

SPECIAL SERIES ON THE FEDERAL DIMENSIONS OF REFORMING THE SUPREME COURT OF CANADA

La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif plurinational: Le cas de la Cour suprême du Canada

Eugénie Brouillet*

Yves Tanguay**

**Institute of Intergovernmental Relations
School of Policy Studies, Queen's University**

SC Working Paper 2009 - 06



Introduction

La légitimité est inhérente à toute étude du pouvoir puisqu'elle fonde son droit à commander et à imposer sa volonté.¹ On peut définir la légitimité comme « le caractère moralement et socialement acceptable et accepté, au-delà de considérations strictement juridiques, d'une institution, d'une décision ou d'une chose »². Elle n'est jamais définitivement acquise ou perdue : sa dimension évolutive en constitue une caractéristique incontournable.³ Son évaluation est permanente et ne saurait être tranchée. Une institution (ou un pouvoir) sera en ce sens plus ou moins légitime.⁴ On peut ainsi parler d'un spectre de légitimité.

La question de la légitimité démocratique du pouvoir judiciaire est loin d'être nouvelle.⁵ Elle est sans cesse posée et sujette à des débats visant à la préserver. À ces incessants questionnements sur la légitimité de la justice constitutionnelle en régime démocratique, s'ajoute, au sein des fédérations, celui portant sur la légitimité fédérative. En contexte fédératif, les tribunaux et les juges sont investis du rôle d'arbitre des différends juridictionnels qui ne manquent pas de naître entre les ordres de gouvernements fédéral et fédéré relativement aux sphères de compétence que leur réserve la Constitution.

La dimension fédérative de la notion de légitimité a, contrairement à sa dimension démocratique, fait l'objet de rares écrits.⁶ C'est donc à cette question que le présent texte est dédié. Dans une première partie, sera d'abord esquissé un cadre analytique de la légitimité fédérative des cours constitutionnelles⁷ articulé autour de trois axes : la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale. Dans une seconde partie, sera évalué le plus ou moins grand degré de légitimité fédérative de la Cour suprême du Canada à l'aune de ce triple point de vue. Cet exercice permettra de mettre en exergue certains problèmes eu égard à la légitimité de cette dernière en sa qualité d'arbitre ultime des différends fédératifs⁸.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.

** Doctorant en droit constitutionnel, Faculté de droit, Université Laval.

¹ FÉVRIER, Jean-Marc, « Sur l'idée de légitimité », (2002) 92 *Revue de la recherche juridique* 367, aux p. 368 et 369.

² FRÉMONT, Jacques, « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », dans *Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 644, à la p. 687.

³ *Ibid.*, à la p. 687.

⁴ VERDUSSEN, Marc, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Éditions Labor, 2006, p. 49.

⁵ Depuis le célèbre ouvrage d'Édouard Lambert publié au début du siècle sur le « gouvernement des juges aux États-Unis », elle traverse sporadiquement toutes les sociétés démocratiques : LAMBERT, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005.

⁶ Sont également de cet avis : BEAUD, Olivier, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », dans C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 50 : « Plus surprenant, en revanche, est le fait que les juristes évoluant dans des structures fédératives éludent cette dimension [le lien entre le fédéralisme et la justice constitutionnelle] » ; à propos du cas canadien, voir : BAIER, Gerald, *Courts and Federalism : Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, p. 1 : « Only the Charter is currently getting its due. Judicial review of the division of powers remains a topic of neglect despite its genuine importance to the study of Canadian government ».

⁷ Pour les fins du présent article, nous utiliserons la locution « cours constitutionnelles » afin de désigner à la fois les tribunaux spécialisés en matière constitutionnelle et les derniers tribunaux d'appel en cette matière (cours suprêmes).

⁸ Par « différends fédératifs », nous entendons ici les conflits portant sur le partage des compétences législatives, de même que ceux mettant en cause des aspects fondamentaux de la structure fédérative de l'État, par exemple, les procédures de modifications constitutionnelles, le statut juridique des entités fédérale et fédérées, le territoire de ces dernières, ou encore leur possible sécession.

Partie I – Quelques jalons pour une théorie de la légitimité fédérative en contexte plurinational

A. La Cour constitutionnelle comme arbitre des différends fédératifs

Les États fédéraux disposent généralement d'une instance juridictionnelle qui prend en charge la résolution du différend fédératif et, en particulier, qui s'assure que les règles relatives au partage des compétences soient dûment observées.⁹ Il en est ainsi en raison bien sûr du principe d'autonomie de chacun des ordres de gouvernement dans leur sphère de compétence qui implique qu'aucun d'eux ne puisse modifier à son avantage les règles du jeu.

Dans l'exercice de sa fonction arbitrale, la Cour constitutionnelle est appelée à interpréter et à appliquer le contrat ou pacte conclu entre les parties. Elle doit de plus adapter ces règles en fonction de l'évolution des conditions sociétales. Dans ce cas, la Cour doit chercher à maintenir un équilibre entre les pouvoirs respectifs de chacun des ordres de gouvernement (équilibre fédéral/fédéré), de même, en contexte multinational, entre majorité et minorités nationales.

L'on ne saurait aborder la question de la légitimité d'une Cour constitutionnelle sans qu'au préalable ne soit portée une attention particulière à la nature du régime fédératif visé, c'est-à-dire sans que l'on ne pose un regard sur la teneur du pacte fédératif originaire.

La notion de pacte est le « principe constitutif »¹⁰ de tout régime fédératif. L'*objet* fondamental du pacte ou du *contrat* fédératif porte sur un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leur pouvoir législatif exclusif. Une fois conclu, ce pacte est constitutionnalisé, ce qui lui confère une force obligatoire particulièrement forte. Il ne peut en effet être modifié que suivant le consentement de chacun des ordres de gouvernement. Si la Cour constitutionnelle est la « voûte de l'édifice fédéral »¹¹, le pacte constitutionnel en forme le socle, les fondations.

L'interprétation, l'application et l'adaptation de la Constitution par la Cour constitutionnelle dans sa fonction d'arbitre du règlement du différend fédératif peuvent être perçues, par une majorité ou une minorité des citoyens, comme ayant pour effet de modifier le pacte fédératif originaire. Telle situation n'est pas sans poser problème au plan de la légitimité fédérative d'une telle Cour constitutionnelle.

