

Réflexions sur la normalisation de l'exceptionnel

Hugo CYR*

I. Introduction	97
II. L'état d'exception – conceptualisation de l'enjeu	102
A. Nécessité prévue par la loi.....	104
B. Nécessité n'a point de loi.....	104
C. Nécessité fait loi.....	106
D. Loi par nécessité.....	107
III. De la loi par nécessité à la loi par commodité.....	116
A. Sécurité publique oblige	117
B. Justice oblige.....	118
C. Sensibilités obligent.....	120

* Doyen de la Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal. L'auteur tient à remercier les professeurs Jean Leclair et Han Ru Zhou pour leurs commentaires fort constructifs.



I. Introduction

Mesdames, Messieurs les juges,
Monsieur le doyen,

Chers collègues et, avec l'humour d'un François Chevrette, j'ajouterais... et néanmoins amis...

Je tiens tout d'abord à remercier l'honorable Herbert Marx pour sa contribution à la création de cette série de conférences. En fait, je remercie M. Marx pour l'ensemble de ses contributions au monde juridico-politique québécois. Il a accompli le tour du chapeau en devenant successivement professeur de droit, ministre de la Justice et juge de la Cour supérieure. Homme d'idée et d'action, il est un modèle de générosité et de compassion.

C'est pour moi un double honneur d'offrir la réplique à l'honorable juge Yves de Montigny dans le cadre de cette première conférence annuelle Chevrette-Marx. C'est tout d'abord un immense honneur qui m'est donné de célébrer les contributions de deux géants du droit québécois et canadien que sont Herbert Marx et François Chevrette. François a été mon professeur, mon ami, un père spirituel. Il a su faire naître la vocation universitaire en moi. Je lui serai éternellement reconnaissant pour sa passion contagieuse de l'enseignement et son immense générosité.

C'est aussi un immense honneur d'être le répondant de celui que j'ai connu – chers amis, je vous prie de ne pas en prendre ombrage – comme étant le meilleur étudiant de François. Sans l'avoir encore rencontré, j'ai pu faire sa connaissance au détour de certaines notes manuscrites que François ressortait parfois lors de nos travaux, ou encore lors de conversations avec certains collègues et amis de François. Yves avait tracé la voie à suivre et je m'estime heureux d'avoir aujourd'hui l'occasion de lui offrir la réplique lors de cette première conférence honorant les figures marquantes que sont Herbert Marx et François Chevrette.

Répondre au texte très bien ficelé d'Yves de Montigny représente un véritable défi pour moi. En premier lieu parce que mes plus récents travaux en droit constitutionnel ont plutôt porté sur des enjeux de fédéralisme et de fonctionnement de nos institutions parlementaires et gouvernementales que de droits de la personne. J'ai tout de même deux sources où aller puiser pour offrir une réplique à l'excellent texte du juge de Montigny.

La première source provient des travaux d'assistant de recherche que j'ai effectués auprès de François Chevette alors que j'étais étudiant au baccalauréat en droit. François m'avait alors fait l'honneur de m'inviter à cosigner l'article que nous avons écrit et qui porte le titre-fleuve de «La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce»¹. Nous avons réédité cet article en 2005 avec François Tanguay-Renaud pour en faire une petite bête d'environ 200 pages². Bref, on y trouvait de tout. L'élément sur lequel je tiens à revenir ici est la justification invoquée par les tribunaux pour expliquer la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit l'importance de protéger l'attente raisonnable de vie privée. La définition de l'objet même du droit repose sur cette attente subjective de la personne qui doit être validée par la conception que peut se faire la société, à un moment donné, de ce qui est raisonnablement «privé». Par exemple, dans l'affaire *Wise*, la Cour suprême écrivait :

[...] l'art.8 de la *Charte* garantit le droit général à la protection contre les fouilles ou perquisitions abusives dans les cas où la personne qui en fait l'objet s'attend raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée. Afin d'établir si la surveillance exercée au moyen d'une balise constitue une fouille, il faut d'abord se demander s'il existe

¹ François CHEVRETTE et Hugo CYR, «La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce», dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *La Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. x.

² François CHEVRETTE, Hugo CYR et François TANGUAY-RENAUD, «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans G-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), préc., note 1, p. 595.

une attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée dans le contexte de l'activité surveillée. Si l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle constitue alors une fouille³.

Or, ce qu'est une « attente raisonnable de vie privée » dépend, en bonne partie, non pas simplement des fondements philosophiques de notre organisation politique annoncés par les autorités publiques, mais bien des attentes réelles ayant pu se développer au sein de la société à un moment donné. Ce qui est raisonnable un jour peut ne plus l'être quelque temps plus tard. La nature et l'entendue de la protection garantie par l'art. 8 sont donc tributaires des transformations de l'imaginaire social.

Si nos attentes de vie privée peuvent théoriquement aller en grandissant, l'indifférence avec laquelle nous partageons tant de données sur nos vies dans l'univers numérique dans lequel nous évoluons peut plutôt nous faire croire le contraire. En tout état de cause, les critères « objectifs » sur lesquels se fondent les tribunaux pour déterminer l'étendue de nos droits et les possibles justifications de leur atteinte ne reposent évidemment pas sur des données intemporelles et universelles, et leur application n'est pas non plus indépendante des attentes mutuelles s'étant développées et diffusées au sein de la société dans laquelle baignent les décideurs. Le point important à retenir ici est que l'imaginaire des possibles entretenu par les juristes détermine le registre des décisions pouvant être attendues.

Or, si l'accusation de sophisme peut souvent être opposée à l'argument de la « pente savonneuse » (*slippery slope*), il existe des cas où il ne s'agit pas d'un argument fondé sur des craintes irrationnelles, mais bien sur un processus causal réel. Cela peut notamment être le cas lorsqu'un premier événement facilite réellement l'occurrence de ses successeurs en affaiblissant la résistance que ces derniers auraient pu offrir, n'eût été l'habitude et la normalisation qui découlent du premier. Cette normalisation provient notamment du fait que la répétition peut engendrer ce que les sciences cognitives nomment le « biais de disponibilité », c'est-à-dire que le jugement de ce qui est probable est influencé par ce qui vient le

³ R. c. Wise, [1992] 1 R.C.S. 527, 533.

plus facilement à l'esprit⁴. Ainsi, un évènement que l'on juge exceptionnel à sa première occurrence peut très bien se muter en évènement faisant partie de la normalité attendue des gens qui le vivent à répétition. Et une réaction hors norme à un premier évènement exceptionnel, si elle peut alors paraître justifiée justement par le caractère exceptionnel de l'affaire, peut aussi être graduellement normalisée une fois le tabou brisé et la répétition installée.

C'est ici qu'intervient la deuxième source de mes réflexions. Du point de vue de la théorie constitutionnelle, il est primordial de s'arrêter non seulement aux règles particulières qui pourraient encadrer l'usage de la force étatique dans le but de prévenir l'acte terroriste, ou y réagir, mais aussi d'examiner de manière plus large comment l'État réagit sur le plan juridique à des situations qui l'extirpent de son fonctionnement normal. Rappelons-nous que l'autorité publique, dans un État de droit, est imaginée comme étant le fruit du droit. Cette autorité ne peut agir qu'à l'intérieur du droit, sans quoi elle nie ses fondements mêmes.

Or, il apparaît parfois que d'agir conformément aux prescriptions de la loi mettrait à risque l'existence même de l'État. Certains juges américains ont affirmé que leur constitution n'était pas un « pacte de suicide »⁵. Sans utiliser d'aphorismes aussi évocateurs, les instances judiciaires

⁴ L'étude classique à ce sujet est Amos TVERSKY et Daniel KAHNEMAN, « Availability : A heuristic for judging frequency and probability », (1973) 5 :2 *Cognitive Psychology* 207.

