

Des Causes et des Conséquences du Dialogue Constitutionnel

*Jean-Christophe Bédard-Rubin**

The dialogue theory between courts and legislatures has been successfully picked up by judges and academics alike since its first articulation in the Canadian context by Hogg and Bushell in 1997. The literature is sometimes unclear, however, as to what kind of theory it is. Is it a causal theory or simply a normative reconstruction based on descriptive inferences? What kinds of empirical claims does it take for granted? This paper reviews the literature on constitutional dialogue to critically assess it from a causal perspective. After presenting the main arguments in favour of dialogic constitutionalism, the paper disambiguates three causal models implicit in the various types of dialogue: the ideational, the socio-cultural, and the institutional models. Taking a comparative approach, this paper questions the validity of the causal inferences of the institutional model of dialogue. It points to the incapacity of institutional dialogue to explain two features of Canadian constitutionalism: the stabilization of the constitutional bargain in the context of mega-constitutional politics and the strategic uselessness of the notwithstanding clause of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Given the comparative data and the Canadian experience, this paper concludes that caution is warranted before applying dialogic institutions to socio-political contexts other than mature democracies.

La théorie du dialogue constitutionnel entre les cours et les législatures a connu un important succès depuis sa première formulation dans le contexte canadien par Hogg et Bushell en 1997. Elle a été reprise tant par les juges que par les constitutionnalistes. La littérature universitaire demeure toutefois ambiguë quant à la nature de cette théorie. S'agit-il d'une théorie causale ou simplement d'une reconstruction normative qui se base sur des inférences descriptives? Quels types de présupposés empiriques prend-t-elle pour acquis? L'article passe en revue la littérature sur le dialogue constitutionnel pour en examiner de façon critique la dimension proprement causale. Après avoir présenté les principaux arguments en faveur du constitutionalisme dialogique, l'article distingue trois modèles causaux implicites dans les différentes formes de dialogues : le modèle idéationnel, le modèle socio-culturel et le modèle institutionnel. À l'aide de données empiriques comparatives, l'article remet en question la validité des inférences causales sur lesquels se base le modèle de dialogue institutionnel. L'article souligne finalement que le dialogue institutionnel est incapable d'expliquer deux dimensions importantes de l'expérience constitutionnelle canadienne : la stabilisation du compromis constitutionnel dans un contexte de politique méga-constitutionnelle et l'inutilité stratégique de la disposition de dérogation de la Charte canadienne des droits et libertés. Compte tenu des données empiriques comparatives peu concluantes et de l'expérience canadienne, l'article conclut que la prudence est de mise avant d'exporter le dialogue institutionnel dans des contextes socio-politiques autres que des démocraties matures.

* LL.B. (Laval), LL.M., Candidat au doctorat en droit (Université de Toronto). J'aimerais remercier David Schneiderman et Ubaka Ogbogu pour leurs commentaires sur une version antérieure de ce texte ainsi que les deux réviseur(e)s anonymes et les éditeurs de la Revue pour leurs critiques et suggestions. Je demeure évidemment responsable des erreurs qui pourraient subsister.

I. Introduction

Dans les vingt dernières années, la théorie du dialogue constitutionnel est devenue une véritable industrie intellectuelle au Canada et a réussi plus généralement à essaimer comme peu d'autres en droit constitutionnel comparé. On peut en retrouver les origines intellectuelles aux États-Unis dans la seconde moitié du vingtième siècle chez les défenseurs du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois¹. Mais son articulation dans le contexte canadien par Peter Hogg, Allison Bushell² et Kent Roach³, au tournant des années 2000, a donné un nouvel élan à un mouvement qui ne s'est pas arrêté depuis⁴. Malgré ses origines américaines, la théorie dialogique du contrôle constitutionnel sert maintenant aussi à décrire les interactions entre la branche judiciaire et les branches législatives et exécutives de l'État dans des contextes constitutionnels qui partagent avec le Canada une certaine structure institutionnelle. Tout comme l'idée d'une version « faible » du contrôle constitutionnel⁵, ou de l'émergence d'un « nouveau modèle du Commonwealth de la révision judiciaire »⁶, la théorie du dialogue participe à un effort de reconceptualisation des interactions entre le pouvoir judiciaire et la démocratie parlementaire. Ces nouvelles théorisations possèdent des caractéristiques propres qui les distinguent de la théorie

-
- 1 Eugene V Rostow, « The democratic character of judicial review » (1952) 66:2 Harv L Rev 193; Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962 aux pp 23-28; Michael J Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking in the Judiciary*, New Haven, Yale University Press, 1982 à la p 113; Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988; Barry Friedman, « Dialogue and Judicial Review » (1993) 91:4 Mich L Rev 577.
 - 2 Peter W Hogg et Allison A Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) » (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 75. Voir également Peter W Hogg, Allison A Bushell Thornton et Wade K Wright, « Charter Dialogue Revisited: 'Or Much Ado About Metaphors' » (2007) 45:1 Osgoode Hall LJ 1.
 - 3 Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism and Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001.
 - 4 Comme le note Alison L Young : « bien que le dialogue ait été mentionné auparavant dans les travaux universitaires américains en science politique et en droit, son gain en popularité semble avoir été déclenché par l'article séminal de Hogg et Bushell (maintenant Thornton) en relation avec la Charte canadienne des droits et libertés » [notre traduction]. Alison L Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017 à la p 1. Voir, par l'exemple, l'application de la théorie du dialogue dans le contexte asiatique par Po Jen Yap, *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Voir également Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Scott Stephenson, *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*, Melbourne, Federation Press, 2016.
 - 5 Mark Tushnet, « Alternative Forms of Judicial Review » (2002-2003) 101 Mich L Rev 2781. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
 - 6 Voir généralement Gardbaum, *supra* note 4.

du dialogue à proprement parler⁷, mais elles essaient toutes d'éviter les oppositions antinomiques entre, d'une part, la souveraineté parlementaire, et, d'autre part, la suprématie du pouvoir judiciaire, en mettant l'accent sur les institutions qui jouent le rôle de médiateur entre ces deux pôles de l'activité normative de l'État⁸. La théorie du dialogue comme justification du pouvoir de contrôle constitutionnel des juges, peut-être à cause de son ambiguïté conceptuelle⁹ ou de sa participation au « tournant délibératif » de la théorie démocratique, est devenue un thème majeur de la recherche contemporaine en droit constitutionnel et au sein des études constitutionnelles¹⁰. Malgré tout, plusieurs auteurs remettent en question la validité des inférences descriptives que font les théoriciens du dialogue et soutiennent que les tribunaux soufflent plus souvent qu'autrement les réponses au législateur. Selon eux, il ne s'agirait donc pas d'un dialogue, mais d'un monologue¹¹.

Laissant de côté ces questions normatives et descriptives, cet article cherche à mobiliser les outils conceptuels et méthodologiques des études constitutionnelles plutôt que du droit constitutionnel *stricto sensu*¹². Il soumet à un examen critique les présupposés *causaux* sur lesquels se base la théorie du dialogue et qui expliquent une partie importante de son attrait d'un point de vue comparatif. Selon ses défenseurs, le constitutionnalisme dialogique produirait des effets désirables qui mériteraient qu'on en défende l'application dans d'autres contextes politiques que ceux où on le retrouve actuellement¹³. Cet article cherche donc à déterminer quels sont les effets implicites attribués au dialogue constitutionnel. Il examine ensuite s'ils sont avérés et s'ils peuvent être

7 Rainer Knopff *et al.*, « Dialogue: Clarified and Reconsidered », (2017) 54:2 Osgoode Hall LJ 609.

8 Il est révélateur, à cet égard, que Jeremy Waldron exclut nommément les régimes dialogiques ou « faibles » de sa critique démocratique du contrôle constitutionnel. Voir, Jeremy Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », (2006) 115:6 Yale LJ 1346, à la p 1354.

9 Pour une analyse critique de la *métaphore* du dialogue elle-même, voir Aileen Kavanagh, « The Lure and Limits of Dialogue », (2016) 66:1 UTLJ 83.

10 Pour une analyse en profondeur et exhaustive des différentes théories du dialogue en droit constitutionnel, voir Anne Meuwese et Marnix Snel, « Constitutional Dialogue : An Overview », (2013) 9:2 Utrecht L Rev 123.

11 Voir, par exemple, Jean Leclair, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) 63 Rev du Bar/Num Spec 379, à la p 410; Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, « Six Degrees of Dialogue: A Reply to Hogg and Bushell », (1999) 37:3 Osgoode Hall LJ 513; F.L. Morton, « Dialogue or Monologue? A Reply to Hogg and Thornton », (1999) *Policy Options* 23; Emmett MacFarlane, « Dialogue or Compliance? Measuring legislatures' policy response to court rulings on rights », (2012) 34:1 Int'l Pol Sci Rev 39.

12 Sur la distinction entre les *études* constitutionnelles et le *droit* constitutionnel, en particulier dans le contexte comparatif, voir Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 ch 4.

13 Voir, par exemple, Stephen Gardbaum, « Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for Democracy? », (2015) 53 Colum J Transnat'l 285.

raisonnablement attribués au dialogue constitutionnel lui-même. Finalement, l'article identifie certaines limites, voire conséquences indésirables, du constitutionnalisme dialogique notamment en ce qui a trait à l'institutionnalisation de l'ordre constitutionnel canadien.

L'intérêt pour la théorie dialogique du contrôle constitutionnel provient en grande partie du fait qu'on lui attribue directement ou indirectement les succès réels du constitutionnalisme canadien, comme en témoignent les hauts niveaux de confiance envers les institutions judiciaires, tant d'un point de vue comparatif¹⁴ que par rapport aux autres institutions politiques au Canada¹⁵, l'absence d'attaques politiques majeures contre les tribunaux, le respect des décisions judiciaires, et l'influence croissante de la Cour suprême du Canada ailleurs dans le monde¹⁶. Autrement dit, selon les théoriciens du dialogue, le constitutionnalisme canadien jouit d'une stabilité qui fait envie et pour laquelle on devrait remercier les institutions dialogiques de la constitution canadienne. Comme l'écrivait récemment Jamie Cameron, « la question de la légitimité [du contrôle constitutionnel] est en bonne partie en rémission aujourd'hui. Bien qu'il serait mal avisé d'attribuer plus qu'il ne le faudrait au dialogue, il est possible que le concept ait aidé à stabiliser la Charte et à faciliter son itinéraire ces dernières années » [notre traduction]¹⁷.

