LE CONSENTEMENT COMME POINT D'ANCRAGE
à la doctrine du constitutionnalisme



All rights the Supreme Court of Canada / photographer Philippe Landreville

PAR Alain-Robert Nadeau

« WE HOLD THESE TRUTHS TO BE SELF-EVIDENT, THAT ALL MEN ARE CREATED EQUAL, THAT THEY ARE ENDOWED BY THEIR CREATOR WITH CERTAIN UNALIENABLE RIGHTS, THAT AMONG THESE ARE LIFE, LIBERTY AND THE PURSUIT OF HAPPINESS. THAT TO SECURE THESE RIGHTS, GOVERNMENTS ARE INSTITUTED AMONG MEN, DERIVING THEIR JUST POWERS FROM THE CONSENT OF THE GOVERNED. THAT WHENEVER ANY FORM OF GOVERNMENT BECOMES DESTRUCTIVE OF THESE ENDS, IT IS THE RIGHT OF THE PEOPLE TO ALTER OR TO ABOLISH IT, AND TO INSTITUTE NEW GOVERNMENT, LAYING ITS FOUNDATION ON SUCH PRINCIPLES, AND ORGANIZING ITS POWERS IN SUCH FORM, AS TO THEM SHALL SEEM MOST LIKELY TO EFFECT THEIR SAFETY AND HAPPINESS. »

PARAGRAPHE LIMINAIRE À LA *DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE* DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE (RÉDIGÉ PAR THOMAS JEFFERSON , LE 4 JUILLET 1776).

Le paragraphe liminaire à la *Déclaration d'indépendance* mis en exergue constitue indéniablement le texte le plus significatif rédigé par Thomas Jefferson sinon de toute l'histoire politique et constitutionnelle des États-Unis d'Amérique. En précisant que l'autorité de l'État repose sur le consentement, il consacre ainsi la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le principe de la *primauté du droit*. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* et son enchâssement dans la Constitution canadienne le 17 avril 1982, il est incontestable que le régime constitutionnel canadien s'est rapproché du modèle américain ainsi que de la tradition libérale. Or, tant en vertu de la doctrine libérale classique que de la *doctrine du constitutionnalisme*, la légitimité du pouvoir étatique et de l'autorité gouvernementale repose sur le consentement.

De fait, depuis le XVIIe siècle, la question de savoir comment un individu libre devient assujetti à l'autorité étatique constitue la question centrale de la théorie politique libérale. Le consentement, en justifiant l'obligation politique d'obéir aux lois, constitue la pierre angulaire sur laquelle reposent les démocraties libérales. C'est là en fait que réside la différence fondamentale qui distingue les régimes politiques libéraux des régimes politiques totalitaires. Alors que les régimes politiques totalitaires reposent sur l'idée que les individus doivent obéir à l'État – qu'ils aient ou non consenti – , les régimes politiques libéraux supposent que les individus jouissent d'une liberté totale, laquelle liberté ne sera restreinte qu'à la suite du consentement donné par les individus.

Des individus libres ne sauraient être contraints d'obéir à un dictateur dans un régime politique totalitaire ou à des lois injustes dans un régime politique libéral. Alors que la désobéissance civile – expression que l'on doit à Henry David Thoreau qui publiait un pamphlet intitulé *Resistance to Civil Government (1849)* lequel deviendra *Civil Disobedience* – constitue un moyen primitif de répudier les actions d'un régime totalitaire ou les lois injustes d'une société libérale, la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* constitue le moyen juridique effectif de contrer l'arbitraire dans une démocratie constitutionnelle.

Le consentement, au sens où nous l'entendons, peut être donné expressément – il s'agit alors du *consentement individuel* – et se traduit généralement par la renonciation à un droit constitutionnel ou il peut se révéler implicitement à la suite de l'analyse de la situation examinée – il s'agit alors du *consentement communautaire* – qui se traduit généralement par l'existence d'une disposition législative spécifique ou par la reconnaissance d'une règle de *common law* par les tribunaux. Ainsi, le consentement ne sera valide que dans la mesure où l'immixtion étatique sera conforme au consentement individuel ou communautaire. Le *consentement individuel* ne posant pas de difficulté conceptuelle particulière, nous nous attarderons à la caractérisation de ce que nous qualifions de *consentement communautaire.*

Dans notre système politique, le *consentement communautaire* se traduit essentiellement par la constatation de l'existence d'une règle de droit ou par la reconnaissance d'une règle de *common law* par les tribunaux. Il s'appuie sur les origines, les traditions constitutionnelles – dont les préceptes sont consacrés dans les constitutions et dans les traités du droit international – ainsi que par la doctrine libérale en vertu de laquelle l'individu préexiste l'État et que ses droits fondamentaux ne découlent pas de leur reconnaissance par un État ou par une organisation internationale mais repose sur les attributs de la personne humaine.