Dans l'exercice de sa tâche d'adaptation du régime fédératif aux nouvelles conditions sociétales, la Cour constitutionnelle doit chercher à maintenir un certain *équilibre*¹² entre les tendances particularistes et communautaires des groupes en présence. La façon dont la Cour constitutionnelle règlera les différends fédératifs eu égard à ce qui est perçu comme étant un équilibre fédéral/fédéré adéquat, aura une influence considérable sur l'évaluation de sa légitimité fédérative.

Dans une fédération au sein de laquelle se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital, puisque cette dernière lui permet de traduire, aux plans politique et juridique, son aspiration culturelle collective. Dès lors, lorsque coexistent au sein d'une même fédération des nationalismes majoritaire et minoritaire(s), la question de l'équilibre fédéral/fédéré se pose avec une acuité particulière. La fonction arbitrale exercée par la Cour

⁹ AUBERT, Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 242.

¹⁰ GREBER, Anton, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 239, cité dans BEAUD, Olivier, « Du nouveau sur l'État fédéral », (2002) 42 *Droits* 229, p. 235.

¹¹ VERDUSSEN, Marc, *supra* note 4, p. 27.

¹² Les dictionnaires en donnent la définition suivante : « rapport convenable, proportion heureuse entre des éléments opposés ou juste répartition des parties d'un ensemble » : *Le Robert*, Montréal, Dicorobert Inc., 1995, p. 802.

constitutionnelle en contexte plurinational ne saurait par conséquent en faire l'économie, sous peine de voir sa légitimité fédérative remise en cause.

B. Le caractère tridimensionnel de la légitimité fédérative

Selon nous, il est possible d'apprécier la légitimité fédérative d'une Cour constitutionnelle à l'aune d'un triple point de vue qui amène à distinguer la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale.¹³ Cette appréciation ne peut se faire qu'en tenant compte de la relation dialogique qui existe entre ces trois composantes qui sont largement interdépendantes. En effet, l'étendue des garanties servant à asseoir la légitimité institutionnelle de la Cour est tributaire de l'importance de ses fonctions dans l'évolution du régime fédératif. Par ailleurs, il faut noter que la notion de légitimité revêt toujours une dimension sociale puisqu'elle repose en définitive « sur le consentement des sujets »¹⁴.

1. La légitimité institutionnelle

La légitimité institutionnelle tient à ce que la Cour constitutionnelle doive être perçue comme étant impartiale et indépendante. En contexte fédératif, elle doit présenter des garanties d'objectivité ou de neutralité suffisantes afin qu'elle ne puisse être assimilée en exclusivité aux organes de l'entité fédérale ou des entités fédérées.

Le statut juridique de la Cour

La Cour constitutionnelle tire sa légitimité première de son statut juridique. Comme elle doit se présenter comme étant indépendante des deux ordres de gouvernements, il est évident que sa légitimité sera renforcée si elle tire son existence et sa compétence de la Constitution fédérative. Si son statut et ses attributions sont largement tributaires de la seule volonté de l'un ou l'autre des ordres de gouvernement, elle sera ainsi plus susceptible d'être perçue comme étant juge et partie dans les litiges mettant en cause les droits ou intérêts de cet ordre de gouvernement.

La composition de la Cour

La question de la composition de la Cour peut être analysée sous l'angle de la complémentarité, du pluralisme et de la représentativité¹⁵. La complémentarité s'entend comme la recherche d'un équilibre entre les différentes expériences professionnelles des juges, ce qui contribue à asseoir la crédibilité de la Cour. Le pluralisme, quant à lui, tient à ce « qu'une seule tendance ou sensibilité ne soit pas exclusivement représentée, faute de quoi cette instance n'aurait pas de véritable légitimité »¹⁶. Il peut s'agir de tendances politiques, au sens partisan du terme, de tendances en matière sociale ou économique, ou encore de sensibilités diverses eu égard à leur vision politique et constitutionnelle du pays. La représentativité, somme toute près du pluralisme, s'entend comme la représentation de la diversité inhérente à la société, qu'elle soit nationale, culturelle, linguistique ou autre, dans la composition de la

¹³ Cette classification est élaborée et appliquée par Guy Scoffoni aux fins d'évaluer l'étendue des pouvoirs des juges de la Cour suprême des États-Unis et leur légitimité démocratique : SCOFFINI, Guy, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », (1999) 2 *Revue internationale de droit comparé* 243. Nous lui empruntons en l'adaptant à la question de l'évaluation de la dimension fédérative de la légitimité. Est également considérée la démarche du professeur Verdussen qui, dans son appréciation de la légitimité de la Cour constitutionnelle belge, privilégie une approche qui se veut à la fois organique, procédurale et fonctionnelle : VERDUSSEN, Marc, *supra* note 4, p. 65.

¹⁴ FÉVRIER, Jean-Marc, *supra* note 1, p. 368-369.

¹⁵ FAVOREU, Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », (1994) *R.I.D.C.* 557, p. 575-578.

Cour constitutionnelle. Ce dernier objectif est encore plus primordial si l'on se place dans le contexte d'un régime fédératif multinational.

Le mode de désignation de ses membres

Il reste cependant que la légitimité institutionnelle de la Cour repose en définitive sur le mode de désignation de ses membres.¹⁷ En régime fédératif, les deux ordres de gouvernement devraient jouer un rôle dans le mode de désignation des juges. Il s'agit là d'une condition essentielle à l'apparence de neutralité que doit afficher l'arbitre judiciaire.

2. La légitimité fonctionnelle

La légitimité fonctionnelle tient à ce que les fonctions qu'exerce la Cour constitutionnelle soient acceptables par rapport aux garanties de légitimité institutionnelle qu'elle présente.

La juridiction de la Cour

Le fait que le contrôle de constitutionnalité soit confié à l'ensemble de l'appareil judiciaire ou bien à une Cour spécifiquement créée à cet effet peut avoir une incidence sur l'appréciation de la légitimité. Dans le premier cas (modèle du *judicial review*), la juridiction générale de la Cour suprême a pour conséquence de lui offrir plusieurs socles de légitimité potentiels. Le déficit de légitimité auquel elle peut être confrontée en matière fédérative peut être compensé par une solide légitimité en tant que tribunal de droit commun de dernier ressort et de juridiction finale d'appel en matière de droits et libertés fondamentaux, ce qui n'est pas le cas d'une Cour spécialisée (modèle du *constitutional review*) qui ne peut compter que sur sa légitimité en tant que tribunal constitutionnel.

