
Les tribunaux et la *Charte* : le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques

Jacques Frémont*

Dans le contexte de l'arrêt *Schachter c. R.*, rendu récemment par la Cour fédérale d'appel, l'auteur aborde la question de l'existence au Canada d'un pouvoir judiciaire d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques. Pour l'auteur, ce pouvoir n'existe pas de façon générale car il ne peut se déduire du libellé de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ni de celui de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En outre, de telles ordonnances soulèvent nombre de difficultés pratiques qui ne sont nullement abordées par la Cour. Enfin, l'arrêt *Schachter* et toutes les décisions qui ont une portée analogue étendent indûment le rôle de la magistrature dans un domaine où sa compétence est contestable et ce, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs au Canada. L'auteur croit donc que des ordonnances semblables ne devraient être possibles que dans les rares circonstances où des normes constitutionnelles programmatiques sont mises en cause, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt *Schachter*. Ainsi, l'auteur estime en dernière analyse que cette décision est mal fondée car elle présente une vision simpliste et irréaliste de la société canadienne au sein de laquelle la responsabilité des arbitrages économiques serait aléatoirement partagée entre les pouvoirs législatif et judiciaire.

In the context of the recent Federal Court Appeal decision in *Schachter v. R.*, the author examines the existence of a power vested in the courts to order the allocation of resources to social or economic programs. The author examines section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and section 52 of the *Constitution Act of 1982* and concludes that these provisions cannot form a basis for issuing a mandatory injunction of that nature. The author then outlines the numerous practical difficulties associated with the implementation of such injunctions. In addition, he argues that they constitute excessive intervention by the judiciary in the legislative function, for the courts are not best qualified and in violation of the principle of separation of powers. The author suggests that such measures, those adopted in *Schachter* should be reserved for the most exceptional circumstances where an entrenched programmatic norm is violated which was not the case in *Schachter*. The author concludes that the decision in *Schachter* is ill-founded both in law and as a matter of judicial policy and presents a simplistic and inaccurate vision of Canadian society in which legislatures and courts randomly share responsibility for arbitrating between economic and social values.

* Professeur à la Faculté de droit et Chercheur, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier le professeur Pierre-André Côté ainsi que Me Gagnon pour leur lecture attentive et leurs commentaires éclairants. Ce texte est à jour au 1^{er} mai 1991.

Sommaire

Introduction

- I. L'articulation des articles 24 de la Charte canadienne des droits et libertés et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982
 - A. L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982
 - B. L'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés
- II. Les difficultés soulevées par les ordonnances mandatoires des tribunaux
- III. L'ordonnance mandatoire et le rôle traditionnel des tribunaux dans notre système de gouvernement

Conclusion

* * *

Introduction

De tout temps, les tribunaux ont été appelés à rendre des décisions qui ont eu un impact sur les fonds publics. Que ce soit à l'occasion du contrôle constitutionnel ou juridictionnel, des décisions judiciaires invalidant un acte administratif, une réglementation ou une loi ont eu pour effet de forcer l'État à engager la dépense de fonds publics. La mise en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982, a cependant posé de façon différente la question du pouvoir des tribunaux d'ordonner la dépense de fonds publics, ainsi que le démontre l'arrêt *Schachter c. R.*¹ de la Cour fédérale d'appel. Cette affaire a le mérite de soulever d'une façon directe la question de l'articulation des droits individuels et des droits collectifs dans ce contexte et, par le fait même, celle du rôle du pouvoir judiciaire en relation avec les pouvoirs législatifs et administratifs à l'égard de la détermination des choix collectifs d'une société.

Prenons d'emblée position sur cette question en affirmant, avec tout le respect que l'on doit au pouvoir judiciaire, que celui-ci ne constitue pas, en règle générale, l'organe constitutionnellement habilité à effectuer les choix sociaux et économiques au sein de notre système de gouvernement. Afin de soutenir cette

¹[1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R.(4th) 635, 29 C.C.E.L. 113, 108 N.R. 123 (C.A.) [ci-après *Schachter* cité aux D.L.R.].

thèse — et sans doute de la nuancer — nous examinerons tout d'abord les dispositions constitutionnelles applicables en vue de démontrer qu'elles n'autorisent pas les tribunaux à émettre des ordonnances mandatoires (I). Nous soulèverons ensuite des arguments d'opportunité qui porteront tant sur les difficultés inhérentes à ce type d'ordonnance (II) que sur le rôle des tribunaux au sein de notre organisation constitutionnelle (III).

I. L'articulation des articles 24 de la Charte canadienne des droits et libertés et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982

Dès le début de son jugement dans *Schachter*, le juge Heald identifie fort justement comme centrale à la détermination du pouvoir des tribunaux d'émettre des ordonnances mandatoires la question de déterminer si les textes constitutionnels en présence autorisent effectivement l'émission de telles ordonnances. Cette question met en cause l'interaction entre l'article 24 de la *Charte* et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. A cet égard, il convient de poser comme prémisse qu'il n'existe pas nécessairement de contradiction entre ces deux mécanismes constitutionnels ; au contraire, ils doivent se comprendre en conjonction l'un par rapport à l'autre.