⁵ Le plus récent en lice est probablement Richard Posner : Richard POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006. Voir aussi *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson J., dissident : « The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either. There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact. ») et *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 159-160 (1963) (Goldberg J., for the Court : « The Constitution is silent about the permissibility of involuntary forfeiture of citizenship rights. While it confirms citizenship rights, plainly there are imperative obligations of citizenship, performance of which Congress in the exercise of its powers may constitutionally exact. One of the most important of these is to serve the country in time of war and national emergency. The powers of Congress to require military service for the common defense are broad and far-reaching, for while the Constitution protects against invasions of individual rights, it is not a suicide pact. »)

appliquant la Constitution du Canada ne sont pas en reste. Ainsi, le Conseil privé de Londres a-t-il non seulement permis la suspension des règles de partage des compétences législatives en temps de guerre, permettant ainsi au Parlement canadien d'adopter des mesures législatives qui ressortiraient normalement de la compétence exclusive des législatures provinciales, il a aussi laissé au gouvernement central le soin de déterminer lorsque la fin de cette suspension était justifiée, au-delà la fin de la guerre⁶. La Cour suprême du Canada, quant à elle, a permis, en temps de paix, au Parlement fédéral d'adopter des mesures législatives temporaires qui relèveraient normalement du ressort exclusif des provinces, et ce, pour lutter contre une crise économique qualifiée d'« urgence nationale »⁷. La Cour suprême cautionne aussi fréquemment le maintien temporaire de lois qu'elle juge pourtant inconstitutionnelles. Non sans ironie,

⁶ *The Fort Frances Pulp and Paper Company Limited v. The Manitoba Free Press Company Limited and others (Ontario)*, [1923] UKPC 64, [1923] AC 695 (ci-après « Fort Frances Pulp and Paper Company »).

⁷ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 436-37 (juge Ritchie pour les juges Martland et Pigeon) :

J'emploie l'expression « situation d'urgence nationale » dans le sens que, selon moi, lord Wright lui a donné dans *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney General of Canada* [[1947] A.C. 87] (...) et que cette Cour a endossé dans le *Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre* [[1950] R.C.S. 124]. Dans ces arrêts, la situation d'urgence avait été provoquée par la guerre ou l'après-guerre, mais je ne vois rien qui empêche d'en appliquer les principes à une situation créée par des conditions économiques véritablement exceptionnelles en temps de paix.

À mon avis, ces conditions existent si l'on peut affirmer que la situation est urgente et critique, qu'elle cause préjudice à l'ensemble du pays et qu'elle a pris une telle ampleur qu'elle transcende les pouvoirs attribués aux législatures des provinces, créant ainsi une situation d'urgence à laquelle seul le Parlement peut remédier en exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada ». Ce pouvoir du Parlement ne peut, à mon avis, être exercé que pour faire face à des circonstances exceptionnelles et à la nécessité en découlant; par conséquent, il doit être restreint à une législation de caractère temporaire.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson furent également d'avis que la loi fédérale était valide en vertu de la doctrine de l'« urgence nationale ».

elle l'a fait, pour la première fois, en affirmant agir ainsi au nom du respect du principe de la primauté du droit⁸ !

Dans les minutes – et les quelques pages – qui vont suivre, je compte vous offrir quelques réflexions qui visent à mettre en lumière le phénomène de normalisation de l'exceptionnel dans notre ordre constitutionnel. Je le ferai à partir d'exemples concrets tirés de la jurisprudence canadienne. Vous aurez compris que je ne m'attaquerai donc pas directement à la présentation que fait le juge de Montigny du droit ni aux arguments qu'il présente, mais mes propos visent plutôt à mettre en contexte les enjeux politico-juridiques soulevés et à offrir une mise en garde générale. Je reprends essentiellement là où Herbert Marx nous a laissé, il y a plus de 45 ans, avec son magnifique texte «Emergency Power and Civil Liberties in Canada»⁹ dans lequel il traitait de l'État de siège (là où l'urgence est juridiquement encadrée), de la loi martiale (là où le droit des civils est suspendu complètement ou partiellement au profit de décisions prises par les autorités militaires) et de la doctrine de l'«urgence» en droit canadien. Me concentrant sur certains développements postérieurs à ceux traités dans l'article de Herbert en matière d'«urgence» ou, plus précisément, d'«exception», je veux démontrer comment l'exceptionnel risque de devenir la norme. Pour débiter, laissez-moi situer les concepts en cause pour faciliter la compréhension des enjeux.

II. L'état d'exception – conceptualisation de l'enjeu

La doctrine de l'État de droit moderne, comme je le disais plus tôt, conçoit l'État comme étant le produit du droit et, étant la créature de ce dernier, il est contraint de ne pouvoir agir qu'à l'intérieur des limites que le droit fixe. Cette conception présuppose qu'une fonction cardinale du droit est d'assurer la prévisibilité de l'exercice du pouvoir en établissant à l'avance ses limites. Les limites particulières qui pourront être posées à l'État dans un système de droit donné désigneront du même coup les frontières de l'autonomie des individus que ce droit cherche à protéger. L'individu peut tout faire, sauf ce que le droit lui interdit, et l'État ne peut

⁸ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁹ Herbert MARX, «Emergency Power and Civil Liberties in Canada», (1970) 16 *McGill Law Journal* 39.

rien faire, sauf ce que lui autorise le droit. La protection contre l'arbitraire de l'autorité publique commande de telles restrictions à l'État et à ses organes.

Or, cette conception dominante du rapport entre le politique et le droit dans l'État de droit n'est pas toujours celle qui a eu cours de tout temps et en tous lieux. En effet, cette conception libérale du rôle de l'État et du droit présuppose déjà une certaine normalité des choses, une stabilité sociale suffisante pour que l'enjeu de la *prédictibilité* des interventions d'autrui l'emporte sur celui de la *crainte existentielle* que l'acte d'autrui puisse mettre fin à nos jours. En d'autres mots, assurer la prévisibilité des échanges est un enjeu qui ne peut apparaître comme dominant que lorsque la survie est suffisamment assurée pour qu'elle ne soit pas la préoccupation première. Lorsque les conditions ne permettent pas à une normalité de s'installer ou de perdurer, la régularité du droit pourrait ne plus trouver d'assises factuelles sur lesquelles reposer. C'est du moins ce qu'avance Carl Schmitt lorsqu'il écrit :

Toute norme générale exige une organisation normale des conditions de vie, où elle pourra s'appliquer conformément aux réalités existantes et qu'elle soumet à sa réglementation normative. La norme a besoin d'un milieu homogène. Cette normalité de fait n'est pas un simple « préalable externe » que le juriste puisse ignorer ; elle appartient, bien au contraire, à sa validité immanente. Il n'existe pas de norme qu'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens. Il faut qu'une situation normale soit créée, et celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation normale existe réellement. Tout droit est « droit en situation »¹⁰.

En l'absence d'un ordre minimal, le droit positif n'aurait donc pas de prise selon Schmitt. Le droit positif présupposerait donc un certain degré d'ordre préalable.

Ceci nous mène à explorer comment les différents rapports entre le droit, l'ordre et les situations menaçant cet ordre sont imaginés dans notre culture juridique occidentale contemporaine.

¹⁰ Carl SCHMITT, *Théologie politique*, traduit par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 23.

