

La difficile « juridicisation » des questions politiques

PAR PIERRE AVRIL

Pierre Avril, Professeur Université de Paris II
et Institut d'études politiques de Paris

En ce qui concerne la démarche de la Cour, on retiendra tout d'abord qu'elle joue sur le double clavier « légalité/légitimité » comme elle l'avait fait en 1981 dans l'avis sur le Rapatriement.

Ce double registre permet à la Cour de donner partiellement satisfaction aux prétentions antagonistes en ne rejetant totalement aucune de leurs thèses respectives. En 1981, elle constatait que, selon le « droit de la Constitution » (pour parler comme Dicey), Ottawa avait juridiquement le pouvoir de demander à la Reine l'amendement de l'Acte de 1867, mais elle ajoutait que l'exercice unilatéral de ce pouvoir était limité par convention et requérait le consentement des provinces. En 1998, elle accorde à Ottawa qu'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, mais elle ajoute qu'une sécession *de facto* réussie, c'est-à-dire démocratiquement opérée, s'imposerait au gouvernement fédéral comme aux autres provinces.

Les considérations d'opportunité politiques sont évidentes. Organe fédéral, ainsi que l'a souligné Andrée Lajoie, la Cour a pris soin de limiter la portée de la reconnaissance de la légitimité démocratique en ne consacrant pas, dans son avis de 1981, la thèse du consentement unanime au rapatriement (« bien que les précédents favorisent l'unanimité » concède-t-elle), et en exigeant dans l'avis de 1998 « une majorité claire en réponse à une question claire », elle encadre donc l'expression démocratique en posant des conditions à son exercice.

Mais on ne saurait réduire à la seule opportunité, pour ne pas dire l'opportunisme, la distinction entre le droit positif et ce que l'on pourrait appeler, à la suite de Dicey, la « moralité constitutionnelle ». L'intérêt qu'inspire cette distinction au constitutionnaliste tient

précisément au fait que la Cour reconnaît ouvertement que le droit positif n'a pas réponse à tout.

Tout en retenant que la Cour intervient ici dans sa fonction consultative, qui lui laisse une plus grande latitude que sa fonction proprement juridictionnelle, on est tenté de comparer sa méthode à celle du Conseil constitutionnel français statuant sur des questions mettant en cause directement la souveraineté démocratique, comme ce fut le cas pour les traités de Maastricht et d'Amsterdam. Après avoir constaté que certaines clauses des traités européens portaient atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », le Conseil admit qu'il suffisait alors d'inscrire dans la Constitution les dérogations correspondantes pour que le droit soit satisfait. Il se plaçait sur le terrain de la seule légalité formelle, en se refusant à toute considération relative à la légitimité, fût-ce sous la forme d'un *obiter dictum* y faisant allusion. Cette démarche, conforme à la tradition juridique française (qui contraste avec la conception « substantielle » de la doctrine allemande), se garde d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir constituant, mais elle révèle les limites d'une approche strictement positiviste.

En sens contraire, demander à la juridiction constitutionnelle de prendre position, fût-ce indirectement, sur le fond, c'est à dire d'émettre une appréciation politique, l'expose au grief d'usurpation. Et c'est de ce point de vue que la démarche de la Cour suprême mérite aussi de retenir l'attention.

La Cour a contourné le risque que présentait son intervention dans une

affaire politiquement sensible (risque d'autant plus grand en 1998 qu'elle avait admis une compétence qui n'allait pas de soi), en prenant soin de distinguer son office de la responsabilité inhérente aux acteurs politiques, auxquels elle n'entend pas se substituer. Les termes de 1998 font à cet égard écho à ceux de 1981 de manière frappante. « Les conventions s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire », écrivait-elle en 1981. Et en 1998 : « La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel les décisions politiques doivent être prises en vertu de la Constitution, et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre (...). Il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste « une majorité claire en réponse à une question claire » (§ 153).

