

Conférence du GCEP : Le Parlement et les tribunaux

Dans le cadre de sa conférence annuelle, le Groupe canadien d'étude des parlements (GCEP) s'est penché sur la relation importante, complexe et évolutive entre le Parlement et les tribunaux. De plus en plus, les tribunaux consultent les débats parlementaires pour éclairer leurs jugements, tandis que les parlementaires citent des décisions judiciaires pour justifier leurs actions ou leur inaction. Quatre panels ont été organisés pour examiner les thèmes suivants : quand et comment le Parlement cherche à informer les tribunaux, la mesure dans laquelle les tribunaux comprennent le Parlement, le rôle joué par chacune des institutions dans l'architecture constitutionnelle du Canada, et les multiples facettes de cette relation, allant des pouvoirs de renvoi à la disposition de dérogation.

Will Stos

La mesure dans laquelle les tribunaux comprennent le Parlement

Vanessa MacDonnell, professeure agrégée à l'Université d'Ottawa, et Julia Hughes, professeure à l'Université du Nouveau-Brunswick, ont présenté conjointement un exposé sur la façon dont les tribunaux ont examiné « l'obligation de consulter » les peuples autochtones qu'a le Parlement avant d'adopter des mesures législatives qui les touchent. M^{me} MacDonnell a fait état de l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada* rendu récemment par la Cour suprême du Canada (CSC), dans lequel cette dernière a conclu que l'obligation de consulter ne s'applique à aucune étape du processus législatif.

M^{me} MacDonnell a expliqué que depuis 1982, certains considéraient que le principe de la souveraineté parlementaire était à présent un concept limité où interviennent des intérêts opposés. Cet arrêt a toutefois réaffirmé la souveraineté parlementaire. Dans sa décision, la Cour a noté que l'obligation de consulter ne s'applique qu'aux actes accomplis par l'exécutif. M^{me} MacDonnell a ajouté que cette décision est une erreur à son avis, faisant valoir qu'il y a un moyen de séparer les principes constitutionnels et de les concilier afin de discuter de la façon dont l'obligation de consulter est une question de la compétence des tribunaux. L'erreur de la Cour fait cependant en sorte que le principe de la souveraineté parlementaire l'emporte.

M^{me} Hughes a fait valoir que ce ne sont pas tous les juges qui perçoivent le Parlement exactement de la même façon, mais qu'ils conviennent qu'en définitive, le Parlement devrait être traité comme une boîte noire (ou à tout le moins comme une boîte grise de l'avis de

certaines juges) qu'on ne peut pas vraiment sonder. Selon elle, il est surprenant que les juges aient tenté de trancher la question d'emblée dans l'affaire *Mikisew Cree First Nation*, car il s'agissait d'un « premier coup d'œil » sur la question. Le comportement des juges dans cette affaire ne correspond pas au fonctionnement habituel de la common law à l'égard des grandes questions. Selon M^{me} Hughes, les juges n'ont pas examiné pleinement le Traité n° 8, car celui-ci impose des obligations positives au gouvernement fédéral (non seulement de ne pas intervenir, mais aussi, selon le traité d'origine, le gouvernement fédéral est tenu de fournir « des munitions et de la ficelle »). M^{me} Hughes a conclu en soulignant certaines conséquences pratiques de l'obligation de consulter (par exemple, le temps limité dont dispose le Parlement pour l'étude des mesures législatives).

Kareena Williams, avocate du cabinet Grant Huberman Barristers & Solicitors, a représenté les membres d'une Première Nation du nord de la Colombie-Britannique dans l'affaire de la CSC. Ces derniers ont demandé d'intervenir pour protéger les ententes actuelles et futures, car il y avait des questions quant à la valeur des ententes si l'une des parties peut y apporter des changements sans consulter les autres ou obtenir leur assentiment. M^{me} Williams a comparé la décision de la CSC à une réplique du film *Love Actually* (Réellement l'amour au Québec). Le personnage de Billy Bob Thornton dit à Hugh Grant : « Je vous donnerai tout ce que vous demandez. Tant que ce n'est pas quelque chose que je ne veux pas donner. »

M^{me} Williams a dit que la Cour ne devrait pas se ranger du côté de la Couronne pour soutenir le contrôle paternaliste des peuples autochtones, car cela ne favorise pas la réconciliation. Elle s'est demandé pourquoi on dit aux Premières Nations de conclure des ententes au lieu de s'adresser aux tribunaux lorsque ces ententes peuvent être modifiées par la Couronne. Bien que le gouvernement

Will Stos est directeur de la Revue parlementaire canadienne.



