

Droit public

Les trois visages du constitutionnalisme canadien

François Chevette

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Le titre qui coiffe les présentes réflexions appelle une double explication.

Parler ainsi des trois visages d'un système politique, c'est suggérer à son sujet une certaine difformité, et c'est en même temps lui prêter une assez grande ouverture sur ce qui lui est extérieur. On jugera dans quelle mesure ces deux sens sont applicables au cas de notre pays. Ce qui, en revanche, paraît certain, c'est que le régime constitutionnel canadien présente des traits si divers, si étonnants et à certains égards si paradoxaux les uns par rapport aux autres qu'on est en droit de provoquer la surprise quand on en commence la présentation à des profanes ou à des juristes d'autres systèmes.

Et pourquoi parler de « constitutionnalisme », faisant ainsi usage d'un barbarisme, alors qu'il eût été si simple de parler plutôt de droit constitutionnel ou plus largement de régime ou de système constitutionnel ? La raison en est qu'en Amérique du Nord, et cela est bien plus vrai encore aux États-Unis qu'au Canada, la constitution n'est pas qu'un ensemble de règles ; c'est aussi une idéologie dont le discours politique se réclame, chacun y trouvant ce qu'il veut bien y mettre et chacun y voyant une forme de *contrat social* dont les Pères de la fédération auraient été les signataires. Le suffixe « isme » veut rendre compte de cette dimension idéologique, et

c'est sans doute à cette même fin que le mot « *constitutionalism* » est employé assez couramment dans la langue anglaise en Amérique du Nord.

Mais ne butons pas sur les mots. Voyons plutôt immédiatement quels sont ces visages ou ces traits majeurs du Canada au point de vue constitutionnel.

D'abord le Canada fut une colonie britannique de 1760 jusqu'à la fin des années 1920, soit pendant plus de cent cinquante ans.

Ensuite le Canada est un pays fédéral depuis 1867, régi par conséquent par une constitution qui partage la puissance publique et les compétences étatiques entre deux ordres de pouvoir, le *pouvoir fédéral* et celui de chacune des dix provinces.

Enfin le Canada est entré depuis 1982 dans la ronde de la constitutionnalisation des droits fondamentaux.

Voilà donc ce que sont, à notre sens, les trois visages du constitutionnalisme canadien, traits qui feront l'objet des trois parties de cet exposé et qui, on peut le souligner tout de suite, n'ont pas une parfaite parenté les uns avec les autres.

En effet, le modèle britannique a peu à voir avec le fédéralisme, pas plus qu'avec la constitutionnalisation, par un texte solennel, des droits fondamentaux. Le premier trait offre donc un contraste avec les deux autres, de

même d'ailleurs que le second avec le troisième. Car le fédéralisme se veut garant d'une certaine uniformité, certes, qu'assure la législation fédérale, mais aussi de la diversité, préservée par l'octroi de compétences législatives importantes aux provinces. Or quand on coiffe ce régime, plus que centenaire dans le cas du Canada, d'une charte des droits constitutionnalisés, liant les deux ordres de pouvoir, on introduit dans cet ensemble un élément d'uniformisation, pour le meilleur sans doute, mais d'uniformisation quand même. L'exemple des États-Unis est d'ailleurs très frappant à cet égard. Car, pour une part, le *Bill of Rights* y a pris la place du fédéralisme, dans la mesure où les seules limites opposables de nos jours au pouvoir du Congrès découlent, non pas du fédéralisme, mais du *Bill of Rights*, seuls les États voyant leurs pouvoirs limités par l'un et par l'autre.

I. L'héritage britannique

Un territoire n'est pas colonie britannique pendant cent cinquante ans sans que s'y transposent des éléments importants du modèle métropolitain. Dans le cas qui nous occupe, l'influence fut profonde, durable et diverse. On mettra l'accent ici sur deux de ses aspects : influence sur le texte constitutionnel d'abord, influence sur le contrôle judiciaire de constitutionnalité ensuite.

