès lors que nous regardons autour de nous et essayons de comprendre.

On reconnaîtra sans doute que certains objets (en particulier certaines oeuvres d'art) ou certains textes se caractérisent par le fait même qu'ils sont ouverts à une pluralité de

contestables en tant que telles) qui structurent et règlent nos pratiques linguistiques et sociales, servant ainsi, pour ainsi dire, d'essences relatives historicisées» (Idem, p. 46. Les italiques sont ajoutés).

significations et semblent s'opposer à l'idée de réponse correcte même comme hypothèse *a priori* de l'interprétation. Ainsi les paroles de sagesse confucéenne apparaissent-elles profondément polysémiques. Cela signifie simplement que leur signification dépend du contexte dans lequel nous nous trouvons lorsque nous faisons appel à elles et qu'il est futile de tenter d'en arrêter définitivement le sens. Cela n'est toutefois pas propre à une catégorie particulière d'objet ou de textes. Nous nous retrouvons néanmoins constamment dans la situation où nous devons interpréter les objets, les textes ou les paroles qui se présentent à nous, où nous devons choisir parmi les significations possibles celle qui apparaît la plus «sensée». Interpréter, c'est faire l'hypothèse qu'un tel choix est possible¹⁵⁵⁹.

Cela amène ma deuxième remarque, liée à l'affirmation suivant laquelle l'interprétation est indissociable de l'application. On reconnaît que, malgré la pluralité de perspectives conduisant à des interprétations diverses, la contingence de notre rapport au monde signifie que chacun d'entre nous, lorsqu'il s'agit de comprendre le sens d'un objet ou d'un texte, se trouve singulièrement situé. Cela ne veut toutefois pas dire que l'interprète dispose d'une position univoque et immuable qui lui permet à chaque fois une compréhension non problématique ou immédiate, mais que, venant le temps d'arrêter une compréhension, c'est-à-dire d'opter pour une interprétation qui apparaît comme étant la meilleure, l'interprète doit se «positionner» et ainsi se trouver à défendre non seulement une signification mais, en même temps, une perspective particulière dans son rapport à l'objet interprété. Or, cette «non ubiquité» de l'interprète (qui est simplement la négation de la perspective éclairée), loin d'être un obstacle à l'interprétation, est la condition par laquelle une réponse à un problème d'interprétation peut être comprise comme «correcte». Ainsi, si interpréter signifie, pour reprendre le terme de Shusterman, fournir une réponse «sensée» à une question de signification, répondre à celui qui défend une interprétation que celle-ci est «relative», qu'elle tient à la perspective particulière qui est la sienne, n'affecte en rien sa position. Non seulement y a-t-il une différence importante entre le fait de reconnaître que nous sommes condamnés à argumenter de façon contingente et l'affirmation sceptique à l'effet que les interprétations sont relatives *et donc d'égale valeur*, mais les deux propositions sont parfaitement antinomiques pour celui ou celle qui cherche à défendre une interprétation.

Si on devait s'arrêter là, on serait sans doute enclin à conclure à un relativisme radical. Pourtant, on ne peut nier que notre existence commune est caractérisée par un certain nombre

¹⁵⁵⁹Voir à cet égard les propos de Gary Madison, *supra*, note 508.

d'accords intersubjectifs qui nous permettent de communiquer entre nous et de nous entendre (dans les deux sens du terme), du moins jusqu'à un certain point. Comme je l'ai souligné dans la première partie de ma thèse, cette entente est possible du fait que, au-delà de la singularité de notre rapport au monde, notre appartenance à une certaine tradition fournit des éléments de savoir (moral, politique, religieux, langagier) suffisamment partagés de façon intersubjective pour permettre de combler, de façon pragmatique, notre besoin de fondements¹⁵⁶⁰. Il est vrai que cette tradition n'a pas un caractère monolithique, qu'elle est constituée d'un écheveau d'éléments (cela est clairement illustré par l'examen que j'ai fait des perspectives procédurale et téléologique qui traversent notre tradition démocratique) constamment réinterprétés et enrichis par des apports nouveaux. Cela implique simplement que les accords que l'on peut espérer seront sans doute partiels, et nécessairement précaires, c'est-à-dire constamment sujets à révision. Mais si un consensus en tous points n'est clairement pas envisageable, notre expérience quotidienne nous démontre non seulement qu'une discussion est souvent possible, mais aussi que des points d'accord peuvent émerger de sorte qu'une réponse à une question interprétative peut ainsi non seulement nous apparaître comme «sensée», mais aussi être communiquée et reconnue comme telle.

Ces trois éléments, c'est-à-dire un postulat *a priori* de sens, une perspective contingente et donc contextuée, et le partage d'une certaine tradition commune fournissant le substrat d'un accord intersubjectif, ne permettent certainement pas d'assurer la véracité objective des significations que nous imputons aux choses. Ils nous permettent toutefois d'avancer, de communiquer et de nous entendre provisoirement sur leur cohérence. D'un point de vue pragmatiste, c'est là tout ce dont nous avons besoin pour donner un sens à la notion de «réponse correcte» qui permette de distinguer l'acte interprétatif de l'acte par lequel quelqu'un stipulerait simplement, de façon arbitraire, une signification. Mon argument est simplement que c'est également tout ce dont nous avons besoin pour soutenir l'idée de légalité à l'encontre du scepticisme.

¹⁵⁶⁰Cela n'est, par ailleurs, pas un simple «heureux hasard» que le pragmatisme récupère avec soulagement, mais plutôt la conséquence inévitable des conditions de notre existence humaine, c'est-à-dire du fait que nous nous définissons de même que nous définissons les objets qui nous entourent à travers un rapport dialogique avec autrui. Notre identité, le sens que nous donnons aux objets les plus simples de même qu'aux valeurs constitutives de notre conception du bien sont, comme le langage qui les exprime, le reflet de notre existence commune.

L'idéal de légalité, tel qu'il se présente à nous, implique au premier chef que la fonction du juge est une fonction interprétative et non une fonction stipulative¹⁵⁶¹. En autant que nous, en tant que communauté, adhérons à cet idéal, la légitimité de l'oeuvre du juge est d'abord fonction de ce que cette dernière se présente et est reconnue comme fidèle à l'idéal de légalité. Cela implique non pas un accès à la vérité objective du texte, mais une obligation performative de construire un sens qui s'appuie sur une compréhension intersubjective de la tradition, non seulement juridique, mais aussi politique et morale, qu'il partage avec la communauté dans laquelle il s'inscrit¹⁵⁶². C'est dans cette perspective que j'ai voulu, en conclusion de la première partie, tenter de dégager ce qui m'est apparu comme les deux grands axes de notre tradition démocratique, c'est-à-dire les conceptions procédurales et téléologiques de la démocratie parlementaire.

À cet égard, le fait que notre tradition ne présente pas, en particulier dans le contexte du pluralisme croissant de notre société, un caractère monolithique ou immuable, implique sans doute que l'établissement d'accords intersubjectifs sera nécessairement problématique. Dire que la légitimité des interprétations judiciaires est fonction du degré d'accord intersubjectif qu'elles réussissent à engendrer signifie, dans ce contexte, que leur légitimité sera presque toujours partielle et précaire. Mais l'idéalisme et la naïveté ne consistent-ils pas précisément à croire qu'il puisse en être autrement?

Reconnaître le droit comme construit intersubjectif, avec toute la précarité que cela sous-entend, c'est toutefois reconnaître qu'il existe une différence significative entre l'acte d'interprétation comme recherche de signification cohérente et l'acte de stipulation. Cette

¹⁵⁶¹C'est précisément cet axiome de notre tradition juridique qui est mis en cause —et par le fait même mis en lumière— par la proposition iconoclaste suivant laquelle «la Constitution c'est ce que les juges de la Cour suprême disent qu'elle est».

¹⁵⁶²Il y a certainement une différence dont on doit tenir compte entre le juge qui «n'agit pas comme juge» et celui qui est reconnu comme mauvais juge. Pour un juge, être fidèle à l'idéal de légalité («agir comme juge») implique, à tout le moins, que la signification particulière qu'il donne à une règle puisse, dans le contexte de notre tradition, apparaître comme une interprétation plausible et non une stipulation arbitraire, c'est-à-dire comme une tentative sincère de dégager la «meilleure interprétation». Mais, manifestement, le juge qui ne dépasse jamais ou rarement ce seuil minimal et dont les interprétations sont le plus souvent perçues comme erronées sera non seulement reconnu comme mauvais juge, mais pourra être soupçonné de ne pas «agir comme juge». Sans doute ne faut-il donc pas placer ici de démarcation trop nette entre celui qui est perçu comme mauvais juge et celui dont on dit qu'il n'agit pas comme juge.

différence significative est que l'acte d'interprétation auquel se prête le juge lorsqu'il prétend à l'idéal de légalité constitue simultanément un appel au sens commun et une ouverture à la critique (deux éléments qui sont parfaitement étrangers à l'acte de stipulation). Le juge qui prétend interpréter et non stipuler (et qui s'affiche publiquement comme tel) émet une prétention à la validité des interprétations qu'il propose et renonce du même coup à une autorité absolue. Cette ouverture à la critique implique que le droit dépasse la volonté de l'interprète, qu'il est d'une certaine manière, «extérieur» à lui, non pas au sens fort qui sous-tend la perspective objectiviste, mais au sens plus faible de l'intersubjectivité, et qu'il repose ainsi sur l'appel à une quête de sens commun dont nous sommes les ultimes gardiens, et pour lequel nous sommes collectivement responsables.

En analysant les différentes questions soulevées par la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité, j'ai tenté de mettre en lumière la façon dont l'interprétation de ce droit amène non seulement à faire appel à diverses facettes de notre tradition juridique et politique, mais aussi à en confronter certains aspects avec d'autres, et à en forcer ainsi la critique. Le second volet de ma thèse visait ainsi à voir comment la tentative d'application d'une norme *a priori* fort simple («Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales») ouvre tout grand la porte du placard de nos engagements politiques et moraux, révélant parfois leur puissance normative et leur force mobilisatrice mais aussi, souvent, leur fragilité, leurs contradictions et, par là même, notre obligation de choisir ou de les repenser.

Pour ne rappeler ici que quelques exemples, la question du suffrage universel nous a d'abord obligé, avec le problème de l'exclusion des étrangers, à faire face aux rapports conflictuels entre les idées de souveraineté nationale et de souveraineté populaire, et à nous positionner sur la valeur contemporaine de ces idéaux pour la procédure démocratique. De même, le problème des exclusions fondées sur la capacité mettait en cause la dimension volontariste de notre tradition politique en la confrontant aux idéaux de respect pour la dignité et de tolérance (une confrontation dont on a vu qu'elle pouvait fort bien déboucher sur une solution relevant davantage du compromis que d'une stricte cohérence). S'agissant ensuite du droit d'éligibilité, on a vu, notamment, comment l'égalité d'accès aux charges électives pouvait heurter tantôt la liberté des partis et même des électeurs (qu'on pense aux «quotas» relatifs au sexe des candidats), tantôt la volonté d'assurer une certaine stabilité politique

associée au maintien de quelques grands partis. Enfin, le problème de la carte électorale a mis en lumière les tensions fondamentales entre l'individualisme libéral qui sous-tend les revendications pour une égalité numérique des circonscriptions et le pluralisme identitaire qui, au nom d'une égale sollicitude, demande à ce que la représentation politique reflète la diversité de notre mosaïque sociale.

Face à ces questions, l'interprétation des exigences constitutionnelles relatives au droit de vote et d'éligibilité implique des choix qui, s'ils s'appuient sur la tradition, exigent en même temps qu'elle soit mise en cause, réappropriée et transformée. Les choix que nous faisons aujourd'hui à cet égard ne sont pas les mêmes qu'hier et différeront encore demain. La *Charte* ne garantit pas la pérennité de nos interprétations, mais plutôt, par l'idéal de légalité qui la sous-tend, elle implique que ces interprétations soient explicitées et que leurs fondements soient mis à nus et offerts à la critique. Il faut reconnaître que cela n'exclut en rien la domination, puisque les juges sont appelés à choisir et à imposer des interprétations qui ne sont pas celles de tous. Mais cela place à tout le moins la domination sous le sceau de la précarité.

On sera peut-être enclin à voir là la marque d'un certain idéalisme naïf. Après tout, comment nier que des juges, issus d'un certain milieu, mus par des engagements politiques et des intérêts personnels, puissent habiller leurs conclusions de justifications qui ont peu à voir avec leurs motifs véritables? Leur discours, incluant celui de la légalité, n'est-il pas un simple masque?

Il faudrait sans doute bien peu d'efforts pour présenter une lecture «réaliste» des diverses décisions dont l'analyse du droit de vote m'a amené à faire état. Un examen superficiel ne manquerait pas de faire ressortir le fait que les tribunaux semblent s'être rangés le plus souvent du côté du pouvoir établi. Sous la tyrannie des Stuart en Angleterre comme sous le gouvernement de Craig au Bas-Canada, les juges ont pris le parti de l'Exécutif (qui était souvent leur propre parti). Et lorsque le vent a tourné au profit des élus, les tribunaux ont su emboîter le pas, se faisant désormais les apôtres de l'autonomie parlementaire. La jurisprudence sous la *Charte* ne manque pas non plus d'occasions permettant de souligner le caractère «politique» des décisions. La Cour d'appel de l'Alberta n'a-t-elle pas refusé de déclarer invalide une carte qui ne répondait pourtant à aucune des exigences constitutionnelles

qu'elle avait formulées, préférant, de son propre aveu, ne pas créer une crise politique¹⁵⁶³? On serait tenté d'expliquer de façon similaire la décision de la Cour d'appel du Québec refusant d'écarter un régime de remboursement des dépenses d'élection favorable aux grands partis en place¹⁵⁶⁴. Et le jugement majoritaire dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*¹⁵⁶⁵ montre peut-être, au-delà du discours pluraliste susceptible d'exercer une certaine séduction, un désir de laisser aux élus une latitude maximale dans l'aménagement de la carte électorale.