A. Nécessité prévue par la loi

Une fois l'ordre établi, le droit positif peut prévoir comment l'autorité publique s'attaquera à des situations urgentes et périlleuses comme des catastrophes naturelles, des insurrections ou des attaques terroristes. Le droit prend alors en charge ces événements qui, même s'ils sont rares, peuvent revêtir une forme prévisible. Ces lois, dont la *Loi sur les mesures d'urgence*¹¹ et ses équivalentes provinciales, visent à établir le cadre juridique à l'intérieur duquel l'autorité publique agira pour résorber la crise à laquelle fait face l'État ou la population qui le compose. Même si ces lois peuvent autoriser «des mesures extraordinaires [qui seraient] peut-être injustifiables en temps normal»¹², elles ne visent pas à soustraire les pouvoirs des autorités publiques de l'emprise du droit. Tout le contraire. Ces lois visent précisément à encadrer les pouvoirs publics dans des situations où le fonctionnement habituel des choses n'est pas adapté; il s'agit donc d'une tentative de normalisation de la situation anormale. Il ne s'agit pas là, à proprement parler, de cas d'«exceptions» comme l'entend la théorie constitutionnelle.

B. Nécessité n'a point de loi

«Necessitas legem non habet»
[Nécessité n'a point de loi]
Decretum Gratiani (~ 1140)
Distinction I., C. XI.

La théorie de l'exception avance que l'État – ou ses organes – puisse devoir agir, dans des cas d'extrême nécessité, à l'extérieur du droit – notamment les lois prévoyant des mesures d'urgence – pour assurer le salut public. L'ordre juridique serait alors suspendu de manière exceptionnelle pour permettre la prise de mesures nécessaires à mettre fin à la situation d'extrême nécessité. Le pouvoir de décider de l'exception et d'agir pour maintenir ou rétablir un ordre effectif, que Schmitt identifie comme étant

¹¹ L.R.C. 1985, c. 22, (4^e supp.). Voir H. MARX, préc., note 9.

¹² *Id.*, préambule.

le critère de la souveraineté¹³, ne découle pas des règles que l'on peut trouver dans le droit d'un État –fût-il sa Constitution – et qui permettent à l'État de déroger au droit habituel en cas d'urgence. Le «souverain» serait, toujours selon Schmitt, celui qui peut décider s'il existe concrètement une situation exceptionnelle – chose qu'une norme abstraite ne peut pas faire – et celui qui peut décider, dans les faits, de suspendre l'ordre légal dans sa totalité, incluant suspendre d'hypothétiques dispositions d'une Constitution désignant qui pourrait prendre des mesures d'urgence autrement dérogoires au droit et dans quelles circonstances ces mesures pourraient être prises. Ce pouvoir de décision, de suspension du droit, n'est donc pas un attribut dont est assorti le *statut* de souverain, mais bien l'élément même qui nous permet d'identifier qui est le souverain dans une situation concrète.

Cette théorie s'inscrit évidemment en faux avec la conception de l'État de droit puisqu'elle suppose que l'autorité publique peut non seulement agir à l'extérieur du cadre du droit, mais que la décision même portant sur la nécessité d'agir à l'extérieur de ce cadre n'est pas déterminée par le droit, mais plutôt par une décision purement politique.

Même si la théorie de l'exception présuppose des actions prises par les autorités publiques en dehors des règles de droit, elle ne vise que le maintien de l'ordre ou le retour à l'ordre. C'est que cette théorie est le résultat du découplage des notions de «légalité formelle» et d'«ordre» qui, en temps normal, paraissent fondus l'une dans l'autre :

La situation exceptionnelle est toujours autre chose encore qu'une anarchie et un chaos, et c'est pourquoi, au sens juridique, il subsiste malgré tout toujours un ordre, fût-ce un ordre qui n'est pas de droit. L'existence de l'État garde ici une incontestable supériorité sur la validité de la norme juridique. La décision se libère de toute obligation normative et devient absolue au sens propre. Dans le cas d'exception, l'État suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation, comme on dit¹⁴.

Le risque avec cette façon de procéder est évidemment que, bien souvent, il n'y a pas plus permanent que le temporaire... Ainsi, l'exception

¹³ C. SCHMITT, préc., note 10, p. 17.

¹⁴ *Id.*, p. 22.

peut être normalisée par la suspension permanente de l'ordre juridique ou d'une partie de celui-ci. C'est ce qu'on a pu voir historiquement au sein de certains régimes sud-américains lors de la Guerre froide. La menace d'insurrection ou de révolution étant permanente, les régimes autoritaires utilisaient ce motif pour suspendre de manière permanente une série de garanties juridiques. L'habitude se crée alors et l'extraordinaire devient banal.

C. Nécessité fait loi

« Salus populi suprema lex esto »
[Que le salut du peuple soit la suprême loi]
Cicéron, *De Legibus* (52, av. J.-C.)
Livre III, partie III, sub. VIII

Tout en reconnaissant que des situations extrêmes ne peuvent se régler tout en demeurant à l'intérieur du cadre juridique que forment les règles et principes de droit positif, une certaine conception du rapport entre politique et droit tente de réconcilier ces deux positions opposées que sont le légalisme de l'État de droit et le décisionnisme de la théorie de l'exception. Cette conception cherche à légitimer les actions de l'autorité publique prises en dehors du droit positif en avançant l'idée d'inspiration thomiste selon laquelle l'autorité publique et le droit positif existent *pour* atteindre certains objectifs fondamentaux. Le droit positif ne serait alors qu'un moyen parmi d'autres pour mettre en œuvre les réels impératifs qui doivent guider l'action publique. Ces impératifs constitueraient en quelque sorte la loi naturelle que le droit positif ne chercherait qu'à incarner et à réaliser concrètement¹⁵. En déterminant dans des règles de droit positif ce que le droit naturel requiert, les auteurs de la loi trancheraient officiellement, pour la communauté visée, la question de savoir comment mettre en œuvre les impératifs de ce droit naturel. Cette conception téléologique de l'ordre juridique viendrait justifier les actions exceptionnelles prises en contravention directe de règles formelles du droit en suggérant qu'elles répondaient ultimement à une loi supérieure à l'ordre juridique formel. Cette conception s'illustre par des adages tels que *Salus*

¹⁵ Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, Q. 95, art. 2.

populi suprema lex esto. Les fins reconnues à l'ordre juridique peuvent évidemment être de diverses natures. Si, à une époque, on se préoccupait d'abord et avant tout du salut de l'âme, les guerres de religion en Europe à la suite de la Réforme et l'instabilité civile qui en résultèrent mèneront les penseurs politiques tels que Hobbes et Locke à populariser l'idée que l'autorité publique doit avant tout garantir la sécurité physique, puis juridique, des membres de la communauté politique. Cette troisième voie permettrait donc de reconnaître qu'un acte posé par l'autorité publique n'est pas conforme au droit positif applicable, mais le justifiera, ou le permettra temporairement, au nom des fins imputées à l'ordre juridico-politique conformément à une certaine conception d'un droit dit naturel.

Cette conception téléologique, si elle répond à la préoccupation que les actes pris hors du droit positif peuvent tout de même être justifiés par une source qualifiée de « légale », elle ne permet pas de rencontrer l'objection que le droit contemporain ne tire pas nécessairement sa validité de sa conformité à la morale. En fait, le droit des sociétés plurielles et libérales sert, notamment, à régler les conflits pouvant naître des controverses morales liées à la diversité des valeurs morales en ne cherchant pas à prescrire le *bien* – ce vers quoi chacun devrait tendre –, mais plutôt le *juste* – ce qui appartient à chacun. Inviter l'appel aux normes morales externes au droit pour justifier la contravention par les autorités publiques aux règles et principes de droit positif adoptés démocratiquement affaiblirait cette fonction de cohésion sociale du droit.