Le type de contrôle de constitutionnalité exercé et le mode de saisine

Afin d'asseoir sa légitimité, les fonctions exercées par la Cour constitutionnelle doivent être perçues comme étant essentiellement de nature juridictionnelle et non politique. Toutefois, la ligne de démarcation entre ces deux sphères n'est pas toujours bien définie, ce qui fait que les modalités du contrôle de constitutionnalité peuvent influencer sur la perception de la nature juridictionnelle des fonctions qu'elle exerce, et, incidemment, avoir des répercussions sur l'appréciation de sa légitimité. Ainsi, plus la Cour aura d'occasions d'exercer un contrôle de constitutionnalité, par exemple par le biais de l'autosaisine ou encore d'un contrôle des normes *a priori* à la suite de l'exercice d'une fonction consultative, plus elle a de chance d'avoir un rôle important à jouer dans l'évolution du régime fédératif et devra présenter de solides garanties institutionnelles d'indépendance à l'égard des pouvoirs politiques.

Le paradigme interprétatif

Toute activité interprétative implique une certaine part de création. Les juges bénéficient donc toujours d'une certaine marge de discrétion dans la détermination du sens des règles de droit. Cette discrétion prend toutefois des proportions considérables en matière constitutionnelle. La généralité des termes utilisés dans les textes constitutionnels ouvre la porte à une pluralité de significations plausibles.

En matière de différend fédératif, plus la marge de manœuvre sera grande dans l'interprétation du texte constitutionnel, plus la Cour sera susceptible de jouer un rôle important dans l'évolution du régime fédératif et de se substituer illégitimement au constituant. Le choix du paradigme interprétatif privilégié par la Cour dans la détermination du sens de la disposition constitutionnelle sera déterminant sur l'importance de son rôle et incidemment sur la question de sa légitimité.

¹⁶ *Ibid.*, p. 575.

¹⁷ *Ibid.*, p. 571.

L'on peut distinguer, pour l'essentiel, deux grands modes d'interprétation en matière constitutionnelle : les approches originaliste et évolutive.¹⁸ Selon la première, la Cour doit accorder une grande importance à l'intention du constituant dans la détermination du sens d'une disposition du texte constitutionnel, en d'autres termes, elle doit chercher à établir sa signification originale et en tenir compte dans le processus d'adaptation du texte en fonction de l'évolution de la société. Selon la deuxième, s'il existe une inadéquation entre, d'une part, le texte constitutionnel et, d'autre part, les conditions sociales auxquelles il doit s'appliquer, le juge est autorisé à se substituer au constituant et ainsi décider des prescriptions constitutionnelles les plus souhaitables en regard de leurs conséquences politiques.

Il est clair que ce second paradigme interprétatif donne à la Cour constitutionnelle une marge d'appréciation beaucoup plus grande que celle que lui offre l'approche originaliste. De n'accorder aucun poids ou qu'un poids ténu à l'intention du constituant dans l'interprétation des règles du partage des compétences peut être perçu comme ayant pour effet de dénaturer le pacte fédératif originaire et ainsi mettre en cause sa légitimité.

Le pouvoir du « dernier mot »

En régime démocratique, la légitimité du pouvoir judiciaire tient à ce qu'il n'ait pas le dernier mot en matière constitutionnelle. C'est la possibilité ultime de recourir au processus constituant qui légitime le contrôle de constitutionnalité.¹⁹

3. La légitimité sociale

La composante sociale demeure l'élément central du concept de légitimité : la reconnaissance publique en est la clé.²⁰ Cette situation amène les juges à user de procédés de légitimation et de rhétorique afin de justifier leurs décisions. À cet égard, l'utilisation des principes d'interprétation constitutionnelle jouera un rôle important. Le choix de tel ou tel autre principe relève de l'entière discrétion du juge qui y aura recours dans l'objectif de persuader son auditoire que sa décision est non seulement raisonnable, mais également justifiable en droit.²¹

En contexte fédératif multinational où il y a présence d'une dynamique majorité / minorité(s) nationale(s), la prise en considération de l'opinion publique pourra avoir pour conséquence de favoriser l'opinion majoritaire au détriment des opinions minoritaires. Dans un tel contexte, plus sera prise en compte la diversité des points de vue dans l'interprétation et la mise en œuvre de la Constitution fédérative, plus l'activité de la Cour sera susceptible de susciter l'adhésion populaire essentielle à sa légitimité.

L'appréciation du degré de légitimité sociale dont bénéficie une Cour constitutionnelle pourra s'effectuer en analysant non pas directement l'opinion ou les réactions des citoyens ou groupes de citoyens à son égard, mais celles de leurs représentants élus. Ainsi, il serait difficile de conclure à un haut degré de légitimité d'une Cour constitutionnelle dont le statut juridique, les fonctions et les décisions sont continuellement matière à discordes et sujets à contestations au sein des ordres de gouvernement fédéral ou fédéré.

¹⁸ VERDUSSEN, Marc, *supra* note 4, p. 44; BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy et BROUILLET, Eugénie, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 199-204; CARIGNAN, Pierre, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *R.J.T.* 27, p. 32.

¹⁹ Voir également SCOFFONI, Guy, *supra* note 13, p. 260 : « la théorie démocratique suppose l'existence d'une possibilité de révision constitutionnelle en contrepois du contrôle de constitutionnalité ».

²⁰ MERCADAL, Barthélémy, « La légitimité du juge », (2002) 2 *Revue internationale de droit comparé* 277, p. 277.

²¹ PERELMAN, Chaim, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans PERELMAN, Chaim et Paul FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 412; CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 25-26; FRÉMONT, Jacques, *supra* note 2, p. 679.

Partie II – La légitimité fédérative de la Cour suprême du Canada

Depuis les années 1960, la question de la réforme de la Cour suprême du Canada revient périodiquement à l'agenda politico-juridique. Elle figure à l'ordre du jour des grandes conférences constitutionnelles fédérales-provinciales et fait l'objet de nombreux rapports ou livres blancs.²² Les multiples efforts consentis depuis plusieurs décennies à réfléchir au statut et au rôle du plus haut tribunal du pays incitent à penser que cette institution fait face à un certain déficit de légitimité dans l'ordre constitutionnel canadien.

