McGill Law Journal — Revue de droit de McGill

Les aventures de la Cour suprême du Canada au pays de la *Grundnorm*

Stéphane Bernatchez et William Guay*

RÉSUMÉ

Le présent texte évalue l'action constitutionnelle de la Cour suprême du Canada à la lumière de la théorie positiviste du droit de Hans Kelsen. Par son travail d'interprétation et de sanction, la Cour suprême outrepasse le rôle de législateur négatif que Kelsen assigne aux cours constitutionnelles. L'usage que la Cour fait des principes sous-jacents à la Constitution et l'inversion des droits en valeurs constituent également des dépassements de la conception kelsénienne de la justice constitutionnelle. Ce faisant, la Cour suprême du Canada peut, selon la théorie positiviste du droit de Kelsen, être qualifiée de tribunal législatif et philosophique. Par sa jurisprudence constitutionnelle, la Cour suprême du Canada contribue à donner un contenu à la norme fondamentale, notamment lorsqu'elle l'explicite à l'aide des principes sous-jacents à la Constitution et des valeurs qui sous-tendent les droits de la *Charte*.

* * *

ABSTRACT

This article evaluates the Supreme Court of Canada's constitutional action in light of Hans Kelsen's positivist theory of law. Through its

* Stéphane Bernatchez, Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke; chercheur, Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG). William Guay, Doctorant, Faculté de droit, Université d'Ottawa; chargé de cours, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

© Stéphane Bernatchez et William Guay 2026

Citation: (2026) 71:3 McGill LJ 715 — Référence : (2026) 71:3 RD McGill 715

Cet article est publié en libre accès, distribué selon les termes de la licence Creative Commons CC-BY-ND (https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr).

interpretive and sanctioning work, the Supreme Court goes beyond the negative legislator role assigned to constitutional courts by Kelsen. The Court's use of the Constitution's underlying principles and the inversion of rights into values are also elements that exceed the Kelsenian conception of constitutional justice. In doing so, the Supreme Court of Canada can, according to Kelsen's positivist theory of law, be characterized as a legislative and philosophical court. Through its constitutional case law, the Supreme Court of Canada infuses substance into the basic norm, especially when she renders it explicit with the principles underlying the Constitution and the values underlying *Charter* rights.

Introduction 718

I. La *Grundnorm* et la justice constitutionnelle selon Kelsen 724

A. Le fondement de la science du droit 725

B. Le rôle des cours constitutionnelles 733

II. La Cour suprême du Canada : un tribunal législatif 741

A. L'interprétation et la création de normes générales positives : une lacune à la théorie de Kelsen 742

B. L'omission du Législateur et l'interprétation large (*reading in*) : lorsque sanctionner c'est élaborer une norme générale 746

III. La Cour suprême du Canada : un tribunal philosophique 751

A. Les principes constitutionnels sous-jacents 753

B. L'inversion des droits en valeurs 760

Conclusion 772

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada ne rédige pas des essais philosophiques sur le droit, mais tranche, en droit, des litiges sur la base d'arguments juridiques. En principe, son jugement ne porte pas sur la légitimité philosophique des arguments que les parties lui soumettent ; elle évalue plutôt leur légalité. Cela n'empêche bien sûr pas les observateurs attentifs de faire ressortir l'arrière-plan philosophique des motifs invoqués dans ses décisions. Cette tâche n'est néanmoins pas des plus simples, car le plus haut tribunal du pays n'est généralement pas trop bavard au sujet de ses influences philosophiques; la grande majorité du temps, celles-ci demeurent implicites. Seuls peut-être John Stuart Mill (que la Cour cite trente-cinq fois) et, dans une moindre mesure, Ronald Dworkin (dont le nom apparaît dans les motifs d'une douzaine d'arrêts) ont l'honneur d'être nommément mentionné à plusieurs reprises par la Cour[1]. Même un philosophe politique de la trempe de John Rawls n'est expressément cité que trois fois par le plus haut tribunal du pays[2].

Ne réclamant pas explicitement de filiation à une doctrine, une tradition ou un auteur, la Cour suprême entretient tout de même une relation avec la philosophie, bien que celle-ci porte la marque de l'ambiguïté. En effet, elle recourt à l'occasion à des concepts philosophiques, lesquels sont censés l'éclairer. Elle reconnait cependant qu'ils ne sont pas toujours d'une grande aide. Lorsque, par exemple, elle a eu recours au concept de dignité pour interpréter et appliquer le droit à l'égalité, elle n'a pas tardé à admettre, en réponse aux nombreuses critiques qu'on lui a adressées, que « la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer » [italiques dans l'original][3]. Malgré cela, la Cour n'a pas banni la notion de dignité humaine; celle-ci persiste dans la jurisprudence.

---

1 Nous avons effectué une recherche sur CanLII pour recenser le nombre de fois que ces auteurs ont été cités par la Cour suprême du Canada.

2 *Operation Dismantle c La Reine*, 1985 CanLII 74 au para 100 (CSC); *Toronto (Cité) c Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 au para 153; *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68 au para 143 [*Sauvé*].

3 *R c Kapp*, 2008 CSC 41 au para 22.

Sous le couvert du discours judiciaire, les juges ont souvent — et valablement[4] — fait dialoguer leur science avec celle philosophique, s'engageant çà et là sur le chemin de la philosophie du droit. Leurs jugements continuent d'ailleurs de le faire, pour le meilleur et pour le pire[5], et ce, même si les réponses apportées aux questions en litige demeurent juridiquement fondées selon les exigences de la science juridique[6]. S'il ne fait pas de doute que la Cour suprême n'embrasse point une approche formaliste de contrôle de constitutionnalité, nous nous étonnons tout de même du peu d'intérêt qu'ont suscité les grands penseurs du positivisme juridique, considérant qu'ils ont tout de même forgé le paradigme philosophico-théorique moderne de la science du droit. La Cour ne s'appuie sur l'œuvre de H.L.A. Hart qu'à quelques reprises, et elle délaisse complètement l'impérativisme de John Austin. Parmi les négligés de marque, on trouve également celui qu'on a souvent sacré plus grand juriste du XX^e^ siècle : Hans Kelsen[7]. Son nom n'apparaît que dans deux arrêts : (1) le juge

---

4 Stéphane Bernatchez, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire » (2007) 85:2 RB Can 221 à la p 222.

5 Georges A Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada » (1989) 1:1 Ethica 95; Alain-François Bisson, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges » (1989) 20:3 RGD 391 aux pp 398, 401–04; Christian Brunelle, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes » (1990) 50:2 RB 353; Luc Bégin, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective » dans Georges A Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault, dir, *Éthique de société : l'éthique dans les sociétés démocratiques avancées*, Sherbrooke, Éditions GGC, 1999, 221 à la p 221; Luc Bégin, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt *Rodriguez* » dans Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik et Pierre Robert, dir, *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Dikè*, Montréal, Acfas, 1995, 299 à la p 315; Charles-Maxime Panaccio, « Le juge Charles Doherty Gonthier et la tradition classique du droit naturel : correspondances » (2012) 56 SCLR (2e) 209; Charles-Maxime Panaccio, « Section 15 and Distributive Underinclusiveness: Aristotle's Revenge » (2018) 38 RNDC 125.

6 Bernatchez, *supra* note 4.

7 Régis Ponsard, « Kelsen, quel sens? » dans Thomas Hochmann, Xavier Magnon et Régis Ponsard, dir, *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 2019, 27 (« [l]'homme qui n'a cessé d'être qualifié de "plus grand juriste du XX^e^ siècle" a payé sa célébrité au prix d'excessives simplifications, de réelles caricatures de son travail et surtout de cécité ou de dénégation à l'égard du *sens* même de son œuvre fondatrice » [italiques dans l'original] à la p 28).

Cory cite deux de ses textes portant sur le droit international[8] et (2) la juge Wilson le cite indirectement dans des motifs dissidents alors qu'elle renvoie à un extrait d'un texte de William R. Lederman qui, lui, énonce Kelsen au passage[9].

Il ne faut pas pour autant croire que la Cour suprême soit en croisade contre les positivistes et les positivismes juridiques. Elle s'approprie implicitement de nombreux legs qu'on leur doit, ne serait-ce parfois que des formules ou des expressions, comme celle de « gardien de la constitution » qui a entre autres été popularisée dans un débat vigoureux entre Kelsen et sa Némésis personnelle, Carl Schmitt[10]. En outre, à quelques occasions, la Cour mentionne — maladroitement, comme nous le verrons — l'une des idées phares de Kelsen, la *Grundnorm* (la norme fondamentale), notamment dans un litige opposant le vérificateur général du Canada au ministère de l'Énergie[11] et dans la célèbre affaire *R. c. Van der Peet*[12] qui traite de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[13] (ci-après « LC 1982 »). De l'avis de la Cour, la *Grundnorm* désignerait respectivement la souveraineté parlementaire et l'idée contenue dans la *Proclamation royale de 1763* selon laquelle

> les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs

---

8 *R c Finta*, [1994] 1 RCS 701 aux pp 873–74, 1994 CanLII 129 (CSC) citant Hans Kelsen, « The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals » (1945) 2:3 Judge Advocate J 8; Hans Kelsen, « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? » (1947) 1:2 Intl LQ 153 à la p 165.

9 *MacDonald c Ville de Montréal*, 1986 CanLII 65 au para 157 (CSC) citant WR Lederman, « The Nature and Problems of a Bill of Rights » (1959) 37:1 RB Can 4 aux pp 5–6.

10 Voir généralement Lars Vinx, dir, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2015.

11 *Canada (Vérificateur général) c Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 RCS 49 à la p 103, 1989 CanLll 73 (CSC).

12 1996 CanLII 216 (CSC) [*Van der Peet*].

13 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.) [LC 1982].

> descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau[14].

La Cour voit là une « norme fondamentale de la colonisation au Canada » ou, dans sa version anglaise, « *Grundnorm* of settlement in Canada » [italiques dans l'original][15].

Plus encore, elle emploie l'idée de « norme fondamentale » dans ce qui est sans doute l'arrêt le plus influent du droit constitutionnel canadien de l'époque contemporaine : *R.* c. *Oakes*[16]. Tout juste avant d'élaborer le fameux test jurisprudentiel de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*[17], le juge en chef Dickson écrit :

> [l]es valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer[18].

Ce passage a été repris dans une dizaine d'arrêts subséquents.

Avec ces allusions à la norme fondamentale, la Cour a réussi à englober trois immenses champs du droit constitutionnel canadien : la souveraineté parlementaire, le constitutionnalisme et le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Il ne nous semble pas anecdotique qu'elle fasse ainsi converger ces *topoï* du droit constitutionnel canadien sous l'égide de la même notion, et non la moindre : la norme fondamentale. La question se pose alors : qu'entend la Cour suprême par norme fondamentale? Kelsen serait-il d'accord avec le sens qu'elle donne à cette notion? Lorsqu'elle recourt ainsi à la norme fondamentale, la Cour va-t-

---

14 *Van der Peet*, *supra* note 12 au para 272.

15 *Ibid* au para 272.

16 1986 CanLII 46 [*Oakes*].

17 *Charte canadienne des droits et libertés*, art 1, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982*, 1982 c 11 (R-U) [*Charte*].

18 *Oakes*, *supra* note 16 au para 64. Dans la version anglaise de l'arrêt, il est question de « *ultimate standard* » (voir *ibid*).

elle là où Kelsen interdisait au jugement juridique d'aller? L'usage qui en est fait vient-il confirmer la crise du kelsénisme[19]?

Pour cause, la Cour suprême semble se permettre des libertés avec la *Grundnorm* que Kelsen aurait sans doute condamnées. Selon le positivisme kelsénien, la *Grundnorm* agit d'abord et avant tout comme un postulat épistémologique sur lequel s'élabore la théorie pure du droit. Comme nous le verrons, en tant que norme, elle est supposée, n'est pas elle-même valide et n'a ainsi pas de contenu matériel en droit interne, sinon qu'elle oblige à respecter la (première) constitution. Ainsi, nul doute que le juge Dickson s'éloigne de Kelsen lorsqu'il rapproche les « valeurs » et les « principes sous-jacents » de la norme fondamentale dans l'extrait de l'arrêt *Oakes* ci-haut. Mais, une interrogation demeure : jusqu'à quel point la Cour suprême du Canada se conforme-t-elle à la théorie de Kelsen? Ses jugements la mettent-ils en œuvre? La Cour s'est-elle enlisée, selon la perspective positiviste, dans le terrain des « jugements de valeurs »[20] et des « questions de principe »[21]? Autrement dit, s'est-elle aventurée profondément au pays fictif (et merveilleux) de la *Grundnorm* en tentant de composer avec le tourbillon constitutionnel qui a marqué l'époque du rapatriement et en donnant sens aux normes constitutionnelles qui en ont découlé?

Évidemment, Kelsen et la *Grundnorm* ne constituent pas les seules clés théoriques pour expliquer la justice constitutionnelle. Pour comprendre le rôle des valeurs et des principes fondamentaux, nombreux sont les commentateurs qui ont lu les activités de la Cour avec la lunette herméneutique[22]. D'ailleurs, les analyses de la jurisprudence constitutionnelle

---

19 Patrick Wachsmann, « Le kelsénisme est-il en crise? » (1986) 4 Droits 53.

20 Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997 [Lajoie, *Jugements de valeurs*].

21 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1985 (*Une question de principe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996) [Dworkin, *A Matter of Principle*].

22 Au Québec, nous pensons notamment aux travaux d'Andrée Lajoie (esquissés dans Stéphane Bernatchez, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger » dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges Andrée Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, 333) et de Luc B Tremblay (Luc B Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29:2 RJT 459 [Tremblay, « L'interprétation téléologique »]; Luc B Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits » (2012) 17:1 Rev Const Stud 15). Pour un

canadienne ont déjà beaucoup emprunté à la théorie élaborée par Ronald Dworkin[23], ce qui n'est pas étonnant considérant que la Cour y réfère expressément dans plusieurs jugements[24]. Il ne s'agit pas ici de comparer cette approche à celle de Kelsen afin de déterminer laquelle s'avère la plus adéquate pour expliquer les jugements en matière constitutionnelle. Notre article vise uniquement à examiner la pertinence (ou l'impertinence) de la théorie de Hans Kelsen pour rendre compte du contrôle judiciaire de constitutionnalité canadien. Par ailleurs, notre article n'a nullement pour vocation de prescrire le modèle kelsénien de contrôle de constitutionnalité; il ne vise qu'à tester la valeur descriptive de la

---

commentaire plus récent, voir Karine Millaire, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : judiciarisation des faits sociaux ou argumentation judiciaire des valeurs? » (2019) 53:3 RJTUM 501 à la p 511. Il est courant de voir en Ronald Dworkin la figure de proue de l'herméneutique juridique, et de citer au passage le livre *Vérité et méthode* de Hans-Georg Gadamer, bien que Dworkin lui-même ne cite Gadamer qu'à trois petites reprises dans son *Law's Empire*. Sur l'herméneutique philosophique, voir Jean Grondin, *L'herméneutique*, 5e éd, Paris, Que sais-je?, 2022. Sur l'herméneutique juridique, voir notamment Luc B Tremblay, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique » (2012) 46:2 RJT 249 aux pp 267–78.

