

COMMENTAIRE

**L’AFFAIRE DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE
ET L’EXTENSION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE**

par Pierre PATENAUDE*

SOMMAIRE

La saga des garanties implicites	324
La décision majoritaire	325
La dissidence	327
Commentaires	329

*. Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke.

Récemment, la Cour suprême du Canada a, unilatéralement, extensionné considérablement son pouvoir constitutionnel de contrôle. Dans l'affaire des juges de la Cour provinciale,¹ la majorité a, au moyen d'un activisme judiciaire qu'elle ne peut couvrir par l'excuse de l'obligation imposée par les constituants,² ouvert la porte à la constitutionnalisation des vagues principes politiques de la Common Law britannique, avec les conséquences que l'on peut prévoir. Voyons donc...

Le regretté Jean-Charles Bonenfant écrivait, en 1976 :

«Un bon gouvernement par les juges demeure toujours un gouvernement par les juges avec tous les dangers que cela comporte [...] Je redoute [...] que dans un système politique, social, économique et ethnique aussi compliqué que celui de notre pays on abandonne au jeu dialectique de quelques personnes savantes et honnêtes le règlement de problèmes essentiels. Les gens honnêtes qui ne s'entendent pas ne font que donner un sens différent aux mots et entre un jugement majoritaire et une dissidence, il n'y a parfois qu'un syllogisme fautif; mais cette différence de logique, [...] peut déterminer l'avenir du pays.»³

Loin de nous l'idée de contester le principe de la suprématie de la Constitution ainsi que son corollaire, celui du contrôle judiciaire de la validité constitutionnelle des lois; néanmoins, ce dernier doit, à notre avis, être circonscrit : il ne demeure légitime que lorsqu'il agit à l'intérieur des paramètres établis par les constituants. Le pouvoir judiciaire ne devrait unilatéralement l'extensionner. La retenue devrait, donc, quant à son champ de juridiction, être de règle, surtout lorsqu'il limite l'action des élus du peuple.

1. [1997] 3 R.C.S. 3.

2. Voir : Hon. B. Wilson, «We didn't volunteer» (1999) 20 Policy Options Politiques 8.

3. J.-C. Bonenfant, «La Cour suprême et le partage des compétences» (1976) 14 *Alta L. Rev.* 21 à la p. 32.

Le cas des garanties constitutionnelles implicites discuté dans la décision relative aux juges de la Cour provinciale,⁴ illustre de façon éclatante la constatation de feu Jean-Charles Bonenfant et il actualise la nécessité, selon nous, d'une retenue judiciaire quant à l'élargissement de son pouvoir de contrôle de l'élément démocratique.

- **La saga des garanties implicites**

Certains avaient cru voir dans la *Loi constitutionnelle de 1867* certaines garanties tacites de droits fondamentaux qui auraient limité la souveraineté parlementaire. Ainsi, on avait jadis pu lire sous la plume du juge Abbott, l'extrait suivant :

«Le droit à la liberté de discussion et de critique est essentiel à une démocratie parlementaire [...] ce droit ne peut être abrogé par une législature [...] ou même par le Parlement.»⁵

Dans la même veine, on avait lu dans un jugement de la Cour d'appel du Québec relatif aux droits scolaires des Témoins de Jéhovah⁶ les extraits suivants :

«[...] il paraîtrait utile de rappeler que le droit de donner à ses enfants l'éducation religieuse de son choix, de même que la liberté de conscience, sont antérieures à la loi positive.» (à la p. 711)

«If these rights find their source in positive law they can be taken away. But if, as they do, they find their existence in the very nature of man, then they cannot be taken away [...]» (à la p. 722)

Selon ces juges, certains droits fondamentaux non enchâssés spécifiquement dans la *Loi constitutionnelle de 1867* seraient venus restreindre l'omnipotence du Parlement.

4. *Supra* note 1.

5. *Switzman c. Ebling*, [1957] R.C.S. 285 aux pp. 327-28.

6. [1957] B.R. 707.

Pourtant, il semblait bien, selon plusieurs, que cette théorie des garanties implicites n'était pas fondée. Au Canada, seuls les textes constitutionnels formels auraient pu restreindre la souveraineté parlementaire. Le professeur Hogg résumait bien l'opinion majoritaire quant à l'existence de garanties constitutionnelles implicites limitant le pouvoir des législateurs :

«A difficulty with this line of reasoning is that the central feature of the constitution of the United Kingdom, and of its Parliament, was in 1867, and still is, parliamentary sovereignty. In the United Kingdom the tradition of respect for civil liberties is not reflected in the law of the constitution. Any of the civil liberties, including free speech, can be abolished by the Parliament at any time. Thus, when the B.N.A. Act established parliamentary institutions on the model of the United Kingdom, the plausible assumption would be, as the courts have so often emphasized, that the Canadian institutions would enjoy powers of the same order as those of the Parliament at Westminster. [...] It is the theory of exhaustive distribution, not the implied bill of rights, which is more faithful to both the history and the text of the B.N.A. Act.»⁷

