

**LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS NON ÉCRITS :
Fondement épistémologique et normatif**

Luc B. Tremblay (Université de Montréal, Canada)

**Ce texte est une version non finale d'un texte sur les principes constitutionnels non écrits. Les notes de bas de page sont généralement omises. Prière de ne pas le reproduire sans le consentement exprès de l'auteur.*

Dans une série de décisions controversées depuis une vingtaine d'années, la Cour suprême du Canada a donné plein effet juridique à des principes constitutionnels non écrits¹. Ces principes, qui lient à la fois les tribunaux et les gouvernements, peuvent non seulement guider l'interprétation du texte constitutionnel mais constituer les prémisses de thèses constitutionnelles qui amènent «à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel» et, dans certaines circonstances, «donner lieu à des obligations juridiques substantielles ... qui posent des limites à l'action gouvernementale». Conférer une telle force normative à des principes constitutionnels non écrits soulève un ensemble de questions théoriques, épistémologiques et normatives. Quel est le statut des principes? Quelle est leur source ou leur fondement? Comment les détermine-t-on? Quel est le fondement de leur légitimité? De quel droit le pouvoir judiciaire peut-il les utiliser pour créer des obligations juridiques substantielles?

L'objectif de ce texte est d'examiner ces questions. Je soutiendrai que les principes constitutionnels non écrits tirent leur statut, leur origine et leur légitimité morale d'un ensemble de normes antérieures relatives à la légitimité politique des actes gouvernementaux (lois,

¹ Voir, par exemple, *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

décisions politiques), telles que comprises et appliquées par les tribunaux. Bien qu'il puisse y avoir des raisons de penser que cette thèse dépasse le contexte juridique canadien, ma réflexion procèdera généralement de l'opinion de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*² (ci-après le «Renvoi») rendue en 1998. Le Renvoi est déjà considéré par plusieurs constitutionnalistes comme l'une des plus importantes opinions constitutionnelles jamais rendues par la Cour suprême du Canada. En plus d'énoncer une solution juridique qui maintenait un délicat équilibre entre des valeurs constitutionnelles concurrentes, la Cour proposait un fondement aux principes constitutionnels non écrits qui rompait radicalement avec les arguments avancés dans les affaires antérieures qui les fondaient sur les dispositions explicites et le préambule des textes constitutionnels. Dans une première section, je voudrais rappeler comment, dans le Renvoi, la Cour suprême du Canada a apparemment conçu les principes constitutionnels non écrits. Après avoir souligner les limites de cette conception, je soutiendrai, dans une seconde section, que trois thèses permettent de fonder le statut, l'origine et la légitimité morale des principes constitutionnels non écrits.

I. Les principes constitutionnels non écrits selon la Cour suprême du Canada

Le statut des principes constitutionnels non écrits représente la position ou la situation qu'ils occupent au regard du droit dans la pratique et le discours constitutionnels. Sont-ils juridiques ou non juridiques? S'ils sont juridiques, sont-ils fondamentaux ou subordonnés? S'ils ne le sont pas, relèvent-ils de la science du droit ou de la morale politique? Le statut des principes permet

2. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Les références entre parenthèses dans le texte réfèrent aux paragraphes énumérés dans le Renvoi. On peut trouver le texte du Renvoi à l'adresse suivante : http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1998/vol2/html/1998rcs2_0217.html

de déterminer leurs traits généraux ou leur caractère (leur «nature») et, par voie de conséquence, leur rôle ou leur fonction spécifique. La fonction ou le rôle des principes constitutionnels non écrits désigne la tâche qu'ils accomplissent dans la pratique et le discours constitutionnels. Servent-ils à expliquer et décrire ou à justifier le droit dans son ensemble, les normes juridiques particulières ou les institutions politiques? Nous aident-ils à connaître le droit tel qu'il est ou nous indiquent-ils comment le droit devrait être? Ainsi, au statut correspond un rôle ou une fonction. Il arrive toutefois que la seule manière d'établir le statut des principes et, par voie de conséquence, leurs traits généraux ou leur caractère, est d'examiner la fonction ou le rôle que ces principes jouent effectivement dans la pratique et le discours constitutionnels. Il faut voir l'usage qu'en font les juristes, les constitutionnalistes, voire la population en général, lorsqu'ils agissent ou raisonnent conformément au droit ou lorsqu'ils évaluent et critiquent les actes et les décisions gouvernementales. En ce sens, la détermination du statut des principes constitutionnels non écrits et, par voie de conséquence, de leurs traits généraux ou caractère, pourrait dépendre de leur fonction ou rôle effectif.

Dans la pratique et le discours constitutionnels canadien, les principes constitutionnels non écrits exercent divers types de fonctions. Certains d'entre eux ont une fonction descriptive et explicative. C'est le cas, par exemple, des principes qui expliquent d'une manière synthétique le droit constitutionnel dans son ensemble ou un aspect de ce dernier. Ces principes constituent des propositions de fait qu'un théoricien ou un juriste juge importantes aux fins de la connaissance juridique. Les trois principes premiers proposés au 19^e siècle par le constitutionnaliste anglais Albert V. Dicey, la souveraineté du Parlement, la primauté du droit ou Rule of Law, et les conventions constitutionnelles, constituaient des principes de ce type. Ils

étaient conçus pour contribuer à une science du droit de type positiviste³. De même, les principes constitutionnels qui nomment un ensemble complexe de règles ou de doctrines constitutionnelles existantes, tel le principe des privilèges parlementaires, ont aussi une fonction descriptive. Ces principes constituent des raccourcis commodes représentant un ensemble beaucoup plus complexe de normes, de pratiques ou d'institutions. Puisque ces principes descriptifs ou explicatifs ne sont pas conçus pour produire et, dans les faits, ne produisent pas d'effets juridiques, leur statut est conçu comme non juridique.

D'autres principes constitutionnels non écrits exercent une fonction normative. Un principe normatif représente une norme générale et abstraite qui exprime ou présuppose un jugement de valeur relativement à la promotion ou la protection d'un certain bien, conçu comme état de chose désirable et pertinent du point de vue constitutionnel, et qui, en tant que tel, justifie une ou plusieurs normes constitutionnelles plus spécifiques ou constitue une raison d'agir ou de décider sur la base de telles normes. Certains principes normatifs sont non juridiques. Par exemple, les principes constitutionnels non écrits qui conditionnent l'existence de «conventions constitutionnelles» n'ont pas, en tant que tels, de statut juridique. Ils expriment néanmoins un jugement de valeur relativement à la promotion ou au maintien d'un certain bien désirable du point de vue constitutionnel (le fédéralisme, la démocratie) et qui, en tant que tel, constitue une raison d'agir conformément à certains modèles constitutionnels spécifiques⁴. D'autres principes constitutionnels non écrits sont juridiques. Par exemple, les principes constitutionnels dits

3 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, Macmillan Education Ltd., 1959, «Outline of Subject».

4 Voir, par exemple, *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

«implicites» pour le motif qu'ils seraient «nécessairement impliqués» par les dispositions explicites des textes constitutionnels constituent des principes juridiques. En affirmant le caractère «exclusif» des compétences gouvernementales, les dispositions écrites impliqueraient nécessairement un «principe fédéral qui reconnaît l'exclusivité». En énonçant le droit à l'égalité ou à certaines libertés, le texte impliquerait nécessairement l'existence d'un «principe d'égalité» et d'un «principes de liberté».

Cependant, les principes constitutionnels non écrits qui nous intéressent ne sont ni descriptifs ni normatifs en ces sens conventionnel et implicite. Ce sont des principes normatifs qui, de l'avis de la Cour, «ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle» (par. 32). Ces principes constitutionnels, qualifiés de «sous-jacents», «lient à la fois les tribunaux et les gouvernements» (par. 54). Puisqu'ils ont «plein effet juridique» et peuvent donner lieu à des «obligations juridiques substantielles» (par. 54), on pourrait penser qu'ils possèdent aussi un statut juridique. J'expliquerai plus bas pourquoi il y a de bonnes raisons de les qualifier de «juridiques».

Dans le Renvoi, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence et la force normative de tels principes constitutionnels non écrits. Cette affaire concernait le pouvoir de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement de la province de Québec, en vertu de la Constitution du Canada, de procéder, unilatéralement à la sécession de la province de Québec du Canada. La Cour aurait pu, à l'instar de plusieurs constitutionnalistes canadiens, nier ce pouvoir en s'appuyant tout simplement sur les dispositions explicites de la Constitution qui détermine les

critères formels de modification constitutionnelle. En effet, en vertu de ces critères, la légalité d'une sécession unilatérale semblait peu probable⁵. Cependant, puisque cette affaire alliait «des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates» (par. 1), la Cour a jugé nécessaire d'examiner «un certain nombre de principes sous-jacents» (par. 1). Les principes pertinents étaient au nombre de quatre (l'énumération n'étant pas exhaustive) : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit et le respect des minorités.

