Document generated on 10/12/2024 5:45 a.m.

Les Cahiers de droit

HENRI BRUN et GUY TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, 1 425 p., ISBN 2-89451-587-1.

Patrice Garant

Volume 44, Number 1, 2003

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043742ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043742ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this review

Garant, P. (2003). Review of [HENRI BRUN et GUY TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, 1 425 p., ISBN 2-89451-587-1.] *Les Cahiers de droit*, *44*(1), 113–116. https://doi.org/10.7202/043742ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Chroniques bibliographiques

HENRI BRUN et GUY TREMBLAY, **Droit constitutionnel**, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, 1 425 p., ISBN 2-89451-587-1.

Il faut saluer avec satisfaction la parution de la quatrième édition de l'ouvrage magistral des professeurs Brun et Tremblay. La présente chronique comportera des observations précises sur cette édition et d'autres sur l'ensemble de l'ouvrage.

Cet ouvrage est à la fois un traité qui synthétise en quelque sorte l'ensemble des principes et règles de cette branche du droit public et un manuel d'enseignement structuré en douze chapitres qui regroupent les principaux thèmes, le tout présenté selon une pédagogie simple : il n'y a pas de longueurs ni de longues citations, et les références jurisprudentielles, dans le texte et non sous forme de notes en bas de page, sont sobres. Il s'agit d'un ouvrage d'une fréquentation fort agréable pour les néophytes comme pour les spécialistes. Pour le chercheur, c'est aussi un instrument utile, car il compte à la fin de chaque chapitre une bibliographie sélective appropriée. De plus, les auteurs prennent souvent la peine de citer avec précision la jurisprudence en indiquant la page exacte où les cours énoncent tel principe ou telle règle ; cela est un progrès par rapport aux éditions antérieures. Étant donné la longueur des arrêts, il nous paraît essentiel que les auteurs, qui qu'ils soient, aient la courtoisie de donner des références complètes et précises.

La quatrième édition comporte 1 142 pages de texte, y compris les bibliographies, comparativement à 1 096 pour la troisième, ce qui est raisonnable. Les auteurs ont certes résisté à la tentation d'augmenter le chapitre des droits de la personne, matière qui, depuis une quinzaine d'années, a pris des proportions considérables. À cet égard, le chapitre XII (p. 873-1136) comporte une synthèse de 263 pages suffisamment dense et complète.

Le chapitre VI sur le régime fédéral occupe naturellement une place centrale à cause de cette caractéristique fondamentale du « constitutionnalisme » canadien. La Constitution de 1867 crée un État « fédéral » et la Cour suprême, dans le célèbre *Renvoi de 1998 sur la sécession du Québec*, fait du fédéralisme l'un des quatre piliers de notre temple constitutionnel. Les auteurs contestent en quelque sorte ces propositions en concluant que « le Canada est devenu une quasi-fédération, que le pouvoir fédéral maintient à titre gracieux » (p. 437). Cette notion de quasi-fédération est nouvelle dans l'usage canadien. Si nous nous reportons aux définitions que donnent les auteurs de l'État unitaire, de l'État composé et du fédéralisme (p. 408), il faut constater que « le Canada possède un régime fédératif parce qu'on y retrouve une décentralisation législative véritable » (p. 412). Toutefois, selon les auteurs, « il n'existe pas de modèle absolu du fédéralisme » (p. 408) et « tout accroc à la perfection de la décentralisation législative n'entraînera toutefois pas l'élimination du fédéralisme » (p. 411).

Comme il ne se trouve aucun prototype de l'État fédératif, le droit constitutionnel comparé nous enseigne qu'il y a un tel État lorsque, sur la base d'une constitution rigide, ou supra-législative, il existe une superposition de deux ordres étatiques, une décentralisation législative, c'est-à-dire un partage des compétences législatives prévu par la Constitution et un arbitrage juridictionnel indépendant. Voilà l'essentiel. Selon ces critères,

nous nous permettons d'affirmer que les États-Unis, l'Allemagne, la Suisse, la Belgique, l'Australie et le Canada sont des États fédératifs. Il y a certes des imperfections quant au caractère plus ou moins rigide de la Constitution, quant à l'étanchéité du partage des compétences, quant au statut et à l'indépendance de l'arbitrage constitutionnel. Les États-Unis seraient-ils une quasi-fédération parce que les juges de la Cour suprême sont nommés par le gouvernement fédéral après consultation du Sénat fédéral (le Sénat américain ne représente pas les États !), parce que le pouvoir fédéral de dépenser du fédéral américain est énorme, parce que ses compétences fiscales sont considérables… ?

