

La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues

Stéphane Bernatchez*

Dans le présent texte, j'entends montrer comment les décisions récentes de la Cour suprême du Canada relatives à la charte québécoise des droits et libertés¹ demeurent, au plan des principes juridiques, non-entièrement théorisées. La théorie selon laquelle le droit n'est pas complètement théorisé ayant été élaborée dans le cadre du débat américain sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, je vais d'abord situer mon hypothèse dans le contexte du débat canadien sur le pouvoir des tribunaux. Au Canada, c'est plutôt la théorie du dialogue qui doit servir d'arrière-plan en raison de l'importance que la doctrine² et, surtout, la Cour suprême elle-même³ lui accordent depuis quelques années. Cette dynamique dialogique entre le législateur et les tribunaux est appliquée à la fois pour décrire l'interprétation et l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ et de la Charte québécoise (*Charte des droits et libertés de la personne*⁵). C'est précisément parce qu'elles s'avèrent non-entièrement théorisées que les décisions judiciaires s'inscrivent dans le cadre d'un dialogue avec le législateur. En d'autres termes, cette compréhension du droit élaboré par les tribunaux est une condition de possibilité de cette théorie du dialogue, qu'il convient de présenter dès maintenant.

* Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je dédie ce texte à la mémoire de Me Raymond Piché, ce grand juriste qui aimait tant parler de droit.

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après parfois nommée Charte québécoise).

² Voir notamment Kent Roach, *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001.

³ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Mills*, [1999] 2 R.C.S. 203; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indienne et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Little Sisters Book & Art Emporium Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; *Bell Express Vu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3; *Harper c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827.

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982 (R.U.)*, 1982, c. 11 (ci-après parfois nommée Charte canadienne).

⁵ *Supra* note 1.

Bien qu'elle n'ait pas le monopole de cette approche⁶, la théorie constitutionnelle canadienne a développé une théorie du dialogue qui se distingue néanmoins de celles élaborées ailleurs. Généralement associée à Peter Hogg et Allison Bushell⁷, la théorie du dialogue n'en possède pas moins des fondements importants dans des écrits antérieurs d'autres auteurs. En effet, dans le cadre de sa thèse de doctorat publiée en 1991 et consacrée aux théories relatives à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, Jacques Gosselin avait déjà proposé une justification de la justice constitutionnelle dans le contexte de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en vertu de laquelle la dynamique interinstitutionnelle était présentée selon une logique d'alternance entre les pouvoirs législatif et judiciaire : « [...] l'article 33 constitue un mécanisme particulier qui, en introduisant un élément d'alternance entre la sagesse du judiciaire et la sagesse du législateur, arrive [...] à éviter d'enfermer la Charte dans une orthodoxie où seuls les tribunaux auraient le monopole de la raison »⁸. Bien que Gosselin n'utilise pas comme tel le terme dialogue, la dynamique qu'il identifie est la même que celle décrite par la théorie du dialogue⁹.

Dans un article magistral, Karim Benyekhlef a suggéré une reconceptualisation de l'idée de démocratie, selon laquelle le fonctionnement de la politique emprunterait à la palabre ou la discussion. Cherchant à incorporer les droits et libertés dans la conceptualisation de la démocratie, Benyekhlef retient alors une conception nouvelle du droit naturel proposée par Alain Renaut et Lukas Sosoe: « [...] une fois séparée des illusions métaphysiques qui l'avaient accompagnée, l'idée du droit naturel, comme il en est de toute Idée après sa critique, devient une pratique ou une méthode, - celle-là même de l'argumentation »¹⁰. Selon Benyekhlef, ainsi dépouillé de ces « scories à relent métaphysique », le droit naturel devient, en s'amarrant à la conception polycentrique de la démocratie, une pratique ou une activité communicationnelle. « Les libertés apparaissent [alors] nécessaires à la démocratie », « parce qu'elles constituent une médiation institutionnelle

⁶ Par exemple, aux États-Unis, voir : Eugene V. Rostow, « The Democratic Character of Judicial Review », (1952) 66 Harvard Law Review 193; Robert A. Dahl, « Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker », (1957) 6 J. Pub. L. 279; Abram Chayes, « The Role of The Judge in Public Law Litigation », (1976) 89 Harvard Law Review 1281; Barry Friedman, « Dialogue and Judicial Review », (1993) 91 Michigan Law Review, p. 577; Barry Friedman, « The Importance of Being Positive : The Nature and Function of Judicial Review », (2004) 72 U. Cin. L. Rev. 1257. En France, voir Dominique Rousseau, « De la démocratie continue », dans Dominique Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris, L.G.D.J.-Bruylant, (coll. La pensée juridique moderne), 1995, p. 5-25; Dominique Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, vol. 96, 1997, p. 73.

⁷ Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All) », (1997) 35 Osgoode Hall Law Journal 75. Voir aussi: Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, « Reply to "Six Degrees of Dialogue" », (1999) 37 Osgoode Hall Law Journal 529; Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », (1999) Options politiques 19. Et, à l'occasion du dixième anniversaire de la théorie: Peter W. Hogg et Allison A. Bushell Thornton et Wade K. Wright, « Charter Dialogue Revisited – Or "Much Ado About Metaphors" », (2007) 45 Osgoode Hall Law Journal 1.

⁸ Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, p. 249 (voir aussi p. 237-238, 251, 255).

⁹ Sur la pertinence d'utiliser le terme dialogue pour décrire le processus institutionnel d'élaboration du droit, voir Carissima Mathen, « Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy : A Comment on Charter Dialogue Revisited », (2007) 45 Osgoode Hall Law Journal 125, p. 128-131.

¹⁰ Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, p. 415.

de l'activité communicationnelle (la palabre)[...] »: « On peut donc remarquer qu'il existe, au plan principiel, une convergence théorique indéniable selon laquelle l'activité communicationnelle, fondement rationnel de la discussion, constitue un mode démocratique (d'argumentation). Le pouvoir judiciaire, élément de l'ensemble polycentrique, représente à cet égard un forum, parmi d'autres, de discussion »¹¹.

Dans sa jurisprudence, la Cour suprême du Canada a retenu la formulation Hogg-Bushell de la théorie du dialogue afin de justifier la légitimité de son action constitutionnelle sous la Charte canadienne¹². Selon Kent Roach, l'application de la théorie du dialogue sous la Charte canadienne ne serait que le prolongement du dialogue traditionnellement survenu en common law entre le législateur et les tribunaux¹³. En matière d'interprétation législative, les présomptions d'intention du législateur¹⁴, où ce dernier est présumé n'avoir pas voulu porter atteinte aux droits et libertés, peuvent être considérées comme des situations de dialogue entre les juges et les législateurs. C'est aussi en recourant à la théorie du dialogue que la juge Rivet, présidente du Tribunal des droits de la personne, a analysé dernièrement le processus judiciaire sous le régime de la Charte québécoise¹⁵. La récente loi de la Colombie-Britannique¹⁶, adoptée en réponse à une décision de la Cour suprême relative à la compétence des tribunaux administratifs en matière de droits et libertés¹⁷, est un exemple d'un cas de dialogue dans un contexte législatif.

Alors que la théorie du dialogue avait été élaborée au départ pour décrire les réponses législatives aux décisions de la Cour suprême du Canada, la Cour elle-même l'a plutôt utilisée par la suite à des fins normatives, soit pour auto-justifier son action constitutionnelle. De nombreuses critiques ont été adressées à la Cour pour cette utilisation de la théorie et, de manière plus particulière, pour l'application qu'elle en a faite dans certains de ses jugements¹⁸. Pour les fins du présent texte, je ne retiendrai

¹¹ Karim Benyekhlef, « Démocratie et libertés : Quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 R.D. McGill 91.

¹² Voir la jurisprudence déjà citée, *supra* note 3.

¹³ Voir Kent Roach, *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001.

¹⁴ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 557 et suiv.

¹⁵ Michèle Rivet, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Y. Blais, 2005, p. 1, p. 28 à 32.

¹⁶ *Attorney General Statutes Amendment Act*, 2007, qui amende les art. 43 à 45 de la loi intitulée *Administrative Tribunals Act*, SBC 2004, ch. 45.

¹⁷ *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513.