A. L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982

L'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ») établit l'inopérabilité comme sanction du non-respect de la Constitution. Cette sanction est applicable à tous les cas de violation de normes constitutionnelles, tant en matière de *Charte* que de partage des compétences législatives ou autres. Précisons à cet égard que l'article 52, contrairement à l'article 24 de la *Charte*, ne constitue pas une mesure de redressement, mais bien une *sanction*.

La simple lecture de l'article 52 révèle que la cour ne possède aucune discrétion dans les cas où il y a violation d'une disposition constitutionnelle. L'inconstitutionnalité doit obligatoirement être déclarée et le caractère inopérant découle alors nécessairement de cette non-conformité avec les normes constitutionnelles, selon les termes explicites de l'article 52².

Le caractère impératif et non discrétionnaire d'une telle déclaration s'impose en vertu du principe de la suprématie des normes constitutionnelles ; il serait en effet intolérable que des dispositions législatives qui violent des règles imposées par la Constitution puissent néanmoins conserver leur caractère opérant.

²R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 353, 18 D.L.R.(4th) 321, 3 W.W.R. 481, M. le juge Dickson [ci-après *Big M* cité aux R.C.S.].

Aucune autre alternative n'étant offerte tant par l'esprit que par la lettre de l'article 52, il serait par ailleurs étonnant qu'on puisse y déceler l'existence d'un pouvoir implicite d'émettre des ordonnances de type mandatoire³. Malgré l'incertitude qui plane toujours au sujet de la nature véritable d'une déclaration d'inopérabilité rendue dans un contexte de *Charte*⁴, nous ne voyons pas comment il serait possible d'inférer que l'article 52 puisse permettre autre chose que de constater l'invalidité en autorisant l'émission, malgré le caractère explicitement inopérant d'une disposition inconstitutionnelle, d'une ordonnance judiciaire modifiant une loi inconstitutionnelle⁵. On voit difficilement sur quels pouvoirs un tribunal pourrait s'appuyer pour conférer à une disposition un caractère constitutionnel, se substituant ainsi au pouvoir législatif.

La finalité de l'article 52 demeure la consécration de la suprématie des règles constitutionnelles sur les normes inférieures, assurant par le fait même, la mise en oeuvre du principe de la primauté du droit. Cette disposition a donc un effet que l'on pourrait qualifier d'indirect sur les droits du justiciable puisque celui-ci ne pourra qu'échapper à l'application d'une loi déclarée inopérante (au niveau, par exemple, de sa culpabilité)⁶; il ne lui est pas pour autant possible de demander à la cour de modifier, en vertu de l'article 52, le libellé de la disposition inconstitutionnelle afin de la rendre valide. Il importe maintenant d'examiner si l'article 24 de la *Charte* offre de meilleures perspectives à cet égard.

B. *L'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés*

L'article 24 de la *Charte* est d'une nature et d'une finalité bien différentes. Il a pour objet d'accorder un remède à la personne dont les droits constitutionnels ont été violés; son effet est direct et la personne dont les droits ont été violés a droit au redressement prévu. Il s'agit donc d'un recours exclusivement curatif visant à compenser la perte des droits de la victime et, le cas échéant, à les rétablir. Le texte même de l'article 24 est on ne peut plus clair en ce sens :

24(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent

³Voir cependant la nuance qui doit être apportée ci-dessous, partie III.

⁴P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 R.J.T. 105.

⁵Les seuls cas où la Cour a, à notre connaissance, refusé d'appliquer dans toute sa rigueur l'article 52 sont ceux du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 19 D.L.R.(4th) 1; R. c. *Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, [1990] 2 W.W.R. 220, 103 N.R. 282 et *Swain c. R.*, jugement non rapporté, Cour suprême du Canada, 2 mai 1991. Dans chacun de ces cas, l'article 52 a été appliqué, mais de façon suspensive et dans des conditions particulières.

⁶Voir *Big M*, *supra*, note 2 à la p. 313 où le juge Dickson rappelle que « L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe, il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. »

pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

La nature discrétionnaire de la réparation, apparente à la lecture de ce texte, s'explique par le fait que l'article 24 existe pour les cas où les droits constitutionnels d'une personne ont été violés par la conduite de l'État ou de l'un de ses représentants.

Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, le juge Dickson a eu l'occasion d'aborder la question du rôle de l'article 24 lorsque les droits constitutionnels d'une personne ont été violés par l'existence d'une loi inconstitutionnelle :

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la Charte. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'article 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance⁷.