Il y a, très certainement, lieu d'être vigilants. Cela veut dire examiner avec soin les motifs que nous fournissent les juges, se montrer critique, pointer du doigt les incohérences ou les aspects qui nous paraissent inacceptables, et défendre les vues qui nous semblent préférables. C'est aussi ce que j'ai tenté de faire en insistant, par exemple, sur l'idéal démocratique de réciprocité, de préférence à celui de souveraineté nationale, pour justifier que l'on admette la participation de tous ceux qui sont domiciliés sur le territoire, incluant les étrangers; en dénonçant plus loin ce qui m'apparaissait être les contradictions entre le régime d'allocation du temps d'antenne aux partis, ou encore le régime de remboursement des dépenses d'élection, et l'idéal égalitaire au nom duquel ces régimes sont parfois défendus; en soutenant, enfin, que les dérogations à l'égalité formelle dans le découpage de la carte électorale, si elles peuvent être acceptées, doivent néanmoins l'être avec précaution, en demandant des justifications ponctuelles.

De façon plus générale, ma position a été de défendre une interprétation du droit de vote et d'éligibilité fondée sur le principe de l'égalité procédurale et reflétant, de ce point de vue, une perspective libérale qui porte la marque de la modernité. Mais j'ai aussi insisté pour reconnaître la possibilité —voire dans certains cas la nécessité— de certains écarts à l'égalité procédurale afin d'assurer aux divers segments de notre société une participation politique plus effective. Dans cette optique j'ai suggéré qu'on devait, dans l'interprétation de l'article 3 de la *Charte*, résister à la tentation d'inclure à même le droit garanti l'ensemble des considérations démocratiques jugées pertinentes ou souhaitables. À cet égard, tant la

¹⁵⁶³Voir l'affaire *Reference re Electoral Divisions Statute Amendment Act*, précité, note 1533, discuté aux pp. 472 et suiv.

¹⁵⁶⁴Voir l'affaire *Barette et Payette c. Canada*, précitée, note 1190, discutée aux pp. 359 et suiv.

¹⁵⁶⁵Précité, note 7.

cohérence interprétative que la tradition de retenue des tribunaux face au processus politique apparaissent mieux servis par une lecture plus modeste de la *Charte* qui réserve à l'article premier les considérations de nature téléologique liées, par exemple, à la stabilité gouvernementale ou encore, dans une perspective pluraliste, au souci d'assurer une représentation de la diversité sociale.

Faire cela c'est cependant reconnaître, du même souffle, que toutes les interprétations ne sont pas d'égale valeur, et donc que le scepticisme rencontre ses propres limites. C'est aussi reconnaître que les juges qui se placent sous l'étendard de la légalité ne sont pas entièrement libres de faire ce qu'ils veulent; que, prétendant interpréter, ils sont tenus de justifier, et que les motifs qu'ils invoquent à l'appui de leurs décisions demandent à être pris au sérieux parce que, quels que soient les «raisons véritables» qu'on peut être enclin à imputer aux décisions des tribunaux, ceux-ci n'ont, *dès lors qu'ils prétendent à la légalité*, d'autre légitimité que celle qu'ils revendiquent par les justifications qu'ils avancent au soutien de leurs interprétations.

J'ai suggéré plus haut qu'on ne saurait voir dans l'antifondationalisme un obstacle au maintien de l'idéal moderne de légalité. Cette affirmation appelle toutefois certaines réserves. Car, contrairement aux espoirs utopiques qu'on a pu parfois vouloir fonder sur cet idéal¹⁵⁶⁶, il faut reconnaître qu'il ne garantit ni la justice sociale, ni l'objectivité du droit, ni la fin de la domination. Si on admet désormais l'absence de fondements ultimes, si on reconnaît que les textes sont dépourvus de transparence et que les interprétations sont dépendantes des préférences et des choix de valeurs de l'interprète, on doit alors reconnaître une certaine dose de scepticisme qui justifie les efforts déployés par plusieurs pour soulever le «masque d'objectivité»¹⁵⁶⁷. De même, le renoncement à une vérité du texte qui transcenderait les particularismes et la contingence de l'acte d'interprétation nous engage à faire preuve d'ouverture et à reconnaître avec modestie la précarité des convictions morales et politiques qui sous-tendent nos interprétations. Ce sont là, sans aucun doute, des réserves significatives apportées à l'idéal moderne de légalité. Mais on ne peut s'arrêter là. Le renoncement à une vérité absolue ne nous dégage pas du fardeau de donner une signification à nos actions, à nos pratiques sociales et aux règles qui permettent notre coexistence. Si ces règles n'ont pas de signification en elles-mêmes, on doit néanmoins se demander quelle signification elles ont

¹⁵⁶⁶Voir à cet égard J. RAZ, *op. cit.*, note 396, pp. 210 et suiv.

¹⁵⁶⁷Voir: M. GOLD, *loc. cit.*, note 549.

pour nous. Doit-on impérativement exclure les étrangers du scrutin au nom de la souveraineté nationale? L'égalité d'accès aux charges électives justifie-t-elle des restrictions à la liberté des partis? À ces questions comme à tant d'autres, la *Charte* n'offre elle-même aucune réponse. Elle implique toutefois que ces questions ne peuvent être simplement ignorées, qu'elles *exigent* des réponses. Il nous incombe alors d'en avancer, de les défendre, d'argumenter, de critiquer. Refuser d'engager le débat sur ce terrain au nom d'un scepticisme plus radical, ce n'est pas se «libérer» de la domination exercée par les tribunaux, c'est abandonner toute emprise sur leurs décisions.

TABLE DE LA LEGISLATION

Documents internationaux

Convention sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local, CONSEIL DE L'EUROPE, *Conventions et accords européens*, vol. VI, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993, p. 155.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 999 (1976), p. 187.

Traité instituant la Communauté européenne, Journal officiel des communautés européennes, 31 août 1992, n° c224.

Textes constitutionnels

Acte constitutionnel de 1791, 31 Geo. III, R.-U., c. 3.

Acte de l'Amérique du Nord Britannique (1946), 9-10 Geo. VI, R.-U., c. 63.

Acte de l'Amérique du Nord Britannique, S.C. 1952, 1 Eliz. II, c. 15.

Acte de l'Amérique du Nord britannique (1949), 13 Geo. VI, R.-U., c. 81.

Acte d'Union (1840), 3-4 Vict., R.-U., c. 35.

An Act to amend so much of an Act of the thirty first Year of His late Majesty, as relates to the Election of Members to serve in the Legislative Assembly of the Province of Upper Canada (1826), 7 Geo. IV, R.-U., c. 68.

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

Constitutional Amendment Act (1830), 1 Guill. IV, R.-U., c. 53.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

Loi constitutionnelle de 1915, 5-6 Geo. V, R.-U., c. 45.

Loi constitutionnelle de 1974, S.C. 1974-75-76, 23 Eliz. II, c. 13.

Loi constitutionnelle de 1982, [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11.

Loi constitutionnelle de 1985, S.C. 1986, c. 8.

Proclamation Royale de 1763, L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

Textes fédéraux

Acte à l'effet d'abroger l'Acte du cens électoral et de modifier de nouveau l'Acte des élections fédérales, S.C. 1898, c. 14.

Acte concernant le cens électoral, S.C. 1885, c. 40.

Acte concernant l'élection des membres de la Chambre des communes, S.C. 1874, c. 9.

Acte des élections contestées, S.C. 1873, c. 28.

Acte des élections fédérales contestées, S.C. 1874, c. 10.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. L-2, mod. par L.R.C. (1985), c. 9 (1er supp.).

- Loi ayant pour objet de conférer le droit suffrage aux femmes*, S.C. 1918, c. 20.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6.
- Loi des électeurs militaires*, S.C. 1917, c. 34.
- Loi des élections en temps de guerre*, S.C. 1917, c. 39.
- Loi des élections fédérales*, S.C. 1920, c. 46.
- Loi électorale du Canada*, S. C. 1960, c. 39.
- Loi électorale du Canada*, S.C. 1969-70, c. 49.
- Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), c. E-2.
- Loi modifiant certaines lois relatives aux personnes handicapées*, L.C. 1992, c. 21.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1908, c. 26.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1919, c. 48.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1930, c. 16.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1948, c. 46.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1948, c. 46.
- Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, S.C. 1950, c. 35.
- Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 1993, c. 19.
- Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C. 1996, c. 35.
- Loi (n° 3) modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C. 1980-81-82-83, c. 164.
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, c. 15.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), c. C-29.
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.
- Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, S.C. 1964, c. 31.
- Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.R.C. (1985), c. E-3.
- Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-33.
- Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), c. P-1.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), c. F-27.
- Loi sur les dépenses d'élections*, S.C. 1973-74, c. 51.
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), c. N-1.
- Loi suspendant l'application de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.C. 1992, c. 25.
- Loi suspendant l'application de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.C. 1994, c. 19.

Textes provinciaux

1. Québec

Acte concernant l'élection des membres de l'Assemblée Législative de la Province de Québec, S.Q. 1874-75, 38 Vict., c. 7.

Acte abolissant la mort civile, S.Q. 1906, c. 38.

Acte des élections contestées de 1872, S.Q. 1872, c. 5.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Loi abrogeant la Loi 22 Georges V chapitre 20, communément appelée "Loi Dillon", S.Q. 1936, c. 9.

Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité, L.Q. 1940, c. 7.

Loi concernant l'élection des députés à l'Assemblée législative, S.Q. 1936, c. 8.

Loi de la Commission permanente de la réforme des districts électoraux, L.Q. 1971, c. 7.

Loi électorale, S.Q. 1903, c. 9.

Loi électorale, S.Q. 1936 (2ème session), c. 8.

Loi électorale, S.Q. 1945, c. 15.

Loi électorale, S.Q. 1963, c. 13.

Loi électorale, L.Q. 1979, c. 56.

Loi électorale, L.R.Q., c. E-3.3.

Loi électorale de Québec, S.Q. 1945, 9 Geo. VI, c. 15.

Loi électorale de Québec, S.Q. 1963, c. 13.

Loi modifiant la Loi des élections contestées, S.Q. 1931, c. 20.

Loi modifiant la Loi des élections de Québec, S.Q. 1954, c. 41.

Loi modifiant la loi électorale, S.Q. 1969, c. 13.

Loi modifiant la Loi électorale concernant la délimitation des circonscriptions électorales, L.Q. 1991, c. 48.

Loi modifiant la Loi électorale de Québec, S.Q. 1926, c.11.

Loi protégeant la province contre la propagande communiste, S.R.Q. 1941, c. 52.

Loi relative à l'élection des députés à l'Assemblée Législative, S.Q. 1895, c. 9.

Loi régissant le financement des partis politiques et modifiant la Loi électorale, L.Q. 1977, c. 11.

Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., c. C-64.1.

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., c. F-3.1.1.

Loi sur la représentation électorale, L.Q. 1979, c. 57.

Loi sur l'Assemblée Nationale, L.R.Q., c. A-23.1

Loi sur le financement des partis politiques, L.Q. 1975, c. 9.

Loi sur l'équité salariale, L.Q. 1996, c. 43.

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, L.R.Q., c. E-2.2.

Loi sur les substituts du procureur général, L.R.Q., c. S-35.

Loi modifiant la Loi des élections contestées, S.Q. 1931, c. 20.

Loi modifiant la loi électorale, L.Q. 1969, c. 13.

Loi protégeant la province contre la propagande communiste, S.R.Q. 1941, c. 52.

Loi régissant le financement des partis politiques et modifiant la Loi électorale, L.Q. 1977, c. 11.

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, L.R.Q., c. E-2.2.

2. Alberta

Election Act, S.R.A. (1980), c. E-2.

Electoral Boundaries Commission Act, S.A. 1990, c. E-4.01.

Electoral Boundaries Commission Amendment Act, S.A. 1983, c. 76.

The Electoral Divisions Statute Amendment Act, 1993, S.A. 1993, c. 2.

3. Colombie-Britannique

Constitution Act, R.S.B.-C. (1979), c. 62.

Constitution Amendment Act, S.B.-C. 1984, c. 12.

Election Act, R.S.B.-C. (1979), c. 103.

Election Act, S.B.C. 1995, c. 51.

Election Amendment Act, S.B.-C. 1982, c. 48.

4. Ile-du-Prince-Édouard

Election Act, S.R.I-P.-É. (1988), c. E-1.

5. Manitoba

Loi électorale, L.R.M. (1987), c. E-30.

Loi sur l'équilibre budgétaire, le remboursement de la dette et la protection des contribuables et apportant des modifications corrélatives, L.M. 1995, c. 7.

6. Nouveau-Brunswick

Loi électorale, L.R.N.-B. (1973), c. E-3.