¹⁸ Voici quelques critiques de la théorie du dialogue : Frederick L. Morton, « Dialogue or Monologue? », (1999) *Options politiques* 23. Voir aussi F.L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000; Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513; Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 176-181; Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 176-181; Jean Leclair, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) Numéro spécial *Revue du Barreau* 377; Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp, « La relation entre le juge et le législateur sous le régime de la Charte canadienne : pistes pour un meilleur dialogue », dans Marie-Claude Belleau et François Lacasse (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la*

qu'une seule des critiques formulées à l'égard de la capacité légitimatrice de cette théorie, selon laquelle la théorie du dialogue ne correspondrait pas aux exigences de la théorie de la délibération démocratique et, par conséquent, s'avèrerait insuffisante pour fonder la légitimité du pouvoir judiciaire. J'exposerai cette objection dans la première partie du texte, en examinant au surplus ce qu'une conception alternative de l'argumentation juridique pourrait apporter à la théorie du dialogue. Dans la seconde partie du texte, j'analyserai, sur ces bases délibératives et dialogiques, la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada relative à la Charte québécoise. Je montrerai alors que les arrêts de la Cour dans les affaires *Amselem*, *Multani* et *Chaoulli* s'avèrent des décisions non-entièrement théorisées, un concept que je présenterai dès la première partie.

I. La théorie du dialogue et la délibération

Dans son évaluation de la théorie du dialogue, Luc B. Tremblay fait une distinction entre deux formes de dialogue : le dialogue comme conversation et le dialogue comme délibération¹⁹. Le dialogue-conversation, qui est sans prétention pratique, ne vise ni à prendre une décision, ni à en arriver à un accord ou à résoudre un conflit; il est donc sans valeur légitimante et, par conséquent, il ne peut aucunement asseoir la légitimité du pouvoir judiciaire. C'est tout le contraire en ce qui concerne le dialogue-délibération. Ses objectifs pratiques lui confèrent l'autorité nécessaire pour fonder la légitimité. C'est d'ailleurs là sa raison d'être. Le modèle par excellence de ce type de dialogue est sans doute celui offert par la théorie de la démocratie délibérative.

Les théoriciens de la démocratie délibérative ont d'ailleurs énoncé des conditions devant être satisfaites par le processus discursif ou communicationnel. Il doit exister une forme d'égalité entre les participants, dans ce que Habermas a appelé une situation idéale de parole²⁰. Il doit s'agir d'un processus de persuasion, fondé sur l'intercompréhension, dont l'objectif est d'en arriver à une entente rationnelle établie sur la base de la recherche du meilleur argument. Lorsqu'elle satisfait à de tels critères, la délibération possède les qualités requises pour conférer de la légitimité au résultat. Ce n'est pas dire que ce modèle de la démocratie délibérative n'est pas lui-même l'objet de critiques²¹, mais il convient de reconnaître à tout le moins que c'est là l'idéal-type du dialogue comme délibération.

Afin que la théorie constitutionnelle du dialogue puisse avoir la force légitimatrice que l'on prétend, elle doit puiser ses fondements dans la théorie de la délibération. Ce qui importe alors, dans le dialogue interinstitutionnel, c'est que chaque partie tente de convaincre l'autre

Cour suprême du Canada 1987-2002, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 605; Christopher P. Manfredi, « The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada* », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 513.

¹⁹ Luc B. Tremblay, « The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures », (2005) 3 *I.CON.* 617, p. 630-631.

²⁰ Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

²¹ Voir notamment Daniel Weinstock, « Démocratie et délibération », (2000) 63 *Archives de Philosophie* 405.

« But the courts must try to convince the legislatures that their conceptions of the right balance between fundamental values and collective good are stronger, from a constitutional point of view, than the legislatures, conceptions; in their responses, the legislatures must do the same with respect to their own conceptions. Each institution must put forward the best arguments in favour of their conceptions of constitutional justice, yet each must also be committed to changing their views if the other institution's positions appear stronger. »²²

Selon Tremblay, cet idéal délibératif, constitutif de légitimité, ne correspond pas à la forme de dialogue qui caractérise les rapports entre les tribunaux et les législateurs²³. Bien qu'elle n'ait aucune valeur légitimante, la conception du dialogue comme conversation serait, à son avis, une meilleure description des relations qui prévalent entre les tribunaux et les législateurs. Pour que le dialogue comme délibération puisse assumer son potentiel de légitimation, il faut que le contrôle judiciaire de constitutionnalité respecte la doctrine de la responsabilité judiciaire, selon laquelle les juges doivent être entièrement responsables de la décision qu'ils rendent. C'est-à-dire qu'ils doivent être convaincus que la justification de la norme est la meilleure, tout en étant en mesure d'établir les raisons qui la sous-tendent. En conséquence, ils ne peuvent, par déférence, adhérer à une position qu'ils ne peuvent rationnellement partager. Ils doivent avoir la certitude que leur décision est la meilleure, ou la bonne réponse. Au plan du contrôle judiciaire de constitutionnalité, les juges, qui font preuve de déférence envers le législateur dans leur jugement sur l'interprétation et la validité constitutionnelles, ne sont pas responsables au sens où l'entend cette doctrine de la responsabilité judiciaire. En somme, cette dernière doctrine est incompatible avec la déférence judiciaire.

« The doctrine of judicial responsibility requires that judges have the last word with respect to the proper meaning, force, and scope of the constitutional values and principles they apply in particular cases. »²⁴

Ainsi, lorsque les législateurs dérogent implicitement aux arrêts de la Cour suprême, sans invoquer le pouvoir qui leur est conféré par l'article 33 de la Charte canadienne, la délibération n'équivaut pas à la recherche argumentée de la meilleure justification. Il ne s'agit pas de prétendre que les législateurs ne peuvent légiférer de la sorte, mais simplement d'affirmer qu'en le faisant, ils minent toute possibilité de légitimer le processus par la théorie du dialogue interinstitutionnel comprise comme délibération légitimatrice. Par exemple, suite à l'arrêt *Daviault*²⁵, le Parlement fédéral a modifié le *Code criminel*²⁶, dans un sens autre que celui proposé par la Cour suprême, sans même invoquer la disposition dérogatoire de l'article 33²⁷. Dans une logique délibérative, axée sur la recherche du meilleur argument, l'on ne peut ainsi ignorer la prétention à la validité émise. Il en est de même dans le dialogue *O'Connor-Mills* (nous y reviendrons plus loin).

²² Tremblay, *supra* note 19, p. 633.

²³ *Ibid.*, p. 634.

²⁴ *Ibid.*, p. 636.

²⁵ *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

²⁶ *Code criminel*, L.R., ch. C-46.

²⁷ Bernard et Beauchamp, *supra* note 18, p. 631.

Et, plus récemment, suite à la décision de la Cour suprême dans *Chaoulli*²⁸, le gouvernement québécois a répondu dans un document intitulé *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité*²⁹ : « La réaction du gouvernement québécois à l'arrêt *Chaoulli* est remarquable à certains égards. Elle traite à juste titre la question de l'accès à des assurances privées comme *une* des solutions possibles au problème des délais d'attente, évitant ainsi d'assimiler l'interdiction à la cause de la violation des droits »³⁰. Danielle Pinard a soutenu avec raison que « [l]a réaction du gouvernement du Québec s'intègre dans cette *théorie du dialogue* »³¹. Le législateur québécois a depuis légiféré³², sans pour autant aller dans le sens du jugement de la Cour suprême. Cet exemple de dialogue montre bien l'écart qui sépare la théorie du dialogue de la théorie de la délibération inspirée au départ de l'éthique de la discussion de Habermas.