Ce dictum semble à première vue indiquer que le recours à l'article 24 est exclu en cas de violation des droits d'un justiciable par une loi inconstitutionnelle. Il doit cependant être compris dans le contexte particulier de l'affaire *Big M*, où une corporation était accusée d'avoir violé la *Loi sur le dimanche* et soulevait, en défense, le caractère inopérant de cette loi au regard de la *Charte*. Il s'agissait donc pour *Big M* de bénéficier « indirectement » de l'inconstitutionnalité législative en se faisant acquitter des accusations qui pesaient contre elle. Il n'était donc effectivement pas « nécessaire » de recourir à l'article 24 et il ne s'agissait alors pas, comme dans *Schachter*, de revendiquer l'octroi de dommages pour le préjudice directement occasionné par la loi inconstitutionnelle.

Il est en effet difficile de prétendre que l'État qui adopte des normes par ailleurs inconstitutionnelles ne viole pas directement, par sa conduite, les droits d'un justiciable. Dans un tel cas, le recours de l'article 24 doit forcément demeurer disponible au justiciable qui soulève que la disposition inconstitutionnelle lui cause préjudice.

L'étendue du recours accordé variera en fonction des dommages subis par le requérant, mais ne sera disponible qu'aux personnes qui en auront spécifiquement fait la demande⁸. Ainsi, dans l'affaire *Schachter*, le demandeur ayant réussi à convaincre la Cour du caractère inopérant de l'article 32 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, pouvait se voir attribuer, en vertu de l'article 24 de la *Charte*, les prestations qu'il aurait dû recevoir. Il importe cependant de souligner que cela n'implique pas pour autant que toutes les personnes qui, par le

⁷*Ibid.*

⁸*R. c. Erickson* (1984), 13 C.C.C. (3d) 269, 5 W.W.R. 577, 56 B.C.L.R. 247 (C.A.).

passé ou à l'avenir, se sont trouvées ou se trouveront dans une situation semblable à celle du requérant puissent avoir le même droit. En effet, le recours de l'article 24 de la *Charte* étant par sa nature même individuel, toute déclaration judiciaire mandatoire ayant pour effet d'étendre à tous le droit aux prestations aurait, selon nous, un effet systémique qui relèverait davantage de la nature de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* que de celle de l'article 24 de la *Charte*. Dans le cas de la violation de droits constitutionnels d'un individu par l'adoption d'une norme inconstitutionnelle, nous estimons qu'une déclaration préalable (explicite ou implicite) d'inopérabilité doit avoir été faite, faute de quoi aucun droit garanti par la *Charte* ne peut avoir été véritablement violé. Puisque le droit au recours de l'article 24 dépend, dans ce contexte, de la sanction d'une loi ou d'une disposition inconstitutionnelle, il devient impossible pour un tribunal, par le biais d'un recours individuel à caractère discrétionnaire, de redonner vie à une disposition préalablement déclarée invalide ou, au mieux, inopérante.

Il semble donc, en conclusion, qu'il n'y ait pas de contradiction entre les articles 24 de la *Charte* et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien au contraire ; ces deux mécanismes demeurent ouverts à qui prétend qu'une disposition législative viole ses droits garantis par la *Charte*. Il paraît cependant difficile, voire impossible, de s'appuyer sur l'une de ces deux dispositions pour prétendre que les tribunaux possèdent le pouvoir d'émettre des ordonnances mandatoires du type de celles envisagées dans l'arrêt *Schachter*. Au contraire, chaque article de la Constitution poursuit une finalité différente et complémentaire et aucun n'autorise l'émission d'ordonnances mandatoires.

D'aucuns argumenteront qu'un tel raisonnement est trop formaliste ou qu'il mène tout droit à ce que certains ont appelé, dans le contexte de l'article 15 de la *Charte*, la « poursuite de l'égalité avec vengeance ». S'il est certes opportun, comme le rappelle périodiquement la Cour suprême, de donner à la *Charte* une interprétation large et généreuse, une telle attitude ne peut pour autant cautionner l'invention pure et simple de recours qui ne sont tout bonnement pas prévus, ni expressément, ni conceptuellement, par cet instrument constitutionnel. On ne peut présumer que le Constituant, en 1982, a conçu les articles 24 et 52 en ignorant totalement la question du partage des responsabilités, au sein de notre société, en matières économiques et sociales ; nous estimons que si la possibilité d'émettre des ordonnances mandatoires dans ces secteurs avait alors été envisagée, la rédaction des articles 24 de la *Charte* ou 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* aurait été fort différente. Le libellé retenu pour ces dispositions assure au contraire son entière conformité au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, de même qu'à la traditionnelle retenue judiciaire en semblables matières, dans un contexte constitutionnel.