Au-delà de cela, cette approche exige de placer à la tête du droit non pas la démocratie, mais plutôt des juges-moralistes. L'État de droit libéral qui exige la neutralité des juges peine à absorber une telle conception du juge-moraliste. Le risque est très grand que la juge validant un acte exorbitant du droit positif sur la base de conceptions morales qui lui sont propres soit alors qualifiée d'activiste qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés.

D. Loi par nécessité

L'usage de principes moraux externes au droit positif pour justifier des décisions ou actions qui pourraient aller à l'encontre de ce même droit positif appelle le problème du relativisme moral et est en tension

avec l'idée contemporaine que le droit doit être le fruit d'une volonté démocratique et non le pur produit de la raison. Pour contourner ces écueils, certains ont développé l'idée selon laquelle il existerait des principes supralégislatifs *internes* à l'ordre constitutionnel. Pour faciliter la normalisation de ces « principes constitutionnels », c'est-à-dire, pour les intégrer à ce qui est routinier et accepté, on décrit ces impératifs, distincts du droit constitutionnel produit selon les formules de modifications, comme étant sous-jacents aux règles formelles expresses : « Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées. »¹⁶

Dans certains cas, on affirme que ces principes découlent implicitement de dispositions spécifiques de la Constitution, comme ce fut le cas pour le développement de la théorie des pouvoirs d'urgence où l'on conclut que l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* devait être interprété comme conférant au Parlement le pouvoir d'adopter des lois qui relèveraient normalement des législatures provinciales dans les cas d'urgence nationale¹⁷. Dans d'autres cas, on fera plutôt référence au préambule des textes constitutionnels ou à l'« architecture » de la Constitution pour identifier des principes sous-jacents à la Constitution :

¹⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

¹⁷ *Fort Frances Pulp and Paper Company*, préc., note 6, 5-6 :

In the event of war, when the national life may require for its preservation the employment of very exceptional means, the provision of peace, order and good government for the country as a whole may involve effort on behalf of the whole nation, in which the interests of individuals may have to be subordinated to that of the community in a fashion which requires sec. 91 to be interpreted as providing for such an emergency. The general control of property and civil rights for normal purposes remains with the Provincial Legislatures. But questions may arise by reason of the special circumstances of the national emergency which concern nothing short of the peace, order and good government of Canada as a whole.

The over-riding powers enumerated in sec. 91, as well as the general words at the commencement of the section, may then become applicable to new and special aspects which they cover of subjects assigned otherwise exclusively to the Provinces. (...)

Their Lordships, therefore, entertain no doubt that however the wording of secs. 91 and 92 may have laid down a framework under which, as a general principle, the Dominion Parliament is to be excluded from trenching on property and civil rights in the Provinces of Canada, yet in a sufficiently great emergency such as that arising

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale¹⁸.

La juge en chef McLachlin, qui n'a pas hésité à dire elle-même qu'elle est une «modern natural law proponent», affirmait clairement voir dans certains principes constitutionnels non écrits la continuation séculière d'une tradition religieuse du droit naturel :

The contemporary concept of unwritten constitutional principles can be seen as a modern reincarnation of the ancient doctrines of natural law. Like those conceptions of justice, the identification of these principles seems to presuppose the existence of some kind of natural order. Unlike them, however, it does not fasten on theology as the source of the unwritten principles that transcend the exercise of state power. It is derived from the history, values and culture of the nation, viewed in its constitutional context.¹⁹

out of war, there is implied the power to deal adequately with that emergency for the safety of the Dominion as a whole.

Voir aussi *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 7 et H. MARX, préc., note 9.

¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 16, par. 51. Sur l'importance de l'«architecture» de la Constitution dans l'interprétation de cette dernière et, notamment, sur le fait qu'une modification à cette architecture constitue aussi une modification constitutionnelle, voir *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, par. 26-27 et *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 [art. 5 et 6].

¹⁹ Beverley MCLACHLIN, «Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?», (2006) 4 *N.Z.J.P.I.L.* 147, 149.

Même si ces principes constitutionnels ne contribuent pas nécessairement à augmenter la prévisibilité du droit et à réduire la marge discrétionnaire des décideurs qui sous-tend le légalisme de l'État de droit, ces principes participent tout de même à l'encadrement légal des pouvoirs des autorités publiques. En fait, ces principes constitutionnels participent du droit positif selon la conception positiviste hartienne : ils sont validés et reconnus comme membres de l'ensemble des normes du droit par la règle de reconnaissance du système juridique²⁰.

Parmi ces principes que la Cour suprême du Canada a reconnus, on trouve notamment le fédéralisme²¹, la démocratie²², le respect des minorités²³, le respect des droits et libertés de la personne²⁴, la séparation des

²⁰ Hebert L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1997. Voir aussi François CHEVRETTE et Hugo CYR, « De quel positivisme parlez vous ? », *Mélanges Andrée Lajoie*, (ss. dir. Pierre NOREAU et Louise ROLLAND), Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 34-60.

²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 16.

²² *Id.* Dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la majorité spécifie que le principe en cause est celui de la *démocratie parlementaire* et, de là, en conclura que certains privilèges parlementaires ont un statut constitutionnel (voir l'opinion de la juge McLachlin, avec le concours des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci et l'appui, dans une opinion distincte, du juge La Forest). Voir en ce sens : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 101 (ci-après « Renvoi relatif à la rémunération des juges »).

²³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 16.

²⁴ *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 83 (juge LeBel).

pouvoirs²⁵, l'indépendance de la magistrature²⁶, la primauté du droit²⁷, le constitutionnalisme²⁸ et l'honneur de la Couronne²⁹.

Or, l'interprétation que la Cour suprême a donnée au principe de la primauté du droit pourrait en surprendre plusieurs. Dans le *Renvoi relatif*

²⁵ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66 et *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62. Toutefois, comme cette dernière affaire l'illustre bien, force est de constater que le principe de la séparation des pouvoirs, s'il existe réellement en droit constitutionnel canadien, diffère fortement de l'image idéalisée que peuvent s'en faire certains. Tout d'abord, sur le plan fonctionnel, l'obligation d'accorder la réparation appropriée en vertu de l'art. 24 en cas de violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* peut entraîner la magistrature à accomplir des fonctions qui dépassent la simple application de la loi, tout comme lorsque les tribunaux adoptent des règles de pratique pour encadrer le déroulement des procès. Pensons aussi à la fonction législative que l'exécutif accomplit lorsqu'il prend des règlements ou aux fonctions exécutives remplies par la législature lorsqu'elle enquête sur des faits en commission parlementaire. Par ailleurs, sur le plan institutionnel, il faut noter que la séparation la plus nette est celle entre, d'une part, la magistrature, et d'autre part, l'exécutif et le législatif. Rappelons-nous que les membres du Cabinet sont conventionnellement choisis au sein de la députation dans notre système de gouvernement parlementaire responsable. Toutefois, en l'absence du gouverneur-général pour le Parlement ou du lieutenant-gouverneur pour les législatures provinciales, ou lorsque ceux-ci sont dans l'impossibilité d'agir, rappelons-nous que le « député » du gouverneur-général ou l'« administrateur » peut accomplir leurs fonctions législatives ou exécutives (voir *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 14 et 67 et *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada de 1947*, L.R.C. 1985, app. II, n° 31, art. VII-VIII) et que ces « députés » sont normalement le juge en chef de la Cour suprême (ou un juge puîné) et que ces « administrateurs » sont, quant à eux, traditionnellement les juges en chef de chaque province (ou un autre juge).

²⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, préc., note 22, par. 83; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13. Voir l'analyse critique fort instructive de Jean Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001-2002) 27 *Queen's L.J.* 440.

²⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 16.

²⁸ Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 16 unit la primauté du droit et le constitutionnalisme en un seul et unique principe.

²⁹ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, 2010 CSC 53 (CanLII), par. 42.