23 Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l'ère des droits fondamentaux » (2012) 42:1/2 RDUS 363 aux pp 380–82; David Gilles et Simon Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique » (2012) 42:1/2 RDUS 309 aux pp 342–48; Luc Bégin, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits » (1997) 38:2 C de D 417; Tremblay, « L'interprétation téléologique », *supra* note 22. Sur les limites de l'approche principielle dworkienne pour résoudre des « cas difficiles » [notre traduction], voir notamment Peter C Oliver, « "A Constitution Similar in Principle to That of the United Kingdom": The Preamble, Constitutional Principles, and a Sustainable Jurisprudence » (2019) 65:2 RD McGill 207 aux pp 253–54.

24 Voir notamment *Procureur général du Québec c Grondin*, 1983 CanLII 165 à la p 374 (CSC) :

> Pour emprunter les termes du professeur Ronald Dworkin, la fonction judiciaire soulève des questions de « principe », c'est-à-dire l'examen des droits opposés de personnes ou de groupes de personnes. On peut les mettre en opposition avec les questions de « politique » qui soulèvent des oppositions divergentes quant au bien-être de l'ensemble de la collectivité.

La Cour cite alors Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1977 aux pp 82–90.

conception kelsénienne de la justice constitutionnelle pour comprendre l'action de la Cour suprême du Canada.

Dans cet article, nous soutenons que la Cour suprême du Canada s'aventure au pays de la *Grundnorm* chaque fois qu'elle détermine le contenu de cette norme fondamentale. Afin de démontrer notre thèse, nous procéderons ainsi. La première partie de l'article précisera le sens que Kelsen attribue à la *Grundnorm* ainsi que le rôle qu'il reconnaît à la justice constitutionnelle. Dans la deuxième partie, nous montrerons que la Cour suprême du Canada agit de manière législative en devenant non seulement un législateur négatif au sens de la théorie kelsénienne, mais également un législateur positif. Quant à la troisième partie, elle présentera comment la Cour suprême du Canada s'aventure sur le territoire de la *Grundnorm*, et ce, contrairement à la proposition de Kelsen. Pour montrer en quoi les juges ne suivent pas les leçons de la théorie pure du droit, nous nous intéresserons aux jugements qui mobilisent les principes sous-jacents de la constitution ainsi que les valeurs de la *Charte*. Mais d'abord, il convient de nous attarder au concept de norme fondamentale et à la justice constitutionnelle selon Kelsen.

I. LA *GRUNDNORM* ET LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE SELON KELSEN

La théorie scientifique du droit de Kelsen est bien connue : elle s'articule sur le mode de la validité. La validité d'une norme s'évalue à l'aune de sa conformité à une norme supérieure. Kelsen écrit : « [l]a validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle »[25]. Dans cette conception hiérarchique du droit, la validité de la constitution et de l'ordre juridique repose finalement sur une norme fondamentale, la *Grundnorm*, norme dont les juristes ne doivent pas chercher à en établir le contenu; elle doit demeurer présupposée. Dans cette première partie, nous situerons la *Grundnorm* dans la science du droit (1.1.) et examinerons la conception kelsénienne de la justice constitutionnelle (1.2.).

---

25 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd, traduit par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1999 à la p 193 [Kelson, *Théorie pure*, Dalloz].

A. Le fondement de la science du droit

Puisque les idées n'échappent jamais complètement à leur contexte, on ne saurait apprécier la juste valeur de la pensée kelsénienne sans d'abord la situer sur l'arrière-fond qu'a été le parcours de ce monument de la philosophie et de la théorie du droit[26]. Ainsi, pour comprendre Kelsen, nous ne pouvons pas négliger un détour, fût-il bref, dans l'Europe bouillante de la première moitié du XX^e^ siècle. Nous verrons que celle-ci provoque chez notre théoricien d'importantes réflexions épistémologiques qui le conduisent à la *Grundnorm* et à sa conception particulière du contrôle de constitutionnalité des lois.

Dans les milieux juridiques, Kelsen trône au sommet de la tradition positiviste, laquelle a structuré à la manière d'un paradigme une large part des réflexions savantes sur le droit et en droit, et ce, au moins depuis la Deuxième Guerre mondiale[27]. Tous n'ont pas adhéré à sa *Reine Rechtslehre*; mais peu ont manqué d'y réagir, ce qui, comme le note Michel van de Kerchove, témoigne de son influence indéniable[28]. Si Kelsen est plus théoricien que praticien, l'impressionnante somme que forment ses travaux universitaires ne doit néanmoins pas trop ombrager le prestige de ses engagements pratiques. Il a notamment participé à la rédaction de la constitution de la première République autrichienne, puis a siégé à la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche. Même s'il y avait été nommé à vie, il a perdu son poste après que la Cour a « reconnu aux personnes divorcées qui avaient été précédemment mariées religieusement, la possibilité de se remarier »[29]. Les quelques relents laïques qu'il insuffle alors sur le droit autrichien en train de se (re)construire sur des bases constitutionnelles n'avaient pas charmé les groupes conservateurs, lesquels se berçaient des

---

26 Michel Troper, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen » dans Pierre Bouretz, dir, *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, 117 aux pp 117–20.

27 Maxime St-Hilaire, *Les positivismes juridiques au XX^e^ siècle : normativismes, sociologismes, réalismes*, 2^e^ éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 2024 aux pp 7–9, 21.

28 Michel van de Kerchove, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone » dans Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e^ éd, traduit par Henri Thévenaz, Neuchâtel, Éditions La Baconnière, 1988 aux pp 237, 287 [Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière].

29 Troper, *supra* note 26 à la p 119.

promesses totalitaires qui commençaient à avoir la cote à la fin des années 1920 et au début des années 1930[30].

L'autoritarisme galopant force Kelsen, né d'une famille juive, à l'expatriation, d'abord en Allemagne où l'Université Cologne l'accueille pendant trois ans. Il y enseignait devant des classes presque vides, ce qui ne l'a pas empêché pas de devenir doyen. Après son congédiement en 1933, il se réfugie ensuite à l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Genève, où il demeure jusqu'en 1940. En raison de la montée du nazisme, il s'exile enfin aux États-Unis, où il est naturalisé et réussit non sans difficulté à percer le milieu universitaire anglophone à l'Université Berkeley[31].

Sur le plan philosophique, Kelsen n'a pas échappé aux influences intellectuelles du monde germanophone de son époque[32]. Comme d'autres l'ont fait avant lui, il prend l'enseignement épistémologique d'Emmanuel Kant de la période critique au pied de la lettre, l'appliquant d'ailleurs plus rigoureusement que le philosophe de Königsberg lui-même[33]. Les rapprochements entre le maitre autrichien et l'éminent philosophe de l'autonomie ne doivent cependant pas être exagérés, notamment parce que Kelsen répudie avec véhémence le fait que Kant voie dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* la condition de possibilité du droit, un droit au surplus juste, rationnel et universel[34]. Des distinctions noumène/phénomène et *Sein*/*Sollen*, il retient l'objectivité des faits et l'irrationalité des valeurs et des normes. Il condamne ainsi les travaux métaphysiques de Kant et nie la possibilité d'une « raison pratique » qui ferait office de connaissance normative; le *Sollen* n'étant pas affaire de rationalité, mais de volonté [35] . D'ailleurs, Alexandre Viala identifie dans ce mariage du

30 François Lecoutre, *La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique*, Bayonne (France), Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020 aux para 6–10.

31 *Ibid* aux para 4–13.

32 C'est peut-être pour cette raison qu'il a eu tant de difficulté à s'acclimater à l'environnement intellectuel états-unien.

33 Lecoutre, *supra* note 30 aux para 51–54.

34 Lukas K Sosoe, « Kelsen et Kant » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit : Philosophie et théorie juridiques*, t 2, Montréal, Yvon Blais, 2019, 217 à la p 219.

35 Lecoutre, *supra* note 30 aux para 62, 69–70.

positivisme juridique et de la volonté la marque pessimiste d'Arthur Schopenhauer dans *Le Monde comme volonté et comme représentation*[36]. Pour le droit et les juristes, le défi consiste maintenant à trouver une manière de connaître ces normes qui ont été lavées de leur rationalité.

Afin de le surmonter, Kelsen distingue dès les premières pages de sa *Théorie pure du droit* les sciences naturelles, qui relèvent de l'univers du *Sein* et qui procèdent depuis le principe de causalité (si A est, B est), des sciences « sociales », qui relèvent du *Sollen* et qui s'articulent sur la base du principe d'imputation (si A est, B doit être). À ne pas se tromper, la sociologie et la psychologie ne sont pas des sciences « sociales » pour Kelsen, qui réserve ce terme aux sciences de nature « normative ». Le rôle des sciences normatives que sont l'éthique et la science juridique est « de décrire des normes et les relations sociales qui en résultent », pas de « prescrire une conduite déterminée » ni d'« édicter des normes applicables à la conduite des hommes »[37]. Ce ne sont donc pas toutes les normes qui constituent les objets des sciences normatives :

> [u]ne science du droit et une éthique scientifique ne peuvent avoir pour objet que le droit positif ou une morale positive. Elles ont à décrire des normes positives prescrivant ou autorisant un comportement déterminé et elles peuvent ainsi affirmer que dans telles conditions tel individu doit se comporter de cette manière[38].

Par norme, Kelsen entend « l'expression d'une valeur; d'une valeur morale s'il s'agit d'une norme de la morale, d'une valeur juridique s'il s'agit d'une norme du droit »[39]. Pour lui, les valeurs ne sont que relatives. Pour éviter l'écueil relativiste, la science du droit doit se rapporter à certaines normes posées par une autorité étatique[40]. L'objectivité ne s'acquiert qu'au prix de cette positivité.

---

36 Alexandre Viala, *Le pessimisme est un humanisme : Schopenhauer et la raison juridique*, Paris, Mare & Martin, 2017.

37 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 à la p 34.

38 *Ibid* à la p 28.

39 *Ibid.*

40 Kelsen identifie quelques différences entre la norme juridique et celle morale, la plus importante étant la forme. Certes, sur le plan du contenu, il peut y avoir double

Avec d'autres commentateurs, nous observons derrière le scepticisme éthique kelsénien tout l'héritage antimétaphysique du kantisme qui le traverse, du positivisme philosophique français et allemand aux écoles néokantiennes — d'abord celle de Heidelberg, puis celle de Marbourg — et au cercle de Vienne[41]. La théorie de la connaissance qu'il développe sur les épaules de ses prédécesseurs et de ses contemporains aboutit dans une méthodologie « individualiste »[42], qui a aussi comme influence la psychanalyse freudienne[43]. Or, s'il s'inscrit dans les balises de ce cadre philosophique, Kelsen n'y semble pas religieusement lié, puisqu'il l'a en partie modulé pour défendre ses thèses épistémologiques.

En effet, à la lumière de cette irrationalité de la valeur et de cette subjectivisation de la normativité, Kelsen devrait en principe être malaisé de se présenter comme un normativiste et comme la figure de proue des « sciences normatives ». Et pour cause, puisque l'étude scientifique des irrationnelles normes devrait sonner faux à ses oreilles; on ne saurait connaitre l'inconnaissable ni rationaliser l'irrationnel. Kelsen résout l'aporie apparente en ciblant un objet d'étude limité pour les sciences normatives. Il ne s'agit pas pour lui d'étudier toutes les normes, mais un certain type de norme : les normes objectives et réelles. La normativité est étampée du sceau de l'objectivité et entre dans le monde « réel » par un acte positif;

---

emploi, une norme juridique pouvant également être une norme morale. Kelsen identifie deux autres différences dans sa *Théorie générale des normes* :

> Le droit et la morale se distinguent par le fait que le droit *commande* un certain comportement (et cela signifie qu'il en fait une obligation juridique) *en posant* comme obligatoire une sanction comme condition du comportement contraire, tandis que la morale commande un certain comportement et en fait ainsi une obligation morale, et attache une sanction aussi bien au comportement conforme qu'au comportement contraire. Une autre différence — et c'est une différence d'un point de vue de stricte technique juridique — tient à ce que, dans un ordre juridique techniquement avancé, des organes fonctionnant sur le principe de la division du travail — les autorités judiciaires et administratives — sont investis pour appliquer des sanctions tandis qu'un ordre moral positif habilite tout membre de la communauté qu'elle institue à exécuter les sanctions prévues par cet ordre (Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 aux pp 175–76 [Kelsen, *Théorie générale des normes*]).

41 Lecoutre, *supra* note 30 au para 81.

42 *Ibid* aux para 204–05.

43 Voir Étienne Balibar, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011 au ch 12.

les sciences normatives s'occupent des normes posées, c'est-à-dire celles « créée[s] par des actes [de volonté] accomplis dans l'espace et dans le temps »[44]. Kelsen délaisse donc les normes « "supposées" par un acte purement intellectuel », qu'on ne peut pas connaître parce qu'elles n'appartiennent « pas au domaine de la réalité »[45]. S'il a pu être qualifié de réaliste, c'est seulement en ce que son normativisme s'occupe de la connaissance des normes réelles, donc posées[46]. Son réalisme, s'il en est un, ne doit bien sûr pas être confondu avec ceux d'Oliver Wendell Holmes, Jr. ou d'Alf Ross. Le travail du théoricien du droit est d'ordonner, de systématiser et d'organiser toutes les normes juridiques positives unies entre elles par des rapports hiérarchiques afin qu'elles forment « une totalité intelligible axée sur la logique de la non-contradiction »[47].

Le projet théorique de Kelsen porte ainsi bien son nom, en ce qu'il « n'est pas une politique juridique, mais une science du droit »[48]. Dans la préface de la première édition de sa *Théorie pure du droit* en 1934, Kelsen réprimande fermement ceux qui vernissent leurs projets politiques de l'objectivité du savoir théorique, les accusant d'utiliser la science du droit

---

44 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 à la p 28.

45 *Ibid* aux pp 28–29.

46 Kelsen soutenait que sa théorie pure du droit « est une théorie radicalement réaliste » [notre traduction], en ce qu'elle « s'intéresse au droit réel et au droit potentiel, et non au "bon" droit » [notre traduction] (voir Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, traduit par Bonnie Litschewski Paulson et Stanley L Paulson, Oxford, Oxford University Press, 1996 à la p 18). Sur le « réalisme » de Kelsen, voir également Michel Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation » (2006) 4:8 Revista Opinião Jurídica 301. En outre, Guillaume Tusseau note que les travaux de Michel Troper sur l'interprétation seraient à l'avant-plan d'une tradition « réaliste » française que ce penseur aurait défrichée en relisant l'héritage du « *linguistic turn* » à la lumière de « certains éléments de l'analyse merklo-kelsénienne de l'ordre juridique » (voir Guillaume Tusseau, « Le gouvernement [contraint] des juges : les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison » (2012) 55:1 Droits 41 aux pp 41–42). En outre, la pensée politique de Kelsen a pu être qualifiée de « réaliste » (voir Robert Schuett, *Hans Kelsen's Political Realism*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 2021).

47 François Chevrette et Hugo Cyr, « De quel positivisme parlez-vous ? » dans Bernatchez et Lalonde, *supra* note 34 à la p 204.

