



Groupe canadien  
d'étude des parlements

Gagnant du Concours national d'essai 2007

**Ramener l'article 33 au sein de la Constitution avec honneur et enthousiasme**

Christopher Forrest

Université McGill

Le Groupe canadien d'étude des parlements (GCEP), dans le but de favoriser la connaissance et la compréhension des institutions parlementaires canadiennes, parraine annuellement un Concours national d'essai. Les étudiants des collèges et des universités (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> cycles) à travers le Canada sont invités, quelle que soit leur spécialisation, à soumettre des essais sur tout sujet relatif au Parlement, aux assemblées législatives ou aux législateurs. On peut consulter les essais gagnants, dans les deux langues officielles, sur le site Web du GCEP. Les points de vue et les opinions qui y figurent sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux du GCEP.

## Essai

### **Introduction**

En 1997, Peter Hogg et Allison Bushell ont rédigé ensemble un essai intitulé « *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)* »<sup>1</sup>, qui proposait une réponse à l'objection contre-majoritaire à l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet essai a déclenché tout un débat dont les tribunaux ont finalement été saisis<sup>2</sup>. Cependant, les érudits et les juges sont divisés sur la question de savoir si la métaphore constitue une réplique valable à l'objection contre-majoritaire et tous ont exprimé des points de vue différents sur le degré de militantisme dont les tribunaux devraient faire preuve lorsqu'ils ont affaire à l'exécutif et au législatif. Par exemple, dans *R. c Hall*<sup>3</sup>, le juge Iacobucci a vigoureusement critiqué l'opinion majoritaire formulée par la juge en chef, qui, estimait-il, manifestait une déférence excessive à l'égard du parlement : « En toute déférence, j'estime que, en confirmant la validité de la disposition attaquée, ma collègue a, en partie tout au moins, remplacé le dialogue par l'abdication<sup>4</sup> ». La juge en chef a répondu ce qui suit dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)* : « Le législateur doit veiller à ce que toute loi qu'il édicte, à toute étape du processus, soit conforme à la Constitution. La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que 'si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore'<sup>5</sup>. » Cette

---

<sup>1</sup> Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, « *The Charter Dialogue Between Court and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)* », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 35, 1997, p. 75 à 124 [ci-après le *Dialogue*].

<sup>2</sup> Voir plus généralement Richard Haig et Michael Sobkin, « Does the Observer Have an Effect? An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts », *Osgoode Hall Law Journal* n° 45, 2007, p. 67 à 90.

<sup>3</sup> [2002] 3 R.C.S. 309 [ci-après *Hall*].

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>5</sup> [2002] 3 R.C.S. 519, p. 17. Pour une analyse approfondie du débat intraconstitutionnel entre les juges de la Cour suprême concernant le dialogue, voir Christopher P. Manfredi, « The Life of a Metaphor : Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003 », *Supreme Court Law Review*, n° 23, 2004, p. 105 à 131 [ci-après *The Life of a Metaphor*].

dernière décision a incité un observateur à se demander si la métaphore du dialogue conservait une quelconque valeur dans le contexte de la modernité<sup>6</sup>.

J'estime que le dialogue n'est ni aussi vivant que Hogg et Bushell<sup>7</sup> le laissent entendre ni aussi respectueux du rôle des participants qu'il pourrait l'être. La première critique trouve sa justification sur le plan empirique, tandis que la seconde est une affirmation normative. Selon Hogg et Bushell, le dialogue entre les tribunaux et le législateur se produit « [TRADUCTION] lorsque une décision judiciaire est susceptible d'être annulée, modifiée ou évitée par des mesures législatives (...) »<sup>8</sup>. Par ailleurs, selon le professeur Manfredi, la modification législative de décisions judiciaires donne souvent lieu à un état de « conformité », alors que l'évitement législatif par omission donne souvent lieu à la « mise en œuvre » du statu quo judiciairement créé<sup>9</sup>. Dans cet essai, l'auteur examine la troisième possibilité : l'annulation législative des décisions de la Cour suprême. À deux exceptions près, l'auteur conclut qu'il n'y a que trois exemples de législatures ayant annulé des décisions de la Cour *sans* recourir à la clause nonobstant et que cette voie de dialogue est, sur le plan pratique du moins, illusoire<sup>10</sup>. Malgré le faible nombre d'annulation, je maintiens que le mécanisme de dérogation offre aux gouvernements un moyen légitime de faire avancer des interprétations contradictoires de la *Charte* et que, à ce titre, il est indispensable à un

---

<sup>6</sup> Christopher P. Manfredi, « The Day the Dialogue Died : A Comment on *Sauvé v. Canada* », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 105 à 123 [ci-après *The Day Dialogue Died*].

<sup>7</sup> Et, par la suite, Peter Hogg, Allison A. Bushell Thornton et Wade K. Wright, « Charter Dialogue Revisited – Or “Much Ado About Metaphors” », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 1 à 65 [ci-après *Dialogue Revisited*].

<sup>8</sup> Hogg et Bushell, *Charter Dialogue*, p. 79. Pour une critique de cette définition, voir P. Manfredi et James B. Kelly, « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 37, 1997, p. 513 à 527 [ci-après *Six Degrees of Dialogue*]. Pour une réponse à cette critique, voir For Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, « Reply to Six Degrees of Dialogue », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 37, 1999, p. 529 à 536 [ci-après *Reply to Six Degrees*]. Dans une récente mise à jour de leur premier essai, Hogg, Bushell Thornton et Wright privilégient une définition du dialogue selon laquelle « [TRADUCTION] une décision judiciaire annulant une disposition législative pour non-conformité à un droit ou une liberté garantis par la *Charte* est suivie d'une mesure prise par le corps législatif compétent. » Hogg, Bushell Thornton et Wright, *Charter Dialogue Revisited*, p. 27.

<sup>9</sup> Manfredi, *The Life of a Metaphor*, p. 125 à 129.

<sup>10</sup> Les mesures législatives prises à la suite des décisions de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Daviault* [1994] 3 R.C.S. 63 et dans *R. c. O'Connor* [1995] 4 R.C.S. 411 ont été des « annulations », au sens défini ci-dessous, mais elles ont été effectivement promulguées sans recours à la clause nonobstant puisqu'elles avaient trait à la common law et non à des règles législatives. Voir Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts : What is Parliament's Role*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 2002, p. 59.

dialogue authentique entre les corps élus et le judiciaire. Mais surtout, l'usage de la dérogation permet aux législatures et à la population de participer au processus d'élaboration des politiques concernant des questions d'importance nationale.