L'analyse de la Cour suggère que ce type de principes normatifs exerce au moins trois types de fonctions. Premièrement, ils rendent intelligibles d'un point de vue pratique toutes les autres normes constitutionnelles écrites et non écrites. Cette fonction comporte deux aspects inséparables. D'une part, les principes constituent le fond même des normes constitutionnelles spécifiques et de la structure constitutionnelle qu'elles sont censées établir. La substance des principes est infusée dans les normes constitutionnelles qu'ils sous-tendent et ces dernières tirent leur signification, leur sens et leur cohérence de cette substance. Les principes sous-jacents sont, pour ainsi dire, contenus dans les normes et la structure constitutionnelles et participent à ce que les philosophes nomment le «cercle herméneutique» : la signification des éléments spécifiques de la Constitution dépend de la signification des principes d'arrière-plan qui donnent un sens à la Constitution dans son ensemble. La Cour exprime cet aspect lorsqu'elle affirme qu'il serait «impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux» (par 51). Elle l'exprime encore lorsqu'elle affirme que les principes constitutionnels non écrits «imprègnent» la Constitution, «lui donnent vie» (*breathe life into the constitution*) (par. 50) et qu'ils «en sont la

⁵ Voir, par exemple, J. Webber, «The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law», (1997) 42 R.D. McGill 281.

force vitale» (its lifeblood) (par 51). Elle l'exprime enfin en affirmant qu'ils «inspirent et nourrissent» le texte de la Constitution et qu'ils en sont les «prémises inexprimées» (par. 49). D'autre part, les principes constitutionnels non écrits énoncent une raison, une valeur, une finalité ou autre considération qui fait de la structure constitutionnelle que les normes constitutionnelles sont censées établir une chose qui peut valoir la peine d'établir et, conséquemment, d'être soutenue par les autorités compétentes (par. 58, 59). L'énoncé de la Cour suprême selon lequel les principes «sont investis d'une force normative puissante» (par. 54) semble exprimer ce second aspect. Quoi qu'il en soit, l'analyse détaillée des principes constitutionnels pertinents dans le Renvoi (par. 55 à 82) l'exprime clairement (par ex : par. 58, 59, 64, 67, 70, 78, 81). Je nommerai cette première fonction, à défaut d'autres termes, la «fonction herméneutique».

Deuxièmement, les principes guident l'interprétation même du texte constitutionnel, c'est-à-dire, la définition des sphères de compétence, la portée des droits et des obligations ainsi que le rôle des institutions politiques (par. 52). Ils le font en indiquant le bien plus général (le but, la finalité ou le *telos*) que les dispositions constitutionnelles spécifiques, ou l'ensemble de ces dispositions, sont censées matérialiser par leurs normes concrètes. Puisque la Constitution est conçue comme un «arbre vivant», ces principes justifient aussi l'interprétation «évolutive» du texte constitutionnel, incluant celles qui modifient profondément les normes constitutionnelles existantes. Selon la Cour, le respect de ces principes est «indispensable au processus permanent d'évolution et de développement» de la Constitution (par 52). Je nommerai cette seconde fonction la «fonction d'interprétation».

Troisièmement, ils justifient la création judiciaire de normes constitutionnelles plus spécifiques et concrètes⁶, ou la création d'exceptions à des normes constitutionnelles valides⁷, en comblant les lacunes des dispositions expresses du texte constitutionnel (par. 53). Ils peuvent exercer cette fonction en général lorsque surgit des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Selon la Cour suprême, de tels principes fournissent aux tribunaux les «prémisses de thèses constitutionnelles» qui justifient la reconnaissance de nouvelles normes constitutionnelles juridiques ou d'exceptions à des normes existantes (par. 53). Il s'ensuit que les principes constitutionnels non écrits peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles, tantôt abstraites et générales tantôt spécifiques et précises, obligations «qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale» (par 54). En l'occurrence, le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exigeait que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession «donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé» (par. 88). La tentative «légitime», par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution «a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations» (par. 88) et «de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment» (par. 88). La nature et le contenu de

6 Voir, par exemple, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

7 Voir, par exemple, *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

l'obligation juridique sont aussi régis par les mêmes principes non écrits qui doivent être conçus pour fonctionner en «symbiose» : «[a]ucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre» (par. 49; voir aussi 92, 93 et 94). Je nommerai cette troisième fonction la «fonction de création».

Les trois fonctions des principes constitutionnels non écrits -- herméneutique, d'interprétation et de création -- sont controversées au Canada. Toutefois, trois types de question plus fondamentales sont récurrentes : les questions d'ordre ontologique, d'ordre épistémologique et d'ordre normatif. Les questions d'ordre ontologique posent essentiellement ceci : une constitution ou le droit constitutionnel canadien est-il constitué de propriétés qui incluent ou impliquent nécessairement ce que la Cour nomme les principes constitutionnels non écrits? Plus spécifiquement, les principes constitutionnels reconnus par la Cour existent-ils dans la réalité juridique canadienne? Cette question difficile soulève un ensemble de questions spéculatives qui vont au cœur même de la théorie constitutionnelle et de la philosophie du droit, notamment les questions plus générales sur la nature d'une constitution et du droit.

Pour la Cour suprême du Canada, l'existence même de principes non écrits dans la Constitution canadienne ne semble pas faire de doute. Trois types de considérations justifient sa position. Premièrement, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui énonce que le Canada est doté d'«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni», aurait eu pour effet d'incorporer par renvoi certains principes constitutionnels non écrits

(par. 53)⁸. Ces principes sont non écrits de deux manières. D'une part, l'incorporation se fait par renvoi; les principes ne sont donc pas explicités dans les textes. D'autre part, les principes du droit constitutionnel du Royaume-Uni auxquels le préambule renvoie sont eux-mêmes, pour la plupart, non écrits. Cependant, il est hautement probable que le préambule ne puisse pas justifier l'existence de tous les principes constitutionnels non écrits. Deuxièmement, au moins certains principes seraient implicites de par la nature même d'une constitution (par. 50). Selon la Cour, une constitution implique qu'elle doit «résister au passage du temps» et résoudre «des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte» (par. 32). Une constitution «doit» donc comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un «cadre juridique exhaustif» pour le système de gouvernement (par. 32). Il s'ensuit qu'il existe, «nécessairement», dans la Constitution canadienne, des «règles et des principes de base» (par. 32) qui forment «le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien» (par. 32). Troisièmement, la fonction herméneutique décrite plus haut rend nécessaire de postuler l'existence de principes non écrits. S'il est vrai qu'il est «impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux» (par 51) et que ce sont ces principes qui «donnent vie» à la Constitution (par. 50), ils doivent nécessairement exister.

Ces trois types de considérations peuvent prêter flanc à diverses objections. Cependant, je voudrais admettre pour les fins de la discussion qu'au moins certains principes constitutionnels non écrits existent en droit constitutionnel canadien. D'une part, ce postulat semble généralement admis au Canada et constituer l'arrière-plan commun des débats

⁸ La Cour fait référence aux affaires suivantes: *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463 et *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, supra, note 1.

concernant la nature, le fondement et la portée des principes constitutionnels non écrits. D'autre part, la question de l'existence des principes est en partie inséparable des questions épistémologiques : comment sait-on qu'ils existent? Comment sait-on que tels ou tels principes particuliers existent?

Les questions d'ordre épistémologique gravitent autour de celles-ci : comment connaît-on les principes constitutionnels non écrits? D'où viennent-ils? Sur quoi reposent-ils? Comment doit-on procéder pour les identifier et les déterminer? Quelle est la méthode appropriée pour les identifier (empirique, historique, herméneutique, conceptuelle, normative)? Quelles sources peuvent être légitimement utilisées (texte, histoire, précédents judiciaires, morale politique)? Comment doit-on procéder pour les formuler? Quel est le niveau adéquat d'abstraction et de généralité auquel le principe doit se situer? Comment sait-on que l'identification et la formulation proposée sont correctes ou vraies? La Cour ne répond pas clairement à ces questions. Certes, son argumentation donne certains indices de ses présupposés épistémologiques. A son avis, les principes constitutionnels non écrits sous-jacents à la Constitution «ressortent» d'une «compréhension» de trois sources distinctes : «du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle» (par. 32). La Constitution, affirme-t-elle, est «principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution» (par. 49). Mais comment doit-on procéder pour «comprendre» les sources correctement et faire «ressortir» les bons principes? Que veut-on dire par «comprendre» et par «ressortir»? Et comment sait-on que les principes que l'on fait ressortir sont les bons? La Cour ne le dit pas. Le lecteur est ainsi forcé de procéder à ses propres inférences et reconstructions.

Il est certain que la méthode n'est pas purement empirique. Bien entendu, la Cour a ciblé certains faits empiriques de l'histoire constitutionnelle canadienne, soit de son histoire politique, soit de son histoire juridique (texte et jurisprudence), afin de prouver que l'évolution des arrangements constitutionnels «a été marqué par l'adhésion» aux quatre principes constitutionnels mentionnés plus haut. Mais elle en a fait ressortir des principes qui ne sont ni observables ni vérifiables empiriquement. La connaissance des principes ne peut donc résulter uniquement de l'observation des données empiriques. Cependant, on pourrait penser que la Cour a «inféré» des faits empiriques les quatre principes, un peu comme le ferait un sociologue ou un historien de la politique et du droit qui voudrait expliquer les faits empiriques en respectant les canons d'une recherche scientifique positiviste. Dans cette hypothèse, la Cour aurait utilisé une méthode inductive qui, au moyen de règles applicables plus ou moins mécaniquement, lui aurait permis de passer des faits observés aux principes généraux correspondants qui les expliqueraient adéquatement. Mais cette hypothèse est insatisfaisante. D'une part, une telle conception de la recherche scientifique est généralement repoussée tant en sciences sociales qu'en sciences naturelles. Les principes généraux censés expliquer une situation de fait constituent généralement des hypothèses «inventées», destinées à rendre compte de certains faits problématiques que l'on veut expliquer, qui ne sont cependant admis comme objectifs scientifiquement que si leurs implications vérifiables empiriquement sont mises à l'épreuve par une observation rigoureuse. Non seulement est-il donc peu probable que les juges de la Cour suprême aient postulé que les principes puissent être induits plus ou moins mécaniquement des faits empiriques pertinents, mais la trop brève analyse de l'histoire politique canadienne, des textes et des décisions constitutionnelles exposée par la Cour dans le Renvoi est bien loin de

garantir l'objectivité scientifique des principes. D'autre part, les principes sous-jacents sont conçus pour expliquer les faits empiriques en termes normatifs. Les principes ne possèdent donc pas que des vertus explicatives. Ils représentent un ensemble d'idéaux auxquels les pratiques politiques et juridiques canadiennes auraient aspiré, même si les canadiens n'en ont pas toujours été conscients. La méthode utilisée par la Cour devait permettre aux juges d'identifier ces principes là.

