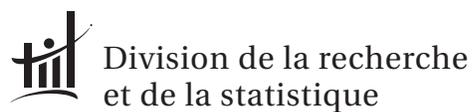


SÉRIE SUR LES QUESTIONS
STRATÉGIQUES

rp02-7f

L'ENRICHISSEMENT DU DIALOGUE
CONSTITUTIONNEL :
Voir le rôle du Parlement comme étant
à la fois proactif et réactif

Janet L. Hiebert
Professeure agrégée
Département d'études politiques
Université Queen's



2000

Les points de vue exposés dans ce document de travail sont ceux de l'auteur et ne représentent pas les points de vue ou la position du ministère de la Justice du Canada. Ce document a été commandé pour stimuler la recherche et les discussions.



Séries sur les questions stratégiques

Les documents de recherche qu'on trouve dans la série de questions stratégiques ont généralement été rédigés à l'intention de l'Unité d'analyse statistique et contextuelle de la Division de la recherche et de la statistique (DRS). Cette série fait partie des efforts de la Division de la recherche et de la statistique pour aller de l'avant et explorer l'environnement afin de fournir des perspectives et des éléments contextuels portant sur un éventail de questions à portée sociale et économique. Parmi les sujets abordés, on trouve : les défis stratégiques posés par la biotechnologie et la génétique, les hypothèses concernant les nouvelles tendances de crime et la proposition d'une typologie pour comprendre le crime, les effets du divorce et de la séparation sur les enfants, la mondialisation, ainsi que l'administration d'Internet à l'échelle mondiale.

Les documents qui constituent cette série portent à réflexion. En général, ils ont été rédigés par des intellectuels dont la tâche était d'être exhaustifs dans leur critique des pratiques actuelles et provocants dans leurs suggestions de nouvelles approches.

Les documents de discussion et les travaux de réflexion de cette section de la bibliothèque de la DRS ont déjà animé des discussions dans le cadre d'exercices comme la planification d'un nouveau mandat, la planification de politiques stratégiques par des hauts fonctionnaires et ont également servi de document d'information pour planifier des recherches. Nous avons l'intention de les rendre disponibles afin qu'ils puissent désormais contribuer à alimenter la discussion entre les chercheurs et les décideurs.

Pour plus de renseignements, vous pouvez communiquer avec

Valerie Howe, agente principale de recherche
Téléphone : (613) 957-9597, courriel vhowe@justice.gc.ca

Biographie

Janet Hiebert est professeure agrégée du département des études politiques de l'Université Queen's. Elle est l'auteure de *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review* (McGill Queen's University Press, 1996) et a collaboré à la rédaction de *Canada: The State of the Federation* (1994). Elle a également dirigé la rédaction de *Political Ethics* (1991), et est l'auteure de nombreux documents et textes portant sur l'aspect politique des droits, et ses recherches traitent du rôle de la Charte des droits et libertés dans l'administration du Canada.



1.0 Le modèle de dialogue

L'une des explications de l'influence de la *Charte* – la *Charte* faciliterait le dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire – a été rapidement acceptée par les commentateurs juridiques et les juges de la Cour suprême. Cette explication a été avancée pour la première fois par Peter Hogg et Allison Bushell dans un article paru en 1997 sous le titre « *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures: (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)* ». ¹

Les préoccupations des juges portent plutôt en général sur le caractère raisonnable ou non des moyens législatifs employés pour atteindre des objectifs législatifs... Ensemble, la structure de la Charte et la méthode du contrôle judiciaire donnent au législateur la possibilité de revoir ses lois pour qu'elles répondent aux préoccupations des juges.

Selon ce modèle de dialogue, la *Charte* ne contrarie pas forcément les mesures législatives. En effet, la Cour suprême juge rarement qu'un objectif législatif est en lui-même incompatible avec la *Charte*. Les préoccupations des juges portent plutôt en général sur le caractère raisonnable ou non des moyens législatifs employés pour atteindre des objectifs législatifs. D'ailleurs, on dit que la structure de la *Charte* est propice au dialogue; en particulier, ses articles 1 et 33 et ses références à la notion de « caractère raisonnable ». Ensemble, la structure de la *Charte* et la méthode du contrôle judiciaire donnent au législateur la possibilité de revoir ses lois pour qu'elles répondent aux préoccupations des juges. Le législateur n'est donc pas empêché d'aller de l'avant dans ses mesures législatives; il doit simplement accorder plus d'attention et de réflexion à la manière dont il se propose de les mettre en place. Selon ce point de vue donc, la *Charte* facilitera un dialogue constitutionnel sain entre le législateur et les tribunaux.

Le document de travail fera valoir que la notion de dialogue inter-institutions est peut-être beaucoup plus riche que ne le donnent à entendre Hogg et Bushell. La manière dont ils caractérisent le rôle du législateur sous-estime la contribution que le législateur apporte, et peut apporter, au dialogue.

¹ Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, « *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All)* », printemps 1997, 35(1), *Osgoode Hall Law Journal*, p. 75-124.

La notion de dialogue constitutionnel offre un idéal attrayant pour la relation entre le législateur et les tribunaux. L'une de ses principales vertus est qu'elle permet d'éviter les impasses institutionnelles et d'apaiser les tensions entre le contrôle judiciaire et les principes démocratiques. Le document de travail fera valoir que la notion de dialogue inter-institutions est peut-être beaucoup plus riche que ne le donnent à entendre Hogg et Bushell. La manière dont ils caractérisent le rôle du législateur sous-estime la contribution que le législateur apporte, et peut apporter, au dialogue. Le document fera également valoir qu'un dialogue véritable n'empêche pas le législateur d'exprimer son désaccord avec les interprétations judiciaires de la *Charte*.