Une autre limite de la théorie du dialogue dans sa prétention légitimatrice survient lorsque la Cour suprême invoque la théorie du dialogue à la fois pour justifier son activisme judiciaire et sa déférence envers le législateur. D'une part, dans l'arrêt *Vriend*, la Cour s'en sert pour justifier l'interprétation large comme mesure réparatrice. Le professeur Leclair écrit que « cette affaire est l'archétype de l'interventionnisme judiciaire »³³. D'autre part, la Cour réfère également à la théorie du dialogue pour justifier la retenue judiciaire dans l'arrêt *Mills*³⁴. Ce dernier recours à la théorie du dialogue comme justification de la décision de la Cour illustre bien l'usage non-délibératif qui en est fait. En effet, la Cour suprême présente cette affaire comme un exemple de dialogue alors qu'il semble inapproprié de le faire. Les dispositions du *Code criminel* en cause ici avaient été adoptées en réponse à une décision antérieure de la Cour suprême, l'arrêt *O'Connor*³⁵. Dans *O'Connor*, la Cour avait déclaré invalides les mesures législatives portant sur la communication des dossiers thérapeutiques de la victime. Le législateur a choisi de modifier la loi en se fondant essentiellement sur l'opinion dissidente de la Cour dans *O'Connor* et la Cour a validé ces dispositions législatives. De l'avis de plusieurs³⁶, la Cour aurait dû exiger que le législateur ait recours au pouvoir dérogatoire de l'article 33. Elle a plutôt considéré qu'il s'agissait là d'un cas de dialogue. Cette attitude de retenue est donc incompatible avec la doctrine de la responsabilité judiciaire :

« In other words, the judges cannot recognize as constitutionally valid a particular law enacted to reverse, modify, or avoid a judicial decision nullifying a former

²⁸ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791.

²⁹ Québec, *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, Document de consultation, février 2006.

³⁰ Danielle Pinard, « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli* », (2006) Numéro thématique *Revue du Barreau* 421, p. 450.

³¹ *Ibid.*, p. 451.

³² *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 43 (projet de loi n° 33, adopté et sanctionné le 13 décembre 2006).

³³ J. Leclair, *supra* note 18, p. 402.

³⁴ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

³⁵ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

³⁶ Jamie Cameron, « Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation : A Comment on *R. v. Mills* », (2000) 38 *Alta L. Rev.* 1051; Don Stuart, « *Mills* : Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost? », (1999) 28 *C.R. (5th)* 275.

legislative act unless they are convinced, on balance, that the corrective legislation is consistent with their best understanding of the proper meaning of constitutional norms and values. »³⁷

On le voit, la théorie du dialogue ne s'inscrit pas, selon une logique délibérative, dans la recherche du meilleur argument. L'activisme et la retenue judiciaires paraissent difficilement justifiables avec une telle conception délibérative³⁸. Au surplus, il est difficile de concilier le recours à la même justification dans des cas d'activisme et de retenue judiciaires :

« Since the Court may invoke the concept both in deference to Parliament, as in *Mills*, and to defend decisions striking down legislation, as in *Vriend*, Charter interpretation can hardly be principled »³⁹.

Ce double-emploi de la théorie du dialogue a même amené Leclair à suggérer que la théorie du dialogue soit abandonnée⁴⁰. Avant d'en arriver à cette solution ultime, il faut explorer une conception alternative du dialogue. Je puise cette autre voie à la théorie du constitutionnaliste américain Cass Sunstein, fondée sur le minimalisme judiciaire et les accords non-entièrement théorisés⁴¹. Cette conception a déjà été présentée comme faisant partie de la théorie du dialogue⁴², même si elle se rapproche peut-être davantage de l'idée de conversation. En fait, Kent Roach a présenté la théorie de Sunstein comme l'une des approches inspirées de Bickel (les nouveaux « Bickelliens »), à la source du retour du dialogue dans la théorie constitutionnelle américaine⁴³. La théorie de Sunstein s'inscrit dans un mouvement plus important qui reconnaît que les droits constitutionnalisés représentent des cas de désaccords raisonnables⁴⁴. La théorie se veut ici descriptive et

³⁷ Tremblay, *supra* note 19, p. 636.

³⁸ Stéphane Bernatchez, « Critique de la retenue et de l'activisme judiciaires en vertu de la théorie procédurale de la démocratie et du droit de Jürgen Habermas », dans André Duhamel, Daniel Weinstock et Luc B. Tremblay (dir.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Thémis, 2001, p. 207.

³⁹ Tremblay, *supra* note 19, p. 628-629.

⁴⁰ Leclair, *supra* note 18, p. 417 et suiv.

⁴¹ Cass R. Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements », (1995) 108 *Harvard Law Review* 1733; Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996; Cass R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999; Cass R. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001.

⁴² Christine Bateup, « The Dialogic Promise Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue », (2006) 71 *Brooklyn L. Rev.* 1109, p. 1133: « Although Sunstein does not himself describe judicial minimalism as a theory of constitutional dialogue, the dialogic nature of the theory has been observed by a number of scholars. » Bateup cite ici: Michael Heise, « Preliminary Thoughts on the Virtues of Passive Dialogue », (2000) 34 *Akron L. Rev.* 73, p. 73, 77-79; Jay D. Wexler, « Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism », (1998) 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 298, p. 309.

⁴³ Kent Roach, « American Constitutional Theory for Canadians (and the Rest of the World) », (2002) 52 *University of Toronto L. J.* 503.

⁴⁴ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 11-12, 268; Richard Pildes, « Why Rights are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism », (1998) 27 *J. Legal Studies* 725; Amy Gutmann et Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass.; London, Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

pragmatiste, sans prétendre fonder la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. En cela, une telle approche diminue d'autant les attentes délibératives que la théorie de la délibération a formulées.

Devant des conflits de valeurs insolubles dans le contexte du pluralisme, qu'aucun autre système normatif ne parvient à régler, le système juridique permet néanmoins d'en arriver à l'adoption de normes constitutionnelles et à la prise de décisions judiciaires. Parmi les stratégies possibles, l'une d'elles consiste à élaborer des « accords non-entièrement théorisés » (« *incompletely theorized agreements* »⁴⁵). Pierre Trudel et Jacques Frémont ont déjà suggéré que cette approche soit préconisée pour l'élaboration d'une éventuelle constitution québécoise⁴⁶.

S'agissant des tribunaux, je parlerai de décisions judiciaires non-entièrement théorisées. Dans l'adoption d'une norme constitutionnelle, plutôt que de chercher à régler définitivement la question fondamentale, l'on réduit la complexité du problème à ses dimensions plus concrètes. Le constitutionnaliste américain Cass Sunstein écrit :

« [...] people can often agree on constitutional *practices*, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional *theories*. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems, including problems of deliberative trouble, through reaching *incompletely theorized agreements* »⁴⁷.

⁴⁵ Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements », *supra* note 41, p. 1735: « *Participants in legal controversies try to produce incompletely theorized agreements on particular outcomes. They agree on the result and on relatively narrow or low-level explanations for it. They need not agree on fundamental principle. They do not offer larger or more abstract explanations than are necessary to decide the case. When they disagree on an abstraction, they move to a level of greater particularity.* » Voir aussi Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *supra* note 41, chap. 2.

⁴⁶ Pierre Trudel et Jacques Frémont, « Mise à jour de l'étude intitulée « Une constitution pour fonder l'État du Québec » », dans Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Mise à jour des études originellement préparées pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, volume 3, Première partie, livre 2, p. 1.

⁴⁷ Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, *supra* note 41, p. 50 [nos italiques]. Voir aussi Tremblay, « La législation comme jugement pratique », (2001) 47 R.D. McGill 59, p. 91 et 93 : « La seconde version de la démocratie délibérative exige une bonne justification intersubjective pour chaque législation. Il s'ensuit que les réflexions théoriques sur la justification de la législation ne doivent pas privilégier la détermination dans l'abstrait d'un critère substantiel objectif et universel du bien ou du juste. Les valeurs politiques devant être établies par une délibération publique qui engage tous les citoyens, les réflexions théoriques doivent ainsi se tourner vers la «procédure». Elles doivent tenter d'établir les règles ou les normes procédurales qui promeuvent la délibération démocratique et qui garantissent, autant que possible, que la législation en résultant rencontre les conditions d'une bonne justification. [...] En effet, une délibération guidée par l'objectif de produire une bonne justification intersubjective pourrait aboutir à des solutions de compromis qui, dans l'abstrait, pourraient apparaître boiteuses ou à des accommodements qui pourraient heurter de plein front l'idéal d'universalité caractérisant la législation libérale et démocratique. L'objectif de la démocratie délibérative n'est pas de produire une législation idéale dans l'abstrait et formellement universelle; il est de produire une législation dont la justification puisse être acceptée comme bonne du point de vue de tous les citoyens qu'elle affecte. Si le compromis et l'accommodement constituent les meilleurs moyens de préserver l'accord rationnel, ce sont eux qui doivent être promus. »

Les pratiques et les droits constitutionnels peuvent exister sans que cela ne signifie qu'il y ait accord sur les théories constitutionnelles fondamentales sous-jacentes. Un tel accord existe aussi lorsqu'il n'a pas été entièrement particularisé, ce qui est généralement le cas avec la reconnaissance des droits que l'on enchâsse dans la Constitution. Si tous s'entendent sur la nécessité de constitutionnaliser le droit à l'égalité, les divergences sont néanmoins importantes lorsqu'il s'agit d'appliquer ce droit à une situation concrète. Par exemple, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce que :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

En 2002, Pierre Trudel et Jacques Frémont écrivaient au sujet de cet article :

« Dans cet exemple, le principe est posé mais demeure incomplètement formulé. L'on précise certains motifs interdits de discrimination mais il peut y en avoir d'autres. Ces accords incomplètement théorisés jouent un rôle important dans les processus délibératifs. Ils reflètent un accord sur certaines dimensions et laissent ouvertes les possibilités de débats sur certains aspects. Par exemple, devrait-on, au nom du principe de non-discrimination autoriser le mariage entre les personnes du même sexe? »⁴⁸.

