

***La Charte canadienne des droits et libertés* comme instrument de dialogue entre le tribunal et le législateur**

Mary T. Moreau

Number 36, 2007

Democracy, Rule of Law and Human Rights. Canada 25 Years after the *Charter of Rights and Freedoms*
La démocratie, l'État de droit et les droits de la personne. Le Canada, 25 ans après la *Charte des droits et libertés*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/040788ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/040788ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Conseil international d'études canadiennes

ISSN

1180-3991 (print)

1923-5291 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Moreau, M. T. (2007). La *Charte canadienne des droits et libertés* comme instrument de dialogue entre le tribunal et le législateur. *International Journal of Canadian Studies / Revue internationale d'études canadiennes*, (36), 319–326.
<https://doi.org/10.7202/040788ar>

Mary T. Moreau¹

La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de dialogue entre le tribunal et le législateur

Introduction

Avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la ligne de démarcation entre les organes législatifs et judiciaires de la démocratie canadienne était claire : l'un se chargeait de légiférer, et l'autre d'interpréter, d'appliquer et, plus rarement, de déclarer inopérantes certaines dispositions législatives.² Mais le Parlement canadien a attribué un rôle plus robuste aux tribunaux en adoptant la *Charte canadienne des droits et libertés*. Depuis sa proclamation il y a 25 ans, les tribunaux ont souvent eu l'occasion d'infirmer les dispositions législatives ou actions gouvernementales dont l'objet ou l'effet empiétait sur une liberté ou un droit garanti³. À première vue, on oserait croire que d'un seul coup, l'organe législatif avait cédé sa souveraineté parlementaire aux tribunaux.

Mais depuis 1982, ces deux branches du gouvernement ont pris, en réponse aux dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* (dont fait partie la *Charte*), des mesures que certains auteurs et juristes qualifient de « dialogue »⁴. Dans certains cas, ce dialogue a accordé le dernier mot au législateur.

Dans ces propos, je résumerai le cadre d'analyse de l'interaction entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement, je préciserai le sens attribué au terme « dialogue » par certains auteurs et par les juges dans les arrêts de la Cour suprême du Canada et je donnerai quelques exemples de l'utilisation de ce terme dans la jurisprudence depuis l'adoption de la *Charte*.

Le cadre d'analyse : l'action en justice et le renvoi

Tout comme l'accusé dans une poursuite criminelle, un ou plusieurs demandeurs peuvent, dans une poursuite civile contre une autorité publique, faire demande à un tribunal compétent pour une ordonnance déclarant qu'une disposition législative n'a aucune force ou effet en raison de son incompatibilité avec un droit fondamental garanti par la *Charte*⁵.

De leur côté, les organes législatifs fédéral, provinciaux ou territoriaux peuvent tenter un « renvoi », c'est-à-dire une procédure civile pour obtenir une opinion formelle d'un tribunal d'appel provincial ou territorial ou même de la Cour suprême du Canada à l'égard de la constitutionnalité d'une disposition législative. Le renvoi prend la forme de questions soumises à la considération du tribunal⁶. Les personnes ou les groupes qui s'intéressent aux questions en cause peuvent demander une ordonnance leur accordant le statut d'intervenant, ce qui leur permet de présenter leur point de vue au tribunal.

Dans le contexte d'une poursuite civile ou criminelle ou d'un renvoi, l'organe législatif⁷ peut demander au tribunal un jugement déclarant qu'une disposition législative qui restreint ou viole un droit ou une liberté garantis par la *Charte* est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique⁸. Dans ce contexte, le tribunal examine l'objectif de la disposition et son incidence sur le droit ou la liberté visée. Si le tribunal conclut que la disposition législative n'est pas justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*, il communique l'invalidité de la disposition à l'organe législatif dans un jugement déclaratoire. Le tribunal peut aussi déclarer que la disposition législative demeure valide temporairement (c'est-à-dire suspendre la déclaration d'invalidité) pour permettre à la branche législative d'abroger, de modifier ou de remplacer la disposition dans les délais fixés par le tribunal.

En réponse à un jugement déclaratoire, le législateur peut aussi choisir d'adopter des mesures dérogatoires. L'article 33 de la *Charte* permet au législateur de déclarer qu'une disposition ou une loi demeure en vigueur indépendamment d'une disposition énumérée aux articles 2 (libertés fondamentales), 7 à 14 (garanties juridiques) et 15 (droits à l'égalité) de la *Charte*. Une telle mesure demeure en vigueur pendant une période maximale de cinq ans⁹.