*aux droits linguistiques au Manitoba*³⁰, la Cour suprême était appelée à déterminer si l'ensemble des lois manitobaines adoptées entre 1890 et le milieu des années 1980 étaient invalides en raison du non-respect de l'exigence prévue à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*³¹ que toutes ces lois soient adoptées en français et en anglais. Puisque la Cour en vint à la conclusion que ces lois étaient effectivement incompatibles avec l'exigence constitutionnelle qui dicte leur mode d'adoption, la Cour était alors prise avec la difficile question des conséquences d'une telle opinion :

Le problème que pose le fait que les lois unilingues de la législature du Manitoba doivent être déclarées invalides et inopérantes est, sans plus, le vide juridique que cela engendrera et le chaos qui s'ensuivra en la matière dans la province du Manitoba. Depuis 1890, la législature du Manitoba a adopté presque toutes ses lois en anglais seulement. Donc, conclure que les lois unilingues du Manitoba sont invalides et inopérantes signifierait que seules les lois adoptées dans les langues française et anglaise avant 1890 demeureraient valides et seraient toujours opérantes même si elles sont censées avoir été abrogées ou modifiées par une loi unilingue postérieure à 1890. Les matières qui n'ont pas été abordées par des lois adoptées avant 1890 ne seraient désormais régies par aucune loi à moins qu'une règle ne soit prévue par une loi antérieure à la Confédération ou par la common law.

[...]

La conclusion que les lois de la législature du Manitoba sont invalides et inopérantes signifie que l'ordre de droit positif qui est censé avoir réglementé les affaires des habitants du Manitoba depuis 1890 se trouvera détruit et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces règles de droit seront invalides et non exécutoires. Quant à l'avenir, puisqu'il est raisonnable de présumer qu'il sera impossible à la législature du Manitoba de corriger *instantanément* ce vice d'ordre constitutionnel, les lois de la législature du Manitoba seront

³⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 27.

³¹ S.R.C. 1970, app. II.

invalides et inopérantes jusqu'à ce qu'elles aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues³².

Reprenant un passage du *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution*³³, la Cour souligne que la primauté du droit «est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale.»³⁴ La Cour emprunte toutefois à la stratégie schmittienne en découplant le principe de «légalité formelle» de l'État de droit³⁵ et celui d'«ordre»³⁶. Elle ne suit par contre pas Schmitt plus loin parce qu'elle affirme que la primauté du droit requiert à la fois le respect du principe de légalité formelle et l'existence d'un ordre de droit positif. Bref, l'existence de l'ordre est incluse dans l'impératif juridique lui-même de primauté du droit et n'est pas présentée comme une simple condition sociologique nécessaire à l'existence du droit. La Cour ouvre ainsi la porte à la question du lien qui doit unir ces deux éléments.

³² *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 27, par. 55 et 61.

³³ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 805-06.

³⁴ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 27, par. 62 [soulignements dans l'original].

³⁵ *Id.*, par. 59: «La primauté du droit, qui constitue un principe fondamental de notre Constitution, doit signifier au moins deux choses. En premier lieu, que le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire.»

³⁶ *Id.*, par. 60:

En second lieu, la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée. [TRADUCTION] «La primauté du droit en ce sens sous-tend [...] simplement l'existence de l'ordre public.» (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), à la p. 43.) Comme l'a déjà dit John Locke, [TRADUCTION] «Un gouvernement sans lois est, je suppose, un mystère politique, inconcevable pour l'esprit humain et incompatible avec la société des hommes.» (Cité par lord Wilberforce dans *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.), à la p. 577.) Selon Wade et Phillips dans *Constitutional and Administrative Law* (9th ed. 1977), à la p. 89: [TRADUCTION] «[...] la primauté du droit exprime la préférence pour l'ordre public dans une société plutôt que pour l'anarchie, la guerre et les luttes incessantes. En ce sens, la primauté du droit est une perception philosophique de la société qui, dans la tradition occidentale, est liée aux notions fondamentales de démocratie.»

Or, pour que la légalité formelle puisse s'appliquer, l'existence d'un ordre de droit positif paraît être une condition antérieure nécessaire. Pour respecter la primauté du droit dans ses deux composantes présentées ici³⁷, il serait donc nécessaire de tout d'abord assurer la présence d'un ordre de droit positif avant de se questionner sur le respect des règles juridiques formelles. Menacer la présence d'un ordre de droit positif aurait pour effet d'attaquer à la fois les deux composantes de la primauté du droit puisqu'il s'agirait du même coup d'une menace à la capacité d'encadrer les actions par des règles juridiques.

Par conséquent, en se fondant sur le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit, la Cour suprême en est venue à la conclusion que

La seule solution qui permet de préserver les droits, obligations et autres effets qui découlent des lois invalides de la législature du Manitoba et qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou d'autres principes consiste à déclarer que, pour maintenir la primauté du droit, ces droits, obligations et autres effets sont et continueront d'être opérants tout comme s'ils avaient découlé de textes législatifs valides, pendant la période durant laquelle il sera impossible au Manitoba de se conformer à l'obligation constitutionnelle qui lui incombe en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La province du Manitoba ferait face au chaos et à l'anarchie si les droits, obligations et autres effets juridiques sur lesquels se sont fondés les Manitobains depuis 1890 pouvaient soudainement être contestés. La garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne tolérera pas un tel chaos ou une telle anarchie.

La garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne permettra pas non plus que la province du Manitoba se trouve désormais sans système juridique valide et efficace. Il sera donc nécessaire de considérer les lois unilingues de la législature du Manitoba qui, n'était-ce de leur vice sur le plan constitutionnel, seraient actuellement en vigueur, comme temporairement valides et opérantes pour la période durant laquelle il sera impossible à la législature du Manitoba de se confor-

³⁷ Nous ne parlerons pas ici de la primauté du droit au sens « matériel » qui s'exprime à travers une série de présomptions interprétatives au bénéfice du sujet de droit (par ex. : la présomption réfragable qu'il n'y a pas d'expropriation sans compensation).

mer à son obligation constitutionnelle. Étant donné que cette validation temporaire visera également la loi en vertu de laquelle la législature du Manitoba est actuellement constituée, cette dernière sera légalement en mesure d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier ses lois conformément aux prescriptions de la Constitution, dès qu'elles auront été traduites. (Je souligne)³⁸.

Bref, la Cour suprême conclut que la situation créée par l'invalidation de l'ensemble des lois adoptées inconstitutionnellement sur presque 100 ans au Manitoba *nécessite* de suspendre temporairement l'application normale de certaines règles constitutionnelles pour maintenir l'ordre nécessaire au rétablissement du respect de la légalité. Dit autrement, on affirme alors ironiquement que c'est le principe de la primauté du droit lui-même qui exige le non-respect temporaire des règles constitutionnelles formellement adoptées !

En quelque sorte, l'approche prise ici se veut une version plus sophistiquée de celle que j'ai qualifiée plus haut de « nécessité prévue par la loi ». Elle peut être invoquée lorsque la loi *n'avait pas* prévu le cas d'extrême nécessité en question, ou plus précisément, que les autorisations qu'elle a données aux autorités publiques pour y faire face sont jugées insuffisantes dans le contexte de l'affaire. On prétend alors que le principe constitutionnel de primauté du droit prévoit les pouvoirs nécessaires pour éviter le chaos et couvrir l'imprévu du droit. On comprendra toutefois que le majestueux principe de primauté du droit sert ici à couvrir de sa cape de légitimité une suspension partielle de l'ordre juridique. Sous ces appareils se cache le cas d'exception schmittien. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, aucune règle de droit ne prévoyait la possibilité de la suspension des obligations constitutionnelles imposées à la législature, même temporairement. Il s'agissait en réalité ici d'une *décision* d'opportunité prise pour maintenir l'ordre et éviter un important chaos. L'appel à une conception particulière de la primauté du droit sert essentiellement à justifier le procédé utilisé dans le contexte où le système constitutionnel est prétendu fondé sur l'État de droit où l'autorité publique n'a pas de pouvoirs autres que ceux que lui reconnaît le droit.

