Document généré le 12 oct. 2024 01:54

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

RECONNAISSANCE ET EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX : LA FONCTION DÉMOCRATIQUE DES TRIBUNAUX CONSTITUTIONNELS

Louis LeBel

Numéro hors-série, juin 2015

Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1067974ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1067974ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

LeBel, L. (2015). RECONNAISSANCE ET EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX : LA FONCTION DÉMOCRATIQUE DES TRIBUNAUX CONSTITUTIONNELS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 25–35. https://doi.org/10.7202/1067974ar

Résumé de l'article

L'étude souligne la contribution éminente de M. Jacques-Yvan Morin à la mise en oeuvre d'une protection des droits de la personne au Québec. Elle examine sa proposition d'une *Charte québécoise des droits fondamentaux*, comme il la présentait en 1963. Elle souligne aussi les questions que cette proposition laissait en suspens, en particulier le mode de protection de ces droits fondamentaux et le rôle des tribunaux. L'étude examine ensuite les solutions que l'évolution constitutionnelle du Canada a dégagées par la suite et discute de la légitimité du rôle judiciaire dans ce domaine.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2015

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

RECONNAISSANCE ET EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX : LA FONCTION DÉMOCRATIQUE DES TRIBUNAUX CONSTITUTIONNELS*

*L'honorable Louis LeBel***

L'étude souligne la contribution éminente de M. Jacques-Yvan Morin à la mise en œuvre d'une protection des droits de la personne au Québec. Elle examine sa proposition d'une *Charte québécoise des droits fondamentaux*, comme il la présentait en 1963. Elle souligne aussi les questions que cette proposition laissait en suspens, en particulier le mode de protection de ces droits fondamentaux et le rôle des tribunaux. L'étude examine ensuite les solutions que l'évolution constitutionnelle du Canada a dégagées par la suite et discute de la légitimité du rôle judiciaire dans ce domaine.

The article underlines the major contribution of Mr. Jacques-Yvan Morin to the creation of a protection of human rights in the province of Quebec. It reviews his proposal for the adoption of a *Charter of Fundamental Rights* for the province of Quebec, as he set it out in 1963. The article notes some issues that the proposal left open, particularly the methods of protection of fundamental human rights and what should be the function of courts of justice. Then, the article reviews the solutions that flowed from the constitutional evolution of Canada and discuss the legitimacy of a judicial function in this field.

---

* Ce texte est basé sur des notes préparées pour le Colloque Jacques-Yvan Morin tenu à Montréal, le 13 mars 2014, et organisé par les Facultés de droit de l'Université de Sherbrooke et de l'Université de Montréal.

** Juge à la Cour suprême du Canada.

L'histoire récente du droit et des institutions au Québec nous rappelle l'importance critique du rôle de Jacques-Yvan Morin dans le développement des droits de la personne ou mieux, des droits fondamentaux au Québec. En effet, une étude qu'il publia dans la Revue de droit de McGill en 1963 avait souligné avec force la nécessité d'une reconnaissance des droits fondamentaux au Québec pour que ceux-ci deviennent la source primordiale de son ordre juridique et avait étudié le contenu souhaitable de cet ensemble législatif[1].

Nous n'entendons pas analyser ici les détails de cette proposition qui s'est d'ailleurs retrouvée en grande partie dans la *Charte québécoise des droits de la personne* au moment de son adoption en 1975[2]. Nous nous efforcerons plutôt d'étudier un problème essentiel lorsque l'on veut traiter un ensemble de principes et de règles juridiques comme le fondement d'un système de droit. Il s'agit de déterminer comment cet ensemble législatif peut acquérir un caractère constitutionnel au sens large par rapport à l'ensemble de l'encadrement juridique de la vie d'une société et quelle sera la fonction des tribunaux dans la réalisation de cet objectif.