48 Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 28 à la p 25.

« pour justifier des prétentions politiques qui ont un caractère essentiellement subjectif, même si en toute bonne foi elles correspondent à l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe »[49]. Si plusieurs l'ont accusé de la même chose, Michel Troper nous rappelle très justement que c'est « la théorie qui est pure et non le droit. Le droit au contraire, il faut le décrire tel qu'il est. Et il n'est pas pur »[50]. Kelsen gardera ainsi ses commentaires politiques et philosophiques sur le droit, la démocratie, le constitutionnalisme et la politique séparés de son programme scientifique, qui a une vocation descriptive, pas prescriptive[51].

Maintenant qu'il a cerné la nature normative du droit et a circonscrit l'objet de la science juridique aux normes posées, Kelsen se bute à la question (kantienne) de la condition de possibilité de la connaissance, de celle du droit en l'occurrence. Il constate assez tôt que la science du droit peut aborder son objet « en se plaçant soit à un point de vue statique, soit à un point de vue dynamique »[52], c'est-à-dire que le scientifique appréhende tantôt le droit positif « à l'état de repos, comme un système établi, tantôt dans son mouvement, dans la série des actes par lesquels il est créé puis appliqué »[53]. Dans ces deux cas, le droit s'ordonne épistémiquement sur une base hiérarchique, l'inférieur se subsumant au supérieur. La validité d'une norme ou d'un acte créateur de la norme s'apprécie par rapport à une autre norme, supérieure, de laquelle elle dérive. C'est ainsi que la validité d'un règlement ou d'une décision exécutive d'adopter un règlement s'apprécie au regard d'une loi habilitante, elle-même valide en vertu d'une norme constitutionnelle. Plus loin dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen traite néanmoins ces aspects statique et dynamique non plus comme les deux faces d'une même médaille, mais comme deux types d'ordre normatif, l'un matériel et l'autre formel, disant de l'ordre juridique qu'il est pour l'essentiel dynamique, donc formel[54]. Il n'est toutefois point

---

49 *Ibid* à la p 17.

50 Troper, *supra* note 26 à la p 123.

51 Voir notamment Hans Kelsen, *La démocratie : sa nature – sa valeur*, traduit par Charles Eisenmann, 2e éd, Paris, Dalloz, 2004 [Kelsen, *La démocratie*].

52 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 à la p 48.

53 *Ibid* à la p 42.

54 Sur les implications de la distinction entre les ordres normatifs statiques dynamiques, et les ambiguïtés que celle-ci provoque en matière d'interprétation, voir notamment Michel Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique » (1981) 35:138(4) R Inti Philosophie 518.

nécessaire de nous enfoncer dans les dédales de ce débat hautement théorique pour constater que « [l]e "*Sollen*" juridique de Kelsen est le droit positif et [qu']il a un caractère purement formel et une valeur toute relative »[55].

En concevant le droit depuis son caractère formel et en faisant dépendre la validité d'une norme inférieure d'une autre norme supérieure qui, elle aussi, doit être valide pour exister, Kelsen court le risque de s'enliser dans une régression à l'infini. En effet, on peut se poser la question : si le règlement est valide parce que conforme à la loi, et que cette loi est valide en raison de sa conformité à la constitution, en vertu de quelle norme la constitution est-elle valide? Pour résoudre le problème, dont le « paradoxe de la constitution » est une variante, Kelsen « suppose » l'existence d'une norme fondamentale, d'une *Grundnorm* qui « n'est pas une norme positive appartenant à cet ordre »[56]. S'agissant de la nature de cette *Grundnorm*, Kelsen n'a pas toujours dansé sur le même pied[57], y voyant d'abord un « principe d'économie de pensée », ensuite une « condition logique transcendantale » de la possibilité de connaissance scientifique du droit, une norme présupposée et enfin une « fiction véritable au sens de la "philosophie du comme si" de Vaihinger », c'est-à-dire « un expédient de la pensée dont on se sert si l'on ne peut atteindre le but de la pensée avec les données dont on dispose »[58]. Cette dernière proposition sera l'ultime conception de la *Grundnorm*, Kelsen écrivant dans la *Théorie générale des normes* :

> [c]omme il ressort de ce qui précède, la norme fondamentale d'un ordre moral ou juridique positif n'est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, c'est-à-dire une norme fictive, la signification d'un acte de volonté non pas réel, mais fictif. En tant que telle, elle est une fiction véritable au sens de la

---

55 St-Hilaire, *supra* note 27 à la p 14.

56 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 aux pp 47–48.

57 Kelsen travaille sa *Théorie pure du droit* jusqu'à la fin de sa vie (voir Neil Duxbury, « Kelsen's Endgame » (2008) 67:1 Cambridge LJ 51 aux pp 51–52) dans une sorte de « *travail en cours* » [notre traduction] (voir Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 à la p 1; St-Hilaire, *supra* note 27 aux pp 14–16).

58 Kelsen, *Théorie générale des normes*, *supra* note 40 à la p 344.

> « philosophie du comme si » de Vaihinger, une fiction caractérisée par le fait que non seulement elle contredit la réalité, mais aussi qu'elle est contradictoire en soi [notes omises][59].

Chose certaine, la *Grundnorm* demeure une supposition épistémologique sans laquelle la connaissance du droit s'embourberait dans un vortex théorico-philosophique. Kelsen ne peut faire autrement que de la supposer parce qu'elle est indéfinissable juridiquement. Il nous invite à prendre conscience que la *Grundnorm* « n'est pas une hypothèse », « mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme »[60].

De surcroît, mentionnons que, pour Kelsen, la *Grundnorm* ne saurait être autre chose qu'une norme, sans quoi il commettrait le « sophisme naturaliste » que dénonçait avec véhémence l'empiriste anglais David Hume. Bien que normative, elle ne se suppose néanmoins pas sans qu'un ordre juridique la sous-tende; elle n'existe qu'en relation avec l'ordre juridique dont elle fonde la validité[61]. Kelsen note en outre qu'elle acquiert une importance « particulièrement manifeste dans les cas où un ordre juridique se substitue à un autre, non par la voie légale, mais de façon révolutionnaire. C'est d'ailleurs au moment où un droit est menacé dans son existence que sa nature apparaît le plus clairement »[62]. On le comprend aisément, car le statut du droit est incertain dans les périodes de bouleversements constitutionnels. Nébuleuse, voire mystique, la *Grundnorm* ne semble pas pouvoir exister seulement dans le monde des

---

59 *Ibid*. Cette conception de la *Grundnorm* est également reprise dans d'autres textes de Kelsen (voir Christophe Bouriau, dir, *Les fictions du droit : Kelsen, lecteur de Vaihinger*, Lyon, ENS, 2013).

60 Kelsen, *Théorie générale des normes*, *supra* note 40 à la p 345.

61 *Ibid* à la p 344.

62 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 à la p 126. Il importe de souligner que l'une des critiques que Joseph Raz adresse à Kelsen et à sa norme fondamentale se trouve justement ici. Pour lui, la norme fondamentale rend impossible l'accès pacifique à l'indépendance (voir Joseph Raz, « Kelsen's Theory of the Basic Norm » (1974) 19:1 Am J Juris 94 à la p 98). Voir aussi Olivier Beaud et Pasquale Pasquino, dir, *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assass, 2007; Carl Schmitt, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, traduit par Stéphane Schott et Stéphanie Roussel avec la collaboration de Renaud Baumert, Paris, Dalloz, 2017.

Idées, c'est-à-dire indépendamment d'une réalité normative juridique qu'elle fonde et qui est efficacement concrétisée. Or, dans ces périodes d'incertitude, la *Grundnorm* est sous attaque; l'ordre juridique est remis en question. Est alors compréhensible la tentation des juristes de se réfugier chez les philosophes et de discourir pour ou contre elle en termes de *légitimité*. Pour Kelsen, c'est cependant une erreur d'amalgamer ainsi *Grundnorm* et philosophie.

En effet, la *Grundnorm*, indéfinissable, ne commande en somme le respect de la constitution et du droit pour aucune autre raison que par un devoir qui se formule un peu stérilement comme suit : tu dois respecter la constitution. À dessein, la théorie du droit demeure muette quant aux raisons qui peuvent justifier le pourquoi de ce commandement « grundnormien », sans quoi elle s'aventurerait sur le terrain de la philosophie du droit et ne pourrait s'empêcher d'inclure des impuretés à sa théorie. Si, par exemple, la *Grundnorm* était formulée « tu dois respecter la constitution, parce qu'il est juste ou légitime d'agir de la sorte », alors la *Théorie pure* ne serait rien d'autre qu'une philosophie jusnaturaliste qui ne s'assume pas. Il n'incombe pas aux scientifiques du droit de s'occuper de la légitimité et de la justice du droit, mais aux philosophes et aux citoyens qui, s'ils l'estiment nécessaire, pourront proposer aux législateurs de modifier le contenu de certaines normes juridiques, voire de modifier la forme de l'État, dans certains cas plus rares.

En somme, la *Grundnorm* fonde la connaissance scientifique, rationnelle et non contradictoire du système normatif qu'est le droit. Une telle épistémologie du droit revendique fameusement un certain monisme qu'on ne saurait détacher de l'État, d'où, parfois, l'étiquette « étatiste » qu'on attache à la figure de Kelsen. Cela dit, sa philosophie de l'État empêche toutefois son monisme de succomber aux élans totalitaires, parce que, nous le verrons dans la prochaine sous-partie, il la peint sur une arrière-toile démocratique gardée par une cour constitutionnelle agissant essentiellement à titre de « législateur négatif ». Voyons comment il arrive à cette conclusion.

B. Le rôle des cours constitutionnelles

Les cours occupent une place centrale dans la réflexion de Kelsen. Disons-le sans ambages, pour lui, elles créent du droit, comme le font les

parlements. Le travail des tribunaux ne saurait ainsi être réduit à une simple application mécanique ou machinale du droit. La décision judiciaire consiste en l'expression d'un « jugement de valeur »[63] juridique (et non pas moral) qui comprend deux actes : (1) l'application d'une norme supérieure qui débouche sur (2) la création d'une norme inférieure. C'est donc dire que, et cela est particulièrement manifeste en droit constitutionnel, l'application judiciaire du droit implique l'exercice d'une certaine fonction législative. Si le processus arbitral (*adjudication*) qui mène à la création de cette norme inférieure diffère du travail des assemblées législatives ou des autres organes étatiques habilités à produire du droit par une norme supérieure, nous ne pouvons manquer de lui reconnaître une dimension politique. Celle-ci est néanmoins contenue dans des balises juridictionnelles définies, ce qui, en principe, limite son champ d'action.

Pour Kelsen qui l'observe depuis une lorgnette théorique, le travail du juge ne change pas fondamentalement selon la nature de l'affaire qu'il doit décider :

> [s]i un tribunal civil décide de la validité d'un testament ou d'un contrat, s'il déclare inconstitutionnelle une ordonnance, ou si un tribunal constitutionnel qualifie une loi d'anticonstitutionnelle : dans tous ces cas, c'est l'état de fait de la création d'une norme qui « subsume » cet état de fait sous une norme réglée et est alors reconnu comme conforme ou non conforme à la norme. Lorsqu'il prend connaissance de l'inconstitutionnalité d'une loi, le tribunal constitutionnel réagit par un acte qui, comme *actus contrarius*, correspond à l'état de fait anticonstitutionnel de la création de la norme et ce en annulant la norme anticonstitutionnelle, qu'elle soit individuelle, c'est-à-dire relative au cas particulier, ou qu'elle soit générale, c'est-à-dire qu'elle concerne tous les cas[64].

Ce qui distingue la justice constitutionnelle de la justice civile, criminelle ou administrative relève essentiellement de la portée qu'a la norme créée par la décision :

> [s]i l'on considère, d'un point de vue théorique, la différence entre un tribunal constitutionnel compétent pour la cassation de

---

63 Kelsen, *Théorie pure*, La Baconnière, *supra* note 28 à la p 28.

64 Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, traduit par Sandrine Baume, Paris, Michel Houdiard, 2006 à la p 81 [Kelsen, *Constitution*].

> lois et un tribunal civil, pénal ou administratif ordinaire, en fait l'un et l'autre appliquent le droit et le créent, le second produit uniquement des normes individuelles, alors que le premier, en appliquant la Constitution à un état de fait de la création législative, parvient à une annulation des lois anticonstitutionnelles[65].

Ailleurs, Kelsen laisse entendre que, s'il doit distinguer les fonctions juridictionnelle et législative, alors celle-ci crée des normes individuelles et *inter partes*, celle-là, des normes générales et *erga omnes*[66]. L'acte législatif désignerait ainsi la création d'une norme générale, alors que l'acte juridictionnel, une norme individualisée. Ce vocable porte à confusion, en ce qu'il semble éclipser la portion « application du droit » qui intervient nécessairement à l'occasion du jugement judiciaire, c'est-à-dire l'acte interprétatif qui mène à la création d'une norme, que cette norme soit individualisée ou générale.

Il nous semble plus exact de concevoir les cours comme des organes juridictionnels qui agissent à titre de gardiens de la juridicité et, *a fortiori*, de la constitutionnalité du droit. Pour ce faire, ils doivent simultanément appliquer des normes supérieures positives et créer des normes inférieures[67]. En ce qui concerne le droit constitutionnel, ces normes « inférieures » promulguées à l'occasion du processus judiciaire ont cette particularité qu'elles sont également des normes générales dont la portée peut être *erga omnes*. Nous verrons que, malgré cela, Kelsen limite les cours constitutionnelles à des « législateurs négatifs »[68], chapeau qu'elles doivent d'ailleurs porter qu'en certaines occasions.

---

65 *Ibid* à la p 87.

66 Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) » (1928) 45:1 RDP 197 à la p 224 [Kelsen, « Garantie juridictionnelle »].

67 Voir notamment Neil Duxbury, « Legal Science and Constitutional Judgments » (2022) 47:2 J Leg Philosophy 185 à la p 188.

68 Kelsen mentionne que :

> entre la fonction d'un tel tribunal constitutionnel et celle de tribunaux ordinaires s'intercale une forme intermédiaire digne d'attention, munie d'un droit de contrôle des lois et des règlements. Car, un tribunal qui n'applique pas une loi à un cas concret en raison de son inconstitutionnalité ou n'applique pas une ordonnance en raison de sa non conformité à la loi, annule une norme générale et fonctionne également comme « législateur négatif »

Il importe de définir ce que Kelsen entend par « constitution ». Il nous en présente d'abord une conception « étroite », laquelle correspond à la forme juridique d'un État :

> the concept of constitution, which, in this respect, overlaps with the concept of form of government, primarily and always refers to a foundational principle in which the distribution of political power finds its legal expression. It is the rule that determines the genesis of statutes, of the general norms whose execution constitutes the activity of the organs of state, namely of the courts and administrative agencies. This — the rule for the generation of the legal norms that primarily form the order of the state, the determination of the organs and of the procedure of legislation — is the essential, original, and narrow concept of constitution[69].