A. La Cour suprême du Canada et la fonction arbitrale

D'abord, quelques mots sur le pacte fédératif originaire et son évolution eu égard à la donne nationale québécoise.

L'État canadien est né en 1867 à la suite de la volonté exprimée par quatre colonies britanniques d'Amérique du Nord²³ de s'unir au sein d'une forme fédérative de gouvernement.²⁴ L'un des facteurs centrifuges déterminants dans le choix du principe fédératif comme fondement de la nouvelle Constitution est la présence très majoritaire sur le territoire québécois d'un groupe national différent, aspirant à conserver son autonomie politique relativement à toutes les matières liées à son identité culturelle propre. Pour le Québec, la possibilité d'une double allégeance nationale (québécoise et canadienne) était au cœur du projet fédératif canadien. La naissance d'une nation canadienne y était conçue comme permettant et valorisant l'épanouissement d'identités culturelles intraétatiques. Elle ne remplacerait pas les particularismes, le pluralisme, mais naîtrait et se développerait à ses côtés. Le respect du principe fédératif et de l'autonomie de chacun des ordres de gouvernement dans l'exercice de ses compétences était inextricablement lié à son désir d'assurer la survie et l'épanouissement de son identité culturelle distincte au sein de la nouvelle collectivité nationale canadienne.²⁵

La grande difficulté éprouvée par le constituant canadien à modifier de façon formelle la Constitution a fait de la jurisprudence constitutionnelle le mode d'évolution privilégié de la fédération. Il incombe donc essentiellement aux tribunaux, et à la Cour suprême en dernier ressort, la tâche complexe d'adapter progressivement les textes constitutionnels aux nouvelles conditions de la société canadienne. Cette évolution, moins facilement perceptible et moins spectaculaire qu'une modification formelle à la Constitution, est néanmoins déterminante.

²² Pour n'en nommer que quelques-uns : Rapport du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Information Canada, Ottawa, 1972 (Rapport Molgat-McGuigan); le Rapport du Comité sur la Constitution, Association du Barreau canadien, *Vers un Canada nouveau*, Montréal, 1978; Rapport de la Commission de l'unité canadienne, *Se retrouver*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1979 (Rapport Pepin-Robarts); Le livre blanc du gouvernement du Québec, *La nouvelle entente Québec-Canada, Proposition du gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal – la souveraine – association*, 1979; Rapport de la Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, 1980.

²³ Le Canada-Uni (qui comprenait à cette époque le Québec et l'Ontario d'aujourd'hui), le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse : *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no. 5.

²⁴ Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, est sans équivoque à cet égard et énonce que « les provinces [...] ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale [...] ». Quant à la lettre du régime, celle-ci pourvoit bel et bien à la mise en place d'une fédération dans toutes ses acceptions juridiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, qu'elle opère un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes dans leurs sphères de compétence respectives. Voir BROUILLET, Eugénie, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, p. 150-168.

²⁵ *Ibid.*, p. 140-145.

Une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême depuis qu'elle agit à titre d'arbitre ultime des différends fédératifs indique une tendance à la centralisation des pouvoirs²⁶ qui se manifeste tant en ce qui concerne les grandes doctrines de mise en œuvre du partage des compétences²⁷, qu'en ce qui a trait à l'étendue du domaine d'application de plusieurs titres de compétence fédéraux.²⁸ Depuis les années 1970, les raisonnements de la Cour suprême en matière de partage des compétences sont de plus en plus animés par des considérations relatives à l'efficacité au détriment de la diversité.²⁹ Cette logique fonctionnaliste commande un décloisonnement des sphères de compétence législative de chacun des ordres de gouvernement et participe à une conception dite moderne du partage des compétences législatives³⁰ qui profite pour l'essentiel à l'ordre de gouvernement central.³¹ Il est évidemment impossible, particulièrement en cette époque de multiplication et de complexification des interventions étatiques de complètement éviter les « zones de contact »³² entre les deux ordres de gouvernement. En revanche, le fédéralisme ne peut survivre à terme si l'on procède à un décloisonnement total des compétences législatives.

²⁶ Pour une étude détaillée, voir *ibid.*, p. 255-322.

²⁷ *Kirkbi c. Gestion Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302 (relativement au pouvoir d'empiéter); *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188 (doctrine de la prépondérance fédérale). Pour un exposé des tenants et aboutissants de ces doctrines constitutionnelles, voir : BROUILLET, Eugénie, « The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada », (2006) 34 *Supreme Court Law Review* (2d) 307. La Cour suprême a toutefois récemment restreint les cas d'inapplicabilité des normes provinciales valides, au nom d'une conception moderne du partage des compétences législatives : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge Canada inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86. Les conclusions d'inapplicabilité ne visent cependant toujours en pratique que les normes provinciales, engendrant ainsi encore des effets asymétriques en faveur de l'ordre de gouvernement fédéral.

²⁸ Voir notamment *R c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 et *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783 (relativement à la compétence fédérale sur le droit criminel); *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 et *Kirkbi c. Gestion Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302 (relativement à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce); *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 et *Avis sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 (respectivement sur le pouvoir du Parlement fédéral de légiférer sur des questions d'intérêt national ou en vertu de son pouvoir d'urgence). Pour une analyse approfondie, voir BROUILLET, Eugénie, *supra* note 24.

²⁹ La jurisprudence de la Cour suprême est en effet de plus en plus animée par une logique fonctionnaliste du partage des compétences législatives, par exemple, en ce qui a trait à la doctrine de l'intérêt national, à la compétence fédérale sur le commerce en général et au pouvoir d'empiéter : LECLAIR, Jean, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 411; BROUILLET, Eugénie, *supra* note 24, p. 319-322; OTIS, Ghislain, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », (1995-96) 27 *Ottawa Law Review* 261; BRUN, Henri, « L'évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces, dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Québec, Service de la formation du Barreau du Québec, 1992.

