

L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada: situation exceptionnelle et légitimité

Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX

Résumé

À travers l'analyse de décisions récentes de la Cour suprême du Canada en matière d'extradition et d'expulsion, les auteurs traitent du conflit potentiel entre les droits à la liberté et l'impératif de sécurité ou, pour le dire autrement, du conflit entre les garanties constitutionnelles et la raison d'État. L'étude, qui adopte la perspective théorique de la sociologie du droit, propose un cadre d'analyse des jugements en matière de droit constitutionnel, en s'inspirant de courants décisifs de la pensée juridique moderne et contemporaine. Les auteurs distinguent ainsi entre une «jurisprudence formelle», une «jurisprudence instrumentale» et une «jurisprudence des valeurs». Pour appliquer ce cadre d'analyse au contexte spécifique né dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001, l'étude oppose en outre la situation normale à la situation d'exception et la légitimité de la norme à la légitimité de la décision. Les auteurs formulent ainsi l'hypothèse suivante: plus on se déplace sur l'axe forme-intérêts-valeurs, plus le conflit entre la légitimité normative et la légitimité décisionniste risque de se développer. On peut lire dans le changement d'attitude de la Cour suprême du Canada survenu dans l'Après-11 septembre, une volonté d'éviter l'apparition d'un tel conflit entre la Cour et l'État gouvernemental et administratif. Ce changement d'attitude, soutiennent les auteurs, apparaît nettement perceptible si l'orientation de la Cour suprême dans les arrêts *Burns* et *Suresh*, rendus à quelques mois d'intervalle – celui-là même, toutefois, où s'insèrent les attentats du 11 septembre – est comparée de manière attentive. On doit alors accorder toute son importance à la formule utilisée au passage par la Cour: «Les choses ont changé depuis 2001».

L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada: situation exceptionnelle et légitimité¹

Michel COUTU² et Marie-Hélène GIROUX³

Introduction	241
I. Jurisprudence formelle, instrumentale et axiologique	243
II. Légitimité de la norme et légitimité de la décision.	249
III. La Cour suprême du Canada et la situation d'exception	252
A. L'arrêt <i>Burns</i> : l'énoncé d'une jurisprudence des valeurs s'appuyant sur le droit international	254
B. Les arrêts <i>Suresh</i> et <i>Ahani</i> : la victoire à la Pyrrhus de la jurisprudence formelle	258
Conclusion: «Les choses ont changé depuis 2001»	268

1. La présente étude a bénéficié de l'aide financière du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Centre canadien d'études allemandes et européennes de l'Université de Montréal. Nous sommes par ailleurs redevables au Centre Marc Bloch (CMB-Institut franco-allemand de recherche en sciences sociales, Berlin) de l'accueil chaleureux et des moyens mis à notre disposition pour réaliser cette étude. Des éléments de l'étude ont été présentés dans le cadre du colloque international *Droits de l'homme, Grundrechte, Civil Rights* organisé par le CMB à la faculté de droit de l'Université Humboldt (Berlin, les 14-15 juin 2002).

2. Professeur agrégé à l'École de relations industrielles et chercheur invité au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

3. Avocate et chargée de cours aux facultés de droit de l'Université de Montréal et de l'Université McGill.

Le conflit potentiel entre les droits à la liberté et l'impératif de sécurité, entre les garanties constitutionnelles et la raison d'État, est une évidence qui devrait s'imposer à tout observateur des rapports entre droit et politique. Dans son ouvrage sur *La Constitution et la politique*, le professeur Dieter Grimm, qui fut longtemps juge au Tribunal constitutionnel allemand, observait (écrivant en 1999) une montée du sentiment d'insécurité et par conséquent des exigences correspondantes d'une politique sécuritaire, par convergence de divers facteurs: plus grande perméabilité des frontières, globalisation de l'économie (laquelle accroît l'impression d'une faible emprise du système politique sur le cours des événements), montée du chômage et de la criminalité, tensions nées de la réunification en Allemagne et dysfonctionnement ou affaiblissement des mécanismes traditionnels d'intégration (famille, école, Églises). Le conflit entre les exigences constitutionnelles de protection des libertés et les appels à un resserrement des mesures sécuritaires apparaît au grand jour, ce qui n'était pas le cas dans la période précédente, empreinte d'une grande stabilité. Il en résulte, sur le plan politique, un *changement de paradigme* (de la *liberté* vers la *sécurité*) dont l'impact sur la sphère constitutionnelle, centrée sur l'idée de liberté, sera vraisemblablement important⁴.

Le contexte lié à la réunification mis à part, plusieurs des facteurs identifiés par Dieter Grimm caractérisent la situation prévalant dans la plupart des pays occidentaux, dont le Canada. Il va sans dire que le sentiment d'insécurité et la tendance au réaligement de la politique vers des préoccupations sécuritaires se sont grandement accrus depuis les événements du 11 septembre 2001. Le Canada a ainsi adopté une *Loi antiterroriste* en décembre 2001⁵, loi qui modifie le Code criminel en accordant des pouvoirs accrus aux services de sécurité et de renseignement ainsi qu'aux forces de police dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le Code criminel⁶ autorise par exemple le gouvernement à inscrire

4. Dieter GRIMM, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Munich, C.H. Beck, 2001, p. 303 et s.

5. *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada (...), en vue de combattre le terrorisme*, L.C. 2001, c. 41 (sanctionnée le 18 décembre 2001).

6. Voir les art. 83.05(1) et s. du *Code criminel*.

une «entité» sur une liste de groupes terroristes, à bloquer les biens appartenant à cette entité, à demander à un juge de la Cour fédérale de saisir ou de confisquer de tels biens; en ce dernier cas, le fait pour le Procureur général du Canada «de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits importants ne peut donner lieu à des conclusions défavorables». En outre, le Code étend de soixante jours à un an la période pendant laquelle des communications peuvent être interceptées à l'insu de leurs auteurs (sur autorisation judiciaire), lorsque soupçonnés d'activité terroriste; les personnes visées par une telle surveillance peuvent n'être informées que jusqu'à trois ans après de l'existence de cette mesure. Le Code autorise par ailleurs l'arrestation préventive des personnes soupçonnées d'activité terroriste. On est loin, bien sûr, du recours à des tribunaux militaires comme aux États-Unis, mais la *Loi antiterroriste* n'en constitue pas moins une loi d'exception, dans laquelle le dilemme sécurité/liberté est pour ainsi dire inscrit *ab initio*⁷.

Il nous faut tenir compte en outre de la situation géopolitique qui est celle du Canada: intégré directement à la sphère d'hégémonie (politique, économique, culturelle et militaire)⁸ de la superpuissance américaine, le Canada n'a qu'une marge de manœuvre réduite face aux décisions de Washington en matière de sécurité, en particulier lorsque le territoire des États-Unis est directement menacé. Au sens fort du terme («Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle»⁹), le Canada ne forme pas une entité

7. Ce que reflète bien le dernier alinéa du préambule de la loi:

«Attendu:

...que le Parlement du Canada, reconnaissant que le terrorisme est une question d'intérêt national qui touche la sécurité de la nation, s'engage à prendre des mesures exhaustives destinées à protéger les Canadiens contre les activités terroristes tout en continuant à promouvoir et respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les valeurs qui la sous-tendent;...».

8. Sur l'accélération de cette intégration depuis la conclusion du traité sur le libre-échange, voir Jacques BERNIER, article «Canada», dans Yves LASCOSTE (dir.), *Dictionnaire géopolitique des États*, Paris, Flammarion, 1994, p. 118-122.

9. Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 11 [trad. fr., *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 15].

La présente étude – le lecteur averti s'en rendra aisément compte – n'est pas du tout menée dans une perspective schmittienne. Nous retenons simplement de Carl Schmitt l'idée que la prise en compte du cas-limite est indispensable à l'étude des rapports entre droit et politique.

Notons par ailleurs que si l'on applique à Schmitt sa propre médecine, celle voulant que «le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout» (*Politische Theologie, ibid.*, p. 22, trad. fr., p. 21), l'on ne peut que constater l'échec lamentable de

souveraine: il n'est pas en mesure de décider du cas-limite, contrairement à son puissant voisin du sud, et ce ni politiquement, ni économiquement, ni militairement. Les événements du 11 septembre 2001 ont illustré à nouveau et de manière éclatante ce fait élémentaire de la réalité géopolitique canadienne. L'État fédéral canadien a fait des choix assurément discutables, qui l'ont amené, plus qu'aucun autre pays occidental (le Royaume-Uni excepté), à coller de très près à la politique américaine; au-delà d'éventuelles convergences idéologiques, on peut présumer que c'est davantage une certaine conception de la *Realpolitik* qui a sous-tendu ces choix.

Peut-on avancer que l'ensemble de ces facteurs influencent, en matière de sécurité, les décisions non seulement de l'État gouvernemental et administratif canadien, mais aussi l'attitude des tribunaux, au premier chef de la Cour suprême du Canada? Il faudrait d'abord démontrer une sensibilité particulière de la Cour à la situation exceptionnelle, aux États-Unis surtout mais aussi au Canada, qui résulte des attentats du 11 septembre 2001. Cette démonstration nous entendons la faire, en mettant en lumière l'infléchissement de l'attitude de la Cour par rapport au droit international, perceptible à travers l'analyse de décisions récentes en matière d'extradition et d'expulsion.