Pour qu'un ensemble de droits devienne et demeure fondamental, il faut le protéger. Il doit échapper au hasard quotidien de l'activité législative et politique des législatures et des administrations dans nos sociétés. Il importe aussi que l'action des parlements et des administrations, voire même celle des acteurs privés, économiques et sociaux qui ne respecteraient pas ces droits fondamentaux, puisse être sanctionnée. S'impose alors la nécessité d'une assise juridique qui protège leur stabilité et assure leur efficacité.

La proclamation rhétorique du caractère fondamental d'un ensemble de droits et de procédures ne suffit pas. La création d'un cadre juridique ferme devient nécessaire pour donner une force réelle ainsi qu'un sens et un contenu à cette proclamation. En effet, les droits fondamentaux demeurent souvent abstraits. Si, par exemple, on affirme protéger la liberté d'expression ou assurer les droits à l'égalité ou au respect de la vie privée, comment faire parler ces principes et leur donner une vie concrète dans le cours des affaires d'une société? Quels mécanismes et quels recours assureront leur efficacité tout en demeurant compatibles avec un régime démocratique?

Malgré le caractère démocratique de la société qui proclame l'importance de ses droits fondamentaux, la confiance dans la majorité populaire ou, parfois plus exactement, dans la majorité parlementaire, suffit-elle pour garantir le respect du rôle fondamental des droits de la personne? Les tribunaux peuvent-ils alors jouer un rôle démocratique et légitime dans la protection de ces droits? Ultimement, la proclamation de ces droits fondamentaux modifie-t-elle la nature de la démocratie qu'a établie notre régime politique?

---

1 Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273 [Morin, « Charte des droits »].

2 *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte québécoise des droits de la personne*, *Charte québécoise*, *Charte*].

Ce problème anime les débats politiques de notre société, particulièrement depuis le rapatriement de la *Constitution de 1867*[3] et l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*[4] en 1982. Cette question se pose toujours à nous. Nous examinerons donc la réponse de Jacques-Yvan Morin en 1963, avec sa part de silence. Il sera par la suite souligné l'importance d'une double fonction démocratique des tribunaux pour consolider la présence des droits de la personne soit, d'un côté, sanctionner la violation des droits considérés comme fondamentaux et de l'autre, développer avec d'autres intervenants le contenu concret de ces mêmes droits.

I. La réponse de Jacques-Yvan Morin

Esprit lucide, d'une profonde culture juridique et politique, Jacques-Yvan Morin ne pouvait ignorer le problème de la sanction et de l'efficacité des droits fondamentaux même s'il a consacré la majeure partie de son étude à l'examen du cadre international et des sources des droits fondamentaux ainsi qu'à l'élaboration des éléments essentiels d'une charte de ces droits. Toutefois, dans les dernières pages de son étude, il s'interroge sur la manière dont la protection des droits fondamentaux peut être assurée dans le cadre d'un régime politique et juridique qui reposait sur un principe fort de souveraineté parlementaire limité seulement par les règles relatives au partage des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales[5]. L'auteur cherche alors une issue. Il ne la trouve pas complètement parce qu'il se refuse à délaisser le cadre du principe traditionnel de souveraineté parlementaire pour rechercher un sens plus profond du principe démocratique dans un état assujetti à la règle de droit ou *rule of law*[6]. Dans ses propos liminaires au numéro spécial de 2003 de la Revue du Barreau du Québec, publié à l'occasion du 30e anniversaire de la *Charte québécoise*, Jacques-Yvan Morin est d'ailleurs revenu sur le problème. Il proposait alors une constitutionnalisation sans dérogation possible à la *Charte*, mais sans explorer davantage les mécanismes de sanction de ces dispositions, notamment ceux qui relèvent de l'intervention judiciaire[7].

La controverse relative aux techniques de constitutionnalisation est appelée à durer. Toutefois, une réponse partielle a été donnée au moment du rapatriement de la *Constitution canadienne*[8] et de la mise en œuvre de la *Charte canadienne*. Malgré les conflits qui ont marqué ce moment de l'histoire politique du Canada, des droits

---

3 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, nº 5 [*Constitution de 1867*].

4 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*, *Charte*].

