

---

*Les tribunaux et la Charte*



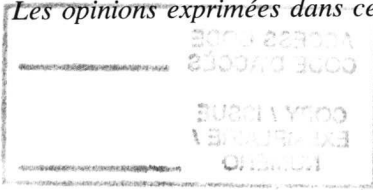
LIBR-00293

11  
11  
11

111111 11

*Volume 58 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.*

*Les opinions exprimées dans ce volume n'engagent que les auteurs.*



**CLAIRE BECKTON et A. WAYNE MACKAY,**  
coordonnateurs de la recherche

---

# Les tribunaux et la Charte





---

# Les tribunaux et la Charte

CLARE F. BECKTON

ET

A. WAYNE MACKAY

*coordonnateurs de la recherche*

Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada

Nous remercions les personnes et organismes suivants qui ont bien voulu nous permettre de reproduire des extraits d'écrits inédits ou déjà parus : le très hon. Brian Dickson, C.P., juge en chef du Canada, le professeur Peter H. Russell de l'Université de Toronto, le professeur S.I. Bushnell, de l'Université de Windsor, Economica, Paris, et Schultheiss Polygraphischer Verlag, Zurich.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1986

Imprimé au Canada  
ISBN 0-660-91551-0  
ISSN 0827-1011  
N° de cat. Z1-1983/1-41-58F

En vente au Canada par l'entremise de nos  
agents libraires agréés  
et autres librairies  
ou par la poste auprès du :

Centre d'édition du gouvernement du Canada  
Approvisionnement et Services Canada  
Ottawa (Canada) K1A 0S9

au Canada : 19,95 \$  
à l'étranger : 23,95 \$  
Prix sujet à changement sans préavis

*DONNÉES DE CATALOGAGE AVANT PUBLICATION (CANADA)*

Vedette principale au titre:  
Les Tribunaux et la Charte

*(Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,*

*ISSN 0827-1011 ; 58)*

Publ. aussi en anglais sous le titre:

The Courts and the Charter.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-91551-0

1. Canada. Charte canadienne des droits et libertés — Discours, essais, conférences.
2. Canada — Droit constitutionnel — Amendements — Discours, essais, conférences.
3. Droits de l'homme — Canada — Discours, essais, conférences. 4. Canada — Droit constitutionnel — Discours, essais, conférences. 5. Tribunaux — Canada — Discours, essais, conférences. I. Beckton, C.F. II. MacKay, A. Wayne, 1949– III. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. IV. Collection: Études (Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada) ; 58.

KE4381.5.Z85C6814 1985 342.71'085 C85-090255-X

COORDONNATEUR DE L'ÉDITION : Ampersand Communications Services Inc.  
CONCEPTION DE LA PAGE COUVERTURE : Will Rueter  
MAQUETTE : Brant Cowie/Artplus Limited



AVANT-PROPOS *ix*  
INTRODUCTION *xi*  
PRÉFACE *xv*  
REMERCIEMENTS *xvii*

1. **La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social** *1*  
*Henri Brun*  
La nature véritable de la Charte *3*  
Le contexte constitutionnel de la Charte *4*  
L'interprétation des droits de la Charte *12*  
Le domaine d'application de la Charte *20*  
Conclusion *26*  
Notes *27*  
Bibliographie *35*
  
2. **La Cour suprême du Canada : perspectives de réforme pour une institution nationale en devenir** *41*  
*A. Wayne MacKay et Richard W. Bauman*  
Introduction : une institution en devenir *41*  
Les nouveaux défis de la Charte *46*  
Le fondement constitutionnel *54*  
La juridiction *59*  
La composition de la Cour *79*  
La nomination des juges *85*  
Les réformes administratives *94*  
Conclusions et recommandations *102*

ANNEXE A	Résumé des propositions antérieures de réforme de la Cour suprême	109
ANNEXE B	Étude comparative des cours suprêmes de certains pays occidentaux	120
Notes		132
Bibliographie		144

