

Les principes constitutionnels non écrits

Luc B. Tremblay*

Dans une série de décisions controversées depuis une trentaine d'années, dont le Renvoi relatif à la sécession du Québec rendue en 1998, la Cour suprême du Canada a donné plein effet juridique à des principes constitutionnels non écrits. Ces principes, qui lient à la fois les tribunaux et les gouvernements, peuvent non seulement guider l'interprétation du texte constitutionnel, mais fournir les prémises de thèses constitutionnelles qui mènent « à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel » et peuvent, 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? Le présent article propose de répondre à ces questions.

Dans la première partie, l'auteur rappelle comment la Cour suprême du Canada a apparemment conçu le statut, le fondement et la légitimité des principes constitutionnels non écrits. Après avoir souligné les limites de cette conception, il soutient dans la seconde partie que le statut, le fondement et la légitimité morale des principes constitutionnels non écrits reposent sur deux thèses fondamentales : la « primauté du droit comme justice » et la « légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ». 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 de la justice politique. La seconde thèse pose que les tribunaux sont moralement autorisés, voire tenus, en vertu d'un principe général de la morale politique, de contrôler la légitimité de tous les actes gouvernementaux qu'on leur demande d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle. Cette thèse implique la reconnaissance judiciaire de « normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux (lois, décisions politiques) ». La principale thèse est que les principes constitutionnels non écrits tirent leur statut juridique, leur fondement et leur légitimité morale de cet ensemble de normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et appliquées par les tribunaux.

In a series of controversial decisions in the last thirty years, including the Reference re Secession of Quebec rendered in 1998, the Supreme Court of Canada has given full legal force to unwritten constitutional principles. These principles, which bind both courts and governments, may not only guide the interpretation of the constitutional text but constitute the premises of constitutional arguments that culminate in "the filling of gaps in the express terms of the constitutional text," and in certain circumstances, "give rise to substantive legal obligations ... which constitute substantive limitations upon government action." Conferring such a normative force to unwritten constitutional principles raises a series of theoretical, epistemological and normative questions. What is the status of these principles? What is their source or foundation? How may they be determined? What is the foundation of their legitimacy? What right does the judiciary have to use them to create substantive legal obligations? The purpose of the text is to consider these questions.

In the first part the author recalls how the Supreme Court of Canada apparently conceived the status, foundation and legitimacy of unwritten constitutional principles. After underlining the limits of this conception he maintains, in a second part, that the status, foundation and moral legitimacy of unwritten constitutional principles rest on two fundamental arguments: the "rule of law as justice" and the "general legitimacy of the judicial review of government action." The first argument states that unwritten constitutional principles are constructed from a reading of the texts, political history and judicial interpretations which presuppose that constitutional law embodies and must embody a certain conception of political justice. The second argument states that the courts are morally authorized, indeed obligated, by virtue of a basic tenet of political morality, to control the legitimacy of all the government acts they are asked to apply within the framework of their official duty. This argument implies the judicial recognition of "prior standards relating to the legitimacy of government acts (laws, policy decisions)." The main argument is that unwritten constitutional principles derive their legal status, foundation and moral legitimacy from this set of prior standards relating to the legitimacy of government acts, as understood and applied by the courts.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

Dans une série de décisions controversées depuis une trentaine d'années, la Cour suprême du Canada a donné plein effet juridique à des principes constitutionnels non écrits¹. Ces principes lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. Ils peuvent guider l'interprétation du texte constitutionnel et fournir les prémisses de thèses constitutionnelles qui mènent à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. Dans certaines circonstances, ils peuvent même donner lieu à des obligations juridiques substantielles ... qui posent des limites à l'action gouvernementale. La force normative des principes constitutionnels non écrits soulève un ensemble de questions théoriques, épistémologiques et normatives. Quel est le statut des principes? Quelle est leur source? 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?

Mon objectif dans cet article est de répondre à 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 et autres décisions politiques), telles que comprises et appliquées par les tribunaux. Bien qu'il y ait de bonnes raisons de penser que cette thèse dépasse le contexte juridique canadien, ma réflexion portera généralement sur l'opinion de la Cour suprême du Canada rendue en 1998 dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*² (ci-après le « Renvoi »).

Dans le Renvoi, la Cour suprême du Canada se prononçait sur la question de savoir si la Constitution du Canada conférait à l'Assemblée nationale, à la législature ou au gouvernement du Québec le pouvoir de procéder unilatéralement à la sécession de la province de Québec du Canada³. La Cour

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

2 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvoi relatif à la sécession*].

3 Deux autres questions faisaient aussi l'objet du Renvoi : « L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? » et « Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? » Je ne discuterai pas de ces autres questions.

aurait pu simplement nier ce pouvoir en s'appuyant sur les dispositions explicites de la Constitution qui énoncent les critères formels de modification constitutionnelle⁴. En vertu de ces critères, comme le soutenaient plusieurs constitutionnalistes canadiens, la légalité d'une sécession unilatérale semblait bien improbable⁵. Cependant, la Cour n'a pas limité son analyse à l'examen des critères formels de modification constitutionnelle. Selon elle, le Renvoi alliait « des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates »⁶. Pour ce motif, la Cour a jugé nécessaire d'examiner « un certain nombre de principes sous-jacents » formant un ensemble de « principes constitutionnels non écrits »⁷. Voici, entre autres propositions, ce qu'elle a énoncé :

1. La Constitution englobe un ensemble de principes sous-jacents non écrits. Ils ressortent de la compréhension du texte constitutionnel, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. Ces principes fonctionnent en symbiose : aucun principe constitutionnel ne peut être conçu indépendamment des autres et aucun ne peut totalement exclure l'application d'aucun autre. Quatre principes sous-jacents sont pertinents en l'espèce (la liste n'étant pas exhaustive) : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités.
2. Le principe du fédéralisme et le principe démocratique impliquent que la volonté clairement exprimée par une majorité claire de la population d'une province de réaliser la sécession donnerait naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la fédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La Constitution confère à chacun des participants à la fédération le droit de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles; corrélativement, les autres participants ont l'obligation constitutionnelle d'engager des négociations sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote en faveur de la sécession d'une province qui aboutirait à une majorité claire, en réponse

4 *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie V, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

5 Voir par ex J Webber, "The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law" (1997) 42 RD McGill 281.

6 *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* n 2 au para 1.

7 *Ibid.*

- à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les participants devraient reconnaître.
3. Les négociations devraient se conformer aux principes constitutionnels sous-jacents. Ainsi, les parties n'auraient pas le droit de nier à une province le droit de chercher à réaliser la sécession, si la majorité est claire et si, dans cette poursuite, le gouvernement sécessionniste respecte les droits des autres : les autres principes constitutionnels ne peuvent totalement écarter le principe démocratique. Cependant, les parties n'auraient aucune obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province : le principe de la démocratie ne peut écarter les principes du fédéralisme, de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, ou le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada.
 4. Le rôle de la Cour est de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises en vertu de la Constitution, et non de surveiller les décisions politiques prises à l'intérieur de ce cadre. Bien que les obligations dégagées par la Cour soient des obligations constitutionnelles impératives, les aspects politiques des négociations constitutionnelles ne sont assujettis qu'à une évaluation d'ordre politique, et non d'ordre juridique.

Le Renvoi est généralement considéré comme l'une des plus importantes opinions constitutionnelles jamais rendues par la Cour suprême du Canada. D'une part, elle énonçait une solution juridique qui maintenait un délicat équilibre entre des valeurs constitutionnelles concurrentes. D'autre part, et plus important pour mon propos, la Cour proposait un fondement aux principes constitutionnels non écrits qui rompait radicalement avec celui avancé dans les affaires antérieures. Dans ces affaires, les principes non écrits étaient inférés soit des dispositions constitutionnelles explicites, soit du préambule des textes constitutionnels. Dans le Renvoi, la Cour a raisonné autrement. La première partie de cet article rappellera comment, dans le Renvoi, la Cour suprême semble avoir conçu les principes constitutionnels non écrits, et examinera les limites de cette conception. La seconde partie étaiera la thèse selon laquelle le statut, le fondement et la légitimité morale des principes constitutionnels non écrits reposent sur deux thèses fondamentales que j'ai examinées ailleurs en détail : la « primauté du droit comme justice » et la « légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ».