Pour assurer sa stabilité, cette forme se double bien souvent d'un statut supralégislatif dans les États contemporains; elle n'est modifiable que par une procédure spéciale d'amendement. Armé de cette définition « formelle » de la constitution, Kelsen ne tarde cependant pas à en élargir la conception afin de rendre compte des catalogues de droits et libertés que de nombreux États ont constitutionnalisés :

> [t]his wider concept is in play when modern constitutions contain not merely norms that concern the organs and the procedure of legislation, but also a catalogue of basic rights and rights of freedom. The primary, though perhaps not the exclusive purpose of such a catalogue is to put up basic principles, guidelines, and limitations for the content of statutes to be enacted in the future[70].

(au sens matériel du terme « loi »). À la seule différence, toutefois, que l'annulation de la validité de la norme générale est limitée à un cas et ne vaut pas – comme dans le jugement d'un tribunal constitutionnel – pour tout, c'est-à-dire pour tous les cas possibles (voir Kelsen, *Constitution*, *supra* note 65 à la p 87).

Sur le concept de « législateur négatif », voir Hans Kelsen, « The Nature and Development of Constitutional Adjudication », traduit par Lars Vinx dans Vinx, *supra* note 10 à la p 47 [Kelsen, « Constitutional Adjudication »]; Kelsen, « Garantie juridictionnelle », *supra* note 66 à la p 226.

69 Kelsen, « Constitutional Adjudication », *supra* note 68 à la p 28.

70 *Ibid* à la p 29.

Cette constitution, si elle ne veut pas demeurer « *a non-binding wish* », doit être en mesure d'annuler[71] les actes inconstitutionnels, et plus particulièrement les lois inconstitutionnelles[72]. L'enjeu en cause ici est l'efficacité du droit. Kelsen croit donc qu'il serait inefficace et « politiquement naïf » de demander aux parlements ou au chef de l'État de contrôler la constitutionnalité des lois qu'ils édictent, car ils seraient en quelque sorte à la fois juge et partie[73]. Il est évident que l'organe responsable de sanctionner l'inconstitutionnalité des lois doit être indépendant des parlements et des gouvernements, d'où l'intérêt de faire des cours des gardiennes de la constitution[74]. S'installera peu à peu une dynamique constitutionnelle entre les législateurs positifs et négatifs qui, si elle se déploie correctement, servira un idéal démocratique. Au sein de celle-ci, les Parlements possèdent un pouvoir législatif beaucoup plus étendu que les cours qui, comme Kelsen le rappelle, opèrent dans le cadre du processus judiciaire ou adjudicatif. En fait, les législateurs « concrétisent » le droit constitutionnel en des actes matériels, sur lesquels les cours n'ont qu'un droit de regard[75]. Ils sont procéduralement liés à la constitution; elles le sont substantiellement :

> [t]he positive legislator, parliament, perhaps in conjunction with government, is bound by the constitution only with respect to its procedure. With respect to the content of the laws to be enacted by it, the positive legislator is bound only in exceptional cases, and only by general principles, guidelines, and the like. The negative legislator, however, the constitutional court, in the exercise of its function, is substantially determined by the constitution. And precisely in this respect its function resembles that of courts

71 Kelsen ne semble pas distinguer l'« annulation » de la « cassation » ou de l'« invalidation ».

72 Kelsen, « Constitutional Adjudication », *supra* note 68 à la p 69.

73 *Ibid* aux pp 44–45.

74 *Ibid* à la p 47.

75 Kelsen, « Garantie juridictionnelle », *supra* note 66 (« [L]e droit, sur la voie qu'il parcourt, depuis la Constitution jusqu'aux actes d'exécution matérielle ne cesse de se concrétiser » à la p 200).

> in general; it is mostly application of law, and thus it is, in this sense, true adjudication[76].

Kelsen n'ouvre cependant pas la porte à un contrôle purement « matériel » de la constitutionnalité du droit. Son positivisme en est un « exclusif », c'est-à-dire que la validité du droit n'est jamais une question de conformité à certains principes ou valeurs morales, et ce, même si c'est le droit lui-même qui inviterait la morale dans son antre[77]. En effet, le contrôle matériel de constitutionnalité « n'est possible que lorsque les normes constitutionnelles matérielles apparaissent également sous une forme constitutionnelle spécifique, c'est-à-dire comme lois qualifiées — sans quoi chaque loi constitutionnelle matérielle serait abrogée ou modifiée par une loi ordinaire qui serait en contradiction avec elle »[78], et, en cela, « le contrôle de la constitutionnalité d'une loi par un tribunal constitutionnel tranche toujours la question de savoir si la loi est adoptée conformément à la Constitution »[79]; le contenu de ces normes n'étant pas moral, mais juridique.

Il ne faut toutefois pas croire qu'en déterminant le contenu de ces normes, le pouvoir judiciaire soit politiquement neutre, bien au contraire. La *théorie pure*, qui poursuit un dessein scientifique, n'est pas à confondre avec la réalité du droit, laquelle n'échappe jamais complètement aux considérations politiques. Le juge constitutionnel n'est pas un scientifique du droit. Il en est au mieux un technicien qui maîtrise les rouages de cette science. L'aura juridique qui encense son travail judiciaire ne doit pas voiler la fonction politique qu'il exerce :

> [e]n autorisant le juge, à l'intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l'un ou de l'autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère « politique » qu'au pouvoir législatif,

---

76 Kelsen, « Constitutional Adjudication », *supra* note 68 à la p 47.

77 Sur la distinction (contemporaine à Kelsen) entre les positivismes inclusif et exclusif, voir notamment Andrei Marmor, « Exclusive Legal Positivism » dans Jules L Coleman, Kenneth Einar Himma et Scott J Shapiro, dir, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 104; W J Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

78 Kelsen, « Constitution », *supra* note 64 à la p 80.

79 *Ibid*.

> même si celui-ci l'exerce dans une plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative[80].

Pour Kelsen, puisque le juge n'est pas démocratiquement élu, celui-ci doit se contenter de jouer un rôle législatif négatif. Il n'agit qu'à titre de « régulateur » et, pour cette raison, il se doit d'observer une « retenue judiciaire »; la création des normes générales incombant en principe à un pouvoir législatif élu[81]. Cette position relève de la philosophie politique de Kelsen dont les engagements envers une certaine conception de la démocratie le rendent méfiant à l'égard de l'activisme judiciaire[82]. Et pour cause, car déjà à l'époque, Édouard Lambert dénonçait le modèle de la Cour suprême des États-Unis, l'accusant d'être devenu un « gouvernement des juges »[83] (même s'il aurait été plus juste d'y voir un « parlement des juges »). Durant l'ère *Lochner*[84], cette Cour suprême s'était réfugiée derrière une certaine conception prétendument neutre du droit — porteuse, en arrière-plan, d'une idéologie économique fondée sur la propriété privée et la liberté contractuelle — pour invalider de nombreuses lois à caractère social, et ce, jusqu'à ce que le *New Deal* du président Franklin D. Roosevelt soit plébiscité pour une deuxième fois et que la Cour suprême accepte d'en prendre acte[85]. D'influents juristes finirent par dénoncer le conservatisme régnant, succombèrent à une acception réaliste du droit et se résignèrent à ne voir dans les cours constitutionnelles rien

---

80 *Ibid* aux pp 75–76.

81 Thomas Bustamante, « L'interprétation juridique et la Cour suprême fédérale du Brésil : considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du "législateur négatif" » (2013) 54:1 C de D 15 à la p 22.

82 Il est amusant de noter au passage que Kelsen lui-même a dû se défendre de cet « activisme judiciaire ». Voir Péter Techet, « The Role of the Judiciary: Interpreting vs Creating Law – Or how Hans Kelsen Justified "Judicial Activism" » (2025) 15:2 Oñati Socio-Legal Series 580.

83 Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

84 Du nom de l'arrêt paradigmatique : *Lochner v New York*, 198 US 45 (1905) [*Lochner*].

85 *West Coast Hotel Co v Parrish*, 300 US 379 à la p 399 (1937). Il faut dire aussi que le président avait menacé d'augmenter le nombre de juges à la Cour suprême des États-Unis.

d'autre qu'une arène politique, si vous nous permettez cette petite *reductio ad absurdum* pour illustrer notre propos.

Kelsen s'inquiète que le contrôle judiciaire de constitutionnalité occasionne « un glissement de pouvoir du Parlement à une même instance extérieure, non prévue par la Constitution et totalement inadéquate »[86]. L'enjeu démocratique est patent :

> [w]hat the majority of the judges on this court regard as just may completely contradict what the majority of the state's inhabitants hold to be just, and it undoubtedly contradicts what the majority of the parliament that enacted the statute in question held to be just. It is self-evident that it cannot be the purpose of a constitution to make every statute enacted by parliament dependent, through the use of an ill-defined and highly ambiguous word like 'justice', or some other equally vacuous term, on the free discretion of a college whose members are as arbitrarily chosen, from a political point of view, as the members of a constitutional court. Such a shift of power from parliament to an extra-parliamentary institution, one that may turn into the exponent of political forces completely different from those that express themselves in parliament, is certainly not intended by the constitution and highly inappropriate politically. If it is to be prevented, the constitution must, if it appoints a constitutional court, abstain from all phraseology of this kind; and if it wants to put up basic principles, guidelines, and limitations for the content of the statutes that are to be enacted, it must make sure to determine them as precisely as possible[87].

Il s'ensuit que les constitutions devraient éviter autant que faire se peut de s'opérationnaliser sur la base de principes vagues et d'affirmations morales qui invitent les juges à substituer leurs préférences individuelles à celles démocratiquement et juridiquement posées[88].

Cela dit, Kelsen est capable de nuance, et, selon lui, de confier la « garde » de la constitution à une juridiction ou à un tribunal constitutionnel n'entre en contradiction ni avec la souveraineté du Parlement, ni

---

86 Kelsen, « Constitution », *supra* note 64 à la p 86.

87 Kelsen, « Constitutional Adjudication », *supra* note 68 à la p 61.

88 Kelsen, « Constitution », *supra* note 64 à la p 86.

avec le principe de la séparation des pouvoirs. C'est plutôt l'inverse, car, à son avis, les organes législatifs oublient trop souvent qu'ils sont liés par la Constitution; ils se considèrent « dans la réalité comme [des] créateur[s] libre[s] du droit »[89], d'où l'importance que ce soit un organe différent du Parlement, « indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation ses actes inconstitutionnels, c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel »[90]. Sauf que, ce faisant, Kelsen accepte que les cours constitutionnelles remplissent une fonction législative et créent des normes générales qui ont une portée *erga omnes*, mais de façon négative. En effet, l'annulation, la cassation ou l'invalidation d'une loi prononcée par une cour compétente pour le faire revient à

> poser une norme générale; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif[91].

En somme, les cours constitutionnelles bien instituées sont plus que de simples gardiennes de la Constitution : elles sont de véritables garde-fous protégeant contre les dérives centralisatrices qui tentent continuellement les pouvoirs législatifs. En défendant le principe de la séparation[92], elles naviguent de plus entre la crainte de la tyrannie de la majorité et l'encadrement des revendications minoritaires propres à une société pluraliste.

II. LA COUR SUPRÊME DU CANADA : UN TRIBUNAL LÉGISLATIF

De la pensée de Hans Kelsen, nous retenons notamment pour notre analyse du droit constitutionnel canadien qu'une cour constitutionnelle devrait se contenter de jouer le rôle d'un « législateur négatif » chargé de contrôler les excès des « législateurs positifs ». Voici la question qui nous

---

89 Kelsen, « Garantie juridictionnelle », *supra* note 66 à la p 223.

90 *Ibid.*

91 *Ibid* aux pp 224–25.

92 *Ibid* à la p 225.

occupera dans cette sous-partie : la Cour suprême du Canada s'est-elle contentée de jouer le rôle de législateur négatif ? Et a-t-elle pu le faire ?

Pour cela, il faudrait que les jugements qu'elle prononce se limitent à appliquer les normes de la Constitution et qu'ils ne créent pas de normes générales au-delà de l'annulation de celles dont l'inconstitutionnalité est constatée. Nous montrerons que la Cour suprême outrepasse le rôle négatif que lui assigne Kelsen. Dans un premier temps, nous soutiendrons que Kelsen avait négligé d'apprécier la portée créatrice de l'application du droit, ce dernier devant toujours être interprété. D'une certaine manière, l'indétermination du droit (constitutionnel, en l'occurrence) force la main de la Cour suprême : pour l'appliquer, elle doit en déterminer le contenu et, ce faisant, elle ne peut faire autrement que de créer « positivement » des normes constitutionnelles générales qui dépassent le cadre purement juridictionnel que prévoyait la théorie de Kelsen (2.1). Dans un deuxième temps, et là le constat est plus ciblé et n'est pas imputable à une lacune théorique, nous verrons que la technique de l'interprétation large (*reading in*), qui est une mesure de sanction d'inconstitutionnalité, permet à la Cour suprême de jouer dans le contenu d'une norme, ce qui revient à « créer » une norme législative générale (2.2.).

A. L'interprétation constitutionnelle et la création de normes générales positives : une lacune à la théorie de Kelsen

Ce n'est pas d'hier que les juristes distinguent la norme de sa lettre. Si, malgré cette distinction, le droit demeure une discipline en large part discursive, il ne saurait se conforter du mythe de sa « toute-puissance formelle »[93], et ce, depuis le XX^e^ siècle, au moins. Seul, le texte ne suffit jamais. Hart lui-même écrivait, sans doute influencé par les réalistes américains sur ce point, qu'une « règle ne peut pas non plus aller jusqu'à énoncer ses propres cas d'application »[94]. Dans un célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis, le juge Oliver Wendell Holmes, Jr. exprimait aussi cette idée : « [*g*]*eneral propositions do not decide concrete cases* »[95]. Et si le problème de l'indétermination peut bien nécessiter un brin de

93 Jacques Lenoble, « L'efficience de la gouvernance par le droit; Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002-2003) 33:1/2 RDUS 13 à la p 15.

94 HLA Hart, *Le concept de droit*, traduit par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p 157.

95 *Lochner*, *supra* note 84 à la p 76, juge Holmes, dissident.

pragmatisme pour être résolu[96], cette réponse pragmatique n'est jamais totalement indépendante des solutions que nous procure l'herméneutique, lesquelles constituent bien souvent le point de départ de l'acte de juger. D'ailleurs, qu'on croie qu'il y ait une seule bonne interprétation ou une gamme d'interprétations raisonnables parmi lesquelles le décideur choisit de manière discrétionnaire[97] n'altère en rien l'enseignement le plus notoire du « tournant herméneutique » : pour appliquer une norme, il faut d'abord l'interpréter[98].

Le sujet de cette sous-section est vaste. Pour les fins de notre article, nous nous contenterons d'en brosser quelques grands traits. Jusqu'à récemment, on tenait pour entièrement distinctes l'élaboration des normes constitutionnelles et leur application. Habermas, par exemple, soutenait ceci :

> en tout cas, la justice constitutionnelle, qui part du cas particulier, se limite à l'application des normes (constitutionnelles) dont la validité est présupposée; c'est pourquoi, en ce qui concerne les tâches que peuvent légitimement remplir la Justice et la Législation, la distinction entre discussions portant sur l'application des normes et discussions portant sur leur justification offre tout de

---

96 Jacques Lenoble, « La question de l'application en droit: au-delà d'une approche herméneutique » dans *Mélanges J van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 323 à la p 344; Stéphane Bernatchez, « Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l'interprétation sémantique à l'application pragmatique du droit » (2015) 56:3/4 C de D 233 à la p 248.