**3. Les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés en matière d'égalité et les institutions de l'État** 147

*Mary Eberts*

Introduction 147

Qu'est-ce qu'une institution du gouvernement? 150

Les garanties concernant les droits à l'égalité de la Charte 163

Les répercussions des garanties relatives à l'égalité 192

Étendre ou réduire les garanties? 200

Conclusion 201

ANNEXE A Loi sur la protection des renseignements personnels et ses modifications, annexe I 202

ANNEXE B Loi sur l'accès à l'information et ses modifications, annexe I 205

ANNEXE C Annexes à la Loi sur l'administration financière et ses modifications 209

ANNEXE D Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique et ses modifications, annexe A, parties I et II 212

ANNEXE E Loi sur la pension dans la Fonction publique et ses modifications, annexe A, parties I et II 215

ANNEXE F Règlement sur les documents officiels et ses modifications 218

ANNEXE G Ministères fédéraux 220

ANNEXE H Loi sur les traitements et ses modifications 223

ANNEXE I Tableau des institutions du gouvernement 225

Notes 244

**4. Le problème de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867** 245

*Gilles Pépin*

Introduction 245

Les raisons d'être de l'article 96 250

La portée de l'article 96 en matière provinciale 255

Le projet de modification de l'article 96 actuellement suggéré par les autorités fédérales et provinciales 274

L'application de l'article 96 au Parlement du Canada	284
Conclusion	288
Notes	297

LES COLLABORATEURS	307
--------------------	-----





Lorsque la commission Rowell-Sirois a commencé ses travaux en 1937, on connaissait fort mal l'évolution de l'économie canadienne. Et le peu qu'on savait n'avait pas été passé au crible par les rares spécialistes des sciences sociales de l'époque.

Quand, pour notre part, nous nous sommes mis à la tâche près de cinquante ans plus tard, nous jouissions d'un avantage considérable sur nos prédécesseurs : nous disposions d'une foule de renseignements. Des universitaires, partout au Canada, et des spécialistes à l'emploi d'instituts de recherche privés ou d'organismes publics, comme le Conseil économique de l'Ontario et le Conseil économique du Canada, s'étaient déjà penchés sur le fonctionnement de l'économie canadienne. Malgré les nombreuses lacunes, notre problème n'était pas le manque d'information; il nous fallait plutôt relier, intégrer — synthétiser — les conclusions de la plupart des recherches déjà faites.

La Commission a reçu un mandat exceptionnellement vaste, qui couvre plusieurs des grandes questions d'orientation que les citoyens et les gouvernements du Canada devront vraisemblablement se poser au cours des prochaines décennies. Ce mandat fixait l'objet de la plupart des recherches de même que la portée de notre enquête; nous savions qu'il faudrait nous appliquer à faire le lien entre les différentes disciplines. Notre Programme de recherche se distingue donc à trois points de vue : outre des études originales, il propose aux lecteurs des synthèses de recherches effectuées dans des domaines spécialisés; il ne fait pas double emploi car il ne reprend pas de travaux qui, de l'avis des chercheurs canadiens, avaient déjà été très bien faits; enfin, il s'agit de l'examen le plus complet des systèmes économique, politique et juridique canadiens jamais entrepris par un organisme indépendant.

Trois éminents universitaires canadiens ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche de la Commission. Ce sont Ivan Bernier (Droit et Constitution), Alan Cairns (Politique et institutions de l'État) et David C. Smith (Économie).

Ivan Bernier est doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval. Alan Cairns, ancien directeur du département de sciences politiques de l'Université de la Colombie-Britannique, a été titulaire de la chaire William Lyon MacKenzie King d'études canadiennes, à l'Université Harvard. David Smith, ancien directeur du département d'économie de l'Université Queen's, à Kingston, est maintenant recteur de cette université. Lorsqu'il a assumé ses nouvelles fonctions à l'Université Queen's en septembre 1984, David Smith a été remplacé à la Commission par Kenneth Norrie, de l'Université de l'Alberta, et John Sargent, du ministère fédéral des Finances, qui ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

Je suis convaincu que les études publiées ici et dans les autres volumes, grâce au travail des auteurs ainsi que des directeurs et des coordonnateurs de recherche, conserveront pendant longtemps une grande valeur pour les universitaires et les décideurs canadiens. J'espère en outre qu'elles rejoindront, dans les milieux universitaires, un public d'autant plus nombreux qu'elles sont publiées en français et en anglais.