I. Les principes constitutionnels non écrits selon le Renvoi

Le statut des principes constitutionnels non écrits représente la position 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 sont pas juridiques, relèvent-ils de la science du droit ou de la morale politique? Pour sa part, 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 ou à décrire le droit dans son ensemble, des normes juridiques particulières ou les institutions politiques, ou servent-ils à les justifier? Nous aident-ils à connaître et comprendre le droit tel qu'il est ou nous indiquent-ils comment le droit devrait être? Le statut des principes permet généralement de déterminer leurs traits généraux ou leur caractère (leur « nature ») et, par voie de conséquence, leur rôle ou leur fonction spécifique. Ainsi, au statut correspond un rôle ou une fonction. Il arrive toutefois que la seule manière d'établir le statut des principes soit d'examiner la fonction ou le rôle que ces principes jouent effectivement dans la pratique et le discours constitutionnels. Alors 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, lorsqu'ils en parlent tout simplement ou lorsqu'ils évaluent et critiquent les actes et les décisions gouvernementales. En ce sens, la détermination du statut des principes constitutionnels non écrits pourrait dépendre de leur fonction ou rôle effectif.

a. La fonction des principes constitutionnels non écrits

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 purement descriptive et explicative. Ces principes constituent des propositions de fait qu'un théoricien ou un juriste juge importantes aux fins de la connaissance juridique ou de la science du droit. C'est le cas, par exemple, des principes qui expliquent d'une manière synthétique le droit constitutionnel dans son ensemble ou un aspect particulier de ce dernier. Les trois principes premiers proposés au XIX^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 – étaient des principes de ce type, conçus aux fins de la science du droit de type positiviste⁸. Ils permet-

8 AV Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd, London, Macmillan, 1959, "Outline of Subject".

taient d'expliquer d'un point de vue externe au droit la pratique juridique telle qu'elle se manifestait à son époque, notamment les relations entre les diverses institutions gouvernementales. De même, les principes constitutionnels qui nomment un ensemble complexe de règles ou de doctrines constitutionnelles existantes, tels que le principe des privilèges parlementaires, ont aussi une fonction descriptive. Ils permettent des raccourcis commodes, des étiquettes qui représentent un ensemble beaucoup plus complexe de normes, de pratiques ou d'institutions. Puisque ces principes descriptifs ou explicatifs ne sont pas conçus pour produire d'effets juridiques en tant que tel, et dans les faits n'en produisent pas, leur statut est non juridique.

D'autres principes constitutionnels non écrits exercent une fonction normative. Un principe constitutionnel normatif exprime ou présuppose un jugement de valeur plus ou moins abstrait et général relativement à la promotion ou à la protection d'un état de chose désirable du point de vue constitutionnel (un bien) et qui, en tant que tel, soit justifie une ou plusieurs normes constitutionnelles plus spécifiques, soit institue une raison d'agir ou de décider sur la base de telles normes. Le statut des principes constitutionnels normatifs peut être juridique ou non juridique. Par exemple, le statut des principes constitutionnels non écrits normatifs qui découlent « nécessairement » des dispositions explicites des textes constitutionnels est juridique. Ainsi, le « principe d'exclusivité » qui découle nécessairement des dispositions écrites de la Constitution qui énoncent le caractère « exclusif » de certaines compétences législatives est juridique. Il en va de même du « principe d'égalité » qui découle du droit à l'égalité énoncé dans la Charte canadienne des droits et libertés, et ainsi de suite. Par contre, le statut des principes constitutionnels non écrits normatifs qui conditionnent l'existence des « conventions constitutionnelles » n'est pas juridique en soi. Ces principes 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 ou la démocratie, par exemple) qui, en tant que tel, établit une raison d'agir conformément à certains modèles constitutionnels spécifiques⁹.

Cependant, les principes constitutionnels non écrits qui intéressent la Cour suprême dans le Renvoi ne sont ni descriptifs et explicatifs dans l'un ou l'autre des sens mentionnés, ni normatifs en vertu de leur caractère « nécessairement implicite » ou de leur rapport avec les « conventions constitutionnelles ». Ce sont des principes qui, de l'avis de la Cour, sont « sous-jacents »¹⁰

9 Voir par ex *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753.

10 *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* n 2 au para 54.

à la Constitution : ils « ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle »¹¹. Ces principes constitutionnels « lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »¹². Ils ont « plein effet juridique » et peuvent donner lieu à des « obligations juridiques substantielles »¹³. Les principes constitutionnels non écrits qui nous intéressent semblent donc posséder le caractère de généralité et d'abstraction propre aux principes descriptifs ou explicatifs et à certains principes normatifs, tels que ceux qui sous-tendent les conventions constitutionnelles. De plus, ils semblent bien posséder une force normative. Mais qu'en est-il de leur statut? Est-il juridique ou non juridique? Pour y répondre, il est utile de s'arrêter un moment sur les fonctions qu'ils exercent effectivement dans la pratique et le discours juridiques.

Les principes constitutionnels non écrits auxquels réfèrent la Cour suprême dans le Renvoi exercent au moins trois différentes fonctions. Je nommerai la première, à défaut d'autres termes, la « fonction herméneutique fondamentale ». En ce sens, les principes rendent intelligibles d'un point de vue pratique toutes les autres normes constitutionnelles écrites et non écrites. Cette fonction comporte deux aspects inséparables. Tout d'abord, les principes composent 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. Ils 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. Dans le Renvoi, la Cour exprime ce premier aspect lorsqu'elle affirme qu'il serait « impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux »¹⁴. Elle l'exprime encore lorsqu'elle affirme que les principes constitutionnels non écrits « imprègnent » la Constitution, « lui donnent vie » (*breathe life into the constitution*)¹⁵ et qu'ils « en sont la force vitale » (*its lifeblood*)¹⁶. Elle l'exprime enfin en affirmant qu'ils « inspirent et nourrissent » le texte de la Constitution et qu'ils en sont les « prémisses inexpri-

11 *Ibid* au para 32.

12 *Ibid* au para 54.

13 *Ibid.*

14 *Ibid* au para 51.

15 *Ibid* au para 50.

16 *Ibid* au para 51.

mées »¹⁷. Le second aspect de la fonction herméneutique fondamentale est que les principes constitutionnels non écrits énoncent une raison, une valeur, une finalité qui fait la structure constitutionnelle, que les normes constitutionnelles sont censées établir une chose qui peut valoir la peine d'être établie et, conséquemment, d'être soutenue par les autorités compétentes¹⁸. L'énoncé de la Cour suprême selon lequel les principes « sont investis d'une force normative puissante »¹⁹ semble exprimer ce second aspect. Quoi qu'il en soit, l'analyse détaillée des principes constitutionnels pertinents dans le Renvoi²⁰ l'exprime clairement²¹.

Je nommerai la seconde fonction la « fonction d'interprétation constitutionnelle ». C'est probablement la plus connue des trois fonctions. Les principes constitutionnels non écrits guident l'interprétation même des diverses dispositions 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 politiques²². 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 les interprétations qui modifient profondément les normes constitutionnelles existantes. Comme le précise la Cour, le respect de ces principes est « indispensable au processus permanent d'évolution et de développement »²³ de la Constitution.

Je nommerai la troisième fonction la « fonction de création ». C'est probablement la plus controversée des trois. Les principes constitutionnels non écrits justifient la création judiciaire de normes constitutionnelles plus spécifiques et concrètes²⁴ ou d'exceptions à des normes constitutionnelles existantes valides²⁵, en comblant les lacunes des dispositions expresses du texte constitutionnel²⁶. Ils peuvent exercer cette fonction lorsque surgissent des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution ou lorsque les juges estiment que les solutions prévues ne conviennent pas ou plus

17 *Ibid* au para 49.

18 *Ibid* aux paras 58-59.

19 *Ibid* au para 54.

20 *Ibid* aux paras 55-82.

21 Voir par ex *ibid* aux paras 58-59, 64, 67, 70, 78, et 81.

22 *Ibid* au para 52.

23 *Ibid*.

24 Voir par ex *Renvoi relatif à la sécession, ibid*; Renvoi relatif à la rémunération des juges, *supra* 1.

25 Voir par ex *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra* n 1.

26 *Renvoi relatif à la sécession, supra* n 2 au para 53.

aux valeurs exprimées par les principes. 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 existantes²⁷. 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 »²⁸. Dans ces cas, les principes 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 »²⁹. Par exemple, dans le Renvoi, 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 »³⁰. 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 » 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 »³¹. La nature et le contenu de l'obligation juridique sont aussi régis par les mêmes principes non écrits.

b. Le statut juridique des principes constitutionnels non écrits

Les trois fonctions des principes constitutionnels non écrits – herméneutique fondamentale, d'interprétation constitutionnelle et de création – sont clairement normatives. De plus, compte tenu de leur impact sur le contenu même du droit que sanctionnent les tribunaux, on pourrait croire que le statut des principes constitutionnels non écrits est juridique. C'est du moins ce que semble penser la Cour suprême du Canada. Trois types de considérations soutiennent cette position. Premièrement, il est établi depuis longtemps que 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 en droit canadien certains principes

27 *Ibid.*

28 *Ibid* au para 54.

29 *Ibid* au para 49. Voir aussi *ibid* aux paras 92-94.

30 *Ibid* au para 88.