A mon avis, la méthode utilisée par la Cour suprême, du moins telle que le montre son argumentation dans le Renvoi, doit être conçue comme une version des approches dites «herméneutiques» en sciences sociales. Ces approches postulent que les comportements humains (les actions, les décisions, les pratiques, les institutions) ont un sens pour ceux qui les ont et, par conséquent, incarnent ou comprennent, au-delà des faits observables qui les constituent, un arrière-plan téléologique ou normatif (raison d'être, but). Comprendre le sens des comportements humains requiert donc une reconstruction des significations téléologiques ou normatives qui les sous-tendent. Cependant, cette signification est généralement cachée : elle est plus ou moins implicite, se situant au-delà de ce qui est empiriquement observable et de ce que ses diverses expressions peuvent laisser entendre. En outre, les acteurs peuvent être plus ou moins conscients de l'arrière-plan normatif ou téléologique qui pourtant donne un sens à leurs actions. Néanmoins, il est postulé qu'on peut dévoiler ces significations par l'interprétation. A cette fin, l'interprète doit entrer dans un cercle herméneutique : la signification d'une chose doit paradoxalement procéder de ses parties vers le tout et vice versa. Ainsi, l'interprétation d'un comportement donné doit s'appuyer sur une lecture d'ensemble de tous les comportements qui l'entourent conditionnée par la signification de chaque comportement spécifique. De plus, le

sens de chaque comportement humain est déterminé par le sens des catégories normatives pertinentes qui le sous-tend, sens qui ne peut être rendu intelligible que dans le contexte général qui inclut toutes les catégories normatives pertinentes qui contribuent à donner un sens cohérent aux comportements humains. Ainsi, la compréhension d'un comportement humain doit procéder d'une compréhension du langage plus général qui utilise les catégories normatives pertinentes.

Selon la Cour, la compréhension des textes constitutionnels, de l'histoire constitutionnelle et des diverses interprétations données par les tribunaux fait ressortir quatre principes constitutionnels non écrits. Elle montre que les faits historiques ont manifesté ou ont été guidés par un engagement envers certaines normes générales et abstraites qui valorisent la promotion ou la protection de certains états de chose désirables du point de vue constitutionnel. En tant que telles, ces normes constituent l'arrière-plan téléologique ou normatif qui donne un sens à ces faits. Elles constituent la raison (ou partie de la raison) qui les expliquent. L'histoire constitutionnelle doit donc être lue et comprise à la lumière des principes qui, en même temps, appuient les valeurs constitutionnelles promues par les textes constitutionnels et les considérations les plus fondamentales avancées par les tribunaux au soutien de leurs décisions constitutionnelles; inversement, les textes et la jurisprudence doivent être lus à la lumière des principes normatifs qui rendent compte de la visée normative de l'histoire constitutionnelle (par. 33-48, 55-82). Les principes ne sont donc pas «inférés» logiquement ou mécaniquement des faits examinés. Ils sont déterminés selon leur capacité à rendre compte de façon cohérente de l'arrière-plan normatif qui donne un sens aux textes, à l'histoire et à la jurisprudence. Certains jugements d'adéquation sont requis. De plus, la méthode de la Cour ne semble pas présupposer que les principes non écrits doivent exprimer ou correspondre nécessairement aux buts et aux

idéaux constitutionnels subjectifs auxquels les acteurs politiques et juridiques, voire les canadiens dans leur ensemble, ont consciemment souscrit. Elle va au-delà de la dimension psychologique qui, d'un point de vue positiviste, constitue la limite empirique légitime permettant de connaître le sens des actions politiques et juridiques en termes de buts, de croyances et d'idéaux.

Néanmoins, la version de l'herméneutique qui a guidé la Cour semble partager un postulat fondamental des approches scientifiques de type positiviste : la connaissance des principes semble strictement reposer sur une compréhension des faits empiriques sans que ne soient intervenus des considérations normatives extérieures aux faits examinés autres que celles qui forment les idéaux de l'objectivité scientifique. En effet, pour la Cour, les principes constitutionnels non écrits semblent être «déjà là» enfouis dans les faits. Elle s'exprime comme s'ils faisaient «vraiment» partie de la réalité politique et juridique canadienne extérieure telle qu'elle s'est développée jusqu'à maintenant et telle qu'elle se manifeste empiriquement. Ces principes semblent faire partie des pratiques politiques et juridiques empiriques en ce qu'ils leur auraient donné leur visée normative indépendamment du jugement des juges qui les examinent. Ils semblent ainsi constituer une forme de données «brutes» ou «objectives» de la réalité extérieure (données dont la validité ne semble pas devoir être mise en cause par les jugements normatifs subjectifs), bien que ce soit des données plus complexes que les faits empiriques. Lorsque la Cour affirme que les principes «ressortent de la compréhension» du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle (par. 32), elle semble impliquer qu'ils constituent l'une des propriétés de leur signification objective, la tâche de la Cour étant de les décrypter et les

formuler plus clairement. C'est pourquoi, la Cour écrit qu'il «ressort de façon évidente» que l'évolution des arrangements constitutionnels «a été marquée par l'adhésion» à certains principes spécifiques (par. 48 et 33 à 48, en général, 62, 63, 76, 77, 81, 82). A son avis, l'histoire constitutionnelle «démontre» que nos institutions gouvernementales ont su «changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques par des moyens» qui sont conformes à certains principes constitutionnels non écrits (par. 33). Les textes constitutionnels sont conçus comme «réaffirmant» l'engagement politique et social du Canada envers les quatre principes pertinents : (fédéralisme (par. 38), protection des minorités, (par. 38, 46, 79-80), démocratie et primauté du droit (par. 44, 46, 62)). Les principes qui soutiennent les textes s'appuient en partie sur l'évolution politique et constitutionnelle (par. 55, 63) et sur l'interprétation constitutionnelle (par. 56); inversement, les principes qui sous-tendent les décisions judiciaires sont soutenus par les mêmes principes (le processus d'interprétation constitutionnelle en aurait «toujours» tenu compte, par. 56) (par. 81) et cette lecture est appuyée par les pratiques politiques et constitutionnelles d'arrière-plan (par. 55, 57, 62, 81). Comme elle le dit, «[d]errière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents» (par. 49). Les principes semblent donc avoir été conçus comme des données objectives de la réalité sociale qu'une compréhension correcte permettrait de saisir. La Cour semble avoir présupposer que sa compréhension est neutre, objective et accessible à tous⁹.

9 Pour cette raison, on pourrait poser l'hypothèse, qui demanderait à être vérifiée, que la méthode herméneutique qui a semblé guider la Cour dans le Renvoi a procédé d'une conception pré-gadamérienne de l'herméneutique, conception qui pourrait par ailleurs convenir au projet de Wilhelm Dilthey au 19^e siècle.

Cette méthode s'expose néanmoins à deux objections. La première réside dans le fait qu'il n'est pas nécessairement vrai, dans le cadre de l'approche herméneutique qui semble avoir guidé la Cour, que les mêmes quatre principes constitutionnels non écrits doivent ressortir d'une compréhension correcte du texte constitutionnel, du contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. Ces sources sont constituées de faits si nombreux qu'il est raisonnable de penser qu'ils puissent tirer leurs significations normatives de principes constitutionnels concurrents, contradictoires, voire contraires, même si nous désignons ces principes par les mêmes mots. L'histoire politique et sociale dans laquelle ont évolué nos arrangements constitutionnels est constituée de faits qui comprennent des débats contradictoires, des controverses et des compromis procédant de traditions et de visions politiques plurielles qui incarnent des principes constitutionnels normatifs concurrents (respect des minorités, fédéralisme). Les textes constitutionnels qui ont émergé de cette histoire peuvent conséquemment refléter des principes concurrents. Enfin, il est hautement probable que la jurisprudence constitutionnelle soit elle-même le reflet de visions et de traditions politiques et juridiques plurielles qui incarnent des principes concurrents, voire contraires (visions du fédéralisme, de la démocratie, des droits, etc.).

L'erreur apparente de la Cour est d'avoir présupposé qu'il n'existe qu'un ensemble limité de faits empiriques pertinents, que la cohérence normative de cet ensemble est d'une certaine manière prédéterminée et, conséquemment, intelligible à la lumière des mêmes principes qui «ressortent d'une juste «compréhension» de ces faits. Pourtant, l'approche herméneutique qui a guidé la Cour pourrait exiger une collection de tous les faits pertinents d'un point de vue constitutionnel. Il n'y a en effet aucune raison d'exclure *a priori* certains faits qui ont constitué