1.1 Qui engage le dialogue ?

Une affirmation centrale de l'explication donnée par Hogg et Bushell à propos de la notion de dialogue est que le contrôle judiciaire n'est pas un veto mis à la politique de la nation, mais « le début d'un dialogue sur la meilleure façon de concilier les valeurs individualistes de la *Charte* avec l'accomplissement de politiques sociales et économiques pour l'avantage de la collectivité tout entière ». ²

Manifestement, le pouvoir judiciaire joue un rôle essentiel dans tout dialogue. En définissant l'étendue de droits, les tribunaux aident à établir leurs paramètres ainsi que les limites constitutionnelles des pouvoirs de l'État. Cependant, un postulat important de cette explication, selon lequel le dialogue débute avec le contrôle judiciaire, mérite un réexamen.

Si l'on se penche sur cette affirmation, c'est pour poser deux questions : le pouvoir judiciaire est-il la seule institution qui puisse légitimement engager le dialogue ? Ensuite, quel rôle le législateur joue-t-il et quel rôle devrait-il jouer dans l'action d'engager un dialogue constitutionnel portant sur la signification de droits ou la conciliation de droits ?

Même si Hogg et Bushell ne développent pas en profondeur leur argument sur ce qui constitue le dialogue, ils interprètent essentiellement la contribution du législateur au dialogue comme une contribution surtout réactive : le législateur soit répond aux préoccupations des juges, soit y passe outre délibérément. Le législateur dispose, selon leur modèle, des méthodes suivantes pour engager le dialogue :

- 1) Le législateur peut revoir la loi afin de satisfaire aux conditions de l'article 1 (à moins que, fait plutôt rare, la Cour ne juge finalement que l'objectif législatif n'est pas urgent et réel et qu'il ne mérite donc pas d'être préservé).
- 2) Le législateur peut répondre par l'inaction, en ne prenant aucune mesure législative si la Cour invalide la loi.
- 3) le législateur peut explicitement exprimer son désaccord avec la Cour en adoptant (lorsqu'elle s'applique) la clause controversée de dérogation.

² *Ibid.*, à la p. 105 (c'est moi qui souligne cet aspect).



Mais, pour ces deux premières réponses, le législateur n'est pas un partenaire important dans le dialogue. Sans doute le gouvernement peut-il, dans un procès faisant intervenir la *Charte*, tenter de faire accepter par la Cour les raisons qui font que la loi qu'il a édictée est justifiée. Mais le législateur n'est considéré comme rien de plus qu'un partenaire secondaire dans le dialogue constitutionnel. Son rôle consiste surtout à réagir aux décisions judiciaires. Vu la manière dont est compris le rôle du législateur, il n'est donc pas surprenant que, pour les critiques du portrait que font du dialogue Hogg et Bushell, ce qui est prôné, ce n'est pas le dialogue, mais le monologue (judiciaire et non parlementaire). Comme l'affirme Ted Morton, « l'obéissance aux décisions [judiciaires] n'est pas exactement ce que la plupart d'entre nous considèrent comme un dialogue ».³

D'ailleurs, si le législateur devait jouer un rôle plus actif, en recourant à la clause de dérogation et en affirmant donc la prééminence de sa loi, on serait en présence d'une contribution au dialogue que d'aucuns considèrent peu souhaitable ou peu vraisemblable. Ce point soulève une critique centrale que certains formulent à propos du modèle du dialogue. Ceux que la *Charte* laisse sceptiques soutiennent que les tenants du dialogue considèrent le dialogue d'une manière intéressée. D'une part, ils voient dans la clause de dérogation un élément essentiel de ce modèle de dialogue. Mais, d'autre part, ils traitent la clause de dérogation comme une forme de dialogue qui sera généralement inappliquée. Ceux que la *Charte* rend sceptiques sont donc conduits à se demander si les tenants de cette explication du mode de fonctionnement de la *Charte* resteraient aussi enthousiastes si la clause de dérogation était utilisée plus souvent. Il semble peu probable que de nombreux tenants du dialogue souscriraient à l'idée que se fait Morton de ce qui constitue un dialogue franc et solide. De l'avis de Morton, le législateur devrait, pour sa contribution au dialogue, recourir activement à la clause de dérogation, chaque fois qu'il est en désaccord avec une décision judiciaire.⁴

2.0 Les arguments

Le présent document fera valoir que le fait de concevoir le rôle du législateur dans le dialogue presque uniquement sous un angle réactif représente une vision réductrice du dialogue.

Sans doute le législateur est-il tenu de réagir aux décisions judiciaires, mais sa contribution au dialogue portant sur la *Charte* devrait aussi refléter son obligation de faire en sorte que les lois, au moment où elles sont édictées, et avant d'être soumises au contrôle des tribunaux, soient jugées par le législateur comme des textes conformes à la *Charte* et justifiés au regard de la *Charte*. Ce qui importe, ce sont les réponses proactives plutôt que réactives à la *Charte*. En ce sens, le rôle du législateur sera

³ F.L. Morton, « Dialogue or Monologue? » *Political Options*, avril 1999, p. 23.

⁴ Interprétation de la discussion de Ted Morton à la table ronde de l'IRP, à « Guiding the Rule of Law into the 21st Century », Université d'Ottawa, 15-17 avril 1999.

d'engager le dialogue et/ou de chercher à infléchir le dialogue existant lorsqu'il croit qu'une autre interprétation de la *Charte* est indiquée.

Sans doute le législateur est-il tenu de réagir aux décisions judiciaires, mais sa contribution au dialogue portant sur la Charte devrait aussi refléter son obligation de faire en sorte que les lois, au moment où elles sont édictées, et avant d'être soumises au contrôle des tribunaux, soient jugées par le législateur comme des textes conformes à la Charte et justifiés au regard de la Charte.

Au lieu de présumer que les tribunaux parlent et que le législateur réagit, il serait plus juste de concevoir le dialogue sous l'angle d'un partage de la responsabilité entre le législateur et les tribunaux en ce qui concerne l'interprétation de la *Charte*. Trop souvent, les politologues et autres spécialistes présumant qu'il appartient aux seuls juges de préciser le rôle de la *Charte* dans la définition d'orientations stratégiques.