31 *Ibid.*

constitutionnels non écrits³². Ces principes sont non écrits de deux manières. D'une part, l'incorporation se fait dans le préambule par un renvoi général aux « principes constitutionnels du Royaume-Uni ». Les principes ne sont donc pas explicités dans le texte même de la Constitution canadienne. D'autre part, les principes du droit constitutionnel du Royaume-Uni auxquels le préambule renvoie sont eux-mêmes, pour la plupart, non écrits. Cela étant dit, le préambule ne peut à lui seul justifier l'existence de tous les principes constitutionnels non écrits reconnus par la Cour suprême dans le Renvoi et ne concerne probablement pas les principes non écrits les plus significatifs. Deuxièmement, la Cour énonce qu'au moins certains principes sont implicites de par la nature même d'une constitution³³. Selon elle, 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 »³⁴. Une constitution « doit » donc comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un « cadre juridique exhaustif » pour le système de gouvernement³⁵. Il s'ensuit qu'il existe « nécessairement », dans la Constitution canadienne, des « règles et des principes de base » 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 »³⁶. Ces principes sont nécessairement juridiques. Troisièmement, la fonction herméneutique fondamentale décrite plus haut rend nécessaire l'existence d'au moins quelques principes constitutionnels non écrits dont le statut est juridique. S'il est vrai qu'il est « impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux »³⁷ et que ce sont ces principes qui « donnent vie » à la Constitution³⁸, ils doivent nécessairement être juridiques.

Cependant, la thèse selon laquelle les principes constitutionnels non écrits peuvent avoir un statut juridique est très controversée au Canada. Elle soulève au moins trois types de questions fondamentales sur la nature du droit et d'une constitution. Ces questions sont d'ordre ontologique, épistémologique et normatif. Les questions d'ordre ontologique sont celles-ci : le droit constitutionnel est-il, ou peut-il être constitué de propriétés qui incluent ce que la

32 *Ibid* au para 53. La Cour fait référence aux affaires suivantes : *Fraser c Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 RCS 455, aux pp 462-63 et *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, *supra* n 1.

33 *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* n 2 au para 50.

34 *Ibid* au para 32.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 *Ibid* au para 51.

38 *Ibid* au para 50.

Cour nomme les principes constitutionnels non écrits? En d'autres mots, les principes constitutionnels non écrits reconnus par la Cour existent-ils, et peuvent-ils seulement exister dans la réalité juridique? Peuvent-ils être du droit? Les questions d'ordre épistémologique gravitent autour de celles-ci : s'il est vrai que des principes constitutionnels non écrits existent, comment sait-on qu'ils existent et, en particulier, comment sait-on que tels ou tels principes spécifiques, ayant tels ou tels contenus, existent? Les questions d'ordre normatif concernent la force normative des principes constitutionnels non écrits et la légitimité morale des décisions judiciaires qui les reconnaissent et les utilisent dans le processus de décision constitutionnelle. La Cour suprême ne répond pas directement à ces questions qui vont au cœur même de la théorie constitutionnelle et de la philosophie du droit.

Dans ce qui va suivre, je postulerai que, selon la Cour suprême du Canada, les principes constitutionnels non écrits possèdent un statut juridique. Cependant, même si l'on admet provisoirement, aux fins de discussion, que les principes constitutionnels non écrits sont juridiques, la question de savoir comment on peut les connaître ou les déterminer demeure entière. Ce n'est pas tout de postuler que certains principes constitutionnels non écrits existent en droit. Encore faut-il établir les modalités selon lesquelles les assertions affirmant que tels ou tels principes non écrits ont un statut juridique sont fondées. Par conséquent, même si nous supposons l'existence en droit de certains principes constitutionnels non écrits, des questions demeurent : comment les connaît-on? D'où viennent-ils ou sur quoi reposent-ils? Comment doit-on procéder pour les identifier? Quelle méthode est la plus appropriée (empirique, historique, herméneutique, conceptuelle, normative)? Quelles sources peuvent être légitimement utilisées (texte, histoire, précédents judiciaires, morale politique)? Comment doit-on procéder pour les formuler à un niveau adéquat d'abstraction et de généralité? Comment sait-on que l'identification et la formulation proposée sont bien fondées, correctes ou vraies? Bref, les présuppositions d'ordre ontologique doivent affronter les questions d'ordre épistémologique.

Examinons maintenant certaines questions d'ordre épistémologique. Selon la Cour suprême, les principes constitutionnels non écrits sous-jacents à la Constitution « ressortent de la 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 »³⁹. La Constitution, nous dit la Cour, est « principalement une Constitution écrite et

39 *Ibid* au para 32.

le fruit de 131 années d'évolution »⁴⁰. Toutefois, la Cour n'indique pas comment procéder pour « comprendre » les sources et faire « ressortir » les bons principes. Que veut-elle dire par « compréhension » des sources? Que signifie l'idée que des principes puissent « ressortir » de cette « compréhension »? Et comment sait-on que les principes que l'on peut faire ressortir de notre « compréhension » des sources sont les bons? La Cour ne le dit pas. Le lecteur est tenu de procéder à une reconstruction de la méthode analytique utilisée par la Cour dans le Renvoi.

La méthode n'est pas purement empirique. Bien entendu, la Cour a ciblé certains faits empiriques de l'histoire constitutionnelle canadienne, politique et juridique (texte et jurisprudence), afin de montrer ou prouver que l'évolution des arrangements constitutionnels « a été marquée par l'adhésion » aux quatre principes constitutionnels mentionnés plus haut. Cependant, puisque les principes en question ne sont ni observables ni vérifiables empiriquement, la connaissance de ces principes ne peut résulter uniquement de l'observation des données empiriques. On pourrait donc penser que la Cour a « inféré » des faits empiriques les quatre principes, un peu à la manière d'un sociologue ou d'un historien de la politique et du droit qui voudrait expliquer les mêmes faits 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. Cependant, cette hypothèse est insatisfaisante. D'une part, une telle conception de la recherche scientifique est généralement repoussée en sciences sociales. Les principes généraux censés expliquer une situation de fait consistent généralement en des hypothèses « inventées », destinées à rendre compte de certains faits problématiques que l'on veut expliquer, qui ne sont cependant admis scientifiquement comme objectifs 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 ou rendre compte des faits empiriques en termes normatifs. Les principes ne possèdent donc pas uniquement des vertus explicatives. Ils représentent un ensemble d'idéaux auxquels les pratiques politiques et juridiques canadiennes

40 *Ibid* au para 49.

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.

Je soumetts la thèse selon laquelle la méthode utilisée par la Cour suprême, tel que le révèle son argumentation dans le Renvoi, emprunte l'une des approches « herméneutiques » en sciences sociales. Celles-ci postulent que les comportements humains (les actions, les décisions, les pratiques, les institutions) ont un sens pour ceux qui en sont les auteurs et, par conséquent, incarnent ou comprennent, en deçà des faits observables qui les composent, 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 en deçà 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, en vertu de cette approche, il est postulé qu'on peut dévoiler ces significations par l'interprétation. À 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 d'un 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 au moins quatre principes constitutionnels non écrits (fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, respect des minorités). Elle montre que les faits historiques manifestaient – 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. 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 constitutionnelle⁴¹. 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 (les valeurs, les idéaux, les buts, les raisons d'être) qui donne un sens aux textes, à l'histoire et à la jurisprudence. Certains jugements d'adéquation sont donc requis. De plus, la méthode de la Cour ne semble pas présupposer que les principes non écrits doivent nécessairement exprimer ou correspondre exactement 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, dresse la limite empirique légitime permettant de connaître le sens des actions politiques et juridiques en termes de buts, de croyances et d'idéaux.

Cela étant dit, la version de l'herméneutique qui semble avoir guidé la Cour partage un postulat fondamental avec les approches scientifiques de type positiviste : la connaissance des principes semble strictement reposer sur une compréhension des faits empiriques sans que ne soient intervenues 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 de ceux 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 bruts. 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 constitutionnelle⁴², elle semble

41 *Ibid* aux paras 33-48, 55-82.

42 *Ibid* au para 32.

les appréhender comme l'une des propriétés de leur signification objective, la tâche de la Cour étant de les décrypter afin de 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 spécifiques⁴³. À 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 écrits⁴⁴. Elle estime que les textes constitutionnels « réaffirment » l'engagement politique et social du Canada envers les quatre principes pertinents : fédéralisme⁴⁵, protection des minorités⁴⁶, démocratie et primauté du droit⁴⁷. Les principes qui soutiennent les textes s'appuient en partie sur l'évolution politique et constitutionnelle⁴⁸ et sur l'interprétation constitutionnelle⁴⁹; inversement, les principes qui soutiennent les décisions judiciaires sont soutenus par les mêmes principes (le processus d'interprétation constitutionnelle en aurait « toujours » tenu compte)⁵⁰ et cette lecture est appuyée par les pratiques politiques et constitutionnelles d'arrière-plan⁵¹. Comme elle le dit : « [d]errière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents »⁵². Les principes semblent donc avoir été conçus comme des données objectives de la réalité sociale, juridique et politique, qu'une compréhension correcte permettrait de saisir. La Cour semble avoir présupposé que sa compréhension est neutre, objective et accessible à tous⁵³.