Faut-il rappeler que le droit anglais n'est pas un droit codifié et que les principes fondamentaux qui le gouvernent se trouvent, non pas dans les codes ou dans les lois, mais bien dans le *Common Law*, c'est-à-dire dans les décisions des cours de justice ? D'où il résulte que la loi anglaise en est

une de détails, de dérogations au droit commun, et que bien peu de principes s'y retrouvent pour la simple raison qu'ils sont ailleurs. Faut-il rappeler aussi que la Grande-Bretagne n'a pas de constitution formelle ou écrite ? On n'y connaît pas l'idée d'une primauté de la norme constitutionnelle sur la loi, on y connaît surtout le principe de la complète souveraineté du Parlement, et c'est à des lois diverses, au *Common Law* ainsi qu'à un certain nombre de pratiques — appelées « conventions constitutionnelles » — qu'il faut s'en remettre pour connaître l'état du droit constitutionnel de ce pays.

La Constitution canadienne, loi britannique de 1867, n'a pas échappé à ce modèle. En effet son texte est étonnamment prosaïque, il contient peu de principes, beaucoup de règles de détail et de dispositions transitoires et, à s'en tenir à sa seule lecture, personne ne saurait, par exemple, que le régime constitutionnel canadien est de type parlementaire. Même le principe de l'indépendance de la magistrature, pourtant très cher à un pays comme le nôtre, ne s'y trouve pas en tant que tel consacré. La Constitution canadienne est donc complétée, voire contredite et corrigée, par un ensemble d'importantes conventions constitutionnelles. Le principe de la responsabilité ministérielle, selon lequel l'Exécutif qui n'a plus la confiance de la Chambre doit démissionner ou déclencher des élections, découle d'une telle convention, de même d'ailleurs que l'obligation faite à la Reine ou à son représentant de donner sa sanction à tout projet de loi adopté par le parlement — fédéral ou provincial, selon le cas — et d'agir sur l'avis du cabinet et du premier ministre en particulier, ce personnage

important dont la Constitution ne parle pas !

C'est le Parlement britannique qui, en 1867 et à la suite de travaux préparatoires faits au Canada, a adopté la constitution de ce pays¹. Il s'agit donc d'une loi anglaise au sens strict du mot, mais qui l'est aussi par son style et par son contenu, ce dernier reflétant l'image historique d'un Canada essentiellement colonial. C'est par le développement de conventions constitutionnelles bien plus que par la voie de modifications formelles que le texte constitutionnel canadien fut complété et rajeuni pour convenir à une démocratie parlementaire moderne, façon encore là très anglaise de prendre en compte l'évolution politique d'un pays.

Les pratiques et les conventions ont une souplesse qui fait défaut aux textes ; elles ont en revanche l'inconvénient de l'imprécision. L'échiquier politique canadien eût-il été plus complexe et les partis politiques plus nombreux, le fonctionnement des institutions aurait sans doute alors dû être précisé dans le texte constitutionnel. Il semble que cela n'ait pas été à ce jour nécessaire. La situation actuelle présente néanmoins une faiblesse majeure : la Constitution canadienne est illisible pour le non-expert, même le citoyen éclairé ne s'y retrouve pas, et l'étranger qui la consulte a davantage l'impression d'être en présence de la charte d'une petite

municipalité que de la loi fondamentale d'un État moderne².

Si l'héritage britannique imprègne la Constitution du Canada, il a eu aussi une influence, paradoxale comme on le verra, sur le principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Que le juge puisse annuler la loi pour motif de contrariété avec la constitution, cela n'est pas toujours allé de soi aux États-Unis, non plus qu'en France — où un tel contrôle, d'origine récente, est limité et exercé par un organisme spécialisé —, et la chose n'existe tout simplement pas en Angleterre. Or au Canada, et cela jusqu'à tout récemment, le débat classique à propos de la souveraineté nationale et du gouvernement des juges n'a pas eu lieu et ce n'est pas une exagération de dire que le contrôle judiciaire de constitutionnalité de la loi fut très simplement tenu pour acquis. Pourquoi en fut-il ainsi ?