Le dialogue entre les organes du gouvernement

Certains auteurs ont décrit les jugements déclaratoires de la Cour suprême du Canada et les « réponses » législatives des gouvernements comme une forme de communication ou de « dialogue ». P. W. Hogg et A. A. Bushell discutent du terme de la façon suivante :

At first blush the word "dialogue" may not seem particularly apt to describe the relationship between the Supreme Court of Canada and the legislative bodies. After all, when the Court says what the Constitution requires, legislative bodies have to obey. Is it possible to have a dialogue between two institutions when one is so clearly subordinate to the other? Does dialogue not require a relationship between equals?

The answer, we suggest, is this. Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which Charter values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded¹⁰.

Le professeur Kent Roach offre l'explication suivante sur l'utilité sociale de ce dialogue :

The Court's Charter rulings, like its common law decisions and exercises in statutory interpretation, are best seen as starting points in a dialogue with legislatures and society. The Court, after listening to aggrieved and often unpopular litigants, initiates a conversation with the legislature about important values such as minority rights, fair process, fundamental freedoms, and constitutionalism that may have been neglected in the legislative process¹¹.

Le juge Cory de la Cour suprême du Canada a utilisé en 1998 ce même terme dans un jugement majoritaire¹² pour décrire l'interaction entre les organes du gouvernement :

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue » (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

Pour illustrer la portée pratique de cette interaction entre ces deux branches du gouvernement, Hogg et Bushell ont noté¹³ que des dispositions législatives (fédérales et provinciales) ont été infirmées à 65 reprises entre 1982 et 1997 en raison de leur violation de la *Charte*. Dans plus de 50 de ces cas, le législateur a répondu en adoptant des mesures correctives — parfois en abrogeant la disposition offensive, mais plus souvent en adoptant une nouvelle disposition. Il n'y a qu'un cas où la législature a invoqué l'article 33¹⁴. Dans deux des cas étudiés par Hogg et Bushell, la Cour suprême du Canada a confirmé une série de dispositions législatives adoptées en réponse à un jugement déclarant l'invalidité de dispositions précédentes¹⁵.

Exemples du « dialogue »

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁶, le procureur général du Manitoba a demandé à la Cour suprême du Canada de se prononcer sur les obligations de l'Assemblée législative du Manitoba découlant de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* en matière de l'adoption et la publication en français et en anglais des lois du Manitoba. La Cour a conclu que l'article 23 impose au gouvernement manitobain l'obligation de publier toutes les lois dans les deux langues. Toutefois, pour éviter de créer un vide juridique et une situation chaotique au Manitoba, la Cour a déclaré comme étant temporairement valides les lois publiées seulement en anglais. Par la suite¹⁷, la Cour a fixé des échéances pour permettre au gouvernement du Manitoba de traduire, d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier les lois et les règlements provinciaux.

Le professeur Roach a noté que dans le cadre d'une démocratie, une déclaration de validité temporaire a l'avantage d'établir un échéancier pour assurer le respect des droits :

*It [suspended declaration] fits into a pattern of dialogic democracy in which the courts place issues concerning the treatment of rights onto the legislative agenda when the legislature might otherwise wish to avoid the issue or leave the status quo in place*¹⁸.

Dans *Schachter c. Canada (P.G.)*¹⁹, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une disposition de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui ne donnait pas aux parents naturels l'accès aux mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs, violait le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la *Charte*. La majorité de la Cour aurait suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour permettre au Parlement canadien d'harmoniser les dispositions jugées invalides avec ses obligations constitutionnelles. Cependant, le Parlement ayant déjà abrogé et remplacé la disposition contestée, la Cour n'était pas obligée d'ordonner des mesures de redressement dans les circonstances.

Dans *Ford v. Québec (P.G.)*²⁰, la Cour suprême du Canada a infirmé certaines dispositions de la *Charte de la langue française*²¹ adoptées par l'Assemblée nationale du Québec. Celles-ci déclaraient que l'affichage public et la publicité commerciale ne pouvaient se faire qu'en français, précisaient les infractions et fixaient les sanctions qu'entraîneraient des contraventions. La Cour a déclaré que les dispositions contestées enfreignaient la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* et par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés du Québec*²² et ne respectaient pas le droit à l'égalité garanti par l'article 10 de cette dernière. La Cour a conclu que les dispositions contestées ne pouvaient se justifier par l'invocation de l'article 1 de la *Charte canadienne* ou de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. L'Assemblée nationale du Québec a

invoqué l'article 33 de la *Charte* canadienne pour soustraire les dispositions jugées invalides à l'application de l'alinéa 2b) de la *Charte*.