5 Morin, « Charte des droits », *supra* note 1 aux pp 302-303.

6 Voir Albert Venn Dicey, « The Rule of Law: Its Nature and General Application », dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd, London, Macmillan, 1915 aux pp 107 à 110 (files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf) [Dicey, « Rule of Law »].

7 Jacques-Yvan Morin, « Propos Liminaires » (2006) Numéro thématique hors série : La Charte québécoise, origines et enjeux et perspectives R du B XIX à la p XXI.

8 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Constitution canadienne*, *Constitution*].

fondamentaux ont été constitutionnalisés. La *Constitution canadienne* a reconnu elle-même le rôle des tribunaux comme gardiens de la *Constitution* en leur attribuant un pouvoir de contrôle judiciaire sur la conformité des lois à la *Charte*[9]. L'œuvre constitutionnelle accomplie alors demeure. Malgré des critiques persistantes, sa présence a profondément influencé l'ordre juridique et politique canadien tout comme la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui dut par la suite donner les premières interprétations et applications de cette *Charte*.

Revenons maintenant aux réflexions de Jacques-Yvan Morin. Pour lui, les droits fondamentaux sont destinés à devenir l'ossature du régime juridique et politique du Québec. Cependant, il perçoit les difficultés que crée le régime politique canadien fondé sur un principe de souveraineté parlementaire applicable au Parlement fédéral et aux législatures provinciales. Il critique les faiblesses des précédents posés par des législatures provinciales, comme celles de l'Ontario et de la Saskatchewan lorsqu'elles ont adopté des *Human Rights Acts*[10], qui sont traités comme des lois ordinaires, donc modifiables selon la volonté du législateur et les changements de majorité parlementaire. Il souligne également, à bon droit, les faiblesses de la *Déclaration canadienne des droits*[11] adoptée pendant l'administration du premier ministre Diefenbaker[12]. Cette *Déclaration* représente elle aussi une simple loi à laquelle le Parlement fédéral peut déroger à son gré par un vote majoritaire[13].

Pour assurer la stabilité de la *Charte québécoise*, Jacques-Yvan Morin cherche donc une solution dans l'imposition de contraintes procédurales à l'égard de l'action législative. Il se demande d'abord si une législature peut lier ses successeurs pour l'avenir tout en étant confronté à ce principe de souveraineté parlementaire dont il admet l'existence[14]. En principe, un parlement souverain ne peut priver les parlements futurs de leur pouvoir souverain. Il envisage d'exiger une majorité qualifiée pour modifier la *Charte*. Il propose cette solution dans son projet de charte où il prévoit qu'une majorité des deux tiers sera nécessaire pour modifier la future *Charte québécoise*. Surtout, il veut faire de cette dernière une loi qui primerait l'ensemble de la législation du Québec, à moins que l'Assemblée législative n'y déroge expressément. Si l'Assemblée législative ne s'exprime pas clairement en sens contraire, la loi incompatible avec la *Charte* sera inopposable à celle-ci. L'emploi de ces techniques permettrait de réaliser une constitutionnalisation partielle du projet de

---

9 *Charte canadienne*, *supra* note 4; Brian Dickson, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Context and Evolution », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Charte canadienne des droits et libertés*, Markham (Ont), LexisNexis, 2013 à la p 3 et aux pp 15-16.

10 *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H19; *The Saskatchewan Human Rights Code*, 1979, en ligne : Government of Saskatchewan <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/S24-1.pdf>.

11 *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44 [*Déclaration*].

12 Morin, « Charte des droits », *supra* note 1 à la p 303.

13 Beverly McLachlin, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: First 30 years: A Good Beginning », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Charte canadienne des droits et libertés*, Markham (Ont), LexisNexis, 2013 à la p 25.

14 Morin, « Charte des droits », *supra* note 1 à la p 303.

Charte[15].