Au moment où le Canada était colonie britannique, les pouvoirs concédés par Londres aux assemblées coloniales étaient par nature limités, en sorte qu'il était dans la logique des choses — encore qu'avant 1867 cela se soit produit rarement — de soumettre la loi coloniale les excédant à examen judiciaire, un contrôle politique par les autorités impériales et leurs représentants étant d'ailleurs aussi exercé sur elle. Au reste, il est piquant de constater que, même encore aujourd'hui et au strict plan de

1. *British North America Act, 1867* (U.K.), c. 3. Cette loi « impériale » porte depuis 1982 le titre de *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après, L.c. de 1867).

2. Voir l'analyse décapante qu'en a faite le Professeur Jean BEETZ, aujourd'hui juge à la Cour suprême : « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. CRÉPEAU et C.B. MacPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, P.U.M., 1965, pp. 116-117.

la technique juridique, la Constitution canadienne a primauté sur la loi du fait qu'elle est une loi britannique, ou plus exactement du fait que c'est une loi britannique qui le dit³. Mais, quoi qu'il en soit, l'important est de savoir qu'au Canada l'exception d'inconstitutionnalité de la loi peut être soulevée devant n'importe quelle cour de justice, et que c'est probablement le passé colonial canadien qui a facilité l'instauration d'un tel état de chose, si surprenant pour de nombreux juristes étrangers.

En ce sens, et c'est là le paradoxe, l'Angleterre a donné en héritage au Canada deux choses dont elle était et est encore dépourvue : une constitution écrite et une très large possibilité de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ! Mais ces deux traits ne tiennent pas qu'au passé colonial ; ils tiennent aussi au fédéralisme, second visage du constitutionnalisme canadien.

II. Le fédéralisme

Le fédéralisme, fractionnement de l'État et de la puissance publique en deux niveaux de gouvernement, n'est pas un régime de nature à s'établir par l'usage, si anglais soit le contexte où on veut l'instaurer ! Le partage doit être prévu par un texte, qui est la Constitution de 1867 dans le cas du Canada. Et comme le régime fédéral engendre naturellement de nombreux conflits, il faut une autorité pour les

arbitrer. Au Canada, ce rôle fut dévolu aux tribunaux, en particulier au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres jusqu'en 1949 et à la Cour suprême du Canada depuis lors.

C'est donc sur les parties de la Constitution canadienne ayant trait au fédéralisme et sur l'interprétation judiciaire qui en fut donnée qu'on fera d'abord quelques réflexions. Mais en matière de fédéralisme, textes et décisions judiciaires ne sont pas tout. Fort naturellement, ce régime complexe donne naissance à un réseau de relations politiques, de pratiques et d'usages. C'est ce qu'on appelle parfois au Canada la diplomatie fédérale-provinciale, dont on dira quelques mots dans un deuxième temps.

Le fédéralisme qu'a établi la Constitution de 1867 était d'un type très centralisé, et il l'aurait été encore davantage en l'absence en particulier des résistances canadiennes-françaises. Les échanges et le commerce, les pêcheries, les banques et la monnaie, le droit criminel, les chemins de fer, toute forme d'impôt, voilà quelques exemples de compétences octroyées au pouvoir central⁴ et qui montrent bien qu'on n'entendait pas que ce dernier soit un pouvoir faible. Le Parlement fédéral devait au surplus avoir compétence sur toute matière d'intérêt national non expressément prévue dans la Constitution⁵.

L'interprétation judiciaire qu'ont reçue les compétences fédérales et provinciales a beaucoup varié selon

3. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1) ; cette loi constitue l'annexe B d'une loi britannique, la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11.