97 Voir le débat entre Luc Tremblay, d'une part, et Yves-Marie Morissette et Pierre-André Côté, d'autre part. Pierre-André Côté, « Le sens en droit : entre vérité et validité » (1999) 42:1 RIEJ 7; Luc B Tremblay, « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique » (1999) 42(1) RIEJ 13; Yves-Marie Morissette, « Peut-on "interpréter" ce qui est indéterminé ? » dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir, *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Yvon Blais, 2011, 9 à la p 10; Luc B Tremblay, *L'interprétation en droit : une question d'opinion?*, Montréal, Thémis, 2023 aux pp 1–2.

98 Tremblay, « L'interprétation téléologique », *supra* note 22 aux pp 461–62; Mélanie Samson, « La théorie structurante du droit de Friedrich Müller : une réflexion sur la concrétisation des normes » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit : épistémologie et méthodologie juridiques*, t 1, Montréal, Yvon Blais, 2019, 221 à la p 226.

> même un critère de délimitation fondé sur la logique de l'argumentation[99].

Selon une telle conception de la décision judiciaire, lorsqu'un juge applique le droit, il raisonne à partir de normes supposées déjà existantes et valides dont le sens préexiste à tout jugement. Ces normes, ce serait un législateur qui les aurait créées, le rôle du juge étant de les repérer et de les appliquer, donc de les découvrir et non de les créer. Or, à l'instar de la « démarche de justification [qui] est en elle-même déjà une démarche d'application »[100], le jugement appliquant une norme consiste, inversement, à justifier le choix d'une interprétation de la norme. Ainsi, interpréter une norme, c'est créer une norme générale.

Nous l'avons vu, Kelsen n'est qu'en partie sympathisant de cette conception de l'interprétation créatrice de droit. S'il distingue lui aussi les actes de « création » et d'« application » des normes juridiques, il reconnaît aux juges un certain pouvoir de création normative. À l'occasion de l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, les cours produisent des normes individualisées en application des normes supérieures et générales posées en amont. Dans les affaires constitutionnelles, Kelsen élargit le pouvoir des juges. Il leur reconnaît aussi un pouvoir législatif négatif et général : l'invalidation comme un acte législatif général et négatif. Mais c'est tout. De plus, s'il dénonce le fait que les formules creuses comme « justice », « liberté » ou « égalité » peuvent pervertir le jugement judiciaire en donnant aux juges la possibilité de colorer le droit de leurs préférences individuelles, il ne semble pas voir que ce qu'il dénonce ne relève pas du pouvoir juridictionnel, mais de celui qui est législatif. Cela est étonnant, car Kelsen craint l'idée de donner un chèque en blanc à ces juges pour qu'ils puissent élaborer des normes juridiques ou constitutionnelles générales. Par conséquent, non seulement admet-il la distinction entre l'application et la création du droit, mais c'est ce qu'il recommande pour le bien de la démocratie. Nous craignons cependant qu'une telle séparation soit impossible à mettre en œuvre en pratique.

---

99 Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997 aux pp 284–85. L'ouvrage est d'abord paru en allemand en 1992, sous le titre *Faktizität und geltung : Beiträge zur diskurstheorie des rechts une des demokratischen rechtsstaats* (Suhrkamp Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1992).

100 Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994 à la p 81.

En effet, lorsque, par exemple, la Cour suprême décide que la violence physique et la menace de violence ne sont pas des modes d'expression protégés par l'alinéa 2b) de la *Charte*[101], ou qu'elle avance que le Parlement fédéral peut en vertu du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[102] « édicter validement des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l'environnement »[103], elle crée des normes juridiques positives, générales et dont la portée est non seulement *erga omnes*, mais également constitutionnelle[104]. Ainsi, pour emprunter une métaphore arboricole que les juristes canadiens connaissent bien[105], en décidant des affaires portées devant elle, la Cour suprême n'a pas toujours un accès facile aux fruits mûrs à la cueillette, car ces fruits ne poussent jamais sur les branches les plus grosses, mais au bout des embranchements plus fins, cachés parmi les feuilles. Un travail de débroussaillage s'impose alors pour que ces branches plus fines puissent croître et produire les fruits que sont les décisions de justice. Ce que nous voulons dire, c'est que même si elle ne déclare pas inopérante une norme juridique en vertu du pouvoir que lui confère le paragraphe 52(1) LC 1982, en déterminant le contenu de telle ou telle norme constitutionnelle, la Cour suprême crée bien souvent des normes positives qui, certes, sont plus précises que le sont les normes générales desquelles elles découlent, mais qui font, elles aussi, montre d'une généralité importante. En fait, elle n'y

---

101 *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 aux pp 969–70, 1989 CanLII 87 (CSC) [*Irwin Toy*]; *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697 à la p 729, 1990 CanLII 24 (CSC); *R c Zundel*, [1992] 2 RCS 731 à la p 753, 1992 CanLII 75 (CSC). C'est toutefois avec l'affaire *Greater Vancouver Transportation Authority* que les menaces de violence se voient être exclues de la protection accordée par l'al 2b) de la *Charte* (voir *Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 au para 28).

102 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no 5 [LC 1867].

103 *R c Hydro-Québec*, 1997 CanLII 318 au para 130 (CSC).

104 Ces normes sont certes constitutionnelles formellement et supra-législativement parlant, mais elles peuvent également être modifiées par un renversement jurisprudentiel, ce qui n'est pas rien, mais plus facile que les procédures de modifications constitutionnelles prévues à la partie V de la LC 1982.

105 Depuis l'arrêt *Edwards v Canada (Attorney General)*, [1930] 1 DLR 98, 1929 CanLII 438 (UKJCPC) (métaphore de l'arbre vivant).

échappe presque jamais. Par conséquent, contrairement à ce que pensait Kelsen, une cour peut créer trois types de normes en application du droit constitutionnel : une générale et positive (l'interprétation), une générale et négative (l'invalidation de la norme contestée, le cas échéant) et une individuelle (la décision).

Cela dit, lorsqu'elles interprètent les normes, les cours n'ont pas la même liberté créatrice que le constituant ou les législateurs : elles sont entre autres limitées par le texte de la loi, par le droit posé à l'intérieur duquel elles doivent agencer leurs interprétations et par la jurisprudence, pour ne mentionner que quelques contraintes juridiques qui limitent leur pouvoir. Par ailleurs, en principe, la Cour suprême actuelle ne bénéficie pas de la même latitude « législative » que celle des années 1980–1990, période où elle rendait ses premières interprétations de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'est donc pas surprenant que ces premières décisions aient suscité et suscitent encore aujourd'hui de nombreuses réactions, puisque la Cour suprême n'a sans doute jamais bénéficié d'un pouvoir législatif positif aussi large.

*B. L'omission du Législateur et l'interprétation large (*reading in*) : lorsque sanctionner c'est élaborer une norme générale*

On peut excuser la Cour suprême du Canada de ne pas avoir suivi à la lettre la théorie kelsénienne, car Kelsen lui-même n'avait pas apprécié pleinement la part de création qui accompagne tout acte interprétatif. Les normes générales que le plus haut tribunal du pays crée en appliquant le droit constitutionnel relèvent ainsi de la nature de son travail, et, en tant que théoricien, Kelsen aurait dû en prendre acte. D'une certaine manière, donc, on peut dire que la Cour suprême n'a pas pu être entièrement fidèle aux enseignements de Kelsen.

Or, la Cour suprême ne s'est toutefois pas limitée à ce seul exercice de création normative. En effet, elle a ajouté à son arsenal de mesures de réparation de l'inconstitutionnalité « l'interprétation large », une technique qui consiste à ajouter (fictivement, par interprétation) à une loi des termes considérés comme manquants afin de corriger une omission du législateur. L'objectif d'une telle manœuvre consiste à rendre la disposition contestée conforme à la Constitution canadienne.

Il n'est pas étonnant que la rectification de la loi par le juge ait soulevé des débats doctrinaux[106] depuis que la Cour suprême l'a proposée comme solution possible dans l'arrêt *Schachter*[107]. La Cour y déclinait alors les avenues disponibles pour réparer la sanction d'inconstitutionnalité prévue au paragraphe 52(1) LC 1982 :

> [s]elon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large[108].

On sait que Kelsen n'a aucun problème avec l'annulation des dispositions inconstitutionnelles. La chose est différente relativement aux techniques d'interprétation et de sanction. Les cours supérieures canadiennes peuvent donc chercher à « sauver » la constitutionnalité d'une loi en en corrigeant le sens, ou en modifiant la portée de son application. Or, en jouant de la sorte dans ce qu'elles considèrent être des omissions du législateur, elles élaborent forcément des normes générales positives. Si elles outrepassent évidemment la fonction que la théorie positiviste de Kelsen leur assigne en agissant ainsi, nous ne pouvons pas encore dire qu'elles ont franchi la frontière qui consiste à risquer une justification philosophique de la *Grundnorm*.

Il ne faudra toutefois pas attendre bien longtemps pour que la Cour suprême justifie le recours à une telle technique à l'aide d'arguments métapositifs, arguant notamment de la légitimité de sa manœuvre. C'est à ce moment que l'aventure dans les contrées de la *Grundnorm* débute. En 1998, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*[109], alors que la Cour suprême corrige

---

106 Andrée Lajoie, « Schachter, ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité » dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*: *actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1993, 525; Ghislain Otis, « Que reste-t-il de l'article 24 de la Charte canadienne après l'affaire Schachter? » (1993) 72:2 RB Can 162; Lucie Lauzière, « Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt *R. c. Laba* » (1994–1995) 25:1/2 RDUS 317.

107 *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679, 1992 CanLII 74 (CSC) [*Schachter*].

108 *Ibid* à la p 695.

109 1998 CanLII 816 (CSC) [*Vriend*].

l'omission du législateur albertain en ajoutant, par interprétation large, l'orientation sexuelle comme motif de discrimination dans le *Human Rights Act*, elle justifie son intervention à l'aide de nombreux arguments relatifs au débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle[110]. Elle pose d'abord le problème ainsi :

> [t]outefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalider des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la « légitimité » d'une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l'exprime éloquemment dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2e éd. 1986), [traduction] « cela contredit la volonté des représentants du peuple » (p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmer les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2)[111].

Avant de recourir à l'interprétation large comme réparation, le juge Iacobucci traite de la relation entre les tribunaux et le législateur, dans un discours d'autolégitimation de l'action constitutionnelle des tribunaux. C'est ainsi qu'après avoir eu recours à des arguments positiviste[112] et originaliste[113], la Cour suprême au nom de laquelle il s'exprime fait valoir que son rôle découlait « du nouveau contrat social démocratiquement

---

110 Il est intéressant de noter que Guillaume Tusseau tire la même lecture d'une affaire similaire tranchée par la Cour constitutionnelle sud-africaine (voir Tusseau, *supra* note 46 aux pp 43–45).

111 *Vriend*, *supra* note 109 au para 133.

112 « Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (voir *ibid* au para 135).

113 « [I]l faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner aux tribunaux un rôle correctif à jouer » (voir *ibid* au para 134).

conclu[114] » à l'occasion du rapatriement de la Constitution. La Cour invoque également la théorie du dialogue interinstitutionnel, entre le législateur et les tribunaux, afin de justifier son action, l'idée étant que le dernier mot revienne au législateur[115]. D'ailleurs, à cet effet, la doctrine a bien vu que la disposition de dérogation (récemment renommée disposition de souveraineté parlementaire par certains[116]) de l'article 33 de la *Charte* justifie dans une certaine mesure la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité des lois fondé sur les articles 2 et 7 à 15 de la

---

114 *Ibid* au para 134. Même si le jugement est rendu après le deuxième référendum sur l'indépendance du Québec en 1995, il nous semble que la Cour suprême fasse preuve d'un brin d'hardiesse en soutenant que l'ordre constitutionnel canadien post-rapatriement constitue un « nouveau contrat social démocratiquement conclu » compte tenu du fait que le Québec ne l'a jamais signé (*ibid*).

115 *Ibid* aux para 137–38 :

> De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation — l'art. 33 — a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux
>
> À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue ». En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires. Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement [références omises].

116 À ce sujet, voir Guillaume Rousseau, « Le projet de loi n^{o} 52, les dispositions de souveraineté parlementaire et la laïcité de l'État : dix ans de recherches pertinentes », mémoire présenté à la Commission des relations avec les citoyens, Québec, Assemblée nationale, 8 avril 2024, pp 2–6. Il s'agissait du PL 52, *Loi permettant au Parlement du Québec de préserver le principe de la souveraineté parlementaire à l'égard de la Loi sur la laïcité de l'État*, 1^{e} sess, 43^{e} lég, Québec, 2024 (sanctionné le 7 mai 2024), RLRQ c L-0.3. Voir aussi Daniel Turp, « Les clauses de souveraineté parlementaire et la définition des droits fondamentaux », *Le Devoir* (19 octobre 2023) A-7, en ligne : <ledevoir.com> [perma.cc/T5JS-5E3G]. Sur le lien entre l'article 33 et la souveraineté parlementaire, voir Guillaume Rousseau et François Côté, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause : When Collective Interests Outweigh Individual Rights » (2017) 47:2 RGD 343.

Charte[117]. Enfin, la Cour mentionne également, pour justifier l'interprétation large, l'argument relatif à la nécessaire reddition de compte entre le législateur et les tribunaux[118], de même que celui concernant la protection des minorités[119] qui avait fondé la théorie de John Ely[120] aux États-Unis.

Au terme de cet exercice de justification, nous voilà obligés de constater que l'anomalie initiale qu'est l'interprétation large se révèle plutôt être une attaque jusnaturaliste à la théorie scientifique de Kelsen. Si l'attaque demeure ciblée à ce stade, l'arme des valeurs et des principes démocratiques n'attend néanmoins qu'à être réutilisée. Et pour cause, car la Cour suprême écrit bien dans *Vriend* que les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger les valeurs et les principes démocratiques de la *Charte* constitutionnelle[121]. En fait, déjà quelques années auparavant,

---

117 Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1991 aux pp 169–74.

118 *Vriend*, *supra* note 109 au para 139 :

> La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*).

119 *Ibid* au para 176 :

> À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé [références omises].

120 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.

121 *Vriend*, *supra* note 109 aux para 140, 142 :

> Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. [...]
>
> Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte* et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger

elle notait dans les motifs de sa décision dans l'affaire *R. c. Laba* que le choix de la mesure réparatrice d'inconstitutionnalité doit être guidé par un objectif de protection des valeurs de la *Charte*[122]. C'est précisément cette question des valeurs et des principes constitutionnels que nous devons maintenant examiner plus en détail, puisqu'elle conduit les juges non pas aux portes de la *Grundnorm*, mais profondément dans son arrière-pays.