Panel : La mesure dans laquelle les tribunaux comprennent le Parlement

consulte déjà les peuples autochtones au sujet des mesures législatives, l'approche adoptée par la Cour revient à dire « attendez de voir si vos droits sont violés avant de vous adresser aux tribunaux ». M^{me} William a dit que cette décision favorise une philosophie du « faites-nous confiance » qu'elle trouve troublante.

Saleha Hedaraly, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, s'est penchée sur la façon dont les tribunaux interprètent les intentions du législateur. Elle a dit que la loi est une activité de communication, et que le mot clé à retenir, c'est le « libellé ». Le « libellé » est une forme de communication qui est interprétée. Les tribunaux doivent intervenir en tant que médiateurs dans la communication.

Pourquoi les tribunaux devraient-ils examiner l'intention du législateur? M^{me} Hedaraly a expliqué que même si l'on pense que l'intention de la loi est claire, il peut en aller autrement de son interprétation. Autrement dit, la communication n'est pas reçue de la même manière et il peut y avoir des zones grises. Selon elle, « l'interprétation est un jeu d'analyse d'hypothèses », et bien que certains prétendent qu'il faut examiner les mots, d'autres peuvent avancer qu'il faut examiner leur objet.

M^{me} Hedaraly a conclu en indiquant que l'analyse de l'intention du législateur englobe l'examen du libellé, du contexte et de l'objet d'une loi en explorant les arguments complémentaires : les arguments historiques et d'autorité, la jurisprudence, et le bon sens. Par exemple, la loi est-elle absurde? « Ce qui est abstrait pour vous peut ne pas l'être pour moi », a-t-elle dit.

Philippe Dufresne, légiste et conseiller parlementaire de la Chambre des communes, s'est demandé pourquoi les tribunaux se sentent plus ou moins à l'aise de régler ou de trancher une question et pourquoi on rend différentes décisions sur le privilège parlementaire. Il a relevé une tendance dans l'examen des décisions de l'exécutif fait par les tribunaux. Plus une décision de l'exécutif touche les

« étrangers » ou les non-membres, plus il y a de chances que le tribunal examine l'affaire.

Lorsqu'un tribunal est d'avis que de possibles recours électoraux sont réalistes, il est plus enclin à conclure en faveur du partage des pouvoirs. M. Dufresne a expliqué que le privilège est « l'immunité à l'égard du contrôle judiciaire », et non l'immunité à l'égard de la loi en tant que telle. Il a conclu en examinant la décision récente de la Cour au sujet de la prorogation, et comparé le raisonnement de la Cour au test de la conformité à la *Charte* du Canada. Est-ce qu'une action cause « un préjudice irréparable » – peut-on y remédier? Dans la négative, des injonctions pourraient être accordées.

Sarah Burton, doctorante à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, a parlé du contrôle judiciaire exercé lorsqu'il y a un différend à l'égard de la démocratie en examinant la décision sur les droits de vote rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Frank c. Canada (Procureur général)*. Elle a dit que le droit de la démocratie est un contexte fascinant pour examiner le rôle de déférence des tribunaux parce qu'il force les avocats, les juges et les autres intervenants à reconsidérer pourquoi on fait preuve ou non de déférence à l'égard des législateurs élus.

Une approche (la théorie des droits) suggère que les tribunaux devraient s'en tenir aux droits individuels et les soupeser par rapport aux intérêts du gouvernement. Un point de vue opposé suggère plutôt qu'on ne peut pas faire confiance aux politiciens pour ce qui est du droit électoral en raison de leurs intérêts personnels. Selon ce point de vue, les juges doivent faire office d'arbitres, prendre du recul par rapport à l'affaire concernée et examiner les valeurs communes du Canada (la théorie structurelle).

