

Résumé accessible de la Revue de droit de McGill

Les aventures de la cour suprême du Canada au pays de la grundnorm

Par Stéphane Bernatchez et William Guay

Publié en 2026, volume 71, numéro 3, pages 715–774

Sujet de l'article et son importance

Le juriste autrichien Hans Kelsen a marqué la pensée juridique du XXe siècle avec sa théorie du positivisme juridique. Selon lui, toute norme juridique (une loi, un règlement, une décision) tire sa validité d'une norme lui étant hiérarchiquement supérieure. Or, avec ce type de raisonnement, Kelsen se bute rapidement à la difficulté classique de la régression à l'infini : en vertu de quoi la constitution est-elle valide? Kelsen postule en réponse l'existence d'une « norme fondamentale », la *Grundnorm*, une fiction que les juristes doivent supposer pour qu'un système juridique existe. En un mot trop simple, elle commande de respecter la constitution.

Un détail important : Kelsen ne s'intéresse pas à toutes les normes imaginables, mais seulement à celles qu'il qualifie d'« objectives et réelles », c'est-à-dire les normes effectivement posées par un acte de volonté identifiable (une loi votée, un jugement rendu), et non les normes simplement souhaitées ou pensées. Cette précision compte, parce qu'elle détermine ce que Kelsen accepte de reconnaître comme véritablement « juridique ».

La Cour suprême du Canada a, à quelques reprises, employé l'expression « norme fondamentale » dans des arrêts marquants, notamment dans le célèbre arrêt *R. c. Oakes*, sans en définir clairement le sens. Les auteurs se demandent si la Cour, ce faisant, est fidèle au sens que Kelsen donnait à ce concept, ou si elle s'en écarte. Plus largement, l'article évalue dans quelle mesure la théorie de Kelsen permet réellement de rendre compte de la pratique du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois au Canada.

Arguments clés de l'article

Pour Kelsen, une cour constitutionnelle doit agir comme un « législateur négatif ». L'idée est simple : dans une démocratie, c'est le Parlement, élu par la population, qui a le pouvoir de créer des lois. Il agit alors comme « législateur positif ». Les juges, eux, non élus, ne devraient pas créer de nouvelles règles générales; ils ne devraient qu'invalider les lois inconstitutionnelles. Invalider une loi revient, selon Kelsen, à l'annuler ou, en quelque sorte, à la soustraire du corpus législatif. Il s'agit donc bien d'un geste législatif, mais d'un geste négatif.

Les auteurs montrent que la Cour suprême du Canada ne se contente pas de ce rôle strictement négatif. D'une part, interpréter une loi constitutionnelle, ce n'est jamais une opération purement mécanique : donner un sens à un texte, c'est déjà, dans une certaine mesure, créer une nouvelle norme plus précise que le texte d'origine. Kelsen, selon les auteurs, avait sous-estimé cette dimension créatrice de l'interprétation. D'autre part, et de façon plus délibérée, la Cour a développé une technique de réparation appelée l'« interprétation large », qui lui permet dans certaines circonstances d'ajouter des termes « manquants » à une loi jugée inconstitutionnelle afin de la rendre conforme au texte constitutionnel. Elle revêt alors les habits d'une législatrice positive.

Les auteurs soutiennent que la Cour suprême néglige également les enseignements de Kelsen et qu'elle prend à l'occasion les allures d'un « tribunal philosophique ». Pour Kelsen, la science du droit doit rester distincte de la philosophie morale et politique. Le juriste travaille avec le droit positif; il n'est pas, en sa qualité de professionnel du droit, habilité à formuler des jugements de valeurs sur sa justice ou sur sa légitimité. Or la Cour suprême du Canada a développé tout un discours philosophique. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, notamment, elle élabore une pensée proche de la philosophie politique qu'elle ancre dans des « principes constitutionnels sous-jacents » (le fédéralisme, la démocratie, la protection des minorités, la primauté du droit et le constitutionnalisme), des fondements non écrits, mais bel et bien contraignants, de l'ordre constitutionnel canadien. La Cour discourt aussi sur la légitimité de plusieurs de ses décisions et s'assure souvent que celles-ci respectent les valeurs morales implicites à la Constitution.

Selon les auteurs, la Cour suprême du Canada donne ainsi un contenu concret à la norme fondamentale. À l'évidence, elle s'oppose à Kelsen qui prône que les juristes ne doivent que présupposer une norme fictive. Ce faisant, la Cour refuse de limiter la Grundnorm à un simple commandement formel d'obéissance à la constitution, sans plus. En invoquant des valeurs et des principes pour justifier la légitimité de ses arrêts, la Cour suprême du Canada franchit donc, selon les auteurs, la frontière que Kelsen voulait maintenir entre le droit et la philosophie.

Conclusion et autres éléments importants

Les auteurs concluent que la théorie de Kelsen ne permet pas de rendre compte fidèlement de la manière dont la Cour suprême du Canada contrôle la constitutionnalité des normes juridiques. La Cour dépasse le rôle de simple législateur négatif, notamment par l'interprétation large, et elle s'engage dans un discours sur les principes et les valeurs qui relève davantage de la philosophie morale et politique que de la science du droit telle que Kelsen la concevait. Les auteurs notent que d'autres approches, comme celle du philosophe du droit Ronald Dworkin, semblent à première vue mieux adaptées pour expliquer une pratique judiciaire aussi ouvertement attachée à des principes et des valeurs.

Les auteurs précisent toutefois que leur objectif n'est pas de prescrire un retour au modèle kelsénien ni de suggérer que la Cour suprême a tort d'agir comme elle le fait. Leur constat est plutôt descriptif : la théorie pure du droit de Kelsen, aussi rigoureuse soit-elle, ne décrit tout simplement plus la réalité du droit constitutionnel canadien contemporain. Ils invitent néanmoins les juristes à la prudence lorsqu'ils s'aventurent, à la suite des

tribunaux, sur le terrain de la philosophie. Le droit et la philosophie dialoguent inévitablement l'un l'autre, mais encore doivent-ils le faire avec les bons outils conceptuels et en pleine conscience des frontières disciplinaires.