II. Les difficultés soulevées par les ordonnances mandatoires des tribunaux

Il n'est pas inopportun de s'interroger sur les difficultés que l'émission d'ordonnances mandatoires pourrait susciter tant pour les tribunaux et les juges appelés à les rendre que pour les avocats des parties et pour les justiciables. Ces problèmes découlent à la fois de la difficulté pour les tribunaux d'assumer un rôle législatif — avec les inévitables contraintes associées à l'exercice de cette fonction — ainsi que des effets éventuels de telles ordonnances sur le pouvoir législatif et les parties en présence.

Une première difficulté se situe au niveau des conditions d'ouverture d'un tel recours ; les tribunaux devront-ils intervenir dans tous les cas où des droits constitutionnels ont été violés ou uniquement lorsque les parties en présence auront sollicité un tel redressement ? Se pose alors la question de la discrétion qu'aura ou non le tribunal d'accorder le redressement et, le cas échéant, d'identifier le remède approprié aux circonstances de l'espèce.

Tous conviendront par ailleurs qu'il ne sera pas évident pour un tribunal d'identifier, d'une part, une solution politique et, d'autre part, de la traduire en ordonnance mandatoire. En effet, on peut se demander si la cour doit se limiter aux solutions proposées par les parties ou si, au contraire, elle doit s'interroger et exiger qu'on lui présente toutes les alternatives possibles. Même si cette dernière approche paraît plus logique, se pose la difficulté supplémentaire de choisir, parmi toutes les solutions identifiées, celle qui convient le mieux. Une telle appréciation tiendra probablement compte des impératifs liés à la protection des droits constitutionnels en présence ; elle pourrait par ailleurs considérer des paramètres aussi importants que les coûts et l'impact économique des choix effectués, leur articulation et leur cohérence avec le reste des dispositions en vigueur, ainsi que l'impact réel et vraisemblable de l'ordonnance sur la réalité administrative. On conviendra que le contrat est de taille puisque de tels choix sont déjà difficiles à effectuer pour une administration, un gouvernement ou le législateur.

Dans une telle situation, il faut se rappeler qu'au delà de son effet sur les droits des parties immédiatement devant la Cour, l'ordonnance mandatoire affectera pour l'essentiel les droits de nombreuses personnes qui ne sont aucunement partie à l'instance. Rien n'indique que la réparation accordée à tous par l'ordonnance mandatoire serait celle qui, si d'autres recours individuels en vertu de l'article 24 avaient été intentés, aurait convenu à chacune des personnes dont les droits constitutionnels ont été violés. Autrement dit, les individus dont les mêmes droits constitutionnels sont violés par une disposition législative inconstitutionnelle ne se trouvent pas nécessairement dans la même situation et ne demandent donc pas nécessairement des réparations identiques. Il faut se rappé-

ler que, jusqu'à nouvel ordre, le mécanisme de l'article 24 ne constitue pas une nouvelle forme de recours collectif.

Toujours dans ce contexte, une des difficultés pour la cour consistera à s'en remettre uniquement aux représentations des parties qui poursuivent des intérêts distincts qui leur sont propres. Le Procureur général n'aura de plus aucun intérêt à privilégier des ordonnances qui contiendraient des éléments de politique que son gouvernement n'a pas, par le passé, jugé utile de retenir.

Qui plus est, rien n'indique que la solution retenue par la cour soit elle-même conforme à la *Charte*. En effet, n'est-il pas possible d'imaginer que la solution édictée par l'ordonnance puisse, d'une autre manière, violer les droits constitutionnels des justiciables ? Ne serait-il alors pas sage pour la cour d'exiger des parties des représentations à l'égard de la validité constitutionnelle de l'ordonnance que l'on cherche à obtenir ? Dans ce contexte, à qui doit incomber le fardeau de la preuve ? Une telle démarche aurait probablement et ironiquement pour effet d'imposer au requérant de démontrer la validité constitutionnelle de la solution demandée, alors que le Procureur général se retrouverait dans l'inhabituelle position de tenter de démontrer que l'ordonnance sollicitée ne peut survivre à un examen en vertu de l'article 1er de la *Charte*. À la limite, on pourrait même imaginer qu'un jour la Cour suprême ait à déclarer inconstitutionnelle sa propre décision.

Cette situation pour le moins inusitée pose enfin la question fondamentale d'identifier la véritable nature d'une telle ordonnance mandatoire. Cet ordre de la Cour se trouve-t-il à imposer une solution au pouvoir législatif ou, au contraire, se borne-t-il à « suggérer » une solution qui paraisse acceptable à la cour, tout en laissant la législature ou le Parlement libres de la retenir ?

Dans l'éventualité où l'ordonnance serait impérative et où les pouvoirs législatif et administratif n'auraient d'autre choix que de se conformer au diktat judiciaire, il faudra alors présumer, d'une part, que la cour garantira en quelque sorte la validité constitutionnelle de la solution retenue. D'autre part, on peut se demander si la solution retenue par l'ordonnance ne se trouvera pas en quelque sorte « constitutionnalisée » en ce sens que ne pouvant être législativement modifiée ou abrogée, elle soit condamnée à demeurer et ce, malgré le fait que les autres dispositions du schème législatif soient pour leur part modifiées. Dans ce contexte, il devient difficile de concevoir qu'une solution imposée par voie judiciaire puisse avoir un tel effet mandatoire sur le législateur.