les pratiques sociales politique et juridique. Bien entendu, on pourrait répondre que l'examen de tous les faits pertinents d'un point de vue constitutionnel est une tâche impossible et qu'on ne peut examiner que les faits pertinents *significatifs* d'un point de vue constitutionnel. Mais quel doit être le critère d'identification des faits significatifs? On pourrait soutenir que la réponse se trouve dans le cercle herméneutique : les faits significatifs étant ceux qui tirent leur sens des principes constitutionnels que l'on cherche à établir, étant entendu que ces derniers doivent être ceux qui contribuent de manière cohérente à justifier tous les autres faits significatifs. Ainsi, les faits significatifs de l'histoire constitutionnelle seraient déterminés en fonction des principes qui peuvent sous-tendre les textes constitutionnels et justifier les décisions constitutionnelles significatives; étant entendu que les décisions constitutionnelles significatives sont aussi déterminées par des principes normatifs qui peuvent rendre compte des textes et des faits significatifs de l'histoire constitutionnelle. Mais ce serait insatisfaisant. D'abord, il s'en faut de peu pour que cette conception du cercle herméneutique ne soit vicieuse. Il est vrai que l'un des objectifs du cercle herméneutique est de lire les aspects contradictoires d'un objet à la lumière du contexte général qui, à son tour, n'est intelligible qu'à travers ses aspects spécifiques, de manière à comprendre l'objet comme un tout cohérent. Mais dès qu'il est admis que les faits pertinents de l'histoire, les textes constitutionnels et les interprétations constitutionnelles peuvent participer à des traditions et visions constitutionnelles plurielles, il devient impossible de savoir quels principes permet de qualifier de significatifs des faits pertinents sur le plan constitutionnel et quels faits significatifs permet d'appuyer les principes. On pourrait répondre que le critère de cohérence permet précisément d'identifier les principes les plus unificateurs et les faits les plus significatifs. Mais ce serait encore insuffisant. Car dès qu'il est admis que l'histoire, les textes et les décisions judiciaires sont constitués de faits qui peuvent appuyer des principes

constitutionnels contradictoires, voire contraires, on ne peut exclure l'hypothèse de plusieurs lectures cohérentes concurrentes. Dans ce cas, le critère de cohérence, puisqu'il est purement formel, est impotent¹⁰. Il ne permet pas de trancher entre des lectures cohérentes concurrentes. Par conséquent, le critère de cohérence ne peut, à lui seul, indiquer ce que sont les principes constitutionnels non écrits. D'autres considérations sont nécessairement requises

La position de la Cour suprême pourrait être acceptable à la condition d'expliquer et de justifier pourquoi certains faits historiques, positions politiques, dispositions, décisions et interprétations constitutionnelles comptent ou doivent compter et d'autres pas. Elle doit préciser comment elle a procédé pour décider, entre tous les principes concurrents qui peuvent raisonnablement sous-tendre la Constitution, lesquels sont corrects? Je soutiendrai plus bas que la réponse implique l'introduction par les juges de considérations normatives qui les sortent nécessairement du cercle herméneutique dans lequel ils se sont apparemment enfermés. Plus précisément, elle implique l'élargissement du cercle de manière à y inclure des considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique. Autrement, il faudrait présupposer que les juges adhèrent à une forme d'historicisme.

La seconde objection réside dans le fait qu'il n'est pas nécessairement vrai que les principes non écrits de la Constitution canadienne doivent être formulés à leur niveau de généralité et d'abstraction le plus élevé. D'une part, logiquement, les principes fondamentaux de la Constitution peuvent être formulés à divers niveaux de généralité et d'abstraction. D'autre part, la détermination du niveau adéquat doit dépendre des éléments qu'ils contribuent à

¹⁰ J'ai discuté de cette question dans L.B. Tremblay, «Le droit a-t-il un sens? Réflexions sur le scepticisme juridique», (1999) *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques* 13.

harmoniser. Or, si on concède que certains principes ressortent de l'histoire constitutionnelle, des textes et des décisions judiciaires, on ne peut exclure la possibilité que ces derniers puissent appuyer des formulations beaucoup plus étroites et beaucoup plus concrètes des principes que celles énoncées par les juges. Par exemple, il n'est pas facile de rattacher au texte constitutionnel, à la jurisprudence ou à l'histoire constitutionnelle la formulation abstraite et générale du principe démocratique selon laquelle «notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront» (par. 68). Certains le pensent ou l'ont peut-être pensé. Mais il est loin d'être «évident» que cette assertion relative au principe démocratique colle aux pratiques politique et juridique au Canada. Il en va de même de l'assertion de la Cour selon laquelle le «principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle» (par. 62). Il en va de même pour la formulation du principe constitutionnel selon laquelle «un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées» (par. 76). Cette proposition sur le «pré-engagement» est peut-être désirable sur un plan normatif. Il est loin d'être «évident» qu'elle soit ancrée dans l'histoire constitutionnelle canadienne. Non seulement est-elle controversée en théorie politique, mais elle parvient difficilement à rendre compte de tous les faits pertinents d'un point de vue constitutionnel, notamment le discours sécessionniste qui a donné lieu au Renvoi lui-même. Bref, les formulations les plus générales et les plus abstraites des principes ne semblent pas toujours ancrées et donc «ressortir» des sources censées contenir les principes constitutionnels. D'autres types de considérations sont requis.

La position de la Cour suprême pourrait être acceptable, mais à la condition d'expliquer pourquoi les principes peuvent légitimement être formulés à leur niveau le plus élevé de généralité et d'abstraction. Elle doit préciser comment elle a procédé pour parvenir à cette formulation plutôt qu'une autre? Je soutiendrai plus bas que la réponse implique encore l'introduction par les juges de considérations normatives qui les élèvent au dessus des faits qu'ils tentent par ailleurs de rendre compte en termes normatifs. Plus précisément, elle implique le recours à des considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique.

Les questions d'ordre normatif gravitent autour de celles-ci : quel est le fondement de la légitimité morale et de la force normative des principes constitutionnels non écrits? Quel est le fondement de la légitimité morale et de la force normative des décisions judiciaires qui en reconnaissent l'existence, qui les formulent à un certain niveau d'abstraction et de généralité et qui les utilisent pour déterminer le sens des normes constitutionnelles explicites, pour les écarter ou pour en créer de nouvelles et ultimement contrôler la validité de l'action gouvernementale, notamment la législation? Sur ces points, la Cour suprême est muette. De deux choses l'une : ou bien la Cour estime que la légitimité morale et la force normative des principes constitutionnels non écrits, ainsi que celles des décisions judiciaires qui leur attribuent les trois fonctions mentionnées plus haut, sont des questions qui ne la concernent pas, ou bien elle estime que ces questions la concernent mais qu'elles trouvent leur réponse dans le simple fait que les principes ont un statut juridique. Dans la première hypothèse, il s'agit d'une séparation étanche entre le droit et la morale qui a pour effet, dans les circonstances, d'éviter d'avoir à répondre aux questions normatives. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'une forme de légalisme. La question de savoir si la Cour procède du légalisme ne va pas de soi. D'une part, il est clair que la

Cour reconnaît que la légitimité des actes gouvernementaux est une question conceptuellement distincte de celle de leur légalité (ex : par. 33, 47, 67, 75, 89, 103). Par contre, elle soutient que la légitimité des actes des institutions politiques, par opposition à leur légalité formelle, dépend de leur conformité aux valeurs exprimées par les principes constitutionnels non écrits (par. 67, 75, 87, 88, 89, 93, 95, 103, 150). Mais qu'est-ce qui précède? Le respect des principes fonde-t-il la légitimité des actions et des décisions politiques et juridiques pour le motif qu'ils ont un statut juridique, auquel cas la légitimité des principes dérive uniquement de leur caractère juridique, ou ont-ils un statut juridique pour le motif que leur respect fonde la légitimité des actions et des décisions gouvernementales, auquel cas la légitimité des principes doit dériver de sources antérieures au droit? La Cour ne le dit pas.

La position de la Cour suprême pourrait être acceptable si elle expliquait pourquoi les principes peuvent légitimement être sanctionnés par les tribunaux. Elle doit préciser le fondement de leur force normative. Je soutiendrai plus bas que la réponse implique encore l'introduction par les juges de considérations normatives dont le statut est logiquement antérieur à la Constitution. Plus précisément, elle implique le recours à des considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique.

II. Le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits

Pour être persuasive et acceptable, l'opinion de la Cour devrait donc clarifier au moins quatre questions: 1/ comment procède-t-elle pour décider, entre tous les principes concurrents qui

peuvent raisonnablement sous-tendre la Constitution, lesquels sont corrects? 2/ qu'est-ce qui justifie la formulation des principes constitutionnels non écrits à leur niveau d'abstraction et de généralité le plus élevé? 3/ sur quoi repose la légitimité et la force normative des principes constitutionnels non écrits, notamment au regard de la légitimité et de la force normative des actions et des décisions politiques? 4/ sur quoi repose la légitimité de la Cour lorsqu'elle agit sur la base de principes non écrits, notamment pour contrôler la validité des lois?

Dans cette section, je proposerai une réponse à ces questions. Je soutiendrai que le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits réside dans trois thèses. Je les nommerai respectivement la «thèse de la primauté du droit comme justice», la «thèse de légitimité générale» et la «thèse du droit constitutionnel». La première thèse énonce que les principes constitutionnels non écrits sont construits à partir d'une lecture des textes, de l'histoire politique et des interprétations judiciaires qui présuppose que le droit constitutionnel incarne et doit incarner une certaine conception du juste et du bien. Cette thèse est liée à la fonction herméneutique des principes qui consiste à rendre le droit intelligible d'un point de vue pratique. En vertu de la seconde thèse, les tribunaux sont moralement autorisés, voire même tenus, en vertu d'un principe général de la morale politique, de contrôler la validité et la légitimité des actes et des décisions gouvernementales qu'on leur demande de sanctionner et d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle. Cette thèse implique la construction judiciaire d'un ensemble de critères constituant ce que je nommerai les «normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux». En vertu de la troisième thèse, la substance même des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux constitue ultimement le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits.

Je voudrais en outre poser l'hypothèse qu'en dépit de la rhétorique, les juges de la Cour suprême dans le Renvoi ont été effectivement guidés par des considérations du type de celles énoncées dans les trois thèses. Je n'entends pas vérifier cette hypothèse (elle n'est probablement pas vérifiable), mais je voudrais suggérer que les motifs avancés dans le Renvoi ne peuvent être intelligibles pratiquement sans poser la validité de cette hypothèse.