La doctrine libérale justifie l'obligation d'obéir aux lois par deux approches conceptuelles. Le premier modèle est ce que le professeur Bickel a qualifié, dans son ouvrage posthume intitulé *The Morality of Consent (1975)* de modèle libéral contractuel (*«liberal contractarian model»*), selon lequel l'obédience d'un individu à l'État repose sur la doctrine du contrat social qui intervient entre les individus et l'État. Le contrat social puise sa source dans le consentement donné par les individus à la communauté qui est seule souveraine. Cependant, si les dirigeants de la communauté violent ce consentement ou ne respectent pas la volonté collective, celle-ci peut retirer son consentement. De fait, le rôle de l'État, constitué par la volonté de tous, consiste à assurer les droits subjectifs préconstitués dès l'état de nature. Autrement dit, le rôle de l'État consiste à préserver les droits naturels des individus. La pensée de John Locke et celle de Thomas Jefferson exemplifient cette approche conceptuelle.

Le second modèle qui est à la base de la doctrine libérale est ce que le professeur Bickel a qualifié de *Whig Model.* Selon ce *modèle whig*, qu'il qualifie aussi de modèle pragmatique, l'obédience d'un individu à l'État se justifie par sa nécessité; le consentement doit donc être imputé tacitement de certaines actions ou certaines omissions d'agir des individus, autrement la société ne pourrait fonctionner adéquatement. La pensée de Thomas Hobbes et celles de David Hume et d'Edmund Burke participent à cette vision.

L'architecture interne de la Constitution – la «structure constitutionnelle fondamentale» pour reprendre l'expression de la Cour suprême – nécessite une interprétation symbiotique des règles et des principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution et, par ce fait même, la démocratie.

Bien que nous estimons que le *modèle libéral contractuel* reflète mieux l'idéologie libérale classique et, surtout peut-être, l'intention originelle des constituants américains, cette distinction entre les deux modèles devient superfétatoire dans la mesure où la doctrine du *constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* constituent le véritable fondement du consentement dans une démocratie constitutionnelle.

Si la Cour suprême du Canada associait pour la première fois, dans l'arrêt *Caslake (1998),* le caractère limité des immixtions étatique avec le *principe de la primauté du droit,* c'est dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998),* qu'elle évoquait, en s'y référant explicitement, la *doctrine du constitutionnalisme.* Dans cet arrêt, la Cour indiquait que quatre principes constitutionnels fondamentaux ressortent de la *Constitution :* le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit et le respect des minorités.

Ces principes fondamentaux doivent guider l'interprétation de l'étendue des droits et obligations des individus ainsi que le rôle des institutions politiques. L'architecture interne de la *Constitution* – la *«structure constitutionnelle fondamentale»* pour reprendre l'expression de la Cour suprême – nécessite

une interprétation symbiotique des règles et des principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution et, par ce fait même, la démocratie. Après avoir rappelé que la *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* sont à la base de notre système de gouvernement et de notre système démocratique, la Cour a jugé nécessaire de distinguer les deux concepts en affirmant qu'il ne sont pas identiques.

Alors que la *doctrine du constitutionnalisme,* consacrée au Canada par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982,* exigerait que les actes du gouvernement soient conformes à la *Constitution,* la règle de droit *«est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale».* De fait, le *principe de la primauté du droit* consacre la stabilité du système juridique en fournissant un rempart contre l'arbitraire de l'État et forme ce que la Cour a qualifié – dans le *Renvoi sur la sécession du Québec (1998)* – de *«principes d'une profonde importance constitutionnelle et politique».*

Cependant, tout en respectant l'opinion de la Cour suprême nous n'estimons pas nécessaire d'apporter cette distinction entre ces deux concepts puisque le principe de la primauté du droit a été expressément incorporé dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Et même s'il ne l'avait pas été, comme le soulignait si justement la Cour dans le *Renvoi sur la sécession du Québec (1998),* c'est un truisme que d'affirmer que la *Constitution* comprend tant des règles écrites que des règles non écrites. Parmi ces règles constitutionnelles non écrites se trouve incontestablement celle voulant que l'on respecte le principe de la légalité ou, selon l'expression consacrée, la «rule of law». Cette distinction devient cependant superfétatoire dans la mesure où tant la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire, le principe de la *primauté du droit,* réfèrent aux mêmes notions, c'est-à-dire la limitation des pouvoirs étatiques – en consacrant la subordination de l'État à la loi – (1.) et le contrôle judiciaire des activités étatiques (2.).