Je profite de l'occasion pour remercier, en mon nom et en celui de mes collègues, les directeurs de recherche et tous ceux et celles qui ont collaboré avec eux. Je remercie également les membres des nombreux groupes consultatifs de recherche, dont les avis ont été pour nous si précieux.

DONALD S. MACDONALD



De façon très générale, la question qui a surtout retenu notre attention dans le cadre du Programme de recherche de la Commission est celle de savoir comment l'économie politique canadienne peut le mieux s'adapter au changement. Si cette question a servi de point de départ à notre enquête, c'est que nous sommes convaincus que l'avenir nous prendra toujours un peu par surprise. Nos institutions politiques, juridiques et économiques doivent donc être suffisamment souples pour s'adapter aux surprises, et assez stables pour nous permettre de réaliser les objectifs que nous nous serons fixés. Ce thème de l'adaptation nous a amenés à explorer les liens d'interdépendance entre les systèmes politique, juridique et économique du Canada et à situer nos travaux dans une optique interdisciplinaire.

L'ampleur de la tâche (plus de 280 études, publiées dans 72 volumes) de même que la pluralité des disciplines et les divergences idéologiques nous ont amenés à conclure que l'intégration complète n'était ni possible ni souhaitable. Néanmoins les collaborateurs ont étudié des problèmes courants sous des angles différents et en appliquant diverses méthodes. Nous prions donc les lecteurs de bien vouloir regarder au-delà de leur propre domaine d'intérêt et d'adopter, eux aussi, une perspective interdisciplinaire.

Les trois programmes de recherche, *Le droit et la Constitution* (sous la direction d'Ivan Bernier), *La politique et les institutions de l'État* (sous la direction d'Alan Cairns) et *L'économie* (sous la direction de David C. Smith et, pour la dernière phase des travaux, sous la direction conjointe de Kenneth Norrie et John Sargent), ont eux-mêmes été divisés en dix-neuf modules, confiés à des coordonnateurs de recherche.

Dans le cadre du Programme de recherche sur le droit et la Constitution, cinq modules ont été créés et confiés aux coordonnateurs de recherche suivants :

- Le droit, la société et l'économie — Ivan Bernier et Andrée Lajoie;
- Le milieu juridique international — John J. Quinn;
- L'union économique canadienne — Mark Krasnick;
- L'harmonisation du droit au Canada — Ronald C.C. Cuming;
- Les accords institutionnels et constitutionnels — Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay.

Le droit étant, dans ses nombreuses manifestations, le moyen le plus fondamental dont l'État dispose pour mettre en oeuvre sa politique, nous avons dû nous demander quand et comment on pouvait y recourir pour régler les problèmes que le mandat de la Commission soulevait. Nous avons donc étudié le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales, économiques et politiques, et, inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale, économique et politique.

Les travaux du Programme de recherche sur la politique et les institutions de l'État ont été classés sous sept rubriques :

- Le Canada et l'économie politique internationale — Denis Stairs et Gilbert R. Winham;
- L'État et la société dans le monde moderne — Keith Banting;
- Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société — Alan Cairns et Cynthia Williams;
- La dynamique politique du fédéralisme canadien — Richard Simeon;
- Les institutions de représentation — Peter Aucoin;
- Les dimensions politiques de la politique économique — G. Bruce Doern;
- La politique industrielle — André Blais.