I. Jurisprudence formelle, instrumentale et axiologique

Il nous faut toutefois, au préalable, disposer d'un cadre d'analyse qui nous permette d'éclairer certaines orientations divergentes dans l'orientation de la jurisprudence de la Cour, et qui autorise par ailleurs de distinguer entre les exigences de légitimation propres à la situation normale *versus* celles qui caractérisent la situation d'exception.

cette pensée, par ailleurs si brillante, au moment décisif: la compromission face au national-socialisme en éclaire les présupposés normatifs, lesquels conditionnent l'ensemble de l'analyse.

Sur les conceptions de Schmitt, voir Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, «Carl Schmitt contre Max Weber», dans Carlos-Miguel HERRERA (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 205-227; Olivier BEAUD, «Carl Schmitt ou le juriste engagé», dans Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1993 [coll. «Léviathan»], p. 5-113.

Nous avons, dans le cadre d'une autre étude¹⁰, distingué, eu égard à la situation «normale», entre trois types idéaux de la jurisprudence¹¹ constitutionnelle: la jurisprudence formelle, la jurisprudence instrumentale et la jurisprudence des valeurs. Résumons sommairement ce que nous désignons par ces termes:

- Par **jurisprudence formelle**, nous entendons essentiellement les diverses approches modernes et contemporaines du droit susceptibles d'être subsumées sous l'idéaltype de la rationalité formelle du droit tel que le construit Max Weber¹². À titre d'illustration, on pourrait désigner ainsi les approches formalistes du droit qui ont dominé le positivisme juridique, en particulier vers la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle: ainsi l'École de l'Exégèse en France¹³, en Allemagne le Pandectisme et ce que ses adversaires qualifieront de *Begriffjurisprudenz*¹⁴, aux États-Unis ce que Roscoe Pound rejettera comme «Mechanical Jurisprudence»¹⁵. Par-delà les traditions et contextes juridiques qui sont très différents, une conviction commune réunit en effet les divers courants sus-mentionnés: la science du droit

-
10. Voir Michel COUTU, *Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 10 septembre 2002.
 11. Par «jurisprudence» nous entendons ici non une collection de précédents, mais une conception spécifique de l'interprétation constitutionnelle. Lorsque nous parlons de «jurisprudence instrumentale», par exemple, nous sommes davantage prêts de la notion anglo-saxonne (*Jurisprudence*) ou allemande (*Jurisprudenz*), c'est-à-dire de la «jurisprudence» au sens d'une conception particulière de la science ou de la théorie du droit. En d'autres passages de notre texte, lorsque nous parlons, de manière générale, de la «jurisprudence de la Cour suprême», le terme «jurisprudence» revêt alors son sens usuel en français, celui d'un ensemble de décisions judiciaires concordantes relatives à une question de droit. Voir Évelyne SERVERIN, article «Jurisprudence», dans André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ/Story-Scientia, 1988, p. 209-211. Nous ne croyons pas que ce double emploi puisse être source de confusion, le sens dans lequel le terme est utilisé se dégageant aisément en fonction du contexte.
 12. Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986. Sur ce point, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, LGDJ/Presses de l'Université Laval, 1995.
 13. Pour une interprétation nuancée des positions de l'École de l'Exégèse, voir Christophe JAMIN, «François Génys, d'un siècle à l'autre», dans Claude THOMASSET et al. (dir.), *François Génys, Mythes et réalités*, Montréal, Éditions Yvon Blais (en collab. avec Dalloz et Bruylant), 2000, 3-33, p. 19 et s.
 14. Nous négligeons de faire ici les distinctions qui s'imposeraient entre les divers courants positivistes. Ce qui importe ici, c'est la croyance commune à ces divers courants selon laquelle il est toujours possible, par le travail de construction doctrinale, l'application adéquate de la norme ou la distinction entre les précédents, de parvenir à la solution exacte d'un problème juridique.
 15. Roscoe POUND, «The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», (1911-12) 25 *Harvard Law Review* 140-168.

demeure avant tout une science des concepts juridiques, une science logique de l'interprétation et de l'application des normes, qui exige des opérateurs juridiques une grande maîtrise technique et une froide neutralité axiologique, laquelle ne se laisse aucunement distraire par les enjeux politiques, sociaux ou éthiques qui se profilent derrière la construction juridique du litige. Comme le dit Windscheid, chef de file du mouvement pandectiste, «les considérations éthiques, politiques ou économiques ne sont pas l'affaire du juriste»¹⁶.

Au regard du droit constitutionnel, nous considérerons comme relevant d'une jurisprudence formelle toute interprétation des normes constitutionnelles qui fait appel, en se réclamant d'une démarche prétendue objective, à des indices purement formels: le littéralisme, l'originalisme, l'application mécanique des précédents sont autant de techniques qui se fondent sur une telle conception formelle de l'activité du juge constitutionnel et que sous-tend une prétention fondamentale à la neutralité axiologique¹⁷.

- Par jurisprudence instrumentale, nous entendons une approche du droit constitutionnel qui fait de la pondération des intérêts (au sens d'aspirations matérielles ou idéelles susceptibles d'être juridiquement protégées) respectifs de l'État et d'individus ou de groupes au sein de la société, l'essence même de l'intervention du juge. Cette intervention revêt souvent la forme d'une analyse sociojuridique (examen des faits sociaux jugés pertinents) et ne s'attache essentiellement ni à la cohérence conceptuelle du texte, ni à la recherche de l'intention du législateur ou du constituant. La prise en compte des faits sociaux est présentée comme étant un travail neutre et objectif, et la légitimité repose sur un principe matériel plutôt que formel: ce principe peut être qualifié *d'utilitariste*, dans la mesure

16. B. WINDSCHEID, «Die Aufgaben der Rechtswissenschaft» (1884), cité dans Karl KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650)*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989, p. 266.

17. Le critère de la «situation analogue» utilisé initialement par certains tribunaux canadiens aux fins de l'interprétation de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* représente un bon exemple de jurisprudence formelle. Voir ainsi la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, (1986) D.L.R. (4th) 600 (infirmée par la Cour suprême du Canada, [1989] 1 R.C.S. 143). Pour une étude beaucoup plus approfondie et illustrée de nombreuses références au droit constitutionnel américain et canadien, voir Michel COUTU, *La Cour suprême du Canada et la problématique de la légitimité: une américanisation du droit canadien?*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 15 septembre 2002 (document de travail).

où l'intérêt de l'État à limiter la recherche d'intérêts individuels en restreignant certains droits fondamentaux doit correspondre à une compréhension adéquate des exigences de l'intérêt général.

Tous les mouvements se rattachant au réalisme juridique (tels la «sociological jurisprudence» et le «legal realism» américains, la libre recherche de GénY, en Allemagne la Jurisprudence des intérêts et le Mouvement du droit libre) ont tenté de développer une telle jurisprudence instrumentale, en exigeant une correspondance entre l'application de la norme juridique et les attentes concrètes des intéressés au droit, révélées par une forme ou l'autre d'analyse sociojuridique. Il nous faut toutefois, dans l'élaboration du type pur de la jurisprudence instrumentale, écarter toute considération éthique ou axiologique explicite, laquelle s'est fréquemment fait jour chez les tenants du réalisme¹⁸, – encore que ces considérations n'aient joué la plupart du temps qu'un rôle secondaire. Comme nous le verrons, de telles considérations relèvent uniquement, au regard de notre typologie, d'une jurisprudence des valeurs.

Peut-être la «Jurisprudence des intérêts» est-elle susceptible, pour les fins de notre étude, de jouer le rôle d'archétype théorique de la jurisprudence instrumentale¹⁹. Non que cette théorie ait eu, bien entendu, quelque influence que ce soit sur le droit constitutionnel canadien. Mais plutôt du fait des efforts de la «*Interessenjurisprudenz*» pour théoriser le jeu des intérêts dans la décision judiciaire. Or le concept «d'intérêt» assume une position importante, voire centrale, dans nombre de décisions en droit constitutionnel américain et canadien. D'où la pertinence de cette réflexion théorique. Pour la *Interessenjurispru-*

-
18. Voir les réflexions de GénY sur «l'irréductible droit naturel», celles de Roscoe Pound sur l'importance centrale des travaux de R. Stammler ou encore la position ambiguë de Kantorowicz voyant dans le droit libre une «résurrection» (*Auferstehung*) du droit naturel. Voir: François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Seconde partie: Élaboration scientifique du droit positif (*L'irréductible «droit naturel»*), Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1915; Roscoe POUND, *Jurisprudence*, volume 1, St-Paul, West Publishing Co., 1959; Hermann KANTOROWICZ, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» (1906), dans *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962, p. 13-39.
19. Sur la Jurisprudence des intérêts, voir M. Magdalena SCHOCH, *The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder and Hermann Isay*, 20th Century Legal Philosophy Series, vol. 2, Cambridge, Harvard University Press, 1948.

denz, tout litige représente un conflit d'«intérêts», ce terme désignant des aspirations à la satisfaction d'un bien matériel ou idéal, susceptibles d'être juridiquement protégées. Le «conflit d'intérêt» se règle en référence à l'échelle de valeurs posée par la loi et en tenant compte du contexte social concret qui entoure le litige. Dans la plupart des cas pensent les tenants de ce mouvement, il sera possible de s'en remettre à l'échelle de valeurs indiquée par le législateur, ou aux jugements de valeurs qui font consensus dans la communauté des juristes. Les valeurs propres du juge ne devraient entrer en jeu que de manière très subsidiaire²⁰. En fait, l'essentiel de l'analyse porte sur la *pondération des intérêts* (*Interessenabwägung*), laquelle implique elle aussi la prise en compte de la réalité sociale²¹.