## **Objet et méthodologie**

Pour les besoins de notre étude, l'« annulation » législative est définie comme le rejet législatif du caractère constitutionnel fondamental d'une décision. Notre analyse se limite aux réponses législatives adressées aux décisions de la Cour suprême considérée comme arbitre ultime des questions constitutionnelles<sup>11</sup>. Nous tiendrons compte des lois fédérales *et* provinciales puisque les gouvernements fédéral et provinciaux participent activement à l'interprétation de la *Charte*. Enfin, l'analyse se limite aux décisions de la Cour suprême et aux réponses législatives rendues et fournies à partir de 1988 : la ligne de démarcation que nous emploierons est la première décision de la Cour dans l'affaire *Morgentaler*<sup>12</sup>.

## **L'avortement : R. c. Morgentaler**

Dans une décision ayant trait au caractère constitutionnel de la loi canadienne sur l'avortement, la Cour suprême a statué que l'article 251 du *Code criminel* était contraire aux principes de la justice fondamentale et ne pouvait être justifié par la disposition de la *Charte* sur les limites raisonnables. Quatre des cinq juges de la majorité ont estimé que la disposition n'était pas applicable pour des raisons procédurales, faisant valoir que « (...) la structure -- le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques -- est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera, dans de nombreuses circonstances, hors de portée en

---

<sup>11</sup> Pour un exposé des raisons de l'exclusion des décisions des tribunaux inférieurs, voir Manfredi et Kelly, *Six Degrees of Dialogue*, p. 517. Hogg et Bushell rejettent cette critique au motif que le dialogue reste le dialogue, même aux échelons inférieurs : voir Hogg & Bushell, *Reply to Six Degrees*, p. 531. C'est peut-être le cas, mais ce qui nous intéresse en l'occurrence, c'est l'issue du dialogue, et, comme la Cour suprême est le tribunal d'appel ultime du Canada, l'analyse se limite à ses décisions.

<sup>12</sup> *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30.

pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir (...)»<sup>13</sup>. La juge Wilson a rejeté la position de la majorité qui, selon elle, obscurcissait la question centrale de l'appel<sup>14</sup>. Préférant s'intéresser au fond de la garantie formulée à l'article 7, elle a conclu que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne conférait aux femmes le droit de mettre un terme à une grossesse non désirée<sup>15</sup>.

Le principe constitutionnel fondamental en jeu était la question de savoir si les principes de la justice fondamentale interdisaient aux femmes d'obtenir un avortement en vertu de l'article 251 du *Code*. Les juges étaient divisés, hésitant entre le fond et la procédure, mais ils ont majoritairement conclu que l'interdiction pénale était contraire à la *Charte*. Cinq ans plus tard, en réponse à l'intention du D<sup>r</sup> Morgentaler d'ouvrir une clinique d'avortement en Nouvelle-Écosse, la législature provinciale a adopté une loi interdisant la pratique de l'avortement dans les établissements non agréés. Tout comme l'article 251 en jeu dans *Morgentaler I* limitait la pratique de l'avortement aux praticiens exerçant dans des hôpitaux agréés, l'article 4 de la *Medical Services Act* prévoit que « [TRADUCTION] nul n'est autorisé à pratiquer un service médical désigné [dont un avortement<sup>16</sup>] ni à y participer en dehors d'un hôpital agréé comme tel en vertu de la *Hospitals Act*<sup>17</sup> ». En adoptant la *Medical Services Act* et le règlement afférent, la législature de la Nouvelle-Écosse a tenté de criminaliser la pratique de l'avortement dans les cliniques privées de la province. Les preuves les plus convaincantes que la législature a rejeté la décision judiciaire *Morgentaler I* se trouvent dans la décision *Morgentaler II*.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 72, selon les juges Dickson et Lamer. Les juges Beetz et Estey s'intéressent eux aussi à la procédure dans leur résolution de l'appel. *Ibid.*, p. 81 et 82.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 161 et 162: « Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le fœtus à terme contre sa volonté, l'examen des exigences procédurales par lesquelles elle peut y être forcée perd sa raison d'être ».

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>16</sup> *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, annexe A, al. d).

<sup>17</sup> *An Act to Restrict the Privatization of Medical Services*, R.S.N.S. (1989), ch. 281, art. 4.

Dans *Morgentaler II*, il s'agissait de savoir si la *Medical Services Act* et le règlement afférent échappaient à la compétence de la législature de Nouvelle-Écosse. En répondant par l'affirmative, la Cour, unanime, a déclaré que le cœur et le fond de la loi en question étaient à juste titre considérés comme du droit pénal et, par conséquent, du ressort exclusif du gouvernement fédéral<sup>18</sup>. La Cour a notamment estimé que « l'objet premier des textes était d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital parce que cela constituait *un acte socialement indésirable*, et toute préoccupation à l'égard de la santé et de la sécurité des femmes enceintes ou à l'égard de la politique de la santé, des hôpitaux ou de la réglementation de la profession médicale *n'était qu'accessoire*<sup>19</sup> ». En adoptant la *Medical Services Act*, la législature de la Nouvelle-Écosse avait tenté d'annuler la décriminalisation de l'avortement au Canada par la Cour suprême. La procédure applicable pour exprimer son désaccord à cet égard aurait dû être la clause nonobstant.

### **Les relations conjugales entre personnes du même sexe : *M. c. H.***

D'autres décisions de la Cour suprême ont déclenché des réponses législatives tout aussi vigoureuses de la part des gouvernements provinciaux. Dans *M. c. H.*<sup>20</sup>, la Cour devait déterminer le caractère constitutionnel de l'article 29 de la *Loi sur le droit familial*<sup>21</sup>, qui limitait le droit à la pension alimentaire aux couples mariés et non mariés formés de deux personnes de sexe opposé. Une majorité de la Cour suprême avait conclu que l'article 29 est une infraction manifeste au droit des intimées et qu'il n'était pas possible de le justifier dans une société libre et démocratique<sup>22</sup>. Exprimant une opinion dissidente, le juge Gonthier avait attribué un objet différent à la loi. Selon lui, l'article 29 n'enfreignait pas le droit à l'égalité des intimées puisque « Les personnes formant une union avec une personne du

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 40. Renvoyant à l'histoire législative de la *Loi*, la Cour a fait la remarque suivante : « (...) l'interdiction de la clinique du D<sup>r</sup> Morgentaler était la préoccupation centrale des députés qui ont pris la parole et (...) les cliniques d'avortement autonomes en tant que telles ont fait l'objet d'une opposition commune et catégorique. La clinique Morgentaler était considérée, apparemment, comme un fléau public qu'il fallait éliminer. » *Ibid.*, p. 40.

<sup>20</sup> [1999] 2 R.C.S. 3 [ci-après *M. v. H.*].

<sup>21</sup> L.R.O. (1990), ch. F.3.

<sup>22</sup> *M. v. H.*, p. 43, 46, 49 et 51.

même sexe ne s'acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire<sup>23</sup> ».