4. L.c. de 1867, art. 91(2), (12), (14), (15), (27), 92(10), 91(3) respectivement.

5. *Id.*, art. 91, *in limine*.

les époques, les unes plus centralisatrices, les autres plus décentralisatrices ; et il déborderait le cadre du présent exposé d'analyser de façon un tant soit peu détaillée ces mouvements de balancier. Mais ce qui nous paraît peu contestable, c'est que la jurisprudence constitutionnelle canadienne, corpus très considérable étant donné la facilité avec laquelle le recours constitutionnel peut être intenté et dont font bien entendu partie les arrêts du Comité judiciaire britannique, fut dans son ensemble plus décentralisatrice que le texte constitutionnel et, dans plusieurs cas, beaucoup plus. S'il existe telle chose qu'une loi de centralisation croissante en régime fédéral, nous croyons qu'au chapitre du contentieux, le Canada y a échappé. Et on peut se demander pourquoi.

Un pays jeune, territorialement immense, composé de deux grandes communautés linguistiques et qui, au surplus, n'a connu ni révolution ni guerre d'indépendance, est un pays dont l'unité nationale est singulièrement fragile. Dans ce contexte, il se peut bien que la jurisprudence ait été soucieuse de refléter un certain régionalisme, d'autant plus peut-être que les francophones du Canada, minoritaires au gouvernement fédéral, sont fortement majoritaires et largement concentrés dans la Province de Québec.

Ce qui demeure aussi intéressant de constater, c'est que la jurisprudence décentralisatrice a bien souvent choisi la voie d'une interprétation très large de la compétence des provinces sur « la propriété et les droits civils »⁶. Ces mots, la Constitution fé-

dérale de 1867 les avait empruntés à l'Acte de Québec de 1774, qui, peu d'années après la conquête de 1760, réinstaurait le droit français en ces matières. Il n'est pas banal qu'une garantie, à l'origine au bénéfice de la population francophone, soit devenue par la suite un outil général de décentralisation dans un pays majoritairement anglophone. Et il n'est pas banal non plus que cette décentralisation ait pu s'opérer parce qu'on accepta de rattacher à la « propriété » et aux « droits civils », plutôt par exemple qu'au commerce ou aux matières non énumérées, des questions comme les relations collectives de travail, l'assurance, la mise en marché de produits divers, les valeurs mobilières, et bien d'autres. C'est donc une vision privatiste de plusieurs réalités qui a fait en sorte que la jurisprudence constitutionnelle a été au Canada moins centralisatrice que la Constitution. Il resterait à voir, mais cela demanderait de longs développements, dans quelle mesure cette vision privatiste, menant à la décentralisation, prenait aussi appui sur le droit privé dans une intention libérale et non-interventionniste. Peut-on aller jusqu'à dire qu'au Canada, c'est le gouvernement central qui a inventé l'État-Providence ?

C'est Harold Laski qui qualifiait le fédéralisme de régime légaliste, visant sans doute en cela l'abondant contentieux constitutionnel qu'il engendre. Mais ce régime engendre aussi des relations et des conflits de type politique, qu'on tente au Canada de gérer par la voie des multiples et incessantes négociations fédérales-provinciales. Rencontres des premiers ministres,

6. *Id.*, art. 92(13).

des ministres, des hauts fonctionnaires, tout cet appareil a une telle ampleur et une telle importance qu'il faut tenter d'expliquer pourquoi il en va ainsi.

Le partage des compétences étant prévu dans un texte ancien, plusieurs des grands problèmes auxquels font face les sociétés contemporaines — pollution, protection du consommateur, politique énergétique, pour ne prendre que ces trois exemples — n'y sont point comme tels mentionnés. Et la qualification constitutionnelle qu'on en fait, à travers le prisme des catégories du siècle dernier, a souvent pour résultat d'octroyer aux deux ordres de gouvernement plutôt qu'à un seul compétence sur eux. Or s'il est vrai que ce sont les bonnes clôtures qui font les meilleurs voisins, cette absence d'une claire division des responsabilités donne lieu à une nécessaire coordination, qui passe bien souvent par l'étape de la dispute et de l'affrontement, dont la solution, par définition, ne peut pas être judiciaire. À quoi s'ajoute d'ailleurs l'usage de ce traditionnel instrument de centralisation qu'est le « pouvoir fédéral de dépenser », qu'invoque le gouvernement fédéral pour octroyer des subventions conditionnelles à des fins ne relevant pas de sa compétence. Cela mêle beaucoup les cartes et augmente encore la nécessité de la concertation et les occasions de conflit.