Cette méthode s'expose néanmoins à deux objections. Tout d'abord, il n'est pas nécessairement vrai, dans le cadre de l'approche herméneutique qui semble avoir guidé la Cour, que les quatre principes constitutionnels non écrits identifiés ressortent objectivement d'une compréhension correcte du texte constitutionnel, du contexte historique et des diverses interprétations données par

43 *Ibid* aux paras 33-48. Voir aussi *ibid* aux paras 62-63, 76-77, 81-82.

44 *Ibid* au para 33.

45 *Ibid* au para 38.

46 *Ibid* aux paras 38, 46, 79-80.

47 *Ibid* aux paras 44, 46, 62.

48 *Ibid* aux paras 55, 63.

49 *Ibid* au para 56.

50 *Ibid* aux paras 56, 81.

51 *Ibid* aux paras 55, 57, 62, 81.

52 *Ibid* au para 49.

53 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 sur la sécession*, *ibid* a procédé d'une conception prégadamérienne de l'herméneutique, conception qui pourrait par ailleurs convenir au projet de Wilhelm Dilthey au XIX^e siècle.

les tribunaux en matière constitutionnelle. Ces sources font appel à des faits si nombreux qu'il est raisonnable de penser qu'elles puissent tirer leurs significations normatives de principes constitutionnels concurrents, voire contradictoires, même si nous désignons ces principes par les mêmes mots. L'histoire politique et sociale dans laquelle ont évolué nos arrangements constitutionnels est tissée de faits qui comprennent des débats contradictoires, des controverses et des compromis procédant de traditions et de visions politiques plurielles incarnant des principes constitutionnels normatifs concurrents. Les textes constitutionnels qui ont émergé de cette histoire peuvent conséquemment refléter des principes rivaux. 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 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 à priori certains faits constitutifs des pratiques sociales politique et juridique. Bien entendu, on pourrait répliquer 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 et *significatifs* d'un point de vue constitutionnel. Mais dès lors la question serait de savoir quel est ou quel doit être le critère des « faits pertinents et significatifs »?

On pourrait répondre en appliquant une variante du cercle herméneutique : les faits pertinents et significatifs sont ceux qui tirent leur sens des principes constitutionnels que l'on cherche à établir, entendu que ces derniers doivent être ceux qui contribuent d'une 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; entendu que les décisions constitutionnelles significatives seraient aussi déterminées par des principes normatifs qui peuvent rendre compte des textes et des faits significatifs de l'histoire constitutionnelle. Cependant, cette réponse serait insatisfaisante. D'abord, il s'en faut de peu pour que cette version 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 lors qu'il est admis que les faits pertinents de l'histoire, des textes constitutionnels et des interprétations constitutionnelles peuvent participer à des traditions et visions constitutionnelles plurielles, il devient impossible de savoir quels principes permettent de qualifier de significatifs des faits pertinents sur le plan constitutionnel et quels faits significatifs permettent d'appuyer les principes. On pourrait répliquer que le critère de cohérence devrait permettre précisément d'identifier les principes les plus unificateurs et les faits les plus significatifs. Cependant, dès lors 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 qu'il puisse exister plusieurs lectures cohérentes concurrentes des mêmes faits. Dans ce cas, le critère de cohérence serait purement formel et, conséquemment, impotent⁵⁴. Il ne permettrait pas, à lui seul, d'établir ou de distinguer les principes constitutionnels non écrits et de trancher entre les diverses lectures cohérentes concurrentes. D'autres considérations sont nécessairement requises.

La méthode de la Cour suprême pourrait être acceptable à la condition que l'on puisse expliquer et justifier pourquoi certains faits historiques, positions politiques, décisions judiciaires et interprétations constitutionnelles comptent et d'autres pas. On doit pouvoir comprendre comment la Cour a procédé pour décider, entre tous les principes concurrents qui peuvent raisonnablement sous-tendre la Constitution, lesquels sont bien fondés ou corrects. Dans la seconde partie, je soutiendrai que le processus de détermination des principes requiert l'introduction de considérations normatives qui sortent nécessairement les juges du cercle herméneutique dans lequel ils se sont apparemment enfermés. Plus précisément, il implique l'élargissement du cercle de manière à y inclure des considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique des actions gouvernementales.

La seconde objection à laquelle se heurte la méthode de la Cour réside en ce 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. Logiquement, de tels principes peuvent être formulés à divers niveaux de généralité et d'abstraction. De plus, la détermination du niveau de généralité et d'abstraction adéquat doit dépendre des éléments pertinents que les principes contribuent à harmoniser. Or, puisque les princi-

54 J'ai discuté de cette question dans LB Tremblay, « Le droit a-t-il un sens? Réflexions sur le scepticisme juridique » (1999) *Rev interdisciplin et jur* 13.

pes doivent ressortir de l'histoire constitutionnelle, des textes et des décisions judiciaires, on ne peut exclure d'avance l'hypothèse que ces derniers éléments puissent appuyer des formulations beaucoup plus spécifiques et 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 »⁵⁵. Certains le pensent ou l'ont peut-être pensé. Mais il est loin d'être « évident » que cette assertion générale et abstraite puisse rendre compte des pratiques politiques et juridiques au Canada, telles qu'elles se sont manifestées dans l'histoire. Il en est de même de l'assertion selon laquelle le « principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle »⁵⁶ ou de la formulation générale 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 »⁵⁷. Cette dernière assertion, qui exprime la thèse du « pré-engagement », est peut-être désirable d'un point de vue normatif. Cependant, il n'est pas « évident » qu'elle soit ancrée dans l'histoire constitutionnelle canadienne. Non seulement est-elle controversée en théorie politique, elle parvient difficilement à rendre compte de tous les faits pertinents d'un point de vue constitutionnel, notamment du 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 dans les sources censées contenir les principes constitutionnels non écrits. À nouveau, d'autres types de considérations semblent être requis. Lesquels?

La méthode de la Cour suprême pourrait être acceptable, mais il faudrait que l'on puisse expliquer et justifier pourquoi les principes constitutionnels non écrits peuvent ou doivent être formulés à un niveau très élevé de généralité et d'abstraction. On doit pouvoir expliquer comment la Cour a procédé pour parvenir à telle formulation plutôt que telle autre. Dans la seconde partie, je soutiendrai encore que le processus de détermination des principes requiert l'introduction de considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique des actions gouvernementales qui élèvent les juges au-dessus des faits empiriques desquels ils tentent de rendre compte en termes normatifs.

55 *Renvoi relatif à la sécession, supra* n 2 au para 68.

56 *Ibid* au para 62.

57 *Ibid* au para 76.

Par ailleurs, le statut juridique des principes constitutionnels non écrits soulève quelques questions d'ordre normatif : quel est le fondement normatif des principes constitutionnels non écrits et qu'est-ce qui leur confère leur force normative? Quel est le fondement moral des décisions judiciaires qui les reconnaissent, qui les formulent à un niveau très élevé 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? Contrairement aux questions d'ordre épistémologique, sur ces points, la Cour suprême ne fournit aucun indice. De deux choses l'une. On pourrait soutenir que 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. Dans cette hypothèse, la Cour maintiendrait une séparation étanche entre le droit et la morale. Cela aurait pour effet, dans les circonstances, d'éviter d'avoir à répondre aux questions normatives. Du point de vue de la théorie constitutionnelle, une telle attitude serait insatisfaisante.

Alternativement, on pourrait avancer que la Cour estime que les questions normatives la concernent mais qu'elles trouvent leur réponse dans le simple fait que les principes ont un statut juridique. Dans cette seconde hypothèse, la Cour adhérerait à une forme de légalisme. La question de savoir si la Cour suprême procède du légalisme n'est pas simple. D'un côté, elle admet clairement que la légitimité des actes gouvernementaux est une question conceptuellement distincte de leur légalité⁵⁸. Cependant, elle soutient aussi que la légitimité des actes gouvernementaux, par opposition à leur légalité formelle, dépend de leur conformité aux valeurs exprimées par les principes constitutionnels non écrits⁵⁹. Cela est problématique : si le statut des principes constitutionnels non écrits et des valeurs qu'ils expriment était purement juridique, alors le fondement de la légitimité des actes des institutions politiques résiderait dans le droit lui-même et la légitimité des actes gouvernementaux deviendrait une affaire de légalité. Dans cette hypothèse, on voit mal en quoi la distinction conceptuelle entre la légitimité et la légalité formelle des actes gouvernementaux serait significative. Le légalisme est une idéologie bien connue dans la tradition juridique positiviste, mais je ne crois pas qu'on ait déjà expliqué et justifié d'une manière satisfaisante comment le droit pouvait fonder lui-même sa propre légitimité.

