

Droit constitutionnel

—— 5^e édition ——

Henri Brun, docteur en droit et avocat,
professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Guy Tremblay, docteur en droit,
professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Eugénie Brouillet, docteure en droit et avoca
professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval

EB ÉDITIONS YVON BLAIS
UNE SOCIÉTÉ THOMSON

**Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives
nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada**

Brun, Henri, 1939-

Droit constitutionnel

5^e éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-171-8

1. Droit constitutionnel - Canada. I. Tremblay, Guy, 1946- . II. Brouil-
let, Eugénie, 1973- . III. Titre.

KE4219.B79 2008

342.71

C2008-941449-7

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada
accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de
l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

© Les Éditions Yvon Blais Inc., 2008

C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada

Téléphone : (450) 266-1086 Télécopieur : (450) 263-9256

www.editionsyvonblais.com

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Dépôt légal: 3^e trimestre 2008

Bibliothèque et Archives nationales du Québec

Bibliothèque et Archives Canada

ISBN: 978-2-89635-171-8

tout, en un examen normatif de l'opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déférer à d'autres instances décisionnelles de l'administration politique.

Cette théorie de la justiciabilité est assez floue, mais elle trouve son application première lorsque le texte législatif en cause suggère aux tribunaux de refuser de se prononcer sur certaines questions. En l'espèce, la Cour a décelé une intention chez le législateur fédéral de ne pas rendre la question justiciable. Une intention semblable transparaît du libellé de l'article 45 de la Charte québécoise des droits en vertu duquel toute personne dans le besoin a droit à des mesures « susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ». Dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S., 429, 493-496, il fut jugé que cette disposition soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si les mesures adoptées sont adéquates ; cette décision laisse voir que les autres « droits économiques et sociaux » de la Charte québécoise, de par leur libellé, sont aussi à maints égards non justiciables. Il en irait de même de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison de sa terminologie programmatique.

L'absence d'indices textuels de non-justiciabilité n'empêche pas les tribunaux de refuser de se prononcer sur des questions purement politiques. Une telle conclusion en matière formellement constitutionnelle se trouve dans *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)*, (2000) 183 D.L.R. (4th) 225 (C.A.T.-N.), 276-277. Voir aussi *Henderson c. P.G. Québec*, [2007] R.J.Q. 2174 (C.A.), 2185-2186. La justiciabilité doit toutefois être admise dans les cas où la constitutionnalité d'une loi ou d'une action étatique est attaquée à partir de la Charte canadienne des droits : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 ; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 415-416.

Les tribunaux sont souvent saisis de questions à connotation politique lors de renvois. Un renvoi permet au gouvernement provincial ou fédéral de poser des questions directement à la Cour d'appel ou à la Cour suprême, tandis qu'un litige formel doit originer en première instance. La Cour suprême des États-Unis a toujours refusé de jouer pareil rôle consultatif. À l'occasion de divers renvois portant sur des questions constitutionnelles, la Cour suprême du Canada s'est interrogée sur leur justiciabilité et a finalement accepté de se prononcer sur le fond : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 544-546. Dans le *Renvoi rela-*

tif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, 237, la Cour a précisé qu'elle peut refuser, pour cause de « non-justiciabilité », de répondre à une question soumise par renvoi dans les deux cas suivants :

(i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise : l'interprétation du droit.

En l'espèce, la Cour a accepté de répondre aux questions qui, à ses yeux, ne la faisaient pas sortir de son rôle légitime ni du droit. Et elle a conclu à l'existence d'une obligation constitutionnelle impérative de négocier la sécession, en cas de majorité claire ayant répondu lors d'un référendum à une question claire. Toutefois, la Cour a expressément établi qu'il reviendrait aux seuls acteurs politiques et non aux tribunaux de décider si sont satisfaites ces exigences constitutionnelles. D'une part, selon la Cour, seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger si s'est dégagée une majorité claire en réponse à une question claire. D'autre part,

il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérisent les négociations politiques. (p. 294-295)

Enfin, la violation de l'obligation de négocier exigerait de faire « appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux » et elle pourrait « avoir des répercussions importantes au plan international » (p. 270-273).

– *La qualité pour agir en matière constitutionnelle*

Malgré le principe du contrôle judiciaire, des lois inconstitutionnelles peuvent persister un certain temps dans l'ordre juridique. En effet, les tribunaux ne se saisissent pas eux-mêmes des problèmes constitutionnels. Ce sont les parties à un litige qui doivent initier une contestation constitutionnelle. Normalement, elles doivent soulever le problème constitutionnel *ab initio*, dès la première instance, et ne doivent pas y renoncer en appel. Voir *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 241 ; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918 ; et *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, 679 et 700. Dans *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, il fut jugé qu'une cour pouvait

rendre sa décision sur la base d'une concession portant sur une question constitutionnelle sans que cela ne constitue un précédent décisif sur cette question. Voir également, sur le même point : *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (C.C.D.P.), [1989] 2 R.C.S. 879, par rapport à *Radulesco c. C.C.D.P.*, [1984] 2 R.C.S. 407. Dans *Canadian Newspaper Co. c. Canada* (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 122, 134-135, après avoir rejeté l'attaque constitutionnelle basée sur la liberté de presse (alinéa 2b) de la Charte canadienne), la Cour a renoncé à se prononcer sur la base du droit à un procès équitable (article 7 et alinéa 11d) de la même Charte), puisque la partie concernée n'avait pas soulevé ce point et que les autres parties intéressées n'en avaient pas été avisées. Voir aussi *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 559 ; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, 1297 ; et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 579-582.