7. Nouvelle-Écosse

Election Act, R.S.N.S., c. 140.

Reasonable Limits for Membership in the House of Assembly, S. N.-S., 1986, c. 104.

8. Ontario

Legislative Assembly Act, S.R.O. (1937), c. 12.

Legislative Assembly Extension Act, S.O. 1942, 6 Geo. IV, c. 24.

Loi de 1996 réduisant le nombre de députés, S.O. 1996, c. 28.

Loi électorale, L.O. 1984, c. 54.

Loi électorale, S.R.O. (1990), c. E.6.

Loi sur le financement des élections, S.R.O. (1990), c. E.7.

9. Saskatchewan

Election Act, R.S.S. (1978), c. E-6.

Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1.

Representation Act, S.S. 1989-90, c. R-20.2.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms Consequential Amendment Act, S.S. 1984-85-86, c. 38.

The Constituency Boundaries Commission Act, 1972, S.S. 1972, c. 18.

10. Terre-Neuve

The Charter of Rights Amendment Act, S.N. 1985, c. 11, art. 69.

Textes préconfédératifs

1. Bas-Canada

Acte privant Charles Bouc du droit d'éligibilité à l'Assemblée du Bas-Canada, S.B.-C. 1802, 42 Geo. III, c. 7.

Acte pour continuer certains Actes y mentionnés, S.B.-C. 1834, 4 Guill. IV, c 9.

Acte pour faciliter les Procédures sur les Élections contestées ou les Retours des Membres pour servir dans la Chambre d'Assemblée, S.B.-C. 1818, 58 Geo. III, c.5.

Un acte pour mieux préserver le gouvernement de Sa Majesté, Bas-Canada, S.B.-C. 1797, 37 Geo. III, c. 6.

Acte pour régler les procédures à l'égard des élections contestées, S. B.-C. 1808, 48 Geo. III, c. 21.

Acte pour régler la manière de procéder sur les contestations relatives aux Elections des Membres pour servir dans la Chambre d'Assemblée et pour révoquer certains Actes y mentionnés, S.B.-C. 1834, 4 Guil. IV, c. 28.

Un acte pour rendre les juges inhabiles à siéger dans la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada, S. B.-C. 1811, 51 Geo. III, c. 4.

2. Haut-Canada

An Act to secure and confer upon certain inhabitants of this Province the civil and political rights of natural born British Subjects, U.C.S. 1828, 9 Geo. IV, c. 21.

An Act to Continue and Amend the Law now in force for the Trial of Controverted Elections, U.C.S. 1828, 8 Geo. IV, c. 5.

An Act to revive and continue a certain Act passed in the Fourth Year of His late Majesty's Reign, entitled "An Act to repeal an Act passed in the Fourty-Fifth Year of His Majesty's Reign entitled 'An Act to regulate the Trials of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly, and to make more effectual provisions for such Trials'" and also, a certain other Act passed in the eight year of His Majesty's Reign entitled "An Act to continue and amend the Laws now in force for the Trial of Controverted Elections", U.C.S. 1833, 3 Guill. IV, c. 11.

An act to continue and make permanent a certain Act passed in the Fourth Year of the reign of King George the Fourth, entitled "An Act to repeal an Act passed in the Fourty-Fifth Year of His Majesty's Reign entitled 'An Act to regulate the Trials of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly, and to make more effectual provisions for such Trials'" and also, a certain other Act passed in the eight year of the Reign of King George the Fourth, entitled "An Act to continue and amend the Laws now in force for the Trial of Controverted Elections", U.C.S. 1839, 2 Vict., c. 8.

An Act to render the Judges of the Court of King's Bench in this Province independent of the Crown, U.C.S. 1834, 4 Guill. IV, c. 2.

An Act to repeal an Act passed in the Forty-Fifth Year of His Late Magesty's Reign entitled "An Act to Regulate the Trial of Controverted Elections, or Returns of Members to serve in the House of Assembly" and to make more effectual provisions for such Trials, U.C.S. 1824, 4 Geo. IV, c. 4.

3. Canada-Uni

Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pour amender, refondre et résumer en un seul Acte les diverses dispositions des statuts maintenant en vigueur pour régler les élections des membres qui représentent le peuple de cette Province à l'Assemblée Législative, S.C. 1849, c. 27.

Acte pour abroger l'Acte pour améliorer le mode d'obtenir les témoignages dans les affaires d'élections contestées, S.C. 1859, c. 11.

Acte pour abroger les divers Actes des Parlements du Bas et du Haut Canada maintenant en vigueur pour juger les contestations relatives aux élections parlementaires dans les deux sections de la province respectivement, et pour pourvoir par un Acte général à la manière de décider du mérite de toutes les pétitions relatives aux élections parlementaires, S.C. 1851, c. 1.

Acte pour améliorer le mode d'obtenir les témoignages dans les affaires d'élections contestées, S.C. 1857, c. 23.

Acte pour définir le Droit Électoral, pour pourvoir à l'inscription des Électeurs, et pour d'autres fins y mentionnées, S.C. 1858 c. 82.

Acte pour étendre la franchise électorale et mieux définir les qualifications de voteurs de certaines divisions électorales, en adoptant un système pour l'enregistrement des voteurs, S.C. 1853, c. 153.

Acte pour pourvoir à la liberté des Élections pour toute cette Province, et pour d'autres objets y mentionnés, S.C. 1842, c. 1.

Textes législatifs étrangers

1. Angleterre

Aliens Act (1844), 7 & 8 Vict., R.-U., c. 66.

An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and settling the Succession of the Crowne (1989), 1 Guill. et Marie, R.U., c.2.

An Act enlarging the time of Continuance of Parliaments(1715), 1 Geo. I, R.-U., c. 38.

An Act for naturalizing such foreign Protestants and others therein mentionned, as are settled or shall settle, in any of His Majesty's Colonies in America (1740), 13 Geo. II, R.-U., c. 7.

An Act for the frequent meeting and calling of Parliaments (1694), 6-7 Guill. et Marie, R.-U., c. 2.

An Act for the further Limitation of the Crown and Better Securing of the Rights and Liberties of the subject (1701), 12 & 13 Guil. III, R.-U., c. 2.

An Act to amend so much of an Act of the thirty first Year of His late Majesty, as relates to the Election of Members to serve in the Legislative Assembly of the Province of Upper Canada (1826), 7 Geo. IV, R.-U., c. 68.

An Act to Amend the Jurisdiction for the Trial of Election Petitions (1839), 2 & 3 Vict., R.-U., c. 38.

An Act to Amend the Law Relating to Procedure at Parliamentary and Municipal Elections (1872), 35-36 Vict., R.-U., c. 33.

An Act to amend the Laws relating to Aliens (1844), 7 & 8 Vict., R.-U., c. 66.

An Act to assimilate the franchise for men and women in respect to parliamentary and local government elections (1928), 18 & 19 Geo. V, R.-U., c. 12.

An Act to Consolidate and Amend the Laws Relating to Bribery, Treating, and Undue Influence at Elections of Members of Parliament (1854), 17&18 Vict., R.U., c. 102.

An Act to Provide for More Effectual Inquiry Into the Existence of Corrupt Practices at Elections for Members to Serve in Parliament (1852), 16 Vict., R.U., c. 57.

An Act to regulate the Trials of Controverted Elections, or Returns of Members to Serve in Parliament (1770), 10 Geo. III, R.-U., c. 16.

British Nationality Act (1948), 11-12 Geo. VI, R.U., c. 56.

British Nationality Act (1981), 29-30 Eliz. II, R.-U., c. 61.

Certain things required in him who shall be a Chooser of the Knights of Parliament (1432), 10 Henri VI, c. 2.

- Commonwealth Immigrants Act* (1968), 16-17 Eliz. II, R.-U., c. 9.
- Ireland Act* (1949), 12-13-14 Geo. VI, R.U., c. 41.
- Naturalization Act* (1870), 33 Vict., R.-U., c. 14.
- Parliamentary Elections Act* (1868), 31 & 32 Vict., R.-U., c. 125.
- Parliamentary Elections and Corrupt Practices Act* (1879), 42 & 43 Vict., R.-U., c. 75
- Place Act* (1707), 6 Anne, R.U., c. 7.
- Quebec Revenu Act* (1774), 14 Geo. III, R.-U., c. 88.
- Redistribution of Seats Act* (1885), 48-49 Victoria, R.-U., c. 23.
- Redistribution of Seats Act* (1949), 12-13-14 Geo. VI, R.-U., c. 66.
- Reform Act* (1832), 2 William IV, R.-U., c. 45.
- Representation of the People act* (1867), 30 & 31 Vict., R.-U., c. 102.
- Representation of the People Act* (1884), 48 Victoria, R.-U., c. 3.
- Representation of the People Act* (1918) 7 & 8 Geo. V, R.-U., c. 64.
- Representation of the People Act* (1948), 11 & 12 Geo. VI, R.U., c. 65.
- Representation of the People Act* (1983), 31-32 Eliz. II, R.U., c. 2.
- The Penalty on a Sheriff for making an untrue Return of the Election of the Knights of Parliament* (1410), 11 Henri IV, c. 1.
- What sort of Men shall be Choosers, and who shall be Chosen Knights of the Parliament* (1429), 8 Henri VI, c. 7.
- What Sort of People shall be Chosen, and who shall be the Choosers of the Knights and Burgesses of Parliament* (1413), 1 Henri V, c. 1.

2. États-Unis

Voting Rights Act, 42 U.S.C.A. § 1973.

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence canadienne

- Action Travail des Femmes et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114.
- Allman c. Commissionner of the Northwest Territories*, (1984) 8 D.L.R. (4d) 230 (C.A. T.N.-O.).
- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
- Arnold c. Le procureur général de l'Ontario*, (1987) 61 O.R. (2d) 481 (H.C.).
- Association canadienne des paraplégiques et Commission canadienne des droits de la personne c. Canada*, (1992) 16 C.H.R.R. D/342 (T.D.P.).
- Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.
- Badger c. Canada*, (1988) 55 D.L.R. (4d) 177 (C.A. Man.).
- Badger c. Manitoba*, (1986) 39 Man. Rep. (2d) 107 (B.R.), conf. à 39 Man. Rep. (2d) 230 (C.A.).
- Barette et Payette c. Canada*, J.E. 92-1333 (C.S.); [1994] R.J.Q. 671 (C.A.).
- Barnard c. Walkem*, (1880) 1 B.C.R. Pt. 1 120.
- B.C. Packers c. Conseil canadien des relations de travail*, (1974) 2 C.F. 913.
- Belczowski c. La Reine*, (1991) 6 C.R.R. (2d) 345 (C.F.), conf. à (1992) 90 D.L.R. (4d) 330 (C.F.A.).
- Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, Cour suprême du Canada, N° 23811, 27 février 1997.
- Bertrand c. Bégin, Parizeau et Côté*, C.S., Québec, n° 200-05-002117-995, 8 sept. 1995, J. Lesage.
- Borowski c. Canada*, [1981] 2 R.C.S. 575.
- Boucher c. C.E.Q.*, [1982] C.S.P. 1003.
- B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.
- Bruneau c. Massue*, (1878) 23 Lower Can. Jurist 60 (B.R.).
- Campbell c. P.G. du Canada*, [1988] 2 W.W.R. 650 (C.S. C.-B.); 4 W.W.R. 441 (C.A. C.-B.); permission d'appeler en Cour suprême refusée à (1988) 27 B.C.L.R. (2d) xxv.
- Capital Cities Communication c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141.
- Caverhill et al c. Ryan*, (1874) 18 Lower Canada Jurist 323 (Court of Review).
- Chamberlist c. Collins*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 414 (C.A. C.-B.).
- Coalition nationale des citoyens c. Canada*, (1984) 11 D.L.R. (4d) 481 (B.R. Alta.).
- Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.
- Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622.
- Craig. c. Nouveau-Brunswick*, (1992) 128 New Brunswick Reports (2d) 344 (B.R.).
- Cunningham c. Tommey Homa*, [1903] A. C. 151 (C.P.).

- Dixon c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*, [1989] 4 W.W.R. 393 (C.S. C.-B.).
- Edmonton Journal c. Le procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326.
- Edwards c. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).
- Ex Parte Lortie*, (1855) 5 Lower Can. Rep. 99 (C.S.).
- Feilding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.).
- Fells c. Spence*, [1984] N.W.T.R. 123 (C.S.).
- Ford c. P.G. du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- Fraser c. Commission des relations de travail*, [1985] 2 R.C.S. 455.
- Gagnon et Vallières c. la Reine*, [1971] C.A. 454.
- Gay Alliance c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.
- Griffin c. College of Dental Surgeons of British Columbia*, (1989) 64 D.L.R. (4d) 652.
- Grondin c. Ontario*, (1988) 65 O.R. 427 (H.C.).
- Haig c. Canada (directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.
- Harvey c. Nouveau-Brunswick*, [1996] 2 R.C.S. 876.
- Hedstrom c. Commissionners of Western Territory*, (1985) 66 B.C.L.R. 251 (C.S. Yuk.).
- Hoogbruin et Raffa c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*, (1985) 70 B.C.L.R. 1 (C.A. C.-B.).
- Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.
- In re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398.
- In Re Controverted Election for County of Argenteuil*, (1858) 2 Lower Can. Jurist, Annexe, p.13.
- In Re Controverted Election for County of Lotbinière*, (1858) 2 Lower Can. Jurist, Annexe, p. 26.
- Irwin Toy c. Le procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.
- Jolivet et Barker c. La Reine*, (1984) 48 B.C.L. R. 121 (C.S.).
- Jones c. Le procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.
- Kielley c. Carson*, (1842) 13 E.R. 225 (C.P.).
- Knox Contracting c. La Reine*, [1990] 2 R.C.S. 338
- Kuczerpa c. Canada*, (1993) 14 C.R.R. (2d) 307 (C.A.F.).
- Lac La Biche (Town) c. Alberta*, (1993) 102 D.L.R. (4d) 499 (C.A.).
- Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd*, [1949] A.C. 134 (C.P.).
- Landers c. Woodworth*, (1878) 2 R.C.S. 158.
- Lavigne c. S.E.F.P.O.*, [1991] 2 R.C.S. 211.
- Libman c. Le procureur général du Québec*, [1992] R.J.Q. 2141 (C.S.); confirmé à [1995] R.J.Q. 2015 (C.A.); permission d'appeler accordée à [1996] 2 R.C.S. viii.
- MacKinnon c. Ile-du-Prince-Édouard*, (1993) 104 Nfld & P.E.I.R. 232 (C.S. I.-P.-É.).