- Par jurisprudence des valeurs²², nous entendons toute méthode d'interprétation fondée sur une éthique constitutionnelle de la

20. Voir Michel BÜRGISSER, article «Intérêt», dans André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ/Scirey-Scientia, 1988, p. 194-197.

21. Le raisonnement du juge Powell dans l'arrêt *University of California Regents v. Bakke* 438 U.S. 267 (1978), constitue un bon exemple d'une telle jurisprudence instrumentale.

En fait, dans une large mesure, la jurisprudence américaine relative à la clause d'égalité de protection des lois témoigne d'une approche du type instrumental – s'abstenant soigneusement de discuter des valeurs en conflit – et ce, depuis ce qui représente l'arrêt fondateur en matière de droit à l'égalité, soit la célèbre décision *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) révisant la doctrine du «separated but equals» de *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Dans *Brown*, le juge Warren ne fait pas appel – ce à quoi on aurait pu s'attendre – aux valeurs de la dignité humaine, de la lutte contre le racisme, etc., et ne se préoccupe pas davantage d'analyser historiquement et politiquement les obstacles mis par l'État en matière d'accès des noirs à l'éducation. Il s'efforce plutôt de démontrer que le recours aux écoles séparées, vu son effet néfaste sur la performance des étudiants noirs, ne permet pas d'atteindre la finalité d'un accès égal à l'éducation. Cette approche instrumentale visait sans doute, pour partie, à rendre plus acceptable la décision face à ses auditoires sudistes; mais, compte tenu des nombreuses décisions ultérieures de la Cour qui partagent cette approche, il est permis de croire que s'y exprime également la grande réticence des juges américains à se laisser entraîner sur le terrain des discussions axiologiques.

22. Le qualificatif de «jurisprudence des valeurs» (*Wertungsjurisprudenz*) est souvent utilisé pour caractériser l'activité du Tribunal constitutionnel allemand en matière de droits fondamentaux. Le Tribunal considère le catalogue des droits fondamentaux qu'on retrouve dans la Loi fondamentale comme «un système objectif de valeurs» (*objektive Wertordnung*) [Bodo PIEROTH, Bernhard SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 17^e éd., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, p. 20 et s.]. Même si le terme n'est plus employé, la source d'inspiration de cette approche axiologique de l'interprétation constitutionnelle réside à l'évidence dans la tradition moderne du droit naturel. Cette jurisprudence des valeurs conduit le Tribunal à identifier trois valeurs fondamentales à la base de

conviction, qui affirme d'emblée la prééminence de valeurs ou de principes fondamentaux et tend à établir une hiérarchie des valeurs constitutionnelles devant guider l'interprète dans son travail d'énonciation et d'application des normes fondamentales. A la différence de la jurisprudence formelle, la jurisprudence des valeurs rejette la neutralité axiologique, elle recherche la cohérence sur un plan matériel, d'ordre éthique, et non d'un point de vue purement formel. Elle ne croit pas davantage aux vertus de la logique formelle du moment que celle-ci prétend opérer en se détachant de la sphère des valeurs. Une telle jurisprudence axiologique ne récuse pas en soi la pondération des intérêts ou la contextualisation du litige dans son environnement socio-historique. À la différence de la jurisprudence instrumentale, elle récuse toutefois un traitement utilitariste des questions juridiques et exige que la solution de celles-ci soit dégagée non en fonction des conséquences, mais plutôt de l'affirmation des valeurs et principes fondamentaux. En définitive, est seule légitime la décision rationnelle en valeur, fondée sur l'éthique constitutionnelle de la conviction; la prise en considération des conséquences doit être subordonnée à la hiérarchie des valeurs qui donne cohérence au texte constitutionnel²³.

Il va sans dire que cette typologie représente une forte stylisation du travail du juge constitutionnel; pour paraphraser Max Weber, la frontière entre ces types idéaux est nécessairement fluide et il ne sera pas toujours aisé de ranger l'argumentation concrète sous l'un ou l'autre de ces types. Nous partons néanmoins

l'ordre constitutionnel: le droit à l'égalité, le droit au libre développement de la personne humaine et le droit à la dignité (Olivier JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll. «Droit public positif», Paris, Economica, 1992, p. 170). Et c'est ce dernier droit, défini en termes kantien par le Tribunal comme «le droit de chaque individu d'être considéré comme un membre égal en droit possédant sa propre valeur», qui est placé au sommet de la hiérarchie des normes constitutionnelles (*ibid.*). Ce système objectif de valeurs joue un rôle évident de légitimation d'un ordre démocratique et libéral qui se veut «militant» (*streitbare Demokratie*), et qui se dissocie de l'ordre libéral classique, reposant sur la différenciation de l'État et de la société civile (*ibid.*, p. 171.).

Même si cette «jurisprudence des valeurs» doit évidemment beaucoup à la spécificité du contexte historique et politique allemand, il nous apparaît possible, ici également, de transformer la notion en type idéal, en stylisant ses caractéristiques essentielles.

23. Comme exemples d'une telle jurisprudence axiologique, voir en droit canadien: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (quant à l'analyse de l'article 15.1). Ou encore: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 (opinion majoritaire de la juge McLachlin, par opposition à l'approche formelle du juge Gonthier).

de l'hypothèse que cette typologie peut favoriser, d'un point de vue heuristique, une certaine mise en lumière du fondement en légitimité²⁴ des énoncés jurisprudentiels analysés.

II. Légitimité de la norme et légitimité de la décision

Dans la mesure où nous voulons poser les jalons d'une théorie de la légitimité qui tienne compte non seulement du cas normal mais également de la situation d'exception, il nous faut préciser davantage notre cadre conceptuel. Nous résumons, ici également, les développements réalisés dans une étude antérieure²⁵. Les types idéaux de la jurisprudence constitutionnelle que nous venons d'élaborer présentent chacun, comme nous l'avons suggéré, une affinité élective avec des modes spécifiques de légitimation du droit et de l'État. La jurisprudence formelle ne peut s'appuyer que sur une prétention *formelle* à la légitimité, ce qui correspond à la légitimité légale-rationnelle au sens où Weber l'entendait²⁶. Le juge, le législateur, n'a pas de motif spécifique à avancer pour que sa décision soit considérée comme valide, si ce n'est que le fait d'agir dans le cadre d'une compétence déterminée ultimement par l'ordre constitutionnel et de manière conforme à la procédure.

24. Par légitimité nous entendons une prétention à la validité de la part d'une autorité déterminée quant à l'orientation de son action, le critère de la validité étant celui de la reconnaissance *de facto* du bien-fondé de l'action par les acteurs relevant de cette autorité (qu'il y ait par ailleurs conformité ou non de leur activité aux prescriptions émises par l'autorité et quels que soient les motifs de cette reconnaissance).

Le concept de légitimité que nous retenons ici relève uniquement de la sphère de «l'être» (i.e. de l'activité *telle qu'elle se déroule en fait* d'un point de vue empirique) et non de celle du «devoir-être» (i.e. de l'activité *telle qu'elle devrait se dérouler*, suivant un point de vue normatif donné). La distinction entre «être» et «devoir-être» ne doit nullement être comprise dans un sens ontologique. Elle représente une *distinction d'ordre épistémologique* ayant une *valeur hypothétique*. La possibilité de cette distinction est un présupposé nécessaire de toute science sociale empirique (à la différence des disciplines se situant sur le plan du devoir-être, telles la philosophie politique et morale, l'éthique et la dogmatique juridique).

25. Michel COUTU, *Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 15 septembre 2002 (document de travail).

26. «Les agents peuvent accorder à un ordre une validité *légitime*... en vertu d'une disposition positive, à la *légalité* de laquelle on croit». Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1972, p. 19. [Trad. fr., *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 36].

En revanche, la jurisprudence instrumentale et la jurisprudence des valeurs élèvent des prétentions *substantives* à la légitimité, fondées dans le premier cas sur une évaluation rationnelle en finalité de la norme examinée, dans le second sur une évaluation rationnelle en valeur. Au regard d'une approche instrumentale, le moyen utilisé pour atteindre un objectif déterminé doit être adapté, à un degré plus ou moins élevé suivant les intérêts constitutionnels en jeu, à la poursuite du but. De ce point de vue, une légitimation d'ordre procédural (au sens formel du terme) ne saurait être considérée suffisante: il faut nécessairement s'attacher à un examen téléologique des effets de la norme et voir si ceux-ci sont compatibles avec la pondération constitutionnelle des intérêts.