Il est possible de s'entendre sur la question fondamentale sans être d'accord sur la résolution de problèmes concrets qui en découlent et, inversement, la solution d'un litige particulier n'implique pas l'accord au plan des principes fondamentaux.

« Sometimes these agreements involve abstractions, accepted amid severe disagreements on particular cases. Thus people who disagree on incitement to violence and hate speech can accept a general free speech principle, and those who argue about homosexuality and sex equality can accept an abstract antidiscrimination principle. This is an important phenomenon in constitutional law and politics; it makes constitution-making possible. But sometimes incompletely theorized agreements involve concrete outcomes rather than abstractions; people can agree that a certain practice is constitutional or is not constitutional, even when the theories that underlie their judgements sharply diverge »⁴⁹.

Cette compréhension du droit comme étant non-entièrement théorisé permet en partie d'expliquer son évolution, tant au plan de la modification constitutionnelle que du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité, les tribunaux ne sauraient régler les questions philosophiques fondamentales chaque fois qu'ils doivent trancher un litige - même qu'ils ne le font à peu près jamais. Ainsi, les décisions judiciaires peuvent généralement être considérées

⁴⁸ Trudel et Frémont, *supra* note 46, p. 36.

⁴⁹ Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, *supra* note 41, p. 50.

comme des exemples de cette stratégie des systèmes juridique et judiciaire d'en arriver à des accords non-entièrement théorisés.

« If reciprocity and mutual respect are desirable, it follows that judges, perhaps even more than ordinary people, should not challenge a litigant's or one another's deepest and most defining commitments, at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so. Thus, it would be better if judges intending to reaffirm *Roe v. Wade* could do so without challenging the belief that the foetus is a human being, or if judges seeking to invalidate the death penalty could do so without saying that the punishment of death is invalid because of its sheer brutality.

Institutional arguments in law, especially those involving judicial restraint, are typically designed to bracket fundamental questions and remove them from the realm of the judiciary. The allocation of certain roles has the important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits »⁵⁰.

Ainsi, devant des cas difficiles, tels des problèmes éthico-juridiques, les tribunaux, y compris la Cour suprême, adoptent généralement une approche minimaliste, laissant les questions fondamentales irrésolues⁵¹. La stratégie consiste alors à en dire pas plus que nécessaire pour justifier une décision, tout en en laissant autant que possible non-décidé⁵². Que ce soit dans le but de laisser la délibération démocratique se poursuivre dans l'espace public et politique ou, plus simplement, en raison des limites des systèmes juridique et judiciaire, les juges évitent de se prononcer sur les aspects plus fondamentaux, philosophiques ou éthiques, que soulèvent les litiges soumis à leur pouvoir décisionnel. Même s'ils laissent les questions fondamentales non-décidées, l'obligation qu'ils ont de décider leur impose néanmoins d'en arriver à une solution. Celle-ci peut cependant emprunter le chemin le moins difficile ou ambitieux. Ainsi, en limitant la portée de leurs décisions ou en restreignant le précédent à ce seul cas d'espèce, les juges diminuent leurs risques d'erreur, ou encore, dans un système à ce point préoccupé des précédents, ils évitent de traiter d'aspects qui pourraient être contraignants dans le futur. Cette prudence s'observe par exemple dans le refus de répondre à certaines questions en raison de leur caractère trop théorique ou du manque d'intérêt pour agir du requérant. Ces techniques juridiques à la disposition des tribunaux, et dont ils peuvent se servir pour exercer une certaine retenue, ont déjà été considérées nécessaires à la reconnaissance de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, dans le cadre de ce que Bickel a appelé des « *passive virtues* »⁵³. L'approche minimaliste ne se manifeste pas uniquement par le recours à ces moyens procéduraux, mais également en termes de substance. Dans ce dernier cas, les juges examinent les questions fondamentales, les laissant toutefois ouvertes ou partiellement réglées. En décidant du cas

⁵⁰ Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements », *supra* note 41, p. 1746-1747.

⁵¹ Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, *supra* note 41.

⁵² *Ibid.*, p. 3. Voir aussi Sunstein, « The Supreme Court 1995 Term – Foreword: Leaving Things Undecided », (1996) 110 Harv. L.Rev. 4.

⁵³ Bickel, *supra* note 1.

sans trancher les questions les plus fondamentales, les tribunaux réduisent la complexité du litige et n'occupent pas tout l'espace délibératif en permettant un débat démocratique plus large.

« When at last the Court decides that “judgment cannot be escaped – the judgment of this Court”, the answer is likely to be a proposition “to which widespread acceptance may fairly be attributed”, because in the course of a continuing colloquy with the political institutions and with society at large, the Court has shaped and reduced the question, and perhaps because it has rendered the answer familiar if not obvious. In these continuing colloquies, the profession – the practicing and teaching profession of the law – plays a major role; the law, as Bentham long ago remarked, is made, not by judge alone, but by judge and company. But in American society the colloquy goes well beyond the profession and reaches deeply into the places where public opinion is formed »⁵⁴.

Le minimalisme judiciaire s'inscrit dans une approche pragmatiste, qui consiste à régler des litiges plutôt qu'à défendre une position constitutionnelle ou philosophique parfaitement théorisée. La métaphore du dialogue semble d'ailleurs favoriser les décisions non-entièrement théorisées. Je voudrais donc montrer ici comment le dialogue interinstitutionnel doit se comprendre sur la base de cette théorie du droit incomplètement théorisé. Déjà, l'article 33 n'est pas de nature à favoriser le dialogue-délibération.

« [...] section 33 does not empower the legislatures to make authoritative determinations with respect to the proper meaning, force, and scope of the constitutional norms and values. [...] Legislation using the override might be temporarily valid, but it would not properly contribute to the authoritative determination of the proper balance between constitutional values and social policies. »⁵⁵

Comme nous l'avons déjà vu, le soi-disant dialogue « *O'Connor – Mills* » est un exemple insatisfaisant de dialogue. Il en est de même des décisions de la Cour suprême du Canada (*Sauvé I* et *Sauvé II*) relatives au droit de vote des détenus, même si ces dernières sont généralement comprises comme des exemples de dialogue. Rappelons très brièvement les faits. La version antérieure de l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*⁵⁶ interdisait à tous les détenus de voter aux élections fédérales, peu importe la durée de leur peine. Dans la première affaire *Sauvé*, en 1993, cette disposition législative a été déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle constituait une atteinte injustifiée au droit de vote garanti par l'art. 3 de la Charte⁵⁷. Le législateur a réagi à ce jugement en remplaçant cette disposition par un nouvel alinéa 51e), qui prive du droit de vote tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus⁵⁸.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 240. Voir aussi Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1978, p. 90-91.

⁵⁵ Tremblay, supra note 19, p. 636.

⁵⁶ L.R.C. 1985, ch. E-2.

⁵⁷ *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438 [*Sauvé*].

⁵⁸ L.C. 1993, ch. 19, art. 23.