³⁰ *SEFPO c. Ontario (P.G.)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 17-18; *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. *Première Nation de Westbank c. B.C. Hydro*, [1999] 3 R.C.S. 134, p. 146-147. La Cour a réaffirmé très récemment sa foi dans cette conception flexible du fédéralisme canadien dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, *supra* note 27, paragraphes 35 et suivants. Pour une étude en profondeur des paradigmes moderne et classique du partage des compétences législatives et de leurs applications jurisprudentielles, voir : RYDER, Bruce, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *McGill Law Journal* 308.

³¹ Sur le principe d'exclusivité des pouvoirs voir BROUILLET, Eugénie, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada. Quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel* (à paraître sur support informatique).

³² BEETZ, Jean, « 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*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 123.

L'évolution constitutionnelle du régime canadien opérée par la Cour suprême du Canada a ainsi engendré un déséquilibre fédératif entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial en faveur du premier. Pour une nation minoritaire comme l'est le Québec au sein du Canada, un tel déséquilibre fédéral/fédéré a des conséquences juridiques et politiques sur sa capacité de s'autodéterminer dans un certain nombre de matières considérées comme vitales à son épanouissement collectif.

B. La légitimité fédérative de la Cour suprême du Canada

Nous tenterons maintenant de situer le plus haut tribunal du pays sur le spectre de la légitimité fédérative à la lumière du triple point vue précédemment développé. Nous ne traiterons ici que des aspects du cadre théorique qui pose problème dans le cas de la Cour suprême du Canada.

1. Une légitimité institutionnelle déficiente

Le statut juridique de la Cour

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³³ confère au Parlement fédéral en exclusivité le pouvoir « de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada ». C'est conformément à cette disposition que fut instituée la Cour suprême du Canada en 1875.³⁴ En 1949, la possibilité d'en appeler de ses décisions au Comité judiciaire du Conseil privé est complètement abolie : la Cour suprême devient alors le dernier tribunal d'appel en toute matière³⁵ et, par conséquent, l'arbitre ultime des différends fédératifs.

Cette origine purement statutaire du plus haut tribunal du pays est tout à fait surprenante en régime fédératif. À titre d'arbitre ultime des différends fédératifs, l'existence et les caractéristiques essentielles de la Cour constitutionnelle devraient prendre racines dans la Constitution elle-même, la protégeant ainsi d'une intervention unilatérale de l'une ou l'autre des parties au pacte fédératif.³⁶ L'enracinement législatif de la Cour suprême ne crée pas un cadre général permettant à une « personne raisonnable et bien informée »³⁷ d'entretenir une perception d'indépendance de la Cour vis-à-vis l'ordre de gouvernement fédéral.

Depuis la modification constitutionnelle de 1982, il est possible de soutenir que l'existence et les caractéristiques essentielles de la Cour ont été implicitement constitutionnalisées.³⁸ Quoiqu'il en soit de ce débat, il reste que cette dernière est essentiellement une institution fédérale quant à son organisation et

³³ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 23.

³⁴ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

³⁵ *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, S.C. 1949, c. 37.

³⁶ Elles relèvent plutôt de la *Loi sur la Cour suprême*, supra note 34, articles 3, 35 à 43, 52, 53 et 56 à 78 (quant à sa compétence); articles 4(1), 6, 12 à 24 (quant à son organisation).

³⁷ Ce critère a été développé dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684.

³⁸ Certains auteurs de doctrine, dont nous sommes, arguent que les articles 41d) et 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, no. 44 prévoient désormais des procédures d'amendement complexes pour abolir ou modifier la composition actuelle de la Cour et sa juridiction finale d'appel. Sont notamment de cet avis les auteurs suivants : BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, BROUILLET, Eugénie, supra note 18, p. 232-235 et 814; LEDERMAN, W.R., « Constitutional Procedure dans the Reform of the Supreme Court of Canada », (1985) 26 *C. de D.* 195, p. 196-197. Pour d'autres auteurs, les articles 41 et 42 de la Loi de 1982 ne font qu'indiquer les procédures de modification constitutionnelle à suivre afin d'insérer dans la Constitution les dispositions actuelles de la *Loi sur la Cour suprême*. Sont notamment de cet avis : HOGG, Peter W, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 2008, p. 4-21, 4-22 et 4-27 ; WOEHLING, José et Jacques-Yvan, MORIN, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, « Études », Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 482-483 ; TREMBLAY, André, *Droit constitutionnel : principes*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 43 et 46.

à son fonctionnement. Le flou juridique entourant son statut n'est pas sans avoir d'impact en ce qui a trait à sa légitimité fédérative.

La composition de la Cour

La composition du plus haut tribunal du pays est prévue à la *Loi sur la Cour suprême*. En vertu de celle-ci, la Cour est composée de huit juges puînés et d'un juge en chef.³⁹ En ce qui concerne le *pluralisme* des juges eu égard à leur vision politique et constitutionnelle du pays, plus particulièrement leur conception du régime fédératif et de la voie d'évolution qu'il devrait emprunter, le fait qu'ils soient tous nommés par le gouvernement fédéral expliquent certainement en partie la tendance d'évolution centralisatrice de la jurisprudence fédérative de la Cour.

En ce qui a trait à la question de la *représentation* de la diversité inhérente à la société canadienne (nationale, culturelle, linguistique ou autre), la *Loi sur la Cour suprême* oblige le gouvernement fédéral à nommer trois juges du Québec sur un total de neuf membres.⁴⁰ Cette exigence législative qui, depuis 1982, a probablement acquis une valeur constitutionnelle⁴¹, vise à assurer la présence sur le banc de juges formés au droit civil québécois. L'on peut peut-être y voir également un désir sous-jacent d'y assurer une représentation adéquate du Québec en raison de sa culture distinctive.

Outre cette règle relative à la représentation du Québec, le gouvernement fédéral n'est d'aucune façon limité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de nomination. Bien que la Cour ait toujours été composée dans les faits d'un certain nombre de juges francophones et anglophones, il reste que le bilinguisme ne constitue pas un critère d'embauche pour siéger à la Cour suprême du Canada. Un débat à cours depuis un an sur cette question et un projet de loi fédéral est présentement à l'étude.⁴² Le bilinguisme chez les plus hauts magistrats du pays nous semble constituer une exigence fondamentale dans une fédération qui se proclame officiellement bilingue depuis 1969.⁴³ Enfin, mentionnons que les nations autochtones n'ont jamais été représentées dans la composition de la Cour, ni d'ailleurs aucune communauté culturelle visible.