La réponse législative immédiate à la décision *M. c. H.*, malgré son caractère antagoniste, ne peut pas être à bon droit considéré comme une annulation législative, puisque la législature n'a pas *rejeté* l'interprétation que la Cour suprême a donnée du principe constitutionnel sous-jacent en litige<sup>24</sup>. Cependant, plus tard au cours de l'année, l'Alberta a modifié l'*Insurance Act*<sup>25</sup> de façon à contredire intégralement la décision majoritaire de la Cour suprême dans *M. c. H.* Il fait peu de doute que les modifications entraînées par l'adoption de l'*Insurance Statutes Amendment Act*<sup>26</sup> ont annulé l'interprétation que la Cour avait donnée du principe sous-jacent en l'espèce. Dans une loi adoptée moins de six mois après la décision de la Cour, l'Alberta a décidé de définir la notion de « conjoints de fait » (« common law relationship ») comme étant la relation liant « [TRADUCTION] deux personnes *de sexe opposé*<sup>27</sup> ». Selon un observateur, cela constituait une « [TRADUCTION] *contradiction* directe des principes formulés dans *M. c. H.*<sup>28</sup> ». À la défense de la position du gouvernement, le ministre a fait valoir que l'*Insurance Statutes Amendment Act* n'avait « [TRADUCTION] pas pour obtenir de redéfinir le droit de la famille<sup>29</sup> ». Cependant, toutes les lois adoptées par les gouvernements fédéral et provinciaux sont assujetties à la *Charte*, quel que soit leur sujet. Par ailleurs, s'il est vrai que *M. c. H.* ne portait pas sur le caractère constitutionnel de la limitation de la notion de « conjoint » à la relation conjugale entre deux personnes de sexe opposé, il reste que l'Alberta a depuis modifié sa propre définition<sup>30</sup>, tandis que

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>24</sup> *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.R.O. (1990), ch. F.3., par. 25(2).

<sup>25</sup> R.S.A. (1980), ch. I-5.

<sup>26</sup> S.A. (1999), ch. 31.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 1(2) [non souligné dans le texte].

<sup>28</sup> Jason Murphy, « Dialogic Responses to *M. v. H.* : From Compliance to Defiance », *University of Toronto Faculty of Law Review*, n° 59, 2001, p. 306 [non souligné dans le texte].

<sup>29</sup> Alberta, Assemblée législative, *Debates*, 22 novembre 1999, 1936 (M<sup>me</sup> Graham).

<sup>30</sup> *Insurance Act*, R.S.A. (2000), ch. I-3.



d'autres législatures provinciales ont également modifié leurs définitions de la notion de « conjoint » en fonction de la décision rendue à cet égard<sup>31</sup>. Ces lois n'ont pas été adoptées directement en réponse à la décision de la Cour dans *M. c. H.*, mais le projet de loi 44 n'en constitue pas moins une annulation législative manifeste du principe constitutionnel sous-jacent en litige dans ce cas.

### **Le cautionnement : *R. c. Morales***

La réponse du parlement à la décision rendue dans *R. c. Morales*<sup>32</sup>, où il a été question du caractère constitutionnel des dispositions canadiennes en matière de cautionnement, est un autre exemple d'annulation législative sans recours à la clause nonobstant. Il s'agissait, dans cet appel, de déterminer le caractère constitutionnel de l'alinéa 515(10)b) du *Code criminel*<sup>33</sup>, qui autorise la détention préventive dans l'intérêt public ou pour la protection de la population. Une majorité de la Cour a retenu l'élément « sécurité publique », mais rejeté l'élément « intérêt public » au motif qu'il s'agissait d'une notion générale de nature vague et imprécise. Une disposition trop vague est réputée enfreindre les principes de la justice fondamentale défendus à l'article 7 de la *Charte*<sup>34</sup>. C'était le cas en l'espèce, puisque l'expression « intérêt public » laisse aux tribunaux « toute latitude pour conclure qu'une situation donnée peut justifier la détention avant le procès<sup>35</sup> ».

Les dispositions législatives adoptées cinq ans plus tard en réponse à la décision *Morales* apportaient un certain nombre de changements aux dispositions du *Code* relatives au cautionnement. Premièrement, la hiérarchie qui caractérisait la disposition initiale et le renvoi à « l'intérêt public » ont été supprimés. Deuxièmement, le Parlement a ajouté le paragraphe suivant :

---

<sup>31</sup> Voir par exemple la *Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. (1999), ch. 14; *Definition of Spouse Amendment Act, 2000* S.B.C. (2000), ch. 24; *Loi modifiant diverses lois en ce qui concerne les unions conjugales*, L.O. (2005), ch. 5.

<sup>32</sup> [1992] 3 R.C.S. 711 [ci-après *Morales*].

<sup>33</sup> L.R.C. (1985), ch. C-46 [ci-après le *Code*].

<sup>34</sup> *Morales*, p. 15.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 19.

515(10) : Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement<sup>36</sup>.

Il s'agissait d'une annulation de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Morales* pour les raisons expliquées ci-dessous.

Le caractère constitutionnel des modifications apportées au *Code* par le Parlement à la suite de la décision *Morales* a été vérifié par la Cour suprême dans *R. c. Hall*. Pour ce qui est de la démonstration d'une autre juste cause, c'est à l'unanimité<sup>37</sup> que la Cour a estimé qu'une expression aussi vague et imprécise du pouvoir discrétionnaire judiciaire ne pouvait pas se justifier sur le plan constitutionnel. Selon le juge en chef, « le législateur ne peut pas conférer aux juges un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution, mais il doit plutôt exposer les circonstances bien précises dans lesquelles la mise en liberté sous caution peut être refusée<sup>38</sup> ». Parlant au nom des quatre juges dissidents, le juge Iacobucci a fait remarquer plus laconiquement que « l'expression imprécise 'une autre juste cause' marque un retour législatif à une situation semblable à celle qui existait avant l'adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en 1972, alors que la mise en liberté sous caution relevait d'un pouvoir discrétionnaire quasi illimité du tribunal. <sup>39</sup>

La majorité de la Cour, sous la direction du juge en chef, a estimé que le reste de l'alinéa 515(10)c), qui justifie le refus du cautionnement dans l'intérêt du maintien de la confiance de la population dans l'administration de la justice, était constitutionnel et constituait « un excellent exemple »

<sup>36</sup> *Loi modifiant le Code criminel et certaines lois*, L.C. (1997), ch. 18, par. 59(2).

<sup>37</sup> Les quatre juges dissidents font porter leur désaccord sur le caractère constitutionnel de l'alinéa 515(10)c) en rappelant l'importance du maintien de la confiance dans l'administration de la justice.