À notre avis, il y a évidemment de nombreuses imperfections dans le fédéralisme canadien. Cela ne signifie pas pour autant l'élimination du fédéralisme. Il n'est toutefois pas inutile de mettre en lumière ces imperfections, comme le font bien les auteurs Brun et Tremblay. Leur analyse fait ressortir qu'il n'est pas vraiment possible de parler d'équilibre, au sens où l'État fédéral et les États provinciaux auraient un poids relativement comparable. Ces imperfections sont plutôt des tendances dans le développement de l'importance des compétences du fédéral par rapport au provincial, attribuable à toutes sortes de facteurs intrinsèques et extrinsèques (jurisprudence constitutionnelle, importance des compétences économiques, internationales, criminelles, environnementales).

Pour ce qui est du pouvoir fédéral de dépenser, considéré par plusieurs comme un facteur important de déséquilibre, il faut constater qu'il est perçu par une partie importante de la population canadienne comme un instrument de redistribution de la richesse. Il est aisé de comprendre dès lors pourquoi il a été si difficile, lors des dernières rondes de négociation constitutionnelle, d'en arriver à une solution d'encadrement de ce fameux pouvoir qui donne effectivement au fédéral un ascendant non négligeable.

Que la Fédération canadienne soit imparfaite, il est facile d'en convenir. D'ailleurs, aucune fédération n'est parfaite : qui d'ailleurs accepterait d'adopter les yeux fermés au Canada la formule américaine ou allemande ou suisse ou belge ou autrichienne ? Pour plusieurs, à l'époque contemporaine, le point le plus important dans la réalisation de l'aventure fédérative est d'amener les deux ordres de gouvernement à coopérer dans l'accomplissement des tâches ou missions contemporaines souvent complémentaires. Dans la définition classique (ou archaïque) du fédéralisme, il était question du principe de participation dans sa dimension institutionnelle ou organique (ex. : *Bundesrat* allemand ou formule américaine d'amendement constitutionnel). Toutefois, cette forme de participation a perdu de son importance et a été remplacée par participation politique qui s'aménage en une concertation constante entre les deux niveaux de gouvernement. Il s'agit de ce qui est appelé en Australie, au Canada et ailleurs le « fédéralisme coopératif ». Cela n'a rien de juridique, sauf que cela finit par permettre de résoudre les conflits, d'éviter les dédoublements, de satisfaire plus efficacement les besoins de la population. La formule est moins rationnelle, moins cartésienne, mais adaptable à l'évolution des contextes et circonstances, qu'on l'aime ou non.

Le chapitre X, consacré au pouvoir judiciaire, a été remanié dans la quatrième édition. La présentation y est plus logique, et les auteurs ont bien pris en considération la jurisprudence récente qui depuis 1996 a été abondante et significative, notamment en ce qui concerne l'indépendance institutionnelle et l'impartialité structurelle.

Dans la section 1 de ce chapitre, l'ouvrage traite de la fonction judiciaire, du rôle précis des tribunaux dans l'interprétation des lois et de la Constitution, et de l'incidence de la constitutionnalisation des droits fondamentaux sur l'activisme judiciaire. Les auteurs écrivent que « l'avènement des Chartes a, dans une mesure certaine et importante, transformé le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, qui, jusque-là, plaçait les tribunaux dans une catégorie à part parmi les organes de l'État, une catégorie située en marge de l'activité politique »