III. LA COUR SUPRÊME DU CANADA : UN TRIBUNAL PHILOSOPHIQUE

Nous avons vu que le modèle kelsénien du législateur négatif ne correspond pas exactement à l'action constitutionnelle de la Cour suprême du Canada. Ce n'est toutefois pas là la seule contrainte que Kelsen érigeait à ce contrôle constitutionnel et que la Cour semble outrepasser dans certains de ses arrêts. Pour demeurer à l'intérieur des frontières tracées par Kelsen, la Cour suprême devrait également s'abstenir de faire de la philosophie politique et de la philosophie morale. En fait, Kelsen est d'avis que la philosophie du droit ne relève pas de la science du droit. En ce sens, il établit une distinction entre la théorie générale du droit et la philosophie du droit :

> [j]e crois que la philosophie du droit et la théorie générale du droit ont également leur raison d'être. La philosophie du droit cherche à répondre à la question de savoir quelles règles le droit *doit* adopter ou établir, en d'autres termes son sujet spécifique est le problème de la *justice*. Étant donné que la justice est un postulat de la morale, la philosophie du droit constitue une branche de la

---

> comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* [références omises].

122 « Dans le choix, conformément à l'art. 52, d'une réparation par suite d'une violation de la *Charte,* la cour doit appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte,* sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire » (*R* c *Laba*, [1994] 3 RCS 965 à la p 1012, 1994 CanLII 41 (CSC)).

> philosophie morale, ou éthique. Sa méthode est la méthode même de cette discipline. Tout au contraire la théorie générale du droit a pour sujet le droit *tel qu'il est en fait*, effectivement, c'est-à-dire le droit *positif*, tant national qu'international. Son objectif consiste à analyser la structure du droit positif et à fixer les notions fondamentales de la connaissance de ce droit[123].

La philosophie du droit a alors une tâche d'information à l'égard des véritables pouvoirs législatifs positifs, soit les parlements et les autres organes étatiques. En principe, donc, les cours constitutionnelles ne devraient pas se mêler de philosophie.

Le problème, c'est qu'à partir du moment où la Cour suprême du Canada exprime l'idée que « [l]es valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer » [nos soulignements][124], elle convoque directement la philosophie au prétoire. Et cette idée n'est pas un *obiter dictum* ni une simple allusion dans une affaire sans incidence : elle agit à titre de prolégomènes au plus important test jurisprudentiel canadien, soit le critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*[125]. Pis, cette volonté d'avoir recours à des principes et des valeurs n'est pas confinée aux seules affaires portant sur les droits et libertés fondamentales : tout le droit public canadien y passe, du droit administratif au droit constitutionnel dans son entièreté. Il importe, dès lors, de nous intéresser à ces principes fondamentaux qu'elle développera plus substantiellement dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* (3.1.) et à ces valeurs fondamentales omniprésentes dans le discours de la Cour suprême du Canada (3.2.), en nous demandant quels rôles (philosophiques) les uns et les autres jouent dans son action constitutionnelle.

---

123 Hans Kelsen, « Questionnaire des archives de philosophie du droit » (1962) 7 Archives de philosophie du droit 83 à la p 131.

124 *Oakes*, *supra* note 16 au para 64.

125 *Ibid* au para 70.

A. Les principes constitutionnels sous-jacents

Il ne faut pas croire que l'idée d'avoir recours à des principes soit une conséquence du nouvel ordre constitutionnel institué en 1982. Déjà, dans l'avis qu'ils rendent au nom de la Cour dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, les juges, majoritaires comme dissidents, mentionnaient l'existence des « principes fondamentaux de la Constitution »[126] et, surtout, d'un « principe fédéral »[127] particulièrement important en l'espèce, parce qu'il les a conduits à la « convention constitutionnelle » qui leur a permis de trancher l'affaire et qui, aujourd'hui encore, fait des remous. De plus, en 1959, la Cour suprême n'hésite pas à rappeler à l'occasion du célèbre arrêt *Roncarelli v. Duplessis* le rôle de « la primauté du droit en tant que postulat fondamental de notre structure constitutionnelle »[128]. La Cour suprême a maintes fois référé à la structure ou à l'architecture constitutionnelle au moment de traiter des principes constitutionnels, ce qui a incité la doctrine constitutionnelle à en faire autant[129]. Que la Constitution canadienne ait une structure fondamentale pouvant être exprimée grâce à des principes n'est donc pas une nouveauté de l'époque « chartiste ». C'est néanmoins dans cette ère constitutionnelle que la Cour suprême commence sérieusement à vouloir organiser ces principes.

En 1985, dans le *Revoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*[130], la Cour suprême du Canada a tenu « compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada »[131], et en particulier le principe de la primauté du droit, pour maintenir la validité

---

126 *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 841, 1981 CanLII 25 (CSC) [*Résolution pour modifier la Constitution*].

127 *Ibid* aux pp 905, 909.

128 *Roncarelli c Duplessis*, [1959] SCR 121 à la p 142, 1959 CanLII 50 (CSC). Il s'agit d'une traduction récente par la Cour suprême du Canada (voir Cour suprême du Canada, « Première traduction complétée de décisions rendues avant 1970 » (17 octobre 2025), en ligne : <scc-csc.ca> [perma.cc/4FVA-57UG].

129 Dave Guénette, « L'architecture constitutionnelle — Dimensions artistiques d'une construction juridique » (2017) 58:1/2 C de D 33 aux pp 36–37; Noura Karazivan, « De la structure constitutionnelle dans le *Renvoi relatif au Sénat* : vers une *gestalt* constitutionnelle ? » (2015) 60:4 RD McGill 793 aux pp 795–96.

130 *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 1985 CanLII 33 (CSC).

131 *Ibid* à la p 752.

de l'ordre de droit positif manitobain. Les postulats non écrits constituant le fondement de la Constitution qui permettent de sauvegarder temporairement l'ordre juridique, ce sont là des éléments de la norme fondamentale.

On peut dire que 1998 est l'année où la Cour suprême lance le coup d'envoi véritable à cette entreprise avec le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Certes, l'année précédente, elle rendait son *Renvoi relatif à la rémunération des juges* sous la plume du juge Lamer qui tirait alors un principe de l'indépendance judiciaire des articles 96 et 100 LC 1867[132] et du préambule de cette même loi constitutionnelle[133]. Mais c'est dans le renvoi portant sur la sécession du Québec qu'elle élabore ces grands principes qui sont dits non écrits[134], sous-jacents[135], implicites[136] structurels[137] et qui « sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même »[138]. Elle en traite quelques-uns dans le détail : le fédéralisme, la primauté du droit, le constitutionnalisme, la démocratie et la protection des minorités. D'autres principes peuvent bien sûr être ajoutés à « l'architecture constitutionnelle »[139]. À ces cinq principes élaborés dans ces deux renvois, il faut ajouter ceux du privilège parlementaire, de l'indépendance du procureur général en matière de supervision des poursuites pénales et de l'honneur de la Couronne. La doctrine[140] a fait observer que la juge Deschamps

---

132 *Supra* note 103.

133 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 au para 95, 1997 CanLII 317 (CSC) [*Renvoi relatif à la rémunération des juges*].

134 Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits », *supra* note 23.

135 Danielle Pinard, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada » (2007) 55:1 Jahrbuch öffentlichen Rechts 625.

136 Benoît Pelletier, « Quelques réflexions sur la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme au sein de l'État » (2022) 51:1 RDUS 91 à la p 179.

137 *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* note 134 au para 95.

138 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC) au para 75.

139 *Renvoi relatif à la* Loi sur la Cour suprême, *art. 5 et 6*, 2014 CSC 21 au para 88; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 au para 77.

140 Maxime St-Hilaire et Laurence Bich-Carrière, « Fascicule 1 : La constitution juridique et politique du Canada : notions, sources et principes » au n° 26, dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, JCQ *Droit constitutionnel* (15 mars 2020).

articule les « principes structurants » autour de trois pactes fondamentaux : « (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) "pacte fédératif" entre les provinces »[141]. Ces pactes en question nous approchent ainsi des idées de « contrat social » qui légitimeraient la reconnaissance d'une « force normative » que la Cour donne à la « structure constitutionnelle fondamentale »[142] [nos soulignements]. L'enjambée qui sépare le droit et la philosophie n'est plus très grande lorsqu'un pied est ainsi posé du côté de la *Grundnorm*.

De fait, la Cour suprême ne tarde pas à en franchir la ligne lorsqu'elle précise que de ne pas agir en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution met en péril la légitimité de l'exercice des droits constitutionnels[143]. En outre, au moment d'amorcer son raisonnement sur la place des « principes constitutionnels directeurs fondamentaux »[144] dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, l'oracle suprême écrit noir sur blanc : « dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées »[145]. Ses réflexions sur la légitimité du droit constitutionnel la conduisent aux portes de la philosophie, dont elle franchit le seuil ainsi :

> [p]our être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le

---

141 *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 97. Elle signe alors des motifs concordants.

142 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 139 au para 50. Voir aussi *SEFPO c Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 RCS 2 à la p 57, 1987 CanLII 71 (CSC).

143 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 139 au para 93.

144 *Ibid* au para 32.

145 *Ibid* au para 33.

> système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule « volonté souveraine » ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles[146].

Si la Cour nous indique que les principes comblent certaines lacunes du texte de la Constitution, il est peut-être exagéré de soutenir que ces dernières soient les valeurs morales non expressément posées. Il y a tout de même un fond de vérité dans une telle affirmation. En effet, dans cet extrait, la Cour suprême indique qu'elle se considère non seulement comme la garante du droit, mais aussi de sa légitimité, laquelle n'est jamais détachable d'une certaine axiologie. Elle nous livre alors que ses décisions ne sont pas exclusivement fondées en droit positif, mais qu'en fin de compte, elles reposent aussi sur « d'autres valeurs constitutionnelles », c'est-à-dire des « valeurs morales » implicites à la Constitution canadienne.

Ainsi, lorsque la Cour discourt sur la légitimité de la Constitution, elle extrapole forcément les fondements philosophiques du droit constitutionnel. Ce faisant, elle donne un sens à la *Grundnorm*; elle en explicite le contenu. Elle ne peut agir de la sorte sans aller à l'encontre de l'avertissement que Kelsen lançait dans les *Archives de philosophie du droit* en 1962. Pour la Cour suprême, même s'ils ne sont pas écrits, les principes sont la « force vitale » de l'architecture constitutionnelle canadienne[147]. Lorsqu'elle traite de « principes », notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour écrit que « [l]es principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »[148].

Si le concept de « force normative » n'a été théorisé que plus tard[149], lorsque la Cour suprême l'emploie, on peine à le lire autrement qu'une

---

146 *Ibid* au para 67.

147 *Ibid* au para 51.

148 *Ibid* au para 54.

149 Catherine Thibierge, « Le concept de "force normative" » dans Catherine Thibierge et al, dir, *La force normative : Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 813; Stéphane Bernatchez, « La pratique de l'opération normative : les conditions de possibilité de la gouvernance par le droit », dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *La*

tentative d'exprimer l'épistémologique *Grundnorm* en termes pratiques. Car comment interpréter la *Grundnorm*, l'ineffable commandement premier de se comporter en conformité avec la Constitution, autrement qu'en termes d'un mélange de « force normative » et de légitimité à y obéir? Le problème, c'est qu'à l'encontre des enseignements de Kelsen, la Cour suprême n'hésite pas à donner « plein effet juridique » à la portion non écrite de sa Constitution : les conventions constitutionnelles — qui relèvent de sa constitution politique — pouvant se cristalliser par l'adoption d'une loi[150], et les principes sous-jacents donnant lieu à des obligations juridiques substantielles. Elle raisonne alors sur le mode de la normativité supposée et de la légitimité, ce qui suffit pour que son raisonnement sur ce point prenne la forme d'une philosophie du droit ou, à tout le moins, d'une proposition de théorie du droit. Cette conception de la juridicité et de la décision judiciaire a forcément produit son lot d'effets.

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[151] constitue une illustration typique de la manière de faire de la Cour suprême. Plutôt que de suivre les leçons positivistes et de trancher la question constitutionnelle qui lui a été soumise lors de cet avis consultatif à l'aide de la partie V de la LC 1982, celle contenant les articles 38 à 49 qui prévoient la procédure de modification de la constitution canadienne, la Cour préfère fonder sa décision sur des principes constitutionnels sous-jacents, comme l'avait prédit Jacques-Yvan Morin. Une telle approche enrobe la suprématie de la constitution dans un foulard de légitimité, soutenant que « [l]a primauté du droit dicterait alors à la Cour, comme dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* (1985), le souci de faire en sorte que la sécession s'effectue sans rupture brutale de la continuité de l'ordre juridique : elle recommanderait alors aux gouvernements intéressés de négocier, après le référendum, la transition de l'ancien régime au nouveau »[152]. Dans cette voie, la primauté du droit va de pair avec la préservation d'un certain

---

norme juridique reformatée : perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, 203 aux pp 215–24.

150 *Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 127 à la p 845.

151 *Supra* note 139.

152 Jacques-Yvan Morin, « La sécession du Québec et la Cour suprême du Canada » (1998) 88:4 L'Action nationale 117 à la p 135.

ordre, c'est-à-dire d'un certain engagement à voir à la pérennité de l'État de droit, lequel n'est possible que si on croit dans sa légitimité.

Il existe certes différentes hypothèses dans la littérature qui tentent d'expliquer pourquoi la Cour a choisi de fonder son opinion sur des principes sous-jacents plutôt que sur des règles établies. Parmi celles-ci, l'une veut que la Cour n'ait pas voulu opposer au Québec les règles de la *Loi constitutionnelle de 1982* à laquelle aucun gouvernement québécois n'a consenti politiquement depuis, et a retenu plutôt des principes fondamentaux — de la démocratie, de la primauté du droit, du constitutionnalisme, du fédéralisme et de la protection des minorités[153]. À part peut-être celui du « constitutionnalisme » que certains voient comme le fil rouge du rapatriement et, en cela, auraient voulu voir distingué de la primauté du droit, les principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel canadien de 1867 jouissent d'une légitimité indéniablement plus grande que la Constitution de 1982, laquelle souffre d'un manque de reconnaissance politique au Québec depuis son adoption. Nous ne sommes bien sûr pas dupes que l'interprétation et la définition du contenu de ces principes ont été et sont encore sujettes à de nombreux débats. Qu'on pense simplement au sens que doit prendre le principe de la « protection des minorités » pour s'en convaincre. Cela dit, il ne fait à notre avis pas de doute que certaines considérations de légitimité entrèrent en ligne de compte de cet avis marquant.

À preuve, la Cour formule de nombreuses réflexions quant à la légitimité du processus de sécession, notamment :

> un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître[154].
>
> [...]

---

153 Voir par ex Andrée Lajoie, « La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec » (2000) 19:2/3 R Politique & Soc 31; Danielle Pinard, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada » (2007) 55:1 Jahrbuch des öffentlichen Rechts 625.

154 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 139 au para 150.

> Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale[155].