<sup>38</sup> *Hall*, p. 11.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 22.

de dialogue<sup>40</sup>. Cela dit, le juge Iacobucci a fait valoir avec force que cette mesure n'était rien d'autre que la résurgence du motif condamné de « l'intérêt public », qui ne pouvait survivre à une analyse constitutionnelle<sup>41</sup>. Selon lui, la réponse du Parlement s'écarte considérablement de ce qu'on aurait pu attendre d'une relation censément fondée sur le dialogue entre les tribunaux et les législatures. Réfléchissant aux responsabilités respectives des parties à ce processus, le juge Iacobucci a évoqué positivement l'affaire *Mills*, rappelant que « le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut *s'inspirer* de la décision de la Cour et *concevoir un régime différent* pourvu que celui-ci demeure constitutionnel<sup>42</sup> ». Autrement dit, la minorité a tenu pour acquis que le législateur avait tout loisir non seulement de répondre, mais de « s'inspirer » de la décision de la Cour et de « concevoir un régime différent » de l'interprétation donnée par la Cour d'un certain principe constitutionnel. Le fait que celle-ci ait jugé que la réponse législative en l'espèce n'entrait *pas* dans la catégorie des activités législatives légitimes étaye l'argument selon lequel il s'agit d'un exemple manifeste d'annulation législative.

Dans les décisions dont nous venons de parler, les législatures fédérale et provinciales ont réagi en rejetant l'interprétation que la Cour suprême donnait d'un principe constitutionnel fondamental *sans* recours à la clause nonobstant. Comme je l'explique plus loin, les législatures ont un rôle légitime à jouer dans l'interprétation de la *Constitution* et elles n'ont pas à se limiter à une interprétation judiciaire des droits. Cependant, lorsqu'elles expriment un désaccord avec la Cour, les législatures ont la responsabilité de protéger les droits et libertés enchâssés dans la *Charte*, de conserver le respect dû à la Cour à titre d'institution et, surtout, d'encourager le débat public sur des questions d'importance nationale. Lorsque des législatures décident de rejeter une décision de la Cour ayant trait à une question relevant de la *Charte* et touchant les droits garantis par les articles 2 et 7 à 15, elles doivent le faire publiquement en employant

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>42</sup> *R. c. Mills*, cité dans *Hall, ibid.*, p. 36 [non souligné dans le texte].

l'instrument qui convient pour exprimer leur désaccord sur le fond. Le débat produit par ce genre de transparence législative permet de consolider les législatures fédérales et provinciales en tant qu'institutions placées au cœur du système démocratique.

### **Le constitutionnalisme coordonné**

J'analyserai ici le constitutionnalisme coordonné comme perspective du contrôle judiciaire qui permet de tirer parti des avantages d'un certain nombre de théories rivales tout en évitant beaucoup des difficultés associées à chacune d'elles. Le constitutionnalisme coordonné a été approfondi par des érudits canadiens après le rapatriement de la Constitution<sup>43</sup>. Analysant la légitimité démocratique de la dérogation, le professeur Manfredi estime que l'article 33 trouve sa plus solide justification non pas dans la préservation de la suprématie parlementaire, mais dans sa contribution à la suprématie constitutionnelle<sup>44</sup>. S'appuyant sur *Edwards c. Canada (Procureur général)*<sup>45</sup>, il conclut dans les termes suivants :

[TRADUCTION] (...) les législatures jouissent *effectivement* du pouvoir coordonné d'interpréter la Constitution, et ce pouvoir est explicitement reconnu dans la clause nonobstant de l'article 33. (...) Ce qu'il faut encourager, c'est un dialogue véritable sur la signification des droits au lieu de systématiquement s'en remettre à celle que propose une seule institution politique<sup>46</sup>.

Le professeur Hiebert est opposé à une perspective judiciarocentriste de l'examen en vertu de la *Charte*, qui néglige le rôle important que joue le Parlement dans la rédaction des lois, soit pour faire valoir de nouveaux objectifs stratégiques, soit en réponse à une annulation judiciaire de lois en vigueur. En fait, le danger associé à la rhétorique inflationniste des droits est sa tendance à compromettre la pertinence d'autres solutions stratégiques, dont certaines pourraient être contraires aux décisions judiciaires et proposées par la branche législative. S'inspirant du travail de Slattery, Hiebert élabore une

<sup>43</sup> Voir B. Slattery, « A Theory of the Charter », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 25, 1987, p. 701 à 747.

<sup>44</sup> Manfredi, *Judicial Power*, p. 188.

<sup>45</sup> [1930] A.C. 124.

<sup>46</sup> Manfredi, *The Day Dialogue Died*, p. 123.

« approche relationnelle » de l'arbitrage en vertu de la *Charte*, qui rejette le profond préjugé judiciaire qui s'exprime dans les ouvrages spécialisés sur le dialogue et qui lui préfère une réciprocité institutionnelle conjuguant l'expertise des tribunaux et celle des législatures. Par conséquent, le rôle du gouvernement est d'adopter des lois qui mettent en œuvre son programme stratégique, ce qui suppose une évaluation de droits contradictoires. Le pouvoir judiciaire, de son côté, veille à ce que les compromis acceptés par le gouvernement dans la poursuite de ses objectifs législatifs n'enfreignent pas la *Charte*<sup>47</sup>. La nouveauté de cette perspective tient au fait qu'elle insiste sur le rôle positif du Parlement dans le processus législatif. Au lieu de simplement réagir aux interprétations judiciaires de la *Charte*, le Parlement joue un rôle proactif « [TRADUCTION] en assumant la responsabilité importante d'interpréter les conflits de droits, qui découle d'une tâche essentielle de la gouvernance démocratique, à savoir de porter des jugements politiques sur la façon de trouver un moyen terme entre des opinions, des hypothèses et des attentes disparates<sup>48</sup> ».

Le professeur Kelly analyse également le contrôle judiciaire du point de vue du Parlement en s'intéressant à la réaction du gouvernement à la *Charte*. Il propose un fondement *empirique* à la perspective coordonnée, qui étaye les propositions normatives de ses tenants. Kelly adopte un point de vue *cabinet-centriste* axé sur la réaction du gouvernement à l'enchâssement. Son optimisme réservé donne à penser que, s'il est vrai que le contrôle judiciaire n'a pas entraîné le militantisme débridé que craignaient ses critiques, il a cependant évolué aux dépens de l'examen parlementaire, éclipsé par un cabinet dominé par l'exécutif<sup>49</sup>. Le résultat est ce que Kelly appelle le « [TRADUCTION] paradoxe intrainstitutionnel du militantisme législatif qui limite le pouvoir judiciaire, mais affaiblit le Parlement comme institution aux mains du cabinet<sup>50</sup> ». De ce point de vue, le militantisme judiciaire révèle un échec au stade législatif et non un abus volontaire du pouvoir discrétionnaire judiciaire et justifie la

---

<sup>47</sup> Hiebert, *Charter Conflicts*, p. 53.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>49</sup> James B. Kelly, *Governing With the Charter*, UBC Press, Vancouver, 2005, p. 223.

<sup>50</sup> *Ibid.*

préoccupation exprimée par Roach, selon qui « [TRADUCTION] si les tribunaux en viennent un jour à régler nos vies, la principale cause en sera l'échec et les manquements des autres institutions politiques<sup>51</sup> ».