Le mode de désignation des juges

Nous l'avons vu, le pouvoir judiciaire est la fonction étatique qui reflète le moins bien la nature fédérative du pays. Un seul palier de gouvernement, le gouvernement fédéral, a le pouvoir discrétionnaire de nommer tous les juges des cours supérieures du pays, y compris ceux de la Cour suprême.⁴⁴

Au chapitre de l'indépendance et de l'impartialité individuelles, ce processus unilatéral de nomination des juges génère d'importants problèmes eu égard à sa légitimité en tant qu'arbitre des différends fédératifs. Il ne permet pas aux juges d'être perçus comme indépendants de l'ordre de gouvernement fédéral. En matière de différends fédératifs, ce dernier peut se trouver en quelque sorte juge dans sa propre cause, ce qui crée pour le moins une apparence de partialité. L'absence de participation des provinces canadiennes au processus de nomination des juges de la Cour suprême constitue un accroc important au principe

³⁹ *Supra* note 34, art. 4(1).

⁴⁰ *Ibid.*, art. 6.

⁴¹ Les projets avortés de modification constitutionnelle de 1971 (Charte de Victoria) et de 1987 (Accord du Lac Meech) aurait eu pour effet de formellement constitutionnaliser cette exigence.

⁴² Il s'agit du projet de loi fédéral d'initiative privée C-232. S'il était adopté, il forcerait le gouvernement à choisir les futurs juges de la Cour suprême parmi les juristes «capables de comprendre le français et l'anglais sans l'aide d'un interprète». Ce projet a passé l'étape de la deuxième lecture à la Chambre des communes et est présentement à l'étude en comité parlementaire. Il bénéficie notamment de l'appui du Commissaire aux langues officielles Graham Fraser.

⁴³ *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2.

⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 23, articles 96 et 101; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 4(2).

fédératif.⁴⁵ La nomination des juges de la Cour suprême par le seul gouvernement fédéral est ainsi néfaste à sa légitimité fédérative.

Étant donné que le gouvernement fédéral possède également le pouvoir exclusif de nommer tous les juges des cours supérieures et d'appel provinciales⁴⁶ et que, dans la très grande majorité des cas, les membres de la Cour suprême sont choisis parmi ceux-ci, une véritable réforme du processus de nomination des juges à la Cour suprême devrait également viser celui des juges des cours supérieures provinciales. Une procédure conjointe de nomination pour l'ensemble de ceux-ci par les gouvernements fédéral et provinciaux nous apparaît être la seule voie possible pour combler le déficit de légitimité fédérative de la Cour à ce chapitre.

Outre ce problème de légitimité lié au processus unilatéral de désignation des membres de la Cour suprême, plusieurs observateurs ont souligné sa nature essentiellement politique. Une chose est sûre, l'opacité du processus ne permet pas à la Cour d'être raisonnablement perçue comme indépendante⁴⁷ et de faire naître dans l'esprit des citoyens la conviction que les juges jouissent de toute la neutralité nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, en particulier en matière de différends fédératifs.⁴⁸

En somme, au chapitre institutionnel de la légitimité fédérative, la Cour suprême présente certains problèmes. Or ce tribunal exerce des fonctions fort importantes dans l'évolution du régime fédératif, comme nous le verrons à l'instant.

1. Une légitimité fonctionnelle fragile

La procédure de renvoi

La *Loi sur la Cour suprême* prévoit la possibilité pour le gouvernement fédéral de solliciter des avis consultatifs de la Cour suprême dans le cadre d'une procédure de renvoi.⁴⁹ La Cour est alors tenue de répondre, à moins que la ou les questions posées soient de nature essentiellement politique⁵⁰, auquel cas elle devra alors justifier son refus. Bien qu'il ne s'agisse en principe que d'avis de la Cour, l'on considère que ceux-ci ont la même valeur juridique qu'une décision rendue dans le cadre d'un litige particulier.

La procédure de renvoi soulève des questionnements en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de la légitimité fédérative, puisqu'elle mène en quelque sorte à un contrôle juridictionnel *a priori* des normes⁵¹, c'est-à-dire avant qu'elles ne soient dûment promulguées par les organes politiques de l'État. La ligne de démarcation entre les fonctions judiciaire et politiques devient dans ce contexte plus mince, plus difficilement identifiable. Une telle procédure amène la Cour dans un type d'exercice qu'elle ne

⁴⁵ Voir notamment : WHEARE, K.C., *Federal Government*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 55, 56 et 71 ; BROSSARD, Jacques, *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 123 ; MORIN, Jacques-Yvan et WOEHLING, José, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Tome I, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 546-547; BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, BROUILLET, Eugénie, *supra* note 18, p. 411-412.

⁴⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 23, art. 96.

⁴⁷ Il s'agit du critère adopté par la Cour suprême en matière d'indépendance judiciaire : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689.

⁴⁸ Voir notamment l'article publié par neuf collègues dans le journal *Le Devoir* le 17 mai 2005 intitulé *Mode de nomination des juges – Un tabou dans la communauté juridique*.

⁴⁹ *Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 34, art. 53. Certains gouvernements provinciaux peuvent également se prévaloir d'une telle procédure de renvoi auprès du plus haut tribunal de la province. Tel est le cas au Québec : *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., c. R-23, art. 1. La Loi québécoise, comme d'autres lois provinciales d'ailleurs, prévoit la possibilité d'en appeler d'un tel avis consultatif auprès de la Cour suprême (art. 5.1).

⁵⁰ *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 768 et 884; *Renvoi : opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 753, p. 805; *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 235 et suivantes.

⁵¹ GÉLINAS, Fabien, « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle », (1988) 57 *R. du B. Can.* 455, p. 459.

s'autoriserait pas à effectuer dans le contexte d'un litige particulier. La procédure de renvoi permet par exemple au gouvernement de requérir l'avis de la Cour relativement à la constitutionnalité de projets de lois, de lui poser des questions théoriques ou encore qui ont teneur politique importante. Tel fut le cas notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* rendu en 1998.⁵²

La Cour suprême du Canada peut ainsi non seulement être appelée à exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des normes, dans le cadre d'un litige particulier soumis à son attention, mais également *a priori* par le biais de la procédure de renvoi. Cette pluralité de voies de recours en contrôle juridictionnel accroît son rôle dans l'évolution constitutionnelle de la fédération canadienne. Dans ce contexte, la nécessité de garanties institutionnelles d'indépendance et de neutralité à l'égard des pouvoirs politiques ne s'en trouve qu'accrue aux fins de la préservation de sa légitimité.