Dans le laconique jugement rendu oralement dans l'affaire *Sauvé I*, le juge Iacobucci, au nom de la Cour (banc de neuf juges) a dit : « À notre avis, l'al. 51e) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l'article premier »⁵⁹. Comme l'ont fait récemment remarquer Rainer Knopff et Dennis Baker⁶⁰, il est difficile de voir ce qu'entendait ici la Cour lorsque l'on examine ce qu'elle a par la suite décidé dans *Sauvé II*. En jugeant que la disposition législative sous examen ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale, la Cour suggère qu'une réponse législative demeure possible. Il en serait autrement si la loi ne poursuivait pas un objectif suffisamment important ou si le moyen choisi n'avait pas de lien rationnel avec cet objectif.

« Striking a law down on minimal impairment grounds, in other words, implies that it would be possible to achieve the goal with more finely tuned legislation, thus inviting the legislature, as the Court's dialogic interlocutor, to respond with a new law. Needless to say, such dialogue is not possible if a law lacks a sufficiently "compelling" purpose or if the imaginable legislative means are not "rationally connected" to such a purpose »⁶¹.

Alors que, dans *Sauvé I*, l'interdiction à tous les prisonniers ne satisfaisait pas le critère de l'atteinte minimale, dans *Sauvé II*, la majorité considère que les étapes préliminaires, pourtant moins exigeantes, ne sont pas satisfaites. Concernant l'étape de l'objectif, la juge en chef McLachlin écrit :

« Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de dire si celle-ci vise un but urgent et réel. Toutefois, malgré la nature abstraite des objectifs gouvernementaux et le fondement fragile sur lequel ils reposent, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs. L'analyse de la proportionnalité nous permet de déterminer si les objectifs gouvernementaux invoqués peuvent en fait justifier la privation du droit de vote. À cette étape, comme nous le verrons, la faiblesse inhérente à ces objectifs devient manifeste »⁶².

Quant à l'étape du lien rationnel, elle en arrive à la conclusion suivante :

« Je conclus que le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs d'accroître le respect de la règle de droit et d'assurer l'infliction d'une peine appropriée »⁶³.

⁵⁹ *Sauvé*, *supra* note 57.

⁶⁰ Rainer Knopff et Dennis Baker, « Strategic Judicial Decision Making and Prisoners' Voting Rights: From *Sauvé I* to *Sauvé II* », Paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Association, York University, June 1-3, 2006 : <http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2006/Knopff-Baker.pdf>. Voir aussi C. Manfredi, « The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada* », *supra* note 18, p. 116-122.

⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

⁶² *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 26.

⁶³ *Ibid.*, par. 53.

En cela, le dialogue interinstitutionnel entourant les deux affaires *Sauvé* demeure incomplètement théorisé. À tel point que Christopher Manfredi a récemment écrit que la théorie du dialogue est morte avec l'affaire *Sauvé*⁶⁴.

J'ai déjà montré ailleurs comment le minimalisme judiciaire pouvait être observé dans les décisions de la Cour suprême sur des questions difficiles (avortement, suicide assisté, etc.)⁶⁵. Jugée du point de vue de l'éthique philosophique, la jurisprudence de la Cour demeure certes incomplètement théorisée.

Quant aux décisions dans lesquelles la Cour suprême invoque des principes constitutionnels sous-jacents, elles illustrent parfaitement ce que sont les accords non-entièrement théorisés que l'on retrouve dans une Constitution. Comme l'a reconnu la Cour suprême, les tribunaux sont invités « à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »⁶⁶. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour écrit :

« Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »⁶⁷.

Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, l'avis de la majorité soulève des questions à la fois quant aux fondements du principe de l'indépendance judiciaire et à sa portée. Voici d'abord ce qu'écrivaient Leclair et Morissette : « La thèse défendue par le juge en chef, nous le verrons, n'est confortée ni par les textes de loi constitutionnels ni par l'histoire. Elle constitue un bouleversement radical et injustifié de la théorie des sources du droit constitutionnel canadien »⁶⁸. En se fondant sur l'histoire constitutionnelle britannique et canadienne, ces auteurs ont montré en quoi il fallait, pour déterminer la portée du principe, plutôt donner raison au juge LaForest, dissident. Pour appuyer l'idée selon laquelle la Constitution est le fruit d'accords non-entièrement théorisés, je les cite, lorsqu'ils développent sur le caractère hautement pragmatique de la Constitution de 1867:

⁶⁴ Manfredi, *supra* note 18.

⁶⁵ Stéphane Bernatchez, «La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire», (2006) 85 *Revue du Barreau canadien / Canadian Bar Review* 221-254.

⁶⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 104.

⁶⁷ [1998] 2 R.C.S. 217, par. 54.

⁶⁸ Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction théorique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 485, p. 487.

« Ainsi, il est juste d'affirmer, comme le fait la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession*, que le réalisme des acteurs politiques de 1867 a permis l'élaboration d'un document constitutionnel qui allait constituer, avec succès, le premier pas d'une nation en devenir. La *Constitution de 1867* n'est pas la consécration de principes philosophiques unanimement partagés par des acteurs politiques portés par un même élan d'émancipation. Elle est plutôt le résultat d'un compromis réaliste [...] »⁶⁹.

En ce qui concerne la portée ou l'application du principe de l'indépendance judiciaire, telle qu'effectuée dans ce renvoi, la majorité exige que les gouvernements aient recours à un organisme indépendant chargé de fixer ou de recommander les niveaux de rémunération des juges⁷⁰. À ce sujet, Leclair et Morissette écrivent :

« D'accord en cela avec le juge dissident La Forest, nous sommes d'avis que l'absence d'une commission de révision de la rémunération, une réduction de rémunération qui traitent les juges de la même manière que les fonctionnaires et la tenue de certaines consultations entre le gouvernement et les juges au sujet de leurs traitements ne sont pas de nature à faire croire à une personne raisonnable et bien informée que l'indépendance judiciaire est mise en péril »⁷¹.

Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, lorsque la Cour suprême écrit que « notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront »⁷², il n'est pas certain, pour reprendre une idée de Luc Tremblay, que cette assertion corresponde réellement aux pratiques politique et juridique du Canada⁷³. Il en va de même de l'affirmation selon laquelle « [u]n gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées »⁷⁴.

Au-delà de ces énoncés et de bien d'autres concernant les principes constitutionnels, même si le consensus était possible sur les principes et leurs significations, leur application demeure incomplètement théorisée. Par exemple, des principes constitutionnels que sont la démocratie, le fédéralisme, la protection des minorités, le constitutionnalisme et la primauté du droit, il ne découle pas nécessairement des obligations référendaires particulières ou de négociations spécifiques. Andrée Lajoie a bien expliqué les mécanismes du jugement judiciaire lorsqu'elle a écrit :

« Or, on sait depuis longtemps que, contrairement à ce que les positivistes juridiques voudraient encore nous faire croire, les tribunaux, et plus

⁶⁹ *Ibid.*, p. 500.

⁷⁰ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, *supra* note 66, par. 133.

⁷¹ Leclair et Morissette, *supra* note 68, p. 513.

⁷² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 67, par. 68.

⁷³ Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits : Fondement épistémologique et normatif », version inédite, p. 11.

⁷⁴ *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 67, par. 76.

particulièrement les tribunaux supérieurs lorsqu'ils rendent des décisions à forte connotation politique, ne tranchent pas les conflits qui leur sont soumis en appliquant déductivement une règle objectivement repérable à des faits non moins évidents : et la règle et les faits sont construits pour donner un résultat compatible avec les valeurs majoritaires ou dominantes »⁷⁵.

Dans la seconde partie du texte, je voudrais montrer en quoi certaines décisions récentes de la Cour suprême relatives à la Charte québécoise peuvent également être comprises comme des décisions minimalistes et incomplètement théorisées.

II. La Cour suprême et la Charte québécoise

Afin de discuter du traitement minimaliste et non-entièrement théorisé que la Cour suprême du Canada accorde à la Charte québécoise, je ne retiendrai ici que les récentes affaires *Amselem*⁷⁶, *Multani*⁷⁷ et *Chaoulli*⁷⁸. Reconnaisant que le minimalisme judiciaire n'est pas toujours approprié, Sunstein prétend qu'il devrait être limité à ces cas dont la complexité crée des désaccords démocratiques⁷⁹, ce qui est le cas dans chacune de ces décisions. Je voudrais montrer comment la Cour suprême a fait un traitement minimaliste et non-entièrement théorisé de la Charte québécoise. Débutons par l'arrêt *Amselem*.