Kelly affronte les critiques judiciaires en contestant le fondement même de leurs arguments, à savoir que le processus du contrôle judiciaire est fondamentalement antidémocratique, puisque des juges n'ayant de comptes à rendre à personne usurpent la fonction d'élaboration des politiques qui incombe aux branches élues du gouvernement. Une conception aussi limitée du processus d'élaboration des politiques fait fi de la participation très large de la bureaucratie sous la direction du cabinet et du premier ministre au processus d'adoption de lois mises au service des objectifs du gouvernement. La participation très large des branches élues du gouvernement dans la conception des lois – que Kelly désigne de l'expression « militantisme législatif »<sup>52</sup> – confirme l'existence d'une perspective coordonnée de l'interprétation de la Constitution qui suppose la participation du Parlement *et* du pouvoir judiciaire. La jurisprudence de la Cour suprême sur l'article premier fournit d'autres preuves à l'appui du modèle du constitutionnalisme coordonné<sup>53</sup>.

Malgré ces avantages, les érudits critiquent ce modèle pour un certain nombre de raisons. Par exemple, Roach estime qu'une perspective coordonnée du contrôle judiciaire d'une déclaration des droits est contraire à la primauté du droit, selon laquelle « [TRADUCTION] la législature devrait respecter l'interprétation que la Cour donne de la Constitution<sup>54</sup> ». Il attire également l'attention sur l'apparent paradoxe que constitue le fait que les législatures soient les juges de leur propre cause majoritaire

---

<sup>51</sup> Kent Roach, « The Role of Litigation and the Charter in Interest Advocacy », dans *Equity and Community: the Charter, Interest Advocacy and Representation* (dir. de la publ. : F.L. Seidle), n° 160, IRPP Governance, Montréal, 1993 [citations omises].

<sup>52</sup> Kelly, *Governing With the Charter*, p. 4.

<sup>53</sup> Voir, par exemple, *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books* [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)* [1989] 1 R.C.S. 927 et *RJR-MacDonald c. A.-G. Canada* [1995] 3 R.C.S. 199.

<sup>54</sup> Kent Roach, « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures », *Revue canadienne de droit*, n° 80, 2001, p. 493.

lorsqu'elles évaluent le caractère constitutionnel des lois qu'elles adoptent<sup>55</sup>. Pour ce qui est du premier argument, cependant, les tribunaux sont également assujettis à la primauté du droit, et c'est un fait qui est souvent et commodément oublié par les critiques du constitutionnalisme coordonné. Comme l'explique Agresto, « [TRADUCTION] les tenants du contrôle judiciaire n'hésitent pas à affirmer l'existence d'une vérification judiciaire des autres branches, mais ils semblent embarrassés par l'idée de vérifications réciproques directes des actes judiciaires, *notamment dans le domaine de l'interprétation de la Constitution*<sup>56</sup> ».

Le second argument appelle plusieurs réponses. Il faut tout d'abord se rappeler que, avant l'enchâssement d'une déclaration des droits, les législatures sont toujours les juges de leurs propres causes majoritaires selon la common law. Cela ne signifie pas que les tribunaux sont impuissants à intervenir au nom des droits de la personne. Comme Roach l'explique lui-même, la présomption de la common law est une création des tribunaux conçus pour protéger les droits des minorités vulnérables tout en exigeant que les législatures emploient un vocabulaire clair pour abroger un droit fondamental<sup>57</sup>. La justification de cette exigence est étroitement liée à l'importance du débat public et de la transparence gouvernementale.

Le second argument pêche cependant plus gravement du côté de l'hypothèse selon laquelle les législatures feraient régulièrement valoir les positions d'une majorité de Canadiens. Avec un deuxième gouvernement fédéral minoritaire consécutif et la perspective d'un troisième<sup>58</sup>, le Canada vit une expérience qui donne à penser que la notion de gouvernement majoritaire manque peut-être de souffle ces

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Voir J. Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, New York, 1984, p. 101 [non souligné dans le texte].

<sup>57</sup> Kent Roach, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto, 2001, p. 254.

<sup>58</sup> Campbell Clark, « Vote would return minority, PM predicts : But critics say Harper's comments show he may be warm to the prospect of a fall election », *Globe and Mail on the Web*, 26 septembre 2007 (<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20070926.wharperelection26/BNStory/Front/>) (site consulté le 2 octobre 2007).

derniers temps. Pour faire avancer son programme stratégique, un gouvernement minoritaire doit donc faire des concessions aux parties minoritaires dont l'appui offert sous la forme de coalitions ponctuelles est indispensable à sa réussite et à sa longévité<sup>59</sup>. Il semble pourtant que même les gouvernements majoritaires sont plus souvent composés de minorités éphémères et changeantes selon la question à l'ordre du jour. Comme un gouvernement est rarement unifié, il existe peu d'occasions qu'une majorité dominante impose son point de vue sur une minorité vulnérable<sup>60</sup>.

La perspective coordonnée étant considérée comme le moyen le plus efficace de protéger les droits fondamentaux, il reste à régler la question connexe de savoir si le recours à la clause nonobstant pour exprimer le désaccord institutionnel sur l'interprétation des droits peut être considéré comme un exercice légitime du pouvoir législatif et exécutif. Le point de vue défendu ici, malgré son usage peu répandu jusqu'ici, est que le recours à la clause nonobstant constitue un exercice justifiable du pouvoir gouvernemental qui peut et devrait être employé pour faire valoir des interprétations contradictoires des droits garantis par la *Charte*. Par ailleurs, l'application de l'article 33 ne devrait pas être limité à des circonstances exceptionnelles, mais être envisagé comme moyen légitime de faire valoir d'autres interprétations des droits et de déclencher la participation des trois branches du gouvernement ainsi que des Canadiens au processus d'élaboration des politiques. Comme nous l'avons montré dans la première partie, cependant, la dérogation est relativement peu employée par les législatures fédérales et provinciales. Nous examinerons ci-après les raisons de cette situation.

### **L'usage limité de l'article 33**

Le principal obstacle à l'usage de l'article 33 est le préjugé populaire selon lequel la décision d'invoquer la clause nonobstant suppose la participation de l'État à l'abrogation des droits des citoyens.

---

<sup>59</sup> Voir « Jeffrey Simpson takes your questions », *The Globe and Mail on the Web*, 2 octobre 2007 (<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20071001.wlivesimpson1002/BNStory/specialComment/>) (site consulté le 2 octobre 2007).

<sup>60</sup> Mark Tushnet, « Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World », *University of Toronto Law Journal*, n° 52, 2002, p. 97.