Ces modes de légitimation formelle ou substantive que nous associons aux trois idéaltypes de la jurisprudence constitutionnelle, s'inscrivent dans un certain prolongement du concept wébérien de la légitimité légale: en effet, dans chaque cas, la prétention à la légitimité fait référence à des règles juridiques, qu'il s'agisse de normes procédurales ou de règles formelles d'interprétation, de décisions du juge constitutionnel ayant valeur de précédents ou de valeurs juridiques affirmées par le juge constitutionnel. Nous pouvons parler ici, pour regrouper ce type de légitimation faisant appel à des normes juridiques, de *légitimité normative*, que nous opposerons à la *légitimité décisionniste*, dont le fondement échappe largement à l'emprise du droit et que nous définirons ci-après.

Ce faisant, nous retrouvons de prime abord une dichotomie classique de la théorie contemporaine du droit. Chacun connaît bien, en effet, la lutte acharnée que se sont livrés durant la première moitié du XX^e siècle le normativisme et le décisionnisme, à travers les figures de Hans Kelsen et de Carl Schmitt. Ce conflit s'est déroulé dans la sphère du droit public et tout particulièrement dans le domaine constitutionnel. Kelsen, comme on sait, a revendiqué pour le tribunal constitutionnel le rôle de «gardien de la constitution»²⁷, alors que Schmitt, en accord avec une conception réaliste du politique²⁸, avait attribué cette fonction au chef de

27. Hans KELSEN, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», *Die Justiz*, vol. 6, 1930-1931, p. 576-628.

28. Par «réalisme politique», nous entendons toute conception qui met l'accent sur le conflit, sur les antagonismes et sur le cas limite pour comprendre l'essence du politique. En ce sens Machiavel, Hobbes, Weber et Schmitt se situent dans la

l'État (en l'occurrence le Président du Reich)²⁹. Était ainsi soulevée, de manière dramatique compte tenu du contexte, le conflit potentiel entre l'État juridictionnel et l'État gouvernemental, ce qui fonde précisément l'hypothèse sur laquelle nous entendons travailler.

Même si cet arrière-plan théorique nourrit notre réflexion, il nous faut nous extraire de ce contexte théorique (et historique) spécifique, pour épurer en quelque sorte les deux termes de l'opposition entre légitimité normative et légitimité décisionniste. Nous avons déjà défini ce que nous entendons par légitimité normative. La définition arrêtée n'implique en rien l'adoption d'une conception *normativiste* (kelsénienne) du droit. Au contraire, elle l'exclut, en ce sens que la perspective adoptée se veut sociologique et centre son attention sur ces aspects de la «politique du droit» que Kelsen rejette pour sa part hors du domaine de la science du droit³⁰. D'autre part, par légitimité décisionniste, nous entendons tout type de légitimation fondé uniquement sur la décision de l'État gouvernemental, sur le simple fait, donc, *qu'une décision a été prise*³¹; que cette décision doive, le cas échéant, être ratifiée par le Parlement n'a, en contexte canadien, généralement qu'une importance secondaire, puisque ce n'est pas là que se prennent véritablement les décisions fondamentales³². Ici encore, le fait de parler de légitimité décisionniste ne signifie en rien l'adhésion à une conception *décisionniste* (schmittienne) du droit. L'examen de la situation «normale» retient en grande partie notre attention tout au long de cette étude, et c'est à partir de la problématique élaborée par rapport à cette normalité que le cas-limite est envi-

perspective du réalisme politique. Bien entendu, rien ne garantit a priori qu'une vision «réaliste» du politique soit plus près de la réalité des choses, qu'une conception qui met davantage l'accent sur la situation normale, sur la gestion des affaires publiques, sur le compromis et la coopération, etc.

29. Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humboldt, 1985.

30. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd. (1934), Aalen, Scientia Verlag, 1994, p. 16 et s.

31. Il faut se garder ici d'un rapprochement avec la théorie qu'exprime Niklas LUHMANN dans *La légitimation par la procédure* (Paris/Québec, Cerf/PUL, 2001). La conception systémique de Luhmann aboutit à une neutralisation radicale du politique; par conséquent, la notion de cas-limite ou de situation d'exception ne revêt aucun sens dans cette théorie. Tout aussi étrangère à celle-ci est l'idée – sur laquelle est construite notre étude – d'un conflit entre principes opposés de légitimation.

32. Le Canada n'échappe pas au phénomène de concentration du pouvoir entre les mains de l'exécutif au détriment du législatif, phénomène observable dans nombre de démocraties contemporaines.

sagé, sous la forme d'une tension potentielle entre le droit et le politique.

Si nous rapportons l'opposition entre légitimité normative et légitimité décisionniste à la typologie précédente des approches de la jurisprudence constitutionnelle, il apparaît – du moins semble-t-il logique de poser cette hypothèse – que plus on se déplace sur l'axe forme-intérêts-valeurs, plus le conflit entre légitimité normative et légitimité décisionniste risque de se développer. De ce point de vue, la jurisprudence formelle semble la plus à même (à condition que les formes constitutionnelles soient préservées et les exigences procédurales respectées) de s'adapter aisément à un mode décisionniste de légitimation des politiques gouvernementales³³. En revanche, la jurisprudence des valeurs pourra difficilement admettre une telle forme de légitimité: à moins de renoncer d'elle-même à ses exigences, elle sera nécessairement conduite à juger avec sévérité – malgré la gravité des circonstances – l'action gouvernementale qui croit pouvoir faire l'économie d'un réel processus discursif.

III. La Cour suprême du Canada et la situation d'exception

Nous aborderons la problématique de la situation d'exception à travers l'utilisation que fait la Cour suprême du Canada des normes et principes afférents au droit international des droits de la personne, en matière d'extradition de personnes soupçonnées de participation à des actes criminels ou d'expulsion de réfugiés.

Il nous faut au préalable dire quelque mots de la portée du droit international en droit interne canadien. La constitution

33. La décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) représente un exemple classique de soumission de la jurisprudence formelle, en situation d'exception, devant la légitimation par la décision. Bien que le juge Black (position majoritaire) ait jeté les bases de ce qui allait devenir le contrôle strict de constitutionnalité (*strict scrutiny*) en écrivant que «...all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect...courts must subject them to the most rigid scrutiny», la décision majoritaire n'est pour l'essentiel qu'une tentative de justification de l'aveuglement volontaire de la Cour devant les décisions arbitraires du gouvernement et de l'armée (en l'occurrence, quant à la déportation des Américains d'origine japonaise lors de la seconde guerre mondiale). Aucun examen sérieux de la rationalité de ces décisions n'est effectué par la Cour. Voir la critique de la décision *Korematsu* faite par la Cour suprême elle-même (juge O'Connor) dans *Adarand Constructors inc. v. Peña*, U.S. (1995).

canadienne est à peu près silencieuse sur la question des relations internationales. Traditionnellement, en common law, seul le souverain ou l'exécutif possède la prérogative d'engager le pays par voie de traité; toutefois, si le traité a pour effet de modifier l'ordre juridique interne, le principe de la souveraineté parlementaire fait obstacle à l'application des dispositions conventionnelles, puisque leur mise en œuvre exige l'approbation du Parlement.

La position traditionnelle demeure donc la suivante: la norme conventionnelle n'est pas source de droit pour le juge interne. Une loi de mise en œuvre des conventions auxquelles le Canada est partie est nécessaire pour que celles-ci se voient conférer une valeur juridique en droit interne. Le Canada s'inscrit par conséquent dans la tradition dualiste du point de vue des rapports entre le droit international et le droit interne, sauf quant au droit international coutumier. Ce dernier est en général considéré comme faisant partie du droit interne compte tenu de son caractère obligatoire, opposable à tous les États. Ceci, dans la mesure toutefois où la norme internationale ne contredit pas le droit canadien.

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴ comme partie fondamentale de la Constitution canadienne a cependant modifié en profondeur les rapports entre les normes du droit international des droits de la personne et le droit interne canadien. Dès 1987 en effet, dans le *Renvoi relatif au Public Service Employee Relations Act de l'Alberta*, la Cour suprême reconnaissait la force persuasive du droit international comme source d'interprétation de la *Charte canadienne*:

Les diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières – doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte.³⁵

Pour le juge en chef Dickson, il est clair qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des

34. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44, Annexe B, Partie I.

35. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348 (le juge en chef Dickson).

instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne. Le juge Dickson a d'ailleurs fait une observation analogue dans l'arrêt *Slaight Communications*³⁶.

Les tribunaux peuvent et doivent désormais tenir compte des normes du droit international, issues des traités ou du droit coutumier, même en l'absence d'une confirmation législative expresse du Parlement. À cet égard, la juge L'Heureux-Dubé remarquait en 1999 dans l'arrêt *Ewanchuk* que la «Charte est le principal véhicule donnant effet au Canada aux droits de la personne qui sont reconnus à l'échelle internationale»³⁷.

A. L'arrêt *Burns*: l'énoncé d'une jurisprudence des valeurs s'appuyant sur le droit international

Une illustration remarquable de la grande autorité reconnue au droit international des droits de la personne par la Cour suprême du Canada, eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous est fournie par l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Burns*³⁸, rendu le 15 février 2001, quelque sept mois donc avant les attentats du 11 septembre. Cette décision représente par ailleurs, du point de vue de notre typologie, l'affirmation sans équivoque d'une jurisprudence des valeurs, qui aurait dû en toute logique conduire la Cour à juger avec sévérité certains procédés discrétionnaires adoptés par l'Administration en matière d'expulsion des réfugiés.