L'argument principal de cet article est que la théorie du dialogue s'appuie de façon implicite, et à tort, sur la relation causale qui existerait entre la stabilité politique des institutions judiciaires et le modèle canadien de contrôle constitutionnel¹⁸. Cette relation est généralement mentionnée en passant, tenue pour acquise ou simplement intégrée dans des discussions normatives ou descriptives

14 Nuno Garoupa et Tom Ginsburg, *Judicial Reputation: A Comparative Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 2015 à la p 11. Voir également, Angus Reid Institute, « Canadians have a more favourable view of their Supreme Court than Americans have of their own » (2015) en ligne : <<http://angusreid.org/wp-content/uploads/2015/08/2015.08.14-Supreme-Court-final.pdf>>.

15 Voir Canada, Statistiques Canada, *Public Confidence in Canadian Institution*, Ottawa : Gouvernement du Canada, 2015, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-652-x/89-652-x2015007-eng.htm>>

16 Voir, par exemple, Ran Hirschl, « Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought », dans Richard Albert et David R Cameron, dirs, *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 305. Voir également David S Law et Mila Versteeg, « The Declining Influence of the United States Constitution » (2012) 87:3 NYU L Rev 762.

17 Jamie Cameron, « Collateral Thoughts on Dialogue's Legacy as Metaphor and Theory: A Favourite From Canada », (2016) 35 U Queensland LJ 157, 168.

18 Notons qu'il est question ici des relations causales au sens large comme étant soit probabilistes, soit des conditions nécessaires ou suffisantes. La dimension causale est utilisée en contraste avec les inférences descriptives et les discussions normatives qui constituent la grande majorité de la littérature sur le dialogue constitutionnel. Sur la notion de causalité, voir de façon générale Gary

tout en demeurant trop imprécise et non validée empiriquement. Bien qu'ils jouent un rôle probable dans ce succès, les facteurs culturels qui dépassent la configuration des institutions constitutionnelles sont rarement intégrés dans la discussion ou analysés en profondeur. Ces facteurs culturels incluent le changement générationnel dans les pays occidentaux vers des valeurs « post-matérialistes », c'est-à-dire « axées de plus en plus sur des priorités comme l'autonomie, l'expression de soi et la qualité de vie », plutôt que « matérialistes tels que la sécurité économique et physique » [notre traduction]¹⁹. Ils incluent également la présence d'une culture constitutionnelle et politique attachée à la protection des droits des minorités préexistante à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰. Même en admettant que les structures dialogiques aient pu contribuer au succès du modèle canadien dans certains contextes, d'autres aspects de l'expérience canadienne suggèrent plutôt qu'il est préférable de demeurer prudent avant de louer la stabilité de son modèle constitutionnel. En effet, lorsque les tribunaux doivent remplir certaines fonctions délicates, comme favoriser l'institutionnalisation de l'entente constitutionnelle ou promouvoir la démocratie militante²¹, la théorie du dialogue constitutionnel se révèle étonnamment pauvre. Si elle veut demeurer pertinente, la théorie du dialogue devrait au minimum prendre en considération l'impact d'autres facteurs institutionnels et répondre de façon plus explicite aux effets possibles des facteurs culturels sur la stabilité constitutionnelle de manière générale.

Cet article présente d'abord les principaux arguments avancés par différents défenseurs du dialogue constitutionnel entendu au sens large (II). L'article expose ensuite la dimension proprement causale, implicite ou explicite, de trois

King, Robert O Keohane et Sidney Verba, *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton, Princeton University Press, 1994 ch 2-3.

19 Ronald Inglehart, « Postmaterialist Values and the Shift from Survival to Self-Expression Values », dans Russel J Dalton et Hans-Dieter Klingemann, dirs., *Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 223 à la p 223. En général, voir Ronald Inglehart, *Culture Shift in Advanced Industrial Society*, Princeton, Princeton University Press, 1989. Au Canada, de façon générale, voir Neil Nevitte, *The Decline of Deference: Canadian Value Change in Cross-National Perspective*, Toronto, Broadview Press, 1996. Dans le contexte plus spécifique du droit constitutionnel et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, voir FL Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, ON, Broadview Press, 2000; Matthew E Wetstein, CL Ostberg, *Value Change in the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2017.

20 Dans le contexte canadien, voir Dominique Clément, *Canada's Rights Revolution: Social Movements and Social Change, 1937-1982*, Vancouver, UBC Press, 2008.

21 Sur le rôle des tribunaux dans la promotion de la démocratie militante, voir Sam Issacharoff, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Pour une étude approfondie des limites du pouvoir judiciaire au-delà de l'adjudication constitutionnelle dans les processus de démocratisation, voir Tom Gerald Daly, *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

modèles idéaux-typiques de théories dialogiques soit le modèle idéationnel, le modèle socio-culturel et le modèle institutionnel (III). Partant de ce dernier modèle, l'article présente ensuite deux critiques de la théorie du dialogue, telle que défendue au Canada. En utilisant les données du World Values Survey (WVS), la première critique montre comment les arguments contrefactuels relatifs au caractère stabilisateur du dialogue constitutionnel ne sont pas validés par les données empiriques (IV). La seconde critique souligne les limites de la théorie du dialogue pour comprendre les modes d'institutionnalisation du droit constitutionnel. Cette seconde critique prend appui, d'une part, sur les réactions des acteurs constitutionnels québécois aux jugements sur les droits linguistiques et, d'autre part, sur les remous causés par la judiciarisation des enjeux liés à la diversité ethnoreligieuse, telles qu'en témoignent les suites de l'affaire *Multani* (V). L'article se conclut avec quelques hypothèses relatives à la désuétude de la disposition de dérogation de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui est au cœur de la théorie du dialogue canadien et suggère quelques conclusions théoriques (VI).

II. Les motivations normatives des théories du dialogue

L'idée du dialogue constitutionnel a été utilisée de façon descriptive comme métaphore sensée saisir l'essence d'une série d'interactions entre les tribunaux et les branches législatives et exécutives de l'État. Elle a également été utilisée de façon normative pour justifier le contrôle constitutionnel de la validité des lois sur le fondement des droits et libertés lorsque celui-ci s'effectue à travers des arrangements institutionnels précis. En plus de ces dimensions descriptives et normatives, le constitutionnalisme dialogique s'appuie largement sur des présupposés causaux qui attribuent aux institutions un rôle important dans le maintien de la stabilité et le « succès » des systèmes constitutionnels. Cette section aborde les versants descriptifs et normatifs de la théorie du dialogue, alors que la prochaine section présente une critique des présupposés causaux sur lesquelles elle repose.

La théorie du dialogue peut se résumer à la quête d'un juste équilibre entre, d'une part, la suprématie judiciaire relative à l'interprétation constitutionnelle des droits et libertés, et, d'autre part, la souveraineté parlementaire. D'un point de vue normatif, elle cherche à offrir un modèle qui équilibrerait deux idéaux constitutionnels distincts et deux idées de la justice; d'un côté, l'idée de la liberté et de l'autonomie politique et son instanciation à travers des mécanismes majoritaires qui cherchent à exprimer de manière approximative la « volonté générale », ou la « volonté populaire », et, de l'autre côté, l'idée du constitutionnalisme, c'est-à-dire l'idée que le pouvoir politique doit s'exercer conformément

aux règles préétablies qui le constituent et l'encadrent. Notons que la tension entre ces deux idéaux constitutionnels est inhérente au constitutionnalisme moderne. Toutefois, certains aspects du constitutionnalisme semblent moins problématiques que d'autres d'un point de vue normatif en raison de leur impact limité sur la liberté et l'autonomie politique. Par exemple, lorsque la souveraineté est divisée entre différents paliers de gouvernement, comme c'est le cas dans les régimes fédératifs, les tribunaux sont souvent appelés à arbitrer les limites du pouvoir attribué par la constitution à l'une et l'autre autorité législative pour s'assurer qu'une certaine marge de manœuvre politique leur est préservée. Cette incursion du pouvoir judiciaire dans le processus législatif est moins problématique, du point de vue normatif²², puisqu'elle n'amoindrit pas la capacité du peuple de se gouverner lui-même. Elle sert simplement à déterminer à travers quels mécanismes institutionnels ce gouvernement de soi peut légalement avoir lieu; les entités fédérées ou l'entité fédérale²³. En revanche, la protection des droits et libertés individuelles réduit la marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle peuvent se mouvoir les majorités parlementaires et soustrait, ce faisant, certains enjeux de la portée des mécanismes du gouvernement collectif. Le constitutionnalisme dialogique se propose de surmonter cette alternative dialectique. Le dialogue n'« incarner[ait] ni un échec de l'enchâssement absolu des droits ni une porte dérobée pour échapper à la protection des droits. Il s'agit d'une sorte spéciale de compromis puisqu'il ne fait pas que juxtaposer des éléments opposés. À la place, il combine le meilleur de chacune des deux positions contrastées pour en faire quelque chose de nouveau et de supérieur » [notre traduction]²⁴.

La défense du dialogue constitutionnel s'appuie d'abord et avant tout sur une reconstruction normative des interactions effectives entre les tribunaux et les branches élues de l'État. D'un point de vue descriptif, les défenseurs du dialogue soutiennent que les relations entre les tribunaux et les parlements ne se résument pas à un simple respect coï de la part des élus pour le « constitutionnalisme oraculaire »²⁵ des juges. Le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutifs et législatifs échangent plutôt des raisons et réagissent l'un et l'autre aux considérations spécifiques mises de l'avant par leur partenaire de dialogue. Ce va-et-vient permet de mettre en lumière les mérites et

22 *A contrario*, voir Adrienne Stone, « Judicial Review Without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review », (2008) 28:1 Oxford J Leg Stud 1.

23 Jeffrey Goldsworthy, « Structural Judicial Review and the Objection from Democracy », (2010) 60 UTLJ 137.

24 Lorraine Weinrib, « Learning to Live with the Override », (1990) 35 McGill LJ 541 à la p 564.

25 Rainer Knopff et FL Morton, *Charter Politics*, Toronto, Thomson, 1992, ch 7.

les défauts des différents projets législatifs ou réglementaires qui pourraient limiter certains droits ou certaines libertés. Par exemple, le libellé lui-même des droits et libertés ou les méthodes d'interprétation constitutionnelle comme l'analyse de la proportionnalité permettent aux gouvernements de présenter des arguments de principe dans le but d'explicitier les raisons qui les poussent à limiter les droits et libertés et les raisons pour lesquelles aucune autre alternative moins restrictive n'est disponible²⁶. Dans certains cas, les élus peuvent également renverser les décisions des tribunaux et adopter leurs projets de lois « nonobstant » les droits constitutionnels garantis, et avoir ainsi le dernier mot. Qui plus est, dans un régime parlementaire comme au Canada, les pouvoirs législatifs et exécutifs peuvent être mobilisés en réponse à une décision judiciaire plus facilement que dans un système présidentiel et bicaméral fort comme aux États-Unis²⁷.