Si tel était néanmoins le cas, se poserait alors la question cruciale de l'éventuel non-respect de l'ordonnance judiciaire mandatoire par les instances législatives ou administratives. Quelle devrait être la sanction dans un tel cas, et de quels pouvoirs la cour pourrait-elle s'autoriser pour l'imposer ? Le choix de la sanction dans un cas où l'ordonnance ne serait pas suivie est particulièrement crucial. La déclaration d'inopérabilité en vertu de l'article 52 de la *Loi*

constitutionnelle de 1982 ne conviendrait alors manifestement pas, la cour ayant déjà écarté cette possibilité. Celle-ci aurait-elle alors le pouvoir de « légiférer » directement en lieu et place du pouvoir législatif ? Le cas échéant, en vertu de quel(s) principe(s) constitutionnel(s) ? Si cette approche n'est pas possible, doit-on songer à l'émission d'une ordonnance d'outrage au tribunal à l'encontre de la législature ou du Parlement récalcitrant ? Le simple fait de poser ces questions indique à quel point il est difficile de soutenir que les ordonnances mandatoires judiciaires ordonnant la dépense de fonds publics puissent se justifier dans notre système constitutionnel.

L'alternative, dans ce contexte, demeure de considérer les ordonnances mandatoires comme de simples « suggestions » des tribunaux. Dans de tels cas, le gouvernement ou le pouvoir législatif demeureraient juridiquement libres d'abroger le programme ou la disposition offensante, de modifier ou de ne pas suivre la solution « imposée » par la cour. C'est d'ailleurs la position que semble avoir prise le juge Heald dans l'affaire *Schachter*⁹. Si cette latitude existe effectivement, il faut donc conclure que l'ordonnance mandatoire ne constitue en fait qu'une proposition de la cour traduisant sa conception de la façon dont les droits constitutionnels des intéressés peuvent être respectés, sans pour autant avoir à déclarer inopérants un programme ou des dispositions législatives. Il n'est pas inhabituel pour les tribunaux de faire de telles suggestions : dans l'affaire *Ford*¹⁰, la Cour suprême a formulé de telles suggestions sans toutefois qu'elles ne lient l'Assemblée nationale du Québec qui avait par la suite écarté la suggestion judiciaire en lui préférant une autre solution.

III. L'ordonnance mandatoire et le rôle traditionnel des tribunaux dans notre système de gouvernement

En droit canadien, les tribunaux ont depuis longtemps assumé la fonction de contrôler la validité des normes juridiques. En exerçant ce rôle, ils ont certes parfois rendu des décisions qui ont pu avoir pour effet de dicter, directement ou indirectement, la dépense de fonds publics. La difficulté ne se situe pas à ce niveau mais plutôt à celui de la délimitation des rôles respectifs du pouvoir législatif et administratif, d'une part, et du rôle du pouvoir judiciaire, d'autre part. Il serait probablement irréaliste d'imaginer qu'il soit possible — ou même souhaitable — d'en arriver à un parfait cloisonnement de chacun dans un rôle qui lui soit propre. Traditionnellement, le discours officiel des tribunaux a toujours été de laisser aux pouvoirs législatifs et exécutifs/administratifs leur rôle normatif en évitant, au niveau des sanctions de l'invalidité par exemple, de légi-

⁹*Supra*, note 1 à la p. 651.

¹⁰*Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4th) 577 (*sub nom. Chaussures Brown's c. P.G. Québec*).

férer au nom du législateur en effectuant une chirurgie entre une disposition invalide et le schème législatif dont elle fait partie¹¹.

Ce rôle traditionnel des tribunaux a-t-il changé à l'occasion du contrôle constitutionnel en matière de *Charte* ? Il est permis d'en douter si l'on se fie à l'attitude que la Cour suprême du Canada a adoptée dans certains arrêts récents où elle a eu à examiner des choix du législateur en matières économiques et sociales. Dans le contexte de l'article 1er de la *Charte*, la Cour a en effet confirmé qu'une attitude de retenue judiciaire devait prévaloir dans ces matières. Dans l'arrêt *Edwards Books*, le juge en chef Dickson écrivait à ce propos que

[]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [...] Je tiens à souligner qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables¹².