Vu la nature subjective et philosophique de la tâche consistant à interpréter la manière dont ces valeurs normatives de la *Charte* devraient contraindre ou infléchir l'action de l'État, cette tâche ne devrait pas être considérée exclusivement comme un exercice juridique. Il n'y a guère de raison de présumer que les juges sont les seuls acteurs institutionnels dont les opinions soient légitimes ou dont les voix puissent faire autorité lorsqu'il s'agit d'interpréter et de résoudre des conflits se rapportant à des droits.

La *Charte* peut donc être considérée comme un instrument propice à un dialogue constitutionnel permanent et à niveaux multiples. Le fait de voir la *Charte* comme un instrument générateur de dialogue ne veut pas dire qu'une réponse unique ou exacte existe toujours pour la délimitation méthodique de droits antagonistes ou que cette réponse doit venir exclusivement des tribunaux. Une telle manière de voir la *Charte* devrait plutôt reposer sur la proposition selon laquelle il peut exister pour la délimitation de droits antagonistes une diversité de réponses acceptables, et elle devrait considérer cette délimitation comme une responsabilité conjointe du législateur et des tribunaux. Des divergences de vues peuvent exister, mais les parties devraient engager un dialogue afin d'expliquer leurs postulats et leurs préoccupations, de tenter de se convaincre l'une l'autre de la justesse de leurs vues et de réfléchir sur leurs idées respectives. Le dialogue ne devrait pas être considéré comme statique, mais comme dynamique. Les vues du législateur comme celles des tribunaux peuvent se modifier par l'effet des préoccupations et des postulats exprimés de part et d'autre. Après tout, le dialogue suppose une écoute des préoccupations d'autrui. Il ne s'agit pas



simplement de donner suite à des ordres ou d'être en désaccord avec ces ordres. Le dialogue est de nature fluide et continue.

Le fait de voir la Charte comme un instrument générateur de dialogue ne veut pas dire qu'une réponse unique ou exacte existe toujours pour la délimitation méthodique de droits antagonistes ou que cette réponse doit venir exclusivement des tribunaux.

2.1 Les lois ne commencent pas avec une ignorance de la *Charte*

L'une des raisons pour ne pas présumer que ce sont les tribunaux qui engagent le dialogue relatif à la *Charte* est que cette présomption pourrait conduire à l'impression fautive que les mesures législatives initiales n'ont pas été influencées par des considérations liées à la *Charte*.

L'intérêt commun des gouvernements provinciaux et fédéral du Canada à tenir compte de la *Charte* avant que des projets de loi ne soient déposés dans les Assemblées législatives a accru le rôle exercé dans le processus politique par les ministres de la Justice et procureurs généraux et par leurs conseillers juridiques. Les processus adoptés par les gouvernements provinciaux et fédéral pour l'évaluation des projets de loi du point de vue de la *Charte* présentent d'importantes similitudes. Nombre de gouvernements au Canada utilisent diverses formes d'analyse du risque (qui dépendent du niveau de risque associé à telle ou telle politique, compte tenu d'une éventuelle invalidation de la loi par les tribunaux) et encouragent les ministères à énoncer le bien-fondé de la poursuite d'un objectif législatif et à trouver d'autres moyens moins restrictifs lorsque le risque associé à une politique est trop élevé. Une vue commune concerne l'importance de consulter d'autres ministères le plus tôt possible dans le processus politique. Cela est bénéfique parce qu'il est alors plus facile de repérer les aspects problématiques d'un texte législatif proposé et de trouver d'autres moyens plus susceptibles de survivre à une contestation au regard de la *Charte*. Une évaluation dès le début fait qu'il est également plus facile de revoir le projet de texte législatif sans pour autant compromettre les objectifs recherchés.

2.2 Le législateur engage le dialogue

Dans une mesure importante, c'est le législateur qui engage le dialogue relatif à la *Charte*, ou qui tente de modifier le ton ou l'orientation d'un dialogue antérieur, chaque fois qu'il adopte consciemment et délibérément un texte législatif qui s'écarte notablement de tel ou tel arrêt des juges majoritaires de la Cour suprême, et lorsque le législateur s'est persuadé que son point de vue est défendable et qu'il est justifié selon la *Charte*.

Prenons par exemple les textes législatifs fédéraux suivants : Le *Projet de loi C-49* (protection des victimes de viol), le *Projet de loi C-46* (accès aux dossiers médicaux) et le *Projet de loi C-72* (la réponse à l'arrêt *Daviault*). Ces textes législatifs, et les décisions judiciaires qui les ont précédés, révèlent que le Parlement fédéral et la majorité des juges de la Cour suprême voient très différemment la manière dont la *Charte* devrait s'appliquer aux infractions d'agression sexuelle. Dans chaque cas, le législateur a répondu à des décisions judiciaires qui ont soit invalidé une loi soit modifié une règle de *common law*, mais il est trompeur d'affirmer que la réponse du législateur concorde avec la manière dont Hogg et Bushell décrivent la contribution du législateur au dialogue : une contribution consistant à réagir à la définition judiciaire du problème posé par la *Charte*, et cela par une « mise au point » du texte législatif antérieur pour que soient remplis les critères de l'article 1.

Au lieu de cela, le Parlement a défendu activement un autre point de vue sur la manière dont la *Charte* devrait s'appliquer dans le contexte des agressions sexuelles. Cet autre point de vue commence avec la proposition selon laquelle les droits reconnus par la *Charte* ne se limitent pas à un seul titulaire de droits, l'accusé, comme l'avait au départ caractérisé la Cour dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*. Il considère plutôt que la question fait intervenir une pluralité de titulaires de droits, soit les accusés et les victimes d'agressions sexuelles. Le législateur a donc défendu l'idée que le droit à un procès équitable doit exister parallèlement au droit des femmes et des enfants à l'égalité, à la vie privée et à la sécurité.

La réponse du législateur devrait être comprise comme son opinion normative sur la manière dont la Charte devrait être interprétée dans ces contextes particuliers. En d'autres termes, le législateur engage délibérément et consciemment un dialogue dans l'espoir d'établir un autre paradigme juridique ou constitutionnel régissant, en accord avec la Charte, les procès pour agression sexuelle.