Pour les théoriciens du dialogue, tous ces éléments ont une valeur normative positive. L'analyse de la proportionnalité donne aux citoyens dont les droits sont les plus affectés par les actions de l'État l'opportunité d'obtenir une démonstration que la limitation a été faite de manière à enfreindre le moins possible leurs droits. Cette forme de dialogue entre l'État et les justiciables fournit une justification délibérative du contrôle constitutionnel²⁸. De plus, lorsque les législatures ont le pouvoir de renverser les décisions judiciaires en utilisant une disposition de dérogation, les branches élues de l'État, plutôt que les tribunaux non élus, conservent alors la responsabilité ultime en matière de politiques publiques. Dans le contexte canadien, la disposition de dérogation de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, plutôt que de contraindre les politiciens à suivre docilement les décisions judiciaires, déplace simplement les bénéfices de « l'inertie législative » à l'avantage de ceux en faveur desquels une décision judiciaire a été rendue²⁹. Finalement, la déférence en matière de réparations constitutionnelles permet aux tribunaux d'éviter d'imposer une solution précise à un litige tout en indiquant les droits qui devront être pris en considération dans la mise en balance d'intérêts divergents puisque les législatures sont mieux équipées et plus susceptibles de prendre une décision équilibrée dans

26 Roach, *supra* note 3 ch 9 aux pp 215-217. Sur les liens entre le constitutionnalisme dialogique et l'analyse de la proportionnalité, voir Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, traduit par Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 aux pp 465-467.

27 Roach, *supra* note 3 aux pp 79-80.

28 Pour un examen critique des possibilités « délibératives » du dialogue et une tentative de distinguer les dimensions normatives et descriptives de la théorie du dialogue, voir Luc B Tremblay, « The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures », (2005) 3:4 *Int'l J Const'l L* 617.

29 Roach, *supra* note 3 aux pp 63, 64, 194 et 195.

ce contexte³⁰. Cette déférence peut être prévue dans la loi elle-même comme c'est le cas au Royaume-Uni ou en Nouvelle-Zélande où la compétence des tribunaux se limite soit à déclarer l'incompatibilité d'une loi³¹ ou à en faire une interprétation atténuée³². Elle peut également être d'origine prudentielle, comme au Canada³³.

III. La dimension causale de la théorie du dialogue

La plupart des théories du dialogue s'appuient sur des théories causales implicites. Quelques-unes sont triviales — par exemple, que les juges reflètent le contexte culturel dans lequel ils évoluent — mais d'autres sont plus importantes, bien qu'elles demeurent souvent imprécises³⁴. Par exemple, dans son livre sur l'histoire de la Cour suprême des États-Unis, Barry Friedman avance que « ultimement, à travers un dialogue avec les juges, la constitution finit par refléter le jugement pondéré du peuple américain à propos de ses valeurs les plus fondamentales » [notre traduction]³⁵. Selon Friedman, après des périodes d'expansion du pouvoir judiciaire et de repli, la Cour a fini par acquérir une place centrale dans le système politique américain³⁶. Toutefois, Friedman n'identifie pas les mécanismes qui ont causé ou même simplement favorisé ce développement³⁷.

La théorie du dialogue, y compris dans la version articulée par Friedman, s'appuie sur des relations causales implicites qui la rendent normativement attrayante. Le constitutionalisme dialogique favoriserait les décisions judiciaires vigoureuses tout en préservant la stabilité politique et la confiance dans les institutions judiciaires. Ce faisant, cela éviterait les repréailles politiques à l'encontre des tribunaux et les autres crises constitutionnelles du même

30 En général, voir Donald Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, Brookings Press, 1977; Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92:2 Harv L Rev 353. Voir également, dans le contexte canadien, Janet Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?*, Montréal-Kingston, McGill-Queens University Press, 2002 aux pp 59-60.

31 *Human Rights Act 1998*, (UK) c 42 art 4.

32 *Ibid*, art 3; *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (NZ) No 109, art 6. Voir, à cet effet, Janet L. Hiebert et James B Kelly, *Parliamentary Bills of Rights: The Experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

33 Voir, par exemple, *Canada (Premier Ministre) c Khadr*, [2010] 1 RCS 44, 2010 CSC 3 aux para 33-47.

34 Jon Elster, *Nuts and Bolts for Social Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989 aux pp 5-10.

35 Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Strauss et Giroux, 2009 aux pp 367-368.

36 *Ibid*. Voir également, Barry Friedman, « Dialogue and Judicial Review », (1993) 91:4 Mich L Rev 577.

37 Lawrence B Solum, « Narrative, Normativity and Causation », (2010) Mich St L Rev 597.

genre. Par exemple, dans le contexte canadien, Hogg, Bushell et Wright affirment que le dialogue constitutionnel « nous a protégé du noyautage et des attaques contre les tribunaux qui sont à la base des débats politiques aux États-Unis »³⁸. Toutes les théories dialogiques ne s'appuient pas pour autant sur le même genre de relations causales entre la stabilité politique et la légitimité démocratique des institutions judiciaires. Dans le but de bien distinguer les différentes versions mises de l'avant et de saisir les mécanismes causaux implicites qui sont à l'œuvre dans différentes théories dialogiques, il est utile de les regrouper en trois modèles généraux distincts, soit le modèle idéationnel, le modèle socio-culturel et le modèle institutionnel³⁹.

Dans le modèle idéationnel, le pouvoir judiciaire est conçu comme un partenaire institutionnel de délibération publique à propos des droits de la personne. Ses contributions spécifiques au débat public sont alors censées en augmenter la qualité et éclairer la discussion⁴⁰. Les tribunaux offrent alors le « forum des principes »⁴¹ dans le processus de prise de décisions politiques. Après la tenue d'une discussion informée à propos des mérites de celles-ci dans laquelle chaque partenaire institutionnel offre une vue complémentaire des enjeux, les décisions judiciaires fournissent ultimement un point focal vers lequel l'opinion publique peut converger. Comme le résume Michael J. Perry, « du dialogue constitutionnel entre la Cour et les autres organes gouvernementaux [...] émerge une moralité politique plus auto-critique qu'elle ne l'aurait été autrement et donc une moralité politique plus mature également [...] plutôt qu'une moralité stagnante ou régressive » [notre traduction]. Bien que cette affirmation soit difficile à mesurer empiriquement, les études de James Kelly sur l'importance de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les travaux du Cabinet fédéral canadien et des autres institutions étatiques⁴², la diffusion

38 Hogg, Bushell et Wright, *supra* note 2 à la p 200.

39 Cette terminologie est de l'auteur et sert à créer une typologie. Nul doute que peu de théoriciens du dialogue ne défendent de façon exclusive l'une ou l'autre de ces théories, en particulier dans ces versions épurées. La typologie sert toutefois à capturer l'essence de théories causales souvent inarticulées et à les rendre comparables entre elles.

40 Voir, par exemple, Bickel, *supra* note 1 aux pp 23-28; Perry, *supra* note 1 à la p 113; William N Eskridge Jr. et John Ferejohn, « Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review », (2009) 87 Tex L Rev 1273; Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Dans une certaine mesure, voir également Frank Michelman, « Foreword 1985 - Traces of Self-Government », (1986) 100 :1 Harv L Rev 4 et Frank Michelman, « Law's Republic », (1988) 97:8 Yale LJ 1493. Dans le contexte canadien, voir Karim Benyekhlef, « Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 RD McGill 91.

41 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1981 ch 2.

42 James B Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framer's Intent*, Vancouver, UBC Press, 2005 ch 7.

du « rights-talk » en politique⁴³, la judiciarisation du politique de façon plus générale⁴⁴ et l'importance accrue dans la stratégie électorale de l'usage ou non de la disposition de dérogation dans la poursuite de certains objectifs politiques⁴⁵ semblent tous appuyer en partie cette thèse. Il semble en effet que les droits deviennent saillants *ex ante* dans le processus politique et que les gouvernements et les législatures adaptent effectivement leurs politiques publiques pour tenir compte de l'interprétation anticipée que les tribunaux feront des droits de la personne qui sont en jeu⁴⁶. Au lieu de voir les élites politiques et les groupes d'intérêts comme ayant des préférences politiques fixes et définies, les théoriciens du dialogue idéationnel pensent donc⁴⁷ que la confrontation de l'opinion publique avec les décisions judiciaires passées ou à venir change les préférences des différents groupes politiques. Ceci a pour effet de réduire la possibilité de conflits entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Il est à noter que les défenseurs du dialogue idéationnel peuvent s'accommoder aussi bien d'un contrôle constitutionnel fort que d'un contrôle faible.⁴⁸

Quant à lui, le modèle socio-culturel du dialogue — qu'on pourrait associer, quoiqu'un peu rapidement, aux « constitutionnalistes populaires »⁴⁹ - conçoit le pouvoir judiciaire comme naturellement favorable aux élites politiques dominantes⁵⁰. Cette convergence entre l'opinion judiciaire et l'opinion politique dominante peut survenir soit à cause de l'acculturation⁵¹, du contrôle par les élites elles-mêmes des procédures qui leurs permettent de nommer les

43 Voir, par exemple, Mary Ann Glendon, *Rights-Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991. Voir également, d'un point de vue empirique, MacFarlane, *supra* note 11.

44 Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall et Thompson, 1989.

45 Lorraine E Weinrib, « The Canadian Charter's Override Clause: Lessons for Israel », (2016) 49:1 *Israel L Rev* 67, aux pp 82-97.

46 Kelly, *supra* note 42. En général, voir Vanessa MacDonnell, « The Civil Servant's Role in the Implementation of Constitutional Rights », (2015) 13 *Int'l J Const'l L* 383. Voir également la critique de Dennis Baker et sa défense d'une conception « coordonnée » de l'interprétation constitutionnelle qu'il contraste avec le dialogue, Dennis Baker, *Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2010 ch 1.

47 Perry, *supra* note 1 à la p 113.

48 Pour une discussion plus approfondie des liens entre le contrôle constitutionnel fort et faible et leur potentiel délibératif, voir Alison L. Young, *supra* note 4.