On voit donc aisément combien il serait faux de croire que le fédéralisme canadien est la simple addition de la Constitution et de la jurisprudence. Mais ce qui facilite encore le recours à la diplomatie fédérale-provinciale, c'est un nombre suffisamment restreint d'acteurs — Ottawa et dix provinces, alors qu'il y en a cin-

quante-et-un aux États-Unis — pour qu'une négociation demeure possible. C'est aussi, autre facteur manquant aux États-Unis, le fait que ces acteurs gouvernementaux disposent généralement d'une assez confortable majorité dans leur parlement respectif, et que l'accord qu'ils peuvent conclure au terme d'une négociation fédérale-provinciale risque peu d'être par la suite désavoué par les élus.

On vient donc de voir que fédéralisme et parlementarisme ne sont pas sans rapport entre eux. Ils ne sont pas non plus sans rapport avec la constitutionnalisation des droits fondamentaux, troisième visage du constitutionnalisme canadien.

III. La constitutionnalisation des droits fondamentaux

C'est la prétention de certains penseurs que le fait de constitutionnaliser les droits fondamentaux a quelque chose d'anti-démocratique, puisqu'on substitue ainsi l'avis du juge à celui du législateur. Et ce le serait d'autant plus, dans le cas du Canada, que les gouvernements disposent généralement d'une majorité parlementaire suffisante pour être en mesure de prendre leurs responsabilités et de corriger les lois oppressives. Advenant qu'ils ne le fassent pas, que l'électorat, plutôt que les tribunaux, se prononce ! On ajoute même que le fédéralisme, du fait qu'il divise le pouvoir, protège déjà bien les libertés, d'autant qu'il est toujours possible aux tribunaux, et plusieurs exemples canadiens le montrent, d'invalider une loi oppressive en arguant du fait qu'elle ne relève pas de la compétence du parlement qui l'a adoptée mais bien de la compétence de l'autre !

Ce n'est pas ce point de vue qui a triomphé au Canada, puisque la Constitution contient depuis 1982 une charte des droits et libertés. On présentera ici quelques remarques, d'abord sur l'étendue des protections ainsi octroyées, ensuite sur le régime des sanctions à leur violation.

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ ne diffère pas énormément, en son contenu, des instruments de même nature qu'on retrouve en plusieurs pays ainsi qu'au niveau international. L'éventail des garanties va des libertés fondamentales aux droits à l'égalité, en passant par les garanties pénales, certains droits d'ordre linguistique et la liberté de circulation et d'établissement.

Ce qui singularise plutôt ce texte, c'est d'abord sa brièveté — découlant notamment d'emprunts de certaines formules très concises du *Bill of Rights* américain. C'est ensuite le fait qu'il contient une disposition limitative unique, elle aussi brève et vague, applicable à toutes les garanties de la Charte et permettant de les restreindre « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁸. C'est enfin que les parlements peuvent déroger à la plupart des droits et libertés de la Charte, à condition que la loi dérogatoire contienne une mention claire de dérogation à ces droits et libertés⁹. Attardons-nous quelque peu sur ce troisième point.