M^{me} Burton a fait ressortir les cas relatifs au droit de vote comme domaine intéressant pour ce débat, d'une part parce qu'on peut y observer ces théories opposées coexister en état de tension, et d'autre part parce qu'on

peut y observer un net changement dans l'orientation d'une approche structurelle. Elle s'est penchée sur l'affaire *Frank*, où l'on demandait si la règle des cinq ans relative à la résidence à l'étranger était constitutionnelle dans le cadre d'une élection fédérale. La majorité des juges a conclu qu'elle ne l'était pas. Selon eux, les dérogations aux droits démocratiques fondamentaux demandent un examen minutieux et ne peuvent être permises qu'avec une preuve concrète de préjudice. Dans leur opinion dissidente, deux juges ont fait valoir que les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'égard des législateurs lorsque ceux-ci légifèrent sur des questions relatives à la collectivité politique. Selon M^{me} Burton, la majorité des juges dans l'affaire *Frank* a été influencée par la théorie structurelle, sans toutefois le reconnaître comme tel.

Elle a conclu en ajoutant que la tendance envers l'adoption de l'approche structurelle présente le risque de se retrouver avec un système judiciaire plus américanisé et de grands débats à propos des juges à titre individuel, mais dans le cas des droits démocratiques, si les politiciens se servent du Parlement pour satisfaire leurs intérêts personnels, ils n'ont aucune légitimité morale sur laquelle s'appuyer.

Étude comparative des points de vue sur la relation complexe entre le Parlement et les tribunaux

Paul Daly, titulaire de la Chaire de recherche en droit administratif et gouvernance de l'Université d'Ottawa, a présenté un document de travail sur la façon dont les tribunaux protègent les principes constitutionnels en agissant comme les gardiens de ces principes dans la législation.

Il a souligné de nombreux principes constitutionnels examinés soigneusement par les tribunaux, et en particulier par la Cour suprême du Canada, lorsqu'ils évaluent des cas. Il y a d'abord le principe de participation. Pour qu'un projet de loi devienne loi, il doit franchir

le processus législatif habituel au Parlement, lequel offre des occasions de débats au Parlement (au sein des comités parlementaires) et dans la population en général (appels lancés aux députés, discussions informelles, médias sociaux). Il a indiqué que les députés sont des canaux de transmission à cet égard. Et même les projets de loi d'initiative parlementaire, qui deviennent rarement des lois, peuvent tout de même contribuer à établir le programme.

Un autre principe constitutionnel est l'épanouissement personnel ou collectif. Les tribunaux tiennent à protéger les droits des personnes (et en droit administratif, à les protéger dans la gestion de leurs propres affaires). Au Royaume-Uni, il y a une procédure hybride : les droits à l'application régulière de la loi sont protégés lorsqu'une loi s'applique précisément à un groupe. Il y a le principe de légitimité électorale ou de représentativité. Par exemple, la Chambre basse élue est considérée comme ayant une plus grande légitimité pour créer des projets de loi de finances. Et enfin, il a dit qu'il y a un principe de fédéralisme qui concilie les différences régionales et établit les distinctions en matière de compétences.

M. Daly a conclu en indiquant que même si les tribunaux se considèrent comme les protecteurs de la Constitution, il y a tout de même un rôle de protection dans le processus législatif. Les légistes et les greffiers parlementaires jouent un rôle dans la rédaction des projets de loi et dans leur cheminement au sein du processus législatif au Parlement.

Alexander Horne, conseiller juridique à la Chambre des lords, a présenté une étude de cas sur le Parlement, les droits de la personne et les tribunaux en examinant le droit de vote des détenus. Au Royaume-Uni, les détenus n'ont pas le droit de voter conformément à la *Representation of the People Act, 1983*, telle que modifiée. Il y a eu un octroi partiel du droit de vote des détenus condamnés pour infractions mineures entre 1948 et 1969, et l'interdiction de vote ne s'applique pas aux détenus en détention provisoire.



Panel : Étude comparative des points de vue sur la relation complexe entre le Parlement et les tribunaux



Panel : Discussion sur le pouvoir de renvoi

Trois détenus ont contesté l'interdiction devant les tribunaux en 2001, mais ils ont perdu à la Haute Cour. (L'affaire ne s'est pas rendue devant la Chambre des lords ou devant ce qui est à présent la Cour suprême). Un détenu s'est adressé à la Cour de Strasbourg. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'interdiction de voter contrevenait à l'article 3 du Protocole n° 1. Le Royaume-Uni a tenté de faire valoir qu'il y a une base rationnelle dans son approche et que sa loi n'était pas un instrument imprécis. Ce ne sont pas toutes les personnes reconnues coupables qui se retrouvent en prison. La barre est haute, et le gouvernement du Royaume-Uni a argué que cela devrait suffire. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été de cet avis et a dit qu'elle considérerait cette interdiction comme une violation des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme impose rarement le versement de dommages pécuniaires dans ce type de cas, mais comme ces cas s'accumulaient, on craignait qu'elle ne commence à le faire.