49 Voir, en général, Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; Larry D Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

50 Lucas A Powe, *The Supreme Court and the American Elite*, Cambridge, Harvard University Press, 2009; Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, 6^e éd par Sanford Levinson, Chicago, University of Chicago Press, 2016; Robert Dahl, « Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker », (1957) 6 *J Pub L* 279.

51 Voir, par exemple, Robert C Post, « The Supreme Court 2002 Term — Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law », (2002) 117 *Harv L Rev* 4 aux pp 11 et 37; Reva B.

juges,⁵² ou simplement parce que les juges font eux-mêmes partie de l'élite politique nationale dominante, notamment à cause de leur éducation et de leur statut socio-économique⁵³. Tout comme le modèle idéationnel du dialogue, la convergence entre l'opinion publique ou l'opinion des élites politiques dominantes et les opinions judiciaires est la clé du modèle socio-culturel pour expliquer la stabilité des institutions judiciaires. Toutefois, contrairement au modèle idéationnel, le modèle socio-culturel du dialogue n'attribue pas aux décisions judiciaires une force causale déterminante capable d'altérer le positionnement idéologique des autres acteurs politiques ou du public plus généralement. S'il y a convergence, ce n'est pas parce que les forces politiques changent leurs préférences et leurs opinions à la lumière des décisions judiciaires, mais plutôt parce que les forces sociales ou politiques sont capables d'altérer le contenu même de ces décisions; les élites politiques réussissant ultimement à obtenir des juges le genre de décisions qu'elles veulent. Il n'est donc pas surprenant que certains théoriciens du dialogue socio-culturel manifestent leur scepticisme quant aux mérites du contrôle constitutionnel basé sur les droits de la personne et à sa capacité d'exercer une réelle force contre-majoritaire⁵⁴.

Finalement, le modèle institutionnel du dialogue met davantage l'accent, comme son nom l'indique, sur les institutions qui permettent le dialogue entre les tribunaux et les législatures. Ces mécanismes peuvent inclure l'analyse de la proportionnalité, le parlementarisme, la déférence et la flexibilité en matière de réparation constitutionnelle et la possibilité d'utiliser un mécanisme de dérogation à l'encontre des décisions judiciaires⁵⁵. Contrairement aux modèles idéationnel et socio-culturel, le modèle institutionnel ne s'appuie pas sur une convergence hypothétique des préférences et des opinions des groupes politiques et des décisions judiciaires. Le modèle institutionnel cherche à montrer que les décisions judiciaires ne résolvent pas les enjeux de politique publique mais mettent plutôt en mouvement un va-et-vient dans lequel chacune des branches de l'État peut jouer un rôle important. Pour les partisans du modèle du dialogue institutionnel, la convergence de l'opinion publique et des préférences des élites politiques avec les décisions judiciaires n'est pas la seule façon de

Siegel, « Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto Era », (2006) 94 Cal L Rev 1323, aux pp 1348-1350

52 Dahl, *supra* note 50; Richard Funston, « The Supreme Court and Critical Elections », (1975) 69 :3 Am Pol Sci Rev 795.

53 Powe, *supra* note 50 à la p ix.

54 Voir, par exemple, Tushnet, *supra* note 49.

55 Roach, *supra* note 3; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism and Democratic Dialogue*, éd rév, Toronto, Irwin Law, 2016. Kent Roach, « Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship », (2007) 45:1 Osgoode Hall LJ 169; Hogg et Bushell, *supra* note 2; Hogg, Bushell et Wright, *supra* note 2.

résoudre les disputes constitutionnelles. Au contraire, le dialogue institutionnel se présente comme une alternative qui permet aux juges ainsi qu'aux représentants élus d'atteindre un *équilibre* plutôt qu'un *consensus*, à cause de la façon dont le jeu politique est structuré. C'est sur cette dernière version institutionnelle du dialogue que nous nous attarderons ici, puisqu'il s'agit du principal modèle défendu par les auteurs canadiens.

Les partisans du dialogue institutionnel fondent une partie de leur théorie sur le modèle du dialogue idéationnel, puisqu'ils reconnaissent que les décisions judiciaires ont le potentiel de changer les préférences politiques sur le long terme. Cependant, ils soutiennent que les tribunaux conservent leur légitimité sociale non pas à cause de cette altération, mais plutôt parce qu'ils ne peuvent pas agir comme un joueur possédant un droit de veto capable de bloquer les initiatives politiques. Les structures institutionnelles laissent plutôt la possibilité aux groupes politiques de réagir aux décisions judiciaires lorsque celles-ci ne réussissent pas à les convaincre de leur bien-fondé. Comme l'écrit Kent Roach, le dialogue institutionnel permet que « la réponse au désaccord raisonnable à propos des décisions interprétant la Charte [ne soit] ni d'empêcher qu'une telle décision soit prise, ni de changer la composition de la Cour ou de permettre au Parlement ou à l'exécutif d'ignorer cette décision. »⁵⁶. En d'autres mots, un cadre dialogique sert à dissoudre la tension inhérente dans l'adjudication constitutionnelle basée sur les droits et libertés de la personne décrite ci-haut. Ce faisant, toute une panoplie de confrontations directes et indirectes entre les tribunaux et les élus est évitée.

L'histoire de la Cour suprême des États-Unis, qui sert souvent de scénario contrefactuel implicite aux théories du dialogue, offre de nombreux exemples de tels conflits entre la Cour et les élus. Dès son arrivée au pouvoir en 1801, Thomas Jefferson et ses partisans du parti républicain ont institué des procédures de destitution contre les juges du parti fédéraliste de John Adams. Ils ont réduit la juridiction de la Cour suprême et forcé ses juges à quitter leur siège confortable à Washington et à reprendre la longue route pénible des « circuits »⁵⁷. Quelques décennies plus tard, le président Andrew Jackson a accepté tacitement que la Géorgie ne mette pas en œuvre plusieurs décisions de la Cour suprême des États-Unis. Ce fut le cas notamment dans l'affaire *Worcester v. Georgia* qui annulait la condamnation criminelle d'un missionnaire et niait la juridiction de la Géorgie sur les relations avec les bandes

56 Roach, *supra* note 55 à la p 374.

57 En général, sur l'affrontement entre Jefferson et la Cour suprême des États-Unis, voir Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

indiennes. Plutôt que d'envoyer les *federal marshalls* pour garantir la mise en œuvre du jugement, Jackson le déclara plutôt « mort né »⁵⁸. Après sa réélection en 1936, Franklin D. Roosevelt a menacé de noyauter la Cour suprême des États-Unis en nommant des juges supplémentaires pour chaque juge de plus de 70 ans. Son plan de noyautage semblait motivé par sa frustration devant l'interprétation formaliste que la Cour suprême faisait alors de la Constitution américaine et qui avait pour conséquence de remettre constamment en question la mise en œuvre de son « new deal »⁵⁹. Ces événements, qui sont omniprésents dans la réflexion constitutionnelle aux États-Unis, ne sont toutefois pas des exceptions américaines. Pour ne citer que quelques exemples, en 1990, le Président argentin Carlos Menem nommait des sympathisants politiques à la Cour suprême et déclenchait une crise constitutionnelle. « Pourquoi devrais-je être le seul Président argentin à ne pas avoir ma propre cour? » demandait alors Menem⁶⁰. Plus récemment en Pologne, le gouvernement du Parti du droit et de la justice a entrepris d'attaquer systématiquement le Tribunal constitutionnel et de le transformer graduellement en institution fantoche au service du parti au pouvoir. Par exemple, à partir de 2015, le gouvernement polonais a commencé à refuser de publier certaines décisions importantes du Tribunal qui auraient eu pour conséquences de mettre un terme au démantèlement d'institutions démocratiques, décisions avec lesquelles le gouvernement n'était pas d'accord. Sans être publiées, ces décisions devenaient inopérantes⁶¹. Le président bolivien Evo Morales, quant à lui, a utilisé plusieurs tactiques pour intimider les juges de la Cour suprême de Bolivie et du Tribunal constitutionnel depuis son arrivée au pouvoir en 2005. Il a, par exemple, nommé des juges par décret plutôt que par le processus parlementaire habituel et en a destitué d'autres au motif qu'ils étaient affiliés à l'opposition. Si bien qu'en 2008, il ne restait plus qu'une seule juge au Tribunal constitutionnel chargée de tous les dossiers. Bien qu'elle ait usé de son pouvoir pour rendre des décisions importantes, celles-ci ne pouvaient avoir qu'un poids symbolique puisque le quorum du tribunal ne pouvait plus être atteint⁶². Les exemples jalonnant

58 *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). La décision ne requérait pas d'action précise de la part du gouvernement fédéral et Jackson réussit plus tard à convaincre en coulisse le gouverneur de Géorgie de l'époque d'abroger la loi dont le contenu était contesté en Cour suprême. Voir Edwin A Miles, « After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis », (1973) 39:4 *J South Hist* 519.

59 Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Strauss et Giroux, 2009, aux pp 218-220.

60 Cité dans Gretchen Helmke, *Institutions on the Edge: The Institutions and Consequences of Inter-Branch Crisis in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 à la p 138.

61 Wojech Sadurski, « Polish Constitutional Tribunal Under PiS : From an Activist Court, to Paralyse Tribunal, to a Government Enabler », (2019) 11 *Hague J Rule Law* 63 aux pp 74-77.

62 Helmke, *supra* note 60 aux pp 131-133.

l'histoire américaine, et qui semblent s'être répandus ailleurs dans le monde avec la montée du pouvoir judiciaire⁶³, peuvent donc expliquer partiellement les craintes qui animent les théoriciens du dialogue quant aux dangers que fait peser sur la stabilité politique un pouvoir judiciaire trop fort ou à l'encontre duquel aucune réponse constitutionnellement déterminée n'est prévue⁶⁴.