Une telle réforme aurait nécessairement introduit un contrôle judiciaire de la conformité des lois de la *Charte*, mais d'une portée limitée. En effet, par une opération d'interprétation, un tribunal pourrait conclure qu'une loi est incompatible avec la *Charte*, mais que l'on n'y a pas dérogé expressément. En conséquence, la loi deviendrait inapplicable parce qu'elle serait inopposable à la *Charte*. Toutefois, le principe de la souveraineté parlementaire subsisterait. En effet, la législature pourrait choisir d'écarter l'application de la *Charte* à la condition qu'elle le fasse expressément, par une majorité des deux tiers. On ne se retrouverait alors pas devant un contrôle plénier de la constitutionnalité ou de la conformité des lois aux droits fondamentaux, mais plutôt de la procédure suivie pour la modifier[16]. La priorité de la *Charte* s'inscrirait toujours à l'intérieur d'un principe de souveraineté parlementaire. Ce dernier exprimerait un principe démocratique identifié lui-même au primat de la volonté de la majorité parlementaire et, vraisemblablement, de celle de l'électorat, sous la réserve du respect d'un cadre procédural renforcé applicable à la décision parlementaire.

Jacques-Yvan Morin laissait alors ouvert un débat qui a marqué l'évolution du système constitutionnel canadien depuis cinquante ans. Passons maintenant à l'étude de la signification de ce débat en examinant comment ont évolué le sens du principe démocratique et la fonction constitutionnelle des tribunaux. Nous nous demandons donc si une conception moderne de la démocratie exige la présence d'un tribunal constitutionnel ou du moins la reconnaissance d'un rôle constitutionnel aux tribunaux, notamment à la Cour suprême du Canada dans le contexte canadien et québécois.

II. La nécessité d'un processus judiciaire de protection des droits : le rôle démocratique de la justice

Ainsi, une fois les droits fondamentaux décrits et déclarés comme tels, nous devons rechercher comment cette loi que l'on souhaite rendre fondamentale deviendrait effectivement la loi suprême dans l'ordre juridique et politique. Tel que mentionné précédemment, Jacques-Yvan Morin demeurait très conscient des faiblesses de la solution procédurale qu'il proposait. En effet, l'affirmation de la suprématie de la loi fondamentale demeurait fragile en raison de son caractère incomplet. En effet, elle dépendait d'une restriction procédurale de l'action d'un Parlement, autrement souverain[17]. Certes, malgré la possibilité de dérogation, cette exigence procédurale liée à la reconnaissance de la primauté de la *Charte* demeurait importante. Elle peut souligner au moins l'importance du prix politique d'une modification de la *Charte* ou de l'acceptation d'une loi formellement incompatible avec celle-ci.

---

15 *Ibid* aux pp 303-304.
16 *Ibid* à la p 303.
17 *Ibid* à la p 304.

Cependant, ce type de solution laisse les droits fondamentaux dans une situation de fragilité. Pour leur assurer une protection plus complète, une évolution politique entamée déjà dans les démocraties occidentales, au moment de la rédaction du texte de Jacques-Yvan Morin, a souligné l'importance de deux changements liés l'un à l'autre : l'imposition d'une procédure de modification constitutionnelle à l'égard de tout changement à la loi fondamentale et l'ouverture d'un recours au pouvoir judiciaire pour contrôler la conformité des lois et actes à caractère législatif aux règles constitutionnelles. Ce mouvement des pays démocratiques reconnaît la nécessité d'une intervention du pouvoir judiciaire pour contrôler la conformité des lois et actes administratifs à la loi fondamentale et sanctionner les violations des droits fondamentaux par l'État ainsi que selon la portée attribuée à ces droits, par les individus ou par les pouvoirs privés[18].

Pour qu'elle joue son rôle, la loi fondamentale doit donc être protégée par une formule d'amendement constitutionnel. De plus, l'attribution d'une compétence au pouvoir judiciaire s'impose pour assurer le respect de l'ensemble des règles et principes juridiques que l'on appelle communément « Charte des droits » au Canada et au Québec. Les tribunaux ne deviennent pas alors possesseurs, mais gardiens de cette *Charte*[19]. En effet, celle-ci — nous y reviendrons — appartient à la société civile. Chacun de ses éléments constitutifs a l'obligation et la possibilité d'en favoriser le développement, y compris les tribunaux.