M. Horne a fait part de la réponse du gouvernement du Royaume-Uni. Il y a tout d'abord eu un débat sur les propositions pour remédier à l'arriéré de dossiers. L'une des propositions visait à légiférer la loi de nouveau et à la contester devant la Cour de Strasbourg à titre de question de souveraineté parlementaire. En 2013, M. Horne a fait partie d'un panel qui a proposé au gouvernement de simplement revenir à la situation qui prévalait avant 1969, où on limitait la peine d'emprisonnement à moins de 12 mois, et de possiblement inclure aussi les détenus qui purgent les derniers six mois d'une peine de longue durée. Le gouvernement n'a pas répondu de manière substantielle à cette proposition.

Après les élections générales de 2017, le gouvernement a proposé de clarifier les directives de l'administration

pénitentiaire afin de permettre aux personnes en liberté conditionnelle et à celles en détention à domicile avec couvre-feu de voter. Cette mesure ne touche qu'une faible minorité de détenus, mais la Cour européenne des droits de l'homme l'a acceptée comme étant suffisante.

Pour conclure, M. Horne a présenté certaines conséquences de cette affaire. Le non-respect du jugement par le Royaume-Uni pendant 13 ans constitue une violation claire de la primauté du droit. Mais il a aussi donné lieu à une discussion sur l'activisme judiciaire au Royaume-Uni qui n'a jamais été résolue. La menace de légiférer faite par le gouvernement du Royaume-Uni en 2012 pourrait encourager d'autres États (par exemple, la Russie) à ne pas observer les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. La solution de compromis laisse planer le risque de nouvelles poursuites et de nouveaux jugements contre le Royaume-Uni. Et enfin, les procédures nationales du Royaume-Uni (supervision par le Comité mixte des droits de l'homme, ordonnances réparatrices, affaires devant les tribunaux nationaux, etc.) se sont révélées inefficaces pour remédier à la violation. M. Horne a ajouté qu'il est aussi possible qu'il y ait une approche distincte à l'égard des droits et de la question du droit de vote des détenus à l'échelle du Royaume-Uni (par exemple, en Écosse).

Gabrielle Appleby, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud, a présenté un aperçu et une analyse du mandat constitutionnel de la Haute Cour d'Australie de 2018 qu'elle a réalisés en examinant les faits nouveaux survenus en 2018 à l'égard de leur contexte interinstitutionnel. Autrement dit, comment la compétence et l'évolution de la doctrine de la Haute Cour ont et devraient avoir une incidence sur les champs de compétence et le comportement des autres organes du gouvernement, y compris sur les parlements australiens. Elle s'est penchée sur le chapitre 3 (séparation

des pouvoirs), et elle a souligné que les questions constitutionnelles prédominent au détriment du débat législatif.

M^{me} Appleby a dit que l’Australie fait figure de parent pauvre à bien des égards au chapitre des droits prévus par la Constitution. Toutefois, dans certains domaines, la Haute Cour a établi une analyse structurée de la proportionnalité pour déterminer comment concilier les droits avec la communication politique. Elle a expliqué que la notion de l’intention du législateur et le contexte des débats parlementaires ont inspiré la doctrine de la déférence. Certains observateurs ont même conseillé aux rédacteurs législatifs d’inclure une discussion sur l’analyse structurée de la proportionnalité à l’étape du débat en deuxième lecture des mesures législatives afin d’en clarifier l’intention pour les futures affaires devant les tribunaux.

M^{me} Appleby a examiné deux causes où les débats parlementaires et les présentations en comité ont été amplement utilisés dans la décision judiciaire, et elle a dit tenter de mettre au point un éventail des cas de retenue/ de déférence afin de déterminer comment et quand les tribunaux interviennent et pourquoi.