En prenant tous ces éléments en considération, il est possible de reconstruire la thèse du dialogue institutionnel, y compris ses présupposés causaux implicites. Selon les théoriciens du dialogue institutionnel, le constitutionnalisme libéral, dans sa version forte, crée inévitablement de l'instabilité constitutionnelle puisqu'il frustré les majorités électorales en donnant à des juges non élus le pouvoir de prendre des décisions pour l'ensemble de la communauté politique. Cette frustration pousse alors les élus à attaquer les tribunaux de diverses manières, soit en leur retirant leur juridiction, soit en changeant la composition des tribunaux, soit en amendant la constitution pour contourner leurs jugements ou simplement en refusant de mettre en œuvre les décisions judiciaires. Ces formes de représailles diminuent la légitimité de ces tribunaux. Ainsi, selon l'argument mis de l'avant par les théoriciens du dialogue institutionnel, le contrôle constitutionnel faible permet aux juges d'exercer leur rôle tout en ménageant une échappatoire pour les forces politiques majoritaires lorsque celles-ci sont en désaccord avec une décision. Cela diminuerait la pression mise sur les juges et réduirait les probabilités que survienne une confrontation aux conséquences incertaines, voire néfastes. Le contrôle constitutionnel dialogique, selon eux, serait donc le meilleur moyen de maximiser *à la fois* : (1) la mise en œuvre des garanties constitutionnelles, en particulier celles ayant trait aux droits des minorités, que la majorité n'a en principe aucun intérêt à protéger; *et* (2) de préserver la légitimité de la Cour qui est en charge de remplir cette fonction, réduisant par le fait même les risques qu'elle soit attaquée par les branches élues de l'État.

Chacune de ces deux affirmations renferme de nombreuses présuppositions empiriques. Pour notre propos, nous nous attarderons d'abord à la deuxième affirmation et reviendrons brièvement à la question du niveau optimal de protection des droits des minorités dans la dernière section de cet article.

63 C Neil Tate et Torbjörn Vallinder, « The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics », dans C Neil Tate et Torbjörn Vallinder, dirs, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, 10.

64 Il s'agit exactement du type de scénario sur lequel se fonde Stephen Gardbaum pour défendre l'application du contrôle constitutionnel dialogique dans de nouvelles démocraties. Voir Gardbaum, *supra* note 13.

Tout d'abord, la deuxième affirmation suppose que la légitimité du pouvoir judiciaire en général dépende, d'abord et avant tout, du statut de la Cour suprême ou constitutionnelle dans l'opinion publique et des décisions relatives au droit constitutionnel. Pourtant, au Canada, il semble que ce soient davantage les dossiers criminels ou ceux qui impliquent une dimension de « human interest », plutôt que ceux concernant les droits constitutionnels, qui accaparent le plus l'attention médiatique portée à la Cour suprême. Dans ces circonstances, on peut douter de l'influence que peuvent avoir à elles seules les décisions concernant les droits constitutionnels sur la confiance du public envers les institutions judiciaires en général et envers la Cour suprême en particulier⁶⁵.

Ensuite, cette affirmation présuppose que la légitimité des institutions judiciaires est moins affectée lorsque la Cour suprême rend une décision impopulaire dans un contexte institutionnel où celle-ci peut être renversée que lorsqu'elle ne peut pas l'être. Rien n'indique pourtant qu'une décision de la Cour suprême qui est renversée par les législatures serait moins dommageable pour la réputation de la Cour qu'une décision qui ne pourrait pas l'être. En d'autres mots, il est fort possible que le dommage fait à la réputation de la Cour soit irréparable une fois la décision controversée rendue. Que les branches politiques de l'État puissent renverser ce qui a été décidé ne dissout pas la décision *a posteriori*. Cela présuppose également que, dans un contexte institutionnel dialogique, les réactions à l'encontre d'une décision impopulaire prendront la forme d'une considération des options disponibles dans l'espace politique constitutionnellement prévu à cette fin plutôt qu'une méditation sur l'opportunité de désobéir tout simplement au jugement. Nous reviendrons sur cet aspect dans la dernière section lors de la discussion sur la disposition de dérogation. Finalement, la combinaison de tous ces éléments diminuerait le risque qu'un tribunal de dernière instance se voit attaqué par le pouvoir politique, par exemple en remplaçant les membres de la cour, en noyant la cour, en lui enlevant des juridictions clés, en refusant de nommer de nouveaux juges pour augmenter la charge de travail des juges siégeant, en lui coupant son budget, etc.

L'incertitude la plus importante de cette version schématique de la théorie du dialogue concerne la direction de la force causale entre le soutien exprimé par l'opinion publique et les représailles politiques à l'encontre des institutions judiciaires. Comme les travaux de Gretchen Helmke l'indiquent à propos de l'Amérique latine, des niveaux de confiance peu élevés envers les institutions judiciaires semblent augmenter les risques d'attaque de la part des branches

65 À cet effet, voir Florian Sauvageau, David Schneiderman et David Taras, *The Last Word: Media Coverage of the Supreme Court*, Vancouver, UBC Press, 2006 ch 1.

politiques⁶⁶. D'un autre angle, une telle attaque peut elle aussi diminuer l'appui du public envers les tribunaux sans toutefois affecter le soutien du public envers les institutions exécutives. Ce type de dynamique peut inciter stratégiquement les élites politiques à attaquer les tribunaux, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas populaires⁶⁷. Donc, même s'il existe certains fondements empiriques au présupposé des théoriciens du dialogue quant au fait qu'un soutien massif du public envers la branche judiciaire la protège contre les représailles politiques, cela n'explique pas comment les tribunaux peuvent *construire* ce soutien en premier lieu⁶⁸. C'est ce que nous allons aborder dans la prochaine section.

IV. Expliquer le soutien public pour les institutions judiciaires en contexte dialogique

La première question que les théoriciens du dialogue doivent résoudre est celle de savoir si le soutien du public envers les institutions judiciaires en charge de protéger un nouvel ordre constitutionnel — dans le contexte canadien, la *Loi constitutionnelle de 1982* — était déjà présent avant son adoption. Il est possible de tester cette hypothèse en comparant des régimes similaires ayant adopté des modèles dialogiques de protection des droits et en vérifiant s'ils ont vu le niveau de confiance envers leurs institutions judiciaires augmenter après la transition constitutionnelle. Par exemple, on peut comparer le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, d'autres modèles de contrôle constitutionnel « faible » ou dialogique qui ont adopté des instruments constitutionnels de protection des droits de la personne respectivement en 1982, 1990 et 1998⁶⁹. En analysant les données du World Values Survey, un sondage international mené de façon périodique par une équipe de chercheurs universitaires, entre 1981 et 2014, force est de constater qu'il y a eu peu de variation dans le niveau de confiance dans le système de justice dans ces trois pays — à l'exception d'une légère hausse en Nouvelle-Zélande pour la période de 2010-2014. Il semble donc que le niveau de confiance envers les institutions judiciaires y reflète moins la sagesse de la structure institutionnelle que des tendances plus générales qui

66 Gretchen Helmke, « Public Support and Judicial Crises in Latin America », (2010) 13 U Pa J Const L 397 à la p 407.

67 Helmke, *supra* note 60 aux pp 159-160.

68 En général, pour un résumé de la littérature sur le sujet et la construction d'un modèle causal provisoire, voir Gretchen Helmke et Jeffrey K Staton, « The Puzzling Judicial Politics of Latin America : A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflicts », dans Gretchen Helmke et Julio Riós-Figueiroa, dirs, *Courts in Latin America*, New York, Cambridge University Press, 2011, 306.

69 Ces régimes possèdent des caractéristiques propres qui les distinguent les uns des autres. Toutefois, pour notre propos, ils offrent assez de caractéristiques communes pour que la comparaison soit à tout le moins un tant soit peu éclairante.

n'ont que peu à voir avec les institutions judiciaires domestiques elles-mêmes mais qui précédaient plutôt la transition vers le constitutionalisme dialogique.

Sans attribuer nécessairement de force causale propre au modèle dialogique, il est possible également d'examiner s'il s'agit d'une condition nécessaire ou suffisante pour construire le soutien du public envers les institutions judiciaires. À première vue, il ne semble pas y avoir plus d'indications qu'il s'agit d'une condition nécessaire. D'autres pays qui n'ont pas ou que très peu de contrôle constitutionnel basé sur les droits de la personne, comme la Norvège et les Pays-Bas, avaient pour la même période un niveau de confiance similaire ou plus élevé. Ces comparaisons semblent plutôt suggérer que des facteurs autres que le modèle de protection constitutionnelle des droits de la personne ont un rôle plus important à jouer dans le succès d'un ordre constitutionnel et de ses institutions judiciaires. Maintenant, pour vérifier si le constitutionalisme dialogique est suffisant pour augmenter le niveau de confiance envers les institutions judiciaires, il faudrait vérifier si celui-ci a augmenté dans un pays où il était initialement faible avant l'adoption d'une forme de constitutionalisme dialogique. Malheureusement, nous ne connaissons pour l'instant pas de tels cas qui pourraient fournir assez d'information pour en tirer de quelconques inférences⁷⁰.

Les théoriciens du dialogue pourraient mettre de l'avant le contre-argument que même si le dialogue constitutionnel ne *crée* pas le soutien public envers les systèmes judiciaires en général, à tout le moins prévient-il un déclin certain qui suivrait la transition vers un modèle constitutionnel donnant une place plus importante et plus controversée aux juges. Cette seconde version de la théorie causale du dialogue est toutefois beaucoup moins forte puisque le dialogue n'y *crée* plus l'appui pour les institutions judiciaires, mais prévient simplement son déclin. Elle est aussi moins attrayante d'un point de vue normatif, puisque cela impliquerait que le constitutionnalisme dialogique offre un modèle intéressant seulement pour les pays qui possèdent *déjà* un haut niveau de confiance dans les institutions judiciaires. Ce modèle ne serait donc pas propice dans de nouvelles démocraties ou dans des démocraties fragiles comme le suggère, par exemple, Stephen Gardbaum⁷¹. Toutefois, cette hypothèse est encore basée

70 Il y a bien eu d'autres cas de constitutionnalisme « dialogique » en Amérique latine comme en Équateur et en Colombie au XIX^e siècle. Toutefois, ces constitutions ayant été de courte durée, il est difficile d'en tirer des conclusions empiriques. À ce sujet, voir Daly, *supra* note 21 aux pp 269-270. Pour une discussion des enjeux relatifs à l'applicabilité du constitutionalisme dialogique dans des démocraties fragiles, voir Rosalind Dixon, « The Core Case for Weak-Form Judicial Review », (2017) 38 *Cardozo L Rev* 2193. Pour une vision plus optimiste, voir Gardbaum, *supra* note 13.