L'arrêt *Burns* porte sur la constitutionnalité, du point de vue de la *Charte canadienne*, d'une décision d'extradition prise, à la demande des autorités américaines, par le ministre canadien de la Justice contre deux ressortissants canadiens suspectés d'avoir commis trois meurtres dans l'État de Washington. Or, suivant la loi de cet État, les individus déclarés coupables de meurtre sont passibles de la peine de mort. L'arrêt *Burns* soulève donc directe-

36. *Slaight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, par. 1056-1057: «les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la Charte, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits».

Ce principe juridique a également été consacré par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70-71.

37. *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 73.

38. [2001] 1 R.C.S. 283.

ment la question de la constitutionnalité de la peine de mort (non appliquée au Canada depuis 1962 et dont les derniers vestiges dans la législation ont été abolis en 1998³⁹), lorsqu'une possibilité existe qu'elle soit infligée par l'État requérant l'extradition.

Avant d'analyser l'arrêt *Burns* et pour bien mettre en lumière le tournant que marque cet arrêt dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, il nous faut prendre en considération deux jugements rendus en 1991 et portant exactement sur la même question (l'extradition de suspects risquant la peine de mort dans l'État requérant)⁴⁰. Dans *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, un fugitif américain, reconnu coupable de meurtre en Pennsylvanie (État non abolitionniste) en 1983, fut arrêté au Canada en avril 1985. Les États-Unis demandèrent l'extradition en juillet 1985. En vertu du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, article 6⁴¹, le pays sollicité peut exiger que l'État requérant s'engage, le cas échéant, à ne pas infliger la peine de mort, avant d'obtempérer à la demande d'extradition. Le ministre canadien de la Justice refusa toutefois de demander de telles garanties et décida en janvier 1986 de livrer le fugitif Kindler aux États-Unis. Cette décision fut suspendue, compte tenu des recours judiciaires pris par Kindler, et finalement soumise à l'examen de la Cour suprême du Canada. Par une faible majorité (4 juges contre 3), la Cour se rendit à l'argumentation du ministre de la Justice.

Même si la position majoritaire prend en considération, dans une perspective *apparemment* instrumentale (de l'ordre d'une pondération des intérêts), une variété d'arguments (l'importance de la réciprocité dans les engagements internationaux relatifs à l'extradition, l'absence de consensus social quant à la peine de mort, le danger que le Canada devienne un refuge sûr pour les criminels fugitifs), il n'est pas difficile de cerner l'argument décisif: c'est celui de la déférence prudente et de «l'extrême circonspection» que devrait manifester la Cour face aux décisions discrétionnaires de l'Exécutif en matière d'extradition⁴². Ce faisant, la Cour

39. *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c.35.

40. *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858.

41. *R.T. can.*, 1976, n° 3.

42. Voir les motifs de la juge McLachlin aux pages 849 et 855, les motifs du juge La Forest aux pages 837 et s.

se rattache en fait à la longue tradition de retenue judiciaire vis-à-vis des choix politiques et juridiques de l'État parlementaire et gouvernemental, tradition caractéristique du droit constitutionnel britannique et du droit canadien (antérieurement à la *Charte canadienne des droits et libertés*). Étant donné qu'il n'y a pas de discussion sérieuse de la décision d'extrader eu égard à son contexte spécifique, nous nous trouvons ici, très nettement, dans le domaine de la jurisprudence formelle. Il en va de même pour l'arrêt *Ng*, rendu le même jour et où la majorité se réfère simplement aux motifs développés dans *Kindler*⁴³.

Nous sommes maintenant en mesure de mieux apprécier le tournant majeur qui est celui de la Cour dans l'arrêt *Burns*, rendu près de dix ans après les jugements *Kindler* et *Ng*. Il est à noter que la Cour parle d'une seule voix dans *Burns*, ce qui confère une grande autorité à la décision et témoigne éloquemment de l'ampleur du chemin parcouru. La Cour annonce d'emblée sa volonté de disposer du cas en se situant dans la perspective d'une jurisprudence des valeurs:

La Cour est le gardien de la Constitution et *les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle*. Quoique la possibilité d'application de la peine de mort ne se présente que dans un faible pourcentage des affaires d'extradition examinées chaque année par le ministre et ses fonctionnaires, cette situation soulève des questions d'une importance fondamentale pour la société canadienne.⁴⁴

La Cour écarte en premier lieu, en tenant compte du contexte particulier lié à la peine de mort, la position prise antérieurement dans *Kindler* et *Ng* relative à la «circonspection extrême» dont devraient faire preuve les tribunaux en matière d'extradition⁴⁵. Elle estime que le risque que la peine de mort soit infligée par l'État requérant doit être analysé du point de vue de l'article 7 de la *Charte canadienne* («Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la

43. Par contre, la position minoritaire, celle du juge Cory en particulier, adhère à une jurisprudence des valeurs, laquelle s'appuie sur l'évolution du droit international des droits de la personne et considère que la peine de mort est contraire à la dignité humaine et représente un châtiment cruel et inusité. Voir *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, précité, motifs du juge Cory, p. 785 et s.

44. Décision *Burns*, précitée, par. 35 [nos italiques].

45. «Nous confirmons que c'est généralement au ministre, et non à la Cour, qu'il incombe de soupeser les considérations qui s'opposent dans l'application de la politique d'extradition canadienne, mais le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir, au même titre que la mort elle-même, une dimension particulière.» (par. 38).

sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale»). Le critère du consensus social⁴⁶ qui fut également retenu dans *Kindler et Ng* se voit fortement relativisé, la Cour indiquant qu'il ne s'agit pas de se référer aux sondages d'opinion et citant une décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, voulant que «si l'opinion publique était le facteur décisif, il ne servirait à rien de former des litiges constitutionnels. La tâche de protéger les droits pourrait alors être laissée au Parlement, qui reçoit son mandat du public...»⁴⁷. Bien que la Cour ne croit pas nécessaire d'aborder la question sous l'angle de l'article 12 de la Charte («Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités»), elle écrit, se démarquant par là aussi de l'arrêt *Kindler*, qu'il «est cependant indéniable que la peine capitale... fait intervenir les valeurs qui sont à la base de l'interdiction des peines cruelles et inusitées»⁴⁸.

La Cour en vient à la conclusion que la décision du ministre de la justice de procéder à l'extradition de présumés meurtriers vers les États-Unis sans obtenir au préalable la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée est incompatible avec l'article 7 de la *Charte canadienne*. Deux types d'arguments appuient principalement cette position: d'une part, le risque d'erreur judiciaire irréversible que comporte la peine de mort, ce dont témoigne un nombre significatif de condamnations erronées prononcées au Canada et aux États-Unis dans des affaires de meurtre et portées à la connaissance du public dans les années récentes. D'autre part – et c'est là l'argument central –, l'évolution du droit international en matière de peine de mort, y compris les positions prises par le Canada en faveur d'une telle évolution allant dans le sens de l'abolition de la peine de mort. Dans les arrêts *Kindler et Ng*, l'analyse du droit international avait été au centre de l'opposition entre la majorité et la minorité de la Cour: pour la majorité, «la décision du ministre d'extrader [n'allait pas] à l'encontre des tendances de la collectivité internationale»⁴⁹. Dix ans plus tard, la Cour pose un jugement tout à fait inverse: se référant à la *Convention européenne d'extradition*⁵⁰, aux résolutions 1999/61 et 2000/65 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, aux

46. «Ce qui heurte la conscience», un emprunt au droit constitutionnel américain.

47. *S. c. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, par. 88.

48. Décision *Burns*, précitée, par. 78.

49. Décision *Kindler*, précitée, p. 856.

50. S.T.E., n° 24, art. 11.

résolutions du Parlement européen, au *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*⁵¹, etc., la Cour suprême du Canada résume la situation de la manière suivante:

Ces éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine. Cependant, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale.

Cet argument, en liaison avec ceux que nous avons déjà mentionnés, devait amener la Cour à affirmer l'inconstitutionnalité de la décision d'extradition sous examen⁵².

B. Les arrêts Suresh et Ahani: la victoire à la Pyrrhus de la jurisprudence formelle

De l'autre côté, il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique – liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale – et qui sont au cœur de l'ordre constitutionnel canadien et des instruments internationaux dont le Canada est signataire. En effet, *ce serait une victoire à la Pyrrhus* que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion à ces valeurs. Le défi du Parlement consiste à rédiger des lois qui combattent effica-

51. Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989).

52. Il n'est qu'à comparer cet arrêt de la Cour suprême du Canada avec la récente décision *Atkins v. Virginia* (N° 008452, 20 juin 2002) de la Cour suprême des États-Unis portant sur la constitutionnalité de la peine de mort en ce qui a trait aux retardés mentaux, pour voir à quel point diverge l'approche des deux Cours suprêmes. Dans *Atkins v. Virginia*, la Cour américaine en vient à la conclusion (les juges Rehnquist, Scalia et Thomas étant dissidents) que l'application de la peine capitale aux criminels retardés mentalement représente un traitement cruel et inusité contraire au Huitième amendement de la Constitution des États-Unis. Cette position découle d'un raisonnement de *type purement instrumental*: prenant acte d'un consensus national apparu progressivement aux États-Unis sur la question, la Cour estime que l'exécution de retardés mentaux ne sert pas les buts sociaux de la peine de mort, soit la dissuasion et le châtiement. D'une part, la peine de mort n'a pas d'effet dissuasif sur les personnes retardées, qui n'agissent pas de manière délibérée et préméditée. D'autre part, la culpabilité étant moindre, le châtiement n'est pas proportionnel au délit, d'autant qu'il y a tout lieu de croire que les retardés sont peu en mesure d'invoquer de manière articulée des circonstances atténuantes. On est loin ici de *l'approche rationnelle en valeurs* qui sert d'assise à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Burns*.

cement le terrorisme tout en respectant les exigences de notre Constitution et nos engagements internationaux.