- MacLean c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, (1987) 76 N.S.R. (2d) 296 (C.S.).
- Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.
- McKay c. la Reine*, [1965] R.C.S. 798.
- McKinney c. Parti Libéral du Canada*, (1988) 43 D.L.R. (4th) 706 (C.S. Ont.).
- McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.
- Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628.
- New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.
- Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.
- Nova Scotia Pharmaceutical society c. R.*, [1992] R.C.S. 606.
- Olson c. P. G. Ontario*, (1992) 12 C.R.R. (2d) 120 (C.O.).
- Osborne c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69.
- Parti Union Nationale c. Côté*, [1989] R.J.Q. 2502 (C.S.).
- Pellerin c. Thérien*, Cour du Québec, 21 février 1996, N° 700-02-002553-940.
- Procureur général du Québec c. Kellogg*, [1978] 2 R.C.S. 211.
- Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Board*, [1982] C.S. 673.
- R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.
- R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.
- R. c. Blake*, (1988) 42 C.C.C. (3d) 271 (C.P. Man.).
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.
- R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 56.
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- R. c. Padfield*, (1992) 13 C.R.R. (2d) 92 (C.A. Ont.).
- R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.
- R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.
- Re Blainey and Ontario Hockey Association*, (1986) 26 D.L.R. (4d) 728 (C.A. Ont.).
- Reference re Electoral Boundaries Commission Act*, (1991) 78 D.L.R. (4d) 449 (C.A. Sask.).
- Reference re Electoral Boundaries Commission Act*, (1991) 86 D.L.R. (4d) 447 (C.A. Alta.).
- Reference re Electoral Divisions Statute Amendment Act, 1993*, (1994) 119 D.L.R. (4d) 1 (C.A. Alta.).
- Reference re Yukon Election Residency Requirements*, (1986) 27 D.L.R. (4d) 146 (C.A. Yuk.).
- Reform Party of Canada c. Canada*, (1992) 13 C.C.R. (2d) 107 (B.R. Alta.); conf. en partie à [1995] A.J. N° 212 (C.A. Alta.).

- Re Fraser and Attorney-General of Nova Scotia*, (1986) 30 D.L.R. (4d) 340 (C.S. N.-É.).
- Regina ex. rel. Stubbs c. Steinkopf*, (1965) 47 D.L.R. (2d) 105 (B.R. Man.).
- Reid c. Canada*, (1994) 73 F.T.R. 290.
- Re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.
- Re MacKay et Manitoba*, (1985) 24 D.L.R. (4d) 587 (C.A. Man.); conf. à [1989] 2 R.C.S. 357.
- Renvoi: An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1149.
- Renvoi relatif aux circonscriptions électorales de la Saskatchewan*, [1991] 3 W.W.R. 593 (C.A. Sask.); [1991] 2 R.C.S. 158.
- Renvoi: compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.
- Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186.
- Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.
- Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.
- Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.
- Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.).
- Re S.E.F.P.O. et le procureur général de l'Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 2.
- Reynolds c. Le procureur général de la Colombie-Britannique*, (1984) 53 B.C.L.R. 394; [1984] 5 W.W.R. 270 (C.A. C.-B.).
- Riddell c. Hamel*, [1989] 2 C.F. 434.
- RJR—MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199.
- Rose c. Côté*, [1995] R.J.Q. 2462 (C.S.).
- Ryan et al. c. Develin*, (1875) 20 L.C.J. 77, 84 (Court of Review).
- Sauvé c. Canada*, (1988) 53 D.L.R. (4d) 595 (H.C. de l'Ont.); inf. à (1992) 89 D.L.R. (4d) 644 (C.A. Ont.), conf. par [1993] 2 R.C.S. 438.
- Sauvé c. Canada*, (1995) 106 F.T.R. 241.
- Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.
- S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.
- S.E.F.P.O. c. Le procureur général de l'Ontario*, (1988) 52 D.L.R. (4d) 701 (H.C.).
- S.E.F.P.O. c. Ontario*, (1993) 14 O.R. (3d) 476 (C.A. Ont.).
- Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.
- Somerville c. Canada*, [1993] A.J. 504 (B.R.), conf. à (1996) 189 Alta. R. 241 (C.A.).
- Storey c. Zazelenchuk*, (1984) 36 Sask. Rep. 103 (C.A. Sask.).
- Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.
- Temple c. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265.
- Tenold c. Chapman*, (1978) 9 Sask. Rep. 279 (B.R.); conf. à (1981) 12 Sask. Rep. 57 (C.A.).
- Théberge c. Laudry*, (1876) 8 A.C. (Can. Rep.) 1 (C.P.).
- The King ex. rel. Tolfree c. Clark et al.*, (1943) 3 D.L.R. 684 (C.A. Ont.), [1944] R.C.S. 69.

The Queen c. Chandler, (1868) 12 N.B.R. 556 (C.S. du N.-B.).

Thomson Newspapers Co. c. Canada, (1995) 24 O.R. (3d) 109 (D.G.); conf. à (1996) 138 D.L.R. (4d) 1 (C.A. Ont.).

Thorson c. Canada, [1975] 1 R.C.S. 138.

Tremblay c. Commission de la fonction publique, [1990] R.J.Q. 1386 (C.S.).

Valin c. Langlois, (1879) 3 R.C.S. 1, 10; conf. à (1879) 5 A.C. 115 (C.P.).

Jurisprudence étrangère

1. Allemagne

In the Matter determining the constitutionality of the approval by the provincial Landtag of the Free State of Bavaria on June 14 1983, of the inter-provincial agreement concerning the amount of the radio and television licence fee, 1 BvL 30/88, Cour Constitutionnelle fédérale (22 février 1994).

2. Angleterre

Ashby c. White, (1703) 92 E.R. 126 (K.B.).

Bernardiston c. Soame, (1674) 6 State Tr. 1063 (C. de l'É.), 89 E.R. 283; conf. à 6 State Tr. 1117 (Ch. des Lords).

Bradlaugh c. Gosset, (1866) 12 Q.B.D. 271.

Calvin's Case, (1608) 2 St. Tr. 559, 77 E.R. 377 (K.B.).

Case of Proclamations, (1610) 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.).

Case of Prohibitions de Roy, (1608) 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1338 (K.B.).

Colt and Glover c. Bishop of Coventry, (1616) Hobart 140, 80 E.R. 290 (K.B.).

Dr. Bonham's Case, (1610) 77 English Rep. 646 (K.B.).

Hampden's Case, (1637) 3 Howell's State Trials 825.

Isaacson c. Durant (In re Stepney Election Petition), (1886) 17 Q.B.D. 54.

R. c. Boundary Commission for England ex parte Foot and others, [1983] 1 All England Rep. 1099 (C.A.).

R. c. Paty, (1705) 2 Ld Raym. 1105, 91 E.R. 431 (K.B.).

Stockdale c. Hansard, (1839) 112 E.R. 1112 (B.R.).

The Five Knights' Case, (1627) 3 Howell's State Trials 1.

3. États-Unis

Adarand Constructors c. Pena, 515 U.S. —; (1995) 132 L. Ed. (2d) 158.

Baker c. Carr, 369 U.S. 186 (1962).
Brown c. Board of Education, 347 U.S.483 (1954).
Buckley c. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).
Bush c. Vera, 517 U.S. —; (1996) 135 L. Ed. (2d) 248.
Colgrove c. Green, 328 U.S. 549 (1946).
Colorado Republican Federal Campaign Committee and Douglas Jones c. Federal Election Commission, 518 U.S. —; (1996) 135 L. Ed. (2d) 795.
Davis c. Bandemer, 478 U.S. 109 (1986).
Dunn c. Blumstein, 405 U.S. 330 (1965).
First National Bank of Boston c. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).
Gaffney c. Cummings, 412 U.S. 735 (1973).
Grovey c. Townsend, 295 U.S. 45 (1935).
Holder c. Hall, 114 S. Ct. 2581 (1994).
Johnson c. De Grandy, 512 U.S.997 (1994).
Katzenbach c. Morgan, 384 U.S. 641 (1966).
Lassiter c. Northampton Election Board, 360 U.S. 45 (1969).
Lucas c. Forty-Fourth Colorado General Assembly, 377 U.S. 713 (1964).
Marsh c. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).
Martson c. Lewis, 410 U.S. 679 (1973).
Maryland Committee for Fair Representation v. Taws, 377 U.S. 656 (1964).
Miller c. Johnson, 515 U.S. —; (1995) 132 L. Ed. (2d) 762.
Powell c. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).
Reynolds c. Simms, 377 U.S. 533 (1964).
Richardson c. Ramirez, 418 U.S. 24 (1971).
Shaw c. Hunt, 517 U.S. —; (1996) 135 L. Ed. 2d. 207.
Shaw c. Reno, 509 U.S. 630 (1993).
Shelley c. Kramer, 334 U.S. 1 (1948).
Smith c. Allwright, 321 U.S. 649 (1943).
South Carolina c. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966).
Terry c. Adams, 345 U.S. 461 (1953).
Thornburg c. Gingles, 478 U.S. 30 (1986).
United Jewish Organisations of Williamsburg c. Carey, 430 U.S. 144 (1977).
United States c. Carolene products, 304 U.S. 144 (1938).
Weberry c. Sanders, 376 U.S. 1 (1964).
Whitcomb c. Chavis, 403 U.S. 124 (1971).
White c. Regester, 412 U.S. 755 (1973).
Williams c. Rhodes, 393 U.S. 23 (1968).

4.France

Décision C.C. n° 76-71, 30 déc. 1976, *Journal Officiel de la République française*, 30 décembre 1976, p. 7675.

Décision C.C. n° 82-146, 18 novembre 1982, *Journal Officiel de la République française*, 19 novembre 1982, p. 3475.

Décision C.C. n° 92-308, 9 avril 1992, *Journal Officiel de la République française*, 11 avril 1992, p. 5354.

5.Israël

Yeredor c. Chairman of the Control Election Committee for the Sixth Knesset, (1965) 19 *S.C.R.*, t. 3, 365 (23 octobre 1964).

6.Italie

Sentenza N°422, 6-12 settembre 1995, *Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana*, 1995, 1^a Serie speciale - n. 39, p. 15.

Jurisprudence internationale

X c. Royaume-Uni, (1977) 7 *Décisions et rapports* 95 (requête 7140/76, 6 oct. 1976).

Lindsay c. Royaume-Uni, (1979) 15 *Décisions et rapports* 247 (Requête 8364/78, 8 mars 1979).

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

- ABRAHAM, Henry, *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, 5^e éd., New York/Oxford, Oxford University Press, 1988.
- ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities, Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1983.
- ANSON, Sir William, *The Law and the Custom of the Constitution*, Vol I, 5^e éd. par Maurice L. Gwyer, Oxford, Clarendon Press, 1920.
- ARISTOTE, *Politique*, texte français présenté et annoté par Marcel Prélôt, Paris, P.U.F., 1950.
- AUER, Andreas, *Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis*, Paris, Économica, 1989.
- AYLMER, Gerald Edward, *The Struggle for the Constitution (1603-1689)*, Londres, Blandford Press, 1963.
- BALIBAR, Étienne, *Les frontières de la démocratie*, Paris, La Découverte, 1992.
- BARRY, Brian, *Democracy and Power — Essays in Political Theory I*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- BEAUDOIN, Gérald et TARNAPOLSKY, Walter, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.
- BEAUTÉ, Jean, *Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke 1552-1634. Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975.
- BEITZ, Charles, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1989.
- BÉLANGER, Réal, JONES, Richard et VALLIÈRES, Marc, (dir.), *Les grands débats parlementaires. 1792-1992*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1994.
- BENYEKHFLEF, Karim, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.
- BERGER, Raoul, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- BERGER, Thomas R., *Liberté fragile — droits de la personne et dissidence au Canada*, traduit de l'anglais par Marie-Cécile BRASSEUR, Canada, Ed. Hurtubise, 1985.
- BIRCH, Anthony Harold, *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, Londres et New York, Routledge, 1993.
- *Representation*, Londres, Pall Mall Press, 1971.
- *Representative and Responsible Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1964.
- BOBBIO, Norberto, *The Age of Rights*, traduit de l'italien par Allan Cameron, Cambridge, Polity Press, 1996.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America — The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990.