Discussion sur le pouvoir de renvoi

Kate Puddister, professeure agrégée à l’Université de Guelph, s’est servie d’un différend singulier au sein de l’industrie de la volaille et des œufs pour expliquer les pouvoirs de renvoi. Elle a indiqué que, pour établir des quotas, les offices de commercialisation de l’Ontario et du Québec ont utilisé des mesures législatives pour empêcher les autres provinces d’être compétitives sur le marché. Le Manitoba a adopté une mesure législative semblable à celles de ces provinces afin de renvoyer la question à la cour. La cour a déclaré la loi *ultra vires*. M^{me} Puddister a dit que cela a donné lieu à une situation remarquable où, afin

de pouvoir gagner l’accès au marché pour ses producteurs de volailles et d’œufs, le Manitoba devait être débouté en cour.

M^{me} Puddister a dit que dans le cas des renvois soumis par le gouverneur en conseil, celui-ci renvoie un projet de loi à la Cour pour obtenir une audience et l’avis de la Cour sur d’importantes questions de droit ou de fait. Elle a ajouté qu’il y a eu une augmentation significative des questions soumises par renvoi durant la Grande Dépression (en particulier par le gouvernement fédéral), mais aussi durant les années 1980 (période où les provinces ont eu recours à cet outil beaucoup plus souvent).

La grande majorité des questions renvoyées portent sur la distribution des pouvoirs (articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle*), sur la *Loi constitutionnelle*, et sur la *Charte* (mais pas aussi souvent). Il y a aussi de nombreux exemples de renvois intergouvernementaux (une province renvoie une loi fédérale pour examen, ou vice-versa). L’Alberta et le Québec ont le plus souvent recours à cette procédure.

Dans la plupart des cas de renvois de mesure législative, les tribunaux jugent que la mesure législative est valide (dans 46,4 % des cas), mais dans 20,6 et 15,5 des cas respectivement, les tribunaux jugent que la mesure législative est invalide ou potentiellement invalide en totalité ou en partie. Environ 65 % des renvois sont abstraits, et la plupart des renvois sont soumis par des gouvernements majoritaires (en position de sécurité).

Selon M^{me} Puddister, le gouvernement utiliserait le recours aux renvois pour les raisons suivantes : 1) il permet d’apporter une solution à un problème; 2) il offre l’avantage stratégique de contester une mesure législative d’un autre gouvernement avant qu’elle soit effectivement contestée devant les tribunaux; 3) il permet d’éviter un blâme ou une réclamation; 4) il permet d’utiliser l’autorité de la cour



Panel : La disposition de dérogation : lorsque les assemblées législatives veulent avoir le dernier mot

pour protéger une loi contre de futures contestations; 5) il permet de signaler le mécontentement à l'égard d'un autre gouvernement.

Pour conclure, elle a ajouté que les tribunaux sont puissants parce qu'ils sont considérés comme indépendants, mais que si on y a recours trop souvent, ils seront considérés comme plus politisés.

Radha Persaud, directeur de cours en sciences politiques à l'Université York, a examiné le rôle politique et juridique et les effets des renvois en portant une attention particulière sur le caractère fédéral du Canada.

Il s'est demandé si les tribunaux et les assemblées législatives respectent leurs fondements respectifs et si les tribunaux sont préoccupés par la façon dont ils sont utilisés et par les effets à long terme sur les arrangements constitutionnels canadiens. Il a dit que les cas de renvois ont maintenant des motifs plus politiques au lieu d'être soumis pour des questions de droit. Si l'on demande aux tribunaux de donner des « avis » au lieu de rendre des « décisions » au sujet de la réforme constitutionnelle, quelles en seront les conséquences sur la stabilité nationale? Dans les affaires qu'il a mentionnées dans sa présentation, la cour a été prescriptive et encline à être productive sur le plan constitutionnel. Figuraient entre autres parmi ces affaires : un renvoi de 1981 sur le rapatriement asymétrique de la Constitution, un renvoi de 1982 où la cour a conclu qu'elle ne possède pas un droit de veto conventionnel, un renvoi de 1990 relatif à la sécession, la *Loi sur la clarté référendaire*, et le récent renvoi relatif à la réforme du Sénat dans lequel la cour a précisé les mandats constitutionnels et la portée de la Constitution sur le Sénat.

M. Persaud a conclu en suggérant que le mécanisme de renvoi a libéré la Cour suprême d'avoir à traiter les menus détails des affaires tout en étant en mesure de se prononcer de façon générale sur les questions importantes. La question de savoir s'il s'agit d'une bonne ou d'une mauvaise chose dépend de votre point de vue.