71 Voir Gardbaum, *supra* note 13.

Tableau 1 : Niveaux de confiance dans le système de justice, (« A great deal » et « Quite a lot », World Values Survey, 1981-2014

	1981-1984	1989-1993	1994-1998	1999-2004	2005-2009	2010-2014
CANADA	14% 49%	ND	10% 44%	ND	16% 49%	ND
ROYAUME-UNI	20% 46%	13% 40%	ND	10% 38%	13% 40%	ND
NOUVELLE-ZÉLANDE	ND	ND	5% 39%	ND	5% 39%	17% 47%
AFRIQUE DU SUD	25% 38%	27% 43%	23% 35%	ND	23% 41%	16% 33%
PAYS-BAS	11% 52%	10% 53%	ND	5% 43%	4% 46%	10% 52%
NORVÈGE	29% 55%	15% 59%	10% 60%	ND	18% 63%	ND

sur la prémisse que les tribunaux souffrent généralement de se voir attribuer le pouvoir de contrôle constitutionnel basé sur les droits et libertés de la personne. Bien que plausible, cette présupposition ne semble pas plus supportée par les données empiriques. Le contraste avec une démocratie parlementaire de style Westminster, qui vantait jusqu'à récemment les avantages de la souveraineté parlementaire, est révélateur à cet égard. L'Afrique du Sud a adopté une version forte (voire transformatrice)⁷² du contrôle constitutionnel dans sa constitution transitoire de 1993 et puis dans sa constitution de 1996. Malgré un petit déclin pour la période de 2010-2014 selon le WVS, il n'y a pas eu de changement significatif dans le niveau de confiance envers le système judiciaire avant et après la

72 Karl E Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », (1998) 14 SAJHR 146. Il est vrai que la constitution de l'Afrique du Sud intègre certains éléments « dialogiques » comme une clause de limitation générale des droits (article 36) et qu'elle permet explicitement aux tribunaux de rendre des déclarations d'invalidités suspendues pour permettre au législateur d'y répondre (article 172(1)(b)(ii)). Voir *Constitution of the Republic of South Africa*, (1996). Elle est toutefois généralement exclue des modèles plus clairement dialogiques comme le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni.

fin de l'Apartheid. Finalement, il semble que le niveau de confiance pour le système de justice était déjà élevé au Canada en 1981-1984, soit avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou, à tout le moins, avant que ses effets ne se fassent sentir. Le rapatriement de la Constitution et l'incorporation d'un modèle dialogique de contrôle constitutionnel dans la Constitution canadienne peuvent donc difficilement expliquer les phénomènes qui leur préexistaient⁷³.

Comme le montre Ran Hirschl dans son étude comparative du Canada, de la Nouvelle-Zélande, de l'Afrique du Sud et d'Israël, le fait de donner le pouvoir de contrôle constitutionnel aux juges dans une démocratie mature est grandement facilité en premier lieu par « l'existence d'une confiance largement répandue dans le public dans l'impartialité politique du pouvoir judiciaire » [notre traduction]⁷⁴. Dans un même ordre d'idées, Charles Epp montre que « le développement d'une structure de soutien vigoureuse pour la mobilisation judiciaire aide à expliquer les origines de la révolution des droits canadienne dans les années 1970, le passage et la nature de la Charte elle-même, et la force de la révolution des droits dans les années 1980 » [notre traduction]⁷⁵. F.L. Morton tire une conclusion similaire quant aux raisons stratégiques qui ont motivé l'adoption de la Charte en soulignant que « la Charte elle-même est moins la cause de la révolution des droits que le moyen à travers lequel elle s'est effectuée » [notre traduction]⁷⁶. Il semble donc y avoir eu, avant l'adoption de la Charte, du moins parmi certains groupes de l'élite politique, un niveau de confiance élevé envers les tribunaux, les droits constitutionnels et leur mise en œuvre à travers des mécanismes de contrôle constitutionnel.

À la lumière de ces études, il apparaît difficile de distinguer l'impact des mécanismes constitutionnels des changements culturels plus généraux ayant porté les droits de la personne au-devant de la scène politique⁷⁷. Qui plus est, le succès des tribunaux dans l'adjudication de conflits entre valeurs postmatérialistes⁷⁸ ne peut expliquer qu'une partie de la stabilité de l'ordre constitutionnel

73 Neil Nevitte et Ian Brodie, « Evaluating the Citizens' Constitution Theory », (1993) 26 Can J Pol Sci 235 aux pp 254-256.

74 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 à la p 68.

75 Charles Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* Chicago, Chicago University Press, 1998 à la p 171.

76 F.L. Morton, « The Charter Revolution and the Court Party », (1992) 30:3 Osgoode Hall LJ 627 à la p 629.

77 Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

78 À ce sujet, Morton et Knopff, *supra* note 19 aux pp 77-80.

canadien. Cet ordre parfois précaire peut requérir beaucoup plus de la part des tribunaux, ce vers quoi nous nous tournons maintenant.

V. Adopter et maintenir un compromis constitutionnel : le problème de l'institutionnalisation

En tant que théorie du contrôle constitutionnel, le dialogue ne fournit pas d'explication satisfaisante au phénomène de l'institutionnalisation du compromis constitutionnel⁷⁹. Le constitutionnalisme dialogique peut de façon plausible maintenir l'adhésion à un ordre constitutionnel déjà existant et perçu comme légitime. La question est toutefois différente lorsque l'on tente de *fonder* un tel projet ou d'en justifier la légitimité auprès des « perdants » du compromis constitutionnel⁸⁰. Pourtant, il s'agit là de questions d'une importance capitale dans de nombreux contextes socio-politiques, parfois plus explosifs que le contexte canadien. Comme le souligne Samuel LaSelva, la théorie du dialogue ne réussit pas à fournir une justification au pouvoir judiciaire qui prendrait en compte les autres dimensions de l'expérience constitutionnelle canadienne. Elle propose donc une théorie « asymétrique du contrôle constitutionnel qui a le potentiel de mettre en doute la cohérence et la viabilité du constitutionnalisme canadien » [notre traduction]⁸¹. Les arrêts *Ford* et *Multani* en fournissent deux exemples.

Lorsqu'ils traitent de la décision *Ford*⁸², les théoriciens du dialogue décrivent correctement la conclusion juridique du bras de fer entre la Cour suprême du Canada et le Gouvernement du Québec⁸³. Dans l'affaire *Ford*, la Cour suprême du Canada a en effet reconnu au Québec le droit constitutionnel d'utiliser la disposition de dérogation dans une loi *omnibus*, mais a néanmoins invalidé une partie de la *Charte de la langue française* relativement à l'affichage commercial en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. En réponse au jugement de la Cour, le Gouvernement de Robert Bourassa décida d'adopter la « loi 178 » dont l'objectif était de protéger la partie invalidée de la *Charte de la langue française* relative à

79 Voir à cet effet, le texte séminal de Maurice Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation : Essai de vitalisme social », (1925) 4 Cahiers de la Nouvelle Journée 2.

80 Sur l'institutionnalisation, voir Paul W. Kahn, *The Reign of Law*, New Haven, Yale University Press, 2002 ch 7 en particulier. En d'autres mots, il s'agit de comprendre la force intégrative des constitutions. Voir notamment, Günter Frankenberg, « Tocqueville's Question. The Role of the Constitution in the Process of Integration », (2000) 13:1 Ratio Juris 1. Sur les « perdants » constitutionnels de 1982, voir Peter H Russell, *Canada's Odyssey: A Country Based on Incomplete Conquest*, Toronto, University of Toronto Press, 2017 ch 14.

81 Samuel V LaSelva, *Canada and the Ethics of Constitutionalism: Identity, Destiny, and Constitutional Faith*, Montreal-Kingston, McGill-Queen's U Press, 2018 à la p 77.

82 *Ford c Québec (Procureur general)*, [1988] 2 RCS 712.

83 Voir par exemple, Hogg et Bushell, *supra* note 2 aux pp 83-86.

l'affichage commercial en utilisant les dispositions dérogatoires de l'article 33 de la Charte canadienne et de l'article 52 de la Charte québécoise⁸⁴. Son gouvernement fut reporté au pouvoir neuf mois plus tard. Cinq ans après cette première ronde, lorsque la période initiale de validité de la disposition de dérogation à la Charte canadienne eut expiré et qu'elle eut attiré l'attention d'instances internationales comme le Comité des droits de l'homme des Nations unies⁸⁵, le Gouvernement Bourassa décida d'abroger la dérogation aux deux Chartes et finit par adopter un compromis législatif permettant l'affichage de signes publics en français et en anglais à l'extérieur, « pourvu que le français y figure de façon prédominante »⁸⁶. Puisque le législateur québécois adoptait une mesure qui semblait provenir directement du jugement de la Cour suprême, laquelle avait suggéré « qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un «visage linguistique» français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des Chartes québécoise et canadienne »⁸⁷, plusieurs auteurs ont noté qu'il s'agissait là d'un monologue plutôt que d'un dialogue⁸⁸.

Toutefois, c'est l'impact proprement « méga-constitutionnel » de cette décision, c'est-à-dire relativement à la définition de la nature de la communauté politique et à son existence même⁸⁹, qui est important pour notre propos ici plutôt que sa résolution légale dans un sens restreint. Comme de nombreux commentateurs l'ont souligné⁹⁰, l'utilisation de la disposition de dérogation par le Québec au beau milieu du processus de ratification de l'Accord du lac Meech - alors même que huit des dix provinces canadiennes ainsi que la Chambre des Communes l'eurent ratifié - a joué un rôle déterminant dans la cristallisation de l'opinion publique au Canada anglais en opposition à l'Accord. Suite à l'adoption de la « loi 178 », d'aucuns y ont vu un déséquilibre entre les droits reconnus au Québec et l'absence de protection adéquate pour les anglophones

84 *Loi modifiant la Charte de la langue française*, « Loi 178 ».

85 *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989/Rev.1 (1993)

86 *Charte de la langue française*, RLRQ c C-11 art 58.

87 *Ford c Québec (Procureur general)*, [1988] 2 RCS 712, section IX.

88 Voir, par exemple, Leclair, *supra* note 11 aux pp 385-386 et 391; Eugénie Brouillet et Félix-Antoine Michaud, « Les rapports entre les pouvoirs politique et judiciaire en droit constitutionnel canadien : dialogue ou monologue? » dans *XIX^e Conférence des juristes de l'État*, 2011, aux pp 3, 26 et 27.

89 Peter H Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3^e ed, Toronto: University of Toronto Press, 2004 à la p 75.