Avec ces propos sur la démocratie, la Cour suprême se situe sur le terrain des philosophes. On ne peut toutefois voir là une rupture nette avec le passé, car, deux ans auparavant, elle n'a pas hésité à référer aux « valeurs démocratiques fondamentales garanties par la *Charte* »[156] et aux « valeurs démocratiques inhérentes à la Constitution canadienne actuelle »[157] pour interpréter le droit de briguer des suffrages aux élections fédérales et provinciales protégé par l'article 3 de la *Charte*. Si, au surplus, on sent qu'elle accorde une protection plus importante au « droit de vote » également protégé à cet article 3 dans les arrêts où elle l'interprète[158], il semblait alors naturel qu'elle fasse culminer la démocratie dans un principe sous-jacent, la Cour écrivant que « le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle »[159]. Voilà l'une des justifications que donne la Cour pour utiliser la philosophie politique en droit. Kelsen s'opposerait sans doute à cette manière de faire, car, lorsqu'il traite de la démocratie, il le fait à l'extérieur de sa théorie pure du droit[160].

De plus, la Cour suprême aborde la question de la légitimité que Kelsen situe au niveau de la *Grundnorm*. En effet, elle conclut qu'un « vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la

---

155 *Ibid* au para 152.

156 *Harvey c Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, 1996 CanLII 163 (CSC) au para 56.

157 *Ibid* au para 70.

158 *Sauvé, supra* note 2 au para 11.

159 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 139 au para 62.

160 Kelsen, *La démocratie*, *supra* note 52; Hans Kelsen, « Foundations of Democracy » (1955) 66:1 Ethics 1.

Confédération auraient l'obligation de reconnaître »[161]. C'est donc la légitimité démocratique qui fonde l'obligation de négocier advenant le cas d'une démarche sécessionniste.

En somme, les principes sous-jacents exprimeraient la légitimité supposée de la *Grundnorm* qui fonde la validité de toutes les décisions rendues par la Cour suprême du Canada. Kelsen, bien sûr, n'aurait pas admis cette tentative d'incorporer ces éléments de philosophie en droit. Au surplus, il aurait sans doute condamné l'idée de transformer ces « principes » en valeurs, comme le fait pourtant la Cour suprême à la fin du *Renvoi sur la sécession du Québec* lorsqu'elle soutient que le Canada est basé « sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités »[162]. Des principes aux valeurs, en passant par la légitimité, on ne saurait faire moins kelsénien : la Cour suprême pose un jugement sur la norme fondamentale.

B. L'inversion des droits en valeurs

À la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême, il semble que d'affirmer, de manière tautologique, que la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît des droits et libertés, constitue plutôt une antiphrase, dans la mesure où la *Charte* consacre prioritairement des valeurs. En effet, la *Charte* a fortement contribué à la « constitutionnalisation des valeurs par le droit » — ou par les droits —, un phénomène qui ne s'observe pas qu'au Canada[163]. Avec la reconnaissance des valeurs, la *Charte* canadienne agit telle « une louve dans la bergerie du positivisme juridique », c'est-à-dire qu'elle permet de « contester judiciairement le contenu de la norme positive au nom de valeurs estimées supérieures »[164]. Ce sont les valeurs

---

161 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 139 au para 150.

162 *Ibid* au para 149.

163 Pierre Brunet, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit » dans Stéphanie Hennette-Vauchez et Jean-Marc Sorel, dir, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 257 à la p 258.

164 Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne Melkevik, dir, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, 83 à la p 105.

de la démocratie libérale qui sont ainsi enchâssées[165], ce qui conduit les tribunaux à emprunter la voie philosophique. Puisque la justification de la limitation des droits et libertés doit être établie dans le cadre d'une société libre et démocratique, le constituant « indiquait aux tribunaux chargés d'appliquer la *Charte* que les droits et libertés que celle-ci énonce trouvent leur raison d'être dans les postulats de la démocratie libérale; cette indication claire de la philosophie politique qui articule les droits et libertés les uns avec les autres, invite donc les tribunaux à interpréter les droits et libertés en tenant compte de cette philosophie »[166].

Dès lors, l'interrogation du positiviste consiste à savoir si les valeurs fondamentales de la démocratie libérale ont une consistance suffisante pour que les tribunaux puissent fonder leurs jugements sur des données non envisagées par le constituant canadien (pour la *Charte canadienne*) ou le législateur québécois (pour la *Charte québécoise*). Reformulées en termes kelséniens, deux questions peuvent être posées : (1) les jugements de valeurs que posent la Cour suprême en application des chartes sont-ils juridiques ou éthiques?; (2) relèvent-ils d'un « savoir normatif positif », donc réel et organisable en système, ou du domaine de la normativité supposée, c'est-à-dire fictive et bien souvent irrationnelle? Kelsen, bien sûr, plaide pour que les cours constitutionnelles prononcent des jugements de valeurs juridiques, c'est-à-dire conformes au savoir normatif positif qu'est le droit.

Quant à la Cour suprême, si, d'un côté, les juges qui y siègent depuis 1982 tentent de faire prévaloir les valeurs « compatibles avec les énoncés juridiques considérés » en cherchant à « circonscrire » la volonté du constituant[167] , et, de l'autre, avec les droits et libertés, ils ne peuvent espérer avoir la main heureuse dans leur entreprise sans être « tôt ou tard

---

165 Stéphane Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques de la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms/Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, LexisNexis, 2013 à la p 47 [Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques »].

166 Nicole Duplé, « L'enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les chartes : qu'en est-il du positivisme juridique ? » dans Bjarne Melkevik, dir, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (QC), Presses de l'Université Laval, 1998 aux pp 121–22.

167 *Ibid* à la p 135.

contraints d'exposer et de mettre en question les postulats ontologiques, épistémologiques et philosophiques du droit positif »[168]. La prédiction du professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens lancée il y a un quart de siècle s'est avérée exacte : les chartes ont largement contribué « à un certain recul de l'hégémonie positiviste dans la culture juridique experte au Québec, que ce soit en suscitant une réflexion critique sur les postulats et façons de faire traditionnellement associés au positivisme ou, plus modestement, en agissant comme catalyseurs d'autres facteurs externes »[169]. À tout le moins, il nous faut constater que les positivistes ne règnent plus en maîtres dans les facultés canadiennes depuis que les droits et libertés ont relancé le débat avec les jusnaturalistes et que les théories critiques issues de la *French Theory*[170] s'y imposent de plus en plus. Si le droit positif y est encore enseigné, il y est autant, sinon plus, critiqué, ce qui témoigne du charme que produit « la fonction du droit naturel »[171] qui s'opérationnalise à travers « l'évaluation des lois, et notamment la critique des lois injustes »[172]. En un sens, la matrice positiviste se révèle moins pertinente pour comprendre le droit constitutionnel canadien, car la Cour suprême y a elle-même renoncé à l'invitation de la *Charte*. Bien que la Cour continue évidemment de raisonner à partir du droit positif en vigueur, il faut tout de même reconnaître que le discours des droits a pour effet d'affaiblir l'emprise du positivisme juridique, surtout kelsénien, sur le droit constitutionnel canadien[173].

En effet, dans l'arrêt *Oakes*, au moment d'interpréter l'article premier de la *Charte canadienne* et d'en faire un test, le juge en chef Dickson a d'abord précisé que

> les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels

168 Gaudreault-DesBiens, *supra* note 164 à la p 95.

169 *Ibid* à la p 106.

170 François Cusset, *French Theory : Foucault, Derrida, Deleuze & Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux Etats-Unis*, Paris, La Découverte, 2013.

171 Gaudreault-DesBiens, *supra* note 164 à la p 97.

172 Alain Renaut, « Le problème de la loi injuste : Remarques sur l'anti-juridisme contemporain », (1988) 12 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 169 à la p 176.

173 Jean-François Gaudreault-DesBiens, « L'impact du discours des droits sur la culture juridique québécoise : vers un recul de l'hégémonie positiviste ? » (2000) 44:1 RIEJ 213.

> comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société,

avant d'ajouter que « les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer » [nos soulignements][174]. Encore une fois, c'est cette idée que les valeurs et les principes constituent la norme fondamentale qui retient ici notre attention, surtout que la Cour ne cesse de référer par la suite aux valeurs dans le contexte de la *Charte*. Bien que les deux versions linguistiques aient la même valeur[175], il convient de remarquer que dans la version anglaise, « norme fondamentale » correspond plutôt à « *ultimate standard* », ce qui colle moins au sens kelsénien de *Grundnorm*. Si on peut douter donc que la Cour réclame un lien de filiation avec Kelsen, il n'est cependant pas anecdotique qu'elle élève les valeurs et les principes d'une société libre et démocratique à ce statut particulier de norme fondamentale, et surtout qu'elle le fasse dans un arrêt de la trempe de *Oakes*. En outre, il en faut noter que ces valeurs et principes en question ne sont pas expressément prévus par le texte de l'article premier, mais ils y sont supposés, et c'est la Cour qui les élabore.

Ainsi, dans de très nombreux arrêts, la Cour suprême du Canada a fait référence à ces « valeurs de la *Charte* », qui « garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits »[176]. Autrement dit, c'est tout le contrôle de constitutionnalité des lois qui s'abreuve à la fontaine des valeurs jaillissant de la *Charte*. À telle enseigne que, dans l'évaluation des lois, la Cour s'oblige à « prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue

---

174 *Oakes*, *supra* note 16 au para 64.

175 LC 1982, *supra* note 13, art 56.

176 *Slaight Communications Inc c Davidson*, 1989 CanLII 92 (SCC) à la p 1056.

en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales »[177], lesquelles valeurs correspondent bien sûr aux valeurs de la *Charte*, devenues le standard juridico-moral par excellence du droit canadien.

Dans sa jurisprudence portant sur l'interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, la Cour suprême ne cesse d'affirmer que les valeurs en constituent les fondements[178], indiquant notamment que pour identifier l'objet d'un droit garanti par la *Charte*, « il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit »[179]. Par exemple, dans l'arrêt *Irwin Toy* relatif à la liberté d'expression et au discours commercial, la Cour a énoncé que pour établir s'il y a eu atteinte à cette garantie constitutionnelle, les parties devaient formuler leurs thèses « en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie »[180]. Autant dire qu'elles devaient rejoindre la Cour suprême au pays de la *Grundnorm* à partir de la normativité supposée par le texte de la *Charte*.

À l'occasion de ce même arrêt, la Cour reprend là où elle avait laissé dans *Ford*[181] et rappelle que les valeurs de la *Charte* se déclinent en une myriade de sous-valeurs. Elle précise alors « la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre »[182] sont au nombre de trois :

> (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour

---

177 *R c Sharpe*, 2001 CSC 2 au para 191 [*Sharpe*].

178 Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques », *supra* note 166 à la p 47; Stéphane Bernatchez, « Le concept de droits », (2015) RQDI 131 (hors-série, juin).

179 *Oakes*, *supra* note 16 au para 28.

180 *Irwin Toy*, *supra* note 101 à la p 976.

181 *Ford c Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 19 (SCC) à la p 765 [*Ford*].

182 *Irwin Toy*, *supra* note 101 à la p 976.

> effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes[183].

Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Cour suprême ne cherche pas à dissimuler le fait qu'elle puise les fondements de ses normes constitutionnelles à même la philosophie. C'est d'ailleurs ainsi que, dans l'arrêt *Ford*, elle justifiait philosophiquement le recours aux valeurs :

> [c]es tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la Charte canadienne et de la Charte québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes. La première question, dans le contexte de la *Charte* canadienne du moins, doit être tranchée par l'emploi de la méthode d'interprétation fondée sur l'objet qui a été exposé par cette Cour dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *Big M Drug Mart Ltd.*, précité. La seconde question, qui concerne les limites à imposer aux valeurs protégées, doit être réglée par l'application de l'article premier de la *Charte* tel qu'il est interprété dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713[184].

On a alors l'impression que ce qui rend la liberté d'expression, en l'occurrence, « fondamentale », ce n'est pas son enchâssement dans un texte supralégislatif, mais la justification philosophique des valeurs qui la sous-tendent :

> [l]a liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la Charte québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires,

---

183 *Ibid*.

184 *Ford*, *supra* note 181 aux pp 765–66.

> déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, « fondamentale » parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu[185].

Si les valeurs sous-jacentes au droit à la liberté d'expression et fondamentales pour la démocratie[186] — notamment l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l'échange ouvert d'idées et le discours politique — étaient fixes, on pourrait grâce à Kelsen essayer de les « sauver » et de les observer à l'aide du prisme de « l'éthique positive », l'autre branche du savoir normatif. Or, même cela est impossible, parce que la Cour n'hésite pas à ajouter d'autres valeurs aussi protégées par cette liberté d'expression. Dans *Sharpe*, ce sont « la créativité artistique, l'éducation, la recherche médicale et d'autres fins publiques »[187] qu'elle joint aux trois valeurs identifiées quelques années auparavant.

De plus en plus fréquente, l'inversion des droits en valeurs est très significative : le droit devient lui-même une valeur sous-tendant d'autres droits. Ainsi, les droits sont lus comme des valeurs en jeu dans les différents pourvois portés devant la Cour[188], et ne tardent pas à faire des petits. C'est en ce sens que la Cour opine que, « même s'il n'est pas expressément garanti par la *Charte*, le droit à la vie privée constitue une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la liberté garanti par l'article 7 »[189]. Toutefois, ce n'est pas tant l'habit axiologique que revêt le droit qui choquerait Kelsen, puisque, normativiste, il croyait que les normes expriment des valeurs, mais bien le fait d'extrapoler philosophiquement les droits, c'est-à-dire de sortir des balises de ce qui est posé pour aller explorer les valeurs fondamentales supposées.

À ce moment de notre analyse, il n'est pas sans intérêt de souligner que Hans Kelsen semble un peu moins hostile que Jürgen Habermas à la

---

185 *Irwin Toy*, *supra* note 101 à la p 968.

186 *Sharpe*, *supra* note 177 au para 23.

187 *Ibid* au para 60.

188 *Ibid* au para 29.

189 *Ibid* aux para 26, 189.

conversion des droits en valeurs, ce dernier parlant du « travestissement téléologique des droits » pour en rendre compte de cette situation qu'il dénonce : « la transformation conceptuelle des droits fondamentaux en valeurs fondamentales revient à opérer un travestissement téléologique des droits, par lequel on masque le fait que les normes et les valeurs assument dans les contextes de justification *des rôles distincts dus à la différence du statut qui est le leur du point de vue de la logique de l'argumentation* »[190]. Pour Kelsen, rappelons-le, les normes expriment des valeurs. S'il rejoint Habermas, c'est seulement dans la mesure où la conversion des droits en valeurs se vit comme une invitation faite aux juges d'aller sonder la fictive *Grundnorm*, donc de justifier philosophiquement une décision de justice. En ce sens, les deux auteurs dénoncent que le renversement axiologique n'a pas su se limiter à l'interprétation des droits et que, dans l'examen de la limitation des droits, le contrôle judiciaire adopte parfois « une approche axiologique, qui ne se prête pas à l'analyse de la justification »[191].