De la même façon que les actions du législateur ne sont pas caractérisées comme des actions tout simplement conformes, par le fait qu'elles répondent aux préoccupations particulières de la Cour sous l'angle de l'article 1, elles ne sont pas non plus caractérisées par un désaccord à propos du caractère sacré des valeurs énoncées dans la *Charte*. La réponse du législateur devrait être comprise comme son opinion normative sur la manière dont la *Charte* devrait être interprétée dans ces contextes particuliers. En d'autres termes, le législateur engage délibérément et consciemment un dialogue dans l'espoir d'établir un autre paradigme juridique ou constitutionnel régissant, en accord avec la *Charte*, les procès pour agression sexuelle.



La conscience qu'a le législateur de son rôle dans le dialogue constitutionnel est révélée par son recours de plus en plus fréquent aux préambules législatifs, dont il se sert souvent pour énoncer sa philosophie et son raisonnement relativement aux textes législatifs concernés. Cependant, un préambule aura peut-être encore plus de valeur s'il est intégré dans le texte de la loi, puisqu'il tiendrait lieu alors de rappel permanent des préoccupations et postulats qui sous-tendent la mesure législative. Autrement, les préambules risquent d'être oubliés dans l'interprétation journalière de la loi.

Ce recours aux préambules législatifs est utile pour le cas où le texte de loi ferait l'objet d'une contestation dans le cadre de la *Charte*. Le préambule constituera un important élément dans un dialogue ultérieur portant sur la légitimité et la justification du texte législatif. Ce qui est intéressant dans le recours aux préambules législatifs, c'est qu'un préambule permet de faire ressortir les préoccupations et les intentions qui animent les décisions du législateur et qu'il laisse moins de latitude aux tribunaux de prêter tel ou tel objectif au législateur. Cet énoncé d'objectifs et de principes constitue une manière plus honnête et plus franche de tenter de justifier un objectif législatif, au lieu de s'en remettre aux avocats du gouvernement pour conjecturer après le fait sur les motivations de la mesure législative.

Aspect également important, un préambule est, sur le plan du dialogue, souvent destiné à informer les tribunaux des raisons pour lesquelles le législateur a préféré une autre interprétation de la *Charte* (en l'occurrence, en contestant les postulats judiciaires sur la manière dont les procès pour agressions sexuelles sont considérés, à cause de préoccupations du législateur engendrées par une interprétation législative inéquitable et sexiste préjudiciable aux victimes, lesquelles sont surtout des femmes).

2.3 Dialogue autour de l'article 1

L'endroit le plus notable où le dialogue entre le législateur et les tribunaux est censé se dérouler est l'article 1. On soutient que, puisque la Cour arrive rarement à la conclusion qu'un objectif législatif n'est pas « urgent et réel », le législateur a toute latitude de revoir ses lois pour qu'elles s'accordent avec les préoccupations des juges. Cependant, la distinction entre moyens et fins est parfois problématique. La Cour peut juger que les moyens employés sont trop extrêmes. Mais s'il n'existe pas un moyen pratique d'atteindre l'objectif, il fera sans doute peu de différence que l'objectif soit jugé digne d'intérêt. Hogg et Bushell n'accordent pas une attention suffisante à la possibilité que le législateur soit tenu de choisir entre l'acceptation d'une décision judiciaire qui n'améliore pas la loi mais conduit à une politique moins efficace, et le désaccord explicite avec cette décision judiciaire, au moyen de la clause de dérogation.

Un bon exemple du problème possible que pose cette distinction concerne les lois sur le financement des élections, en particulier les restrictions imposées sur les dépenses électorales des non-candidats. De faibles restrictions concernant les dépenses des particuliers et des groupes d'intérêt sont nécessaires si l'on veut préserver l'intégrité des limites appliquées aux dépenses des candidats ou des partis et si l'on veut préserver le but normatif qu'est l'équité. Cependant, même si le pouvoir judiciaire arrive à la conclusion que l'objectif législatif est urgent et réel, sa décision selon

laquelle les limites de dépenses imposent une restriction trop sévère à la liberté de parole pourrait bien empêcher que l'objectif soit atteint. La raison de cela, c'est qu'il pourrait être difficile d'imaginer d'autres moyens par lesquels pourrait encore être atteint l'objectif. Bref, ce ne sont pas tous les textes législatifs qui se prêtent nécessairement à une « mise au point », parce qu'il ne sera pas toujours possible de trouver d'autres moyens politiques qui soient efficaces et commodes et qui, simultanément, entraînent un moindre empiètement sur un droit fondamental.

3.0 Les propositions judiciaires sont-elles nécessairement utiles ?

La Cour suprême pose souvent d'importants principes qui conduisent à des changements salutaires de la législation, en particulier lorsque ces principes concernent des distinctions injustifiées ou des conséquences inattendues.

Cependant, l'hésitation de la Cour à dire qu'un objectif législatif n'est pas urgent et réel et donc qu'il ne mérite pas d'être concilié avec la *Charte* signifie qu'une importance est donnée à l'aspect du contrôle judiciaire qui pose le plus de difficultés aux juges. Pour savoir si des objectifs sont ou non adéquatement rendus dans un texte législatif, il faut des aptitudes qui diffèrent nettement de celles qu'offre une formation juridique. C'est par essence une tâche assimilable à celle d'un organe de décision. Par sa nature même, la tâche consistant à déterminer la politique à suivre est un processus dans lequel ceux qui en sont chargés doivent souvent tenir compte d'objectifs multiples, faire des distinctions parmi les bénéficiaires ou les destinataires de cette politique et anticiper les circonstances susceptibles de miner ou de faire dévier les objectifs recherchés. La tâche consistant à déterminer la politique à suivre est nécessairement subordonnée à des jugements de valeur fondés sur une combinaison de connaissances spécialisées, d'expériences comparatives et d'estimations réfléchies.⁵

Pour savoir si des objectifs sont ou non adéquatement rendus dans un texte législatif, il faut des aptitudes qui diffèrent nettement de celles qu'offre une formation juridique. C'est par essence une tâche assimilable à celle d'un organe de décision. Par sa nature même, la tâche consistant à déterminer la politique à suivre est un processus dans lequel ceux qui en sont chargés doivent souvent tenir compte d'objectifs multiples, faire des distinctions parmi les bénéficiaires ou les destinataires de cette politique et anticiper les circonstances susceptibles de miner ou de faire dévier les objectifs recherchés.