90 Voir, par exemple, Patrick J Monahan, *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, University of Toronto Press, 1991 aux pp 252-253; Peter H Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, Toronto, University of Toronto Press, 1992 aux pp 145-147; Jeremy Webber, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994 aux pp 138-140.

sur son territoire. L'Accord n'ayant finalement pas été adopté par toutes les parties, et Québec n'ayant toujours pas « signé » la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Québec a depuis continué son « exil dans la fédération »⁹¹. Cet achoppement a éventuellement mené au référendum national sur l'accord de Charlottetown, l'élection du Parti Québécois en 1994, et au référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec, lequel s'est soldé par une très mince victoire pour le camp du « non ». Même si un théoricien du dialogue comme Kent Roach a raison de souligner que le dialogue entre la Cour suprême et le Québec a abouti à une certaine forme de protection pour la minorité anglophone du Québec, dans une perspective « méga-constitutionnelle », le dialogue a plutôt mis en péril le compromis constitutionnel qu'il était censé stabiliser⁹². Pour résumer, lorsqu'on l'aborde dans la perspective de la protection des droits des minorités et de l'adjudication des valeurs post-matérialistes, le dialogue constitutionnel a effectivement « fonctionné ». Toutefois, lorsqu'on regarde cet épisode du point de vue de sa capacité à assurer la *viabilité* de l'ordre constitutionnel, l'affaire *Ford* témoigne plutôt du fait que le dialogue a « le potentiel de mettre en doute la cohérence et la viabilité du constitutionnalisme canadien » [notre traduction]⁹³. La judiciarisation de ces questions constitutionnelles sensibles, « plutôt que de les soustraire à l'arène politique, les y a au contraire retournées mais dans un emballage, cette fois, beaucoup moins propice au compromis et en termes si véhéments que toute résolution consensuelle de ces enjeux devenait plus difficile qu'auparavant » [notre traduction]⁹⁴.

Dans cette même lignée, la judiciarisation des enjeux liés à la diversité ethnoreligieuse au Québec dévoile aussi un angle mort de la théorie du dialogue. Le conflit entre les différentes conceptions de la citoyenneté qui étaient en jeu dans la « crise des accommodements raisonnables » révèle une tension importante qui permet de comprendre les réticences des québécois par rapport à la construction d'une « identité » constitutionnelle canadienne cimentée par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁵. La tension entre la vision libérale-

91 Guy Laforest avec la collaboration de Jean-Olivier Roy, *Un Québec exilé dans la fédération : Essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Québec, Québec Amérique, 2014.

92 Voir Roach, *supra* note 3 aux pp 189-193. Roach reconnaît que l'utilisation de la disposition de dérogation par le Gouvernement de Robert Bourassa « a aidé à mener à l'échec de l'Accord du lac Meech » [notre traduction] à la p 191.

93 LaSelva, *supra* note 81 à la p 77.

94 Peter H Russell, « Canadian Constraint on Judicialization from Without », (1994) 15:2 *Int'l Pol Sci Rev* 165 à la p 173.

95 Notons, par exemple, qu'en 2013 les québécois étaient les moins enclins (53%, et les québécois francophones 48%) à considérer la *Charte canadienne des droits et libertés* comme une composante « très importante » de l'identité canadienne. Dans toutes les autres provinces, ils sont entre 70 et 80%. Canada, Statistiques Canada, (2013) en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/>

pluraliste du multiculturalisme canadien « favoris[ant] la conception de la société comme mosaïque », et la vision plus républicaine de la « convergence culturelle » québécoise « favoris[ant] l'intégration à la communauté politique nationale, intégration à la fois culturelle et civique » donne un cadre interprétatif qui permet de comprendre la réception, la réaction et la relation plus générale à la Charte canadienne au Québec⁹⁶. Pourtant, les théoriciens du dialogue semblent ignorer cette tension. Kent Roach, par exemple, ne fait même pas mention de l'affaire *Multani*⁹⁷ dans la deuxième édition de son livre *The Supreme Court on Trial*, publiée en 2016⁹⁸. Pourtant, cette décision, accordant à un jeune homme de religion Sikh le droit de porter son kirpan à l'école, a été perçue par certains comme une attaque de la part des institutions judiciaires au nom des droits individuels à l'encontre de l'identité collective distincte des québécois et de la conception québécoise de la citoyenneté. Cette décision a d'ailleurs contribué à l'établissement de la Commission Bouchard-Taylor sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles⁹⁹. Cet exemple montre, encore une fois, que la théorie dialogique du contrôle constitutionnel fournit peut-être une théorie normative ou même causale satisfaisante pour comprendre le soutien public envers les tribunaux qui doivent juger de valeurs post-matérialistes dans les démocraties bien établies. Par contre, cette même théorie reste étrangement pauvre pour les sociétés aux divisions ethniques profondes qui essaient de cimenter leur ordre constitutionnel fragile¹⁰⁰.

La théorie du dialogue a émergée de façon indépendante des débats « méga-constitutionnels » canadiens et elle y est restée plutôt imperméable. D'un point de vue chronologique, la métaphore du dialogue a fait surface plus d'une quinzaine d'années après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et plus de deux décennies durant lesquelles les questions relatives au « modèle canadien »¹⁰¹ et au futur de la fédération canadienne étaient au cœur des discussions

pub/89-652-x/2015005/t/tbl01-fra.htm>. Il s'agit là également d'une partie essentielle du propos de LaSelva, *supra* note 81 au ch 4.

96 Charles-Philippe Courtois, « La nation québécoise et la crise des accommodements raisonnables : bilan et perspectives », (2010) 42 *Rev Int'l Études Can* 283 à la p 289.

97 *Multani c Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256, 2006 CSC 6.

98 Roach, *supra* note 55 postface.

99 Notons d'ailleurs que la Commission conclut qu'« une bonne politique de pratiques d'harmonisation doit à [son] avis contribuer à une réduction maximale de la judiciarisation des rapports entre les personnes ». Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec. Gouvernement du Québec, 2008, à la p 167.

100 Christopher McCrudden et Brendan O'Leary, *Courts and Consociation: Human-Rights versus Power-Sharing*, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 35-45.

101 Sur le modèle canadien, voir Sujit Choudhry, « Does the world need more Canada? The politics of the Canadian model in constitutional politics and political theory », (2007) 5:4 *Int'l J Const'l L* 606.

constitutionnelles¹⁰². Si le Canada avait éclaté ou si sa constitution avait été refondue en profondeur, les défenseurs du dialogue constitutionnel, tel qu'il est inclus dans la Charte canadienne des droits et libertés, seraient probablement moins convaincus de ses mérites inhérents. Malgré le dialogue, la Charte n'a pas atténué durant cette période la perception de plus en plus répandue au Québec que la Constitution canadienne était une cage de fer à l'intérieur de laquelle le Québec ne pourrait pas trouver sa place.

VI. Comprendre la disposition de dérogation

La théorie canadienne du dialogue repose de façon significative sur le mécanisme de la disposition de dérogation qui offre l'alternative ultime au dialogue. Cependant, les théoriciens du dialogue négligent généralement de prendre sérieusement en considération l'effet de la disposition de dérogation sur les actions des juges et des élus. Bien que de nombreux politologues et juristes se soient penchés sur les enjeux normatifs qui y sont rattachés¹⁰³ et malgré quelques études descriptives approfondies¹⁰⁴, ici encore, le rôle causal que joue la disposition de dérogation dans la théorie du dialogue n'est pas clair. Kent Roach, par exemple, soutient que la disposition de dérogation retire les décisions controversées du centre de l'attention publique¹⁰⁵. Puisqu'une position de repli est disponible, la question n'est plus de savoir si l'on doit ou non respecter telle décision judiciaire, mais plutôt comment devrait-on y répondre le plus adéquatement possible. En laissant au législateur la possibilité de passer outre aux décisions judiciaires, la disposition dérogoire affaiblirait la suprématie judiciaire puisqu'elle donnerait aux tribunaux le dernier mot sur une affaire seulement lorsque le législateur acquiesce, du moins implicitement, à leurs décisions.

Les théoriciens du dialogue ne réussissent pourtant pas à saisir complètement la nature et la structure du jeu entre les tribunaux et les législatures

102 Sur l'émergence de la métaphore du dialogue et son contexte intellectuel et politique, voir Stéphane Bernatchez, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la cour suprême du Canada », (2005-2006) 36 R.D.U.S. 165 aux pp 187-192.

103 Paul Weiler, « Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version », (1984) U Mich JL Ref 51; Weinrib, *supra* note 24; John D Whyte, « On not Standing for Notwithstanding », (1990) 28:2 Alta L Rev 347; Peter H Russell, « Standing up for Notwithstanding », (1991) 29 Alta L Rev 293; Tsvi Kahana, « What Makes for a Good Use of the Notwithstanding Mechanism », (2004) 23 SCLR (2d) 191; Tsvi Kahana, « Understanding the Notwithstanding Mechanism », (2002) 52:2 UTLJ 221.

104 Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter », (2001) 44:3 Can J Pub Adm 255; Guillaume Rousseau et François Côté, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights », (2017) 47:2 R.G.D. 343.

105 Roach, *supra* note 55 à la p 374.

imposé par le mécanisme de la disposition dérogatoire. L'utilisation peu fréquente de la disposition de dérogation a été décrite de diverses manières, soit comme découlant de contraintes institutionnelles, de la méfiance de l'opinion publique à propos de sa légitimité, du respect pour la sagesse de la Cour et de ses raisons bien articulées et motivées, de la dépendance au chemin emprunté de sa non-utilisation et de sa désuétude croissante¹⁰⁶. Toutes ces théories conceptualisent la disposition de dérogation comme un mécanisme supposé mettre l'expression des préférences politiques de la majorité à l'abri de leur contrôle constitutionnel.

La faiblesse de cette analyse repose dans le fait qu'elle présente l'interaction entre les tribunaux et les législatures comme un jeu de coordination¹⁰⁷. En d'autres mots, si la disposition de dérogation était simplement utilisée en anticipation ou en réaction aux décisions des tribunaux, elle serait utilisée à chaque fois qu'un jugement ne correspond pas aux préférences et aux intérêts du parti politique au pouvoir - pourvu que ces intérêts soient assez importants pour contrebalancer le soutien du public envers les tribunaux et briser ainsi « l'inertie législative ». Il s'agit d'un biais commun que de voir les tribunaux comme de simples arbitres de disputes légales ayant des préférences préétablies, avec lesquelles les législateurs doivent tout bonnement composer. En fait, comme les politologues étudiant le comportement judiciaire l'ont montré dans de nombreux contextes¹⁰⁸, les tribunaux et les législatures devraient être conçus d'abord et avant tout comme empêtrés dans un jeu stratégique où les joueurs disposent d'informations asymétriques et de possibilités limitées de communiquer et d'échanger de l'information.