L'hégémonie de l'approche évolutive

Dans l'exercice de sa tâche d'adaptation des textes constitutionnels aux nouvelles conditions sociétales, la Cour doit se doter de certaines balises⁵³, sans quoi les titulaires du pouvoir judiciaire seront perçus comme usurpant le pouvoir constituant, mettant ainsi potentiellement en cause leur légitimité.

Le principe d'interprétation évolutive est, depuis quelques décennies, celui que favorise la Cour suprême du Canada en matière constitutionnelle en général.⁵⁴ Les principes d'interprétation, nous l'avons vu, jouent une fonction rhétorique indéniable dans l'art de l'adjudication. Ils constituent des guides, des outils dont se servent les juges afin de justifier et de légitimer leurs décisions. Le problème qui se pose alors est celui de l'auditoire.

L'affaiblissement du principe fédératif en tant que principe normatif répond généralement aux attentes et aux valeurs dominantes dans la société canadienne, du moins chez ses élites, en faveur de la centralisation des pouvoirs. Ce désir centralisateur est intimement lié au fort sentiment d'appartenance qu'entretiennent les Canadiens anglais, de façon générale, vis-à-vis du gouvernement central.⁵⁵ Pour eux, c'est cet ordre de

⁵² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 50, par. 25 : « Dans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d'être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d'un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d'un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez « mûres » pour faire l'objet d'un recours judiciaire. »

⁵³ La discrétion inhérente au processus d'interprétation a été exercée par le Comité judiciaire du Conseil privé à l'aide principalement de trois lignes directrices : les règles d'interprétation statutaire, la règle du *stare decisis* et le principe fédératif. La Cour suprême du Canada s'est quant à elle largement affranchie de des règles d'interprétation statutaire et a grandement dilué l'application de la règle du *stare decisis* et du principe fédératif : BROUILLET, Eugénie, *supra* note 24, p. 201 à 218 et 255 à 266; et BROUILLET, Eugénie, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2004) 45 *C. de D.* 7-67.

⁵⁴ Dans l'arrêt *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 412, la Cour suprême affirme qu'il faut considérer « [...] une constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution ». Quelques années plus tard, dans *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365 et 366, elle énonce explicitement que l'interprétation de la Charte canadienne doit être évolutive et dynamique, référant à la métaphore de l'arbre vivant du Comité judiciaire. Voir également, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, par. 11. La même année, dans la décision *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155, elle réitère son attachement à l'interprétation évolutive de la Constitution, cette fois dans son ensemble. Dans cet arrêt, la Cour fait une fois de plus référence à l'analogie entre la Constitution canadienne et un arbre vivant imaginée par Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards v. A.-G. for Canada*, [1930] A.C. 124, p. 134. Voir, au même effet, *R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 81.

⁵⁵ Sur ce sentiment identitaire canadien-anglais, le professeur Philip Resnick s'exprimait en ces termes : « In a more general sense, [...] the English Canadian sense of nation has itself been very much a by-product of the creation of

gouvernement qui devrait jouir du plus grand nombre possible de pouvoirs afin de réaliser les buts nationaux. Ainsi, comme le souligne le professeur François Rocher, « La légitimation du régime politique canadien ne repose plus sur la plus ou moins grande conformité aux principes fédéraux mais sur l'adéquation entre les politiques publiques et les besoins exprimés par l'ensemble des citoyens. En d'autres mots, la légitimité fédérale n'est plus essentielle à la stabilité du système politique canadien, du moins du point de vue de l'approche dominante au Canada »⁵⁶.

La marge de discrétion judiciaire inhérente au processus d'interprétation constitutionnelle semble donc s'être significativement élargie dans la foulée du choix de la Cour suprême de privilégier une interprétation large et évolutive des dispositions constitutionnelles. Dans un régime fédératif au sein duquel se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital.

Son pouvoir du « dernier mot »

Nous l'avons vu, la légitimité du pouvoir judiciaire en régime démocratique tient à ce qu'il n'ait pas le dernier mot en matière constitutionnelle. Or, en matière de différends fédératifs, la Cour suprême possède *de facto* un tel pouvoir. En cette matière, la seule façon de contourner l'interprétation donnée par la Cour suprême à une disposition constitutionnelle consiste soit à la convaincre de changer d'idée dans une décision ultérieure, ou encore modifier la Constitution de façon à neutraliser les effets de sa jurisprudence.

Or, au Canada, le pouvoir constituant est pour ainsi dire paralysé. Cet état de fait est attribuable, d'une part, à la rigidité des principales procédures de modification elles-mêmes⁵⁷ et, d'autre part, au développement de visions concurrentes de l'avenir de la fédération canadienne chez les Québécois et les autres Canadiens. Généralement, les Canadiens hors Québec sont plutôt en faveur d'une évolution centralisatrice de la fédération canadienne et de la symétrie au plan des pouvoirs législatifs provinciaux, alors que les Québécois sont en général favorables à une plus grande décentralisation des pouvoirs et à l'instauration d'un fédéralisme asymétrique.⁵⁸ Ce profond désaccord explique notamment l'échec des deux dernières tentatives de modifications constitutionnelles⁵⁹ et l'absence de nouvelles propositions en ce sens au sein des partis politiques fédéraux actuels. Le maintien de l'équilibre fédératif et la protection de l'autonomie des provinces sont, au sein du régime fédératif canadien, particulièrement dépendants de l'interprétation constitutionnelle des tribunaux, notamment de la Cour suprême. On peut donc affirmer que cette dernière bénéficie en quelque sorte d'un pouvoir du « dernier mot », sinon *de jure, de facto*.

the central government in 1867, the year of Canada's Confederation. The sense of identity and citizenship for most English-speaking Canadians has been caught up with that level of government. Though regionalist sentiment has not been lacking, especially in the Atlantic provinces or in western Canada, the vast majority of English-speaking Canadians define themselves as Canadians first. » RESNICK, Philip, « The Crisis of Multi-National Federations : Post-Charlottetown Reflections », (1994) 2 *Rev. Const. Stud.* 189, p. 191.