58 Voir par ex *ibid* aux paras 33, 47, 67, 75, 89, 103.

59 Voir *ibid* aux paras 67, 75, 87-89, 93, 95, 103, 150.

L'opinion de la Cour suprême dans le Renvoi pourrait être acceptable si on pouvait rendre compte du fondement normatif des principes constitutionnels non écrits et des décisions constitutionnelles qui les sanctionnent dans des affaires précises à l'encontre des normes juridiques explicites. Dans la prochaine partie, je soutiendrai que l'explication et la justification résident encore dans un ensemble de considérations morales d'arrière-plan sur la légitimité politique des actions gouvernementales, dont le statut est logiquement antérieur à la Constitution.

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

Pour que l'opinion de la Cour suprême dans le Renvoi puisse être persuasive et acceptable, il faudrait clarifier au moins les questions épistémologiques et normatives suivantes :

1/ comment doit-on procéder pour déterminer, entre tous les principes concurrents qui peuvent raisonnablement sous-tendre la Constitution, lesquels sont bien fondés et qu'est-ce qui justifie de les formuler à un niveau très élevé d'abstraction et de généralité?

2/ quel est le fondement normatif des principes constitutionnels non écrits et de quelle autorité la Cour suprême peut-elle y référer, notamment pour contrôler la validité des lois?

Dans cette partie, je propose une réponse à ces questions. Je soutiendrai que le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits réside dans la conjonction de deux thèses. Je les nommerai respectivement la « primauté du droit comme justice » et la « légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ». 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 de la justice. Cette thèse est liée à la fonction herméneutique fondamentale des principes qui consiste à rendre le droit intelligible d'un point de vue pratique. La seconde thèse pose que les tribunaux sont moralement autorisés, voire tenus, en vertu d'un principe général de la morale politique, de contrôler la légitimité de tous les actes gouvernementaux qu'on leur demande d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle. Cette thèse implique la reconnaissance judiciaire d'un ensemble de critères de légitimité du droit exprimés par ce que je nommerai les « normes antérieures relatives à la légitimité des actes gou-

vernementaux ». À cette fin, les actes gouvernementaux comprennent les lois, les décisions politiques et les actes administratifs. La thèse fondamentale est que les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux constitue ultimement le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits et, par voie de conséquence, des normes fondamentales du droit constitutionnel.

Je voudrais en outre poser l'hypothèse selon laquelle en dépit de leur rhétorique, les juges de la Cour suprême dans le Renvoi ont procédé conformément à des considérations du type de celles énoncées dans les deux thèses. Bien que je n'entende pas vérifier cette hypothèse (elle n'est probablement pas vérifiable), j'estime que les motifs avancés dans le Renvoi sont difficilement intelligibles d'un point de vue pratique sans poser la validité de cette hypothèse.

a. La primauté du droit comme justice

Dans *The Rule of Law, Justice and Interpretation*⁶⁰, je soutenais que le droit constitutionnel canadien reposait fondamentalement sur quatre principes constitutionnels non écrits : le principe fédéral, le principe démocratique, le principe de constitutionnalisme et le principe libéral. Ces principes étaient explicitement conçus comme l'incarnation ou la représentation d'une certaine conception de la justice politique comprenant des considérations sur le juste et le bien. La thèse résultait d'une lecture du droit constitutionnel à la lumière du principe de « primauté du droit » (ou *Rule of Law*). La raison pour laquelle le droit constitutionnel dans son ensemble devait être lu à la lumière du principe de primauté du droit était que le but, la raison d'être ou le sens fondamental de la pratique juridique, notamment de la pratique du droit constitutionnel, est la promotion et le maintien de la primauté du droit⁶¹.

Selon moi, le principe de primauté du droit exprime d'abord et avant tout un concept. Ce dernier, par opposition aux diverses conceptions plausibles, peut-être exprimé en deux propositions :

1/ les actions et les décisions gouvernementales, incluant les décisions judiciaires, doivent être rationnelles; et

2/ les raisons d'agir et de décider doivent être, en un certain sens, juridiques⁶².

60 LB Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997 [Tremblay, *Rule of Law*].

61 *Ibid* aux pp 145-46.

62 *Ibid* à la p 32.

Les plus importants désaccords sur le sens et la portée du concept de primauté de droit découlent des diverses conceptions que les juristes et les théoriciens se font d'une « raison juridique », c'est-à-dire, plus fondamentalement, des diverses « conceptions du droit qui ont ou devraient avoir la primauté » dans le processus de raisonnement politique et juridique.

Dans notre tradition juridique, trois principales conceptions du droit ont été associées à la primauté du droit : le « droit comme ensemble de règles positives », le « droit comme certitude » et le « droit comme justice ». Cependant, 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 la primauté du droit qui le conçoit sous l'angle de la justice peut donner un sens pratique au concept de primauté du droit. Pour ce motif, le droit censé avoir la primauté dans la pratique juridique doit être compris comme un ensemble de normes incarnant ou représentant une certaine conception de la justice. J'ai nommé cette conception la « primauté du droit comme justice ». Puisque seule la primauté du droit comme justice peut rendre compte du concept de primauté du droit d'un point de vue pratique, le droit constitutionnel censé avoir la primauté dans le processus de décision judiciaire 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 à la lumière de certains principes constitutionnels non écrits incarnant une conception du juste et du bien. Sans de tels principes, le droit constitutionnel apparaîtrait comme un agrégat de textes, de décisions et de présuppositions incapables de guider rationnellement le processus de décision judiciaire.

Comment doit-on procéder pour déterminer les « bons » principes constitutionnels non écrits? En vertu de la primauté du droit comme justice, le processus de détermination des principes est contraint dès le départ : le droit doit être envisagé selon sa capacité d'incarner une conception de la justice formelle et matérielle. Suivant cela, le principe de la justice formelle et au moins certains principes de la justice matérielle doivent être conçus comme constitutifs du droit. Le principe de la justice formelle énonce que les cas semblables doivent être traités de manière semblable. Ses corollaires sont relativement fixes et imposent aux tribunaux certaines contraintes formelles. Par exemple, le droit doit être constitué de normes, être conséquent et cohérent. Les principes de justice matérielle établissent les critères de distribution des droits, libertés, pouvoirs, obligations et autres fardeaux ou avantages entre les

diverses catégories de personnes. Ses corollaires sont variables dans le temps et dans l'espace et leur détermination requiert de la part des juges une forme de reconstruction du système juridique dans son ensemble qui va bien au-delà de ce qui est empiriquement observable. Les principes acceptables sont ceux qui, après réflexion, optimisent, en termes d'explication et de justification, la cohérence de tous les aspects du discours juridique dont on ne peut raisonnablement ignorer l'existence. Cependant, puisque la pratique du droit constitutionnel en appelle à des faits qui peuvent procéder d'une pluralité de visions et de traditions politiques, on ne peut exclure l'hypothèse qu'il puisse y avoir plusieurs lectures cohérentes du même discours juridique. De plus, puisque le critère de cohérence est formel, il est ultimement impotent. Pour cette raison, des critères autres que la cohérence doivent intervenir dans le processus de détermination des principes.

La primauté du droit comme justice énonce que ces autres critères sont normatifs et qu'ils doivent exprimer des valeurs morales et éthiques pertinentes d'un point de vue constitutionnel⁶³. Ils doivent indiquer les traits moraux ou éthiques que doivent posséder les principes constitutionnels non écrits pour être reconnus par les tribunaux pour avoir force obligatoire. Ils doivent être formés de concepts évaluatifs et normatifs qui les rendent 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. Par conséquent, la reconstruction des textes constitutionnels, des diverses interprétations judiciaires et même de l'histoire politique en termes de principes constitutionnels non écrits est contrainte, et ultimement validée ou justifiée, par certains concepts normatifs fondamentaux sur le juste et le bien.

La thèse de la primauté du droit comme justice permet de rendre compte du processus par lequel la Cour peut déterminer, entre tous les principes concurrents qui peuvent raisonnablement sous-tendre la Constitution, lesquels sont bien fondés 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 associée plus haut aux approches « herméneutiques » en sciences sociales. Dans cette perspective, les textes constitutionnels, l'histoire constitutionnelle et les diverses interprétations judiciaires participent à 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

63 *Ibid* aux pp 178-87.

Cour peut légitimement formuler les principes constitutionnels non écrits à leur niveau d'abstraction et de généralité le plus élevé⁶⁴.