Les collaborateurs ont étudié un certain nombre d'événements qui ont amené les Canadiens à s'interroger sur leur capacité de se gouverner avec sagesse et efficacité. Dans plusieurs cas, ces événements ne sont pas survenus qu'au Canada; c'est pourquoi on trouve des études comparatives sur la façon dont les autres pays ont abordé les problèmes que nous connaissons. Tenant compte de la tradition parlementaire du Canada, de son système fédéral de gouvernement, de son économie mixte et du fait qu'il constitue une société bilingue et multiculturelle, les collaborateurs ont également exploré des moyens de réaménager les rapports de pouvoir et d'influence entre les institutions afin de rétablir les principes démocratiques fondamentaux de représentativité, de réceptivité et de responsabilité.

Le Programme de recherche sur l'économie, enfin, a été organisé suivant sept modules :

- La macro-économie — John Sargent;
- Le fédéralisme et l'union économique — Kenneth Norrie;
- La structure industrielle — Donald G. McFetridge;
- Le commerce international — John Whalley;
- La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada — François Vaillancourt;
- Le marché du travail et les relations de travail — Craig Riddell;
- La pensée économique et les questions sociales — David Laidler.

La recherche relative à l'économie a porté sur l'affectation des ressources, humaines et autres, sur l'incidence des institutions et des politiques sur l'affectation de ces ressources, et sur la répartition des gains résultant de la mise en valeur de ces ressources. Elle a aussi eu pour objet la nature du développement économique, les éléments qui façonnent la structure régionale et industrielle du Canada, et la dépendance économique réciproque entre le Canada et les autres pays. Cette recherche visait à nous faire mieux comprendre ce qui détermine notre potentiel économique et comment les instruments de politique économique peuvent servir les objectifs que nous nous fixerons.

Trois modules de recherche — soit un de chaque programme — ont été fusionnés; ce sont les modules sur l'union économique canadienne, sur la dynamique politique du fédéralisme canadien, et sur le fédéralisme et l'union économique. Par conséquent, les volumes sur le fédéralisme et l'union économique, tout comme le volume sur le Nord, sont le fruit d'un travail interdisciplinaire.

Nous sommes particulièrement redevables aux coordonnateurs et coordonnatrices de recherche, qui ont non seulement organisé le travail, rassemblé et analysé les nombreuses études, et regroupé leurs principales constatations dans des aperçus, mais aussi contribué de manière substantielle au *Rapport* de la Commission. Nous les remercions de ce travail, souvent accompli dans des conditions difficiles.

Malheureusement, l'espace ne nous permet pas de remercier chacun des membres du personnel de la Commission. Nous aimerions toutefois exprimer notre reconnaissance au président de la Commission, Donald S. Macdonald, au directeur exécutif, Gerald Godsoe, et au directeur de l'élaboration des politiques, Alan Nymark, qui ont suivi de près le déroulement de nos travaux et joué un rôle central dans la prise en considération des recherches pour la préparation du *Rapport*. Nous voulons également remercier le conseiller administratif de la Commission, Harry Stewart, pour ses conseils et son aide, de même que le directeur des publications, Ed Matheson, chargé de la publication des volumes de recherche. Un merci tout spécial à Jamie Benedickson, coordonnateur des politiques et adjoint spécial du président, qui a assuré la liaison entre le personnel de recherche, d'une part, et le président et les commissaires, d'autre part. Nous sommes également

redevables à l'auxiliaire administrative du Programme de recherche, Donna Stebbing, et au personnel de secrétariat, Monique Carpentier, Barbara Cowtan, Tina De Luca, Françoise Guilbault et Marilyn Sheldon.

Enfin, un merci bien mérité à nos plus proches collaborateurs et collaboratrices, les attachés de direction Jacques J.M. Shore (Droit et Constitution), Cynthia Williams, et Karen Jackson qui lui a succédé (Politique et institutions de l'État), et I. Lilla Connidis (Économie). Leur contribution tant aux trois programmes de recherche qu'à l'ensemble des travaux de la Commission mérite d'être soulignée.