Les provinces canadiennes furent au départ majoritairement hostiles à

l'inclusion d'une charte des droits dans la Constitution. Si c'était par peur de voir leurs pouvoirs limités, elles avaient évidemment raison. Mais si ce qu'elles craignaient était l'implantation au Canada d'un pouvoir judiciaire activiste à l'américaine et une uniformisation de leur droit comparable à celle que le *Bill of Rights* a entraînée en certains secteurs aux États-Unis, elles avaient tort, croyons-nous, pour au moins deux raisons. D'abord, parce que l'activisme judiciaire américain découle bien souvent d'une impuissance institutionnelle du pouvoir politique, ce qui n'est pas le cas au Canada. Ensuite, parce que le droit criminel, champ privilégié de l'activisme judiciaire aux États-Unis, est de compétence étatique dans ce pays, alors qu'il est de compétence fédérale au Canada. On n'a pas besoin d'uniformiser ce qui l'est déjà, et si c'est le droit criminel qui doit être au Canada la cible privilégiée de la Charte, c'est de toute façon du droit fédéral.

Quoi qu'il en soit, on trouva un compromis de dernière heure, auquel seul le Québec ne souscrivit pas. Les parlements, fédéral et provinciaux, allaient pouvoir, on l'a vu, déroger à la plupart des garanties de la Charte, à condition de le dire clairement. Plusieurs juristes étrangers nous ont dit avoir trouvé la formule ingénieuse. Car, si elle donne le dernier mot au pouvoir politique, c'est un dernier mot qu'il n'est pas nécessairement aisé de prononcer, la reconnaissance explicite d'une dérogation à un droit fondamental n'étant pas de nature à

7. Il s'agit de la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 3 (ci-après, *Charte canadienne*).

8. *Charte canadienne*, art. 1.

9. *Id.*, art. 33.

laisser somnolente une opposition parlementaire ou une presse un tant soit peu vigilante.

Ingénieuse ou pas, la formule n'est en tout cas certainement pas nouvelle. Quand en 1960 le Parlement fédéral voulut garantir, dans les matières fédérales, la protection des droits et libertés, il n'alla pas jusqu'à envisager leur constitutionnalisation proprement dite, par voie de modification constitutionnelle formelle — alors nécessairement adoptée par le Parlement britannique. Par ailleurs, le principe de la souveraineté du parlement interdisait au Parlement canadien de constitutionnaliser lui-même sa *Déclaration canadienne des droits*¹⁰. En droit britannique, un parlement ne peut lier ses successeurs au point de donner à une de ses lois un contenu toujours opposable aux lois futures. Ce serait nier à ses successeurs leur souveraineté, encore que le fait pour lui de ne pouvoir le faire nie la sienne. Beau débat, où le droit et la théologie se rejoignent ! Le compromis consiste à permettre de soustraire la loi d'aujourd'hui à l'abrogation ou à la modification implicite par la loi future, et à exiger de cette dernière une mention explicite d'abrogation ou de modification de la première, ou peut-être encore une majorité plus exigeante pour son adoption. Limites procédurales ou de forme que celles-ci, par opposition à des limites substantives ou de fond, et qui ne contreviennent pas, ou moins, à la souveraineté du parlement. C'est donc à la mention explicite de dérogation qu'on eut recours dans la loi fédérale de 1960,

intitulée *Déclaration canadienne des droits*¹¹. On fit de même dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹², loi du Québec de 1975.

Mais on fit aussi de même dans la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982. Le problème cette fois n'avait plus rien de juridique, il était tout simplement politique, puisque le document allait de toute façon faire l'objet d'une constitutionnalisation formelle. Comme quoi la technique juridique est un intéressant réservoir d'inspiration pour des compromis politiques ! Et on comprendra que l'analyse de l'hypothèse d'une influence inverse déborderait largement le cadre des présentes réflexions.

La *Charte canadienne des droits et libertés* aura-t-elle, sur le droit et sur la société canadienne, l'influence que d'aucuns souhaitent et que d'autres réprouvent à l'avance ? On n'en sait encore rien. Mais ce qui d'ores et déjà devrait attirer beaucoup l'attention du juriste, c'est son impact sur le régime de sanctions à sa violation.