Ce passage se trouve au tout début de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵³, arrêt prononcé le 11 janvier 2002. Comme nous le verrons dans l'analyse qui suit, par comparaison avec l'approche développée moins d'un an auparavant dans l'arrêt *Burns*, il s'agit bien ici d'une telle *victoire à la Pyrrhus*, qui dilue, dans la foulée des événements du 11 septembre 2001, les garanties substantives découlant logiquement de ce dernier arrêt. Au lieu d'une adhésion ferme à la jurisprudence des valeurs caractéristique de *Burns*, voilà plutôt l'approche formelle, laquelle présida à l'élaboration des décisions *Kindler* et *Ng*, qui revient à l'avant-scène. Or les coûts sont ici élevés: non seulement en termes de garanties juridiques applicables aux réfugiés disant craindre la torture en cas d'expulsion, mais également en termes de cohérence de l'attitude générale de la Cour, en matière d'extradition et d'expulsion. Il est à craindre, en effet, que les décisions *Suresh* et *Ahani*⁵⁴ annoncent clairement le retrait de la Cour vers une prudente réserve, en cas de situation exceptionnelle (en l'occurrence celle apparue le 11 septembre), cette attitude se traduisant par une «extrême circonspection» à l'endroit des décisions de l'État gouvernemental et administratif dès lors que celui-ci se conforme à un minimum de formalisme procédural, en pratique vide de substance. Le fait que dans *Suresh* et *Ahani* la Cour rend une décision unanime renforce l'impression de se trouver face à un revirement très significatif.

Il nous faut être clair ici: les arrêts *Suresh* et *Ahani*, rendus en matière d'expulsion et de torture, n'entraînent pas un renversement direct de la décision antérieure dans *Burns*, qui elle portait comme nous l'avons vu sur l'extradition et la peine de mort. L'arrêt *Burns* fait toujours «jurisprudence» et le ministre de la Justice doit obtenir les garanties nécessaires avant d'extrader une personne suspectée de meurtre ou déclarée coupable de meurtre, vers un État où la peine de mort s'applique à ce type de crime. Il n'en reste pas moins que les questions d'extradition et d'expulsion

53. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, n° 27790, 11 janvier 2002.

54. *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, n° 27792, 11 janvier 2002 (décision reposant sur la même analyse que l'arrêt *Suresh*).

soulèvent des interrogations fort similaires: la Cour suprême du Canada le souligne elle-même à plusieurs reprises⁵⁵. Or, comme nous le verrons, il n'est pas aisé de mettre en cohérence les arrêts *Burns* et *Suresh/Ahani*: une lecture attentive révèle plutôt un certain nombre d'incohérences.

Rappelons d'abord les faits. Suresh avait obtenu le statut de réfugié au Canada en 1991. En 1995, le gouvernement, qui affirmait que ce réfugié était en réalité un membre des LTTE (Tigres tamouls) et aidait cette organisation qualifiée de «terroriste» à recueillir des fonds au Canada, ordonna sa mise en détention en vue de son expulsion au Sri Lanka. Suresh s'est opposé à cette mesure d'expulsion, invoquant qu'il risquait d'être soumis à la torture. Quant à Ahani, bénéficiant lui aussi du statut de réfugié depuis 1991, il était décrit par le gouvernement canadien comme un membre des services de renseignements et de sécurité iraniens, qualifiés également d'organisation terroriste.

Dans la décision *Suresh*, où la Cour suprême du Canada développe l'essentiel de son analyse, l'approche semble de prime abord similaire à celle développée quelques mois auparavant dans *Burns*. L'examen du droit international occupe une large part des motifs (par. 59 à 75), lesquels, comme dans *Burns*, portent sur la compatibilité de la décision gouvernementale avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour examine d'abord la portée du *jus cogens* en la matière: elle estime, tenant compte des normes conventionnelles, de la loi interne de la plupart des États et de la doctrine, «qu'il existe des indices convaincants du fait que la prohibition de la torture est une norme impérative»⁵⁶ du droit international. Considérant ensuite la teneur des instruments internationaux en matière de droit international des droits de la personne, notamment le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁷ et la *Convention contre la torture et*

55. Décision *Suresh*, précitée, par. 39 («l'arrêt *Kindler*... met en cause des considérations semblables»); par. 54 («Bien que, en l'espèce, il soit question d'expulsion et non d'extradition, nous ne voyons aucune raison pour laquelle le principe énoncé dans *Burns* ne s'appliquerait pas avec le même effet»).

56. *Ibid.*, par. 62.

57. *R.T.Can.*, 1976, n° 47, art. 7 («Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants...»), tel qu'interprété dans *l'Observation générale no 20* du Comité des droits de l'homme de l'ONU, Doc. NU HRI/Gen/I/Rev. 1, p. 31, (1994). Suivant le Comité des droits de l'homme, l'article 7 a pour effet d'interdire l'extradition, l'expulsion ou le refoulement des individus exposés à des risques de torture.

*autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants*⁵⁸, ratifiés par le Canada en 1976 et 1987, la Cour en vient à la conclusion que «l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture», ajoutant «qu'il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte»⁵⁹.

On aurait pu croire ces éléments suffisants pour fixer la norme constitutionnelle applicable en droit canadien. Tel n'est cependant pas le cas. D'une part, rappelant qu'«à proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi»⁶⁰, la Cour n'exclut pas – ceci entre en contradiction avec le libellé pourtant clair de la *Convention contre la torture*⁶¹ – que «dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée»⁶². Qui plus est, alors que cette disposition législative contredit de manière évidente le texte de la *Convention contre la torture* et celui du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, l'article 53(1) de la *Loi sur l'immigration*⁶³, qui permet en certains cas (par exemple, l'existence de liens avec une organisation se livrant ou s'étant livrée à des actes de terrorisme) l'expulsion d'une personne *même si sa vie ou sa liberté sont menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques*, est jugé par la Cour comme ne portant pas atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁴. Ce résultat découle de la

58. *R.T.Can.*, 1987, n° 36, art. 3 («Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture»).

59. Décision *Suresh*, précitée, par. 75.

60. *Ibid.*, par. 60. Pour éviter tout malentendu, nous citons *in extenso* ce passage de la décision:

«À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi. Toutefois, les tribunaux peuvent faire appel au droit international non pas parce qu'il régit la question mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes».

61. Voir l'article 2 (2) de la *Convention*:

«Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, [...] ne peut être invoquée pour justifier la torture». La Cour suprême du Canada interprète cette disposition comme ne permettant *en aucune circonstance* l'expulsion d'un individu qui risque d'être soumis à la torture. Décision *Suresh*, précitée, par. 71.

62. *Ibid.*, par. 78.

63. L.R.C. (1985), c. I-2.

64. Décision *Suresh*, précitée, par. 78.

démarche sinueuse qu'emprunte la Cour pour n'établir qu'un lien *indirect* entre les obligations internationales du Canada en matière de droits et libertés de la personne, et les «principes de la justice fondamentale» qui conditionnent l'application de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁵.

D'autre part, la Cour situe le litige, outre l'aspect constitutionnel, dans le cadre du droit administratif: la question de savoir si l'expulsion expose un individu à des risques de torture est évidemment une question de faits. Or la Cour se retranche ici derrière une attitude d'extrême prudence vis-à-vis des évaluations gouvernementales et administratives. Elle croit que l'appréciation des risques que la torture soit appliquée dépend d'un ensemble de questions que le gouvernement est mieux à même de cerner de manière adéquate et qui «échappent en grande partie au champ d'expertise des tribunaux»⁶⁶. Par conséquent, la Cour estime que le contrôle des décisions ministérielles (quant au risque de torture et quant au fait qu'un individu représente ou non un danger pour la sécurité du Canada) fait appel au critère minimal applicable en droit administratif, soit la norme du «manifestement déraisonnable». L'application de ce critère de contrôle aboutit généralement à valider les décisions administratives sous examen.

Que reste-t-il donc, en bout de ligne, des longs développements consacrés dans *Suresh* à l'examen du droit international? Demeure, en règle générale, l'interdiction d'expulser un réfugié qui risque d'être soumis à la torture, sauf circonstances exceptionnelles à préciser ultérieurement. Comment les tribunaux peuvent-ils s'assurer, compte tenu de l'extrême circonspection dont ils doivent faire preuve, que cette règle est respectée par le gouverne-

65. Cette démarche oblique apparaît bien dans le passage suivant:

«Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle sera torturée dans le pays de destination, ce n'est pas parce que l'article 3 de la [*Convention contre la torture*] limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l'expulsion lorsqu'il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d'importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L'étendue du pouvoir discrétionnaire d'expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination, pour autant que cela existe, sera définie dans des affaires ultérieures.» *Ibid.* [nous soulignons].