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. Il est hautement probable que la Cour ait reconnu comme constitutionnels les quatre principes constitutionnels non écrits pour des motifs qui ont trait à leur mérite propre. Le cas échéant, 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 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, aurait rendu intelligibles les sources en montrant les raisons pour lesquelles *cette* Constitution, plutôt que telle autre, mérite notre respect. Cette conception critique n'aurait évidemment pas impliqué que les principes soient 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 ces décisions constitutionnelles-« là » et non telles autres, en indiquant les raisons pour lesquelles ils valent la peine d'être soutenus par les Canadiens et les institutions politiques. Cette conception aurait uniquement impliqué que les principes ne soient pas des données brutes d'une réalité objective que tout bon herméneute pourrait

64 La primauté du droit comme justice, on l'aura vu, partage les postulats de certaines versions contemporaines de l'« herméneutique » en droit, telle que l'approche « interprétative » développée par Ronald Dworkin. En matière constitutionnelle, voir R Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Selon lui, les juges sont tenus de ne reconnaître comme principes constitutionnels 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 » (*ibid* à la p 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 font paraître sous son meilleur jour (*ibid* à la p 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 on le donne pour représentant » (R Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, à la p 52). 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 solides, 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.

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 soutient cette hypothèse. Dans plusieurs passages, les principes sont présentés comme désirables pour des motifs qui ne sont pas nécessairement soutenus par les faits empiriques (fédéralisme⁶⁵; démocratie⁶⁶; constitutionnalisme⁶⁷). L'interprétation même des faits empiriques permet à la Cour de mettre l'accent sur des principes dont le caractère désirable découle de leur mérite propre. Par exemple, la protection des minorités au Canada est conçue comme le reflet d'un principe normatif cohérent puissant en lui-même, plutôt que comme le résultat de compromis politiques pragmatiques rendus nécessaires à diverses périodes de l'histoire. La *Loi constitutionnelle de 1867* est présentée comme le résultat d'une initiative de type démocratique par les « représentants élus du peuple » résidant dans les colonies⁶⁸ et comme le fondement de l'« acte d'édification d'une nation »⁶⁹, plutôt que comme une loi anglaise résultant de compromis politiques et conçue 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 onéreux entre les colonies anglaises d'Amérique du Nord. La compréhension du fédéralisme canadien met l'accent sur le respect de l'unité et la diversité plutôt que sur le caractère « quasi fédéral » du texte constitutionnel⁷⁰ et de certaines doctrines constitutionnelles importantes, telles que la dimension nationale et le pouvoir de dépenser. Les textes constitutionnels de 1982 sont présentés comme légitimes malgré le refus du gouvernement du Québec d'y souscrire et le jugement contraire de l'Assemblée nationale.

Bien entendu, ces exemples ne prouvent pas que la lecture normative de la Constitution par la Cour suprême soit erronée. Cependant, ils montrent que les principes identifiés ne sont ni des évidences 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 ju-

65 *Renvoi relatif à la sécession, supra* n 2 aux paras 58-59.

66 *Ibid* aux paras 64, 67.

67 *Ibid* aux paras 70, 78.

68 *Ibid* au para 35.

69 *Ibid* au para 43.

70 *Ibid*.

risprudence ne sont univoques et unidirectionnels. La lecture proposée par la Cour suprême allait donc bien au-delà des faits : elle y a projeté des idéaux et des buts. Elle indiquait les raisons pour lesquelles la Constitution canadienne peut être une bonne et juste Constitution qui mérite notre allégeance et, 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 reconnus par les juges se sont mêlés à la réalité et ont contribué à la transformer.

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 un niveau très élevé d'abstraction et de généralité. Les principes constitutionnels non écrits sont censés incarner ou fonder 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, fournissent 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 convient formellement aux faits empiriques, qu'ils peuvent par ailleurs expliquer et justifier. La relation substantielle qu'il entretient avec des considérations normatives d'arrière-plan plus fondamentales autorise les formulations abstraites et générales. Du reste, dans *The Rule of Law*⁷¹, les principes constitutionnels non écrits constitutifs de la primauté du droit comme justice sont aussi formulés en des termes généraux et abstraits. Cette formulation permettait de donner un sens cohérent et intelligible au discours constitutionnel canadien dans son ensemble. 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 démocratique⁷².

71 Tremblay, *Rule of Law*, supra n 60.

72 *Ibid* à la p 186.

b. La légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale

La primauté du droit comme justice soulève toutefois une question normative fondamentale : de quelle autorité les tribunaux sont-ils en droit de déterminer les traits éthiques ou moraux que doivent posséder les principes constitutionnels non écrits afin d'être reconnus pour avoir force obligatoire et de les utiliser dans le processus de décision constitutionnelle à des fins herméneutique, d'interprétation et de création d'autres normes constitutionnelles? La thèse de légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale permet de répondre à cette question. J'ai exposé les propositions fondamentales de cette théorie ailleurs⁷³ et je me bornerai ici à les résumer.

La thèse de légitimité générale du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale postule que la morale politique est fondée sur 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 ». Bien que ce principe ne soit formellement décrété nulle part, il est nécessairement constitutif du discours moral et politique relatif aux conditions spécifiques que doivent satisfaire l'autorité politique et ses décisions afin d'être reconnues comme moralement légitimes. Sans admettre l'existence de ce principe normatif général, nul ne pourrait donner un sens intelligible aux réflexions théoriques systématiques sur la légitimité morale de l'autorité politique qui traversent la culture occidentale. Appelons-le « principe de légitimité générale ».

Le pouvoir judiciaire possède une autorité politique dans l'État. Il doit donc agir, autant que possible, d'une manière légitime. Mais quelles conditions doit-il respecter pour que puisse être accepté comme moralement légitime l'ensemble de ses actes et de ses décisions? Il est généralement admis que le pouvoir judiciaire ne possède aucune légitimité inhérente, ni par nature, ni en vertu de la religion ou de la sagesse de ses membres. Dans la tradition politique et juridique moderne, la légitimité du pouvoir judiciaire semble dépendre de deux conditions spécifiques. Premièrement, elle est conditionnée par la primauté du droit (ou *Rule of Law*) : les décisions judiciaires doivent être conformes au droit ou justifiées 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 « condition de légalité ». Si elle tenait seule, il s'ensuivrait

73 LB Tremblay, "General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law" (2003) 23 Oxford J Legal Stud 525 [Tremblay, "General Legitimacy of Judicial Review"].

que la légitimité du pouvoir judiciaire résiderait dans le légalisme : ses décisions seraient moralement autorisées et feraient moralement autorité dès lors qu'elles seraient formellement conformes au droit. Mais cela serait insatisfaisant. Le pouvoir judiciaire ne peut avoir plus de légitimité morale que celle du droit qui la conditionne. Si le droit qui fournit au pouvoir judiciaire les raisons juridiques d'agir conditionne la légitimité du pouvoir judiciaire, alors le droit lui-même doit être moralement légitime. D'où la seconde condition : la légitimité du pouvoir judiciaire est conditionnée par la légitimité du droit qu'il reconnaît et applique. Bien que cette condition puisse impliquer en principe une pluralité de critères normatifs, dans la tradition politique et juridique moderne, il est généralement admis que la légitimité du droit réside dans son caractère démocratique (bien que la nature du caractère démocratique soit controversée). Appelons-là « condition de légitimité du droit ».

Il s'ensuit que, de manière à se conformer au principe de légitimité générale qui énonce que « toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime », le pouvoir judiciaire doit rencontrer les conditions spécifiques de « légalité » et de « légitimité du droit ». Il doit agir sur la base de raisons (normes ou considérations) qui, d'une part, sont juridiques et, d'autre part, légitimes du point de vue de la morale politique. Des normes ou considérations qui ne seraient pas juridiques ou, même si elles l'étaient, ne seraient pas légitimes ne confèreraient aucune légitimité morale aux décisions judiciaires qu'elles appuieraient. Par conséquent, afin de se conformer au principe de légitimité générale, le pouvoir judiciaire ne devrait pas reconnaître comme bonne raison de décider des normes ou considérations qui ne sont pas juridiques (valides en droit) ou des normes ou considérations juridiques qui ne sont pas légitimes (valides du point de vue de la légitimité morale). Bien entendu, aucun principe de la morale politique n'énonce que le pouvoir judiciaire devrait, en général, agir sur la base de normes ou considérations qui n'ont aucun statut juridique ou qui ne possèdent aucune légitimité morale. Au contraire, le principe de légitimité générale implique nécessairement que les juges soient moralement autorisés, voire obligés de ne pas reconnaître comme raison valable de décider une norme invalide sur un plan juridique ou moral.