Nous ne nions pas l'existence de controverses sur la légitimité démocratique de cette évaluation, en particulier dans les traditions juridiques française et britannique comme en témoignent de forts courants d'opinion. Elle persiste d'ailleurs au Canada, au Québec, comme dans les provinces de *common law*[20]. D'ailleurs, on a longtemps décrié en France ce que le livre bien connu du professeur Lambert décrivait comme le gouvernement des juges à propos de la *Constitution américaine*[21] et du rôle fort discuté de la Cour suprême des États-Unis entre les deux guerres mondiales à l'égard des nouvelles législations sociales[22]. On se refusait à l'idée même d'une intervention des juges pour se prononcer sur la validité constitutionnelle de la loi. Dans la vie politique de l'époque, on jugeait l'intervention incompatible avec la

---

18 Alec Stone Sweet, « Constitutional Courts » dans Michel Rosenfeld et András Sajó, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2012 à la p 817 [Sweet, « Constitutional Courts »].

19 Michel Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec comme "gardien de la Constitution" : L'Accessibilité au Tribunal mise en contexte », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2008 aux pp 87 et 96 à 102.

20 Rainer Knopf et Frederick Lee Morton, « Political Symbols and the Politics of Status » dans *Charter Politics*, Scarborough (Ont), Nelson Canada, 1997 aux pp 63 à 66; Pour une autre vision, Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 [Roach, *Supreme Court*].

21 US Const, en ligne : National Constitution Center <http://constitutioncenter.org/constitution> [*Constitution américaine*].

22 Édouard Lambert, « Gouvernement par les juges et gouvernement parlementaire – Les fondements américains du gouvernement par le judiciaire », dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005 à la p 8.

délibération démocratique des citoyens et des représentants qu'ils avaient élus. Les élus demeuraient les seuls gardiens de la *Constitution*. Les violations de celle-ci appelaient alors à une sanction politique, non l'ouverture d'un recours devant un organe judiciaire.

Par ailleurs, dans la tradition britannique, l'intervention des juges, à l'égard de la validité de la loi, était souvent mal tolérée. Si le Parlement avait parlé, sa souveraineté devait être respectée. Au moins théoriquement, le juge devait interpréter la loi sans prétendre la juger. Pour les tribunaux, aucune action du Parlement n'était inconstitutionnelle à strictement parler[23]. Toute autre forme d'intervention judiciaire contredirait le principe même de la tradition de souveraineté parlementaire et de la forme de démocratie qu'il instituait. Bref, dans cette perspective, un système de contrôle judiciaire de la validité des lois aurait été fondamentalement incompatible avec la nature du régime politique britannique que la *Constitution de 1867* transposait au Canada, selon son préambule[24].

Malgré le poids des traditions politiques et juridiques du Canada, la nécessité de la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle judiciaire s'est trouvée profondément liée à l'établissement de la fonction des droits de l'homme en tant qu'ordre normatif fondamental. L'expérience internationale le suggère; l'expérience canadienne et québécoise ne contredit pas cette perception. Cette dernière dépend sans doute de la conception que l'on se fait de la nature d'une démocratie.

Au niveau international, à tout le moins depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, on a généralement admis la nécessité de reconnaître la compétence du pouvoir judiciaire en matière constitutionnelle[25]. On le charge de sanctionner les violations des droits fondamentaux garantis par la *Constitution* et, corrélativement, de les interpréter en élaborant leur contenu et en déterminant leur portée au cours d'un processus délibératif complexe. Avant la Deuxième Guerre mondiale, à l'exception de la Cour constitutionnelle d'Autriche, seule la République américaine avait établi depuis longtemps un système de contrôle constitutionnel des lois confié à la Cour suprême des États-Unis[26]. Cette Cour avait découvert sa fonction de contrôle constitutionnel peu de temps après la création de la fédération américaine, dans l'arrêt *Marbury v Madison*[27]. Elle l'a développée ensuite graduellement — parfois agressivement — et à l'occasion au bénéfice de grands intérêts commerciaux et financiers. Cette orientation fut d'ailleurs vivement critiquée, notamment au cours du *New Deal* de Roosevelt pour son conservatisme excessif[28]. À l'inverse, sous la présidence du général Eisenhower, l'audace de la Cour en matière sociale en fut la cible d'attaques politiques violentes[29]. Malgré ces critiques, la Cour suprême des