Le renversement des droits en valeurs ne s'observe pas qu'en droit constitutionnel « pur ». Dans de nombreux arrêts de droit administratif, la Cour suprême ne cesse d'invoquer les « valeurs de la *Charte* ». Alors que les juristes pouvaient penser que la *Charte* protégeait les droits et libertés, voilà que la Cour y voit des valeurs. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la juge L'Heureux-Dubé fait référence aux « valeurs fondamentales de la société canadienne »[192] telles que celles-ci se reflètent dans la *Charte*. Résumant cet aspect du jugement dans *Doré c. Barreau du Québec*, la juge Abella écrit : « les décideurs administratifs devaient tenir compte des valeurs canadiennes fondamentales,

---

190 Habermas, *supra* note 99 à la p 280. Voir aussi Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes : la question de l'éthique*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002; Jean-Marc Ferry, « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes » dans Sylvie Mesure, dir, *La Rationalité des valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998 aux pp 144–46.

191 *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 au para 196. Stéphane Bernatchez, « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé* » (2006) 20 NJCL 73 aux pp 87–90.

192 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 699 au para 56 (CSC) (voir notamment la juge L'Heureux-Dubé faisant référence aux « principes de la *Charte* »).

notamment celles consacrées par la *Charte*, lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire (*Baker*, par. 53-56) »[193].

Mais il y a plus, car la conversion des droits en valeurs provoque une autre conséquence qui étend le rôle philosophique joué par les juges. Bien qu'il n'y soit pas limité, ce renversement des droits en valeurs apparaît manifeste en droit administratif. Dans la formulation d'un test alternatif à celui de l'arrêt *Oakes*, la Cour a établi dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec* que les décisions de nature discrétionnaire doivent « toujours prendre en considération les valeurs fondamentales »[194]. En insistant une fois de plus sur « valeurs consacrées par la *Charte* »[195] et en les qualifiant encore de fondamentales[196], la Cour rappelle que « certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [...] ne peuvent être violées à la légère »[197].

Lorsque des droits et libertés garantis entrent en jeu à l'occasion d'un contrôle administratif d'une décision discrétionnaire, la Cour préfère le modèle de la pondération des valeurs à celui dit de la priorité des droits. Le modèle de la priorité des droits — Dworkin parlait des droits comme des « atouts »[198] — consiste à faire prédominer les droits et libertés par rapport aux autres considérations dans la prise de décision (à moins qu'il existe un intérêt plus fondamental encore). Selon une telle approche, le contrôle judiciaire s'opère assez simplement : il suffit de vérifier si l'acte ou la loi porte atteinte sans justification à un droit garanti par la *Charte* constitutionnalisée. Le problème, c'est qu'interviennent d'autres droits et libertés à l'étape de la justification. D'ailleurs, l'interprétation large et libérale que favorise la Cour vis-à-vis des chartes fait en sorte qu'elle doit la plupart du temps passer par cette étape justificative pour rendre sa décision. Les constitutionnalistes considèrent en ce sens qu'un modèle d'optimisation des valeurs en conflit correspond plus fidèlement à l'attitude

---

193 *Doré c Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 au para 28 [*Doré*].

194 *Ibid* au para 35.

195 *Ibid* au para 42.

196 La Cour suit en cela une proposition tirée de Geneviève Cartier (voir Geneviève Cartier, « The *Baker* Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion » dans David Dyzenhaus, dir, *The Unity of Public Law*, Portland, Hart, 2004, 61 à la p 86).

197 La Cour cite ici encore un extrait de l'article de Geneviève Cartier (voir *Doré*, *supra* note 193 au para 35).

198 Dworkin, *A Matter of Principle*, *supra* note 21 à la p xi.

de la Cour[199]. Ce modèle cherche à favoriser leur coexistence, évitant ainsi de faire prédominer une conception du bien dans une société pluraliste. En fait, pour évaluer la justification de la restriction, l'un des facteurs considérés « est la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte*, qui reconnaît le droit du législateur de mettre en application des valeurs morales »[200]. Cette pondération n'est possible que si l'exercice d'un droit est relativisé en fonction de son contexte. C'est ainsi que, par exemple, la Cour classe les types d'expression au regard des valeurs protégées par la liberté d'expression : l'expression politique étant plus valorisée[201] que l'expression qui intervient dans un contexte commercial, dont la valeur est sujette à discussion[202]. De toute évidence, nous sommes alors sur le terrain de la philosophie morale.

En adoptant une telle approche, la Cour ne se contente pas de prononcer un simple « jugement de valeur », voire de plus complexes « jugements de valeurs »[203], sur la raisonnabilité, la juridicité ou la constitutionnalité d'un acte ou d'une loi, mais elle s'exprime en tant que philosophe et a pour rôle d'optimiser une certaine vision morale de la société canadienne. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême du Canada analyse la question juridique de la prohibition de l'aide médicale à mourir à travers un prisme axiologique :

> [t]rancher cette question nous oblige à pondérer des valeurs opposées d'une grande importance. D'une part, il y a l'autonomie et la dignité d'un adulte capable qui cherche dans la mort un remède à des problèmes de santé graves et irrémédiables. D'autre part, il y a le caractère sacré de la vie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables[204].

---

199 Luc B Tremblay, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle » (2012) 57:3 RD McGill 429 aux pp 448–49.

200 *Sharpe*, *supra* note 177 au para 157.

201 *Ibid* au para 23.

202 Voir notamment *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, 1995 CanLII 64 aux para 170–71 (CSC) ; *Thomson Newspapers Co c Canada (Procureur général)*, 1998 CanLII 829 au para 114 (CSC).

203 Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 20.

204 *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 2.

Certes, c'est une vision démocratique, libérale et pluraliste qu'elle met de l'avant en tranchant des affaires comme celle que nous venons de citer, mais ces superlatifs ne la rendent pas moins morale pour autant. Et, plus encore, cette vision philosophique n'est pas posée par le texte constitutionnel, mais elle y est en quelque sorte implicite, supposée.

Évidemment, il ne faut pas croire que la Cour suprême embrasse sans retenue son rôle philosophique dans tous ses jugements, puisqu'il lui arrive en effet de distinguer le jugement juridique de celui fondé sur la philosophie. C'est ainsi que dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, elle écrit que :

> [l]'intimé soutient que le fœtus est un « être humain » qui, à ce titre, a droit à la vie et droit au secours lorsque sa vie est en péril. Soulignons dès le départ que cet argument doit être examiné dans le contexte de la législation en cause. La Cour n'est pas tenue d'intervenir dans les débats philosophiques et théologiques quant à savoir si le fœtus est une personne; sa tâche est plutôt de répondre à une question juridique, à savoir si le législateur québécois a attribué au fœtus le statut de personne. Pour pertinents que puissent être les arguments métaphysiques, ils ne sont pas l'objet principal de l'analyse. Les arguments scientifiques sur le statut biologique du fœtus ne sont pas déterminants non plus. La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations — une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiés au législateur.[205]

Cela étant dit, si on a pu dire de la Cour suprême qu'elle est « un tribunal "philosophique" »[206], ce n'est pas uniquement parce qu'elle a tranché, en droit, des questions à forte résonnance philosophique, c'est sans doute aussi parce qu'elle a largement contribué à forger une culture

---

205 *Tremblay* c *Daigle*, [1989] 2 RCS 530 aux pp 552–53, 1989 CanLII 33 (CSC).

206 Bjarne Melkevik, « La philosophie du droit : développements récents », dans Raymond Klibansky et Josiane Boulad-Ayoub, dir, *La pensée philosophique d'expression française au Canada : le rayonnement du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, 465 à la p 468.

constitutionnelle répudiant l'attitude formaliste, caractéristique de l'acception classique du droit constitutionnel. Les tests de la proportionnalité comme ceux de *Oakes* et de *Doré* renforcent l'analyse contextuelle qui contribue à l'éthicisation, voire à la politisation du droit constitutionnel.

En outre, si « les élites canadiennes ont préféré conserver le modèle anglo-américain et confier à la Cour suprême du Canada le dernier mot sur les litiges constitutionnels »[207], cela « en dépit des préférences des juristes et de gouvernements québécois pour une justice constitutionnelle de type européen »[208], le droit canadien n'a pas une identité et une histoire constitutionnelles aussi établies que ceux états-unien et britannique, par exemple, pour que la résolution des litiges, au cas par cas, s'inscrive intelligiblement dans une trame narrative longue[209]. Le choix de la Cour suprême du Canada de se promener au pays de la *Grundnorm*, à l'encontre des avertissements de Kelsen, n'a donc rien de banal. Il a d'ailleurs suscité l'animosité des républicains, qui auraient aimé voir le modèle constitutionnel kelsénien triompher, comme des conservateurs, qui regrettent que la Cour suprême du Canada jouisse d'un pouvoir politique à leur avis trop vaste, parce que trop peu limité par l'histoire et les traditions.

L'enjeu d'un tel choix transcende bien évidemment le seul débat des idées. La question n'a donc jamais été d'évaluer la légitimité philosophique des modèles de type dworkinien et kelsénien, et leurs multiples déclinaisons. Montrer que la Cour suprême a, en toute connaissance de cause, pris ses distances par rapport aux théories de Kelsen nous permet d'éclairer de nombreux débats juridiques, certes, mais aussi politiques, moraux et idéologiques qui perdurent au Canada (et au Québec). Chose certaine, si la documentation savante en droit public québécois, qui a pris son envol vers les années 1960, a longtemps été marquée « par le

---

207 Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain », (2008) 2 R québécoise dr constl 72 à la p 100 [Chevrier].

208 *Ibid*.

209 Jean-Christophe Bédard-Rubin, « Comparing Constitutional Historicities : The Case of Precedents in Canada and the United States », dans Francesco Biagi, Justin O Frosini et Jason Mazzone, dir, *Comparative Constitutional History*, t 2, Leiden, Brill, 2023 aux pp 117–18, 130.

formalisme britannique puis français »[210], celle-ci a dû se raviser à plus d'une reprise depuis l'époque chartiste, et avec elle, ses auteurs et leurs positions socio-juridico-politiques. Le rêve kelsénien qu'elle a pu entretenir quelques temps n'a pas résisté à la longue aventure de la Cour suprême du Canada au pays de la *Grundnorm*, une épopée dans laquelle la Cour s'est lancée après le rapatriement de la Constitution.

CONCLUSION

Dans ce texte, nous avons tenté de montrer que l'action constitutionnelle de la Cour suprême du Canada ne correspond pas à la conception kelsénienne du contrôle de constitutionnalité et du droit. À la lumière de la théorie pure du droit de Kelsen, dont le projet était d'élaborer une science du droit, l'action constitutionnelle de la Cour suprême du Canada semble en effet outrepasser les frontières que le juriste autrichien avait tracées pour les cours constitutionnelles. En un certain sens, elle n'a pu faire autrement, puisque l'interprétation des droits l'a amené à effectuer un travail législatif positif en établissant des normes générales — ce qui était demeuré dans l'angle mort de la théorie kelsénienne. Toutefois, elle a de son plein gré choisi d'aller au-delà de la limite fixée par Kelsen en s'arrogeant, par la technique de l'interprétation large, un pouvoir législatif positif. De manière générale, elle a cherché, à travers les principes et les valeurs, des fondements non écrits au droit constitutionnel canadien dans la philosophie morale et politique.

Ainsi, en formulant des normes générales ainsi qu'en ayant recours aux principes constitutionnels sous-jacents et aux valeurs qui sous-tendent les droits de la *Charte*, qu'elle qualifie de principes fondamentaux et de valeurs fondamentales, la Cour suprême du Canada déambule au pays de la *Grundnorm*, sans nécessairement y errer. Par sa jurisprudence constitutionnelle, la Cour suprême du Canada contribue à donner un contenu à la norme fondamentale, c'est-à-dire en explicitant les principes sous-jacents à la constitution et les valeurs qui sous-tendent les droits de la *Charte*.

---

210 Jean-Christophe Bédard-Rubin, « L'analyse comportementale du jugement judiciaire dans l'angle mort des études sociojuridiques francophones au Canada » (2023) 52:1 RDUS 13 à la p 19.

La conséquence d'un tel constat est sans équivoque : à l'exception de sa conception de la validité hiérarchique, la théorie de Kelsen ne convient pas pour expliquer l'action constitutionnelle de la Cour suprême du Canada. C'est pourquoi de nombreux auteurs se sont plutôt tournés vers la philosophie du droit de Ronald Dworkin pour élucider les interprétations de la Cour suprême du Canada :

> [e]n outre, les constitutions contemporaines sont saturées de normes programmatiques, de principes juridiques susceptibles d'être compris comme des préceptes moraux et politiques à la manière de Dworkin. Elles sont également remplies de droits fondamentaux au contenu indéterminé et de préceptes voués à se contredire une fois mis en présence de situations concrètes[211].

Notre lectorat ne devrait pas être trop surpris par notre conclusion. Alors, pourquoi écrire un article pour constater ce qu'on pressentait déjà avant de nous lancer dans l'exercice? Pourquoi montrer que la Cour suprême du Canada s'éloigne considérablement des enseignements de Kelsen?

D'une part, il est intéressant de rappeler que la position de Kelsen est plus nuancée que le laissent entendre ses critiques. D'autre part, il semble bien que la Cour suprême ne puisse pas éviter complètement de s'occuper de philosophie, même si le pays (supposé) de la *Grundnorm* en est un miné sur lequel elle devrait s'engager sur la pointe des pieds et équipée d'instruments conceptuels appropriés. La science juridique présente des différences importantes par rapport à la philosophie morale et politique. Prendre les droits au sérieux[212] nécessite de prendre le droit au sérieux.

Tout cela n'est pas une invitation de notre part à retomber religieusement dans l'œuvre de Kelsen. Ainsi, comme nous l'indiquions en introduction, il ne s'agit évidemment pas de prescrire ici que cette action doive se conformer à la théorie positiviste, mais plutôt de soutenir que celle-ci ne peut servir à expliquer la jurisprudence en matière constitutionnelle. Bien que l'idée de fonder une « science » proprement juridique était valable, celle-ci doit être en mesure de décrire correctement le réel, ce qu'est actuellement incapable de faire celle de Kelsen. La théorie pure du droit

---

211 Bustamante, *supra* note 81 à la p 24.

212 Dworkin, *A Matter of Principle*, *supra* note 21.

se heurte notamment au néoconstitutionnalisme[213], lequel insiste à raison sur les principes, la pondération comme méthode d'interprétation et d'application, la surconstitutionnalisation du système juridique et le renforcement du juge constitutionnel face à l'affaiblissement du législateur démocratique[214].

Quant à la philosophie du droit, Kelsen l'avait bien cernée : celle-ci informe le droit. Le droit n'est pas pur; la philosophie non plus. Dans ce contexte, il paraît inévitable que la Cour suprême du Canada s'aventure aux pays de la *Grundnorm*, le projet positiviste n'ayant pas mis fin au rêve philosophique. Si les juristes peuvent continuer de philosopher, il leur faut néanmoins éviter de prendre leurs rêves pour des réalités.

---

213 Jorge Alexander Portocarrero Quispe, « Créer une philosophie du droit à partir de la théorie de la constitution? Le cas du néoconstitutionalisme », dans Martin Arnaud, dir, *Expériences démocratiques et droit constitutionnel en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan, 2017, à la p 44, citant Susanna Pozzolo, « Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación », 21:2 (1998) Doxa Cuadernos de Filosofia del Derecho, 339.

214 Portocarrero Quispe, *supra* note 213 à la p 44.