1. LA LIMITATION DES POUVOIRS ÉTATIQUES

Garantie contre l'arbitraire, la *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* exige que l'État agisse conformément à la loi et qu'il n'exerce que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par celle-ci. Deux corollaires se dégagent de ce principe fondamental qui consacre la limitation des pouvoirs étatiques : l'exigence de la précision de la loi et le caractère limité des immixtions étatiques.

Le premier corollaire de ce principe est l'exigence de la précision de la loi qui veut que les lois renferment des normes prédéterminées et publiées à l'avance. L'exigence de la précision de la loi et de la doctrine constitutionnelle de l'imprécision signifie essentiellement que la publicité et la diffusion des lois constituent un rempart contre l'exercice arbitraire des pouvoirs étatiques en ce qu'elles visent à garantir que les individus connaissent clairement l'étendue des normes juridiques et des obligations qui en découlent afin qu'ils puissent gouverner leurs conduites en conséquence. Cet aspect de la primauté du droit a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans plusieurs arrêts et consacré par la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical (1992).*

Le deuxième corollaire à ce principe est la reconnaissance du caractère limité des immixtions étatiques. La préservation des droits fondamentaux constitue, on l'a vu, un aspect essentiel de la *doctrine du constitutionnalisme* et de son corollaire le *principe de la primauté du droit.* Elle impose des limites à la capacité de l'État de porter atteinte aux droits et libertés des individus, notamment, à titre d'illustration, aux policiers qui ne sauraient agir à l'encontre ou en l'absence d'une loi.

Avant même la considération des droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne,* le principe judiciaire établi par la Cour suprême, dans la séquence d'arrêts *Colet (1981) – Dedman (1985),* était celui voulant que l'on doive interpréter de façon stricte les pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus. Il n'est donc pas étonnant que les jugements qui ont interprété les garanties constitutionnelles relativement à la protection du droit au respect de la vie privée aient été dans le même sens. C'est dans les arrêts *Hunter (1984)* et *Collins (1987)* – incontestablement deux des arrêts les plus importants de la Cour suprême du Canada relativement à la détermination de l'étendue des pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus – , que la Cour suprême consacrera définitivement le principe judiciaire voulant qu'une immixtion étatique effectuée sans consentement soit inconstitutionnelle.

En d'autres termes, les arrêts Hunter (1984) et Collins (1987) consacrent le principe judiciaire qui fait de la limitation des pouvoirs étatiques un précepte fondamental du droit constitutionnel canadien.

En somme, et nous ne saurions trop insister sur ce fait, le principe judiciaire fondamental établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Hunter (1984)* est celui voulant qu'une immixtion étatique effectuée sans autorisation préalable soit généralement inconstitutionnelle. Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Collins (1987),* le juge Lamer précisera les exigences constitutionnelles minimales en ces termes : *« Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par une loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive ».* Le non-respect de l'une ou l'autre de ces conditions rend l'immixtion étatique abusive au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés.* En d'autres termes, les arrêts *Hunter (1984)* et *Collins (1987)* consacrent le principe judiciaire qui fait de la limitation des pouvoirs étatiques un précepte fondamental du droit constitutionnel canadien. Ce principe judiciaire fondamental a été réitéré dans l'arrêt *Caslake (1998)* et, plus récemment encore, dans l'arrêt *Law (2002).*

Ainsi, par la séquence d'arrêts *Hunter (1984) – Law (2002),* la Cour suprême énonce les exigences fondamentales

qui circonscrivent étroitement l'étendue des pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus. Il s'agit des conditions minimales que l'État doit respecter pour que l'on puisse conclure à la constitutionnalité des immixtions étatiques : *a)* l'immixtion est autorisée par une règle de droit; *b)* la règle de droit est conforme aux garanties constitutionnelles et *c)* l'immixtion de l'État est conforme à la règle de droit.

C'est pourquoi, nous nous expliquons mal – et cela bien que la décision puisse sembler raisonnable *a priori* – les deux décisions récentes de la Cour suprême à propos de l'appariement des banques de données de deux ministères fédéraux. En effet, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les renseignements personnels (Can.) (2001)* et dans l'arrêt *Smith (2001)*, les neuf juges de la Cour confirmaient la décision unanime de la Cour fédérale d'appel en décidant que le maillage des banques de données (qui permettent d'identifier les voyageurs qui sont ausi prestataires d'assurance-chômage) en l'absence du consentement individuel ou d'une règle de droit était conforme aux garanties constitutionnelles. Ces deux décisions, et nous le disons avec respect, nous semblent être en porte-à-faux avec un ce principe judiciaire fondamental selon lequel les pouvoirs de l'État sont intrinséquement limités.