Amselem

Cette affaire concerne l'interdiction pour les copropriétaires d'un immeuble de construire et d'installer des souccahs sur les balcons. Pour expliquer le minimalisme et le caractère incomplètement théorisé de l'arrêt *Amselem*, je citerai d'abord Sylvie Gagnon :

« Nous remarquons cependant, non sans un certain étonnement, que les motifs de la Cour suprême dans cette affaire excluent tout examen de la nullité de toute clause d'un acte juridique comportant discrimination, cette prescription impérative découlant de la conjugaison des articles 10 et 13 de la Charte.

Mais plus troublants encore sont, à notre avis, les propos du juge Bastarache qui, dans une dissidence étoffée à laquelle souscrivent les juges LeBel et Deschamps, exprime en ces termes la dynamique qui régit les rapports entre la Charte et le Code :

[L]a Charte québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions

⁷⁵ Andrée Lajoie, « La loi sur la clarté dans son contexte », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Québec : État et Société*, Tome 2, Montréal, Université McGill, Collection Débat, 2002, p.175-190, p. 177.

⁷⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁷⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

⁷⁸ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791.

⁷⁹ C. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, *supra* note 41, p. 46 : « The appropriate areas for minimalism involve issues of high factual or ethical complexity that are producing democratic disagreement ». À la page 263: « minimalism is not always the best way to proceed ».

de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire).

Avec égards, ces propos surprennent d'abord par l'inversion complète des termes de la disposition préliminaire du Code civil qui, rappelons-le, énonce plutôt que le Code régit en harmonie avec la Charte, et non le contraire.

De plus, que penser de cette référence au Code à titre d'instrument « le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens » alors que la Charte elle-même édicte une prescription absolue, qui ne souffre aucune exception et à laquelle aucun membre de la Cour ne réfère, soit la nullité absolue qui sanctionne un acte juridique discriminatoire au motif d'un critère, telle la religion, interdit par la Charte? Ce type particulier de disposition ne doit-il pas précisément participer à l'enrichissement de la notion traditionnelle d'ordre public? Aussi, en procédant à l'exercice de pondération des différents droits en présence, n'aurait-il pas été normal de retrouver dans l'analyse de la Cour une discussion sur les restrictions que l'interdiction découlant des articles 10 et 13 apporte à la liberté contractuelle? »⁸⁰.

Cet extrait expose bien les différents éléments non-entièrement théorisés de cet arrêt. Sur le dernier point, soit la liberté contractuelle, l'opinion dissidente du juge Binnie fait resurgir dans le discours juridique relatif aux droits et libertés⁸¹ un argument au passé lourd dans l'histoire de leur protection. Plus étonnant encore, la liberté contractuelle est rapidement invoquée, sans que ne soit discuté son effet sur les droits et libertés. Cette question de la liberté contractuelle est bien connue en droit constitutionnel américain, et elle a été largement discutée autour ce qu'il est convenu de nommer l'ère *Lochner* (1898-1937)⁸². Le juge LeBel (dissident) a d'ailleurs modéré l'importance de la liberté contractuelle dans *Chaoulli*, en référant justement au débat étatsunien⁸³.

Contrairement à ce qui est bien souvent véhiculé, l'arrêt *Amsellem* n'aborde pas la question en litige selon le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable. Il s'agit plutôt d'une question de liberté de religion, définie selon une approche subjective

⁸⁰ Sylvie Gagnon, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, supra note 15, p. 261, p. 272-273. La critique quant au statut de la Charte est partagée par Christian Brunelle, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, supra note 15, p. 343, p. 356-7 : « Nous aurions cru que c'est plutôt la Charte québécoise qui constitue « l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ».

⁸¹ Au par. 206, le juge Binnie écrit : « Les copropriétaires étaient fondés à conclure que, lorsque les appelants avaient accepté la déclaration de copropriété, ils indiquaient que la pratique de leur religion ne les empêchait pas de vivre selon les règles existantes. En conséquence, au lieu de qualifier le problème de renonciation à la « liberté de religion », geste qui dramatiserait exagérément la situation, il me semble que l'on peut dire, plus modestement et plus justement, que la question consiste à se demander si *en l'espèce* les appelants peuvent raisonnablement insister pour aménager une souccah *personnelle*, eu égard à l'ensemble des circonstances, notamment l'engagement qu'ils ont pris, par contrat, de ne pas construire d'abri personnel, même temporaire, sur les balcons communs de l'immeuble. »

⁸² Voir notamment le résumé qu'en fait K. Roach, supra note 2, p. 19-23.

⁸³ *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, supra note 78, par. 201.

(c'est-à-dire le critère de la croyance sincère). En ne traitant pas des articles 10 et 13 de la Charte québécoise, les juges n'entrent donc pas dans la logique des moyens de défense que l'on peut faire valoir pour démontrer que l'obligation d'accommodement a été remplie. À cet égard, une telle approche aurait peut-être pu permettre de considérer autrement l'effort d'accommodement qu'avait fait le syndicat de copropriétaires en offrant une souccah commune.

Par ailleurs, comme l'a fait remarquer Christian Brunelle, la majorité dans *Amsalem* adopte une méthode d'analyse unitaire plutôt que la grille d'analyse en deux étapes, décrite pour la première fois dans *Oakes*, où chaque partie assume respectivement le fardeau de la preuve en fonction de chaque étape : 1) l'atteinte au droit et 2) la justification de la limitation. « En somme, la majorité dans l'arrêt *Amsalem* occulte l'article 9.1 et la grille d'analyse qui lui est généralement appliquée en droit public pour se limiter à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre »⁸⁴.

« En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion »⁸⁵.

Pour éclairer l'analyse (qui suivra) de l'affaire *Multani*, il convient enfin de faire remarquer que les juges minoritaires refusent d'assimiler le test de l'article 9.1 de la Charte québécoise à l'obligation de trouver un accommodement raisonnable⁸⁶.

Sur ces questions (le silence quant aux articles 10 et 13, la priorité accordée au *Code civil du Québec* sur la Charte québécoise, la référence à la liberté contractuelle sans approfondissement aucun, la conception subjective de la liberté de religion, la pondération des inconvénients en lieu et place du raisonnement judiciaire bipartite), la décision *Amsalem* s'avère certes non-entièrement théorisée.

Multani

Dans l'arrêt *Multani*, la Cour suprême a répondu à la question posée (l'interdiction du port du kirpan à l'école est-elle conforme à la Charte canadienne?) en référant

⁸⁴ Brunelle, *supra* note 80, p. 353.

⁸⁵ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, *supra* note 76, par. 84.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 154 et 170. Par. 154 : « Un exercice de conciliation exigera plus qu'un simple examen de l'atteinte alléguée à l'égard de l'un ou l'autre des droits en cause; il se distingue nettement de l'obligation de trouver un accommodement dans le contexte d'une atteinte au droit à l'égalité. [...] Il ne s'agit pas non plus de se poser simplement la question de savoir quelle est l'importance relative de l'atteinte aux droits des copropriétaires en l'espèce; cela équivaldrait à exiger d'eux l'accommodement raisonnable qui n'a pas sa place dans l'analyse fondée sur l'art. 9.1 ». Par. 170 : « L'argument selon lequel les souccahs peuvent être construites sans trop bloquer les voies d'accès si certaines conditions sont respectées ne saurait être retenu à cette étape de l'analyse puisqu'il est fondé sur la notion de l'accommodement raisonnable, qui n'est pas applicable dans le contexte de l'art. 9.1 ».

uniquement à la Charte canadienne, sans appliquer la Charte québécoise. Néanmoins, la discussion relative à l'al. 2a) de la Charte canadienne et à la limitation de cette liberté sous l'article premier, est pertinente dans le raisonnement sous l'article 3 et la disposition limitative (9.1) de la Charte québécoise. Pourquoi n'avoir retenu et appliqué que la Charte canadienne? Voilà déjà un premier élément non-entièrement théorisé dans l'affaire *Multani*.