66. *Ibid.*, par. 39.

ment et l'administration? En vérifiant que les règles de «l'équité procédurale» ont été respectées par l'État gouvernemental et administratif dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁶⁷. Ces règles, tel que le précise la Cour dans la décision *Suresh*, exigent au préalable que la personne visée par la mesure d'expulsion établisse *prima facie* qu'elle risque d'être soumise à la torture. Le gouvernement doit alors lui transmettre (sauf motif valable... telle la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique) tous les éléments qui ont déterminé sa décision. Le réfugié peut alors faire valoir par écrit des contre-arguments (il ne peut exiger d'être entendu). La décision ministérielle finale doit être motivée par écrit et «étayer rationnellement [le cas échéant] sa conclusion qu'il n'existe pas de motifs sérieux de croire que la personne visée... sera torturée ou exécutée»⁶⁸. Toutefois, cette décision ne pourra être révisée par les tribunaux que si elle s'avère «manifestement déraisonnable».

Les conséquences pratiques de la décision *Suresh* peuvent être mieux évaluées à la lumière de la décision *Ahani*, rendue le même jour. Dans *Suresh*, la Cour suprême du Canada conclut que l'appelant n'ayant pu bénéficier des normes procédurales d'équité que nous venons d'énumérer, le dossier devait être renvoyé à la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour qu'elle décide du cas suivant la procédure prescrite. Les choses se présentaient différemment dans *Ahani*. Le réfugié, soupçonné par le gouvernement canadien, comme nous l'avons mentionné, d'être un agent des services de renseignements iraniens, avait été arrêté en juin 1993 et était détenu depuis cette date. Il invoquait un risque de torture pour éviter d'être expulsé vers l'Iran. Le ministère l'avait cependant informé de son intention de prendre une mesure d'expulsion; Ahani fut autorisé à présenter des observations, mais – cela semble clair à la lecture de la décision – la note de service rédigée par un analyste du ministère ainsi qu'un avis des services juridiques ministériels ne lui furent jamais communiqués. La ministre a transmis subséquemment à Ahani sa décision rejetant ses prétentions. Même si la procédure suivie s'écarte à l'évidence des critères d'équité énoncés le jour même par la Cour suprême et ce sur un point central (la communication des informations à la base de la décision ministérielle), la Cour, à l'unanimité, n'en estime pas moins laconiquement que [quoique] «la procédure

67. *Ibid.*, par. 116 et s.

68. *Ibid.*, par. 126.

suivie n'était peut-être pas parfaitement conforme à celle préconisée dans *Suresh*, nous estimons que cette divergence n'a pas causé de préjudice à l'appelant»⁶⁹. L'appel se voit donc sommairement rejeté.

La mise en parallèle des décisions *Burns* et *Suresh* – en tenant compte de l'arrêt *Kindler* – fait apparaître un certain nombre d'incongruités:

- (a) Quoique, de l'avis de la Cour, le droit international condamne clairement, sans exception, toute expulsion où se présente un risque sérieux de torture alors qu'il *tend* seulement, de manière non univoque, vers une interdiction de la peine de mort, la Cour accorde un poids motivationnel moindre au droit international dans *Suresh* qu'elle ne l'avait fait dans *Burns*. Le recours au droit international, dans l'arrêt *Burns*, détermine dans une large mesure l'inconstitutionnalité de la mesure d'extradition (à moins de garanties adéquates obtenues de l'État requérant quant à la non-application de la peine de mort); mais dans *Suresh* et *Ahani*, – où la norme de droit international est pourtant impérative – on assujettit la décision du ministre uniquement à des exigences procédurales.
- (b) Quoique la Cour ait mentionné, y compris dans *Kindler*, que le risque d'être soumis à la torture en cas d'expulsion ou d'extradition est intolérable et heurte d'emblée (au contraire, soutenait-elle dans *Kindler*, de la peine de mort) la conscience des Canadiens⁷⁰, elle adopte en définitive une position plus faible en ce domaine qu'en matière de peine de mort.
- (c) Quoique la Cour ait elle-même mentionné que l'extradition offre, à la différence de l'expulsion, des garanties juridiques à l'intéressé⁷¹, elle se montre plus laxiste à l'égard des mesures d'expulsion que d'extradition.

69. Décision précitée, par. 26.

70. *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, précitée, p. 832 (j. La Forest): «Évidemment, il y a des situations où la peine infligée à la suite d'une extradition – par exemple la torture – porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne que la remise serait inacceptable»; p. 833 (j. La Forest): [quant à la peine de mort] «cette situation contraste avec la condamnation générale dans le monde de pratiques comme le génocide, l'esclavage et la torture».

71. *Ibid.*, p. 835 (j. La Forest): «...je m'inquièterais de favoriser le recours à l'expulsion plutôt qu'à l'extradition qui contient des mesures de protection relatives au processus criminel».

- (d) Quoique la Cour ait de toute évidence écarté dans *Burns* l'idée d'une grande déférence et d'une extrême circonspection judiciaires à l'égard des décisions du gouvernement lorsque la peine de mort est en jeu (conception qui fonde sa position dans *Kindler*), elle y revient dans *Suresh*, en se rabattant sur une approche de droit administratif centrée sur le critère du «manifestement déraisonnable», donc d'un niveau minimal de contrôle, *lorsque la question de la torture (et de la vie, devrait-on ajouter) est elle-même soulevée.*

Ce revirement n'est pas fortuit. Il permet en effet à la Cour de contourner, sans trop en avoir l'air, la jurisprudence qu'elle avait elle-même élaborée quelques mois auparavant, dans l'arrêt *Burns*. Au premier abord, la Cour paraît favoriser, en effet, une approche qui rappelle celle, *rationnelle en valeur* suivant notre typologie, qu'elle avait remarquablement élaborée dans cette dernière décision: tel que mentionné, une longue attention est prêtée aux normes du droit international et la Cour en vient à la conclusion que, lorsqu'il existe des risques sérieux de torture, une expulsion sera «généralement» contraire aux principes de la justice fondamentale auxquels l'article 7 de la *Charte canadienne* fait référence. Mais que signifie en pratique cette conclusion *grosso modo* conforme à *Burns*?

Bien peu de choses en fait, car c'est toute la jurisprudence *Kindler* qui refait ici surface. Dans *Kindler*, la Cour faisait valoir que l'exécutif est bien mieux placé que les tribunaux pour décider s'il faut ou non demander des garanties quant à l'application de la peine de mort en cas d'extradition: il s'agissait là, disait-on, de questions complexes ayant trait aux relations internationales, que les gouvernants (et leurs experts) maîtrisent bien mieux que les juges. Cette conception, nous l'avons vu, est largement mise de côté dans *Burns*. Mais elle occupe de nouveau le devant de la scène dans *Suresh*: évaluer si un individu représente un danger pour la sécurité du Canada ou s'il encourt un risque sérieux de torture en cas d'expulsion, voilà, soutient-on à nouveau, des questions bien trop délicates pour faire l'objet d'un débat judiciaire.

Pourquoi un tel revirement, dont l'argumentation est cousue de fil blanc? Si l'on s'en tient à l'analyse des textes, une seule motivation permet d'en rendre compte. Elle apparaît en filigrane de la décision *Suresh*, en deux passages capitaux. Dans les deux cas, les attentats du 11 septembre 2001 et leurs suites jouent un rôle cru-

cial dans l'infléchissement de l'argumentation. Le premier passage a trait à ce qu'on pourrait appeler *la problématique de l'erreur* dans l'intervention judiciaire; la Cour s'appuie ici sur l'opinion de lord Hoffman dans le jugement de la Chambre des lords dans *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*⁷²:

Après les événements du 11 septembre 2001, lord Hoffman a ajouté le post-scriptum suivant à ses motifs (au par. 62):

[TRADUCTION] J'ai rédigé les présents motifs environ trois mois avant les événements survenus récemment à New York et à Washington. *Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé.* Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a-t-il accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.⁷³

La problématique de l'erreur jouait aussi un rôle important dans la décision *Burns*, mais elle était appréhendée d'une manière totalement inverse, c'est-à-dire que la Cour suprême se plaçait du point de vue de la personne visée par la mesure d'extradition et non de celui de l'État gouvernemental/administratif dont les préoccupations sont axées sur la sécurité nationale. Dans *Burns*, les possibilités d'erreur judiciaire dans les condamnations à mort sont discutées de manière détaillée et ceci renforce la conviction de la Cour à l'effet qu'une extradition sans garanties quant à la mise à l'écart de la peine de mort est contraire aux principes de la justice fondamentale: «dans les cas où l'application de la peine capitale est demandée, si un seul innocent était exécuté par l'État, ce serait un de trop»⁷⁴. Curieusement, la Cour suprême ne se pose pas du tout une question de cet ordre dans la décision *Suresh*. Il est évident qu'une erreur d'appréciation du risque que fait courir à

72. [2001] UKHL 47.