Charlie Feldman, conseiller parlementaire du Sénat du Canada, a examiné d'autres types de renvois aux tribunaux. Aucun projet de loi d'intérêt privé n'a été renvoyé à la Cour suprême du Canada depuis les années 1880, mais dans le cas des trois renvois qu'il a trouvés, la Cour n'a pas pris plus de deux jours pour les traiter en offrant peu ou pas de commentaires à leur égard. Ces projets de loi portaient sur la constitution en société d'organismes ou d'entreprises.

M. Feldman a dit qu'une disposition du *Règlement de l'Assemblée législative de l'Ontario* prévoit que tout projet de loi ayant trait à une succession ou toute partie d'un projet de loi qui contient une disposition ayant trait à une succession est renvoyé aux commissaires aux projets de

loi ayant trait à une succession après la première lecture. Ces commissaires présentent ensuite un rapport qui sera étudié par l'Assemblée législative. M. Feldman a fait remarquer qu'il y a là une curieuse boucle en ce sens que si les commissaires sont défavorables, ils renvoient les parties fautives pour suppression en comité. Dictent-ils ainsi au comité ce qu'il doit faire? Et si le comité refusait?

Il a aussi examiné les renvois à la Cour de l'impôt, aux tribunaux fédéraux et les renvois du procureur général du Canada, puis il s'est penché sur des cas intéressants où des parties de loi étaient réputées ne pas entrer en vigueur avant leur proclamation par le gouverneur en conseil, et ce, après avoir été déférées à la Cour suprême. Ce dernier concept a été abordé dans une décision du Président de la Chambre rendue le 16 octobre 1975. Le Président a alors déclaré : « Il me semble qu'il est contraire à l'esprit d'une loi du Parlement d'y insérer une condition exigeant qu'une partie ou un passage de cette loi soit déféré à une autre institution pour interprétation avant qu'elle puisse entrer en vigueur ».

M. Feldman a conclu en présentant des options pour les parlementaires qui s'intéressent au pouvoir de renvoi, dont soulever la question dans les débats, présenter l'idée dans une motion présentée à l'occasion de la journée de l'opposition ou dans un rapport de comité, ou utiliser une motion de renvoi pour retarder un projet de loi et demander que son objet soit renvoyé par le gouverneur en conseil à la Cour suprême.

La disposition de dérogation : lorsque les assemblées législatives veulent avoir le dernier mot

Yuvraj Joshi, doctorant à l'Université Yale, a examiné les conséquences sur le dialogue démocratique du regain actuel du recours à la disposition de dérogation. La réussite des arrangements constitutionnels, a-t-il fait valoir, ne dépend pas seulement de celui qui a le dernier mot, mais aussi de la façon d'exercer ce dernier mot, et de la possibilité que ces arrangements facilitent la tenue d'un dialogue constructif entre les tribunaux, les assemblées législatives et (surtout) les membres d'un régime politique. Selon M. Joshi, si l'on concentre l'attention sur le dialogue interinstitutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux, on risque de passer à côté de l'élément le plus important du dialogue démocratique : la population, et surtout les personnes vulnérables et marginalisées qui doivent pouvoir compter sur les assemblées législatives et les tribunaux pour faire valoir leurs droits et se faire entendre.

M. Joshi a examiné ces préoccupations à propos du dialogue démocratique en abordant les cas où la disposition de dérogation a été envisagée en Ontario et au Québec. Il a mentionné la décision voulant que la *Loi*

sur l'amélioration des administrations locales de l'Ontario contrevenait de manière injustifiable aux garanties de la *Charte* relatives à la liberté d'expression, et la réponse donnée par le premier ministre à cet égard selon laquelle cette décision allait discréditer la Cour, car les tribunaux n'ont pas la légitimité voulue pour remettre en question les mesures législatives. M. Joshi a noté un changement de ton lorsqu'une cour d'instance supérieure a tranché en faveur du gouvernement.

Selon M. Joshi, les propos du premier ministre donnent à penser que le seul dialogue qui importe est celui entre la majorité des électeurs et leurs représentants élus, et que le respect que les tribunaux méritent est conditionnel au fait qu'ils tranchent en faveur de la position privilégiée par les assemblées législatives.