Cette idée est sans aucun doute le résultat d'une série d'appréhensions<sup>61</sup>. Cependant, l'explication la plus impérieuse du fait que la dérogation est tombée en désuétude a trait à la réaction du gouvernement à la *Charte*. Je m'appuie sur les travaux du professeur Kelly pour affirmer qu'un processus parlementaire dominé par l'exécutif a compromis l'efficacité du parlement comme institution délibérante. Le peu d'occasions pour le parlement de participer à l'élaboration des politiques gouvernementales a diminué la probabilité que l'article 33 soit invoqué pour susciter la discussion de questions d'ordre fondamentalement philosophique.

Kelly rejette le point de vue judiciarocentriste du contrôle judiciaire, qui néglige la participation des intervenants parlementaire dans le processus d'élaboration des politiques. Comme les projets de loi sont préalablement examinés par le ministère de la Justice (militantisme bureaucratique) et qu'ils sont examinés après leur introduction par les membres du Parlement (militantisme parlementaire), les législatures, du moins en théorie, jouent un rôle important dans l'élaboration de politiques conformes à la *Charte*<sup>62</sup>. Par conséquent, au lieu d'évincer le pouvoir des tribunaux, les décisions censément « militantes » sont dans bien des cas le résultat d'un processus parlementaire antérieur qui n'a pas assumé la responsabilité de vérifier le caractère constitutionnel de ses initiatives.

L'émergence du ministère de la Justice comme organisation centrale placée sous le contrôle direct du premier ministre a un effet immédiat sur l'élaboration de lois en fonction de la *Charte*, mais il semblerait que la dominance de l'exécutif ait également un effet négatif sur les réactions des parlementaires à l'annulation judiciaire de lois et règlements. La consolidation du pouvoir au centre s'est produite aux dépens de la branche législative, dont la fonction de surveillance a été éclipsée par un exécutif de plus en plus puissant. Il en est ainsi que la législature débatte d'une nouvelle politique ou d'une loi adoptée en réponse à une décision judiciaire annulant une loi ou un règlement déjà en vigueur.

---

<sup>61</sup> Dont l'impression que la dérogation est le résultat d'une négociation constitutionnelle entachée et de l'influence du constitutionnalisme américain, épris de suprématie judiciaire.

<sup>62</sup> J.B. Kelly, « Parliament and the Charter of Rights : An Unfinished Constitutional Revolution », *Policy Options*, février 2007, 103.

Dans tous les cas, les services juridiques de chacun des ministères hiérarchiques, qui sont coordonnés par le ministère de la Justice, fournissent à l'exécutif de multiples points de contact tout au long du processus législatif, qui lui permettent d'exercer énormément d'influence et de contrôle au détriment d'autres participants parlementaires :

[TRADUCTION] Cet aspect de la politique de la Charte, selon laquelle le Cabinet absorbe des institutions parlementaires pour surmonter l'annulation judiciaire de lois n'est pas moins dominé par l'exécutif que le processus de certification par le ministre de la Justice au cours du processus législatif ordinaire qui précède le contrôle judiciaire. En vérité, au cours de la période postérieure à l'annulation (...), le Parlement a un rôle constructif, quoique orchestré, lorsque le Cabinet tente de rétablir le caractère constitutionnel d'une loi jugée nulle et non avenue<sup>63</sup>.

La dominance de l'exécutif dans le processus des *réponses* législatives à l'annulation judiciaire de lois marginalise donc également les législatures. Le moindre nombre de points d'accès dans le processus législatif réduit les possibilités pour les députés et les sénateurs qui ne font pas partie du Cabinet d'envisager la clause nonobstant comme moyen de déclencher le débat public<sup>64</sup>.

Réfléchissant à la dominance de l'exécutif, Franks fait remarquer que « [TRADUCTION] le processus d'élaboration des politiques centré sur l'exécutif ne donne pas lieu à la mobilisation du consentement pendant leur élaboration. Le Parlement est sans importance. Il ratifie et autorise des décisions prises ailleurs<sup>65</sup> ». Donald Savoie, qui exprime un point de vue semblable au sujet de la concentration du pouvoir entre les mains d'organismes centraux et du premier ministre, explique que le caucus, qui était autrefois une tribune de consultation et de débat, est devenu le lieu où les ministres cherchent à obtenir l'appui a posteriori des députés à des décisions stratégiques : « [TRADUCTION] Le

---

<sup>63</sup> Kelly, *Governing with the Charter*, p. 248.

<sup>64</sup> Le gouvernement pourrait également *préférer* invoquer la clause nonobstant en réponse à une décision judiciaire, auquel cas la dominance de l'exécutif serait un atout. Cela dit, si l'opinion publique concernant le bien-fondé du recours à la clause nonobstant diffère de celle de l'exécutif, la dominance de ce dernier (combinée à la discipline partisane) s'exerce au détriment de la branche législative.

<sup>65</sup> C.E.S. Franks, *The Parliament of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1987, p. 215.

Cabinet avait l'habitude de se réunir après le caucus; aujourd'hui, il se réunit la veille<sup>66</sup>. » Ces changements et d'autres portent atteinte au Parlement comme institution délibérante en limitant les possibilités que le genre de débat suscité par le recours à l'article 33 puisse se produire. Un certain nombre de propositions ont été avancées pour régler ces problèmes, par exemple : réduire le nombre des votes de confiance, assouplir la discipline partisane, instaurer des élections fixes, consolider le système des comités, réformer le Sénat et introduire une forme de représentation proportionnelle<sup>67</sup>. Mes observations révèlent la nécessité de réformer le système des comités pour créer un comité parlementaire permanent qui serait chargé d'examiner les lois du point de vue des droits, ce qui accroîtrait la probabilité que l'article 33 soit considéré comme une solution de rechange viable aux interprétations judiciaires des droits garantis par la *Charte*.

Les comités permanents, législatifs, mixtes et spéciaux jouent un rôle crucial dans le processus législatif : ils assument une fonction de surveillance et participent à l'élaboration des politiques<sup>68</sup>. Par ailleurs, ils constituent un important point de contact pour les simples députés et pour les citoyens désireux de participer activement à ce processus. Pourtant, un certain nombre d'observateurs ont parlé de la faiblesse relative du système des comités comme système de reddition des comptes dans le processus législatif. Le problème trouve en partie sa source dans le fait que la composition des comités reflète la répartition des sièges à la Chambre et que la discipline partisane s'applique à leurs membres, de sorte qu'il est difficile pour les députés d'opposition de faire valoir des intérêts contraires au programme du gouvernement. Il y a aussi la tendance des législatures à ne pas tenir compte des rapports des comités, ce qui contribue au sentiment de leurs membres d'être des laissés pour compte du processus d'élaboration

---

<sup>66</sup> Savoie, *Governing from the Centre : The Concentration of Power in Canadian Politics*, University of Toronto Press, Toronto, 1999, p. 93.

<sup>67</sup> Jennifer Smith, « Debating the Reform of Canada's Parliament », dans F.L. Seidle et D.C. Docherty (dir. de la publ.) *Reforming Parliamentary Democracy*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 2003, p. 150-168.