73. Arrêt *Suresh*, précité, par. 33 (le souligné est celui de la Cour suprême du Canada; les italiques sont de nous).

74. Arrêt *Burns*, précité, par. 102.

la sécurité nationale la présence d'un ressortissant étranger peut avoir des conséquences tragiques, mais la question inverse doit aussi être soulevée: les risques que le ministère ou les services de renseignements évaluent erronément le danger réel qu'un individu expulsé puisse être soumis à la torture, enlevé et assassiné par les forces répressives, officielles ou officieuses, d'un régime non démocratique, etc., sont évidemment présentes; et ce d'autant plus, doit-on observer, que le processus d'évaluation échappe largement au contrôle judiciaire et relève d'autorités politiques, administratives et policières dont la préoccupation première demeure la *raison d'État*.

Le second passage vise non pas, via la problématique de l'erreur, à soutenir la thèse d'une contrainte minimale de rationalité (c'est-à-dire le critère de la décision «manifestement déraisonnable»), mais plutôt à défendre l'idée que la norme de droit international voulant qu'un danger direct existe pour la sécurité de l'État procédant à l'expulsion (et non seulement un danger pour un pays tiers ou une vague menace potentielle) ait perdu de sa pertinence depuis le 11 septembre:

Peu importe que ce soit à bon droit qu'on ait insisté, historiquement, sur la preuve directe d'un danger précis pour le pays procédant à l'expulsion, *les choses ont changé* et nous croyons que les tribunaux peuvent maintenant conclure que l'appui au terrorisme à l'étranger crée la possibilité de répercussions préjudiciables à la sécurité du Canada: voir *Rehman*, précité, lord Slynn of Hadley, aux par. 16 et 17. Il faut interpréter les conventions internationales *en tenant compte de la situation actuelle*. On a peut-être déjà pu avancer, logiquement, que les actes de terrorisme dans un pays ne touchaient pas nécessairement les autres pays, mais *pareille affirmation n'est plus possible depuis 2001*.⁷⁵

Ces deux passages concordants témoignent éloquemment du changement de perspective de la Cour, lequel repose essentiellement sur la situation nouvelle créée par les événements du 11 septembre. Même si la Cour s'intéresse toujours, par exemple, à la portée du droit international, il est évident qu'elle ne se place plus du tout sur le terrain de la jurisprudence des valeurs caractéristique de la décision *Burns*: la solution procédurale qu'elle favorise nous ramène à la jurisprudence formelle de l'arrêt *Kindler*, en ce sens qu'une analyse substantive des cas *Suresh* et *Ahani* est autant que possible évitée, au profit d'une attitude de déférence

75. Arrêt *Suresh*, précité, par. 87 (nos italiques).

circonspecte devant les décisions de l'État gouvernemental et administratif. L'éthique de la discussion (malgré la longueur des jugements !) est ici en retrait, au profit d'une lecture formelle de la légalité, qui ne signifie rien d'autre que la déférence de l'État juridictionnel devant le décisionnisme du pouvoir exécutif. Un changement évident de paradigme s'est produit, qui met l'accent – dans les cas bien sûr où cette alternative se présente – sur la sécurité davantage que la liberté, sur la raison d'État davantage que sur «l'État de droit», au sens plein du terme.

CONCLUSION: «LES CHOSES ONT CHANGÉ DEPUIS 2001»

L'affaire *Ahani* a connu son terme le 16 mai 2002. Dans l'hypothèse d'un jugement défavorable de la Cour suprême du Canada, Ahani avait présenté le 10 janvier 2002 une communication devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU, en se prévalant du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international sur les droits civils et politiques*⁷⁶ et en faisant valoir qu'il avait épuisé toutes les voies de recours internes. Compte tenu de la gravité des allégations, le Comité des droits de l'homme a saisi le Canada d'une requête pour mesures intérimaires demandant au gouvernement de surseoir pour le moment à la mesure d'expulsion. Devant le refus des autorités canadiennes d'acquiescer à la demande du Comité, Ahani a présenté une demande d'injonction, visant à interdire l'expulsion tant que les délibérations du Comité ne seraient pas terminées. Cette demande a été rejetée par la Cour supérieure ontarienne⁷⁷, puis par la Cour d'appel de l'Ontario⁷⁸, le juge Rosenberg étant dissident. La permission d'appel demandée par les avocats d'Ahani a été refusée par la Cour suprême du Canada ce 16 mai 2002, la juge L'Heureux-Dubé étant dissidente⁷⁹.

Que retenir de ce dénouement, du point de vue d'une théorie sociologique de la légitimité de l'État – y compris de l'État juridictionnel? L'infléchissement de l'attitude de la Cour en matière

76. Entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976. Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 999 (1976), p. 306.

77. [2002] O.J. No. 81.(j. Dambrot).

78. *Ahani c. Canada (Procureur général)*, C.A. Ont., affaires C37565; M28156, 8 février 2002 (juges Laskin, Charron et Rosenberg).

79. *Bulletin des procédures*, Cour suprême du Canada, 17 mai 2002, n° 29058: *Mansour Ahani c. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (juges Bastarache, Binnie et L'Heureux-Dubé).

d'expulsion, que nous avons mis en lumière à travers l'analyse comparée des décisions *Kindler, Burns* et *Suresh/Ahani*, est certainement compatible avec l'hypothèse formulée dans la partie théorique de notre étude: la situation exceptionnelle bouleverse les processus réguliers de légitimation d'un système politique qui s'auto-représente comme «État de droit», elle en déplace le centre de gravité de l'État juridictionnel vers l'État gouvernemental (l'État parlementaire étant depuis longtemps «hors-jeu»). La cour constitutionnelle – en l'occurrence la Cour suprême du Canada dans son rôle de juge de la Constitution – est alors placée devant l'alternative suivante: soit maintenir le cap vers une jurisprudence des valeurs, ce qui ne peut que multiplier les occasions de conflit avec le pouvoir exécutif, alors que celui-ci, fort du désarroi d'une partie de la population, est en position de force; soit retraiter prudemment vers la jurisprudence formelle, c'est-à-dire reconnaître le surplus de légitimité que la situation exceptionnelle confère à l'État gouvernemental. Mais ici aussi il y a un prix à payer: l'insertion d'éléments de rupture dans la cohérence générale de la jurisprudence de la Cour, lesquels risquent de se traduire par une perte (relative) de légitimité⁸⁰.

Nous retrouvons dans cette analyse des éléments de convergence avec les conclusions dégagées d'une autre étude⁸¹, qui ne portait nullement sur la problématique de la situation exceptionnelle. En contexte canadien, la jurisprudence des valeurs tend à asseoir sa légitimité sur une éthique de la conviction fondée sur le droit international des droits de la personne: c'est là une spécificité proprement canadienne – si l'on compare ce trait à la situation prévalant en droit américain, par exemple. L'appel au droit international recèle un fort potentiel de légitimité, ce que l'arrêt *Burns* illustre de manière remarquable. À l'opposé, la jurisprudence formelle, laquelle repose en définitive sur une certaine éthique de la responsabilité⁸², trouve pour sa part une assise très forte dans la

80. Tout ceci nécessiterait par ailleurs d'être confronté plus globalement avec le monde des «faits» – et pas seulement des «faits» juridiques. On voudra bien considérer les développements qui précèdent comme le résultat d'une réflexion embryonnaire sur le thème «situation exceptionnelle et légitimité», laquelle appellerait évidemment un prolongement empirique beaucoup plus poussé et axé vers l'établissement de relations causales entre les phénomènes.

81. Michel COUTU, «La Cour suprême du Canada et la problématique de la légitimité: une *américanisation* du droit canadien?», *loc. cit.*

82. Sur la distinction entre l'éthique de la conviction et l'éthique de la responsabilité, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op.cit.*, p. 198 et s.

tradition britannique de déférence à l'endroit des choix politiques du « législateur », tradition qui est liée au principe, issu des Révolutions du XVII^e siècle, de la souveraineté absolue du Parlement. Bien entendu, depuis 1982, il ne saurait être question d'en appeler directement à cette conception; elle n'en demeure pas moins très présente et ce n'est certainement pas un hasard si une décision comme celle de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Rehman*, qui s'inscrit très bien dans cette tradition de réserve judiciaire, se voit invoquée dans certains passages décisifs de la décision *Suresh*.

Par ailleurs, dans la perspective de la *politique du droit*, les affaires *Suresh* et *Ahani* semblent annoncer un changement de paradigme dans la jurisprudence de la Cour (de la liberté vers la sécurité), qui ne manquera pas d'inquiéter. Que « les choses aient changé depuis 2001 », c'est là une évidence que personne ne niera. Que la Cour suprême doive tenir compte de ce fait dans l'élaboration de ces décisions, voilà qui va également de soi. Mais fallait-il pour autant remiser au placard la jurisprudence des valeurs qui sous-tend, entre autres, la décision *Burns*? N'est-ce pas précisé dans la situation exceptionnelle que la Cour doit, en tant que « gardien de la Constitution », s'efforcer de faire contrepoids à l'État gouvernemental, à la raison d'État? S'il devait se confirmer que la menace terroriste n'est pas en train de se résorber mais représente au contraire une composante permanente de la « globalisation des risques »⁸³, les décisions futures de la Cour indiqueront dans quelle mesure l'État juridictionnel canadien se révèle réellement apte à tempérer le décisionnisme du pouvoir exécutif.

83. Voir Ulrich BECK, *Was ist Globalisierung?*, Francfort, Suhrkamp, 1997, p. 73 et s.