³⁸ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 27, par. 84-85.

La Cour suprême a peut-être un peu exagéré en assimilant à un « vide juridique » le résultat de l'invalidation immédiate des lois manitobaines dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*³⁹ ; après tout, il existait tout de même un ordre juridique de droit positif en 1890, soit avant le début de l'adoption des lois inconstitutionnelles en raison de leur unilinguisme. Cela dit, nous devons conclure, comme la Cour l'a fait, que de retourner du jour au lendemain à ces seules lois valides pour traiter de l'ensemble des rapports juridiques qui se sont tissés depuis, aurait mené à un véritable chaos. L'affaire commandait manifestement des mesures exceptionnelles pour favoriser le retour au respect des exigences linguistiques imposées par la Constitution tout en évitant de provoquer un désordre juridique sans précédent au Manitoba. Cela dit, tout en évitant de créer une situation socialement intenable, la Cour venait d'ouvrir une importante brèche dans le rempart contre l'arbitraire que constitue l'État de droit. La Cour, en réponse à une situation exceptionnelle, venait de créer la possibilité de suspendre les exigences de la Constitution par une simple décision judiciaire.

II. De la loi par nécessité à la loi par commodité

Le cas d'exception que représente le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* pourrait ne pas nous préoccuper s'il n'était, comme son nom l'indique, qu'exceptionnel. La difficulté vient du fait qu'une fois le ver dans la pomme, il est difficile de sauvegarder le fruit. Le tabou brisé, le recours à la suspension de l'invalidation de la loi inconstitutionnelle s'intègre dans l'univers des possibles des juristes. Comme nous le verrons dans cette section, l'efficacité rhétorique de la justification de l'exception qui repose sur la prétention que le maintien temporaire de normes inconstitutionnelles découle en réalité de la primauté du droit met en péril l'État de droit. Ce qui avait été pensé pour éviter une crise particulière s'est rapidement transformé en mécanisme banalisé de suspension des droits constitutionnels, sans égard à la nécessité de maintenir l'État de droit.

³⁹ *Id.*, par. 55, 67, 88, 98 et 102.

A. Sécurité publique oblige

Quelques années après le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême fait face de nouveau à une situation d'extrême nécessité qui découlerait d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans l'affaire *R. c. Swain*⁴⁰. Ayant conclu à l'inconstitutionnalité de dispositions législatives permettant de détenir une personne déclarée non coupable en raison de leur aliénation mentale, que pouvait faire la Cour pour éviter que les juges soient « obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public »⁴¹ ? Le juge en chef Lamer écrit qu'une période transitoire est nécessaire « en raison des conséquences graves d'une telle déclaration » d'inconstitutionnalité⁴². Il affirme donc que la disposition attaquée

jouira d'une période de validité temporaire de six mois. Pendant cette période, toutefois, toute détention ordonnée en vertu du par. 542(2) sera limitée à 30 jours dans la plupart des cas, ou à 60 jours au maximum si le ministère public établit qu'un délai plus long est nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Cette durée semble suffisante dans le contexte des autres dispositions du *Code criminel* visant la détention aux fins d'observation psychiatrique et compte tenu du fait qu'un mandat peut être délivré dans certaines provinces dans un délai à peu près équivalent. Les tribunaux pourront choisir de limiter à une période de 30 à 60 jours les ordonnances qu'ils prononceront sous l'empire du par. 542(2). À défaut, chaque personne acquittée pourra recourir au bref d'*habeas corpus* après 30 jours⁴³.

On comprend aisément la décision d'éviter de remettre en liberté et sans aucun contrôle des personnes ayant commis des gestes de très grande violence, mais qui auraient été acquittées en raison de leur aliénation

⁴⁰ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

⁴¹ *Id.*, p. 1021 (juge en chef Lamer).

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

mentale. La suspension temporaire des effets du jugement d'inconstitutionnalité était ici, nous devons en convenir, nécessaire pour assurer la sécurité et la vie de nombreuses personnes.

Cela dit, si cette suspension était nécessaire pour assurer la sécurité du public, le fait que le juge en chef Lamer s'autorise du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* pour justifier la période de validité temporaire de la loi néanmoins jugée inconstitutionnelle est tout de même curieux⁴⁴. Personne n'invoquait dans l'affaire *Swain* que l'invalidité de la disposition attaquée allait créer un « vide juridique » qui irait à l'encontre du principe de la primauté du droit. Or, ici, ce principe n'était pas plus en danger que lorsque n'importe quelle disposition législative est invalidée. Il s'agissait plutôt de la sécurité du public qui était mise en péril. La Cour ne reprenait donc que la réparation développée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, sans son contexte et sa justification d'origine, comme si cette réparation avait maintenant une justification autonome de la primauté du droit qui lui avait donné naissance.

L'autonomisation de la réparation qu'est la suspension temporaire des effets du jugement d'inconstitutionnalité de son origine est une étape cruciale dans sa normalisation. Effet, cette réparation ne devient plus un « cas d'espèce » restreint à une trame factuelle particulière, elle devient un moyen parmi d'autres dans le coffre à outils judiciaires. Cela deviendra évident avec l'affaire *Schachter c. Canada*⁴⁵ qui sera décidée quelques mois plus tard.

B. Justice oblige

Dans cette affaire, un père contestait en vertu du par. 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* une disparité de bénéfices entre les parents naturels et les parents adoptifs que prévoyait la *Loi de 1971*

⁴⁴ Le juge en chef Lamer se réfère aussi à *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190 où la Cour avait accordé une période transitoire de 30 jours pour permettre aux corps policiers de préparer de nouveaux cartons contenant les nouvelles mises en garde aux détenus. Cette période transitoire ne visait pas à maintenir temporairement valide une disposition législative par ailleurs jugée inconstitutionnelle.

⁴⁵ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (ci-après « Schachter »).

sur l'assurance-chômage⁴⁶. Puisque les parties avaient concédé qu'il y avait eu violation du droit au même bénéfice de la loi prévu au par. 15 (1) de la *Charte*, il ne restait plus qu'à examiner la question des réparations appropriées.

Sans qu'il n'y ait de risque pour la survie de l'État, que la primauté du droit soit en péril, ou que la vie et la sécurité d'individus soient menacées, la Cour conclut que la suspension des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité peut être justifiée dans un cas de violation du droit à l'égalité. Il ne s'agit plus que d'une « méthode » qui pourrait être « appropriée dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large »⁴⁷ (je souligne). La Cour explique que

[...] si l'on allègue une négation du droit au même bénéfice de la loi, la disposition législative en question ne pose habituellement pas de problème en soi. C'est le fait qu'elle ne couvre pas toutes les situations qui pose un problème, de sorte que l'annulation immédiate de la loi priverait des personnes admissibles de bénéfices sans les fournir à celle qui en fait la demande. Par ailleurs, si le gouvernement n'est pas au départ tenu de fournir les bénéfices, il est vraisemblablement inapproprié de les étendre à d'autres. La solution logique est d'annuler, mais de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre au gouvernement de décider s'il doit annuler ou étendre les bénéfices⁴⁸.