Déjà discutée dans *Amselem*, la question de la transposition du cadre d'analyse de l'accommodement raisonnable sous l'article premier a resurgi dans *Multani* alors que la juge Charron assimile l'atteinte minimale à l'obligation d'accommodement :

« En considérant cet aspect de l'analyse de la proportionnalité, la juge Lemelin a exprimé l'avis que « [l]'obligation d'offrir un accommodement à cet élève est un corollaire du critère de l'atteinte minimale à ses droits » (par. 92). En d'autres mots, elle ne pouvait concevoir qu'il puisse exister une justification suffisante au sens de l'article premier s'il existe une mesure d'accommodement raisonnable (par. 75). Ce rapprochement entre la notion d'accommodement raisonnable et l'analyse de la proportionnalité n'est d'ailleurs pas sans précédent. En effet, dans *Eldridge*, par. 79, notre Cour a indiqué que, dans les affaires concernant le par. 15(1) de la *Charte canadienne*, la notion d'« accommodement raisonnable » équivaut à celle de « limites raisonnables » prévue par l'article premier de la *Charte canadienne*.

De plus, ce rapprochement des principes juridiques me paraît logique. Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement. Sans qu'il soit pour autant nécessaire d'intégrer toute la jurisprudence s'y rapportant, l'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable me paraît utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier, comme c'est le cas en l'espèce »⁸⁷.

Ainsi, la juge Charron, écrivant au nom de quatre de ses collègues, transpose l'analyse juridique propre à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le droit constitutionnel sous l'article premier (critère de l'atteinte minimale). Cet aspect de la décision appelle deux remarques. Premièrement, la juge Charron n'aborde la question que sur la seule base de l'al. 2a) de la Charte canadienne qui garantit la liberté de religion, sans discuter du droit à l'égalité et de la discrimination. Or, bien que d'aucuns souhaitent l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable dans des situations où le droit à l'égalité n'est pas en cause⁸⁸, l'obligation d'accommodement

⁸⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, supra note 77, par. 52-53.

⁸⁸ Pour une application à la liberté de religion, voir notamment, Brunelle, supra note 80, p. 357-358; José Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société canadienne et québécoise à la diversité religieuse », (1998) 43 R.D. McGill 325, p. 364-398.

raisonnable n'existe au départ qu'en matière de discrimination – donc d'atteinte au droit à l'égalité⁸⁹. D'ailleurs, cela ressort de l'extrait ci-haut cité du jugement de la juge Charron, alors qu'elle s'appuie sur l'arrêt *Eldridge* qui ne portait que sur le droit à l'égalité. Voici l'extrait pertinent de *Eldridge* auquel la juge Charron fait référence (sans le citer):

« Il va de soi qu'une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. L'obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des personnes subissant les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle apparemment neutre cesse lorsqu'elle va entraîner des «contraintes excessives»; voir les arrêts *Simpsons-Sears*, et *Central Alberta Dairy Pool*, précités. À mon avis, dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d'appliquer ce principe dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des «limites raisonnables». Il ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1)⁹⁰ ».

Ainsi, dans *Eldridge*, le juge LaForest assimile le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable aux limites raisonnables de l'article premier dans un contexte où le par. 15(1) est en cause. Faut-il rappeler que le droit à l'égalité n'est pas en cause dans l'arrêt *Multani*? Cela n'empêche pas la juge Charron d'appliquer le principe de l'arrêt *Eldridge*.

Deuxième remarque, sous forme d'interrogation – et indépendamment de la question de savoir quels droits sont en cause: « l'analyse juridique propre à l'obligation d'accommodement raisonnable peut-elle être « importée » dans le droit constitutionnel, lequel repose plutôt sur l'intérêt général de la société? »⁹¹. Sur ce point, les juges de la Cour suprême sont divisés. Les juges Deschamps et Abella distinguent le critère de l'atteinte minimale de celui de la contrainte excessive :

« La juge Charron est d'avis qu'il existe un rapprochement entre la notion d'accommodement et celle d'atteinte minimale (par. 53). Nous croyons nous aussi que ces notions comportent plusieurs similitudes, mais nous estimons qu'elles appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes »⁹².

De plus, en raison de la difficulté posée par ce rapprochement entre la notion d'accommodement et celle d'atteinte minimale, les juges Deschamps et Abella préfèrent

⁸⁹ Michèle Rivet, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », dans Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Blais, 2007, p. 371.

⁹⁰ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 79. (soulignés ajoutés).

⁹¹ Rivet, *supra* note 89, p. 379. Pour une démonstration de l'intégration de l'obligation d'accommodement raisonnable dans le droit constitutionnel, voir: Woehrling, *supra* note 88, p. 357-364.

⁹² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, *supra* note 77, par. 129. Voir aussi les par. 130-134.

trancher le litige en fonction des règles de la révision judiciaire du droit administratif plutôt que de retenir celles de la justification constitutionnelle : « Le chevauchement apparent des concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable est un autre exemple frappant du besoin de conserver le caractère distinct de l'approche fondée sur le droit administratif »⁹³.

Quant au juge LeBel, il assimile la restriction minimale d'un droit à l'examen de l'accommodement raisonnable⁹⁴. Sans pour autant faire référence à l'opinion majoritaire dans *Amselem*, il se prononce par ailleurs en faveur d'une simplification de l'article premier :

« Par ailleurs, notre Cour n'a jamais conclu de façon définitive que la méthode de justification en vertu de l'article premier devait s'appliquer mécaniquement et que chacune de ses étapes étaient pertinentes dans toute situation. L'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, notamment, reconnaît la flexibilité de la méthode établie par l'arrêt *Oakes* et l'utilité de cette caractéristique. Prononcé à l'occasion de l'examen de règles de common law mettant en jeu deux droits protégés, en l'occurrence le droit à un procès juste et la liberté d'expression, l'arrêt *Dagenais* utilisait une méthode simplifiée, qui était basée sur la mise en équilibre des droits et faisait l'économie de certaines étapes de la méthode maintenant classique »⁹⁵.

Cette simplification de l'article premier s'ajoute aux autres éléments non-entièrement théorisés mentionnés ci-haut - sans même parler de la conception subjective de la liberté de religion qui y est retenue. Il n'est pas étonnant, par conséquent, que la décision de la Cour suprême dans *Multani* soit considérée comme l'une des principales causes du débat actuel sur les accommodements raisonnables au Québec.

Chaoulli

L'arrêt *Chaoulli* soulève aussi de nombreuses questions. Rappelons simplement qu'il s'agissait de la validité de l'interdiction de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins médicaux et hospitaliers qui sont couverts par le régime public québécois. Déjà, au départ, lorsque la juge Deschamps énonce que « [d]écider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien », il est difficile de savoir à quelles règles elle réfère précisément. D'autant plus que ses collègues ne semblent pas eux-mêmes les connaître, ni dans *Chaoulli*, ni dans *Multani* (où la Cour répond en se fondant uniquement sur la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la Charte canadienne).

⁹³ *Ibid.*, par. 129. Voir aussi au par. 132 : « L'analyse propre au droit administratif est microcosmique alors que celle du droit constitutionnel est généralement macrocosmique. Les valeurs en jeu peuvent différer. Nous estimons qu'il y a avantage à ne pas confondre les deux démarches. »

⁹⁴ *Ibid.*, par. 155.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 150.

L'une des principales difficultés que pose l'arrêt *Chaoulli* concerne les limites de la raison (lire de la connaissance) judiciaire. Comment les juges peuvent-ils à ce point maîtriser toutes les connaissances complexes des systèmes de santé québécois et étrangers? À cet égard, le niveau de déférence requis ne devrait-il pas être plus important?⁹⁶

Un autre élément apparaît non-entièrement théorisé en comparant les différentes opinions : l'arrêt *Morgentaler*⁹⁷ constitue-t-il un précédent valable pour *Chaoulli*? Les juges ne s'entendent pas sur cette question. Les juges dissidents considèrent que l'arrêt *Morgentaler* ne s'applique pas⁹⁸, alors que les juges McLachlin, Major et Bastarache l'appliquent. Pourtant, voici l'extrait de *Morgentaler* que l'on avait retenu comme *ratio decidendi* dans *Rodriguez*⁹⁹ :

« La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale »¹⁰⁰.

Dans l'affaire *Chaoulli*, il ne s'agissait évidemment pas d'un contexte où existait une menace de répression pénale. Cet élément contextuel paraissait pourtant important dans la jurisprudence antérieure.