⁵ Cet argument est développé davantage par l'auteur dans *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, Presses de l'Université McGill-Queen's, 1996, ch. 4.



La Cour montre souvent qu'elle comprend la complexité de cette tâche d'élaboration des politiques lorsqu'elle se demande si tel ou tel texte législatif a été conçu d'une manière suffisamment prudente, en particulier lorsque l'évaluation de données contradictoires des sciences sociales est requise.

Cependant, ce n'est pas toujours le cas comme l'a montré l'arrêt *RJR MacDonald*. Les juges majoritaires de la Cour ont rejeté le choix des moyens législatifs fait par le Parlement parce que ces moyens ne remplissaient pas le critère de proportionnalité, et ils ont plutôt proposé une autre stratégie législative. Or, la question du moyen le plus apte à décourager la consommation de tabac n'intéresse nullement le rôle des tribunaux. Il s'agit d'une analyse décisionnelle, plus adéquatement effectuée par ceux qui sont versés dans les études de marché, dans les études comportementales et dans les études sur la santé.

Moins d'un an après la décision de la Cour, le gouvernement fédéral déposait un nouveau projet de loi (*Projet de loi C-71*), dont les objets étaient semblables, mais dont les moyens législatifs étaient différents. Ce qui est significatif dans le nouveau projet de loi, c'est la prééminence de la proposition des juges de la majorité, proposition selon laquelle des limites à la publicité sociétale seraient un moyen plus raisonnable d'atteindre l'objectif législatif.

L'empressement du Parlement à revoir le projet de loi a été vu comme un bon exemple d'un dialogue actif entourant la *Charte*, qui a donc produit une loi meilleure et mieux adaptée.

Cependant, sur le plan de la politique générale, on peut se demander s'il est prudent de concevoir cette politique autour d'une proposition des juges de la majorité. Les critiques soutiennent que rares, voire inexistantes, sont les éléments de preuve tirés de l'expérience ou des sciences sociales qui montrent que des restrictions sur la publicité sociétale auront un effet sur la consommation de tabac. Ils affirment aussi que le nouveau texte législatif non seulement sera moins efficace que le précédent, mais encore ne renferme guère plus que des mesures symboliques donnant l'impression que le gouvernement fait quelque chose d'efficace.

La question qui se pose est la suivante : Le législateur devrait-il se montrer plus circonspect quant à l'opportunité et à la manière d'adopter des propositions judiciaires faites dans le contexte de choix complexes de politique sociale à propos desquels la Cour n'est pas nécessairement très informée ?

Si une mesure législative renouvelée est conçue de manière à satisfaire à une proposition judiciaire portant sur des options complexes, il est fort possible que ce qui sera abandonné, ce sera une source d'inspiration mieux sentie, qui puise à la méthode empirique, aux expériences comparatives et aux estimations fondées sur la connaissance des faits. Il pourrait en résulter alors un texte législatif peu réaliste ou moins efficace, dans lequel les prétendus avantages de cette version d'un dialogue constitutionnel deviendront suspects.

3.1 Peut-on donner une importance excessive à l'évaluation du risque ?

On pourrait soutenir que le texte législatif révisé du Parlement visant à restreindre la publicité sur le tabac est un exemple où le législateur, le pouvoir exécutif et/ou ses conseillers juridiques ont été à l'excès influencés par une répugnance à l'égard des risques posés par la *Charte*.

La publicité sur le tabac ne constitue pas une valeur sociale ou politique contraignante, et elle n'est guère le genre de circonstances que l'on imagine devoir être protégées par une charte des droits.⁶

Le Parlement a fait sienne la proposition de la Cour sur la manière de formuler le futur projet de loi, même si cette proposition avait peu de rapport avec la fonction judiciaire. On a préféré suivre cette approche plutôt que de défier ouvertement la décision judiciaire en édictant des mesures plus globales qui, si elles avaient été désavouées par la Cour, auraient peut-être requis un recours controversé à la clause de dérogation.

Un texte législatif différent et de plus grande portée aurait certainement nécessité une documentation détaillée expliquant la raison pour laquelle le législateur n'a pas suivi la démarche proposée par la Cour. Le texte aurait tiré avantage d'un préambule énonçant les raisons du choix des moyens législatifs retenus. Le texte aurait également nécessité une argumentation très minutieuse de la part des avocats du gouvernement, ainsi que la production d'autant de preuves justificatives qu'il aurait été possible pour justifier le choix de moyens législatifs plus globaux. Il n'est pas du tout certain que le gouvernement serait parvenu à défendre sa législation. Pourtant, un revers judiciaire n'aurait pas été inévitable, surtout à la lumière de la nouvelle composition de la Cour, et compte tenu des inquiétudes clairement exprimées par les juges dissidents à propos des risques de voir la Cour substituer son opinion à celle du législateur dans ce genre de questions. Si cette version du nouveau texte avait encore une fois été invalidée, des propositions de mise en application de la clause de dérogation auraient sans doute fait consensus dans l'opinion publique.

4.0 Le dialogue englobe-t-il la clause de dérogation ?

Cet aspect du modèle du dialogue est son élément le plus discutable. Dialogue ne signifie pas consensus. Néanmoins, comme on l'a indiqué précédemment, il n'est pas acquis que le modèle du dialogue sera considéré aussi favorablement si le législateur entreprend d'exprimer son désaccord avec les décisions judiciaires en utilisant la clause de dérogation.

⁶ Vu la nature marginale de l'argument fondé sur la liberté d'expression dans l'arrêt *RJR MacDonald*, il est malheureux que les avocats du gouvernement aient acquiescé à cet argument sans soutenir que la publicité sur le tabac est fort éloignée des raisons pour lesquelles la Cour jugeait tellement importante la liberté d'expression, telle qu'elle est discutée dans l'arrêt *Irwin Toy*.