---

23 Stephen Holmes, « Constitutions and Constitutionalism » dans Michel Rosenfeld et András Sajó, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2012 à la p 212; Tom Bingham, *The Rule of Law*, Londres, Penguin, 2011 aux pp 168-170.

24 *Charte canadienne*, *supra* note 4, préambule.

25 Sweet, « Constitutional Courts », *supra* note 18 à la p 818.

26 *Ibid* aux pp 817-818.

27 *Marbury v Madison*, 5 US 137 (1803).

28 Roach, Supreme Court, *supra* note 20 aux pp 20-21.

29 *Ibid* aux pp 23-24.

États-Unis a joué un rôle clé dans l'établissement des équilibres ou des blocages constitutionnels américains.

Par la suite, ce modèle de contrôle constitutionnel par le recours au pouvoir judiciaire s'est répandu graduellement. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, il est devenu un élément de l'ordre constitutionnel de nombreux pays, sinon d'une majorité d'entre eux. Même les pays qui violent allégrement les droits fondamentaux éprouvent sans doute le besoin de se doter d'une cour constitutionnelle, ne serait-ce que par souci de respectabilité internationale. Certaines de ces cours constitutionnelles ont su jouer graduellement un rôle fondamental dans la vie démocratique de leurs pays. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe, établie à la suite de l'adoption de la *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*[30] de 1949, est devenue un exemple du rôle que peuvent jouer les cours constitutionnelles, tant pour protéger la *Constitution* que pour expliciter son contenu par un processus d'interprétation et d'application complexe.

Évidemment, les formes d'organisation de la juridiction constitutionnelle varient. Le modèle canadien n'est pas le plus répandu, loin de là. En effet, la grande majorité des pays ont préféré établir des cours constitutionnelles spécialisées[31]. Par ailleurs, les méthodes de saisine du tribunal constitutionnel demeurent diverses. Cependant, quels que soient les modèles adoptés, il s'agit dans tous les cas de protéger l'ordre constitutionnel et d'en élaborer son contenu. Même en France après la fondation de la Ve République, une juridiction constitutionnelle s'est établie en fait et en droit. Le général de Gaulle et son premier ministre Michel Debré avaient conçu à l'origine le Conseil constitutionnel comme un organisme essentiellement politique, destiné à arbitrer certains conflits dans les rapports entre l'exécutif et le Parlement. Cependant, la jurisprudence du Conseil et des modifications constitutionnelles successives ont élargi graduellement les limites étroites imposées à l'origine à son rôle. Enfin, les réformes importantes effectuées par le président Sarkozy, notamment par l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité à la suite des amendements à la *Constitution de la Ve République*[32] en 2008, ont confirmé l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel qui apparaît maintenant comme une véritable institution judiciaire destinée à remplir une fonction de contrôle constitutionnel[33].

Une évolution semblable s'est produite au Canada en utilisant ses structures

---

30 *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949*, Journal officiel fédéral à la p 1, en ligne : Refworld <http://www.refworld.org/docid/3ae6b5a6c.html>.

31 Voir Sweet, « Constitutional Courts », *supra* note 18 aux pp 817-818.

32 *Constitution du 4 octobre 1958*, en ligne : Conseil Constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html> [*Constitution de la Ve République*].