(p. 776). Les chartes « ont exacerbé le rôle politique de ces derniers en les contraignant à dire le droit à partir de concepts excessivement généraux : justice, liberté, égalité, raisonnabilité » (p. 776). La seule façon de rétablir « la crédibilité du pouvoir judiciaire que fonde le principe de la séparation des pouvoirs » est de revenir à une « application rigoureuse d'un strict principe de retenue judiciaire » (p. 776). C'est là problablement rêver. En effet, dans le « constitutionnalisme » canadien d'aujourd'hui, ce principe de séparation est plutôt faiblard. Entre le Législatif et l'Exécutif, il est plutôt question de collaboration des pouvoirs, le second exerçant un ascendant certain sur le Parlement ; c'est là un euphémisme. Entre le Législatif et le Judiciaire, il serait même possible de parler de confusion des pouvoirs : par délicatesse, certains constitutionnalistes ont parlé d'un dialogue constructif entre la Cour suprême et le Parlement. Il n'y a vraiment qu'entre l'Exécutif et le Judiciaire où la jurisprudence a tracé une séparation assez étanche pour consacrer le principe de l'indépendance institutionnelle et son sous-produit, la sécurité économique des juges…, dans l'intérêt des justiciables, bien entendu.

Dans la section 2 du même chapitre, les auteurs traitent de l'appareil judiciaire : ils n'hésitent pas à inclure les tribunaux administratifs dans le système de justice, ce qui nous paraît normal. Fait plus important, dans la section suivante, les auteurs consacrent un développement à l'indépendance qui s'avère d'un très grand intérêt. Il s'agit en quelques pages d'une excellente synthèse de l'état de la jurisprudence récente de la Cour suprême et des cours d'appel. Les auteurs y critiquent notamment la position discutable de la Cour suprême dans le fameux *Renvoi de 1997 sur la rémunération des juges*. Ils y donnent l'essentiel des principes et règles concernant l'indépendance institutionnelle et l'impartialité structurelle des tribunaux administratifs, matière qui est toutefois aussi exposée dans les ouvrages de droit administratif.

Les auteurs notent que si, « au chapitre du statut des tribunaux, les Chartes ont largement contribué à la constitutionnalisation du principe de l'indépendance » par rapport au pouvoir politique, « paradoxalement » (p. 776) elles ont contraint les tribunaux à assumer une véritable fonction politique. Ce constat un peu radical n'est pas sans fondement. La question de l'activisme judiciaire prête à controverse, mais elle doit être appréciée avec mesure : il y a des cas où l'interventionnisme est justifié, et d'autres où il ne l'est manifestement pas. Cela ressort bien d'une analyse même sommaire de la jurisprudence de la Cour suprême. Quelques exemples illustrent ci-dessous notre propos.

Par exemple, le *Renvoi sur la rémunération des juges* de 1997 témoigne d'une situation où la Cour suprême se substitue carrément au législateur. Au terme d'un raisonnement fondé sur une analyse historique discutable, d'une gymnastique intellectuelle hasardeuse, elle aboutit à une solution technique qui ne s'imposait ni politiquement, ni socialement, ni même économiquement. L'essentiel du principe d'indépendance judiciaire aurait pu être préservé autrement, comme d'ailleurs elle l'avait fait antérieurement dans les arrêts *Valente* et *Beauregard*. La Cour suprême a préféré prendre la plume et légiférer tout bonnement.

De même est-il difficile de justifier que les juges remettent en cause des choix fondamentaux de société comme l'ont fait les juges dissidents dans l'arrêt *Rodriguez* à propos du suicide assisté, ou comme viennent de le faire les juges dissidents à propos du mariage dans l'arrêt *Walsh* de 2002. De même est-il difficile d'accepter que les juges invalident des politiques sociales et économiques, comme l'ont fait les dissidents dans le récent arrêt *Gosselin*. Fort heureusement dans cet arrêt, nous pouvons lire, sous la plume de la majorité, que « la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale prenait appui sur la logique et le sens commun ». Le législateur parlementaire a fait son travail : il n'appartient pas au juge de se substituer à lui.