C'est sans doute cette attitude qui a subséquemment amené la Cour suprême à développer et à distinguer, à l'occasion de l'affaire *Irwin Toy*, les concepts du législateur agissant comme « arbitre entre les revendications divergentes des différents groupes de la collectivité »¹³ lequel est passablement différent du rôle de « l'État-adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé »¹⁴. Dans ce dernier cas, les tribunaux peuvent s'estimer fort compétents pour déterminer si, en bout de ligne, les « moyens les moins radicaux »¹⁵ ont été choisis par le législateur dans un contexte qui a trait à l'autorité et à l'impartialité du système judiciaire. Il en va tout autrement dans le contexte de revendications contraires de groupes ou d'individus, ou encore de ressources étatiques limitées ; le juge Dickson, dans *Irwin Toy* écrivait à cet égard :

Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point de départ où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il

¹¹Voir dans le contexte du partage des compétences P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 326 et B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1988 à la p. 302. Dans un contexte de *Charte*, voir R. c. *Millar*, jugement non rapporté, Cour suprême du Canada, 6 juin 1991 à la p. 35, monsieur le juge Sopinka.

¹²R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 aux pp. 782-83, 30 C.C.C. (3d) 385 [ci-après *Edwards Books* cité aux R.C.S.].

¹³*Irwin Toy Ltd. c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 990, 58 D.L.R. (4th) 577, 94 N.R. 167 [ci-après *Irwin Toy* cité aux R.C.S.].

¹⁴*Ibid.* à la p. 994.

¹⁵R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.¹⁶

Un peu plus loin le juge en chef ajoutait :

Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif¹⁷.

Plus récemment, dans l'affaire *McKinney c. Université de Guelph*¹⁸, la Cour suprême, par ailleurs divisée sur d'autres points soulevés dans ce pourvoi, était néanmoins unanime sur la question de déterminer quelle doit être l'attitude des tribunaux à l'égard des causes où des valeurs sociales légitimes s'opposent. Le juge La Forest y écrit, dans le contexte du critère de l'« atteinte minimale » de l'article 1er, que

l'attitude retenue dans ce cas est empreinte d'une très grande souplesse compte tenu de la difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique.¹⁹

Il précise, un peu plus loin, que

cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre²⁰.

Les tribunaux, en conséquence, doivent selon la Cour, manifester une retenue évidente à l'égard des choix du législateur dans des contextes de ressources rares ou de choix sociaux contradictoires lors de l'examen mené en vertu de l'article 1er de la *Charte*. Par conséquent ne serait-il pas surprenant, pour ne pas dire incohérent, qu'au niveau des recours ou des sanctions, cette pudeur soit délaissée au profit d'un interventionnisme qui aurait pour effet de substituer aux choix législatifs invalides d'autres choix, cette fois imposés par voie judiciaire et ce, sans le profit d'un débat public et ouvert dans un contexte d'arbitrage des choix sociaux et économiques par l'État ? Le pouvoir des tribunaux d'émettre des ordonnances mandatoires dans un tel contexte conduirait alors à tout sim-

¹⁶*Supra*, note 13 à la p. 990.

¹⁷*Ibid.* à la p. 993.

¹⁸[1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. (4th) 545.

¹⁹*Ibid.* à la p. 651.

²⁰*Ibid.* à la p. 666 ; Voir aussi *ibid.* aux pp. 613 et s., les commentaires de madame la juge Wilson au sujet de l'application du critère de l'atteinte minimale et les nuances qu'elle apporte dans les cas où des « groupes vulnérables » sont impliqués.

plement substituer un choix à un autre, précisément ce que le juge Dickson se trouvait à dénoncer dans l'affaire *Edwards Books*. Le rôle d'arbitre que joue l'État en semblables matières et dont on tient compte dans l'application du test de l'article 1er se trouverait ainsi soudainement écarté au profit de solutions judiciaires dégagées et imposées à l'écart des forums démocratiques. Nous croyons que cette situation irait profondément à l'encontre des principes fondamentaux du droit constitutionnel canadien et qu'elle menacerait jusqu'à un certain point le principe démocratique, lui-même enchâssé par nos lois constitutionnelles.

Des ordonnances judiciaires mandatoires dans certains cas extrêmes

Une nuance doit néanmoins être apportée et on peut se demander si dans certaines circonstances extraordinaires — qui sont loin, on le verra, de celles soulevées dans l'affaire *Schachter*, les tribunaux ne pourraient pas être forcés d'émettre des ordonnances mandatoires de nature législative. Nous avons vu que la Cour suprême a adopté la nuance État-arbitre/État-adversaire afin de mitiger dans certains cas l'application de l'article 1er de la *Charte*. Au niveau des recours, puisque c'est à ce niveau que notre problématique se situe, ne devrait-on pas plutôt distinguer entre les dispositions constitutionnelles « négatives » (ou traditionnelles), et les normes constitutionnelles « positives » ou « programmatoires » ?