Au cours des douze ou vingt-quatre derniers mois, les critiques formulées par le public et la classe politique à l'égard des décisions judiciaires montrent que l'on hésite moins aujourd'hui à envisager publiquement le recours à la clause de dérogation, surtout après des décisions discutables. Le premier ministre de l'Alberta, M. Ralph Klein, a admis l'éventualité d'un recours à la clause de dérogation en guise de réaction contre les décisions judiciaires portant sur l'orientation sexuelle. Le Parti réformiste a préconisé la mise sur pied d'un comité parlementaire fédéral dont le mandat serait d'examiner toutes les décisions judiciaires négatives. Sa fonction centrale consisterait à recommander ou non l'utilisation de la clause de dérogation. Cet empressement des chefs politiques à parler franchement et publiquement de la possibilité de réagir aux décisions judiciaires au moyen de la clause de dérogation montre qu'il est beaucoup trop tôt pour conclure que le recours à la clause de dérogation dans la vie politique canadienne est en passe de tomber en désuétude.

Pour ce qui est de donner des avis concernant la *Charte*, ce regain de discussion politique à propos de la clause de dérogation soulève les questions suivantes : les avocats du gouvernement devraient-ils évoquer la clause de dérogation dans leur évaluation de lignes de conduite sur le plan du risque ? Et, dans l'affirmative, devraient-ils élaborer des lignes directrices précisant les circonstances dans lesquelles son éventuelle utilisation devrait faire partie des avis formulés à propos de la *Charte* ?

Pour l'heure, les divers gouvernements ne montrent pas la même hésitation ni le même empressement à discuter de la clause de dérogation dans le contexte d'évaluations du risque. Les avocats du ministère fédéral de la Justice hésitent particulièrement à évoquer la clause de dérogation, qu'ils considèrent surtout comme une question politique. Cependant, certains de leurs homologues provinciaux considèrent la clause comme partie de l'éventail des options constitutionnelles et donc comme un aspect qu'ils sont disposés à discuter avec leurs clients.

Un autre aspect à étudier concerne la question de savoir si les ministères de la Justice ou les procureurs généraux devraient s'employer à faciliter le débat public se rapportant à la clause de dérogation. Un tel débat pourrait devenir particulièrement important si un gouvernement envisageait sérieusement de recourir à la clause. À un certain point de l'évolution politique de la *Charte*, il vaudra la peine d'encourager une compréhension publique et politique plus raisonnée de la clause de dérogation que celle qui apparaît dans les deux vues opposées existant aujourd'hui : i) la vue selon laquelle la clause de dérogation est fondamentalement contre-indiquée, ou subsidiairement ii) la vue selon laquelle c'est un instrument démocratique auquel le législateur ne devrait pas hésiter à recourir chaque fois qu'il est en désaccord avec une décision des tribunaux.

5.0 Le recours aux analyses se rapportant à la *Charte* et faites au nom du gouvernement est-il suffisant ? Problèmes posés par le manque de transparence

Un important premier élément de tout éventuel dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est l'analyse se rapportant à la Charte et entreprise au nom du gouvernement

Un important premier élément de tout éventuel dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est l'analyse se rapportant à la *Charte* et entreprise au nom du gouvernement. La pratique consistant pour le pouvoir exécutif à examiner la *Charte*, aux deux niveaux de gouvernement, est importante pour une administration responsable, si l'on veut être sûr que le gouvernement adopte des textes législatifs qu'il considère légitimes sur le plan constitutionnel. Pour les fonctionnaires des ministères et organismes, et pour les ministres qui portent l'ultime responsabilité, l'examen d'un texte législatif au regard de la *Charte* permet d'obtenir les avis nécessaires à propos de telle ou telle difficulté juridique que l'on peut anticiper. Il permet également aux ministres de revoir les objectifs décisionnels, d'évaluer d'autres moyens et en dernière analyse de prendre des décisions plus responsables quant à savoir s'il convient de recommander que le projet de loi soit déposé.

Ce recours à un examen effectué par le pouvoir exécutif, si précieux qu'il puisse être pour le processus politique et si important qu'il puisse être du point de vue du gouvernement, est néanmoins en butte aux critiques que suscite son manque de transparence. Plus précisément, il peut être suspecté de fragilité, pour ce qui est du degré de rigueur avec lequel ont été examinées les préoccupations suscitées par la *Charte*, et il peut être mis en doute sur le plan de la responsabilité politique.

Une difficulté à laquelle se heurtent à la fois les tribunaux et le législateur lorsqu'ils se demandent si une loi ou un projet de loi est ou non déraisonnable est que, au-delà du Cabinet et des ministères concernés, on sait peu de choses à propos du rôle joué par les avocats des gouvernements fédéral et provinciaux, à propos de la nature de leurs conseils ou à propos de l'effet de leurs conseils sur les mesures législatives retenues. Par conséquent, ni les tribunaux ni le Parlement ni le public n'ont connaissance des hypothèses ou considérations se rapportant à la *Charte* qui ont influé sur les décisions politiques.

Des parlementaires ont élevé des objections contre l'absence d'une information pouvant valider des choix législatifs qui sont en conflit avec des droits fondamentaux, information qui dirait pourquoi un texte qui restreint des droits fondamentaux est justifié ou si ce texte a été conçu d'une manière qui puisse se défendre. Souvent les comités parlementaires qui étudient les projets de loi ont demandé, en vain, l'accès



aux rapports et évaluations effectués pour le gouvernement, qui expliquaient les questions soulevées au regard de la *Charte*, et ont cherché à savoir si ces rapports et évaluations avaient infléchi les textes législatifs proposés et en quoi ils les avaient infléchis. Ces comités ont exprimé l'avis que cette absence d'information compromet leur aptitude à s'acquitter de leur obligation parlementaire d'évaluer les conséquences juridiques et constitutionnelles des projets de loi.