2. LE POUVOIR DE CONTRÔLE DES TRIBUNAUX SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Historiquement les tribunaux canadiens ont été déchirés entre l'application du principe de la primauté du droit et le respect de la *doctrine de la souveraineté du Parlement* qui empêchaient les juges de statuer que le Parlement ou une assemblée législative provinciale avait outrepassé ses compétences législatives. Dogme fondamental du parlementarisme britannique, le principe de la souveraineté du Parlement niait aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi du Parlement ou encore de la considérer comme nulle ou inconstitutionnelle.

Au Canada, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait consacré la doctrine de la souveraineté du Parlement. Aussi, la structure politique fédérale du gouvernement s'opposait à cet absolutisme conceptuel et favorisait une atténuation de principe afin de permettre aux tribunaux d'exercer un contrôle juridictionnel de l'activité législative du Parlement et des assemblées législatives provinciales. Plusieurs auteurs de la doctrine, dont Dicey, ont tenté de réconcilier le pouvoir de contrôle juridictionnel de l'activité étatique et le principe de la souveraineté du Parlement, mais on peut expliquer ce pouvoir de contrôle juridictionnel en affirmant simplement que la limitation des pouvoirs de l'État est implicite à la structure politique canadienne. Ainsi, le fédéralisme et l'*Acte relatif à la validité des lois coloniales (1865) [Colonial Validity Act (1865)]* – qui subordonnait les lois canadiennes à la conformité avec les lois britanniques – avaient déjà consacré l'existence du pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux.

C'est donc dire qu'au moment de la formation de la fédération canadienne en 1867, le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois constituait déjà un précepte fondamental sur lequel reposait la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est sur cette base que la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les lois qui visaient à soustraire les activités gouvernementales au pouvoir de contrôle des tribunaux.

La *Loi constitutionnelle de 1982* a expressément enchâssé – dans son préambule et à l'article 52 – le pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Si aujourd'hui le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux ne saurait faire aucun doute, son étendue soulève cependant de vives controverses puisque, dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, les tribunaux doivent de plus en plus faire appel à des considérations qui ne sont pas exclusivement d'ordre juridique. La controverse récente suscitée par les arrêts *Feeney (1997)*, *Vriend (1998)* et *M. c. H. (1999)* suffit à nous convaincre que la population canadienne ne compose que très difficilement avec cette nouvelle réalité qui fait des tribunaux – et plus particulièrement de la Cour suprême – un catalyseur des rapports sociaux.

La question qui se pose à ce point de notre raisonnement est la suivante : y a-t-il des limites au pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux? Dans l'affirmative, quelles sont-elles? Nous ne pouvons que répondre par l'affirmative puisque, en plus de la longue tradition de retenue judiciaire – qui reconnaissait le *principe de la souveraineté du Parlement* – qui a historiquement caractérisé l'interprétation des droits constitutionnels par la Cour suprême du Canada, la présomption de la constitutionnalité des lois et la règle du précédent ou du *stare decisis* constituent incontestablement des limites au pouvoir d'appréciation des tribunaux sur la constitutionnalité des lois.

Dogme fondamental du parlementarisme britannique, le principe de la souveraineté du Parlement niait aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi du Parlement ou encore de la considérer comme nulle ou inconstitutionnelle.

La présomption de constitutionnalité des lois exprime à la fois une idée de retenue judiciaire et de nécessité d'assurer l'ordre juridique en n'invalidant que les lois ou les dispositions législatives qui contreviennent directement à une garantie constitutionnelle. La présomption de constitutionnalité des lois postule que le Parlement ou l'assemblée législative a agi dans les limites de ses compétences législatives. Dans l'arrêt *Metropolitan Stores (1987)*, le juge Beetz , qui s'exprimait pour la Cour, a indiqué qu'en plus de son sens littéral, selon lequel «*[...] une disposition législative attaquée en vertu de la Charte doit être présumée conforme à celle-ci et, en conséquence, pleinement opérante*», la présomption de constitutionnalité avait deux autres sens.