La majorité des droits garantis par la *Charte* protègent les justiciables contre certaines actions de l'État qui pourraient avoir pour effet de violer leurs droits constitutionnels. Ces droits traditionnels pourraient être qualifiés de « négatifs », en ce sens qu'ils se limitent à proscrire certaines formes d'intervention étatique. La majorité des garanties juridiques des articles 8 à 14 de la *Charte* tombent dans cette catégorie. Par contre, d'autres droits inscrits dans la *Charte* sont différents car, bien que garantis par la Constitution, leur mise en oeuvre dépend néanmoins d'une intervention législative de la part de l'État. En d'autres termes, ces droits constitutionnels sont de nature programmatore²¹.

Parmi ces droits constitutionnels de type programmatore, notons les droits démocratiques prévus à l'article 3 de la *Charte*, les garanties juridiques de l'article 14 relatives à l'assistance d'un interprète dans certains cas, les droits de l'article 20 assurant les services bilingues fournis par les institutions fédérales ainsi que ceux de l'article 23 garantissant aux minorités linguistiques le droit à l'éducation dans leur langue. Tous et chacun de ces droits garantis par la Constitution dépendent en effet, pour leur mise en oeuvre, d'une intervention étatique active. On pourrait par ailleurs facilement imaginer que dans certains contextes

²¹On associe parfois ce type de droits aux « droits collectifs » ; étant donné l'absence de consensus sur la signification et la conceptualisation de cette notion, nous estimons que le terme « programmatore », qui est le seul pertinent pour les fins de notre discussion, doit être utilisé.

particuliers, les articles 7 (le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne) et 15 (les droits à l'égalité) puissent comporter de telles exigences programmatiques.²²

La question qu'il faut légitimement se poser dans ce contexte est de déterminer s'il peut être tolérable dans un État de droit que le pouvoir législatif omette de légiférer, alors que le respect de certains droits constitutionnels des citoyens dépend précisément d'une telle intervention législative. C'est là le problème auquel est confronté le tribunal qui se trouve dans l'inconfortable position d'avoir à déclarer inopérantes, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des dispositions législatives qui, quoique manifestement inconstitutionnelles, ont néanmoins le mérite de mettre en oeuvre certains impératifs dictés par la Constitution du Canada. C'est précisément le dilemme auquel était confrontée la juge McLachlin (avant qu'elle ne soit nommée à la Cour suprême du Canada) dans l'affaire *Dixon*²³. Dans de tels cas, et pour les raisons explicitées tout au long de cet article, nous persistons à croire que les tribunaux devraient continuer de s'abstenir de rendre des ordonnances mandatoires et laisser les législatures libres d'adopter de nouvelles dispositions destinées à remplacer celles auparavant invalidées. La solution retenue dans l'affaire *Dixon* par la juge McLachlin, à savoir de renvoyer la législature à ses devoirs pour qu'elle réadopte une carte électorale constitutionnellement valide, demeure respectueuse du principe démocratique et de la nécessaire autonomie législative.

Toutefois, et c'est là où il y a probablement lieu de nuancer, dans les cas d'inaction chronique ou de mauvaise foi manifeste du pouvoir législatif, nous estimons qu'au nom du respect de normes constitutionnelles programmatiques et du principe de la primauté du droit, les tribunaux pourraient être justifiés d'intervenir et d'émettre une ordonnance mandatoire imposant une solution qui respecterait les droits constitutionnels des citoyens en attendant, le cas échéant, que le législateur remplace au besoin cette ordonnance ainsi imposée par voie judiciaire. De telles ordonnances, dans le contexte extrêmement restreint au sein desquelles elles pourraient survenir, ne seraient donc utilisées que comme dernier recours et exclusivement dans les cas où, rappelons-le, des droits constitutionnels « positifs » seraient violés par l'inaction du législateur, alors que c'est l'inaction du législateur qui se trouverait à violer les droits garantis par la Constitution.

Nous estimons qu'une telle approche a le mérite de respecter dans une vaste majorité des cas les responsabilités respectives des différentes compo-

²²On pourrait par exemple soutenir qu'une décision du législateur d'abroger purement et simplement les lois d'aide sociale dans une province sans qu'elles ne soient remplacées par un autre programme assurant une sécurité économique minimale, viole les impératifs de l'article 7 et peut-être même de l'article 15 de la *Charte*.

²³*Dixon c. P.G. Colombie-Britannique* (1989), 59 D.L.R.(4th) 247, 4 W.W.R. 393, 35 B.C.L.R. (C.S.) [ci-après *Dixon*].

santes de notre système de gouvernement. Elle procure par ailleurs un remède aux cas de violation patente de la Constitution dans certaines situations extrêmes. Le cas échéant, de telles ordonnances judiciaires mandatoires se situeraient dans la lignée de la logique de l'affaire des droits linguistiques au Manitoba et des quelques autres arrêts²⁴ où la Cour suprême a dû faire preuve d'imagination afin de concilier le principe du respect des normes constitutionnelles avec celui du maintien de la primauté du droit. La responsabilité des tribunaux est primordiale aux deux égards et aucun principe ne peut être délaissé au profit de l'autre.