Bref, la suspension de l'effet du jugement d'inconstitutionnalité vi-
serait ici à éviter l'égalité dans la vengeance en retirant inutilement le bénéfice aux personnes qui y sont admissibles pour les mettre sur le même pied d'égalité que ceux qui n'y ont pas eu accès. La suspension des effets de l'invalidation du traitement discriminatoire permettrait au législateur de décider s'il préfère (1) étendre le bénéfice actuel à la catégorie de personnes discriminées par le traitement différentiel, (2) offrir un bénéfice plus modeste, mais cette fois-ci à l'ensemble des ayants droit, incluant les personnes victimes de discrimination sous l'ancien régime, ou (3)

⁴⁶ *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48, art. 30.

⁴⁷ *Schachter*, préc., note 45, 715.

⁴⁸ *Id.*, 715-16.

retirer le bénéfice à tous. Il est manifeste que la suspension des effets du jugement d'inconstitutionnalité n'est plus justifiée par la *nécessité*, mais bien plutôt par la *commodité*.

La Cour affirme bien que l'interprétation large, lorsque la chose s'y prête, est de beaucoup préférable à l'invalidation avec suspension puisqu'elle assure immédiatement la conformité de la loi à la Constitution. Elle reconnaît aussi que la «suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*.»⁴⁹ Mais ces mises en garde demeurent bien timides lorsque nous nous arrêtons à penser qu'il est question de décisions judiciaires qui suspendent temporairement des parties de la Constitution sans que cette dernière ne leur ait expressément attribué ce pouvoir !

Alors qu'il existe un véritable tabou à l'encontre de l'utilisation de la disposition de dérogation prévue à l'art. 33 de la *Charte* par le législateur pour soustraire temporairement ses lois à certaines garanties de la Constitution, les tribunaux procèdent régulièrement à la suspension de ces mêmes droits sans que cela ne semble soulever quelque passion que ce soit. L'exception me paraît tout à fait normalisée après la récente affaire *Canada (Procureur général) c. Bedford*⁵⁰.

C. Sensibilités obligent

Dans la récente affaire *Bedford*, trois dispositions du *Code criminel* étaient contestées. Il s'agissait des dispositions qui créaient les infractions de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver, qui interdisait de vivre des produits de la prostitution d'autrui, et qui interdit la communication en public à des fins de prostitution. La Cour conclut dans cette affaire que les dispositions en cause portent atteinte au droit à la sécurité de la personne que l'art.7 de la *Charte* garantit, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour écrit :

⁴⁹ *Id.*, 716.

⁵⁰ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (ci-après « *Bedford* »).

Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus⁵¹.

Bref, les dispositions sont jugées inconstitutionnelles parce qu'elles mettent sérieusement en danger la vie et la sécurité de personnes. Rappelons-nous que c'était précisément pour assurer la sécurité et la vie de personnes que la Cour suprême avait suspendu l'effet de l'inconstitutionnalité de la loi dans *Swain* en 1991. Cet enjeu était considéré comme tellement important qu'il justifiait un accroc temporaire à la Constitution.

Pourtant, au chapitre des réparations, la juge en chef McLachlin écrit pour la Cour :

Il peut y avoir controverse quant à savoir si l'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (les facteurs favorables à la suspension invoqués dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Cependant, il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens.

Par contre, laisser s'appliquer dans leur forme actuelle l'interdiction des maisons de débauche, celle du proxénétisme et celle de la communication en public aux fins de prostitution exposerait les prostituées à un risque accru durant la suspension, un risque qui porte atteinte à leur droit constitutionnel à la sécurité de la personne.

Il n'est pas facile de choisir entre l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat. L'une et l'autre des mesures comportent des inconvénients. Toutefois, au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, je conclus à la nécessité de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an⁵².

⁵¹ *Id.*, par. 60.

⁵² *Id.*, par. 167-169 [je souligne].

La Cour suprême se trouve donc à suspendre l'invalidation des dispositions inconstitutionnelles pour des motifs opposés à ceux évoqués dans *Swain* ! Les dispositions contestées par Mme Bedford l'étaient précisément parce qu'elles mettaient en danger des citoyens et la Cour les maintient temporairement en vigueur parce que faire autrement « susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » ! À la lumière de cette affaire, nous sommes en droit de croire que selon la Cour suprême, de « vives inquiétudes » du public, sans démonstration qu'elles soient fondées, sont dorénavant suffisantes pour permettre de temporairement maintenir en vigueur des lois qui violent la Constitution en ce qu'elles portent atteinte à la sécurité et à la vie des personnes de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale.

Loin de pouvoir être justifiée par la nécessité de répondre à une crise urgente ou une situation extrême, la suspension de l'invalidité dans l'affaire *Bedford* pourrait bien, en réalité, être relativement inefficace sur le plan juridique. C'est qu'après le délai écoulé, les dispositions du *Code criminel* attaquées seront déclarées inconstitutionnelles. Or, le para. 11 i) de la *Charte* prévoit que « tout inculpé a le droit : de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. » Les personnes inculpées des crimes jugés inconstitutionnels durant la période de suspension n'ont qu'à s'assurer de ne pas recevoir de sentence pour ces crimes avant la fin de la suspension ; dès lors que l'invalidité prendra effet, ces personnes auront droit de ne pas être sanctionnées puisqu'aucune peine n'est rattachée à un crime inexistant. Par ailleurs, puisque le législateur ne peut rétroactivement créer de nouvelles infractions pénales sans porter atteinte à l'art. 11 g) de la *Charte*, il est difficile de s'imaginer comment le législateur aurait pu rétroactivement combler le vide laissé par la décision judiciaire autrement que par un argument très inventif sous l'art. 1 de la *Charte*, ou l'usage honni du recours à la disposition dérogatoire de l'art. 33 de cette même *Charte*.

Si la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité devait être une solution exceptionnelle et ponctuelle, force est de constater que l'usage de cette « méthode » a maintenant acquis un caractère de permanence. Comme l'adage le dit, il n'y a rien de plus permanent que le « temporaire »...

Ce qui est particulièrement troublant au-delà de la normalisation de l'exception, c'est qu'aucun critère pouvant un tant soit peu être capable d'encadrer les décideurs lorsqu'ils suspendent la Constitution n'a réellement été développé depuis la trentaine d'années que cette « méthode » a été introduite au sein de la pratique judiciaire canadienne. L'usage de ce pouvoir de décider de l'exception, complètement détaché de sa justification d'origine, est maintenant devenu routinier et il n'y a aucune tentative sérieuse de la part des tribunaux d'élaborer des balises pour encadrer son recours.

Avec le passage du temps, des décisions de simple opportunité, n'ayant rien à voir avec l'état de nécessité qui avait justifié l'accroc à l'État de droit dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, continuent donc d'éroder ce rempart contre l'arbitraire qu'incarne l'État de droit. Comment alors ne pas avoir de craintes que cette normalisation de l'exceptionnel puisse avoir des répercussions dans le contexte de la lutte au terrorisme ? De « vives inquiétudes » du public face à la menace terroriste permettront-elles de suspendre judiciairement l'effet des garanties juridiques prévues aux art. 7 à 14 de la *Charte* ?

Au-delà des enjeux directement liés à l'État de droit, il y a évidemment la question de la fluctuation des attentes que l'on peut entretenir quant aux contenus mêmes de nos droits garantis. L'impensable, par étapes successives qui, prises séparément, ne paraissent pas nécessairement révolutionnaires, peut non seulement devenir pensable, mais même être accepté. Pour reprendre mes propos en introduction : quelles seront nos « attentes raisonnables de vie privée » à la suite de, ou en prévision de, l'exécution d'un attentat terroriste majeur ou une vague d'attentats ? Comment s'assurer que la réaction exceptionnelle qui pourrait être justifiée dans l'urgence extrême ne soit pas subséquemment normalisée ?