Elle constitue aussi une règle procédurale selon laquelle il revient à celui qui conteste la constitutionnalité d'une loi, au stade de la confrontation de la mesure législative avec la garantie constitutionnelle, d'en établir le bien-fondé. Ensuite, *«[d]ans un autre sens, la «présomption de constitutionnalité» est la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière conforme à la Constitution»*. Cela signifie qu'entre deux interprétations possibles, l'une impliquant la validité et l'autre qui l'écarte, le tribunal doit retenir la première qualification. Cela veut aussi dire que lorsqu'une loi est libellée

Si aujourd'hui le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux ne saurait faire aucun doute, son étendue soulève cependant de vives controverses puisque, dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, les tribunaux doivent de plus en plus faire appel à des considérations qui ne sont pas exclusivement d'ordre juridique.

en termes suffisamment larges pour englober des objets qui dépassent la compétence du Parlement ou d'une assemblée législative provinciale, le tribunal peut en restreindre le champ d'application – en faisant une lecture atténuée (*«reading down»*) ou en écartant les aspects inconstitutionnels – de façon à préserver son caractère constitutionnel.

Selon la règle du précédent, ou du stare decisis, les tribunaux sont liés par les principes judiciaires énoncés dans les décisions antérieures qui ont tranché des questions identiques ou semblables à celles faisant l'objet de l'examen du tribunal. On regroupe sous cette appellation deux types de précédents : les *précédents persuasifs* – toutes les décisions des tribunaux britanniques postérieures à 1949 ainsi que celles de la Cour suprême des États-Unis concernant l'application du *Bill of Rights* – et les *précédents obligatoires* – toutes les décisions des tribunaux britanniques antérieures à 1949 ainsi que toutes les décisions des tribunaux hiérarchiquement supérieurs.

La question essentielle qui se pose est celle de savoir si la Cour suprême du Canada est liée par ses propres jugements. Du début du siècle – avec l'arrêt *Stuart (1909)* – à la fin des années cinquante – avec le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (1957)* – , la Cour suprême du Canada s'est considérée liée par ses propres jugements. Aujourd'hui, la Cour suprême se considère tout à fait libre de réviser ou de modifier les principes judiciaires établis par ses décisions antérieures si elle a des *«raisons impérieuses»* de le faire.

L'incompatibilité d'une règle de *common law* avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'atténuation d'un précédent par des modifications successives, la réforme du droit pour s'adapter aux changements survenus dans la société et l'adaptation des règles procédurales constituent des «raisons impérieuses» qui justifient la modification d'un principe judiciaire préalablement établi. Comme le soulignait le juge en chef Lamer, qui parlait en son nom dans l'arrêt *B. (R.) (1995)*, *«[l]a souplesse des principes qu'elle véhicule [la Charte canadienne] ne nous autorise pas [les juges] à en dénaturer les sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepasse l'intention manifeste de ses rédacteurs»*.

En d'autres termes, si nous acceptons d'emblée la proposition voulant que les juges ne soient pas liés à la conception originelle de la garantie constitutionnelle examinée, nous estimons néanmoins – comme l'ont d'ailleurs reconnu le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd. (1985)* et le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (1987)* – qu'ils ne peuvent pas simplement adopter des principes judiciaires qui reflètent leurs conceptions morales ou leurs préférences personnelles; ils doivent, au contraire, s'appuyer sur les précédents et interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, les traditions et les philosophies inhérentes ainsi que dans les principes moraux communautaires.

Alain-Robert Nadeau est avocat au Barreau du Québec et docteur en droit constitutionnel, ainsi que l'auteur de «Vie privée et droits fondamentaux», publié aux Éditions Carswell / Yvons Blais inc., duquel la présente réflexion est tirée. Cet ouvrage a reçu récemment le *Prix de la Fondation du Barreau du Québec* (nouvel auteur).

SIMON FRASER UNIVERSITY • CENTRE FOR CANADIAN STUDIES

In/Security: Canada
in an International World

NOVEMBER 7–9, 2002
Simon Fraser University
at Harbour Centre

CALL FOR PAPERS

The Centre for Canadian Studies at Simon Fraser University is hosting an interdisciplinary conference which will examine Canadian economic, social and political shifts following the September 11 attacks and subsequent response of the "war against terrorism."

The aim of this conference is to broaden the analysis and conceptualization of Canadian security—personal, national and international.

Please send your proposals to Alex Netherton, Centre for Canadian Studies, by email at **cns_conf@sfu.ca.**

Deadline for proposals is **April 15, 2002.**

For topics and themes, visit the conference website at
www.sfu.ca/cns/insec-conf

Simon Fraser University
at Harbour Centre