Selon la Cour suprême, il ne convient pas qu'un juge décide, de sa propre initiative, d'examiner la constitutionnalité de dispositions législatives, encore moins de les déclarer invalides : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 147. Le caractère contradictoire du processus judiciaire au Canada et au Québec veut qu'en principe les parties soient laissées libres de plaider comme elles l'entendent. La portée de ce facteur est compensée par le fait que la Cour suprême a élargi considérablement la notion d'intérêt ou de qualité pour agir (*locus standi*) en matière constitutionnelle. En vertu du « droit au respect de la Constitution », tout justiciable pourra saisir les tribunaux d'une question constitutionnelle si les trois conditions suivantes sont remplies : la question de la validité de la loi se pose sérieusement ; le justiciable est directement touché par la loi ou il a un intérêt véritable quant à sa validité ; il n'existe pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la justice. Voir *Conseil du patronat du Québec Inc. c. Québec* (Procureur général), [1991] 3 R.C.S. 685 ; *Conseil canadien des Églises c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 236 ; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario* (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 675 ; et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 526-529. Les tribunaux peuvent aussi accorder la qualité pour agir en vertu de leur « pouvoir discrétionnaire résiduaire » ou parce que la personne qui désire contester une loi fait face à des procédures coercitives : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, 182-188.

En vertu des articles 95 et 98 du *Code de procédure civile*, la partie qui désire obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité doit

donner avis au procureur général, qui pourra intervenir ; le procureur général du Canada est aussi avisé lorsque la disposition attaquée relève de la compétence fédérale. Des exigences semblables ont été édictées par les autres provinces. Elles assurent l'équité du contrôle de constitutionnalité et elles sont valides comme relatives à l'administration de la justice dans la province, même dans le cadre des procès criminels : *R. c. Stranger*, (1983) 26 Alta L.R. (2d) 193 (C.A.) ; *McGillivray c. Manitoba*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 60 (B.R. Man.). Voir aussi l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7, et l'article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), c. T-2. Une décision constitutionnelle rendue sans respecter ces exigences ne fait pas autorité : *Peters c. A.B.C. Boat Charters Ltd.*, (1992) 98 D.L.R. (4th) 316 (C.S. C.-B.), 325. La Cour suprême tend à croire qu'une telle décision est invalide plutôt que simplement annulable sur preuve d'un préjudice : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 267. Il peut tout de même subsister des cas où le procureur général intéressé ne sera pas avisé, comme lorsque la loi d'une province est attaquée devant la cour supérieure d'une autre province : voir *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, 310 et 316. Au niveau de la Cour suprême, une règle de pratique oblige de formuler une question constitutionnelle, lorsqu'est attaquée la constitutionnalité d'une loi, d'un règlement ou d'une règle de common law, et d'en aviser tous les procureurs généraux : DORS/2002-156, art. 60-61 ; voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 2 R.C.S. 1110, et *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 244-247. Dans *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, 42, cette règle n'avait pas été suivie et une violation possible de l'article 7 de la Charte canadienne avait été soulevée pour la première fois devant la Cour suprême ; celle-ci a refusé de se prononcer « sans obtenir l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sans accorder aux intervenants éventuels la possibilité de participer aux procédures ». Voir aussi *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, 238-239 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1020-1021 ; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, 1017-1018 ; et *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 227-230. Dans *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1992] 3 R.C.S. 163, une affaire portant sur le droit de vote au référendum du 26 octobre 1992, la Cour suprême a refusé de tenir une audition hâtive avant cette date afin de respecter la règle de pratique ici en cause.

Mis à part le cas des procureurs généraux, les tiers ayant un intérêt spécial ou une connaissance particulière du problème posé

peuvent se voir accorder le droit d'intervenir pour saisir la cour d'allégations utiles et différentes de celles des parties au litige ; mais les intervenants ne pourront plaider des questions constitutionnelles autres que celles soulevées par les parties : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462.

– *La retenue judiciaire*

La retenue judiciaire est un principe susceptible de favoriser l'équilibre entre la démocratie parlementaire et l'intervention des tribunaux. Elle donne effet à la séparation des pouvoirs et, en définitive, assure la réputation d'indépendance du pouvoir judiciaire (*infra*, chapitre X).

Un premier aspect de la retenue judiciaire veut que les tribunaux refusent de se prononcer sur des questions devenues théoriques en raison d'un changement législatif ou de la disparition du litige entre les parties. Cette attitude est adoptée dans divers secteurs du droit, mais elle est particulièrement appropriée en matière constitutionnelle : *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, 111-114. Voir aussi les affaires citées dans *Roberge c. P.G. Québec*, [1987] R.D.J. 461 (C.A.). Dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, 354 et s., la Cour suprême a refusé de se prononcer sur les droits du fœtus en vertu de la Charte canadienne parce que la question était devenue hypothétique depuis l'invalidation quelque temps auparavant de l'article du *Code criminel* portant sur l'avortement. La Cour a précisé qu'elle avait la discrétion de se prononcer quand même, mais elle a jugé bon en l'espèce de ne pas décider dans l'abstrait parce qu'elle trouvait probable que le problème se pose dans l'avenir à propos d'une intervention étatique précise. Selon la Cour, une décision ne portant pas sur une loi existante risquait fort de ne pas éliminer les litiges futurs, de sorte qu'il ne convenait pas de considérer l'appel en question comme une sorte de « renvoi de nature privée ». Par contraste, dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 70-73, la Cour suprême a accepté de statuer sur une question devenue théorique parce que cette question avait été pleinement débattue, qu'elle échapperait autrement à l'examen des tribunaux et qu'elle n'était pas abstraite ; de même, dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 20-23, la Cour a notamment invoqué le souci d'économiser les ressources judiciaires et le coût social de l'incertitude du droit.