Évidemment, les rares cas où une ordonnance judiciaire mandatoire pourrait être justifiée n'écartent pas pour autant les sérieuses questions exposées précédemment au sujet des fondements juridiques, de la portée et des effets d'une telle ordonnance. Pour les raisons alors invoquées, nous ne voyons pas comment l'article 24 de la *Charte* puisse justifier une telle ordonnance judiciaire : cette disposition demeure essentiellement un recours destiné aux individus dont les droits constitutionnels ont été violés.

Si de telles ordonnances sont justifiables en droit, elles doivent plutôt l'être par le « non-dit » de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'aucuns ont soutenu que la nature même des normes constitutionnelles impose nécessairement une forme de contrôle judiciaire de la constitutionnalité du comportement du législateur ; même en l'absence de disposition semblable à l'article 52, ce mécanisme devant être présumé et est implicitement présent au sein de notre Constitution. C'est l'attitude que la Cour suprême des États-Unis a adoptée dans la célèbre affaire *Marbury c. Madison*²⁵. Devant le silence actuel de l'article 52 à l'égard du pouvoir judiciaire d'émettre de telles ordonnances, ce dernier doit être présumé, au nom de la cohérence de la *Charte* et du maintien de la primauté du droit, principe lui-même explicitement mentionné au préambule de la *Charte*.

Conclusion

La décision de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Schachter* ne semble donc se justifier ni par les textes constitutionnels, ni par le rôle du pouvoir judiciaire au sein de notre système de gouvernement, puisqu'il ne s'agit manifestement pas d'un cas où des droits constitutionnels programmatiques étaient en jeu. Sur un plan plus politique, elle présente une vision essentiellement simpliste de la société au sein de laquelle la responsabilité des arbitrages économiques et sociaux peut être allègrement et aléatoirement partagée entre le pouvoir judiciaire et le législateur.

²⁴*Supra*, note 5.

²⁵(1803) 5 U.S. 60.

De tels choix relèvent davantage de l'*engineering* social et économique et celui-ci demeure au premier chef la responsabilité de nos élus. En déresponsabilisant ceux-ci, les tribunaux se trouveraient par le fait même à porter atteinte au principe démocratique sur lequel est fondé notre système constitutionnel, sans toutefois, évidemment, pouvoir offrir la contrepartie d'imputabilité qui devrait normalement accompagner l'exercice de responsabilités en matières sociales et économiques. Ceci ne veut pas dire pour autant que les tribunaux doivent abdiquer leur rôle à l'égard de l'application de la *Charte* en ces matières. Au contraire, leur rôle consiste encore à donner effet aux droits constitutionnels enchâssés en accordant leur pleine mesure tant au recours de l'article 24 de la *Charte* qu'à la sanction de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans de rares instances, et lorsque des droits constitutionnels à caractère programmatore seront en jeu, ce rôle pourra parfois s'étendre jusqu'à l'émission d'ordonnances judiciaires mandatoires restreintes.

La vision simpliste dont nous parlions précédemment consisterait à utiliser le processus de litige constitutionnel pour court-circuiter les institutions législatives et démocratiques en imposant des solutions en matières économiques et sociales qui n'auraient aucunement bénéficié des débats publics inhérents à l'élaboration de telles politiques. À vrai dire, le débat serait alors limité aux rares personnes ou groupes ayant les moyens d'avoir accès au processus judiciaire ce qui, on en conviendra, n'est pas nécessairement rassurant pour les membres des « groupes vulnérables », pour reprendre l'expression de la Cour suprême. Il est, au contraire, de l'essence même du processus étatique que les débats relatifs aux arbitrages politiques et sociaux relèvent du forum démocratique et non d'un pouvoir judiciaire à la merci des quelques groupes de pression les mieux organisés. Si ceux-ci ont à utiliser les instances judiciaires, ils peuvent le faire en toute légitimité en soumettant à l'attention des tribunaux des comportements étatiques inconstitutionnels ; le cas échéant, le débat devra par la suite se déplacer sur le terrain politique où tous auront la possibilité d'y participer. Le juge Dickson ne nous rappelait-il pas, dans l'affaire *Edwards Books* que « les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle [la *Charte*] ne devienne pas simplement l'instrument dont se servent les plus favorisés pour écarter les lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés »²⁶ ?

Les tribunaux ont été appelés, depuis 1982, à jouer un rôle inédit en droit canadien à l'égard de l'application des normes constitutionnelles de la *Charte*. Ils ont déjà eu certaines difficultés à arrêter les paramètres de ce rôle, particulièrement à l'égard de l'application de l'article 1er de la *Charte*, réalisant ainsi un nouvel équilibre constitutionnel aux limites encore imprécises. Cet équilibre, après bientôt dix années d'expérience, ne doit surtout pas être menacé par des ordonnances judiciaires difficilement justifiables tant juridiquement que politiquement.

²⁶*Supra*, note 12 à la p. 779.