En ce qui concerne le Québec, le projet de loi n° 21 du premier ministre François Legault, appelé *Loi sur la laïcité de l'État*, vise à interdire aux juges, aux policiers, aux enseignants et à d'autres fonctionnaires de porter un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions. Le Québec a eu recours de façon préventive à la disposition de dérogation pour « éviter de longues batailles juridiques ».

En citant la réaction de certaines minorités visibles et religieuses opposées à *Loi*, M. Joshi a dit que cette réaction évoquait un phénomène que Monica Bell décrit comme une « brouille juridique », « une relation marginale et ambivalente avec la société, la loi et les normes sociales prédominantes qui découle des échecs institutionnels et juridiques [TRADUCTION] ». M. Joshi a souligné l'exemple du projet de loi n° 21 du Québec parce qu'il démontre que ni le parti au pouvoir ni les partis d'oppositions ne sont en mesure de donner une représentation adéquate aux minorités. Il a soutenu que lorsque les motivations politiques empêchent les minorités de se faire entendre par les organes démocratiques du gouvernement, les tribunaux deviennent indispensables à un dialogue démocratique qui englobe tous les membres d'un régime politique.

Pour conclure, il a déclaré que l'ensemble du régime politique perd quelque chose de précieux lorsque l'exercice du dernier mot empêche les minorités de s'exprimer. Il arrive parfois que dans l'exercice du dernier mot, le dialogue se transforme en monologue et devienne par conséquent moins démocratique.

Benôit Pelletier, professeur à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa, a souligné les rôles du Parlement et des tribunaux dans le régime politique canadien. Il a expliqué que dans certaines situations, les assemblées législatives veulent avoir le dernier mot, et que dans d'autres, elles doivent avoir le dernier mot : « Nous savons tous que l'article 33 est le résultat d'un

compromis politique. La question est de savoir, est-ce que son recours peut être justifié par des motifs de principe? Et ma réponse est oui [TRADUCTION]. »

M. Pelletier a dit que les rédacteurs de la Constitution sont clairs : le Parlement et les assemblées législatives sont les principaux architectes de notre démocratie. Il a ajouté que les trois organes du gouvernement sont à la fois distincts et complémentaires, et que la séparation des pouvoirs entre eux a eu pour résultat l'édification d'une solide démocratie. Les assemblées législatives font des lois, l'exécutif les applique et les tribunaux les interprètent au regard de la Constitution. M. Pelletier a dit que chaque organe du gouvernement doit être en mesure de s'acquitter de son rôle avec respect et intégrité. Selon lui, il semble y avoir des points de vue différents au Canada au sujet du quand, du pourquoi et de la fréquence à laquelle il convient d'avoir recours à la disposition de dérogation. Essentiellement, il a conclu que la notion des deux solitudes se fait encore bien sentir aujourd'hui.

Maxime St-Hilaire, professeur agrégé à l'Université de Sherbrooke, a parlé des conditions pour que les législateurs canadiens puissent déroger légitimement aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il a dit que lorsque le lieutenant-gouverneur du Québec a donné la sanction royale à la *Loi sur la laïcité de l'État* le 16 juin 2019, seulement cinq lois du Québec contenaient des dispositions de dérogation aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, en particulier à ceux prévus à l'article 15.

Cependant, il a dit qu'un métamythe s'est rapidement enraciné au Québec selon lequel une étude avait déboulonné le mythe voulant que l'article 33 de la *Charte* canadienne (qui permet de déroger à certains droits et libertés qui y sont garantis) ne fût utilisé que dans des cas exceptionnels au Canada. Autrement dit, la pratique législative du Québec consistant à déroger à des droits constitutionnels rend la dérogation courante légitime. M. St-Hilaire a dit que ce n'est pas le cas et que cela offre une occasion de recentrer ce débat, qui émerge aussi dans « le reste du Canada », comme ce fut le cas par suite de la question du financement public des écoles catholiques en Saskatchewan, par exemple.

Il a dit que la compréhension du fond de la question rend invraisemblable l'argument selon lequel le recours « courant » ou « dialogique » à l'article 33 de la *Charte* canadienne est légitime (autrement dit, le recours à cet article autrement que dans ces circonstances exceptionnelles). Pour conclure, il a dit qu'il faut aussi réfuter l'idée répandue selon laquelle le recours à la dérogation aux droits constitutionnels ne devrait être que « réparateur » plutôt que « préventif ».