⁵⁶ ROCHER, François, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans GAGNON, Alain-G. (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 136.

⁵⁷ La grande majorité des modifications constitutionnelles requiert soit le consentement unanime des assemblées législatives fédérales et provinciales, soit celui du Parlement fédéral et des assemblées législatives de sept provinces dont la population représente cinquante pourcent (50%) de la population canadienne : *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 38, partie V, art. 38, 41 et 42.

⁵⁸ BROUILLET, Eugénie, *supra* note 24, p. 376-378.

⁵⁹ *Accord du Lac Meech*, 1987; *Accord de Charlottetown*, 1992.

Ce constat met en exergue la nécessité, dans un tel contexte, de réformer les garanties institutionnelles de neutralité de la plus haute cour canadienne, en particulier au chapitre du processus de désignation de ses membres.

2. Une légitimité sociale mise en cause au Québec

En définitive, nous l'avons vu, la légitimité repose sur la reconnaissance publique. Il aurait été intéressant et pertinent de sonder, grâce au recours à des méthodes empiriques, l'appui dont bénéficie la Cour suprême dans la société civile et la communauté juridique canadiennes. Une telle démarche déborde toutefois le cadre du présent texte. Nous aborderons donc la question de la dimension sociale de la légitimité de la Cour dans un prisme très restreint, donc imparfait, celui des prises de position gouvernementales québécoises qu'elle a suscitées au cours des dernières décennies.

Depuis la fin des années 1940, tous les gouvernements du Québec, et ce peu importe le parti politique au pouvoir, ont formulé des demandes de modifications constitutionnelles à l'égard de la plus haute cour canadienne.⁶⁰ Ces revendications touchent tant sa dimension institutionnelle que fonctionnelle. Celles-ci ont trait au processus de désignation de ses membres, à sa composition et à sa juridiction générale d'appel. Toutes sont liées au désir de protéger la particularité culturelle de la nation québécoise au sein du régime fédératif canadien.

En ce qui a trait au processus de désignation de ses membres, le gouvernement du Québec réclame depuis 1947 que ceux-ci soient désignés pour une part par le gouvernement fédéral ou pour l'autre par les gouvernements provinciaux, dans ce dernier cas par le gouvernement du Québec pour ce qui est des trois juges québécois.

Concernant la composition de la Cour, outre cette procédure conjointe de nomination, le gouvernement québécois a également mis de l'avant le principe de l'alternance linguistique (francophone / anglophone) à la présidence de la Cour suprême.⁶¹ Tous les gouvernements ont réclamé l'enchâssement formel dans la Constitution de la présence de trois juges québécois.⁶²

Au chapitre de la dimension fonctionnelle de la légitimité fédérative, une proposition soumise par le gouvernement de René Lévesque, au cours de la période qui a suivi le référendum sur la souveraineté-association en 1980, mérite selon nous d'être mentionnée, puisqu'elle possède plusieurs mérites du point de vue de l'équilibre fédératif et du respect de la nature binationale du pacte fédératif originaire. Il s'agit de celle de créer, à même la Cour suprême, un banc spécial de juges composé à parité de juges provenant du Québec et des autres provinces canadiennes pour trancher les différends fédératifs.⁶³ Une telle proposition a l'avantage, du point de vue institutionnel, d'assurer une composition qui reflète la dualité nationale canadienne. D'un point de vue fonctionnel, elle permettrait peut-être d'assurer un contre poids à la tendance d'évolution centralisatrice qu'a empruntée la fédération canadienne, laquelle n'est pas désirée par un large segment de la population québécoise. Ceci dit, la faisabilité d'une telle proposition est à peu près nulle au sein d'une fédération dont la grande majorité des composantes majoritairement anglophones sont contre la reconnaissance dans la Constitution de la donne culturelle distincte du Québec à titre de simple clause interprétative de ses dispositions.

⁶⁰ QUÉBEC, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, en ligne : http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/positions_1936-2001.htm. [ci-après cité *Positions du Québec*].

⁶¹ Gouvernement de René Lévesque (1980-1985); Gouvernement de Pierre-Marc Johnson (1985), dans *ibid.*, p. 63 et 68 (respectivement).

⁶² *Ibid.*.

⁶³ *Ibid.*, p. 63.

Conclusion

Le rôle fondamental que joue la Cour dans l'évolution du régime fédératif canadien et donc dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des ordres de gouvernement fédéral et provincial explique l'attention soutenue qu'elle a toujours suscitée au Québec. Le principe fédératif et son corollaire essentiel, celui de l'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives, constituent pour le Québec beaucoup plus qu'une simple technique de gouvernance, mais bien la garantie de son épanouissement en tant que collectivité nationale au sein de la fédération canadienne. Il lui apparaît ainsi vital de faire en sorte que l'institution dont dépend en bonne partie son destin présente certaines garanties d'indépendance et donc de neutralité fédérative.

Nous sommes toutefois d'avis qu'une réforme purement institutionnelle de la Cour suprême, notamment du processus de désignation de ses membres, ne saurait à elle seule mettre un terme au déficit de légitimité fédérative dont elle souffre du moins au Québec. En effet, comme le faisait remarquer bien à propos les professeurs Morin et Woehrling, une telle réforme « [...] donnerait à la Cour une légitimité fédérative qui lui fait actuellement défaut et pourrait donc avoir pour effet paradoxal de la mettre davantage à l'abri des critiques, sans véritablement modifier la portée centralisatrice de son intervention. »⁶⁴.

Si le fédéralisme signifie toujours quelque chose au Canada, nous sommes d'avis qu'une réforme institutionnelle de la Cour doit être accompagnée d'une meilleure théorisation du principe fédératif au sein de sa jurisprudence⁶⁵, qui tendrait à un meilleur équilibre des pouvoirs au sein de la fédération et, partant, à une plus grande protection de la sphère autonome québécoise. Ce n'est qu'ainsi que la Cour acquerra enfin ses lettres de noblesse au Québec en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs.

⁶⁴ MORIN, Jacques-Yvan, WOEHLING, José, *supra* note 38, p. 546-547.

⁶⁵ BROUILLET, Eugénie, *supra* note 52.