Les juges sont placés dans une position particulièrement difficile. Souvent, les données nécessaires pour justifier une mesure législative sont inexistantes. Les juges doivent alors compter énormément sur les garanties de légitimité ou de justification que le gouvernement a pu leur donner par l'entremise de ses avocats spécialistes de la *Charte*. Souvent, le ministère de la Justice ou le procureur général s'efforce consciemment d'établir un dossier public au moment de l'examen d'un projet de loi, dossier auquel il sera possible plus tard de se référer si la loi est contestée. Cependant, cette méthode ne peut valablement se substituer à un débat parlementaire transparent qui montre comment les questions découlant de la *Charte* ont été véritablement résolues et sous quel aspect les termes et motivations du texte législatif ont été débattus explicitement dans le contexte de la *Charte*.

La Cour suprême a parfois été indisposée par l'inexistence de l'information qui lui aurait permis d'évaluer la justification et la légitimité d'un texte législatif. Un incident révélateur des conséquences de ce malaise des juges est l'arrêt *RJR MacDonald*. Les juges de la majorité ont critiqué le recours, dans la loi, à l'interdiction de toute forme de publicité et de promotion, surtout compte tenu du fait que le gouvernement n'avait déposé aucune preuve sur l'utilité de mesures moins radicales, bien qu'il eût connaissance d'études topiques. La non-production, par le gouvernement, d'une preuve propre à justifier une interdiction de la publicité a conduit les juges de la majorité à conjecturer « que les résultats de ces études font échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné lieu à un résultat tout aussi valable ».⁷

Si le législateur recevait un sommaire de l'évaluation du risque qui est entreprise pour le gouvernement, un grand pas serait alors fait dans la prise en considération des préoccupations du pouvoir législatif comme du pouvoir judiciaire. Les gouvernements ne souhaitent sans doute pas partager des renseignements confidentiels, mais il n'y a guère de raison de refuser au législateur les renseignements de base qui intéressent des aspects de la *Charte*, par exemple : Quel est le problème ou la question sociale que la loi est censée résoudre, et pourquoi d'autres mesures, moins restrictives, n'ont-elles pas été employées ? On ferait ainsi porter l'attention du législateur sur les dimensions de la politique qui intéressent la *Charte* et l'on faciliterait un débat plus transparent et plus généralisé sur la justification de la loi, au regard de la *Charte*, débat qui sera une importante source d'information pour les juges lorsqu'ils examineront la loi.

⁷ *RJR MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, p. 344-345.

5.1 Modifications apportées à la *common law* : Un autre lieu pour le dialogue

Le modèle de dialogue constitué par la *Charte* se focalise sur les lois comme lieu principal du dialogue. Cependant, un autre lieu important de dialogue est la *common law*; plus exactement les changements qui sont apportés aux règles de *common law* par l'effet de la *Charte* et qui ont d'importantes conséquences sur le plan des principes. Les arrêts *R. c. Daviault* et *R. c. Feeney* en sont de bons exemples.

Les changements apportés aux principes de *common law* posent d'intéressantes questions pour la relation entre les tribunaux et le législateur. La Cour a déclaré que, en tant que gardiens de la *common law*, les tribunaux n'ont pas à faire preuve de retenue à l'égard du législateur. Les tribunaux modifient simplement le droit jurisprudentiel; l'idée est que, puisque le législateur ne s'est pas exprimé en codifiant les règles de *common law*, alors les tribunaux n'empiètent pas sur la volonté du législateur.

Mais cette affirmation soulève d'importantes questions pour le modèle du dialogue entre le législateur et les tribunaux. Le Parlement n'est pas une partie désintéressée dans les changements apportés aux règles de *common law*. Si le Parlement n'a pas donné un fondement législatif à une règle de *common law*, c'est peut-être précisément parce qu'il appuie les postulats et les valeurs qui sous-tendent cette règle. Ainsi, l'inaction du législateur ne traduit pas un manque d'intérêt ou de préoccupation quant au statut des règles en question. D'ailleurs, la Cour a mentionné que, lorsque les juges modifient une règle de *common law*, ils n'ont pas à se demander si l'ancienne règle de *common law* est raisonnable selon l'article 1. Vu les importantes conséquences pouvant résulter des changements apportés à une règle de *common law*, le gouvernement a peut-être des arguments qui intéressent ces deux questions : l'ancienne règle contrevient-elle à la *Charte*? L'ancienne règle est-elle ou non raisonnable?

Cette absence d'intervention gouvernementale à ce stade du dialogue peut être embarrassante. Elle signifie que le volet politique du dialogue ne peut se produire qu'après le fait, et à ce moment-là la décision judiciaire a déjà pu avoir un effet notable sur la politique juridique.

Cependant, puisque la Cour suprême n'a pas l'obligation de notifier aux procureurs généraux fédéral et provinciaux les changements sur le point d'être apportés aux règles de *common law*, les avocats du gouvernement n'auront peut-être pas la possibilité de développer des arguments au regard de la *Charte* ou de plaider des points se rapportant à l'article 1, d'une manière un tant soit peu approfondie ou détaillée. Cette absence d'intervention gouvernementale à ce stade du dialogue peut être embarrassante. Elle signifie que le volet politique du dialogue ne peut se produire



qu'après le fait, et à ce moment-là la décision judiciaire a déjà pu avoir un effet notable sur la politique juridique. Jusqu'à ce que la Cour suprême examine la réponse donnée par le Parlement, il peut s'écouler une longue période d'incertitude quant à la validité constitutionnelle de la nouvelle loi adoptée par le Parlement, surtout lorsque cette loi ne correspond pas à l'approche adoptée par la Cour, comme ce fut le cas avec le *Projet de loi C-72* (réponse à l'arrêt *Daviault*).