- BOURINOT, Sir John George, *A Manual of Constitutionnal History of Canada From the Earliest Period to 1901*, Toronto, The Copp. Clark Company, 1901.
- BOURQUE, Gilles et DUCHASTEL, Jules, *L'identité fragmentée*, Montréal, Fides, 1996.
- BOUTMY, Emile, *Le développement de la Constitution en Angleterre*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie., 1887.
- BOYER, James Patrick, *Election Law in Canada*, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1987.
- *The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, Toronto, Butterworths, 1987.
- *Political Rights: The Legal Framework of Canadian Elections*, Toronto, Butterworths, 1981.
- BRUBAKER, Roger, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.
- BRUN, Henri, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970.
- et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowanville, Yvon Blais, 1990.
- BUCKNER, Phillip A., *The Transition to Responsible Government: British Policy in British North America, 1815-1850*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985.
- BURDEAU, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e éd., L.G.D.J., Paris, 1977.
- BUTLER, James Ramsey, *The Passing of the Great Reform Bill*, Londres, Longmans, Green and Co., 1914.
- CADART, Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, vol. I, Paris, Économica, 1979.
- CAIRNS, Alan C., *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1992.
- CANADA (COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, 1980-81), *Procès verbaux et témoignages du Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada*, Ottawa, 32^e législature, 1980/81.
- CANADA (COMMISSION ROYALE SUR LA REFORME ELECTORALE ET LE FINANCEMENT DES PARTIS), *Rapport final—Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. I, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1992.
- *Rapport final—Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1992.
- *Final Report—Reforming Electoral Democracy*, vol. I, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1992.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922.
- CARTY, Kenneth, *L'action des partis politiques dans les circonscriptions au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.

- CAVIN, Jean-François, *Territorialité, nationalité et droits politiques*, Lauzanne, Imprimerie Held, 1971.
- CHAPAIS, Thomas, *Cours d'histoire du Canada*, t.2, Québec, Librairie Garneau, 1921.
- CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Paris Montchrestien, 1992.
- CHEVRETTE, François et MARX, Herbert, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- CLEMENT, Henry Pope, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell, 1898.
- CLEVERDON, Catherine L., *The Woman Suffrage Movement in Canada*, 2ème éd., Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- COCKBURN, Alexander Peter, *Political Annals of Canada*, Toronot, Musson, 1905.
- COCKRAM, Gail-Maryse, *The Interpretation of Statutes*, 3è éd., Cape Town, Juta, 1987.
- CONSTANT, Benjamin, *Oeuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1957.
- CORRY, James Alexander et HODGETTS, John Edwin, *Democratic Government and Politics*, 3éd., Toronto, 1959, University of Toronto Press, 1959.
- CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982.
- COTTERET, Jean-Marie et ÉMERI, Claude, *Les systèmes électoraux*, coll. Que sais-je?, PUF, 1970.
- COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- CRONIN, Thomas E., *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- DAHL, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956.
- DAWSON, Robert MacGregor, *The Government of Canada*, 4ème éd., rév. par Normand Ward, Toronto, University of Toronto Press, 1963.
- DEBBASCH, Charles, BOURDON, Jaques, PONTIER, Jean-Marie et RICCI, Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3è éd., Paris, Économica, 1990.
- DELEURY, Édith et GOUBEAU, Dominique, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Yvon Blais, 1994.
- De LOLME, Jean Louis, *The Rise and Progress of the English Constitution*, vol. I, New York & Londres, Garland Publishing, 1978.
- DESCHÊNES, Gaston et PELLERIN, Maurice, *Le Parlement de Québec—Deux siècles d'histoire*, coll. Vie parlementaire, Québec, Les Publications du Québec, 1991.
- DESROCHERS, Lucie, *Femmes et démocratie de représentation: quelques réflexions*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1994.
- *Pour une réelle démocratie de représentation. Avis sur l'accès des femmes dans les structures officielles du pouvoir*, Québec, Conseil du statut de la femmes, 1994.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10ème éd., Londres, MacMillan, 1960.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, Boccard, 1928.
- DUMONT, Fernand, *Raisons communes*, Québec, Boréal, 1986.

- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- *Laws's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
- *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978.
- ELY, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- EWING, Keith, *Money, Politics and Law: A Study of Electoral Campaign Finance Reform in Canada*, Oxford/Toronto, Clarendon Press, 1992.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989.
- *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a good thing, too*, New York, Oxford University Press, 1994.
- FISHER, Louis, *Constitutional Dialogues — Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
- FREEMAN, Michael, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1969.
- GADAMER, Hans, *Truth and Method*, traduit de l'allemand par Garrett Barden et John Cumming, New York, Seabury Press, 1975.
- GAGNON, Alain et TANGUAY, Brian, (dir.), *Canadian Parties in Transition*, Scarborough, Nelson, 1989.
- GARNER, John, *The Franchise and Politics in British North America, 1755-1867*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.
- GARNSEY, Peter, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, Clarendon Press, 1970.
- GAUDILLIÈRE, Bernard, *Les institutions de l'Italie*, coll. «documents d'études», Paris, La documentation française, 1994.
- GELLNER, Ernest, *Nation and Nationalism*, Ithaca & Londres, Cornell University Press, 1983, p. 1
- GLADSTONE, William E., *Questions constitutionnelles (1873-1878)*, traduit de l'anglais par Alber Gigot, Paris, Librairie Germer Ballière, 1880.
- GOSSELIN, Jacques, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991.
- GREENFELD, Liah, *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.
- GRONDIN, Jean, *L'universalité de l'herméneutique*, Paris, PUF, 1993.
- GUINIER, Lani, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, Free Press, 1994.
- GUIZOT, François, *History of the Origins of Representative Government in Europe*, traduit du français par Andrew Scoble, Londres, Henry G. Bohn, 1852.

- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, traduit de l'allemand par William Rehg, Cambridge, MIT Press, 1996.
- HAMELIN, Jean et HAMELIN, Marcel, *Les moeurs électorales dans le Québec, de 1791 à nos jours*, Montréal, Éditions du Jour, 1962.
- HAMMAR, Thomas, *Democracy and the Nation State*, Aldershot (G.-B.), Avebury, 1990.
- HARRISON, Ross, *Democracy*, Londres/New York, Routledge, 1993.
- HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HART, Jenifer, *Proportional Representation — Critics of the British Electoral System 1820-1945*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- HELD, David, *Models of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1987.
- HIRST, Paul, *Representative Democracy and its Limits*, Cambridge, Polity Press, 1990.
- HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992.
- HOLDEN, Barry, *The Nature of Democracy*, London, Thomas Nelson and Sons, 1974.
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1923.
- HUFTON, Olwen, (dir.), *Historical Change and Human Rights*, New York, Basic Books, 1995.
- JACOBSON, David, *Rights Across Borders. Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1996.
- JENNINGS, Sir Ivor, *The Law and the Constitution*, 5^e éd. London, University of London Press, 1959.
- JONES, Mervyn, *British Nationality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956.
- KANTOROWICZ, Ernst, *Les deux corps du Roi*, traduit de l'anglais par Jean-Philippe Genet et Nicole Genet, Paris, Gallimard, 1989.
- KELSEN, Hans, *La démocratie: sa nature — sa valeur*, 2^eme éd., Paris, Ed. Economica, 1988.
- KLEIN, Claude, *Le caractère juif de l'État d'Israël*, Paris, Cujas, 1977.
- KYMLICKA, Will et NORMAN, Wayne, «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory», (1993-94) 104 *Ethics* 352.
- LAFORTE, Denis et BERNARD, André, *La législation électorale au Québec, 1790-1967*, Montréal, Sainte-Marie, 1969.
- LAKEMAN, Enid et LAMBERT, James D., *Voting in Democracies*, Londres, Faber & Faber, 1955.
- LAUVAUX, Phillippe, *Le Parlementarisme*, Coll. Que sais-je, Paris, P.U.F., 1987.
- *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 1990.
- LAYTON-HENRY, Zig, (dir.), *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe*, Londres, Sage Publications, 1990.
- LE COUR GRANDMAISON, Olivier, *Les citoyennetés en Révolution (1789-1794)*, Paris, PUF, 1992.

- LEMOS, Ramon, *Rights, Goods, Democracy*, Londres et Toronto, Associated University Press, 1986.
- LENOBLE, Jacques, *Droit et communication*, Paris, coll. «Humanités», CERF, 1994.
- LEONI, Bruno, *Freedom and the Law*, 3^e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1991.
- LEVY, Leonard Williams, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New-York, Macmillan, 1988.
- LEWIS, Arthur, *Politics in West Africa*, Londres, George Allen and Unwin, 1965.
- LIJPHART, Arend, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977.
- *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.
- LINDSAY, Alexander Dunlop, *The Modern Democratic State*, New York, Oxford University Press, 1962.
- LINGE, David, (dir.), *Philosophical Hermeneutics: Hans Gadamer*, Berkeley, University of California Press, 1976.
- LIPSON, Leslie, *The Democratic civilisation*, New York, Oxford University Press, 1964.
- LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais par David MAZEL, Paris, Flammarion, 1984.
- LOSCHAK, Danièle, *Étrangers: de quel droit?*, Paris, P.U.F., 1985.
- LYON, Bryce, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, New York, Harper & Brothers, 1960.
- MacNUTT, William, *New Brunswick, A History: 1784-1867*, Toronto, MacMillan, 1963.
- MACPHERSON, Crawford Brough, *Principes et limites de la démocratie libérale*, Traduit de l'anglais par André d'Allemagne, Montréal, Boréal, 1985.
- MAINGOT, Joseph, *Le privilège parlementaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986.
- MAITLAND, Frederick, *Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1913.
- MALTZ, Earl M., *Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism and the Politics of Judicial Review*, Kansas, University of Kansas Press, 1994.
- MARCHAM, Frederick George, *A Constitutional History of Modern England, 1485 to the Present*, New York, Harper & Brothers, 1960.
- MARIENSTRAS, Élise, *Les mythes fondateurs de la nation américaine*, Maspero, Paris, 1976.
- MARX, Herbert, et CHEVRETTE, François, *Droit Constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- MASCLET, Jean-Claude, *Le droit des élections politiques*, Que sais-je?, Paris, P.U.F., 1992.
- MASSICOTTE, Louis et COULOMBE, Françoise, *La réforme du Sénat*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1989.
- McCLOSKEY, Robert, *La Cour suprême des États-Unis*, traduit par Marie-Jean Bellaud-Villars et Jean Rigal, Paris, Seghers, 1965.

- McILWAIN, Charles Howard, *The High Court of Parliament and its Supremacy, an Historical Essay on the Boundaries Between Legislation and Adjudication in England*, New Haven, Yale University Press, 1910.
- McMENEMY, John, *The Language of Canadian Politics*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1995.
- McRAE, Kenneth, (dir.), *Consociational Democracy: Political Accommodation in Segmented Societies*, Toronto, McClelland and Stewart Ltd., 1974.
- MILL, James, *Essay on Government*, Cambridge, The University Press, 1937.
- MILL, John Stuart, *Considerations on Representative Government*, New York, Harper & Brothers, 1867.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1970.
- MORIN, Jacques-Yvan et WOEHLING, José, *Les constitutions du Canada et du Québec — du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992.
- MUELLER, Dennis, *Public Choice II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- ONTARIO (COMMISSION ON THE LEGISLATURE), *Third Report*, Toronto, Commission on the Legislature, 1974.
- ORIOU, Paul, *Les immigrés devant les urnes*, Paris, L'Harmattan, 1992.
- OUELLET, Frenand, *Le Bas-Canada 1791-1940, changements structureux et crise*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976.
- PALDA, Filip, *Election Finance Regulation in Canada. A Critical Review*, Vancouver, The Fraser Institute, 1991.
- PARRY, Clive, *Nationality and Citizenship laws of the Commonwealth and the Republic of Ireland*, vol. I, Londres, Stevens, 1957.
- PENNOCK, James Rolland, *Democratic Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- PERELMAN, Chaïm, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963.
- *Logique juridique — Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979
- *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.
- PETYT, George, *Lex Parliamentaria, or a Treatise of the Law and Custum of the Parliaments of England*, coll. «Classics of English Legal History in the Modern Era», New York et Londres, Garland Publishing, 1978.
- PHILLIPS, Hood, *The Constitutionnal Law of Great Britain and the Commonwealth*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1957.
- PITKIN, Anna, (dir.), *Representation*, New York, Atherton Press, 1969.
- *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- POLLARD, Albert Frederick, *The Evolution of Parliament*, 3^e éd., Londres, Longmans, 1968.
- POND, David, *Guaranteed Aboriginal Seats in Legislatures*, Toronto, Bibliothèque de l'Assemblée législative de l'Ontario, 1992.