<sup>68</sup> Le Centre parlementaire, *Forum sur la réforme parlementaire* ([http://www.parlcent.ca/publications/pdf/reform\\_f.pdf](http://www.parlcent.ca/publications/pdf/reform_f.pdf)) (site consulté le 13 novembre 2007), p. 16 [ci-après le *Forum*].

des politiques<sup>69</sup>. Le manque de ressources humaines et financières limite également la capacité des membres des comités et de leurs présidents à assumer correctement leurs fonctions<sup>70</sup>. Un certain nombre de réformes ont été proposées pour combler ces lacunes<sup>71</sup>. Cependant, le fait qu'on n'ait pas donné suite à leurs recommandations a non seulement compromis la capacité des membres des comités à participer activement à l'élaboration des politiques, mais a également augmenté le pouvoir de l'exécutif<sup>72</sup>.

La création d'un comité spécial permanent qui serait chargé d'examiner tous les projets législatifs aiderait également à rétablir l'équilibre entre les responsabilités du pouvoir législatif et celles du pouvoir exécutif dans l'interprétation de la *Charte*. Hiebert est partisan de la création d'un comité de ce genre, qui serait chargé d'examiner les lois du point de vue des droits avant leur adoption, ce qui permettrait de faire participer les parlementaires à l'examen des lois en fonction de la *Charte* et de réduire la probabilité d'annulations judiciaires ultérieures<sup>73</sup>. Par ailleurs, ce genre de comité constituerait un important point de contact pour les citoyens désireux de participer à l'élaboration des politiques. Je suis d'accord avec Peter Lougheed, qui affirme que « [TRADUCTION] l'objet de la dérogation est de faciliter un débat public et responsable des questions relatives aux droits, et cela pourrait être compromis si le législateur est laissé libre de l'employer *sans débat ouvert et examen contradictoire des conditions de son usage*<sup>74</sup> ». La

---

<sup>69</sup> David C. Docherty, « Parliament and Government Accountability », dans M.W. Westmacott et H.P. Mellon (dir. de la publ.), *Public Administration and Policy : Governing in Challenging Times*, Prentice Hall and Bacon Canada, Scarborough (Ontario), 1998, p. 49.

<sup>70</sup> « La fonction publique canadienne au pied du mur », *Publications hors-série sur le gouvernement parlementaire*, n° 21, septembre 2005, p. 14 (<http://www.parlcent.ca/publications/pdf/PG%2021%20Final%20FR.pdf>) (site consulté le 21 décembre 2007).

<sup>71</sup> Il s'agirait notamment de surveiller la composition des comités pour veiller à ce qu'elle traduise les intérêts des Canadiens, que les membres aient une expérience stratégique suffisante, que les rapports du comité soient effectivement débattus à la Chambre et que les comités jouissent de suffisamment de ressources pour remplir leur mandat. Voir le *Forum*, p. 16 à 22.

<sup>72</sup> « [TRADUCTION] (...) c'est en raison de la dominance de la discipline partisane, des gouvernements majoritaires, de l'extrême partisanerie qui caractérise la Chambre des communes et du rôle secondaire du Sénat que le système des comités parlementaires au Canada ne peut pas jouer comme il conviendrait le rôle de surveillance du programme législatif de l'exécutif politique, Kelly, *Governing With the Charter*, p. 246.

<sup>73</sup> Janet L. Hiebert, « Wrestling With Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy », *Choices*, n° 5, 1999, p. 27 et 28.

<sup>74</sup> Peter Lougheed, « Why A Notwithstanding Clause? », *Points of View*, n° 6, 1998, p. 16 [non souligné dans le texte].

création d'un comité mixte spécial augmenterait la participation des parlementaires et des citoyens à l'élaboration des politiques en suscitant des débats sur la meilleure façon de protéger les droits. Dans ce contexte, l'usage de l'article 33 est plus susceptible d'être franchement envisagé dans un débat ouvert sur des questions cruciales en matière de politiques. C'est ce genre de dialogue *intrainstitutionnel* qui, de concert avec le contrôle judiciaire, offre la meilleure garantie pour les droits protégés par la Constitution.

## Conclusion

La récente conférence intitulée *La Charte @ 25 ans* a été consacrée en partie à un débat sur la pertinence actuelle de la métaphore du dialogue et du recours à la clause nonobstant dans un système marqué par la suprématie constitutionnelle<sup>75</sup>. Les deux questions sont controversées. Un observateur sonnait récemment le glas du dialogue<sup>76</sup>, tandis qu'un autre (comme nous l'avons vu) invitait à « [TRADUCTION] une analyse qualitative exhaustive des cas pour évaluer le fond des décisions judiciaires, leurs effets sur les objectifs stratégiques des législatures et la mesure dans laquelle les réponses législatives savent surmonter ces effets plutôt que de s'y adapter<sup>77</sup> ». Cette recherche est animée d'un optimisme mesuré dans la mesure où son affirmation centrale est que le dialogue, en théorie du moins, sert un but intrinsèquement valable dans une démocratie libérale, mais que, dans la pratique, il n'est pas aussi répandu qu'un certain nombre de commentateurs le laissent entendre. Plus précisément, le faible nombre d'annulations législatives de décisions de la Cour suprême au moyen de la dérogation compromet la possibilité d'un débat interinstitutionnel qui permettrait de tirer parti des forces du pouvoir judiciaire et des législatures dans l'élaboration des paramètres d'une discussion publique de la signification des droits et libertés fondamentaux.

---

<sup>75</sup> Voir *La Charte @ 25 ans*, page d'accueil, 2006 (<http://misc-iecm.mcgill.ca/conf2007/welcome.html>) (site consulté le 20 décembre 2007).

<sup>76</sup> Manfredi, *The Day the Dialogue Died*, p. 105 à 123.

<sup>77</sup> Andrew Petter, « Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps *Charter* Dialogue Isn't Such a Good Thing After All) », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 153.

Malheureusement, les études dans ce domaine sont polarisées et ont tendance à appuyer la finalité judiciaire *ou* la finalité législative dans l'interprétation de la Constitution. J'estime que le constitutionnalisme coordonné, théorie étayée par la jurisprudence la Cour suprême sur l'article premier, est le meilleur moyen de rendre compte de la réciprocité institutionnelle qui caractérise le lien entre les législatures et les tribunaux. Il permet également de reconnaître la légitimité du recours à la clause nonobstant comme moyen d'exprimer un désaccord institutionnel concernant l'interprétation de droits et comme exercice valable du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Je considère que la désuétude dans laquelle la dérogation est tombée est principalement attribuable à un processus parlementaire dominé par l'exécutif, qui a ainsi évolué au détriment de législatures constituées en assemblées délibérantes de bonne foi. Je suis cependant convaincu que la création d'un comité spécial permanent qui serait chargé d'examiner les lois du point de vue des droits justifierait le recours à la dérogation, non pas comme moyen d'éclipser des droits, mais de susciter un discours sur les droits dans le cadre de l'analyse de questions stratégiques d'importance nationale. À l'appui de ma thèse, je fais également remarquer qu'il y a un certain nombre de décisions de la Cour suprême où l'article 33 aurait dû être invoqué pour inviter le public à participer à la résolution de revendications de droits dans le cadre d'une réflexion philosophique sur des questions qui sont au cœur de la politique.