Dans un autre ordre d'idées, Danielle Pinard a souligné que les demandeurs n'avaient pas nécessairement la qualité pour agir dans l'intérêt public¹⁰¹. Témoigne de cette difficulté la conclusion finale, pour le moins étonnante, à laquelle en arrive la juge Deschamps :

« Il leur incombait seulement de prouver que leur droit à la vie et à l'intégrité de leur personne était violé. Ils ont réussi à faire cette démonstration. Le procureur général du Québec, pour sa part, n'a pas réussi à prouver que la mesure attaquée, la prohibition des assurances privées, était justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme cette conclusion suffit pour disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions constitutionnelles »¹⁰².

Étonnante conclusion, car ce n'est pas le droit à la sécurité des demandeurs *Chaoulli* et *Zeliotis* qui était en cause, puisqu'il agissait dans l'intérêt public. À cet égard, il semble difficile d'identifier quelles sont les personnes susceptibles d'être visées par cette interdiction. Les juges réfèrent à la fois aux « Québécois qui sont prêts à déboursier pour

⁹⁶ Sujit Choudhry, « Worse than Lochner? », dans Colleen M. Flood, Kent Roach et Lorne Sossin, *Access to Care, Access to Justice. The Legal Debate Over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, p. 75.

⁹⁷ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁹⁸ Par. 259 et suiv.

⁹⁹ *Rodriguez c. P.G. (Colombie-Britannique)*, [1993] 3 R.C.S. 519, par. 134.

¹⁰⁰ *R. c. Morgentaler*, *supra* note 97, p. 90 (j. Beetz).

¹⁰¹ Pinard, *supra* note 30, p. 431-432.

¹⁰² *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, *supra* note 78, par. 100 (soulignés ajoutés).

avoir accès à des soins de santé »¹⁰³, aux « personnes à revenu moyen »¹⁰⁴ et aux « Canadiens ordinaires »¹⁰⁵.

À la fin de son jugement, la juge Deschamps reconnaît que « [l]a conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente »¹⁰⁶. En fait, c'est ce lien incertain entre l'objet de la contestation et l'atteinte aux droits qui est en cause ici¹⁰⁷. Il existe en fait d'autres mesures pour réduire les délais d'attente, ce que le gouvernement du Québec a d'ailleurs envisagé au moment de répondre au jugement *Chaoulli*. Au surplus, l'on voit mal, considérant le problème des délais d'attente qui est au cœur de son jugement, comment la Cour a-t-elle pu suspendre son jugement pour 12 mois¹⁰⁸, si tant est que ces délais menaçaient réellement le droit à la vie.

Il est intéressant de voir comment Kent Roach, l'un des tenants de la théorie du dialogue, analyse l'arrêt *Chaoulli* :

« My thesis is that the majority of the Court in *Chaoulli* avoided many of the complexities of judicial intervention in the health care field because they granted standing of self-appointed critics of the public system and advocates of private health care as opposed to those who were actually on a waiting list or otherwise denied needed and urgent medical treatment. The Court failed to grapple with seemingly intractable problems of waiting lists and limited capacity and instead relied on a controversial prediction that increasing the role of the private sector would improve the health care system. In addition, the Court considered only the case for an easy remedy – a simple, one-shot negative remedy of holding Quebec's legislative restrictions on private health insurance inoperative – as opposed to more difficult and positive remedies that would give an affected person needed medical treatment or address systemic flaws in the delivery of health care »¹⁰⁹.

Invoquant par la suite les *passive virtues* de Bickel et le minimalisme judiciaire de Sunstein¹¹⁰, Roach écrit:

« Although the majority of the Court stressed that it had no choice but to decide the case, it could have avoided the issue. The three judges who granted leave to appeal (all of whom ended up part of the majority judgment) could have refused

¹⁰³ *Ibid.*, par. 4.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 55.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 124.

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 100.

¹⁰⁷ Pinard, *supra* note 30, p. 424 et suiv.

¹⁰⁸ Cour suprême du Canada, 4 août 2005.

¹⁰⁹ Kent Roach, « The Courts and Medicare : Too Much or Too Little Judicial Activism? », dans Flood, Roach et Sossin, *supra* note 96, p. 184, p 185.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 189 : « The Court's bold decision raises the issue of whether Canadian courts should engage in what Alexander Bickel has defended as the passive virtues of avoiding constitutional judgment until absolutely necessary and what Cass Sunstein has defended as constitutional minimalism which limits constitutional judgments to the facts of the case. »

to hear the case given the unanimous decisions of the courts below. Even after leave was granted, the Court could have refused to grant public interest standing and have waited for litigation by directly affected individuals. *Chaoulli* is an activist decision in the sense that it dealt with an issue that the court could have legitimately declined to have decided »¹¹¹.

« Although I embrace Bickel's understanding of judicial review as part of a dialogue with legislatures and society, I have in the past argued that Canadian courts need not be attracted to passive virtues and constitutional minimalism because of the ability of Canadian legislatures to limit and override rights under the Charter. *Chaoulli*, combined with the Court's approach to s. 7 of the Charter, however causes me to qualify my previous views. The case for what Patrick Monahan has defended as "particularistic court decisions that are fact-sensitive and context specific" and that "leave more room for dialogue with the legislature than would a court decision announcing a broad or sweeping new rule that went far beyond the facts of the case" is stronger in s. 7 cases such as *Chaoulli* because the Court has effectively read s. 1 out of s. 7 by holding that limits on s. 7 rights could only be justified under s. 1 in emergencies. In doing so, the Court has undermined the dialogic structure of the Charter which is designed to give governments ample opportunity to justify limitations on Charter rights. In many cases, the result has been that the Court has been cautious, often too cautious, in recognizing rights under s. 7. Alas not in *Chaoulli*. »¹¹²

Comme l'exprime Roach, la décision de la Cour suprême dans *Chaoulli* est difficilement conciliable avec la théorie du dialogue. En référant aux vertus passives de Bickel ou au minimalisme judiciaire de Sunstein, Roach plaide en faveur d'une conception du dialogue plus réaliste et plus pragmatique.

Conclusion

Les récentes décisions *Amselem*, *Multani* et *Chaoulli* soulèvent un certain nombre de questions fondamentales qui demeurent non-entièrement théorisées. Faut-il assimiler le test de la limitation des droits à l'obligation d'accommodement raisonnable? Cette dernière peut-elle s'appliquer lorsque le droit à l'égalité n'est pas en cause? La conception subjective de la liberté de religion peut-elle être raisonnablement limitée? Quelle est la valeur à accorder à la Charte québécoise par rapport à la Charte canadienne et au *Code civil du Québec*? Quel est le rôle de la liberté contractuelle dans la protection des droits et libertés? Pourquoi faut-il appliquer l'article 3 de la Charte québécoise plutôt que les articles 10 et 13? Doit-on encore privilégier le raisonnement bipartite dans le cadre d'analyse de la limitation des droits? Faut-il simplifier le test de l'arrêt *Oakes*¹¹³?

¹¹¹ *Ibid.*, p. 188-189.

¹¹² *Ibid.*, p. 189-190

¹¹³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Même si la Cour suprême du Canada a pu trancher les litiges qui lui étaient soumis sans avoir à régler définitivement ces questions fondamentales, il n'en demeure pas moins que la discussion doit se poursuivre dans la théorie juridique. Ainsi, il importe d'examiner plus à fond certaines de ces questions de droit. En ce sens, par toutes les interrogations formulées, le présent article se veut aussi programmatique.

Le constat du traitement minimaliste et non-entièrement théorisé que la Cour suprême du Canada a réservé ces dernières années à la Charte québécoise nous informe aussi sur la théorie du dialogue. Celle-ci ne saurait satisfaire, dans sa prétention à fonder la légitimité du pouvoir judiciaire, aux principes de la théorie de la délibération démocratique. En fait, le caractère insuffisant de la délibération n'est qu'une des limites de la théorie du dialogue. Beaucoup d'autres aspects de la théorie du dialogue demeurent encore matières à discussion¹¹⁴.

¹¹⁴ Kent Roach, « Sharpening the Dialogue Debate : The Next Decade of Scholarship », (2007) 45 Osgoode Hall Law Journal 169.