La «thèse de la primauté du droit comme justice»

La thèse de la primauté du droit comme justice permet de rendre compte du processus par lequel la Cour peut décider, entre tous les principes concurrents qui peuvent raisonnablement soutenir la Constitution, lesquels sont corrects et, par voie de conséquence, entre tous les faits empiriques pertinents d'un point de vue constitutionnel, lesquels sont significatifs. En particulier, elle permet de rendre compte de la méthode que j'ai associé plus haut aux approches «herméneutiques» en sciences sociales. Les textes constitutionnels, l'histoire constitutionnelle et les diverses interprétations judiciaires peuvent correctement être conçus comme participant à la construction d'un discours constitutionnel cohérent dont le sens peut être rendu intelligible par un ensemble de principes non écrits. Cette thèse permet également de rendre compte des raisons pour lesquelles la Cour peut légitimement formuler les principes constitutionnels non écrits à leur niveau d'abstraction et de généralité le plus élevé.

Dans un ouvrage publié il y a quelques années (ci-après *Rule of Law*¹¹), j'ai soutenu que le droit constitutionnel canadien pouvait être compris comme reposant fondamentalement sur quatre principes constitutionnels non écrits (fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et libéralisme). Ces principes, cependant, étaient explicitement conçus comme incarnant ou représentant une certaine conception normative de la justice (cette conception pouvant comprendre des considérations sur le bien). Ma thèse résultait d'une réflexion analytique et herméneutique sur le concept de la primauté du droit. À mon avis, ce concept signifiait au minimum deux choses : 1/ les décisions gouvernementales, incluant les décisions judiciaires, doivent être rationnelles et 2/ les raisons de décider doivent être, en un certain sens, «juridiques» (*Rule of Law*, 32). Les plus importants désaccords sur la portée du concept concernent ainsi les diverses conceptions de ce que constitue une «raison juridique», c'est-à-dire, plus fondamentalement, les diverses conceptions du droit qui doit avoir la primauté dans le processus de raisonnement pratique. Après avoir examiné trois conceptions du droit traditionnellement associées au concept de la primauté du droit – le «droit comme ensemble de règles positives», le «droit comme certitude» et le «droit comme justice» -- j'ai soutenu que seule une conception du droit qui postule que son objet, sa finalité, sa fonction, sa raison d'être, bref son sens, est de promouvoir, maintenir et matérialiser une certaine conception de la justice pouvait constituer une interprétation cohérente du concept de primauté du droit. En effet, seule une conception de ce type pouvait donner un sens pratique au concept de primauté du droit. J'ai nommé cette conception la «primauté du droit comme justice».

11 L.B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.

Le raisonnement était à peu près le suivant. Le processus de décision constitutionnelle peut être conçu comme une pratique dont le but, la raison d'être, le sens fondamental pour ceux qui y participent consiste principalement à promouvoir et maintenir la primauté du droit, notamment du droit constitutionnel (*Rule of Law*, 145-46). Or, d'un point de vue pratique, puisque seule la primauté du droit comme justice permet de rendre compte adéquatement du concept de la primauté du droit, le droit «constitutionnel» censé avoir la primauté dans le processus de décision constitutionnelle doit être compris comme un ensemble de normes incarnant ou représentant une certaine conception de la primauté du droit comme justice. D'où l'intérêt d'une lecture du droit constitutionnel canadien en termes de principes juridiques non écrits incarnant une certaine conception du juste et du bien. Sans de tels principes, le droit constitutionnel apparaîtrait comme un agrégat de textes et de présuppositions incapables de guider pratiquement et rationnellement la décision judiciaire.

Les textes constitutionnels et les diverses interprétations judiciaires doivent donc être conçus comme participant à un discours constitutionnel d'ensemble dont le sens peut être rendu intelligible par un certain nombre de principes non écrits. Cependant, ces principes doivent constituer une certaine conception de la justice. Au minimum, ils doivent comprendre les principes de la justice formelle (principe qui permet de traiter les cas semblables de façon semblable), tels les principes qui énoncent que le droit est un affaire de normes, qu'il est conséquent et cohérent, et certains principes de justice matérielle (principes qui établissent les critères de distribution des droits, libertés, pouvoirs, obligations, et autres fardeaux ou avantages entre les diverses catégories de personnes). Ce postulat contraint le processus de détermination des principes dès le départ. Le droit doit être lu en termes de justice formelle et matérielle. Or,

si les principes de la justice formelle sont relativement fixes : une conception de la justice doit nécessairement respecter certaines contraintes formelles (le droit doit être constitué de normes, il doit conséquent et cohérent, par exemple), les principes constitutionnels matériels peuvent être variables dans le temps et dans l'espace. La détermination des principes matériels requiert donc une forme d'interprétation et de reconstruction qui va au-delà de ce qui est empiriquement observable. Les principes acceptables doivent être ceux qui, après réflexion, maximisent en termes d'explication et de justification la cohérence de tous les aspects du discours juridiques qu'on ne peut pas raisonnablement ignorer (ex : s'ils sont jugés centraux pour des motifs solides). Cependant, comme je l'ai évoqué plus haut, les textes et la jurisprudence constitutionnelle sont constitués de faits qui peuvent procéder d'une pluralité de visions et de traditions politiques. On ne peut donc exclure la possibilité qu'il puisse y avoir plusieurs lectures cohérentes du même discours juridique. Puisque, le cas échéant, le critère formel de cohérence est ultimement impotent, des critères autres que la cohérence doivent intervenir dans le processus de détermination des principes matériels. Selon la primauté du droit comme justice, ces autres critères doivent être normatifs et exprimer des valeurs d'ordre moral et éthique d'arrière-plan (*Rule of Law*, 178-87). Ils doivent constituer ou dériver d'une conception morale pertinente aux fins du droit constitutionnel, c'est-à-dire, en toute probabilité, la morale politique, généralement inférée de ce qui semble acceptable dans la communauté sujette au droit constitutionnel. Ils doivent indiquer les traits que doivent posséder les principes pour être reconnus en droit constitutionnel en tant que principes normatifs fondamentaux. Ils doivent être formés de concepts évaluatifs et normatifs qui rendent certains principes intelligibles d'un point de vue pratique. Ces concepts doivent expliquer et justifier pourquoi certains principes, plutôt que tels autres, méritent d'être reconnus en droit constitutionnel comme principes normatifs

fondamentaux. Par conséquent, la lecture des textes constitutionnels, des diverses interprétations judiciaires et même de l'histoire politique en termes de tels principes constitutionnels non écrits, plutôt que tels autres, est contrainte, et ultimement validée ou justifiée, par certains concepts évaluatifs et normatifs d'arrière-plan sur le juste et le bien.

La primauté du droit comme justice a beaucoup en commun avec certaines versions contemporaines de l'«herméneutiques» en droit, telle l'approche «interprétative» développée par Ronald Dworkin depuis une trentaine d'années. Pour cette raison, il n'est peut-être pas nécessaire de décrire le processus de détermination des principes comme une expression de la «primauté du droit comme justice». Il pourrait être suffisant de le décrire comme exprimant ce que Dworkin a nommé la «lecture morale» d'une constitution politique sur la base d'une conception de l'interprétation disciplinée par l'intégrité (ci-après *Freedom's*)¹². Selon lui, les juges sont tenus de ne reconnaître comme principe constitutionnel que ceux qui sont «consistent in principle with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges» (*Freedom's*, 10). Cependant, puisque ces éléments peuvent s'harmoniser avec des principes constitutionnels différents, voire contraires, les juges doivent choisir les principes ou les conceptions des principes qui accordent le plus de valeur à la constitution politique de la nation, c'est-à-dire, ceux qui la fait paraître sous son meilleur jour (*Freedom's*, 11). La détermination des principes procède ainsi d'une forme d'interprétation qu'il qualifie de «constructive» : les interprètes doivent «superposer un but à un objet ou à une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont

12 R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constituion*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

on le donne pour représentant»¹³. Pour cette raison, une approche interprétative du droit constitutionnel consiste à découvrir, identifier et formuler les principes qui conviennent le mieux aux faits de l'histoire juridique et politique de la communauté tout en montrant les valeurs (buts, finalités, raisons d'être), les valeurs les plus solide, les plus convaincantes, les plus désirables sur le plan constitutionnel, que ces faits sont censés servir ou honorer. Dans ces circonstances, il est fort probable que les seules valeurs capables de donner une force normative à la constitution politique d'une communauté procèdent ultimement de la morale politique.

En dépit de leur rhétorique, il n'est pas déraisonnable de penser que les juges de la Cour suprême aient effectivement procédé conformément à ce que soutient la primauté du droit comme justice ou l'interprétation constructive. Il est possible qu'elle ait reconnu comme constitutionnels les quatre principes en question pour des motifs qui ont trait à leur mérite propre. Dans cette hypothèse, il serait trompeur de laisser entendre que les principes «ressortent» des diverses sources sans que ne soient intervenus des jugements de valeur politiques et moraux. Les quatre principes constitutionnels pertinents, à l'exclusion d'autres principes plausibles, auraient été déterminés sur la base d'une certaine conception normative de la morale politique. Cette conception, constituée d'un ensemble de principes critiques permettant d'évaluer et d'interpréter les textes, l'histoire et les décisions judiciaires, rendrait intelligibles les sources en montrant les raisons pour lesquelles *cette* Constitution, plutôt que telle autre, mérite ou peut mériter notre respect. Cette conception critique n'impliquerait évidemment pas que les principes sont totalement indépendants des sources. Comme on l'a dit, ils sont conçus pour justifier ces textes «là», et non tels autres, cette histoire «là», et non telle autre, et

13 R. Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p.52.

ces diverses décisions constitutionnelles «là», et non telles autres, en montrant les raisons pourquoi ils valent la peine d'être soutenus par les canadiens et les institutions politiques. Cette conception impliquerait uniquement que les principes ne sont pas des données brutes d'une réalité objective que tout bon herméneute pourrait découvrir pour le motif que cette réalité serait constituée d'un ensemble limité de faits empiriques dont la cohérence normative serait prédéterminée.