## **Bibliographie**

### Livres

- Agresto, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, New York, 1984.
- Franks, C.E.S., *The Parliament of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1987.
- Hiebert, Janet L., *Charter Conflicts : What is Parliament's Role*, McGill-Queen's University Press, Montréal et Kingston, 2002.
- Kelly, James B., *Governing with the Charter : Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, UBC Press, Toronto, 2005.
- Roach, Kent, « The Role of Litigation and the Charter in Interest Advocacy », dans *Equity and Community : the Charter, Interest Advocacy and Representation* (dir. de la publ. : F.L. Seidle), IRPP Governance, Montréal, 1993, p. 159 à 188.
- Roach, Kent, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto, 2001.
- Savoie, Donald J., *Governing from the Centre : The Concentration of Power in Canadian Politics*, University of Toronto Press, Toronto, 1999.
- Smith, Jennifer, « Debating the Reform of Canada's Parliament », dans *Reforming Parliamentary Democracy* (dir. de la publ. : F.L. Seidle et D.C. Docherty), McGill-Queen's University Press, Montréal, 2003.

### Essais

- Andrew Petter, « Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps *Charter* Dialogue Isn't Such a Good Thing After All) », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 147 à 167.
- Haig, Richard et Michael Sobkin, « Does the Observer Have an Effect? An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 67 à 90.
- Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell, « The *Charter* Dialogue Between Court and Legislatures (Or Perhaps the *Charter* of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 35, 1997, p. 75 à 124.
- Hogg, Peter W. et Allison A. Thornton, « Reply to Six Degrees of Dialogue », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 37, 1999, p. 529 à 536.
- Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton et Wade K. Wright, « *Charter* Dialogue Revisited – Or "Much Ado About Metaphors" », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 1 à 65.
- Janet L. Hiebert, « Wrestling With Rights: Judges, Parliament and the Making of Social Policy », *Choices*, n° 5, 1999, p. 1 à 35.

- Kelly, James B., « Parliament and the Charter of Rights : An Unfinished Constitutional Revolution », *Policy Options*, février 2007, p. 103 à 107.
- Manfredi, Christopher P. et James B. Kelly, « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 37, 1997, p. 513 à 527.
- Manfredi, Christopher P., « The Day the Dialogue Died : A Comment on *Sauvé v. Canada* », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 45, 2007, p. 105 à 123.
- Manfredi, Christopher P., « The Life of a Metaphor : Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003 », *Supreme Court Law Review*, n° 23 (2004): 105-131.
- Murphy, Jason, « Dialogic Responses to *M. v. H.* : From Compliance to Defiance », *University of Toronto Faculty of Law Review*, n° 59, 2001, p. 299 à 317.
- Peter Lougheed, « Why A Notwithstanding Clause? », *Points of View*, n° 6, 1998, p. 1 à 18.
- Roach, Kent, « *Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures* », *The Canadian Bar Review*, n° 80, 2001, p. 481 à 533.
- Slattery, Brian, « A Theory of the Charter », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 25, 1987, p. 701 à 747.
- Tushnet, Mark, « Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World », *University of Toronto Law Journal*, n° 52, 2002, p. 89 à 100.

#### Articles de journaux

- « La fonction publique canadienne au pied du mur », *Publications hors-série sur le gouvernement parlementaire*, n° 21, septembre 2005, p. 14 (<http://www.parlcent.ca/publications/pdf/PG%2021%20Final%20FR.pdf>) (site consulté le 21 décembre 2007).
- Clark, Campbell, « Vote would return minority, PM predicts : But critics say Harper's comments show he may be warm to the prospect of a fall election », *Globe and Mail on the Web*, 26 septembre 2007 (<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20070926.wharperelection26/BNStory/Front/>) (site consulté le 2 octobre 2007).
- Docherty, David C., « Parliament and Government Accountability », dans M.W. Westmacott et H.P. Mellon (dir. de la publ.), *Public Administration and Policy : Governing in Challenging Times*, Prentice Hall and Bacon Canada, Scarborough (Ontario), 1998.
- « Jeffrey Simpson takes your questions », *The Globe and Mail on the Web*, 2 octobre 2007 (<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20071001.wlivesimpson1002/BNStory/specialComment/>) (site consulté le 2 octobre 2007).
- Le Centre parlementaire, *Forum sur la réforme parlementaire* ([http://www.parlcent.ca/publications/pdf/reform\\_f.pdf](http://www.parlcent.ca/publications/pdf/reform_f.pdf)) (site consulté le 13 novembre 2007).

#### Sites Web



*La Charte @ 25 ans*, page d'accueil, 2006 (<http://misc-iecm.mcgill.ca/conf2007/bienvenue.html>) (site consulté le 20 décembre 2007).

### Causes

*Edwards v. Canada [Attorney General]* [1930] A.C. 124.  
*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)* [1989] 1 R.C.S. 927.  
*M. c. H.* [1999] 2 R.C.S. 3.  
*R. c. Edwards Books* [1986] 2 R.C.S. 713;  
*R. c. Hall* [2002] 3 R.C.S. 309.  
*R. c. Morales* [1992] 3 R.C.S. 711.  
*R. c. Morgentaler* [1998] 1 R.C.S. 30.  
*R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103;  
*RJR-MacDonald c. A.-G. Canada* [1995] 3 R.C.S. 199.  
*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)* [2002] 3 R.C.S. 519.

### Débats législatifs

Alberta, Assemblée générale, *Debates*, 22 novembre 1999, 1936 (M<sup>me</sup> Graham).

### Lois et règlements

*Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.R.O. (1990), ch. F.3.  
*Loi modifiant le Code criminel et certaines lois*, L.C. (1997), ch. 18.  
*Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. (1999), ch. 14.  
*An Act to Restrict the Privatization of Medical Services*, R.S.N.S. (1989), ch. 281, art. 4.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Definition of Spouse Amendment Act, 2000* S.B.C. (2000), ch. 24.  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. (1990), ch. F.3.  
*Insurance Act*, R.S.A. (1980), ch. I-5.  
*Insurance Act*, R.S.A. (2000), ch. I-3.  
*Insurance Statutes Amendment Act*, S.A. (1999), ch. 31.  
*Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, annexe A, al. d).  
*Loi modifiant diverses lois en ce qui concerne les unions conjugales*, L.O. (2005), ch. 5.