De même, dans une affaire antérieure à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on avait plaidé en Cour suprême que les libertés d'expression, de réunion et d'association, la liberté de presse et la liberté de religion avaient été héritées du Royaume-Uni et incluses dans la Constitution canadienne par le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867. Au nom de la majorité, le juge Beetz avait répondu : «Aucune des libertés mentionnées n'a été consacrée par la constitution au point d'être mise hors de la portée de toute législation».⁸

- **La décision majoritaire**

Pourtant, dans le renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale,⁹ mentionné précédemment, le juge Lamer, en vint à la conclusion que ledit préambule pouvait servir à limiter la souveraineté des Parlements canadiens et,

7. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977 à la p. 430.

8. *P.G. (Can.) et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770 à la p. 796.

9. *Supra* note 1.

qu'en conséquence, les élus du peuple ne pouvaient diminuer unilatéralement le salaire des juges. En l'instance, les législateurs de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard avaient diminué le salaire des magistrats, tout comme ils l'avaient fait pour les fonctionnaires, dans un effort de compressions budgétaires.

Les dispositions furent jugées inconstitutionnelles. Le juge en chef Lamer profita de cette décision pour revenir à la question des protections implicites :

«[L]e préambule énonce [...] «la thèse politique que la loi exprime» [...]. Il reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [...] le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. (à la p. 69)

[...] la reconnaissance de la nature démocratique du gouvernement parlementaire dans le préambule a été utilisée par certains membres de notre Cour pour façonner une déclaration des droits implicites, en l'absence de toute indication expresse à cet effet dans le texte constitutionnel. Cette interprétation repose, à mon sens, sur la reconnaissance du caractère essentiel des institutions politiques dans la "structure fondamentale de notre Constitution" [...], et c'est pourquoi les gouvernements ne peuvent pas miner les mécanismes de la responsabilité politique qui définissent, guident et légitiment ces institutions.

Ces exemples - les principes de la reconnaissance totale et de la suprématie, la réparation novatrice que constitue la déclaration d'invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l'attribution à l'autorité fédérale du pouvoir de réglementer la liberté d'expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d'expression politique - illustrent l'effet juridique particulier du préambule. Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les

tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

La même approche s'applique à l'égard de la *protection de l'indépendance de la magistrature*. [...] *le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 et, en particulier, sa référence à "une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni" constituent une "reconnaissance écrite" du principe de l'indépendance de la magistrature.*¹⁰ (à la p. 75) [nos italiques]

- **La dissidence**

À l'opposé, le juge La Forest, partisan d'une approche plus classique, écrit dans sa dissidence :

«Même s'il est accepté que l'indépendance de la magistrature était devenue un principe "constitutionnel" en Grande-Bretagne en 1867, il est important de comprendre la signification précise de ce terme en droit britannique. Contrairement au Canada, la Grande-Bretagne n'a pas de constitution écrite. *Suivant la théorie juridique britannique reconnue, le Parlement est suprême. Je veux dire par là que sa compétence législative est illimitée. Comme Dicey l'explique, le Parlement a, [TRADUCTION] "en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler".* (A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), aux pp. 39 et 40). Ce principe a été quelque peu modifié au cours des dernières décennies pour tenir compte de l'effet de l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté européenne, mais, en dernière analyse, le Parlement britannique demeure suprême; voir E.C.S. Wade et A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law* (11^e éd. 1993), par A.W. Bradley et K.D. Ewing, aux pp. 68 à 87; Colin Turpin, *British Government and the Constitution* (3^e éd. 1995), aux pp. 298 et 299. [nos italiques]

10. *Ibid.*

[...]

L'idée qu'il existait des limites applicables au pouvoir du Parlement britannique de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire au moment de la Confédération est donc historiquement fautive. En exprimant le désir d'avoir une constitution "semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni", les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ont pas donné aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi portant atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature. (à la p. 179)

[...]

Par conséquent, inférer la protection de l'indépendance de la magistrature du désir exprimé dans le préambule de se doter d'une constitution d'inspiration britannique c'est se méprendre complètement sur la nature fondamentale de cette constitution.

Cette constatation nous ramène à l'argument central : dans la mesure où les tribunaux canadiens ont le pouvoir de faire respecter le principe de l'indépendance de la magistrature, ce pouvoir découle de la structure du constitutionnalisme canadien, et non du constitutionnalisme britannique. Notre Constitution prévoit expressément et le pouvoir de contrôle judiciaire (à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et des garanties d'indépendance de la magistrature (aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'al. 11 d) de la *Charte*). *Bien que ces dispositions aient été interprétées comme accordant des garanties d'indépendance qui ne ressortent pas de façon manifeste de leur libellé, elles l'ont été au moyen de mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle et non par le recours au préambule.* La légitimité de cette démarche interprétative découle de son assise sur une expression de la volonté démocratique, et non d'une théorie douteuse quant à l'existence d'une structure constitutionnelle implicite. Les dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le juge en Chef, "l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*" (par. 107). Au contraire, ils sont la Constitution. *Affirmer autre chose c'est subvertir le fondement démocratique du contrôle judiciaire.* [nos italiques]