Pour ces motifs, le fondement de la légitimité « générale » du pouvoir judiciaire de contrôler la validité et la légitimité des actes gouvernementaux qu'on leur demande d'appliquer dans des cas donnés réside dans le principe de légitimité générale. Le contrôle judiciaire de la validité et de la légitimité des actions gouvernementales est moralement permmissible en principe, car il constitue le moyen par lequel les tribunaux peuvent, et même doivent, vérifier si les actions gouvernementales qu'on leur demande de reconnaître et d'appliquer dans un

litige donné sont valides en droit et, le cas échéant, légitimes du point de vue de la morale politique. Si les actes en question ne sont pas juridiques ou s'ils ne sont pas légitimes, les tribunaux sont moralement autorisés, voire obligés de ne pas les reconnaître comme raisons valables de décider. Il en va de leur propre légitimité morale. Les techniques employées par les juges afin de ne pas les reconnaître peuvent varier selon le contexte : ils peuvent déclarer que les normes qu'on leur demande d'appliquer dans un cas donné sont « invalides » ou « inopérantes », qu'elles n'ont pas de force ou ne produisent pas d'effet juridique, qu'elles doivent être interprétées de façon large ou restrictive de manière à maintenir ou promouvoir leur légalité ou leur légitimité ou, enfin, qu'elles doivent simplement être ignorées.

La légitimité générale du contrôle judiciaire des actions gouvernementales entraîne plusieurs conséquences⁷⁴. Pour les fins de ce texte, j'en retiens deux.

i) Les normes antérieures relatives à la validité et à la légitimité du droit

La première conséquence est la suivante. Les juges appelés à appliquer ou sanctionner une action gouvernementale donnée doivent nécessairement reconnaître la force normative de certains critères de validité juridique et de légitimité morale des actions gouvernementales. Puisque la conformité à ces critères de validité et de légitimité du droit constitue une condition à laquelle les actions gouvernementales peuvent être reconnues par les juges pour avoir force obligatoire, le statut de ces critères ainsi que de leur fondement sont logiquement antérieurs aux actions gouvernementales qu'ils permettent d'identifier comme valides et légitimes. Ces critères ne peuvent jamais être établis par l'acte gouvernemental même, que les tribunaux reconnaissent comme ayant une force obligatoire. Ils présupposent donc l'existence de normes en vertu desquelles ils sont établis. Je les nommerai respectivement : les « normes antérieures relatives à la validité des actions gouvernementales » et les « normes antérieures relatives à la légitimité des actions gouvernementales ».

Les normes antérieures relatives à la validité et à la légitimité des actions gouvernementales peuvent être écrites ou non écrites. Cependant, il en existe toujours certaines qui ne peuvent pas être écrites. Ce sont les normes les plus fondamentales du processus de contrôle judiciaire des actions gouvernementales, celles en vertu desquelles les autres normes peuvent être reconnues par les tribunaux pour avoir force obligatoire. Dans la mesure où elles ne sont pas écrites, il appartient aux tribunaux d'en déterminer la nature et le contenu.

⁷⁴ D'autres conséquences sont examinées dans Tremblay, "General Legitimacy of Judicial Review", *ibid.*

Dans ce cas, il appartient donc aux tribunaux d'établir pour eux-mêmes les traits fondamentaux que doivent posséder les actions gouvernementales afin d'être reconnues et acceptées comme juridiquement valides et moralement permises. Il leur appartient d'établir les normes antérieures relatives à la validité et à la légitimité des actions gouvernementales les plus fondamentales. Par conséquent, le principe de légitimité générale ne constitue pas seulement le fondement normatif du contrôle judiciaire de validité et de légitimité des actions gouvernementales, mais aussi le fondement de la légitimité morale du pouvoir judiciaire d'établir et reconnaître les critères fondamentaux de validité et de légitimité des actions gouvernementales en vertu desquels le contrôle judiciaire doit procéder. Il en va de la légitimité même du pouvoir judiciaire.

Les normes antérieures relatives à la validité des actions gouvernementales énoncent les critères de validité des actes gouvernementaux. Elles font généralement partie du droit constitutionnel et sont les plus familières, au moins aux constitutionnalistes. Les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux établissent les critères spécifiques de légitimité des actes gouvernementaux. Ils indiquent les traits ou les faits positifs en vertu desquels ces actes sont (acceptables comme) moralement permises. Ces traits ou faits peuvent être de diverses natures, tels que le consentement, un pedigree démocratique, le respect des droits ou de la tradition, par exemple⁷⁵. Les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux peuvent donc être controversées. Néanmoins, pour les raisons que nous venons d'évoquer, ultimement, les juges sont tenus de déterminer pour eux-mêmes les critères de légitimité politique en vertu desquels les normes ou considérations qu'on leur demande d'appliquer ou de sanctionner dans des cas donnés sont dignes de sanction judiciaire. Or, afin de constituer des critères de légitimité morale, ces derniers doivent nécessairement incarner – ou dériver d' – une

75 Le principe de légitimité générale doit être distingué de ce qu'on pourrait nommer les « principes de légitimité spécifique » des institutions gouvernementales et judiciaires. Ces derniers indiquent les faits positifs spécifiques en vertu desquels les décisions politiques ou juridiques seraient autorisées, tels que le consentement, le pedigree démocratique, la validité constitutionnelle ou la tradition. En philosophie politique et en théorie constitutionnelle, on aborde généralement les questions de légitimité morale en termes de légitimité spécifique. Par exemple, la légitimité spécifique du Parlement de faire des lois reposerait sur certains faits positifs qui lui conféreraient un caractère démocratique (pedigree, expression de la volonté majoritaire, par exemple). De même, la légitimité spécifique du pouvoir judiciaire réside dans les deux conditions spécifiques mentionnées plus haut, la légalité et la légitimité des considérations ou actes utilisées par les juges comme raison de décider. Cela étant dit, certains types d'actions ou décisions politiques peuvent être moralement permises, indépendamment de principes spécifiques indiquant les faits positifs en vertu desquels ils seraient moralement autorisés. Le contrôle judiciaire des actions gouvernementales qu'on demande aux tribunaux d'appliquer est de ceux-là en vertu du principe selon lequel « toute autorité politique dans l'État doit agir, autant que possible, d'une manière légitime ».

théorie normative de la morale politique, théorie qui, pour eux, constitue la meilleure possible, soit la plus juste, la plus raisonnable ou la plus acceptable; mais quelle qu'elle soit, elle doit, de l'avis des juges qui l'acceptent, véritablement conférer la légitimité aux actes gouvernementaux.

ii) Le fondement des principes constitutionnels non écrits

La deuxième conséquence est la suivante. Le principe de légitimité générale implique que le fondement des principes constitutionnels non écrits, de leur contenu et de leur force normative, réside ultimement dans les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que reconnues et sanctionnées par les tribunaux engagés à maintenir leur propre légitimité. Cette conséquence procède d'une proposition beaucoup plus large. Le principe de légitimité générale implique que les critères de validité des actes gouvernementaux soient eux-mêmes ultimement fonction des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et sanctionnées par les tribunaux. En ce sens, les critères de validité des actions gouvernementales dans l'État constituent une conséquence des critères de légitimité morale, tels que reconnus et sanctionnés par les tribunaux; ils sont une conséquence des conditions que doivent respecter les actes gouvernementaux pour être reconnus comme légitimes et dignes d'être sanctionnés par les tribunaux. Le raisonnement est le suivant.

Les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux établissent les critères spécifiques de légitimité des actes gouvernementaux. En déterminant sur la base de ces normes si les actions gouvernementales qu'on leur demande de sanctionner dans des cas donnés ont moralement le droit d'être reconnues ou sanctionnées, c'est-à-dire, si elles possèdent une force obligatoire liant les tribunaux, les juges déterminent par le fait même les conditions auxquelles les actions gouvernementales méritent d'avoir « force de loi » ou « plein effet juridique ». Puisque seules les actions gouvernementales moralement légitimes sont dignes d'être sanctionnées par les tribunaux, seules ces actions seront effectivement sanctionnées en droit. Ainsi, les conditions qui établissent la force obligatoire des actions gouvernementales d'un point de vue moral établissent la force obligatoire des actions gouvernementales d'un point de vue juridique. L'application par les juges des critères de légitimité dans un cas donné a donc une conséquence directe sur la nature des critères de validité des actes gouvernementaux.

Supposons, par exemple, que les conditions que doivent respecter les lois pour être légitimes procédaient d'une version normative des théories démocra-

tiques, disons d'une version « majoritariste ». Les tribunaux devraient alors vérifier si les normes « législatives » qu'on leur demande de reconnaître comme raison de décider possèdent un pedigree démocratique de type majoritariste. La détermination de ce pedigree établirait les critères spécifiques en vertu desquels les normes législatives possèdent une force obligatoire sur le plan moral. Cependant, puisque seules les lois qui rencontreraient ces critères de légitimité seraient dignes d'être reconnues et sanctionnées par les tribunaux dans l'exercice de leur fonction, seules les normes législatives dont le pedigree est majoritariste seraient effectivement sanctionnées par les tribunaux pour avoir force de loi. Si cette pratique était suivie de manière cohérente pendant un certain temps, nous pourrions inférer de la pratique constitutionnelle, au moins par généralisation, qu'il existe, en droit constitutionnel, un critère de validité juridique des lois selon lequel, pour être valide en droit, une loi doit posséder un pedigree démocratique majoritariste semblable à celui énoncé dans les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux.