La Cour restreint donc doublement la portée de sa compétence, en marquant les limites du droit, qu'elle se borne à rappeler, au regard de l'exercice de ce droit, dont elle invite les acteurs à négocier les conditions.

Le travail de délimitation du droit et de la politique opéré par la Cour suprême me paraît d'autant plus intéressant que le rôle qu'elle acceptait de jouer, en se reconnaissant compétente pour constater l'existence d'une convention constitutionnelle dans l'affaire du Rapatriement, et en admettant sa compétence sur une question qui, par définition, remettait le droit positif en cause dans l'affaire du référendum, l'exposait au risque d'avoir à trancher juridictionnellement un conflit de nature politique, c'est-à-dire un conflit portant sur la modification du droit et non sur son application. Il ne s'agissait, certes, que d'un « avis » et

La difficile « juridicisation » ... suite page 44

non d'une décision imposant aux acteurs une obligation formelle, mais en fait la portée de cet avis allait bien au-delà d'une consultation juridique car elle était appelée à prescrire indirectement mais incontestablement la conduite que ces acteurs devaient adopter pour agir conformément au droit tel qu'elle l'énonçait. Elle risquait donc d'être amenée à prendre à leur place une décision qu'il leur appartenait d'assumer. Le renvoi à leur responsabilité propre que contiennent les avis de 1981 et de 1998 me paraît à cet égard non seulement prudent mais aussi satisfaisant aux yeux du constitutionnaliste.

La tendance contemporaine à transférer au juge la mission de trancher en la forme juridictionnelle des questions de conformité à la Constitution, qui sont par essence des questions politiques, et donc d'en « juridiciser » la solution au nom de l'État de droit, mérite en effet d'être appréciée de manière nuancée. Son intervention s'apparente à celle d'un arbitre entre les acteurs politiques et elle peut être un moyen utile de dépassionner les controverses, tout au moins lorsque cette intervention est acceptée, voire souhaitée, par les protagonistes qui s'en remettent à lui du soin de trouver une issue à un conflit dont ils ne parviennent pas à sortir.

Le potentiel

suite de la page 42

aboutir à un accord sur la sécession envisagée. Mais cette obligation implique tout de même un minimum de bonne foi dans la conduite des négociations, c'est-à-dire la volonté sincère d'aboutir à un accord. Que se passerait-il si l'une des parties avait le sentiment que, de l'autre côté, une telle volonté fait manifestement défaut?

Bien qu'on puisse comprendre que la Cour suprême n'ait pas voulu s'aventurer sur un terrain politiquement délicat, il est peut-être regrettable que sa décision ne fournisse pas davantage de précisions sur ces différents points. ❖

Son intervention s'apparente à celle d'un arbitre entre les acteurs politiques et elle peut être un moyen utile de dépassionner les controverses, tout au moins lorsque cette intervention est acceptée, voire souhaitée, par les protagonistes qui s'en remettent à lui du soin de trouver une issue à un conflit dont ils ne parviennent pas à sortir. Mais cette tendance recèle un double péril.

Mais cette tendance recèle un double péril. Pour la juridiction elle-même, exposée à la tentation de l'activisme, qui consiste à présenter comme une exigence juridique les solutions qu'elle considère opportunes. Pour la démoc-

cratie aussi, qui se trouve subordonnée à ce qui ne doit être que sa régulation formelle, selon la formule de Robert Badinter à propos du pouvoir constituant, « il peut tout faire, mais pas n'importe comment ». ❖

ROBARTS CENTRE FOR CANADIAN STUDIES

Check out the new Web site!

www.yorku.ca/robarts

Featuring

- Distinguished Robarts Lecture series
- Summer Institute for Latin American Canadianists
- *Canada Watch* online
- Centre for the Study of Black Cultures in Canada
- North American Studies courses
- Happy Fifth Birthday NAFTA: Thinking Outside the Box, by Daniel Drache