On retrouve une illustration de l'interaction entre les organes judiciaire et exécutif du gouvernement dans le domaine des droits linguistiques scolaires dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (P.G.)*²³. Le juge de première instance a conclu que le gouvernement provincial avait tardé à remplir ses obligations découlant de l'article 23 de la *Charte* de fournir des établissements et programmes d'enseignement homogènes de langue française. Il a ordonné que la province et le Conseil scolaire acadien provincial fassent de leur mieux pour fournir ces établissements et programmes dans des délais déterminés et, en plus, il s'est déclaré compétent pour recevoir des comptes rendus sur les efforts qui seraient déployés dans ce sens.

La province a interjeté appel contre l'ordonnance permettant au juge de première instance de demeurer saisi de l'affaire. La majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a invalidé l'ordonnance contestée, jugeant que le tribunal de première instance ne pouvait pas rester saisi de l'affaire pour mettre à exécution les réparations qu'il avait accordées.

La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi des parents francophones, une majorité de cinq juges souscrivant aux motifs des juges Iacobucci et Arbour. Ces derniers ont conclu que la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux dispositions de l'article 24 de la *Charte* et aux circonstances de l'affaire. Selon le jugement majoritaire, le juge de première instance avait conçu une réparation qui avait pour effet de protéger utilement et de mettre en application les droits linguistiques des appelants, tout en respectant les rôles respectifs des branches exécutive et législative du gouvernement²⁴. L'opinion majoritaire a noté le taux d'assimilation élevé et le retard du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à fournir l'enseignement en français.

Selon l'opinion dissidente des juges LeBel et Deschamps, partagée par deux autres membres de la Cour, un tribunal est susceptible d'errer si, après avoir rendu une ordonnance définitive, il se déclare compétent pour surveiller sa mise en œuvre. Selon eux, le juge de première instance avait contrevenu au principe de la séparation des pouvoirs en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il devait jouer; il risquait de s'immiscer dans la gestion de l'administration publique et de perturber inutilement l'équilibre entre les trois organes du gouvernement. Les juges dissidents ont aussi conclu que le juge de première instance avait excédé ses pouvoirs en continuant d'agir après avoir prononcé son jugement dans l'affaire.

Conclusion

Après 25 années d'expérience avec la *Charte*, les tribunaux et les organes législatifs continuent de tâter le terrain entre leurs compétences respectives. Le jugement majoritaire dans *Doucet-Boudreau* a conseillé la prudence dans l'application de la métaphore du dialogue lorsqu'elle risque de restreindre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux découlant du paragraphe 24(1) de la *Charte*, commentant ainsi l'opinion dissidente dans cette affaire :

En toute déférence, l'interprétation de l'art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l'espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l'art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du « dialogue » ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes auxquelles peuvent être assujettis les termes de l'art. 24²⁵.

Il semblerait que le sens précis de la métaphore du dialogue ne fait pas l'unanimité. À ce sujet, le professeur Roach a écrit :

*More recently, judges have disagreed about the meaning of dialogue, with some stressing that it cannot be an excuse for an abdication of an anti-majoritarian judicial role even when evaluating a Parliamentary reply to a previous Supreme Court decision, and others suggesting that it requires judges to defer when Parliament expresses reasonable disagreement with the Court's reconciliation of individual and social interests*²⁶.

Quoi qu'il en soit, il demeure que la métaphore du dialogue sert au moins à illustrer le rôle important de chaque branche du gouvernement dans la démocratie constitutionnelle canadienne. Comme l'a fait observer récemment l'honorable juge Robert Sharpe :

La force de la métaphore du dialogue réside dans le fait qu'elle tient compte des éléments structurels de la *Charte* et permet aux assemblées législatives de limiter et de supplanter des droits tels qu'interprétés par les tribunaux. En percevant l'examen judiciaire comme faisant partie du dialogue entre les tribunaux et les assemblées législatives, nous sommes en mesure de concilier les pouvoirs judiciaire et législatif et d'accorder aux deux un rôle important dans le cadre de l'élaboration des droits garantis par la *Charte*²⁷.