33 Jean-Louis Halpérin, « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français? » en ligne : (2010) 28 Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-une-revolution-dans-l-histoire-du-droit-francais.52720.html>.

judiciaires traditionnelles. Elle a été facilitée par la forme fédérale de l'État canadien. Celle-ci imposait déjà une forme d'arbitrage constitutionnel entre les provinces et le gouvernement fédéral, qu'assurait à l'origine le Conseil privé du Royaume-Uni. Cependant, les changements provoqués d'abord par l'abolition des appels au Conseil privé, puis par le rapatriement de la *Constitution* et l'adoption de la *Charte canadienne*, ont élargi cette fonction d'arbitrage constitutionnel. Ils ont introduit dans l'ordre juridique et politique canadien et québécois une conception de la démocratie qui la définit celle-ci comme une « démocratie constitutionnelle »[34].

Que signifie cette conception de la démocratie? Elle repose d'abord sur un principe de limitation et de contrôle procédural de l'exercice des pouvoirs étatiques. La démocratie ne se confond plus avec le seul régime de la majorité populaire ou parlementaire. La *Constitution* elle-même opère comme une contrainte pour tous les pouvoirs, y compris le pouvoir judiciaire qui a le devoir de prendre en compte et de mettre en œuvre la *Charte canadienne* et les autres parties de la *Constitution canadienne*. La *Constitution* agit aussi comme une contrainte pour les législatures et les gouvernements, en les assujettissant à ces normes fondamentales destinées à encadrer leur liberté d'action. De plus, la reconnaissance des droits fondamentaux par la présence de la *Constitution* influence au moins indirectement le développement du droit, comme on l'a vu par exemple en *common law* dans le droit de la diffamation, ou encore en droit civil, dans celui de la protection de la vie privée.

Cependant, la question se pose. La présence et l'action de ce pouvoir judiciaire élargi sont-elles démocratiques? Une première réponse, trop simple peut-être, est offerte. Ces fonctions judiciaires ont été créées par le pouvoir constituant lui-même ou par l'autorité législative[35]. La fonction d'interprète et de gardien de ces actes a été attribuée à des organismes comme les tribunaux qui ne sont pas par nature démocratiques. En effet, Charles Fried le rappelle opportunément, il eut des juges sous tous les régimes : monarchiques, aristocratiques, autoritaires ou libéraux[36]. Toutefois, sans que l'exigence d'une magistrature indépendante soit née avec l'apparition des régimes démocratiques, les juges sont devenus une part de l'organisation de la société contemporaine en raison de leur indépendance traditionnelle et de leur capacité de se détacher des aléas quotidiens de la vie sociale. Ils constituent un élément fondamental d'un ordre social encadré lui-même par le droit, soumis ainsi à ce que la *common law* appelle le *rule of law*[37].

Le caractère démocratique de cette attribution de pouvoir se retrouve aussi dans la forme délibérative de l'action judiciaire. Celle-ci constitue un lieu de discussion. La forme de l'action judiciaire dans nos sociétés ouvre la porte à des débats sur la nature même des droits fondamentaux, sur l'explicitation de leur contenu et sur l'orientation de leur développement. Malgré les lourdeurs, les coûts du recours aux tribunaux et tous les problèmes d'accès à la justice, l'action de la justice comporte

---

34 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux pp 252-254; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, *arts 5 et 6*, 2014 CSC 21 au para 89, [2014] RCS 433.

35 *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p 497 [*Motor Vehicle Act*].

36 Charles Fried, « On judgment » (2012) 15:4 Lewis & Clark Law Review 1025 à la p 1041.

37 Voir Dicey, « Rule of Law », *supra* note 6.

un droit de saisine que notre régime juridique reconnaît à chaque citoyen. Ce droit de saisine s'exerce largement. En effet, selon l'approche flexible adoptée au Canada, tous les tribunaux de l'ordre judiciaire, y compris des tribunaux administratifs et des tribunaux spécialisés comme le Tribunal des droits de la personne du Québec, peuvent être saisis par un citoyen d'un problème constitutionnel rattaché aux libertés fondamentales[38]. Cette saisine étendue et des procédures comme les interventions de tiers dans les juridictions d'appel et à la Cour suprême favorisent des échanges susceptibles de favoriser le développement des virtualités des actes constitutionnels ou des chartes des droits fondamentaux.