Le contentieux constitutionnel canadien, complexe et abondant comme on l'a vu, était jusqu'à ces dernières années essentiellement dérivé du fédéralisme, et par conséquent attaché au champ des compétences législatives. Une norme était invalide ou *ultra vires* parce que l'autorité qui l'avait adoptée n'avait pas compétence constitutionnelle pour le faire. La sanction prenait donc tout simplement la forme de la nullité ou de l'annulation.

10. S.C. 1960, c. 44 ; S.R.C. 1970, App. III.

11. *Id.*, art. 2, *in limine*.

12. L.Q. 1975, c. 6 ; L.R.Q., c. C-12, art. 52.

À la vérité, une sanction de ce type n'était pas toujours exempte de difficulté. Et la Cour suprême¹³ s'en rendit bien compte en 1985, lorsqu'après avoir déclaré inconstitutionnelle une loi manitobaine de 1890 abolissant le bilinguisme et instituant l'unilinguisme anglais, elle eut à décider si tout ce qui avait été fait dans la province du Manitoba depuis près de cent ans dans la seule langue anglaise devenait juridiquement inexistant ! Mais des cas si difficiles étaient quand mêmes rares. Or, au titre des sanctions, la Charte introduit un certain nombre de complications.

Une première consiste en ce que, les standards qu'elle consacre étant de nature substantive ou procédurale et ne s'attachant plus aux seules compétences législatives, il faut se demander si la norme qui les contredit est invalide *in se* ou simplement inopérante en fonction des circonstances. Un exemple fera voir de quoi il s'agit. Supposons qu'un tribunal arrive à la conclusion qu'une loi ordonnant le huis clos dans toute affaire de délinquance est contraire à la liberté de la presse. La sanction en sera-t-elle une de nullité ou le tribunal pourra-t-il, au contraire, ordonner encore le huis clos en certaines affaires, de mœurs par exemple ? Et s'il le fait, ne se trouve-t-il pas à réécrire la loi ? En d'autres termes, les violations de la Charte emportent-elles nullité ou simplement inopérabilité circonstancielle¹⁴ ?

L'autre singularité vient de ce que les violations de la Charte originent bien souvent, non pas de la loi ou

d'une autre norme, mais bien de simples faits juridiques, un comportement policier par exemple. C'est d'ailleurs là une donnée importante, qu'ont tendance à oublier ceux qui voient dans la Charte une rivale des parlements, alors même que ce n'est pas seulement ni, peut-être surtout, eux qu'elle a pour mission de contrôler. Or, un fait juridique ne s'annule pas. Certes on pourra en faire disparaître les conséquences, quand il y a un lien de causalité entre l'acte illégalement posé et celles-ci. C'est très exactement ce qui se produit quand un tribunal déclare irrecevable une preuve obtenue grâce à une fouille ou à une perquisition inconstitutionnelle. Mais un si clair lien de causalité fait bien souvent défaut, auquel cas la sanction au fait ou à l'acte inconstitutionnel crée problème. Ainsi par exemple le prévenu que l'on n'informe pas de son droit de consulter un avocat devra-t-il être acquitté ? Toutes ses dépositions et les preuves obtenues grâce à celles-ci devront-elles être déclarées irrecevables ? Qu'arrive-t-il à l'inculpé que l'on informe tardivement de l'infraction qu'on lui reproche, en violation de son droit d'être informé sans délai anormal de celle-ci ? L'existence de la Charte rend donc nécessaire l'élaboration, complexe mais passionnante, d'un nouveau régime de sanctions à ses diverses violations.

*
* *

Nous l'avons vu, le constitutionnalisme canadien a plusieurs visages ou

13. Renvoi : *droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

14. Cf. Pierre-André CÔTÉ, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 R.J.T. 105.

caractéristiques fondamentales. On a parfois tendance à les isoler les unes des autres. C'est un procédé dangereux, tant il est vrai que le parlementarisme, le fédéralisme et la constitu-

tionnalisation des droits fondamentaux comportent entre eux de nombreux rapports. C'est ce que les réflexions qui précèdent avaient pour but de souligner.