En matière de droit à l'égalité, il est quelquefois délicat pour le juge d'intervenir sans remettre en cause des choix de société ; en

effet, à peu près toutes les législations comportent des distinctions qui ne sont pas forcément discriminatoires et injustifiées. À cet égard, l'arrêt *Law* de 1999 a posé un critère important, soit celui de l'atteinte à la dignité humaine des membres du groupe désavantagé. Cela signifie qu'avant de donner des leçons au législateur le juge doit être prudent.

Un autre domaine fort sensible où l'intervention du juge s'avère précieuse et délicate est celui de la liberté de conscience et de religion. À cet égard, dans plusieurs grands arrêts significatifs, la Cour suprême a fait preuve de prudence et de diligence tout à la fois.

En matière de liberté d'expression, la situation se révèle quelque peu différente. Dans certains cas, le juge est placé devant des choix plus fondamentaux, d'ordre philosophique même : cela a été le cas à propos de la propagande haineuse en 1990 dans l'arrêt *Keegstra*, par exemple, ou dans l'arrêt *Sharpe* en 2001 pour la diffusion de matériel pornographique. Qu'un juge propose pardessus la tête du Parlement, comme choix de société, la liberté de diffusion de la propagande haineuse ou du matériel de pornographie infantile, cela surprend et peut même choquer. C'est là une option qu'il appartient à un parlement de prendre et d'en répondre devant l'électorat ; c'est d'ailleurs ce que reconnaissent tous les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Sharpe*.

Dans d'autres cas, la liberté d'expression aura une dimension commerciale ou économique. Le juge constitutionnel est appelé à exercer un arbitrage moins difficile. Néanmoins, autant il est possible d'admettre qu'il censure les excès du législateur, comme dans l'arrêt *Ford* (Charte de la langue française), autant il peut être choquant de le voir privilégier la liberté d'expression des entreprises de tabac au détriment de la santé de la population dans l'arrêt *McDonald Tobacco*.

Dans certains contextes, nous pouvons admettre qu'en s'appuyant sur la Charte les juges participent d'une certaine façon à la fonction législative, notamment en articulant « ces principes de justice fondamentale » dont parle l'article 7 de la Charte, principes qui sont des paramètres de protection des droits à la vie, à la liberté, à la sécurité. Ainsi, une jurisprudence abondante est venue fixer les règles d'application du droit à la présomption d'innocence, du droit au silence, du droit à la communication de la preuve, et ainsi de suite. À cet égard, la jurisprudence de la Cour suprême a joué un rôle constructif dans la réforme de la justice pénale. De même, il entre dans la mission constitutionnelle du juge de préciser les conditions d'une perquisition ou saisie qui ne serait pas abusive, comme la Cour suprême l'a fait dans le célèbre arrêt *Hunter* en 1985. C'est la même situation dans le cas de la jurisprudence sur le droit à l'avocat consacré à l'article 10 b de la Charte (arrêts *Manninnen*, *Brydges*, *Prosper* et autres).

Les observations des professeurs Brun et Tremblay incitent le lecteur à la réflexion, ce qui, en matière de droits de la personne, est essentiel. À cet égard, l'ouvrage s'avère un instrument fort utile même si les opinions des auteurs ne rallient pas tous les constitutionnalistes. Mentionnons en terminant l'un de ces énoncés provocants des auteurs à propos de l'article premier de la Charte et de la méthode *Oakes*. La page 954 contient une conclusion qui se trouvait déjà dans la deuxième et la troisième éditions : « À notre avis, la Cour suprême s'est enferrée dans *R.* c. *Oakes* dans une vision fondamentalement erronée de l'art. 1. » Même si, par hypothèse, cela était exact en 1986, est-il possible de le soutenir encore avec autant de force en 2003 ? La méthode *Oakes*, dont l'essentiel est de mettre en œuvre un principe de proportionnalité, était-elle mauvaise en elle-même ou plutôt s'est-elle révélée discutable par la façon maladroite dont elle a été appliquée ? Cela pourrait donner lieu à de longues discussions qui déborderaient le cadre de la présente chronique… La méthode, appliquée avec souplesse et circonspection, comme l'ont recommandée certains juges de la Cour suprême, pourrait encore être utile et correspondre à une vision acceptable de l'article premier de la Charte.

Patrice Garant
Université Laval