

Les Cahiers de droit

Rapport

Henri Brun



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043665ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043665ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brun, H. (2001). Rapport. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 643–646.
<https://doi.org/10.7202/043665ar>

Rapport

Henri BRUN*

Les trois conférenciers de l'atelier 1 ont fait état de la situation régnant dans leurs pays respectifs au sujet du phénomène de la constitutionnalisation du droit. Ils l'ont fait de façon éloquente, de sorte qu'il ne serait guère approprié de les paraphraser ni de chercher à les résumer. Certains points de convergence et de divergence méritent toutefois d'être soulignés. Quant au rapport entre la constitutionnalisation et l'état de la justice, ils se sont en revanche montrés plutôt réservés.

Leurs témoignages tendent à accréditer l'idée que le constitutionnalisme est un phénomène relativement récent (quelque 25 ans d'âge), qui se développe sur au moins les trois continents représentés par les trois conférenciers. La signification politique globale de cette évolution semble la même dans chaque cas : au-delà de l'émergence d'un pouvoir politique constituant, d'ailleurs souvent peu loquace et rarement bien précis, la constitutionnalisation du droit a pour signification essentielle la judiciarisation de l'État. En hissant des normes à un niveau formellement constitutionnel, à un niveau supralégislatif, on confie du même coup à des juges le pouvoir de dire si les lois sont compatibles avec ces normes. La constitutionnalisation du droit marque donc un transfert du pouvoir de l'État du politique vers le judiciaire, en ce sens qu'au rythme de cette constitutionnalisation le droit au mot de la fin se trouve désormais à appartenir à ce dernier. Plus il y a constitutionnalisation, plus il y a remplacement de la suprématie législative par la suprématie judiciaire.

Le mobile de fond de cette tendance, au-delà de la synergie internationale, semble être double. D'une part, se trouve cette idée que certaines valeurs sont si universelles qu'elles méritent un haut niveau de pérennité normative. Insensible aux risques de l'impérialisme du temps présent, on en est même, en France et au Canada notamment, à parler parfois de supraconstitutionnalité. Il existerait, ou devrait exister, des normes juridiques qui s'imposeraient au pouvoir constituant lui-même.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

La constitutionnalisation du droit, d'autre part, apparaît répondre à une perte de confiance dans la capacité du pouvoir politique de résoudre convenablement certains problèmes. Il y aurait des questions si chargées socialement qu'il vaudrait mieux en confier la disposition aux tribunaux judiciaires plutôt qu'au processus politique. Les rapports entre les majorités et les minorités seraient ainsi généralement sous la menace de la tyrannie des premières, tant et si bien que, au risque de perdre la capacité d'en débattre démocratiquement, il y aurait lieu de s'en remettre à leur sujet à la sagesse de juges réputés sages.

Quant à la façon suivant laquelle s'est opérée et se continue la constitutionnalisation du droit, la situation paraît passablement différente dans chacun des trois cas présentés. À l'île Maurice, c'est par le moyen de la modification constitutionnelle que cette évolution se fait. En France, à l'inverse, c'est essentiellement par voie quasi judiciaire qu'elle s'opère, progressivement : elle est l'œuvre du Conseil constitutionnel, dont il se révèle difficile de dire s'il est plus judiciaire que politique. Au Canada, enfin, la constitutionnalisation du droit résulte pour moitié de l'adoption par le constituant en 1982 d'une charte des droits et libertés et pour moitié de la jurisprudence de la Cour suprême qui, outre qu'elle a constitutionnalisé une douzaine d'autres chartes des droits, a déclaré supralégislatifs un bon nombre de principes de droit constitutionnel jugés fondamentaux. Donc le constitutionnalisme instaure la suprématie judiciaire, et le pouvoir judiciaire, semble-t-il, est habilité à utiliser cette puissance nouvelle de manière à élargir encore davantage les assises de ses interventions supralégislatives.

Pour se montrer pleinement fidèle au thème du présent atelier, il reste à se demander si cette évolution vers une plus grande constitutionnalisation du droit est un phénomène dont il faut se réjouir ou s'attrister. Du point de vue des intérêts supérieurs de la justice, cette tendance est-elle bonne ou mauvaise ?