L'argumentation détaillée de la Cour fournit en outre des raisons de penser qu'elle a fait ressortir des sources les quatre principes pour des motifs normatifs indépendants des sources elles-mêmes. Dans plusieurs passages, les principes apparaissent désirables pour des motifs qui ne sont pas nécessairement soutenus par les faits empiriques (fédéralisme, par. 58, 59; démocratie, par. 64, 67; constitutionnalisme, par. 70, 78). L'interprétation même des faits permet à la Cour de mettre l'emphase sur des principes désirables en vertu de leur mérite propre. Par exemple, la protection des minorités au Canada est conçue comme reflétant un principe normatif puissant plutôt que comme résultant de compromis politiques pragmatiques nécessaires à diverses périodes de l'histoire. La Loi constitutionnelle de 1867 est présentée comme résultant d'une initiative de type démocratique par les «représentants élus du peuple» résidant dans les colonies (par 35) et comme constituant un «acte d'édification d'une nation» (par. 43) plutôt qu'une loi anglaise résultant de compromis pour répondre de façon pragmatique à un ensemble de problèmes économiques, militaires et politiques très divers, sans parler du fait qu'après 1860 la métropole favorisait l'union de ses colonies devenues trop coûteuses à défendre ou du fait qu'on voulait construire un chemin de fer très coûteux entre les colonies anglaises d'Amérique du Nord. La compréhension du fédéralisme canadien met l'emphase sur le respect de l'unité et

la diversité plutôt que sur le caractère «quasi-fédéral» du texte constitutionnel (par. 43) et de certaines doctrines constitutionnelles importantes, telles la dimension nationale et le pouvoir de dépenser. Les textes constitutionnels de 1982 sont présentés comme légitime malgré le refus du gouvernement du Québec d'y souscrire et le jugement contraire de l'Assemblée nationale et de diverses commissions politiques québécoises (voir Bélanger-Campeau). Bien entendu, ces exemples ne montrent pas que la lecture normative de la Constitution par la Cour est erronée. Ils montrent toutefois que les principes identifiés ne sont ni «évidents» ni des données objectives de la réalité. En même temps, ils montrent que la lecture proposée par la Cour présupposait des jugements de valeur indépendants sans lesquels le choix des principes et de leur formulation, ainsi que des faits significatifs qui doivent compter, ne serait pas intelligible. Ni l'histoire, ni les textes, ni la jurisprudence ne sont univoques et unidirectionnels. La lecture proposée par la Cour allait donc bien au-delà des faits en y projetant des idéaux et des buts normatifs. Elle indiquaient les raisons pour lesquelles la Constitution canadienne peut constituer une bonne Constitution, une Constitution qui mérite notre allégeance et qui, conséquemment, vaut la peine d'être respectée par les institutions politiques et sanctionnée par les tribunaux. En ce sens, on peut correctement soutenir que les idéaux normatifs reconnus par les juges se sont mêlés à la réalité et ont contribué à la transformer.

La thèse de la primauté du droit comme justice permet également de rendre compte des raisons pour lesquelles il est légitime de formuler les principes constitutionnels non écrits à leur niveau d'abstraction et de généralité le plus élevé. Les principes constitutionnels non écrits sont censés incarner ou constituer une conception de la justice. Ils forment des propositions générales et abstraites qui indiquent des états de chose désirables à promouvoir ou à maintenir et qui, pour

cette raison, constituent des raisons d'agir ou de décider. Ils peuvent donc s'accrocher en amont aux considérations les plus fondamentales de l'ordre normatif auquel ils participent et impliquer, en aval, un ensemble de valeurs, de normes, de standards, de pratiques, d'institutions, d'actions et de décisions plus ou moins spécifiques. Ils peuvent dès lors être formulés à divers niveaux de généralité et d'abstraction, incluant le niveau le plus élevé. Dès qu'un principe constitutionnel non écrit est conçu en des termes qui n'en font pas une proposition nécessairement impliquée par les sources factuelles, il n'y a plus de raison de postuler qu'ils devraient être formulés au seul niveau de généralité et d'abstraction qui convienne formellement aux faits empiriques que par ailleurs ils peuvent expliquer et justifier. Sa relation substantielle avec des considérations normatives autorise les formulations abstraites et générales. Du reste, dans l'ouvrage précité (*Rule of Law*), les principes constitutionnels non écrits constitutifs de la primauté du droit comme justice sont aussi formulés en termes relativement généraux et abstraits. Cette formulation permettait de donner un sens cohérent et intelligible au discours constitutionnel canadien. Il était entendu, par le fait même, que ces principes peuvent valoir au-delà des frontières constitutionnelles canadiennes et s'appliquer dans tous les états qui partagent les idéaux d'une société libre et démocratique (*Rule of law*, 186). De plus, puisqu'ils sont censés incarner une conception de la justice, ils pourraient même, à certaines conditions, avoir des prétentions universelles.

La «thèse de légitimité générale».

La thèse de légitimité générale permet d'établir ce en vertu de quoi les tribunaux peuvent être moralement autorisés à reconnaître l'existence de certains principes constitutionnels non écrits et

s'en servir dans leur processus de décision à des fins qui correspondent aux fonctions herméneutique, d'interprétation et de création (voir plus haut). En particulier, elle permet d'établir le fondement du contrôle judiciaire des actes gouvernementaux. La thèse énonce que les tribunaux sont autorisés, voire même tenus, en vertu d'un principe très général de la morale politique, de contrôler la validité et la légitimité des actes gouvernementaux qu'on leur demande de sanctionner et d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle. J'ai exposé le raisonnement ailleurs et me bornerai à le résumer ici¹⁴.

La morale politique est au moins constituée d'un principe normatif très général qui énonce quelque chose comme ceci : «toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime». Certes ce principe n'est inscrit nulle part. Cependant, il est constitutif du discours moral et politique normatif qui concerne les conditions spécifiques de légitimité de l'autorité politique et de leurs décisions. Sans admettre ou présupposer l'existence de ce principe général, il ne serait pas possible de donner un sens intelligible aux réflexions théoriques systématiques sur la légitimité politique et morale. Or, le pouvoir judiciaire constitue dans les faits une autorité politique dans l'État. Il s'ensuit, en vertu de ce principe, qu'il doit agir, autant que possible, d'une manière légitime.

Mais quelles conditions le pouvoir judiciaire doit-il rencontrer pour que ses actes et décisions puissent être acceptés comme moralement permmissibles? Il est généralement admis que le pouvoir judiciaire ne possède aucune légitimité inhérente qui dériverait de la nature, de la religion ou la tradition, de l'expertise morale ou la sagesse de ses membres. En fait, dans la

14 L.B. Tremblay, «General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law», à paraître, 2003 *Oxford Journal of Legal Studies*.

tradition politique et juridique moderne, la légitimité du pouvoir judiciaire dépend de deux conditions. Premièrement, la légitimité du pouvoir judiciaire est conditionnée par la primauté du droit (ou Rule of Law). Les actes du pouvoir judiciaire doivent être conformes au droit ou justifiés en droit. Cette condition implique, comme je l'ai mentionné plus haut, que les décisions judiciaires doivent être rationnelles et que les raisons de décider doivent être, en un certain sens, juridiques. Appelons-là la condition de légalité. Si elle tenait seule, il s'ensuivrait que la légitimité politique du pouvoir judiciaire serait une forme de légalisme. Les décisions judiciaires seraient moralement autorisées dès lors qu'elles seraient formellement conformes au droit. Mais ce serait absurde. Le pouvoir judiciaire ne peut avoir plus de légitimité morale et politique que le droit qui la conditionne. D'où la seconde condition : le droit qui fournit au pouvoir judiciaire les raisons juridiques d'agir doit lui-même être légitime. En ce sens, la légitimité du pouvoir judiciaire est conditionnée par la légitimité du droit qu'il reconnaît et applique. Cette condition peut impliquer une pluralité de critères normatifs. Cependant, dans la tradition politique et juridique moderne, il semble généralement admis que la légitimité du droit a quelque chose à voir avec son caractère démocratique (bien que la nature du caractère démocratique soit controversée). Appelons-là la condition de légitimité.

Par conséquent, si le pouvoir judiciaire entend agir de manière légitime, conformément au principe général de la morale politique qui énonce que «toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime», il doit rencontrer les conditions de légalité et de légitimité. Il ne peut agir légitimement que sur la base de raisons qui, d'une part, sont en un sens juridiques et, d'autre part, possèdent une certaine légitimité du point de vue de la morale politique (probablement une certaine légitimité démocratique). Des normes ou considérations

qui ne seraient pas, en un certain sens, juridiques ou, si elles l'étaient, qui ne seraient pas moralement légitimes ne confèreraient aucune légitimité aux décisions judiciaires qu'elles appuieraient. Il s'ensuit qu'un pouvoir judiciaire qui entend agir de manière légitime conformément au principe général de la morale politique ne doit pas reconnaître comme bonne raison de décider des normes ou considérations qui ne sont pas en un sens juridiques ou, si elles le sont, des normes juridiques qui ne sont pas légitimes. Bien entendu, aucun principe moral n'énonce que le pouvoir judiciaire doit, en général, sanctionner et appliquer des normes qui n'ont aucun statut juridique ou qui ne possèdent aucune légitimité morale.