- PUTMEN, Hiary, *Raison, vérité et histoire*, traduit de l'anglais par Abel Gershenfeld, Paris, Éditions de Minuit, 1984.
- QUÉBEC (COMMISSION DE LA REPRÉSENTATION ÉLECTORALE), *Pour un mode de scrutin équitable—La proportionnelle territoriale*, Québec, Commission de la représentation électorale, 1984.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- *Political Liberalism*, New York, Columbia Press, 1993.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit — L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Économica, 1992.
- RENAN, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation? et autres essais*, Paris, Presses Pocket, 1992.
- REX, Millicent Barton, *University Representation in England*, Londres, G. Allen & Unwin, 1954.
- ROBELIN, Jean, *La petite fabrique du droit*, Paris, Kime, 1994.
- ROGERS, Francis Newman, *The Law and Practice of Election and Election Committees*, Londres, Stevens & Norton, 1841.
- ROSSIGNOL, Michel, *Les transfuges à la Chambre et le système de partis*, Ottawa, Service de recherche de la bibliothèque du Parlement, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, coll. «Domat droit public», Paris, Montchrestien, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur les sciences et les arts, suivi du Discours sur l'origine de l'inégalité*, Paris, Garnier-Flammarion, 1971.
- *Du contrat Social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.
- *Sur l'économie politique — Considération sur le gouvernement de la Pologne — Projet pour la Corse*, Paris, Flammarion, 1990.
- ROUSSEL, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1992.
- SARTORI, Giovanni, *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey, Chatam House, 1987.
- SCHMIDT, David, *Citizens Lawmakers: The Ballot Initiative Revolution*, Philadelphia, Temple University Press, 1989.
- SCHMITT, Carl, *Du politique «Légalité et légitimité» et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 1990.
- SCHOEFIELD, Philip, (dir.), *First Principles Preparatory to Constitutional Code*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- SHERWIN-WHITE, Adrian N., *The Roman Citizenship*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1973.
- SHETREET, Shimon, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Co., 1976.
- SHUSTERMAN, Richard, *Sous l'interprétation*, traduit de l'anglais par Jean-Pierre Cometti, coll. tiré à part, Paris, Éditions de l'éclat, 1994.

- SMITH, George Barnett, *History of the English Parliament*, Vol. 1 & 2, Londres, Ward, Lock, Bowden & Co., 1894.
- STANBURY, William Thomas, *L'argent et la politique fédérale canadienne: le financement des candidats et candidates et des partis*, Vol. 1 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.
- STEWART, Gordon, *The Origins of Canadian Politics: A Comparative Approach*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1986.
- STRAYER, Barry, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988.
- STUBBS, William, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, vol. 3, traduit de l'anglais par George Lefebvre, Paris, Marcel Girard, 1927.
- TAFT MANNING, Helen, *The Revolt of the French Canada 1800-1835*, Toronto, MacMillan, 1962.
- TAYLOR, Charles, *Grandeur et misère de la modernité*, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Québec, Bellarmin, 1992.
- THERNSTROM, Abigail, *Whose Votes Count? Affirmative Action and Minority Voting Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- THOMPSON, Edward Palmer, *Customs in Common*, New York, New Press, 1993.
- THOMSON, Hugh Christopher, *Manual of Parliamentary Practice*, Kingston, H. C. Thomson, 1828 (coll. «Louis Melzack», bibliothèque des lettres et sciences humaines de l'Université de Montréal).
- TIMSIT, Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991.
- TOUCHARD, Jean, *Histoire des idées politiques — du XVIII^e siècle à nos jours*, Tome 2, Paris, Presses universitaires de France, 1959.
- TOURAINÉ, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994.
- TRIBE, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2^eme éd., New York, The Foundation Press, 1988.
- *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- TULLY, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, New York, Cambridge University Press, 1995.
- UNITED STATES (CONGRESSIONAL QUARTERLY SERVICE), *Representation and Apportionment*, Washington D.C., Congressional Quarterly Service, 1966.
- VICKERS, Jill, RANKIN, Pauline et APPELLE, Christine, *Politics As If Women Mattered: A Political Analysis of the National Action Committee on the Status of Women*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.
- WARD, John Manning, *Colonial Self-Government: The British Experience 1759-1856*, Toronto, University of Toronto Press, 1976.
- WEBER, Jeremy, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

WOODWARD, Sir Ernest Llewellyn, *The Age of Reform, 1815-1870*, 2d ed., Oxford, Clarendon Press, 1962.

Articles

- ACKERMAN, Bruce, «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», (1984) 93 *Yale Law Journal* 1013.
- AGARWAL, Sudarshan, «The Anti-defection Law in India», (1986) 67 *The Parliamentarian* 22.
- ALEINIKOFF, Alexander et ISSACHAROFF, Samuel, «Race and Redistricting: Drawing Constitutional Lines After *Shaw v. Reno*», (1993) 92 *Michigan Law Rev.* 588
- AMSELEK, Paul, «Le droit, technique de direction publique des conduites humaines», (1989) 10 *Droits* 7.
- «La teneur indécise du droit», (1992) 26 *Revue Juridique Thémis*. 1.
- ANGELL, Harold, «Le système électoral québécois», dans Louis SABOURIN (dir.), *Le système politique du Canada — institutions fédérales et québécoises*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1968, p. 287.
- APPLETON, Andrew et MAZUR, Amy, «Transformation or Modernization: the Rhetoric and Reality of Gender and Party Politics in France», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2è éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 87.
- ARCHIBALD, Clinton, «La tradition corporatiste au Canada», dans Jacques ZYLBERBERG, et Claude EMERI, (dir.), *La démocratie dans tous ses états*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993.
- ARES, Richard, «La Constitution», dans SABOURIN, Louis, (dir.), *Le système politique du Canada — institutions fédérales et québécoises*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1968, p. 35.
- ARNAUD, André-Jean, «Essai d'une définition stipulative du droit», (1989) 10 *Droits* 11.
- ATKEY, Ronald, «Corporate Political Activity», (1985) 23 *U.W.O.L. Rev.* 129.
- BASHEVKIN, Sylvia, «La participation des femmes aux partis politiques» dans Kathy MEGYERY, (dir.), *Les femmes et la politique canadienne*, Vol. 6 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 67.
- BEATTY, David, «The end of Law: At Least as we have Known It», dans Richard DEVLIN, (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery, 1991, p. 391.
- BEAUD, Olivier, «Le droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage», (1992) *Revue française de droit administratif* 409.
- BEER, Samuel, «The Representation of Interests in British Government: Historical Background», (1957) 51 *American Pol. Sci. Rev.* 613.

- BEETZ, Jean, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la Constitution du Canada», (1958) 18 *R. du B.* 361.
- «Reflections on Continuity and Change in Law Reform», (1972) 22 *U. of T. Law Journal* 129.
- BENN, Stanley, «Egalitarianism and the equal consideration of interests», dans James Rolland PENNOCK et John CHAPMAN, (dir.), *Equality: NOMOS IX*, New York, Atherton Press, 1967, p. 61.
- BENYEKHEF, Karim, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de la constitutionnalité et l'hétéronomie du droit», (1993) 38 *Revue de droit de McGill* 91.
- BERCUSON, David et COOPER, Barry, «Electoral Boundaries: an Obstacle to Democracy in Alberta», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH, (dir.), *Drawing Boundaries: Legislatures, Courts and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 110.
- BERGER, Raoul, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation», (1988) 73 *Cornell Law Rev.* 350.
- BERNHEIM, Jean-Claude et MILLETTE, Renée, «Le droit de vote des détenu-e-s», (1991) 24 *Criminologie* 33.
- BETTI, Emilo, «Hermeneutics as the General Methodology of the *Geisteswissenschaften*», dans Gayle ORMISTON et Alan SCHRIFT, (dir.), *The Hermeneutical Tradition, From Hart to Ricoeur*, Albany, State University of New York Press, 1990, p. 182.
- BEVIER, Lillian, «Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform», (1995) 73 *Cal. Law Rev.* 1045.
- BLACHE, Pierre, «Les libertés de circulation et d'établissement», dans Gérald-A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e éd., Toronto, 1996.
- BOULOUIS, Jean, «Représentation et participation dans la vie politique et administrative», dans Francis DELPÉRÉE, (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Tavaux des XII^{es} Journées d'études Jean Dabin, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1986, p. 49.
- BREST, Paul, «The Misconcieved Quest for the Original Intent», (1980) 60 *Boston U. Law. Rev.* 204.
- BRISKIN, Linda, «Feminist Practice: A New Approach to Evaluating Feminist Strategy», dans Jeri WINE et Janice RISTOCK, (dir.), *Women and Social Change: Feminist Activism in Canada*, Toronto, Lorimier, 1991, p. 24.
- BRODIE, Janine, «Les femmes et le processus électoral au Canada», dans Kathy MEGYERY, (dir.), *Les femmes et la politique canadienne*, Vol. 6 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 3.
- BRUN, Henri, «Droits individuels et droits collectifs» [1989] *Relations* 139.
- BURKE, Edmund, «Speech to the Electors of Bristol at the Conclusion of the Poll», publié dans Anna PITKIN, (dir.), *Representation*, New York, Atherton Press, 1969, p.175.
- BYSTYDZIENSKI, Jill, «Norway: Achieving World Record Women's Representation in Government», dans Wilma RULE et Joseph ZIMMERMAN, (dir.), *Electoral Systems*

- in Comparative Perspective. Their Impact on Women and Minorities*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 1994, p. 55
- CAIN, Bruce, «The Voting Rights Act and Democratic Theory: Towards a Color-Blind Society?», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 261.
- CAIRNS, Allan C., «Constitutional Minoritarianism in Canada», dans Ronald L. WATTS et Douglas M. BROWN, (dir.), *Canada: The State of the Federation, 1990*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1990, p. 71.
- «Political Science, Ethnicity and the Canadian Constitution», dans David SHUGARMAN, et Reg WHITAKER, (dir.), *Federalism and Political Community: Essays in Honor of Donald Smiley*, Peterborough (Ont.), Broadview Press, 1989, p. 113.
- CAMPBELL, Enid, «Expulsion of Members of Parliament», (1971) 21 *U. of T. Law Journal* 15.
- CARIGNAN, Pierre, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *R. J. T.* 1.
- CARTY, Kenneth et Linda ERICKSON, «L'investiture des candidats au sein des partis politiques nationaux du Canada», dans Herman BAKVIS, (dir.), *Les partis politiques au Canada: Chefs, candidats et candidates, et organisation*, Vol. 13 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.
- CAWSON, Alan, «Functional Representation and Democratic Politics: Towards a Corporatist Democracy?», dans Graeme DUNCAN (dir.), *Democratic Theory and Practice*, Londres et New York, Cambridge University Press, 1983, p. 173.
- CHAPMAN, Pamela, «The Politics of Judging: Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms», (1986) 24 *Osgoode Hall Law Journal* 867.
- CHARNEY, Robert, «Saskatchewan Election Boundary Reference: "One Person — Half A Vote"», (1992) 1 *Revue nationale de droit constitutionnel* 225.
- CHEVALLIER, Jacques, «La dimension symbolique du principe de légalité», (1990) 106 *Rev. de droit public et de la science pol.* 1651.
- «Droit, ordre, institutions», (1989) 10 *Droits*, 19.
- «L'État de droit», (1988) 104 *Revue du droit public et de la sci. pol.* 313.
- «L'État-Nation», (1980) 96 *Revue de droit public et de science politique en France et à l'Étranger* 1271.
- CONSTANTINOU, Peter, «Le financement public des partis, des candidats et des élections au Canada», dans SEIDLE, Leslie, (dir.), *Aspects du financement des partis et des élections au Canada*, Vol. 5 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 269.
- CÔTÉ, Pierre-André, «L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes», (1990) 50 *R. du B.* 329.

- COURTNEY, John, «Discrimination in Canada's Electoral Law», dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE (dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 401.
- «Parliament and Representation: The Unfinished Agenda of Electoral Redistribution», (1988) 21 *Revue canadienne de science politique* 675.
- «Recognition of Canadian Political Parties in Parliament and in Law», dans Kenneth CARTY (dir.), *Canadian Political Party Systems: A Reader*, Peterborough (Ont.), Broadview Press, 1992, p. 354.
- COUTU, Michel, «Modernité et légitimité dans la perspective de Max Weber», dans BOULAD-AYOUB, Josiane, (dir.), *Carrefour: Philosophie et droit. Actes du colloque DIKÉ*, Montréal, ACFAS, 1995, p. 21.
- DAALDER, Hans, «The Consociational Democracy Theme», (1974) 26 *World Politics* 604.
- DARCY, Robert et McALLISTER, Ian, «Ballot Position Effects», (1990) 9 *Electoral Studies* 5.
- DAVIDSON, Chandler, «The Voting Rights Act: A Brief History», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON, (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 7.
- DAWSON, Robert MacGregor, «The Gerrymander of 1882», (1935) 1 *Can. Jour. of Economics and Political Science* 197.
- DE BELLEFEUILLE, Pierre, «Notre démocrate chancelante appelle un retour aux principes», (1993) 83 *L'Action nationale* 337.
- DELON, Michel, «Nation», dans Pascal ORY, (dir.), *Nouvelle histoire des idées politiques*, Coll. Pluriel, Paris Hachette, 1987, p. 127.
- DELPÉRIÉE, Francis, «Les droits politiques des étrangers», (1994) X *Annuaire international de justice constitutionnelle* 296.
- DEMERS, Diane, «La discrimination systémique: variation sur un concept unique», (1993) 8:2 *Can. Jour. of Law and Society* 83.
- DERFNER, Armand, «Nondiscrimination in Districting», dans Bernard GROFMAN, Arend LIJPHART, Robert McKAY et Howard SCARROW, (dir.), *Representation and Redistricting Issues*, Toronto, Lexington Books, 1982, p. 65.
- DWORKIN, Ronald, «The Curse of American Politics», *New York Review of Books*, Vol. XLIII, N°16, 17 oct. 1996, p. 19.
- EAGLES, Monroe, «La délimitation fondée sur le nombre d'électeurs—Un pas vers l'égalité relative des votes au Canada», dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions électorales au Canada*, Vol. 11 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 201.
- ERICKSON, Linda, «Les candidatures des femmes à la Chambre des communes», dans Kathy MEGYERY, (dir.), *Les femmes et la politique canadienne*, Vol. 6 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 111.
- EWING, Keith, «The Funding of Political Parties in Ontario», (1989) 27 *Osgoode Hall L. J.* 27.