IVAN BERNIER  
ALAN CAIRNS  
DAVID C. SMITH



Les tribunaux ont, par le passé, joué un rôle important dans l'élaboration de la politique économique et sociale du Canada, bien que ce fait n'ait pas toujours été reconnu. Au cours des dernières années, toutefois, les tribunaux ont pris une importance nouvelle en tant qu'institution politique particulière, tant sur le plan de leur rôle que celui de leur image. Cette évolution a été d'autant plus marquée avec l'adoption, le 17 avril 1982, de la Charte canadienne des droits et libertés. Aussi, le tribunal n'est-il pas qualifié d'institution nationale en devenir au volume 57 des études préparées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission.

Le présent volume renferme une série d'articles sur le rôle passé, actuel et futur des tribunaux dans la société canadienne ainsi que les incidences éventuelles de la mise en application de la Charte. L'on y trouve entre autres un article du professeur Henri Brun, qui s'interroge sur la façon dont la Charte a modifié certains principes constitutionnels fondamentaux au Canada. L'auteur démontre comment le Canada, préférant au système américain — qui accorde la suprématie aux tribunaux — un compromis entre les systèmes britannique et américain, a choisi de tempérer la suprématie du Parlement. Le professeur Brun donne à ce nouveau statut le nom de primauté judiciaire.

Mentionnons également la contribution de Mary Eberts, médiatrice et spécialiste de la question des droits visant l'égalité, qui a cherché à définir les incidences de la Charte dans ce domaine. Dans un exposé rigoureux, l'auteur identifie, d'une part, les types d'organismes gouvernementaux qui seront touchés par l'application de la Charte et se penche, d'autre part, sur les dispositions de l'article 15 relatives à l'égalité, en émettant des hypothèses quant à leur portée. Tandis que Brun avance

que la Charte ne devrait pas empêcher le corps législatif d'apporter des réformes, Eberts, pour sa part, soutient qu'elle devrait bel et bien servir à réformer la société.

Même si les pages suivantes du volume portent davantage sur l'évaluation institutionnelle des tribunaux, elles n'échappent pas à l'influence de la Charte. Grâce à cette dernière, selon les professeurs Wayne MacKay et Richard Bauman, le rôle joué par la Cour suprême du Canada dans l'élaboration des politiques est appelé à s'élargir. Le thème de la réforme de cette institution nationale en devenir est au coeur de leur analyse. Suite à une revue minutieuse de toutes les propositions ayant déjà été formulées à ce sujet, les chercheurs rejettent la plupart d'entre elles pour proposer la création d'une Cour suprême dont le principe serait enchâssé par la Constitution et dont les membres seraient choisis par un Conseil de nomination. Rejetant l'idée d'élever la représentation régionale au rang des principes sacrés, en ce qui concerne la composition du plus haut tribunal du pays, les auteurs estiment que les principes de la diversité et du pluralisme permettraient une meilleure interprétation de la Charte.

Mais la Cour suprême n'étant qu'une partie d'un plus vaste ensemble, le professeur Gilles Pépin souhaite voir, quant à lui, les modifications s'étendre à tout le système judiciaire. Avec à l'appui les nombreux travaux qu'il a menés sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, Pépin affirme que la Constitution ne doit pas entraver les initiatives provinciales touchant le règlement des litiges et effectuées dans les tribunaux inférieurs ou les organismes administratifs. Selon lui, rien ne sert de fouiller le passé en quête de réponses; il vaut mieux chercher de nouvelles solutions aux difficultés actuelles.

Enfin, tous les ouvrages réunis ici forment un tableau à la fois riche et diversifié. C'est au principe de la diversité que les auteurs font appel et l'éventail de leur origine n'est qu'un élément qui vient en témoigner. Qu'ils viennent du Québec, de l'Ontario, des Maritimes ou de l'Ouest, et qu'ils soient universitaire ou avocat, francophone ou anglophone, homme ou femme, et de diverses allégeances politiques, ces chercheurs ont su apporter un bagage d'expériences variées et des vues fort intéressantes.

Somme toute, le présent volume constitue une véritable mine de renseignements pour tous ceux que l'avenir de cette institution intéresse.

