

**KELLY, JAMES B., GOVERNING WITH THE CHARTER:  
LEGISLATIVE AND JUDICIAL ACTIVISM AND FRAMERS'  
INTENT, VANCOUVER, UBC PRESS, 2005**

*Par David Robitaille\**

Professeur au Département de science politique de l'Université Concordia, James B. Kelly s'intéresse aux changements politiques entraînés par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> : *Governing with the Charter*<sup>2</sup> constitue l'aboutissement d'une réflexion amorcée il y a plusieurs années sur le rôle de la Cour suprême<sup>3</sup>. Écrit dans une perspective historique et empirique, l'ouvrage est accessible à toute personne s'intéressant à la politique constitutionnelle et a été finaliste à l'obtention du prix Donner, lequel récompense annuellement des volumes consacrés à la politique publique<sup>4</sup>. Kelly s'y attaque audacieusement à deux positions « classiques » qui s'opposent, l'une défendant la légitimité politique de la Cour et l'autre la contestant, en insistant sur le fait que toutes deux accorderaient une importance démesurée à l'interventionnisme dont ferait preuve la Cour suprême. Ainsi, bien que l'auteur reconnaisse le déficit démocratique provoqué par l'affaiblissement du rôle du Parlement depuis la constitutionnalisation de la *Charte*, il estime que le transfert de pouvoir opéré a surtout profité au Cabinet des ministres, et non à la Cour, comme le veut un « mythe » bien ancré dans le monde juridique. Là réside toute l'originalité de sa réflexion, dont la démonstration est tripartite.

Kelly estime d'abord (Partie I) qu'une juste analyse des négociations précédant l'adoption de la *Charte* révélerait qu'il était dans l'intention du constituant d'attribuer à la Cour un pouvoir politique et juridique accru<sup>5</sup>, contrairement à ce que prétendent certains critiques. Les témoignages et discussions qui ont eu lieu devant le Comité spécial mixte sur la Constitution et le Comité permanent des ministres sur la Constitution ainsi que les entrevues que Kelly a lui-même menées démontreraient en effet que la vision de Pierre Elliott Trudeau, favorisant la consécration constitutionnelle et juridique des valeurs canadiennes fondamentales, a triomphé sur

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de droit civil. L'auteur peut être rejoint à l'adresse courriel suivante : drobi081@uottawa.ca.

<sup>1</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [*Charte*].

<sup>2</sup> James B. Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, Vancouver, UBC Press, 2005.

<sup>3</sup> C'est en effet ce dont témoignent ses nombreuses publications sur le sujet. Voir sa biographie sur le site de l'Université Concordia et sur sa page Internet personnelle, en ligne : Université Concordia <[http://politicalscience.concordia.ca/faculty/list\\_faculty/Kelly.shtml](http://politicalscience.concordia.ca/faculty/list_faculty/Kelly.shtml)> et <<http://artsandscience.concordia.ca/faculty/kelly/index.html>>.

<sup>4</sup> Voir le site de la Fondation canadienne Donner, en ligne : <<http://www.donnerbookprize.com>>. Le gagnant de ce prix reçoit la somme de 35 000\$ alors que les finalistes obtiennent 5 000\$. Le comité de sélection est surtout constitué d'universitaires. L'ouvrage de James B. Kelly a été classé au nombre des « seconds favoris » en 2005.

<sup>5</sup> Kelly, *supra* note 2 aux pp. 46-103.

celle des provinces, réfractaires à l'idée de voir une charte nationale menacer leur autonomie<sup>6</sup>. L'« intention du législateur » correspondrait ainsi à celle des acteurs dont l'opinion a le plus décisivement influencé l'adoption de la Charte telle que nous la connaissons aujourd'hui<sup>7</sup>.

Kelly s'intéresse ensuite (Partie 2) à la façon dont cette volonté a été reçue par la Cour, chargée d'interpréter les droits et libertés reconnus par le constituant<sup>8</sup>. L'analyse de la jurisprudence pertinente, couvrant la période de 1982 à 2003, lui permet alors de constater un phénomène de « constitutionnalisme coopératif » à la lumière duquel la Cour ne serait pas la seule gardienne des droits et libertés, puisqu'elle partage cette responsabilité avec la branche législative. Ainsi, par l'assouplissement du critère de l'atteinte minimale de l'article premier<sup>9</sup> et l'utilisation plus fréquente de la suspension de jugement comme remède approprié<sup>10</sup>, la Cour accorderait au législateur la flexibilité nécessaire pour qu'il ait l'opportunité, après jugement, de jouer son rôle dans l'adaptation des lois aux normes constitutionnelles telles qu'interprétées<sup>11</sup>. Non seulement la Cour n'est-elle pas la seule institution impliquée dans le processus concernant la conformité des lois par rapport à la *Charte*, mais elle serait aussi beaucoup moins activiste que ne le prétendent certains tenants de cette thèse<sup>12</sup>. L'auteur reproche à ces derniers d'accorder trop d'importance à la date des jugements qui prononcent l'inconstitutionnalité de lois pour juger du caractère interventionniste de la Cour, alors qu'il serait plus rigoureux de vérifier la date d'adoption de ces lois. Comme le démontrent les statistiques, il est moins probable que les lois adoptées avant 1982 ou peu après soient invalidées, puisque la *Charte* exerçait encore peu d'influence sur le processus législatif<sup>13</sup>, lequel n'aurait véritablement intégré la nouvelle « culture des droits » qu'après 1990<sup>14</sup>. Durant la période concernée, soixante-quatre lois furent en effet étés invalidées sur un total de cent soixante-quinze lois fédérales et provinciales dont la constitutionnalité fut examinée par la Cour, et plusieurs d'entre elles avaient été adoptées avant ou quelques années après l'entrée de la *Charte* dans la Constitution<sup>15</sup>. Enfin, les droits et libertés ne constitueraient pas l'objet principal de la majorité des recours tranchés par le plus haut tribunal, alors que 52 % des décisions fondées sur la *Charte* concerneraient la conduite des agents publics et non les choix politiques du gouvernement tels que reflétés dans des lois<sup>16</sup>. Si on ajoute à cela le faible taux de succès –33 %– remporté par les demandeurs qui prétendent à la violation de leurs droits<sup>17</sup>, ainsi que l'autolimitation dont la Cour fait preuve lorsqu'il s'agit d'imposer

---

<sup>6</sup> *Ibid.* aux pp. 46-79.