En d'autres termes, l'approche adoptée par le Juge en chef méconnaît, selon moi, la nature de la *Loi constitutionnelle de 1867*.»¹¹ (à la p. 183)

- **Commentaires**

La décision du juge en chef nous surprend à plusieurs égards : en effet, c'est le principe de la souveraineté du Parlement qui est la pierre d'assise de toute la structure constitutionnelle britannique. Donc, si le préambule de la Constitution canadienne incorpore les grands principes non écrits de la constitution britannique, si, selon les termes même du juge en chef «par sa référence à “une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni”, il [le préambule] indique que l'organisation juridique et institutionnelle de la démocratie constitutionnelle au Canada doit être similaire au régime juridique duquel émane la Constitution canadienne» (à la p. 70), c'est d'abord et avant tout celui de la souveraineté parlementaire qu'il greffe à notre structure étatique, la seule limite étant, ici, les dispositions formelles de la Constitution écrite, telles celles régissant le partage des compétences législatives (articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), celles assurant la protection des droits fondamentaux (*Loi constitutionnelle de 1982*) ou le maintien de la structure constitutionnelle formelle contre une modification unilatérale (formule d'amendement)!

Elle étonne aussi pour d'autres raisons : premièrement, si l'affirmation du juge en chef à l'effet que «la préférence pour une constitution écrite repose sur bon nombre de questions importantes, particulièrement la certitude du droit [...]» (à la p. 68), comment peut-il concilier ce besoin de certitude avec l'incorporation dans l'ordre constitutionnel majeur des vagues principes de Common Law régissant le fonctionnement de la structure politique britannique? Inviter «les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel» n'équivaut-il pas, justement, à introduire une grande incertitude? Comment, en limitant la souveraineté du pouvoir législatif au

11. *Ibid.*

moyen de limites implicites, respecte-t-on cette certitude du droit si chère aux yeux du juge en chef?

Enfin, plusieurs des exemples choisis par le juge en chef nous semblent inappropriés : celui-ci insiste longuement sur la constitutionnalisation des privilèges législatifs des législatures provinciales (à la p. 72) en négligeant d'ajouter que les législatures demeurent néanmoins souveraines pour en modifier la teneur et pourraient même en abolir l'existence; il présente aussi, à l'appui de sa thèse, le fait que le principe de la primauté du droit (rule of law) est fondamental à la Constitution du Canada (à la p. 71), ce qui est vrai. Néanmoins, on se souviendra qu'en Grande-Bretagne, jamais ce dernier principe ne peut servir à restreindre la souveraineté parlementaire!

Il se pourrait que les réflexions du juge en chef sur le rôle du préambule ne soient que des opinions ne liant pas les tribunaux (*obiter dicta*). En effet, n'a-t-il pas écrit, avant sa longue dissertation :

«Les présents pourvois ont tous été plaidés sur le fondement de l'al. 11d) de la *Charte*, disposition qui garantit l'indépendance et l'impartialité de la magistrature. Il ressort des termes mêmes de cette disposition que le droit qu'elle garantit est un droit d'application limitée - il ne s'applique qu'aux personnes qui font l'objet d'une inculpation. Malgré la portée limitée de l'al. 11d), il ne fait aucun doute que les pourvois peuvent et doivent être tranchés sur le fondement de cette disposition. Dans une large mesure, notre Cour est prisonnière du contexte que les parties et les intervenants lui ont présenté». (à la p. 63)

Bref, l'avenir nous dira le sort que réserveront les tribunaux à cette opinion du juge Lamer!

Mais quel que puisse être le statut futur des dites «garanties implicites», que la réflexion du juge en chef Lamer ou que celle du juge La Forest soit consacrée, les restrictions au pouvoir parlementaire différeront grandement. La logique de l'un l'emportera sur celle de l'autre et le statut du pouvoir législatif en dépendra.

Chose certaine, la séparation des pouvoirs existe pour opposer des contre-pouvoirs; en plus, la formule d'amendement constitutionnel est rigide pour assurer que des modifications importantes ne puissent être apportées à la Constitution de façon unilatérale; or, lorsque le pouvoir judiciaire élargit unilatéralement sa compétence constitutionnelle, il ne souffre d'aucun contre-pouvoir pouvant freiner ses ambitions...!

Le contrôle judiciaire amène, évidemment, un recul de la souveraineté démocratique face à une institution non élue. Il est légitime lorsque la Constitution est elle-même marquée du sceau de la légitimité (ce qui peut, au Québec, poser quelques problèmes!). Mais les juges, en l'exerçant, doivent, à notre avis, faire preuve de retenue et ne restreindre l'élément démocratique que lorsqu'une disposition formelle et explicite de la Constitution l'impose.