A. WAYNE MACKAY



## REMERCIEMENTS

---



Les auteurs tiennent à souligner la contribution d'Ivan Bernier, doyen et directeur de recherches en matière constitutionnelle et juridique, qui a fait preuve de patience et de compréhension. Ils désirent également remercier Jacques J.M. Shore, attaché de direction et administrateur du Programme de recherche, pour sa bonne humeur et son inépuisable optimisme.

A.W.M.



---

## La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social

HENRI BRUN

La *Charte canadienne des droits et libertés* est entrée en vigueur le 17 avril 1982<sup>1</sup>. Moins de deux ans après, le temps des bilans n'est pas encore venu : on doit s'en tenir aux seules conjectures, aux projections, aux évaluations prospectives ou aux souhaits, et cela tant que la Cour suprême du Canada n'aura pas encore rendu beaucoup de jugements concernant la Charte<sup>2</sup>.

Dans une large mesure, ce travail a déjà été fait. En effet, depuis cette date d'avril 1982, les écrits juridiques sur la Charte foisonnent. Les tribunaux ont rendu bien au-delà de mille décisions concernant la Charte, dont plus de cinquante par des cours d'appel de niveau hiérarchique précédant immédiatement la Cour suprême du Canada. La doctrine y est allée pour sa part de quinze livres et d'au moins quarante articles de revues, ce qui apparaît à première vue excessif pour une si courte période<sup>3</sup>.

Partant, y a-t-il lieu d'ajouter à ce concert? Les tribunaux, dans leurs jugements, se sont habituellement contentés comme il se devait de répondre aux questions qui leur étaient posées. Quand ils se sont exprimés de façon plus générale sur le rôle de la Charte, ils l'ont fait sur un ton empreint le plus souvent de réserve et de prudence.

La doctrine, en revanche, s'est tout normalement située plus volontiers au niveau des principes généraux. Or le discours qu'elle a enregistré à ce propos s'avère éminemment univoque et répétitif. À très peu d'exceptions près, elle ne s'est pas écartée à ce chapitre du credo libertaire classique si répandu chez les juristes anglo-saxons.

Ce message des auteurs canadiens, depuis avril 1982, prend la forme technique d'une invitation aux juges à ne pas hésiter à opposer les droits de la Charte aux actes des législatures et des gouvernements. La Charte

étant un document formellement constitutionnel, donc supérieur à la loi du Parlement, les juges doivent la mettre en oeuvre avec libéralisme. Aussi la Charte doit-elle recevoir une interprétation large et généreuse, la version linguistique la plus favorable à l'individu doit l'emporter, et le Parlement, le cas échéant, doit avoir le fardeau de prouver le caractère raisonnable, si ce n'est la nécessité, de ses lois, étant donné que le principe de la présomption de constitutionnalité des lois ne doit pas lui venir en aide. Tel est le discours dominant qui, chez certains, confine à l'obsession tant ils lui consacrent de pages.

Ce discours doctrinal était attendu. Après l'expérience de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>4</sup>, marquée par une retenue judiciaire excessive, il était même nécessaire qu'il soit entendu. Il est cependant à sens unique, et par conséquent trompeur. Il pourrait se révéler socialement nocif s'il parvenait à exercer sur les juges une pression morale ou sociale importante.

Le choix d'une charte des droits fondamentaux de la personne enchâssée dans la Constitution a déjà été fait. Le transfert d'une tranche de puissance étatique du législatif au judiciaire a du même coup été décidé<sup>5</sup>. Ce qui importe maintenant, c'est de savoir comment et à quelles conditions cette Charte peut le mieux servir la société canadienne.

Il peut être utile, à cette fin, de rappeler aux juges qu'ils ont un pouvoir nouveau. Il est davantage utile, cependant, de réfléchir sur la nature véritable de ce nouvel instrument et sur le contexte dans lequel il faut s'en servir.