Évidemment, cet exemple fondé sur une conception majoritariste de la démocratie est très simple, voire simpliste, et ne rend pas compte adéquatement des critères de légitimité des lois à notre époque. Néanmoins, le raisonnement qui précède vaut quelles que soient les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux. Les critères de légitimité qui établissent les types d'action gouvernementale qui ont droit d'être reconnus et sanctionnés par les tribunaux a pour effet direct d'indiquer, corrélativement, les types d'action gouvernementale dignes d'avoir force de loi. Par conséquent, là où les juges sont engagés à maintenir leur propre légitimité politique, conformément au principe de légitimité générale, les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et sanctionnées par les tribunaux, constituent la source matérielle des critères en vertu desquels les tribunaux établissent la validité juridique des normes gouvernementales. Les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux constituent donc le fondement même des règles et des principes fondamentaux du droit constitutionnel⁷⁶.

Les principes constitutionnels non écrits du type de ceux reconnus par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi forment et permettent le passage de la morale politique au droit positif. Ils expriment l'ensemble complexe de conditions normatives (valeurs, biens, idéaux, finalités, visées, standards) que doivent respecter les actions gouvernementales afin d'être reconnues par les

76 J'ai exposé l'argumentation en détail dans Tremblay, "General Legitimacy of Judicial Review", *supra* n 73.

tribunaux comme légitimes et, conséquemment, sanctionnés par eux comme ayant pour avoir force de loi, c'est-à-dire être reconnues valides et opérantes en droit. Les principes se fondent en amont sur les normes qui établissent les critères de légitimité des actes gouvernementaux et indiquent en aval les actes gouvernementaux qui doivent ou peuvent avoir force de loi. Ils permettent donc de lier les questions de légalité aux questions de légitimité. Pour cette raison, il n'importe pas vraiment de choisir entre le statut politique ou juridique des principes constitutionnels non écrits. Ces derniers constituent des principes *politiques* pour le motif que leur nature et substance sont une conséquence directe des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux. Ils forment un « droit derrière le droit », un ordre normatif logiquement antérieur aux règles juridiquement valides. Cependant, les principes constitutionnels non écrits constituent aussi des principes *juridiques* pour le motif qu'ils fournissent les considérations normatives fondamentales en vertu desquelles doivent être déterminés les critères de validité des actes gouvernementaux censés avoir force de loi et, par voie de conséquence, des droits, des pouvoirs, des immunités et des obligations juridiques. Les fonctions herméneutique fondamentale, d'interprétation constitutionnelle et de création donnent aux principes tout le caractère juridique dont ils ont besoin pour être considérés comme juridiques.

Les principes constitutionnels non écrits sont donc eux-mêmes une conséquence directe des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, telles que comprises et appliquées par les tribunaux. 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 (et celle-ci peut-être très complexe), le fondement et la force normative des principes constitutionnels non écrits résident ultimement dans la morale politique. Par suite, le fondement et la force normative des critères de validité des actes gouvernementaux résident aussi dans la morale politique. Cela explique pourquoi les tribunaux sont moralement autorisés à trancher des questions difficiles de légalité constitutionnelle sur la base de considérations de légitimité.

Il y a de bonnes raisons de croire que les juges de la Cour suprême, dans le Renvoi, ont effectivement procédé conformément à ce qui précède. Dès le début de son analyse, la Cour énonce explicitement que, dans notre tradition constitutionnelle, « légalité et légitimité sont liées »⁷⁷. De plus, les arguments avancés par la Cour montrent que les considérations relatives à la légalité des

77 Renvoi relatif à la sécession, *supra* n 2 au para 33.

actes gouvernementaux sont directement conditionnées par des considérations de légitimité politique. Par exemple, la Cour se demande 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. Elle répond qu'à certaines conditions (majorité claire sur une question claire), un tel référendum entraînerait une obligation constitutionnelle non écrite imposant à toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé⁷⁸. Or, les raisons avancées au soutien d'une telle obligation non écrite concernent la légitimité morale de l'action gouvernementale. Par exemple, la Cour énonce que nos institutions politiques sont fondées sur le principe « démocratique ». Il s'ensuit que « l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province [de faire sécession] aurait du poids » : « 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 »⁷⁹. Cependant, nos institutions sont aussi basées sur le principe du fédéralisme, sur le constitutionnalisme et la « primauté du droit », de même que sur le respect des droits des minorités. Il s'ensuit que la volonté démocratique de répudier l'ordre constitutionnel existant doit être claire (la question et la majorité doivent être claires) et que le Québec doit respecter les droits des autres parties qui représentent aussi, légitimement et chacune à sa manière, la population canadienne. Mais le droit du gouvernement du Québec de chercher à réaliser la sécession ne peut lui être retiré par les autres parties « 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 »⁸⁰. Une « 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 »⁸¹.

Les principes constitutionnels non écrits, de même que leurs corollaires (les obligations constitutionnelles, par exemple), sont ultimement fonction des critères de légitimité politique des actes gouvernementaux. Corrélativement, la légitimité des actes gouvernementaux et, par voie de conséquence de leur légalité, est directement conditionnée par le respect des principes constitutionnels non écrits. C'est pourquoi la Cour peut affirmer qu'une « majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution

78 *Ibid* au para 88.

79 *Ibid* au para 87.

80 *Ibid* au para 92.

81 *Ibid* au para 88.

que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits »⁸². Le passage suivant semble exprimer ces propositions :

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 Constitution⁸³.

Par ailleurs, le principe de légitimité générale selon lequel il est moralement permissible, voire requis pour les tribunaux de contrôler la légitimité et la validité des actes gouvernementaux permet aussi de délimiter la sphère légitime d'intervention judiciaire. Puisque les tribunaux sont moralement autorisés à écarter de leur champ normatif les actions gouvernementales invalides en droit ou illégitimes, et puisque les critères de validité juridique sont ultimement déterminés par les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux, la sphère légitime de contrôle judiciaire des actes gouvernementaux est ultimement délimitée par les normes antérieures à la légitimité des actes gouvernementaux. Par conséquent, les tribunaux peuvent, voire doivent, écarter de leur champ normatif les actes gouvernementaux qui ne sont pas légitimes et peuvent, voire doivent, reconnaître comme bonne raison de décider les actes gouvernementaux qui le sont, ces derniers ayant moralement droit d'être sanctionnés 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. À son avis, « la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement »⁸⁴. 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 »⁸⁵. C'est pourquoi :

82 *Ibid* au para 93.

83 *Ibid* au para 104.

84 *Ibid* au para 99.

85 *Ibid* au para 100.

[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 seraient⁸⁶.

La Cour ne doit pas usurper les prérogatives des acteurs politiques.

Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le « donnant, donnant » du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends⁸⁷.

Ces considérations indiquent que les tribunaux ne peuvent juger illégitimes certains types d'actes gouvernementaux dits « non justiciables ». Cependant, il est entendu que, pour les tribunaux, la force normative des résultats de cette négociation, tant sur le plan moral que juridique, est conditionnée par le respect des principes constitutionnels non écrits. La Cour affirme que la conduite des parties « serait régie par les mêmes principes » et rejette d'avance certaines propositions extrêmes qui n'accorderaient pas suffisamment de poids à ces principes⁸⁸. Il n'y a donc aucune raison de penser qu'un processus de négociation incompatible avec les principes constitutionnels ne pourrait pas résulter dans des actes gouvernementaux que les tribunaux jugeraient indignes d'être sanctionnés. 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 »⁸⁹. C'est pourquoi elle ajoute que le « refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des princi-

86 *Ibid.*

87 *Ibid* au para 101.

88 *Ibid* au para 90.

89 *Ibid* au para 94.

pes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation »⁹⁰. J'ajouterais, par voie de conséquence, qu'un tel refus mettrait aussi en péril la validité juridique des actes et des décisions 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 de la morale politique.

Conclusion

Le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits réside finalement dans un ensemble de normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux telles que reconnues, comprises et appliquées par les tribunaux. Ces normes constituent – ou dérivent d' – une théorie normative complexe 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 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 non écrits qui méritent d'être sanctionnés par les tribunaux et qui, par le fait même, déterminent les faits significatifs de l'histoire politique et juridique. En l'occurrence, les normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux donnent une force normative aux principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités. La force persuasive de l'opinion de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi devrait donc être évaluée à la lumière des normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux.

90 *Ibid* au para 95.