Le principe général de la morale politique fonde ainsi ce que je nomme la «légitimité générale» du pouvoir judiciaire de contrôler la validité et la légitimité des actes gouvernementaux. Ce principe n'indique aucun fait positif spécifique (consentement, pedigree démocratique, validité constitutionnelle, tradition) en vertu duquel les décisions judiciaires seraient spécifiquement autorisées. En cela, il se distingue de ce qu'on pourrait nommer les principes «spéciaux» de la morale politique. Ces derniers fondent ce qu'on pourrait nommer la «légitimité spécifique» de l'autorité politique. En philosophie politique et en théorie constitutionnelle, on aborde généralement les questions de légitimité en termes de légitimité spécifique. Par exemple, la légitimité spécifique du Parlement de faire des lois dans l'État pourrait reposer sur certains faits positifs qui lui confèrent ou confèrent à ses lois un caractère démocratique (pedigree, expression de la volonté majoritaire, par exemple). Les deux conditions mentionnées plus haut, la légalité et la légitimité des normes utilisées par les juges comme raison de décider, établissent la légitimité spécifique du pouvoir judiciaire. En revanche, selon la thèse de légitimité générale, certains types d'actes ou décisions politiques peuvent être moralement

permissibles indépendamment de principes spéciaux indiquant les faits positifs spécifiques en vertu desquels ils seraient spécifiquement autorisés. Le principe général de la morale politique qui énonce que «toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime» est de ceux-là.

Le contrôle judiciaire de la validité et de la légitimité des actions gouvernementales est moralement permissibles en vertu de ce principe général fondamental. Cette institution apparaît comme le moyen par lequel les tribunaux peuvent, voire doivent, vérifier si les normes (actions ou décisions gouvernementales prescriptives) qu'on leur demande de reconnaître et d'appliquer dans un litige donné constituent du droit et, le cas échéant, si elles sont légitimes sur le plan de la morale politique. Si les normes en question ne sont pas juridiques ou, le cas échéant, si elles ne sont pas légitimes, il est moralement permissible pour les tribunaux, voire requis, de ne pas les reconnaître comme raisons de décider. Les moyens techniques de ne pas les reconnaître comme raisons de décider peuvent être multiples et le choix du meilleur moyen doit dépendre du contexte : les juges peuvent déclarer que les normes alléguées sont «inopérantes», qu'elles sont «invalides», qu'elles n'ont pas de force, qu'elles ne produisent pas d'effet juridique, qu'elles doivent être interprétées de façon large ou restrictive de manière à maintenir leur légalité ou leur légitimité ou, enfin, qu'elles doivent être simplement ignorées comme devraient l'être les décrets des professeurs de droit émis du haut de leur chaire.

La thèse de légitimité générale entraîne plusieurs conséquences que j'ai examinées ailleurs¹⁵. J'en retiens deux. Premièrement, les juges doivent nécessairement établir –

¹⁵ D'autres conséquences sont examinées dans le texte mentionné *ibid.*

reconnaître ou connaître – les critères de validité juridique et de légitimité morale, c'est-à-dire, les traits que doivent posséder les normes gouvernementales dans un cas donné pour être reconnues comme juridiquement et moralement permmissibles. Cette assertion découle du fait que les juges à qui il est demandé de sanctionner une norme gouvernementale donnée doivent vérifier si cette norme est juridique et, le cas échéant, si elle est moralement permmissible. Comme on l'a vu, il découle des conditions de légalité et de légitimité que les juges qui reconnaissent comme raison de décider une norme invalide sur le plan juridique ou invalide sur le plan de la légitimité morale agissent sans légitimité spécifique. Comme on l'a vu aussi, il découle du principe général de la morale politique qui impose au pouvoir judiciaire un devoir d'agir, autant que possible, de manière légitime que les juges sont moralement autorisés, voire requis, de ne pas reconnaître comme bonne raison d'agir ou de décider une norme invalide sur le plan juridique ou sur le plan de la légitimité morale. D'où la nécessité, pour les juges, d'établir – reconnaître ou connaître – les traits que doivent posséder les normes gouvernementales dans un cas donné pour être acceptées comme juridiquement et moralement permmissibles. Les critères de validité juridique forment des règles et des principes de droit constitutionnel. Les critères de légitimité constituent et relèvent ultimement d'une théorie normative de la légitimité politique. Or, puisque le respect de ces critères de validité et de légitimité constitue une condition que doivent rencontrer les normes gouvernementales pour être reconnues par les juges comme valides en droit et légitime sur le plan moral, le statut de ces critères est logiquement antérieur aux normes gouvernementales qu'ils définissent comme juridiques et légitimes. Puisque ces critères sont normatifs, je les nommerai respectivement les «normes antérieures relatives à la validité et à l'interprétation des actes gouvernementaux» et les «normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux».

Le principe général de la morale politique qui énonce que «toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime» constitue donc, non seulement le fondement normatif du pouvoir judiciaire de contrôler la validité et la légitimité des actes gouvernementaux qu'on leur demande d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle, mais aussi le fondement normatif du pouvoir judiciaire d'établir les critères constitutionnels et les critères moraux qui permettent ultimement de distinguer les actes gouvernementaux qui ont droit d'être judiciairement sanctionnés de ceux qui n'ont pas droit. Ce fondement normatif fait autorité pour les juges, voire pour nous tous, pour des motifs indépendants des actes gouvernementaux qui relèvent de la morale politique elle-même.

La thèse de légitimité générale implique, deuxièmement, que les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux constituent le fondement des principes constitutionnels non écrits. La substance même de ces normes antérieures indique ultimement le contenu que les principes non écrits doivent porter et la force normative de ces mêmes normes confère à ces derniers leur légitimité morale. Cette seconde conséquence sera examinée à la prochaine section. Elle constitue ce que je nomme la «thèse du droit constitutionnel».

La «thèse du droit constitutionnel»

La thèse du droit constitutionnel énonce que les normes fondamentales du droit constitutionnel qui énoncent les critères de validité et d'interprétation des actes gouvernementaux dérivent ultimement de la substance même des normes antérieures relatives à la légitimité des actes

gouvernementaux, telles que comprises et sanctionnées par les tribunaux engagés à maintenir leur propre légitimité conformément au principe général de la morale politique. Elles constituent une conséquence de l'engagement du pouvoir judiciaire à maintenir et sanctionner les conditions que doivent rencontrer les actes gouvernementaux pour être reconnus comme moralement permisibles et avoir droit d'être sanctionnés par les tribunaux. Il s'ensuit que les principes constitutionnels non écrits tirent leur substance et leur force normative des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux telles que comprises et sanctionnées par les tribunaux. Le raisonnement est le suivant.

Les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux établissent la légitimité spécifique des actes gouvernementaux. Ils indiquent les faits positifs en vertu desquels ces actes sont (acceptables comme) moralement permisibles (consentement, pedigree démocratique, respect de la constitution, respect des droits, par exemple). Elles peuvent donc être socialement controversées. Néanmoins, pour les juges qui doivent décider si telle norme gouvernementale a droit d'être sanctionnée, les critères de légitimité politique doivent incarner ou dériver d'une théorie normative de la légitimité politique qui, nécessairement, doit constituer pour eux la meilleure théorie normative, celle qui véritablement confère légitimité aux actes gouvernementaux. Or, l'application par les juges des critères de légitimité dans un cas donné a une conséquence directe sur la nature des critères de validité et d'interprétation des actes gouvernementaux. En déterminant, sur la base des critères de légitimité politique, les normes gouvernementales (les normes alléguées être du droit) moralement autorisées à être sanctionnées par les tribunaux, les juges déterminent les conditions que ces normes doivent rencontrer pour posséder une force obligatoire liant les tribunaux dans l'exécution de leur fonction judiciaire.

Par le fait même, la décision judiciaire relative à la légitimité des normes gouvernementales détermine celles qui méritent d'avoir «force de loi» ou «plein effet juridique». S'il est vrai que seules les normes gouvernementales moralement permises sont dignes d'être sanctionnées par les tribunaux, seules ces normes seront effectivement sanctionnées en droit. Par exemple, si les conditions que doivent rencontrer les lois pour être légitimes procédaient d'une version normative des théories démocratiques, disons une version «majoritariste», les tribunaux devraient vérifier si les normes «législatives» qu'on leur demande de reconnaître comme raison de décider possèdent un pedigree démocratique majoritariste. La détermination de ce pedigree démocratique établirait les critères en vertu desquels les normes législatives possèdent une force obligatoire sur le plan moral. Cependant, puisque seules les normes qui rencontreraient ces conditions de légitimité seraient dignes d'être sanctionnées par les tribunaux dans l'exercice de leur fonction, seules les normes législatives qui posséderaient le pedigree démocratique établi seraient effectivement sanctionnées par les tribunaux comme ayant «force de loi». Si cette pratique était suivie de manière cohérente pendant un certain temps, nous pourrions en inférer, au moins par généralisation, une règle de droit constitutionnel qui énoncerait comme critère de validité juridique des normes «législatives» le fait de posséder le type même de pedigree démocratique majoritariste qu'exigeaient les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux.

Evidemment, cet exemple fondé sur une conception majoritariste de la démocratie est très simple, voire simpliste, et peut ne pas rendre compte adéquatement des critères de légitimité des lois à notre époque. Néanmoins, le raisonnement qui précède vaut même si les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux procédaient d'une théorie

normative complexe de la légitimité politique. Le fait de déterminer les critères de légitimité qui établissent les types de normes gouvernementales qui ont droit d'être sanctionnées par les tribunaux pour le motif qu'elles sont moralement permmissibles a pour effet direct d'indiquer, corrélativement, les types de normes qui sont dignes d'avoir «force de loi», c'est-à-dire, d'être sanctionnées en droit. Par conséquent, là où les juges sont engagés à maintenir leur propre légitimité politique, conformément au principe général de la morale politique, la substance même des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telle que comprise et sanctionnée par les tribunaux, constituent la source matérielle des critères en vertu desquels les tribunaux établissent la validité juridique des normes gouvernementales. Ces normes antérieures constituent le fondement même des règles et des principes les plus fondamentaux du droit constitutionnel. Ces derniers sont une conséquence des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et appliquées par les tribunaux dans un cas donné¹⁶.