Sous cet angle, la relation entre les tribunaux et les législatures devrait davantage être comprise comme une forme de négociation où le comportement d'un joueur influence réellement les possibilités de gain de l'autre joueur. En d'autres mots, si on considère les décisions des tribunaux comme étant motivées stratégiquement par ce que les juges croient être en mesure de faire respecter ultérieurement dans l'arène politique, alors les législatures ont un incitatif stratégique à promettre *de ne pas* utiliser la disposition de dérogation. Ceci pourrait expliquer pourquoi les législatures sont généralement si peu enclines à protéger

106 De façon générale, pour une discussion détaillée de chacun de ces modèles, voir Dave Snow, « Notwithstanding the Override: Path Dependence, Section 33 and the Charter », (2008-2009) 8 *Innovations: A Journal of Politics* 1.

107 Tsvi Kahana, par exemple, offre six différents modèles d'utilisation de la disposition de dérogation qui ont tous pour finalité la coordination du pouvoir judiciaire et législatif. La dimension stratégique telle que nous l'entendons ici n'entre nulle part dans le cadre de son analyse. Kahana, *supra* note 103.

108 Pour un survol de cette littérature voir Lee Epstein et Tonja Jacobi, « The Strategic Analysis of Judicial Decisions », (2010) 6 *Ann Rev Law et Soc Sci* 341.

leurs projets de loi du contrôle constitutionnel *ex ante* ou qu'elles le font dans des contextes d'une importance plutôt mineure d'un point de vue politique¹⁰⁹. Qui plus est, comme les gouvernements « jouent » de manière répétée en apparaissant souvent devant les tribunaux, ils peuvent décider rationnellement de ne pas renverser par voie législative les décisions judiciaires *ex post* dans le but de signaler aux cours qu'elles devront être prêtes à vivre avec les conséquences politiques de leurs décisions. Dans cette forme de dynamique politique, un acteur peut renforcer sa position en se montrant plus fragile.

En promettant de ne pas utiliser la disposition de dérogation, que ce soit *ex ante* ou *ex post*, les législatures peuvent ainsi s'engager de façon crédible ou irrévocable¹¹⁰ envers la conclusion à laquelle parviendront les tribunaux dans un cas particulier ou dans des cas futurs¹¹¹. Si les juges croient que leurs décisions ne pourront pas être renversées et qu'ils ne peuvent donc pas compter sur les élus pour corriger leurs erreurs ou leurs surenchères, ils seront probablement plus prudents.

Dans la décision *Vriend*¹¹² en 1998, la Cour suprême utilisait nommément la théorie du dialogue pour expliquer que la disposition de dérogation ménageait une « garantie parlementaire » permettant aux législatures de répondre aux décisions de la Cour¹¹³. Seize ans plus tard, dans sa dissidence dans l'affaire *Police Montée*, le juge Marshall Rothstein prenait au contraire acte du fait que cette « garantie » est peu utilisée. Il laissait également sous-entendre que la Cour ne devrait donc pas s'en autoriser pour surprotéger les droits et libertés garanties par la Charte. Il écrivait :

Dans une démocratie constitutionnelle, le pouvoir judiciaire se prononce sur la constitutionnalité des lois adoptées par le législateur. Les décisions de la Cour ne sont toutefois pas susceptibles de contrôle. Elles lient le pouvoir législatif, à moins que celui-ci n'invoque l'art. 33 de la Charte canadienne des droits et libertés — une disposition rarement invoquée — pour que la loi ait effet indépendamment des atteintes portées à certains droits constitutionnels. Cela signifie que les décisions de la Cour qui tranchent des questions de nature constitutionnelle ont le pouvoir de figer les choses dans le temps et de restreindre la capacité du législateur de changer ultérieure-

109 Le Québec semble être une exception à la règle. Voir l'article de Rousseau et Côté, *supra* note 104.

110 Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1960 ch 5.

111 Sur les scénarios d'engagements crédibles dans des contextes d'asymétrie d'information ou de contrôle des canaux de communication, voir Jon Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 aux pp 34-44.

112 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493.

113 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 au para 71.

ment la teneur des lois, même si la conjoncture et des impératifs politiques pourraient suggérer ou exiger un changement d'orientation [nos soulignements]¹¹⁴.

Ainsi, l'inutilisation préventive de la disposition de dérogation est peut-être moins le signe du succès du dialogue constitutionnel que le résultat d'un équilibre issu de négociations entre la branche exécutive et la branche judiciaire. Comme le disait Peter Lougheed, la disposition de dérogation permet aux cours d'appliquer le droit de façon stricte et vigoureuse, puisqu'elles savent que « la société et le gouvernement garderont le dernier mot dans l'affaire » [notre traduction]¹¹⁵. Or, si un équilibre est atteint parce que la cour s'est plutôt restreinte elle-même, comme le suggère le juge Rothstein cité ci-haut, de peur de se voir attaquée par d'autres moyens ou de peur d'avoir à vivre avec des décisions qu'elle sait trop ambitieuses, la non-utilisation de la disposition de dérogation est davantage la conséquence de la timidité judiciaire. Or, comme l'explique Kent Roach, « la structure dialogique de la *Charte* suggère qu'il est mieux [pour les juges] de surprotéger plutôt que de sous-protéger les droits et libertés » [notre traduction]¹¹⁶. Il est donc possible que l'inutilisation de la disposition de dérogation soit le symptôme de l'échec du dialogue constitutionnel plutôt que de son succès ou de la capacité impressionnante des tribunaux à convaincre les acteurs politiques et le public du bien-fondé de leurs décisions ou encore du fait que « les décisions canadiennes ne se sont pas éloignées de façon trop marquée de l'opinion publique canadienne » [notre traduction]¹¹⁷. Il s'agit peut-être plutôt d'une situation dans laquelle un joueur, — ici, un acteur politique — en limitant les actions qui lui sont disponibles, peut en fait empêcher ou dissuader un autre joueur d'attaquer. L'armée qui fait dos à une rivière et qui décide de mettre le feu au seul pont qui lui aurait permis une retraite en lieu sûr peut effrayer son ennemi en lui signalant que sa seule option disponible est de se battre jusqu'à la mort et échapper ainsi à une bataille sanglante¹¹⁸. Pareillement, les politiciens qui ont peur que leur agenda politique soit limité par les tribunaux peuvent décider de s'engager de façon crédible à ne pas utiliser la disposition de dérogation dans le but d'éviter les défaites judiciaires. Cette hypothèse mériterait toutefois une analyse empirique plus approfondie qu'il nous est impossible d'entreprendre dans le contexte de cet article. Les théories causales du constitutionnalisme dialogique devraient toutefois reconnaître la

114 *Association de la Police Montée de l'Ontario c Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 3, 2015 CSC 1 au para 159.

115 Cité dans LaSelva, *supra* note 81 à la p 46.

116 Roach, *supra* note 3 à la p 237.

117 Hogg, Bushell et Wright, *supra* note 2 à la p 202.

118 Voir en général, Thomas Schelling, *Arms and Influence*, nouv éd, New Haven, Yale University Press, 1995 aux pp 43-57.

possibilité de ce type d'interactions stratégiques entre les tribunaux et les législatures et essayer d'intégrer dans leur théorie la pratique effective du mécanisme de dérogation.

VII. Conclusion

La théorie du dialogue est demeurée jusqu'à maintenant dans le giron des constitutionnalistes. Bien qu'ils aient réussi à offrir une nouvelle conceptualisation de la façon dont fonctionne le système de justice constitutionnelle au Canada et dans d'autres contextes qui s'en rapprochent comme en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, et bien qu'ils aient forcé une reconsidération du débat traditionnel à propos de la légitimité démocratique du contrôle constitutionnel, ces constitutionnalistes n'ont pas réussi à explorer empiriquement et à valider les affirmations causales qui sont associées à cette théorie. Remettre la théorie du dialogue dans sa perspective institutionnelle et historique plus large permettrait d'ouvrir le débat à propos de l'efficacité des tribunaux et de leur capacité à favoriser l'épanouissement du constitutionnalisme dialogique dans différents contextes. De façon plus globale, si la théorie du dialogue veut offrir un modèle de constitutionnalisme démocratique à émuler dans d'autres contextes politiques, elle devrait reconnaître ses limites. Elle devrait également reconnaître son incapacité à traiter de questions parfois plus importantes que la « difficulté contre-majoritaire » dans les démocraties plus fragiles, telles que la promotion de la démocratie militante et l'institutionnalisation du compromis constitutionnel¹¹⁹. Comme l'affaire *Ford* devrait nous le rappeler, il est loin d'être évident que le dialogue constitutionnel a toujours joué un rôle stabilisateur, plutôt que déstabilisateur, dans les rondes de négociations politiques méga-constitutionnelles qui ont suivi le rapatriement de la Constitution au Canada.

La reconnaissance du fait que le dialogue constitutionnel au Canada a lieu dans un contexte institutionnel et culturel spécifique est salutaire, autant pour déterminer la plausibilité de ses affirmations causales que de son applicabilité ailleurs. Comme le reconnaît Kent Roach, « [l]e Canada a un système parlementaire caractérisé par une discipline de partie stricte, un Sénat non élu qui n'exerce normalement pas beaucoup de pouvoir et un système électoral uninominal à un tour qui produit souvent des gouvernements majoritaires. Un changement dans l'un quelconque des éléments judiciaires ou politiques peut altérer la balance dialogique entre les tribunaux et les législatures » [notre

119 Daly, *supra* note 21.

traduction]¹²⁰. À cette liste, il est important d'ajouter de manière générale la culture politique et constitutionnelle qui interagit aussi avec les institutions dialogiques. Indépendamment de l'enthousiasme¹²¹ ou de la prudence¹²² avec lesquels on croit à l'applicabilité du modèle dialogique du contrôle constitutionnel basé sur les droits de la personne dans d'autres contextes, il est crucial de se faire une meilleure idée de ce qui, des institutions ou de la culture politique des pays dans lesquels elles sont implantées, cause vraiment le succès du constitutionalisme dialogique.

120 Roach, *supra* note 55 à la p 337. Voir aussi Roach, *supra* note 55

121 Gardbaum, *supra* note 13.

122 Voir, généralement, la discussion de cette question dans Dixon, *supra* note 70.