Le résultat de cette absence de possibilité d'infléchir les changements apportés par les tribunaux aux règles de *common law* s'est manifesté dans les arrêts *Daviault* et *Feeney*. Le procureur général fédéral n'est intervenu dans ni l'un ni l'autre de ces procès. Or, les deux arrêts furent considérés comme générateurs de règles qui appelaient une réponse rapide du législateur. L'arrêt *Feeney* a pris le gouvernement fédéral par surprise. Le ministère de la Justice ne s'était pas attendu à ce que la Cour juge les règles existantes inconstitutionnelles ou interprète le *Code criminel* de manière à y voir une obligation pour la police d'obtenir un mandat avant d'entrer dans une habitation privée. L'arrêt donne à entendre que la police doit obtenir un mandat d'arrêt avant de pénétrer dans une habitation privée, et à ce titre il présentait des difficultés particulières pour les provinces où un Procureur de la Couronne devait approuver les accusations. La nouvelle règle *Feeney* aurait pour effet de retarder notablement le droit de la police d'entrer dans des habitations privées.

La date de l'arrêt *Feeney* a ajouté à la difficulté de réagir à cette décision, étant donné qu'il a été rendu à un moment où le Parlement était dissous en vue d'élections fédérales. La Cour accordait une période transitoire de six mois. Néanmoins, la réponse du Parlement fédéral fut extrêmement rapide. Après des consultations avec les gouvernements provinciaux et territoriaux et avec d'autres partenaires sociaux, il restait peu de temps pour un débat parlementaire. Les deux comités parlementaires chargés d'étudier le projet de loi ont montré une extrême frustration devant les possibilités et ressources restreintes mises à leur disposition pour l'examen du texte. Les parlementaires ont également déploré l'impossibilité pour le Parlement de se persuader que le projet de loi était conforme à la *Charte*.

Il est difficile dans ces conditions de prendre au sérieux l'affirmation selon laquelle le rôle du législateur dans cette politique atteste un dialogue valable.

De cette frustration est sortie une recommandation préconisant que le gouvernement travaille avec la Cour à établir un protocole prévoyant qu'à l'avenir la Cour informera les procureurs généraux compétents lorsque d'importants changements seront sur le point d'être apportés aux règles de *common law*. On a aussi proposé que le Parlement envisage une méthode permettant de suspendre temporairement l'application d'une décision de la Cour, et cela peut-être au moyen d'une application temporaire et à court terme de la clause de dérogation, jusqu'à ce que le Parlement ait eu une occasion suffisante de réfléchir à un projet de loi, puis de l'adopter. Du point de vue du législateur, lorsque le législateur n'a que quelques jours pour étudier un aspect aussi complexe, non seulement son rôle risque d'être amoindri, mais encore les

préoccupations au regard de la *Charte* pourraient ne pas être examinées comme elles le devraient et des difficultés pourraient découler de conséquences non étudiées ou non prévues.

6.0 Conclusion : Proposition pour améliorer la contribution du législateur au dialogue

Si le législateur doit être considéré comme un réel partenaire dans le dialogue constitutionnel, il est nécessaire qu'il rende davantage compte des instruments législatifs qui limitent des droits fondamentaux et de rendre son raisonnement plus transparent.

La contribution du législateur au dialogue serait renforcée s'il voyait son rôle de manière plus consciente et s'il était traité par le pouvoir exécutif comme un partenaire déterminant du dialogue. Voici une recommandation qui figurera dans mon futur livre et qui approfondira davantage ce débat à propos du dialogue.

Si le législateur doit être considéré comme un réel partenaire dans le dialogue constitutionnel, il est nécessaire qu'il rende davantage compte des instruments législatifs qui limitent des droits fondamentaux et de rendre son raisonnement plus transparent. Un compte rendu transparent des débats parlementaires, dans lequel les choix législatifs sont justifiés expressément sous l'angle de la *Charte*, offrira aux avocats du gouvernement un dossier beaucoup plus riche auquel puiser lorsqu'ils devront défendre la validité de la loi. De plus, d'un débat parlementaire plus approfondi sortiront des lois plus raisonnables. Si le débat parlementaire relatif à la *Charte* est plus conscient et plus transparent, la légitimité des textes législatifs deviendra également plus évidente. Pour ces deux raisons, les tribunaux seront moins portés à invalider des lois. Cependant, si le Parlement est apparemment désinvolte à propos des obligations énoncées dans la *Charte*, les tribunaux seront peu enclins à déférer à ses intentions législatives. Cette impression d'indifférence pourra être ressentie même si dans les coulisses une importante analyse est effectuée au regard de la *Charte*, parce que cette analyse échappera aux parlementaires, au public et aux juges.

Du point de vue de la *Charte*, il existe trois façons possibles de renforcer la qualité du rôle de surveillance exercé par le législateur. La première est que, lorsqu'un projet de loi est déposé, le ministre de la Justice s'exprime devant le Parlement sur les aspects du projet de loi qui intéressent la *Charte*, et qu'il explique la motivation, le bien-fondé et les effets de telle ou telle proposition législative. La deuxième est que les avocats du



gouvernement ou le ministre de la Justice/procureur général produisent à l'intention du Parlement et du public un document qui s'inspirerait du genre d'évaluation du risque effectuée au nom du gouvernement. Ce document pourrait être distribué aux comités compétents qui étudient la question ou, si cela ne convient pas, durant les discours de la seconde lecture. La troisième est d'établir un comité parlementaire axé sur la *Charte*, dont le mandat serait d'étudier les projets de loi que le gouvernement désignerait en tant que textes soulevant de sérieuses questions au regard de la *Charte*. Cette idée est empruntée en grande partie à l'Australie.⁸ L'objet d'un comité parlementaire axé sur la *Charte* serait d'orienter le débat parlementaire sur la question de savoir si l'objectif législatif est justifié, vu la gravité de l'empiètement sur les droits et vu l'importance de l'objectif recherché et, en cas de justification de l'objectif législatif, sur la question de savoir si cet objectif est poursuivi d'une manière qui respecte les droits autant que cela est raisonnablement et concrètement possible.

⁸ Pour une analyse plus approfondie de cet aspect, voir Janet L. Hiebert, « A Hybrid-Approach to Protect Rights? An Argument in Favour of Supplementing Canadian Judicial Review with Australia's Model of Parliamentary Scrutiny », (1998), 26(1), *Federal Law Review*, p. 115-138.