- FAVOREU, Louis, «Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit», (1990) 1 *Revue française de droit constitutionnel* 71.
- FISS, Owen, «Objectivity and Interpretation», (1982) 34 *Stanford Law Rev.* 739.
- FLINTERMAN, Cees, «Three Generations of Human Rights», dans Jan BERTING, Peter R. BAEHR, Herman BURGERS, Cees FLINTERMAN, Barbara DE KLERK, Rob KROES, Cornelius A. VAN MINNEN et Koo VANDER WAL, (dir.), *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, 1990, Londres, Meckler, 1990, p. 75.
- FRAGA, Luis, «Latino Political Incorporation and the Voting Rights Act», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON, (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 278.
- FRÉMONT, Jacques, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation», dans, CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ (XIV^e), *Droit contemporain, 1994: rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, p. 644.
- FRITZ, Ronald, «Effective Representation Denied: *MacKinnon v. Prince Edward Island*», (1994) 4 *Revue nationale de droit constitutionnel* 207.
- «Drawing Electoral Boundaries in Compliance With the Charter: The Alberta experience», (1995-96) 6 *Revue nationale de droit constitutionnel* 347.
- «The Saskatchewan Electoral Boundaries Case and Its Implications», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH, (dir.), *Drawing Boundaries: Legislatures, Courts and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 70.
- FRIZZELL, Alan, «Au service du public—La représentation dans un Canada moderne», dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions électorales au Canada*, Vol. 11 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 301.
- GADAMER, Hans, «The nature of things and the language of things», dans David LINGE (dir.), *Philosophical Hermeneutics: Hans Gadamer*, Berkeley, University of California Press, 1976, p. 69.
- «On the Scope and Function of Hermeneutical Reflection», dans David LINGE (dir.), *Philosophical Hermeneutics: Hans Gadamer*, Berkeley, University of California Press, 1976, p. 18.
- «The Universality of the Hermeneutical Problem», dans Gayle ORMISTON et Alan SCHRIFT (dir.), *The Hermeneutical Tradition, From Heidegger to Ricoeur*, Albany, State University of New York Press, 1990.
- GARANT, Patrice, «La Charte constitutionnelle de 1982 et la démocratie électorale canadienne», (1991) 21 *R.D.U.S.* 429.
- «La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne», (1990) 31 *C. de D.* 409.
- GATTI-DOMENACH, Jacqueline, «Le système électoral israélien», (1990) 106 *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 989.

- GOLD, Marc, «The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada», (1985) 7 *Supreme Court Law Review* 455.
- «Moral and Political Theories in Equality Rights Adjudication», dans Joseph WEILER et Robin ELLIOT (dir.), *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 85.
- «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *R.J.T.* 1.
- GOVOROFF, Marina, «Le débat sur la réforme électorale en Grande-Bretagne depuis 1974», (1986) 102 *Revue de droit public et de science politique en France et à l'Étranger* 1043.
- GRAY, Charlotte, «Purchasing Power», dans Gregory MAHLER et Roman MARCH (dir.), *Canadian Politics 91/92*, Connecticut, The Duskin Publishing Group, 1991, p. 123.
- GREY, Thomas, «Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought», (1978) 30 *Stanford Law Rev.* 843.
- GREEN, Leslie, «Is World Citizenship a Practicality?», (1987) 25 *Annuaire canadien de droit international* 151.
- GROFMAN, Bernard, «What Happens After One Person-One Vote? Implications of the United States Experience for Canada», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH (dir.), *Drawing Boundaries. Legislatures, Courts, and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 156.
- GRZEGORCZYK, Christophe, «Le droit comme interprétation officielle de la réalité», (1990) 11 *Droits* 31.
- GUADAGNINI, Marila, «A 'Partitocrazia' Without Women: The Case of the Italian Party System», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 168.
- GUBA, Egon, «The Alternative Paradigm Dialog», dans E. GUBA (dir.), *The Paradigm Dialog*, Newberry Park (Calif.), Sage Publications, 1990, p. 17.
- GUILLAUME, Sylvie, «Citoyenneté et colonisation», dans Dominique COLAS, Claude ÉMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité, Perspectives en France et au Québec*, Paris PUF, 1991, p. 125.
- GUINIER, Lani, «[E]racing Democracy: The Voting Rights Cases», (1994-95) 108 *Harvard Law Rev.* 109.
- «Voting Rights and Democratic Theory: Where Do We Go From Here?», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 283.
- GUNLICKS, Arthur, «Campain and Party Finance in the West German 'Party State'» (1988) 50 *Review of Politics* 30.
- HABERMAS, Jurgen, «A Review of Gadamer's *Truth and Method*», dans Gayle ORMISTON et Alan SCHRIFT (dir.), *The Hermeneutical Tradition, From Hart to Ricoeur*, Albany, State University of New York Press, 1990, p. 213.
- HART, Herbert L.A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», (1957-58) 71 *Harv. Law Rev.* 593.
- HEARD, Andrew, «The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights», (1995) 18 *Dalhousie Law Journal* 380.

- HEITZMAN, Keith, «Les luttes électorales, les dépenses d'élection et l'avantage du député sortant», dans Leslie SEIDLE (dir.), *Aspects du financement des partis et des élections au Canada*, Vol. 5 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 109.
- HENRY, Jean-Pierre, «Vers la fin de l'État de droit?», (1977) 93 *Rev. de droit public* 1207, 1208.
- HIEBERT, Janet, «Fair Elections and Freedom of Expression Under the Charter», (1989-90) 24 *Revue d'études canadiennes* 72.
- «Les groupes d'intérêt et les élections fédérales canadiennes», dans L. SEIDLE (dir.), *Les groupes d'intérêt et les élections au Canada*, vol. 2 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Laflour, 1991, p. 3
- HOGG, Peter, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» dans Richard F. DEVELIN, *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1991, p. 382.
- HOY, David Couzens, «Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 136.
- HUTCHINSON, Allan et PETTER, Andrew, «Private Right/Public Wrong: The Liberal Lie of the Charter», (1988) 38 *U. of T. L. J.* 278.
- HYSON, Stewart, «New Brunswick's Electoral Constituencies, 1987 and 1991 Provincial General Elections», texte non publié présenté au Congrès annuel de l'Association canadienne de science politique, Université de l'Île-du-Prince-Édouard, 31 mai, 1er et 2 juin 1992.
- ISSALYS, Pierre, «La loi dans la culture juridique québécoise: sources et cheminements d'une idée», dans Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'Amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, p. 289.
- JENSON, Jane, «Innovation and Equity. The Impact of Public Funding», dans Leslie SEIDLE (dir.), *Comparative Issues in Party and Election Finance*, Vol. 4 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 111.
- JOHNSON, David, «Canadian Electoral Boundaries and the Courts: Practices, Principles and Problems», (1994) *Revue de droit de McGill* 224.
- KANTER, Michael, «The Government Action Doctrine and The Public/Private Distinction: Searching for Private Action», (1990) 15 *Queen's Law Journal* 33.
- KELSEN, Hans, «La garantie constitutionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», (1928) *R.D.P.* 197.
- KNOPFF, Rainer et MORTON, Frederick Lee, «Nation-Building and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans Allan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (dir.), *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 133.
- «Charter Politics in Alberta: Constituency Apportionment and the Right to Vote», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH (dir.), *Drawing Boundaries:*

- Legislatures, Courts and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 96.
- KOLINSKY, Eva, «Party Change and Women's Representation in Unified Germany», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 113.
- «Political Participation and Parliamentary Careers: Women's Quota in West Germany», (1991) *West European Politics* 56.
- LAKEMAN, Enid, «Comparing Political Opportunities in Britain and Ireland», dans Wilma RULE et Joseph ZIMMERMAN (dir.), *Electoral Systems in Comparative Perspective. Their Impact on Women and Minorities*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 1994, p. 45.
- LAJOIE, Andrée, «Contributions à une théorie de l'émergence du droit — 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *Revue Juridique Thémis* 103.
- Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOIN, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 *R. du B.* 675.
- Stéphane PERRAULT, Henri QUILLINAN et Armelle CHITRIT, «Jean Beetz: sur la société libre et démocratique», (1994) 28 *Revue Juridique Thémis* 557.
- Régine ROBIN, Sébastien GRAMMOND, Henry QUILLINAN, Louise ROLLAND, Stéphane PERRAULT et Armelle CHITRIT, «Les représentations de «société libre et démocratique» à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien», (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295.
- et Henry QUILLINAN, «Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution—The Proportionality Test as a Moving Target», (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 401.
- LANDREVILLE, Pierre et LEMONDE, Lucie, «Le droit de votes des personnes incarcérées», dans Michael CASSIDY (dir.), *Les droits démocratiques et la réforme électorale au Canada*, vol. 10 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 31.
- LAROUCHE, Pierre, «Canada», (1993) IX *Annuaire international de justice constitutionnelle* 97.
- LAVERGNE, Guy, «La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder», (1986) 27 *C. de D.* 901.
- LECA, Jean, «De quoi parle-t-on?» dans LES DOSSIERS DE L'ÉTAT DU MONDE, *Nations et nationalismes*, Paris, La Découverte, 1995, p. 17.
- LECLAIR, Jean, «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement», (1996) 27 *R. G. D.* 137.
- LENOBLE, Jacques, «Droit et communication: Jürgen Habermas», dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 172.
- LIJPHART, Arend, «Consociational Democracy», (1969) 21 *World Politics* 207.
- LIPSON, Leslie, «Whom, and What, do Representatives Represent?», texte d'une conférence présentée à Bruxelles à l'occasion du 17^{ème} congrès mondial de l'Association

- internationale de science politique, 18-23 sept. 1967 (Bibliothèque de droit de l'Université de Montréal).
- LOPEZ PINTOR, Raphael, «Alphabetic Bias in Partisan Elections: Patterns of Voting for the Spanish Senate, 1982 and 1986», (1988) 7 *Electoral Studies* 225.
- LOSCHAK, Danièle, «La citoyenneté: un concept juridique flou», dans Dominique COLAS, Jacques ZYLBERBERG et Claude EMÉRI (dir.), *La démocratie dans tous ses états*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 179.
- «Les hommes politiques, les 'sages' (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)», (1983) *Droit social* 131.
- LOUSSE, Émile, «Les caractères essentiels de l'État corporatif médiéval», dans ÉDITIONS DE LA LIBRAIRIE ENCYCLOPÉDIQUE, *Études présentées à la commission internationale pour l'histoire des assemblées d'États*, Bruxelles, 1967, p. 55.
- LUCHAIRE, François, «L'Union européenne et la Constitution», (1992) 108 *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 589.
- MACDONALD, Doug, «Communautés écologiques et délimitation des circonscriptions électorales», dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions électorales au Canada*, Vol. 11 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 253.
- MACDONALD, Lois, «The Feasibility of a Separate Feminist Political Party», (1992) 12 *The Windsor Yearbook of Access to Justice* 235.
- MACDONALD, Roderick A., «The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: The Canadian Experience», dans Kalman KULCSAR et Denis SZABO, (dir.), *Dual Images — Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic*, Société Royale du Canada, 1996, p. 52.
- MACKAY, Wayne, «Freedom of expression: Is It All Just Talk?», (1989) 68 *R. du B. can.* 713.
- MADISON, Gary, «Beyond Seriousness and Frivolity: A Gadamerian Response to Deconstruction», dans Hugh SILVERMAN (dir.), *Gadamer and Hermeneutics*, New York, Routledge, 1991, p. 119.
- MAHLER, George, «Canada: Two Nations, One State?», dans David FRANKLIN et Michael BAUN (dir.), *Political Culture and Constitutionalism, A Comparative Approach*, New York/London, M.E. Sharpe, 1995, p. 56.
- MAHONEY, Kathleen, «The Limits of Liberalism», dans Richard DEVLIN (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery, 1991, p. 57.
- MANDERSON, Desmond, «Statuta v. Acts: Interpretation, Music, and Early English Legislation» (1995) 7 *Yale Journal of Law and the Humanities* 317.
- MARCIL-LACOSTE, Louise, «The paradoxes of Pluralism», dans Chantal MOUFFE (dir.), *Dimensions of Radical Democracy*, Londres/New York, Verso, 1992, p. 134.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba, «Une définition normative du droit», (1990) 11 *Droits* 51.
- MASSICOTTE, Louis, «Le financement des partis au Québec — Analyse des rapports financiers de 1977 à 1989», dans Leslie SEIDLE, *Le financement des partis et des élections de niveau provincial au Canada*, Vol. 3 de la collection d'études présentées à la

- Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.
- McCLURE, Kristie, «On the Subject of Rights: Pluralism, Plurality and Political Identity», dans Chantal MOUFFE (dir.), *Dimensions of Radical Democracy*, Londres/New York, Verso, 1992, p. 108.
- McKAY, Robert, «Affirmative Gerrymandering», dans Bernard GROFMAN, Arend LIJPHART, Robert McKAY et Howard SCARROW (dir.), *Representation and Redistricting Issues*, Toronto, Lexington Books, 1982, p. 91.
- MEAD, Margaret, «Some anthropological Considerations Concerning Natural Law», dans M. FREEMAN, *op. cit.*, note 424, p. 185.
- MERRIAM, Kathleen Howard, «Guaranteed Seats for Political Representation of Women», (1990) 10 *Women and Politics* 17.
- MICHELMAN, Frank, «Law's Republic», (1988) 97 *Yale Law Journal* 1493.
- MILES, Angela, «Feminism, Equality, and Liberation», (1985) 1 *Can. Jour. of Women and the Law* 42.
- MOCKLE, Daniel, «L'État de droit et la théorie de la *rule of law*», (1994) 35 *C. de D.* 823.
- MONCONDUIT, François, «État et démocratie», (1986) *****Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 327.
- MOORE, Michael, «A Natural Law Theory of Interpretation», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 277.
- MOREL, André, «La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1664 à 1774», (1960) *R. du B.* 53.
- MORIN, Jacques-Yvan, «Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?*», dans Jean-Louis BAUDOIN, Jean-Maurice BRISSON, François CHEVRETTE et al. (dir.), *Les mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995.
- MORIN, Michel, «L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867», (1994) 35 *C. de D.* 23.
- MORTON, Desmond, «Should Elections Be Fair or Just Free?», dans David SCHNEIDERMAN (dir.), *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Thomson Professional Publishing, 1991, p. 462.
- MULDOON, Francis C., «Quo Warranto and the Legislator, Stubbs and Steinkopf revisited», (1970-71) 4 *Man. L. J.* 178.
- NOEL, Sidney John Roderick, «Consociational Democracy in Canadian Federalism» (1971) 4 *Can. Jour. of Pol. Science* 16.
- NORRIS, Pippa et LOVENDUSKI, Joni, «Gender and Party Politics in Britain», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 35.
- O'BRIAN, Gary, «Parliamentary Procedure in Upper Canada, 1792-1820», (1982) 74 *Ontario History* 284.
- OPPETIT, Bruno, «Le droit hors de la loi», (1989) 10 *Droits* 47.
- O'ROURQUE, Timothy, «The 1982 Amendments and the Voting Rights Paradox», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting:*

- The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 85
- PELLETIER, Marcel, «Privilege in the Canadian Parliament», (1973) 54 *Parliamentarian* 143.
- PELLETIER, Réjean, «État, démocratie, classe politique et partis. Sont-ils toujours conciliables?», dans Jacques ZYLBERBERG et Claude EMERI (dir.), *La démocratie dans tous ses états*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 169.
- et TREMBLAY, Manon, «Les femmes sont-elles candidates dans des circonscriptions perdues d'avance? De l'examen d'une croyance», (1992) 25 *Revue canadienne de science politique* 249.
- PERLEMAN, Chaïm, «La motivation des décisions de justice, essai de synthèse», dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1978, p. 215 [530].
- PEUCHOT, Éric, «Droit de vote et condition de nationalité», (1991) 107 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 481.
- PILDES, Richard et NIEMI, Richard, «Expressive Harms, "Bizarre Districts", and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after *Shaw v. Reno*», (1993) 92 *Mich. L. Rev.* 483.
- PITKIN, Anna, «Justice: On Relating Private and Public», (1981) 9 *Pol. Theory* 327.
- POCOCK, John Greville Agard, «The Ideal of Citizenship Since the Classical Times», dans Ronald BEINER, (dir.), *Theorizing Citizenship*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 29.
- RASKIN, Jamin, «Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meaning of Alien Suffrage», (1993) 141 *U. of Pennsylvania L. Rev.* 1391.
- RASMUSSEN, Jorgen, «Women's Role in Contemporary British Politics: Impediments to Parliamentary Candidature», (1983) 36 *Parliamentary Affairs* 300.
- RIALS, Stéphane, «L'office du juge», (1989) 9 *Droits* 3.
- RICHARDS, Robert G. et IRVINE, Thomas, «Reference Re Provincial Electoral Boundaries: an Analysis», dans John COURTNEY, Peter MacKINNON et David SMITH (dir.), *Drawing Boundaries. Legislatures, Courts, and Electoral Values*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1992, p. 48.
- ROCHER, Guy, «Les ambiguïtés d'un Canada bilingue et multiculturel», (1972) *Revue de l'Ass. can. d'éducation de langue française* 21
- «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.
- RORTY, Richard, «Solidarity or Objectivity», dans Lawrence CAHOONE (dir.), *From Modernism to Postmodernism*, Cambridge, Blackwell Publishers, 1996, p. 573.
- ROSBURG, Gerald, «Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?», (1977) *Michigan Law Rev.* 1092.
- ROSE, Richard, «Still the Era of Party Government», (1983) 36 *Parliamentary Affairs* 282.
- RULE, Wilma, «Parliaments of, by, and for the People: Except for Women?», dans Wilma RULE et Joseph ZIMMERMAN (dir.), *Electoral Systems in Comparative Perspective. Their Impact on Women and Minorities*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 1994, p. 15.

- SAINSBURY, Diane, «The Politics of Increased Women's Representation: the Swedish Case», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 263.
- Michelle SAINT-GERMAIN, «The Representation of Women and Minorities in the National Legislatures of Costa Rica and Nicaragua», dans Wilma RULE et Joseph ZIMMERMAN (dir.), *Electoral Systems in Comparative Perspective. Their Impact on Women and Minorities*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 1994, p. 211.
- SCARROW, Howard, «Ballot Format in Plurality Partisan Elections», dans Bernard GROFMAN et Arend LIJPHART (dir.), *Electoral Laws and their Political Consequences*, New York, Agathon Press, 1986, p. 242.
- SCHANCK, Peter, «Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation», (1992) 65 *S. California L. Rev.* 2505.
- SCHAUER, Frederick, «Easy Cases», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 399.
- SÉRIAUX, Alain, «Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit», (1989) 10 *Droits* 85.
- SIMON, Larry, «The Authority of the Constitution and its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation», (1985) 58 *S. Cal. Law Rev.* 603.
- SKEIE, Hege, «Ending the Male Political Hegemony: the Norwegian Experience», dans Joni LOVENDUSKI et Pippa NORRIS (dir.), *Gender and Party Politics*, 2^e éd., Londres, Sage Publications, 1995, p. 231.
- SLATTERY, Brian, «Charter of Rights and Freedoms—Does It Bind Private Persons?», (1985) 63 *R. du B. can.* 148.
- SLEDZIEWSKI, Élisabeth, «Démocratie», dans Pascal ORY, (dir.), *Nouvelle histoire des idées politiques*, Coll. Pluriel, Paris Hachette, 1987, p. 566.
- SLOSAR, Stanislas, «La citoyenneté canadienne et ses effets juridiques», (1979) 10 *R.D.U.S.* 157.
- STEED, Michael, «The Constituency», dans James Paul JOHNSTON et Harvey PASSIS (dir.), *Representation and Electoral Systems—Canadian Perspectives*, Scarborough, Prentice-Hall Canada, 1990, p. 189.
- STEWART, Alan, «Dixon v. Attorney General of British Columbia», (1990) 69 *R. du B. Can.* 355.
- «La communauté d'intérêts dans le remaniement des circonscriptions électorales», dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions électorales au Canada*, Vol. 11 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 133.
- SULLIVAN, Kathleen, «Rainbow Republicanism», (1988) 97 *Yale Law Jour.* 1713.
- SUNSTEIN, Cass, «Beyond the Republican Revival», (1988) 97 *Yale Law Jour.* 1539.
- SWAIN, Carol, «Some Consequences of the Voting Rights Act», dans Bernard GROFMAN et Chandler DAVIDSON (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992, p. 292.
- TAYLOR, Charles, «Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate», dans Nancy ROSENBLUM (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 159.

- «The politics of Recognition», dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25.
- «Two Theories of Modernity», (1992) 25 *Hastings Center Report*, n° 2, 24.
- THOMAS, Paul, «Parliamentary Reform Through Political Parties», dans John COURTNEY (dir.), *The Canadian House of Commons: Essays in Honour of Norman Ward*, Calgary, University of Calgary Press, 1985, p. 43.
- TOUSIGNANT, Pierre, «Note critique: la problématique du gouvernement responsable dans une nouvelle perspective historique», (1988) 42 *Rev. hist. Amér. française* 253.
- TREMBLAY, Luc, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif: une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme», (1996) 56 *R. du B.* 141.
- TROPPEL, Michel, «Justice constitutionnelle et démocratie», (1990) 1 *Revue française de droit constitutionnel*, 31.
- «Pour une définition stipulative du droit», (1989) 10 *Droits* 101.
- TRUDEL, Pierre et ABRAN, France, «The Constitutional Obligation to Finance the CBC in a Way Consistent with Editorial Freedom», (1996-97) 7 *Revue nationale de droit constitutionnel* 43.
- VAN PARIJS, Philippe, «Les théories contemporaines de la justice: impasse ou nécessité?» dans Jacques BIDEZ (dir.), *Les paradigmes de la démocratie*, Paris, PUF, 1994, p. 53.
- WALLOT, Jean-Pierre, «Les Canadiens français et les Juifs (1808-1809): l'affaire Hart», dans Naïm Kattam, éd., *Juifs et Canadiens*, Montréal, Éditions du Jour, 1967, p. 111.
- WALKER, Brian, «John Rawls, Mikhail Bakhtin, and the Praxis of Toleration», (1995) 23 *Political Theory* 101.
- WALZER, Michael, «Philosophy and Democracy», (1981) 9 *Political Theory* 379.
- WARD, Norman, «A Century of Constituencies», (1967) 10 *Administration Publique du Canada* 105, 107.
- «Electoral Corruption and Controverted Elections», (1949) 15 *Can. Jour. of Econ. & Pol. Sci.* 74.
- WEBER, Albrecht, «Jurisprudence constitutionnelle étrangère. Allemagne: le droit de vote communal des étrangers», (1991) 7 *Revue française de droit constitutionnel* 553.
- WELLS, David, «Against Affirmative Gerrymandering», dans Bernard GROFMAN, Arend LIJPHART, Robert McKAY et Howard SCARROW (dir.), *Representation and Redistricting Issues*, Toronto, Lexington Books, 1982, p. 77.
- WILLIAMS, Melissa, «Burkean "Descriptions" and Political Representation: A Reappraisal», (1996) 29 *Revue canadienne de science politique* 23
- «The Complexity of Fair Representation», article non publié, présenté à Montréal le 14 octobre 1995 devant le «Groupe de travail sur la philosophie et le multiculturalisme».
- WINTER, Steven, «Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law», (1990) 78 *California Law Rev.* 1441.

- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, «Nation et citoyenneté: un couple d'associés-rivau», dans LES DOSSIERS DE L'ÉTAT DU MONDE, *Nations et nationalismes*, Paris, La Découverte, 1995, p. 49.
- YOUNG, Iris Marion, «Polity and Group difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship», (1988-89) 99 *Ethics* 250.
- YOUNG, Lisa, «L'incidence du taux de roulement des députés sur l'élection des femmes à la Chambre des communes», dans Kathy MEGYERY (dir.), *Les femmes et la politique canadienne*, Vol. 6 de la collection d'études présentées à la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 89.

Ouvrages de Référence

- ARNAUD, André-Jean, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993.
- BLAUSTEIN, Albert, *Constitutions of the Countries of the World*, édition perpétuelle, New York, Oceana Publications, 1971.
- BROWN, Joshia, *Reports of Cases Upon Appeals and Writs of Error in the High Court of Parliament, From the Year 1701, to the Year 1779*, vol. I, E. Lynch, Dublin, 1784 (coll. spéciale, faculté de droit, Université d'Ottawa).
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Conventions et accords européens*, Strasbourg, le Conseil, 1993.
- DOUGHTY, Arthur et McARTHUR, Duncan, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1791-1818*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1915.
- DUVERGER, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, coll. Thémis, Paris, PUF, 1974.
- EVANS, Michael et JACK, Ian, *Sources of English Legal and Constitutional History*, Toronto, Butterworths, 1984.
- FRASER, Simon, *Reports of the Proceedings of the Select Committees of the House of Commons in the Following Cases of Controverted Elections*, 2 vol., Londres, Butterworths, 1791.
- KENNEDY, William Paul McClure (dir.), *Documents of the Canadian Constitution*, Toronto, Oxford University Press, 1918.
- KEIR, Sir David Lindsay et LAWSON, Frederick Henry, *Cases in Constitutional Law*, 5è éd., Oxford, Clarendon Press, 1967.
- STEPHENSON, Carl et MARCHAM, Frederick George, *Sources of English Constitutionnal History*, Harpers Historical Series, New York, Evanston et Londres, Harper & Brothers, 1937.
- SWINDLER, William F., *Sources and Documents of the United States Constitutions*, vol. 5, New York, Oceana Publications, 1975.
- WILLIAMS, E. Neville, *The Eighteenth-Century Constitution, 1688-1815—Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960.