Les principes constitutionnels non écrits du type de ceux reconnus par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi tirent aussi leur fondement de la substance même des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et sanctionnées par les tribunaux. Ils expriment un ensemble complexe de conditions (valeurs, biens, idéaux, finalités, visées, standards normatifs) que doivent rencontrer les actes gouvernementaux pour être reconnus comme légitimes et, conséquemment, dignes d'être sanctionnés par les tribunaux. Par le fait même, les principes constitutionnels non écrits fixent les conditions auxquelles ces mêmes actes peuvent avoir «force de loi» et «plein effet juridique»,

16 J'ai exposé l'argumentation en détails dans Tremblay, *supra*, note 14.

c'est-à-dire, être reconnus comme valides et opérants en droit. Ils expriment et constituent le fondement même des critères de validité et d'interprétation des actes gouvernementaux. Les principes constitutionnels non écrits font le passage de la morale politique au droit positif. Ils se fondent en amont sur des normes qui établissent les critères de légitimité des actes gouvernementaux et indiquent en aval les actes gouvernementaux qui peuvent avoir «force de loi». Pour cette raison, il n'importe pas vraiment de choisir entre le statut politique ou juridique des principes. Les principes constitutionnels non écrits constituent des principes politiques pour le motif que leur nature et substance sont directement déterminées par celles des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux. Ils semblent représenter une forme de «droit derrière le droit» entendu comme ordre normatif antérieur au droit écrit et aux principes du droit positifs nécessairement implicites. Par contre, les principes constitutionnels non écrits constituent aussi des principes juridiques pour le motif que leur nature et substance fournissent les considérations fondamentales en vertu desquelles sont déterminées la nature et la substance des critères de validité et d'interprétation de tous les actes gouvernementaux censés avoir force de loi et, par voie de conséquence, des droits, des pouvoirs, des immunités et des obligations juridiques. Les fonctions herméneutiques, d'interprétation et de création donnent aux principes tout le caractère juridique dont ils ont besoin pour être conçus comme juridiques.

Puisque les normes antérieures à la légitimité des actes gouvernementaux incarnent ou dérivent de ce qui, de l'avis des tribunaux, constitue la meilleure théorie normative de la légitimité politique, le fondement de la légitimité et de la force normative des principes constitutionnels non écrits réside ultimement dans la morale politique. Par voie de conséquence, le fondement de la légitimité et de la force normative des critères de validité et d'interprétation

des actes gouvernementaux réside aussi dans la morale politique. Les principes constitutionnels non écrits permettent de lier les questions de légalité aux questions de légitimité. C'est aussi pourquoi les tribunaux sont moralement autorisés à trancher des questions difficiles de légalité, notamment de validité constitutionnelle, sur la base de considérations de légitimité. Les juges doivent pouvoir établir si les actes gouvernementaux qu'on leur demande d'appliquer comme valides en droit constitutionnel sont moralement dignes de l'être.

Il n'est pas déraisonnable de penser que les juges de la Cour suprême, dans le Renvoi, ont effectivement procédé conformément à ce que raconte la thèse du droit constitutionnel. Dès le début de son analyse, la Cour énonce explicitement que, dans notre tradition constitutionnelle, «légalité et légitimité sont liées» (par. 33). De plus, les arguments avancés par la Cour suggèrent que les considérations relatives à la légalité des actes gouvernementaux sont directement conditionnées par des considérations de légitimité politique. A la question de savoir quel serait l'impact juridique d'un référendum sur le fonctionnement de la Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession, la Cour va reconnaître l'existence d'une obligation constitutionnelle non écrite imposant à toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé (par. 88). Les raisons qui justifient cette obligation non écrite relèvent de considérations de légitimité. Par exemple, puisque nos institutions politiques sont basées sur le principe «démocratique», la Cour énonce que «l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles» (par. 87). Cependant, puisque nos institutions sont aussi basées sur le

principe «fédéral», la répudiation de l'ordre constitutionnel existant doit être claire (la question posée et la majorité doivent être claires). Il s'ensuit que la «tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations» (par. 88) : les «droits» des autres parties «ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres» (par. 92).

La nature des principes constitutionnels non écrits est ultimement fonction des conditions de légitimité politique des actes gouvernementaux; corrélativement, la légitimité politique des actes gouvernementaux et, par voie de conséquence leur légalité, est directement conditionnée par le respect des principes constitutionnels non écrits. En ce sens, la Cour soutient qu'une «majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits» (par. 93). On pourrait même penser que le passage suivant exprime la thèse du droit constitutionnel :

«Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les

aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution». (par. 104)

Par ailleurs, comme on l'a vu, la thèse de légitimité générale explique pourquoi il est moralement permisible en principe pour les tribunaux de contrôler la légitimité et la validité des actes gouvernementaux. Cependant, en même temps, cette thèse délimite la sphère légitime d'intervention judiciaire. Si les tribunaux sont moralement autorisés à écarter une norme gouvernementale de leur champ normatif si celle-ci n'est pas juridique ou, si elle l'est, n'est pas légitime sur le plan de la morale politique et si les critères de validité juridique sont ultimement déterminés par les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, il s'ensuit que la sphère légitime de contrôle judiciaire des actes gouvernementaux est ultimement déterminée par les normes antérieures à la légitimité des actes gouvernementaux. Les tribunaux écarteront de leur champ normatif les actes gouvernementaux qui ne sont pas légitimes sur le plan politique et reconnaîtront comme bonne raison d'agir les normes qui ont droit d'être sanctionnées par les tribunaux. Cette assertion pourrait expliquer pourquoi, dans le Renvoi, la Cour énonce qu'elle n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles qui, par ailleurs, sont impératives en vertu de l'obligation constitutionnelle de négocier. A son avis, «la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement» (par. 99). Or, «les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d'évaluations d'ordre politique» (par 100). De même, «l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question

claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient» (par 100). Ces considérations indiquent que certains types d'actes gouvernementaux ne peuvent être jugés illégitimes en vertu des normes antérieures relatives à la légitimité. Cependant, il est entendu que la force normative, tant sur le plan moral que juridique, des résultats de cette négociation pour les tribunaux est conditionnée par le respect des principes constitutionnels non écrits. Selon la Cour, la conduite des parties «serait régie par les mêmes principes» (par. 90) et elle rejette d'avance certaines propositions extrêmes qui n'accorderaient pas suffisamment de poids à ces principes (par. 90). Il n'y a donc aucune raison de penser qu'un processus de négociation incompatible avec les principes constitutionnels ne pourrait pas résulter dans un acte gouvernemental que les tribunaux jugeraient indigne d'être sanctionné. La Cour énonce que dans de telles circonstances, «la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations (par. 94). C'est pourquoi la Cour énonce que le «refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation» (par. 95). J'ajouterais, par voie de conséquence, qu'un tel refus mettrait aussi en péril la validité juridique des actes politiques qui résulteraient de ces négociations. Les tribunaux seraient moralement autorisés de ne pas utiliser leur autorité

politique dans l'État pour sanctionner un acte qui, ultimement, ne serait pas légitime sur le plan politique.

Conclusion

Le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits réside ultimement dans l'ensemble de normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux telles que comprises et appliquées par les tribunaux. Ces normes dérivent ou constituent une théorie normative de la morale politique, la meilleure que puissent concevoir les juges compte tenu de tout ce qu'ils connaissent par ailleurs de la vie politique et constitutionnelle. Ce sont ces normes antérieures qui, ultimement, guident les juges dans le processus de détermination et de formulation des principes constitutionnels sous-jacents. Ce sont elles qui permettent aux juges de cibler les principes qui méritent d'être sanctionnés par les tribunaux et qui, par le fait même, de déterminer les faits significatifs de l'histoire politique et juridique. En l'occurrence, ce sont ces normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux qui donnent un poids épistémique et une force normative aux principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités de même qu'à leur formulation. A tout le moins, la force persuasive de l'opinion de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi devrait être évaluée à la lumière des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux.

Les trois thèses avancées dans la deuxième section de ce texte procèdent d'une conception du constitutionnalisme qui peu peu à voir avec le modèle américain de

constitutionnalisme, modèle que j'associe au raisonnement du juge en chef Marshall dans *Marbury v. Madison*. Néanmoins, il y a de bonnes raisons de croire que cette conception est conforme au modèle de constitutionnalisme avancé au 19^e siècle par Albert V. Dicey dans son traité sur le droit constitutionnel anglais. Ce modèle énonçait que les principes généraux du droit constitutionnel résultaient, ou constituaient la conséquence, de décisions judiciaires qui déterminaient les droits individuels, tels que compris et sanctionnés par les tribunaux appliquant le droit ordinaire. La thèse de Dicey peut apparaître mystérieuse à une époque où le modèle de Marshall domine. Cependant, si l'on admet que le droit ordinaire était une création judiciaire et que le respect des droits individuels en question pouvait, selon les juges, constituer une condition de légitimité des actes gouvernementaux, non seulement les trois thèses avancées conviennent à la représentation qu'en faisait Dicey, mais permettent aussi de l'expliquer et de lui fournir un fondement théorique. En tout état de cause, l'argumentation avancée dans ce texte appuie la version du constitutionnalisme qui se dégage de l'opinion des juges de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi. Les tribunaux, semblent-ils, ne doivent pas reconnaître des actes gouvernementaux dont la légitimité morale est sujette à caution. C'est probablement l'une des conséquences possibles du passage suivant tiré du Renvoi : «l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le *droit* de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel» (par. 98).

* * *