Là-dessus les trois conférenciers ne se sont pas tellement exprimés. Ils ont plutôt semblé tenir pour acquis que le mouvement vers la constitutionnalisation du droit était souhaitable. Nous profiterons donc de l'occasion pour exprimer nos vues personnelles sur cette question précise de savoir si les fins de la justice sont bien servies par cette tendance contemporaine. Nous le ferons sous l'angle de la façon suivant laquelle il convient d'aménager ce nouveau pouvoir judiciaire, et ce, par rapport à l'aspect dominant du phénomène, soit celui de la constitutionnalisation de droits individuels de la personne par leur enchâssement dans des chartes des droits.

La question de base, quant à l'aménagement de ce pouvoir judiciaire éclaté, est, nous semble-t-il, de savoir s'il faut se préoccuper de la façon d'en désigner maintenant les titulaires, c'est-à-dire la façon de nommer les juges, de manière à rendre ceux-ci davantage responsables politiquement, ou s'il faut plutôt s'intéresser à la façon suivant laquelle les juges doivent exercer ce nouveau pouvoir de nature politique. À notre avis, la question essentielle est la seconde : la qualité de la justice, dans ce monde de constitutionnalisation du droit, passe par un choix entre l'activisme et la retenue de la part des juges. Et, plus précisément, elle passe, selon nous, par un choix ferme en faveur de la retenue. Ce choix, il existe pleinement, le respect de la primauté des normes constitutionnelles n'exigeant en rien la fébrilité judiciaire.

Nous tirons cette conviction de deux impératifs : d'abord, celui de l'importance sociale de l'équilibre qu'il doit y avoir entre la dimension individuelle et la dimension collective des droits de la personne ; ensuite, celui de l'importance institutionnelle du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir politique.

Pour ce qui est de l'équilibre entre l'individuel et le collectif, force est de constater que la constitutionnalisation du droit marque la victoire du premier sur le second, au moins en ce qui concerne la primauté. Plus l'État est ainsi judiciarisé, plus le premier est favorisé, au détriment possible du second. Ce n'est là que reconnaître les vertus idéologiques du droit positif : la justice judiciaire, celle qui passe par les tribunaux, n'a pour objet essentiel que le droit individuel, alors que la justice sociale, la justice distributive, elle, passe nécessairement, pour l'essentiel, par l'exercice du pouvoir politique. Les tribunaux peuvent arrêter le pouvoir politique, au nom de l'individu, mais ils sont impuissants à mettre sur pied des programmes de justice sociale.

Or, malgré cette constante tension sur le terrain, entre l'individuel et le collectif, il n'y a pas entre les deux d'antinomie fondamentale. Ce sont plutôt deux modes d'accomplissement des mêmes finalités, deux dimensions des mêmes valeurs fondamentales, dimensions par l'entremise desquelles l'être humain se développe et s'épanouit également. Aussi la poursuite des fins d'une justice véritable nous semble-t-elle tendre vers la recherche d'un équilibre entre la dimension individuelle et la dimension collective des droits. Or cela exige, de la part du judiciaire, une faculté de discernement pratique qui lui interdit d'interpréter et d'appliquer les droits individuels constitutionnalisés dans l'absolu ou dans l'excitation « vedettariste ». L'idée que l'activisme soit progressif et la retenue conservatrice relève d'une vision manichéenne des droits qui ne correspond en rien à la réalité sociale.

La retenue judiciaire est également nécessaire, à notre avis, à la préservation du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette indépendance, le fait est connu, comprend un devoir de réserve par rapport à l'activité politique. Or ledit devoir ne concerne pas que la place publique. S'il veut servir pleinement l'indépendance judiciaire, il doit aussi s'appliquer à l'exercice de la fonction judiciaire.

L'activisme judiciaire, au contraire de cette réserve, politise davantage le pouvoir judiciaire et, de ce fait, contribue à légitimer l'appel en faveur de la responsabilisation politique des juges, par divers moyens dont, ultimement, celui de leur élection. À partir d'un certain point, pourtant, il faudrait bien se rendre compte alors que le vrai pouvoir judiciaire aurait été évacué et que le pouvoir de l'État serait devenu entièrement politique.

Pour des raisons de justice sociale et de préservation de l'institution judiciaire, la constitutionnalisation du droit et la justice ne se concilient, selon nous, que par l'application rigoureuse d'un strict principe de retenue judiciaire.