De plus, les chartes des droits fondamentaux sont souvent conçues en termes très généraux et fort abstraits. Souvent, elles ne contiennent pas des règles au sens strict, mais des normes ou des principes exprimant les valeurs d'une société. Le débat judiciaire permet alors d'élaborer graduellement le contenu et le sens de ces droits. La décision des tribunaux provoquera elle-même des échanges ou des critiques qui enrichiront le développement des droits. Le processus judiciaire aménage ainsi une participation plus étendue des différents secteurs de la société à la protection et à la définition de la portée des droits fondamentaux[39].

L'interprétation, l'application et le développement du droit constitutionnel et du droit des libertés fondamentales dépendent alors, au moins en partie, de la fonction créatrice attribuée au juge. Il applique un droit qu'il est appelé à connaître, mais aussi à développer. Dans les traditions de la *common law* et de droit civil, de même qu'à l'intérieur de la fonction d'interprétation juridique, il s'agit d'une fonction créatrice et nécessaire dans la vie de la société régie par la règle de droit.

En ce sens, l'évolution du droit des libertés fondamentales, à la suite de l'adoption de la *Charte canadienne de 1982* et de la portée que lui ont donné les premières décisions de la Cour suprême du Canada dans des arrêts tels que *R c Oakes*[40], le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*[41] ou *Hunter et autres c Southam Inc.*[42], a elle-même apporté une réponse partielle à la question que Jacques-Yvan Morin laissait ouverte. Si controversée qu'elle demeure, cette réponse a influencé ainsi l'interprétation et l'application de la *Charte québécoise*. Sous réserve des limitations qui peuvent être apportées par l'article 1 de la *Charte canadienne* et d'une possibilité de dérogation aux droits fondamentaux, en vertu de la clause dite dérogatoire de l'article 33, cette évolution confirme la primauté du droit fondamental et la nécessité de la présence d'un gardien pour préserver ses valeurs et lui donner tout son sens et ses efforts.

---

38 *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Laseur*, 2003 CSC 54 aux pp 528-529, [2003] 2 RCS 504.

39 Louis LeBel, « Dialogue judiciaire – Dialogue démocratique? » dans Bjarne Melkevik et Luc Vigneault, dir, *Droits démocratiques et identités*, Québec, Collection Dikè : Presses de l'Université Laval, 2006 aux pp 15-16.

40 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

41 *Motor Vehicle Act*, *supra* note 35.

42 *Hunter et autres c Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145.

S'ils sont les gardiens des droits fondamentaux[43], les tribunaux n'en sont pas les possesseurs. Ils en défendent l'intégrité et en élaborent le contenu. Cependant, les législatures et les administrations, par leurs lois et leurs interventions, peuvent aussi créer un ordre juridique capable de contribuer à l'épanouissement de ces droits. Les individus et les pouvoirs privés sont aussi capables d'adapter leurs actions à la présence de ces droits. D'ailleurs, l'action des particuliers ou des intérêts privés est essentielle pour implanter ces droits fondamentaux dans la vie quotidienne et à en faire le substrat des attitudes sociales en dépit des conflits et des rejets que leur présence même peut parfois provoquer. L'activité judiciaire comporte des limites.

***

La réponse à la question posée par Jacques-Yvan Morin se retrouve peut-être dans ce constat que le droit des personnes appartient à la société civile et à chaque citoyen. Les tribunaux interviennent comme des défenseurs de l'intégrité de ce patrimoine et remplissent une fonction d'exploration et d'explicitation des droits fondamentaux pour assurer leur épanouissement. La fonction créatrice du pouvoir judiciaire devient alors une partie nécessaire de la vie de la société civile. Bien qu'ils travaillent à partir de dossiers particuliers et dans les contraintes de la procédure civile ou pénale, les juges contribuent à maintenir et à développer cette société soucieuse des droits fondamentaux que Jacques-Yvan Morin invitait le Québec à instituer il y a cinquante ans.

---

[43] Jacques-Yvan Morin, « Le pouvoir des juges et la démocratie : Sed quis custodiet ipsos custodes? » (1994) 28 RJT 799 à la p 804.