Notes

1. Juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

2. En raison de l'empiètement de ces dispositions législatives sur les pouvoirs consacrés à l'un ou l'autre des paliers de gouvernement en vertu de la division des pouvoirs élaborée aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
3. Voir les art. 24 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
4. P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All) » (1997) *Osgoode Hall Law Journal*, n° 35, p. 75; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (Toronto: Irwin Law, 2001); L'honorable R. J. Sharpe (Cour d'appel de l'Ontario), « Le rôle des tribunaux dans une démocratie constitutionnelle », présentation au colloque de l'Institut national de la magistrature, *Questions relevant de la Charte : audition et décision*, Whistler, C.-B., juin 2007; *Vriend c. Alberta (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Voir aussi la série d'articles citant d'autres auteurs et jugements de la Cour suprême à ce sujet dans (2004), 23 S.C.L.R. (2d).
5. Voir l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
6. Voir, par exemple, les questions formulées dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 : 1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec, peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? 2. L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? 3. À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? Les questions constitutionnelles sont aussi formulées dans le cadre des pourvois relevant des poursuites civiles et criminelles lorsque la constitutionnalité d'une disposition est mise en cause.
7. Représenté par le procureur général fédéral, provincial ou territorial.
8. *Charte*, art. 1:
 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
9. Par. 33(3) de la *Charte*; cette période est renouvelable. Voir par. 33(4).
10. P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », *supra*, note 4, p. 79.

De prime abord, le mot « dialogue » n'est peut-être pas le meilleur terme pour décrire la relation qui existe entre la Cour suprême du Canada et les organes législatifs. Après tout, lorsque la Cour statue sur les exigences de la Constitution, les organes législatifs doivent obéir. Est-il possible d'amorcer un dialogue entre les deux institutions lorsque l'une d'elles est subordonnée à ce point à l'autre? Le dialogue n'exige-t-il pas une relation d'égal à égal?

À notre avis, la réponse est la suivante. Lorsqu'une décision judiciaire peut être renversée, modifiée ou annulée par un organe législatif, il est logique de considérer la relation entre la Cour et l'organe législatif compétent comme un dialogue. Dans ce cas, la décision judiciaire suscite un débat public dans le cadre duquel les valeurs de la Charte jouent un rôle plus important que s'il n'y avait pas eu de décision judiciaire. L'organe législatif est en mesure de concevoir une réponse qui respecte de manière appropriée les valeurs de la Charte définies par la

- Cour, mais qui permet d'atteindre les objectifs sociaux ou économiques auxquels la décision judiciaire s'est opposée. (traduction)
11. Kent Roach, « Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures » (2000) *Revue du Barreau canadien*, n° 80, p. 481-484.
Les décisions de la Cour fondées sur la *Charte*, comme ses décisions fondées sur la common law et son interprétation des lois, sont considérées au mieux comme des points de départ d'un dialogue avec les assemblées législatives et la société. Après avoir entendu les parties à un litige, la Cour entame un dialogue avec le Parlement au sujet des valeurs importantes comme les droits des minorités, un processus équitable, les libertés fondamentales et le constitutionalisme qui peuvent avoir été négligées dans le processus législatif. (traduction)
 12. *Vriend c. Alberta* (P.G.), *supra*, note 3, par. 138.
 13. *Supra*, note 4.
 14. *Ford c. Québec* (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 712.
 15. Voir *R. v. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (dispositions limitant la divulgation de dossiers confidentiels dans les poursuites en matière d'attentat sexuel); *R. v. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309 (dispositions relatives à la mise en liberté provisoire confirmées en partie).
 16. [1985] 1 R.C.S. 721.
 17. [1985] 2 R.C.S. 347.
 18. Kent Roach, « Principled Remedial Discretion under the Charter » (2004), *Supreme Court Law Review: Second Series*, vol. 25, p. 101-146.
Cela [déclaration suspendue] s'intègre à un mode de démocratie basé sur le dialogue où les tribunaux inscrivent les questions concernant le traitement des droits dans le programme législatif lorsque l'assemblée législative pourrait autrement vouloir éviter la question ou conserver le *statu quo*. (traduction)
 19. [1992] 2 R.C.S. 679.
 20. *Supra*, note 14.
 21. L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69, 205-208.
 22. L.R.Q., chap. C-12.
 23. [2003] 3 R.C.S. 3.
 24. *Ibid.*, par. 37.
 25. *Ibid.*, par. 53.
 26. Kent Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), *Supreme Court Law Review: Second Series*, vol. 23, p. 49-50.
Plus récemment, des juges ont divergé d'opinion au sujet de la signification du dialogue, certains insistant sur le fait que ce ne peut pas être une excuse pour l'abandon du rôle judiciaire antimajoritaire lorsqu'ils évaluent une réponse du Parlement à une décision précédente de la Cour suprême, et d'autres suggérant qu'il faut que les juges reportent la décision lorsque le Parlement exprime son désaccord raisonnable avec la conciliation par la Cour des intérêts individuels et sociaux. (traduction)
 27. L'honorable R. J. Sharpe, « Le rôle des tribunaux dans une démocratie constitutionnelle », *supra* note 4, p. 40-41.