* * *

Le risque de rendre l'inconcevable « normal » passe souvent par un processus de justification qui commence d'abord par la réponse hors-norme à une situation exceptionnelle, puis s'ensuit une normalisation graduelle de cette réponse en la détachant des motifs originaux ayant justifié la réponse hors norme. Détachée de sa justification originelle, la

réponse exceptionnelle se transforme alors en un « mécanisme » ou une règle comme les autres dans l'univers du juriste.

Ce processus de normalisation de l'exceptionnel peut se réaliser à travers les actions des tribunaux, mais il peut aussi être le fruit de la production législative. Rappelons-nous que la *Loi antiterroriste*, rapidement adoptée en 2001⁵³ à la suite des attentats du 11 septembre 2001, a pu être bien reçue des Canadiennes et Canadiens dans l'émoi et le sentiment d'urgence provoqué par les attentats. L'al. 145 (1) de la *Loi* prévoyait un examen parlementaire approfondi de ses dispositions et de son application de la loi dans les trois ans qui suivaient sa sanction. Toutefois, cette loi ne se voulait pas une loi temporaire. C'était une loi permanente. Dans sa structure même, on y voyait une intention claire de modifier le corps du droit canadien. En effet, il ne s'agissait pas d'une simple loi créant de nouvelles normes. Il s'agissait plutôt d'une loi qui, pour l'essentiel, ne faisait que modifier une série de lois existantes. Les changements législatifs s'inscrivent alors dans la surface lisse des lois où elles se trouvent. Si certaines mesures pouvaient paraître justifiées dans le contexte exceptionnel ayant suivi les attaques traumatisantes du 11 septembre 2001, elles avaient néanmoins pour vocation d'être normalisées et intégrées au corps ordinaire des lois.

De plus, si les tribunaux sont disposés à suspendre nos droits constitutionnels sur la base de jugements d'opportunité, il ne faut pas se surprendre que le législateur puisse aussi se sentir autorisé de le faire sans même avoir recours à la clause nonobstant prévue à l'art. 33 de la *Charte*. La *Loi antiterroriste (2015)*⁵⁴ vient alors immédiatement à l'esprit. Les professeurs Kent Roach et Craig Forcese, dans leur ouvrage *False Security: The Radicalization of Canadian Anti-Terrorism*, écrivent au sujet de cette loi :

In its content, the bill the government tabled on 30 January 2015 – Bill C-51 – was the most radical Canadian national security law ever legislated during our career as scholars and analysts of such things. And that means it was the most radical national security law ever enacted in the post-*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

⁵³ *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.

⁵⁴ *Loi antiterroriste (2015)*, L.C. 2015, c. 20.

period. In a dubious accomplishment, it managed to raise acute rights issues that already are being challenged under the *Charter*, while rejecting security improvements that the Air India Commission recommended were urgently needed⁵⁵.

Pourtant, la disposition dérogatoire n'a pas été invoquée lors de l'adoption de cette loi. Pourquoi ? On peut penser que c'est parce que le recours routinier aux jugements d'inconstitutionnalité suspendus offre pratiquement les mêmes bénéfices au Parlement que l'usage de la disposition dérogatoire, sans toutefois que les élus aient à en payer le prix politique. D'abord parce qu'en l'absence d'un financement public adéquat des litiges attaquant la validité constitutionnelle de lois, le risque d'un jugement d'inconstitutionnalité est assez limité. Ensuite parce que les délais judiciaires font en sorte que si un jugement d'inconstitutionnalité devait être ultimement prononcé par la Cour suprême, cela ne se ferait qu'après une série de longues procédures judiciaires qui s'étendraient normalement sur une période supérieure aux cinq années d'immunité dont la loi bénéficierait en vertu de la procédure de l'art. 33. La difficulté pour une partie contestant la validité d'une loi aux termes de la *Charte canadienne* d'obtenir un sursis d'application de cette loi pour la durée du litige assure que l'État jouit *de facto* de la capacité d'agir en vertu de dispositions inconstitutionnelles durant tout le litige⁵⁶. Si, d'aventure, une déclaration d'inconstitutionnalité était prononcée après ce long processus, il y a des chances que le gouvernement de l'heure ne soit plus celui qui avait adopté les mesures inconstitutionnelles. Le risque d'embarras pour le législateur est diminué d'autant plus lorsqu'il y a suspension du jugement d'inconstitutionnalité ; le Parlement pourrait alors cyniquement adopter durant la période de suspension une nouvelle mesure qu'il sait tout aussi inconstitutionnelle que la première sans qu'il y ait d'interruption entre l'application des deux lois inconstitutionnelles. S'il le désirait,

⁵⁵ Kent ROACH et Craig FORCESE, *False Security: The radicalisation of Canadian Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law, 2015, p. viii.

⁵⁶ Voir les affaires suivantes concernant les critères applicables à un sursis d'application de mesures législatives au cours des procédures judiciaires portant sur la validité constitutionnelle de ces mesures : *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 ; *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764.

le Parlement pourrait ainsi redémarrer le cycle des contestations judiciaires sans que les droits constitutionnels violés aient pu être respectés depuis l'adoption de la première loi contestée. Tout cela ne crée évidemment pas de mesures incitatives favorables au respect des droits que nous considérons comme si fondamentaux que nous avons voulu les mettre au sommet de notre édifice constitutionnel.

Le droit criminel prévoit des standards fort rigoureux pour qu'un accusé puisse bénéficier, en défense, de l'*excuse* de « nécessité ». Le juge Dickson nous prévient des risques qui découleraient du fait de permettre que la « nécessité » puisse servir de justification à la commission d'actes illégaux :

[...] soutenir qu'on peut justifier des actes manifestement illégaux à cause des avantages qu'ils présentent aurait pour effet d'introduire un élément de subjectivité indu dans le droit criminel. Ce serait inviter les tribunaux à réévaluer rétrospectivement l'intention du législateur et à apprécier le bien-fondé relatif des politiques sociales qui sous-tendent les interdictions en matière criminelle. Ni l'un ni l'autre de ces rôles ne cadre bien avec la fonction judiciaire. Une telle doctrine pourrait bien devenir le recours ultime de canailles et, pour reprendre les termes du lord juge Edmund Davies dans *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734, elle pourrait [TRADUCTION] « très facilement devenir simplement le masque de l'anarchie »⁵⁷.

Si la « nécessité » peut être invoquée par l'État pour défendre un acte autrement inconstitutionnel – ce qui me paraît déjà être une entorse au principe de l'État de droit –, l'État devrait être tenu aux standards les plus exigeants pour que nous ne tombions pas graduellement dans l'anomie qui caractérise l'habitude de l'exception. Qui plus est, tout comme celui qui s'engage dans un acte de désobéissance civile⁵⁸, l'agent de l'État qui agit en contravention du droit, dans l'optique, croit-il, de défendre

⁵⁷ Voir *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, 248.

⁵⁸ Sur la désobéissance civile, voir de manière générale le mémoire de maîtrise de notre conférencier principal, Yves de MONTIGNY, *La désobéissance civile en droit canadien*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1981, p. 182.

RÉFLEXIONS SUR LA NORMALISATION DE L'EXCEPTIONNEL

l'intérêt public, devrait accepter les conséquences juridiques de l'illégalité de ses gestes.

En bout de course, il est préférable, lorsque la situation le justifie, que certaines actions entreprises par l'État en situation de crise soient déclarées inconstitutionnelles purement et simplement, et ce, même si elles peuvent paraître « nécessaires ». Il n'y a pas lieu de conférer à des actions qui contreviennent à la Constitution la légitimité qui vient avec une déclaration de conformité au droit. Si l'État juge qu'un acte inconstitutionnel est malgré tout « nécessaire », alors qu'il en supporte le coût politique.