<sup>7</sup> *Ibid.* aux pp. 80-103.

<sup>8</sup> *Ibid.* aux pp. 107-177.

<sup>9</sup> Voir notamment *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45; *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

<sup>10</sup> Kelly, *supra* note 2 aux pp. 145-147, 175, 185, 190, tableaux 5.1, 5.5, 6.1 et 6.2.

<sup>11</sup> *Ibid.* aux pp. 137-143, 155-177.

<sup>12</sup> *Ibid.* aux pp. 23-45.

<sup>13</sup> *Ibid.* aux pp. 143-149, en particulier le tableau 5.2.

<sup>14</sup> *Ibid.* à la p. 213.

<sup>15</sup> *Ibid.* aux pp. 143-149.

<sup>16</sup> *Ibid.* à la p. 35.

<sup>17</sup> *Ibid.*

des obligations financières à l'État<sup>18</sup>, il faudrait en conclure à un interventionnisme judiciaire bien relatif.

L'auteur poursuit (Partie 3) dans une perspective similaire et s'attaque, cette fois, à l'opinion selon laquelle la jurisprudence de la Cour en matière de droits et libertés aurait eu un effet centralisateur en portant atteinte à l'autonomie des provinces<sup>19</sup>. Selon Kelly, l'assouplissement du fardeau justificatif en vertu de l'article premier, l'utilisation plus fréquente de la suspension de jugement et le recours occasionnel à l'article 33 de la *Charte* par certaines provinces démontreraient au contraire que celles-ci disposent de la flexibilité nécessaire au respect de la diversité canadienne<sup>20</sup>. Les données empiriques n'appuieraient pas non plus la thèse centralisatrice dans la mesure où plusieurs lois provinciales invalidées ont été adoptées avant ou quelques années après 1982<sup>21</sup> et ne concernaient pas, mis à part la problématique québécoise entourant la *Charte de la langue française*, des compétences provinciales importantes<sup>22</sup>.

Kelly analyse enfin de manière plus approfondie les changements politiques et la culture des droits qui se sont développés au sein du Cabinet fédéral et du ministère de la Justice après l'adoption de la *Charte*, lesquels seraient désormais les principales institutions veillant au respect des droits et libertés. La forte publicisation de la *Charte* à l'intérieur de l'appareil gouvernemental, quelques arrêts imposant à ce dernier une obligation financière vers le début des années 1990<sup>23</sup>, ainsi que le monopole juridique que détient le ministère de la Justice sur les questions juridiques, notamment celles qui concernent la Constitution, ont ainsi mené au développement d'un processus rigoureux que contrôlerait le Cabinet, et dans le cadre duquel la conformité constitutionnelle des projets de lois est scrupuleusement analysée avant leur adoption<sup>24</sup>. Il en résulte que peu de lois adoptées après 1990 ont été invalidées par la Cour, non pas, selon Kelly, parce qu'elle est maintenant plus déférente envers le gouvernement, mais parce que les lois sont désormais mieux rédigées dans le souci de respecter la *Charte*<sup>25</sup>.

N'en déplaise aux juristes qui considèrent la Cour suprême comme la principale garante des valeurs constitutionnelles, le professeur Kelly, que l'on soit d'accord ou non avec la justesse de son interprétation et la méthode historique et empirique qu'il emprunte, a le mérite de jeter un regard nouveau sur la question en plaçant le Cabinet au cœur du processus consistant à assurer la conformité constitutionnelle des lois. Malheureusement, cette « montée en puissance » ministérielle ne s'est pas opérée sans conséquences néfastes pour la démocratie. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne le Parlement et les assemblées législatives

---

<sup>18</sup> *Ibid.* aux pp. 36-37.

<sup>19</sup> *Ibid.* aux pp. 181-221.

<sup>20</sup> *Ibid.* aux pp. 182-187, 191-192, 194.

<sup>21</sup> *Ibid.* à la p. 210, tableau 6.5.

<sup>22</sup> *Ibid.* aux pp. 188, 195, 196-197, notamment le tableau 6.3.

<sup>23</sup> Voir notamment *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

<sup>24</sup> Kelly, *supra* note 1 aux pp. 227-257.

<sup>25</sup> *Ibid.* aux pp. 149-176, 232-257, en particulier les tableaux 7.3 et 7.4 aux pp. 240-243.

provinciales qui, selon l'auteur, sont désormais sous le contrôle des branches exécutives fédérale et des provinces<sup>26</sup>, en raison notamment de la majorité parlementaire dont dispose souvent un parti au pouvoir et de la partisanerie politique<sup>27</sup>. En définitive, estime Kelly, la Cour suprême pourrait bien être, paradoxalement, le dernier rempart contre une centralisation absolue des pouvoirs aux mains du Cabinet qui, plus que jamais, « gouverne avec la Charte »<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibid.* à la p. 257.

<sup>27</sup> *Ibid.* à la p. 246.

<sup>28</sup> *Ibid.* aux pp. 257, 263.