Cette réflexion, à notre avis, oblige à faire certaines distinctions en ce qui a trait à la manipulation d'une charte constitutionnelle au Canada. Plus particulièrement, et c'est là ce qu'entend démontrer la présente étude, il importe de bien distinguer entre *l'interprétation* et *l'application* de ce nouvel instrument juridique : *il faut appliquer la Charte avec autant de générosité qu'il y a lieu d'interpréter avec circonspection les droits de la personne qu'elle énonce.*

Une attitude contraire risquerait fort à notre avis de simplement multiplier les déceptions. Une *application* étriquée de la Charte, enchevêtrée dans la définition technique de ses domaines d'application et de ses droits, est de nature à engendrer une frustration immédiate. Mais une *interprétation* absolutiste des droits de la Charte, même assortie d'une intention généreuse, risque simplement de reporter la frustration à plus tard. L'interprétation exubérante des droits de la personne, qui sur le moment apparaît bienfaisante pour l'un, peut fort bien le lendemain servir d'argument pour empêcher que le droit ne puisse venir en aide aux catégories sociales qui en ont le plus besoin.

Nous croyons, plus généralement, qu'une *application large* et une *interprétation retenue* de la Charte canadienne sont de nature à l'aider à jouer son véritable rôle de cerbère. Elles permettront à la Charte de

répondre aux questions fondamentales qui lui sont adressées, sans pour autant empêcher le reste du droit de choisir les moyens pratiques d'un développement social dont les objectifs sont finalement ceux de la Charte : liberté, justice, égalité.

La Charte n'est pas en elle-même un instrument de développement social. Elle est plutôt l'énoncé des objectifs généraux d'un tel développement; il est par conséquent dans sa nature qu'elle ne contre pas les moyens concrets de la réalisation de ce développement. La *Charte canadienne des droits et libertés* sera ainsi fidèle à sa mission intrinsèque si son champ d'application est aussi illimité que possible, mais à la condition que l'interprétation des droits qu'elle énonce soit aussi incarnée que possible, à la condition, bref, que ses interprètes soient conscients que le développement de la société canadienne passe par d'autres voies.

### **La nature véritable de la Charte**

Les droits fondamentaux de la personne, tels qu'on les retrouve dans l'ensemble de la Charte canadienne, sont les lois des lois. Ils forment des standards matériels, à l'intérieur desquels le droit doit se cantonner.

Les droits fondamentaux constituent un domaine spécifique du droit, qui a pour objet le droit même. Ils intéressent des situations de fait précises, mais dans la mesure seulement où le droit contribue à les faire naître ou à les entretenir. Ces situations sont généralement considérées comme les situations de droit les plus injustes pour la personne humaine, soit celles où la règle de droit empêche la libre expression, celles où la règle de droit est appliquée au mépris de certains principes substantifs et procéduraux, celles, enfin, où la règle de droit opère des distinctions indues entre les individus. La Charte canadienne s'intéresse à ces trois situations en proclamant le droit à la liberté d'expression, le droit à l'application régulière du droit et le droit à l'égalité.

Bien sûr, les injustices ne découlent pas du droit. En principe, ce dernier existe au contraire dans le but de réduire l'injustice. Le droit dans son ensemble a pour finalité absolue de contrebalancer la puissance des uns et la faiblesse des autres en faisant régner les justices commutative et distributive<sup>6</sup>.

Partant, il serait oiseux de soutenir que les droits fondamentaux de la personne ont pour objet les différentes situations de fait qui sont sources d'injustice et de frustrations pour l'individu. Ce serait là affirmer que les droits fondamentaux et le droit sont une seule et même chose, ce qui reviendrait à priver le domaine des droits fondamentaux de la personne de toute spécificité et donc de toute utilité.

Les droits de la personne comme domaine juridique spécifique n'ont que le droit pour objet. Ils exigent que la loi et tout ce qui en découle (règlement, contrat, jugement, etc.) obéissent à certains principes consi-

dérés comme fondamentaux. La mission juridique des droits fondamentaux est de la plus haute importance, mais son objet doit être en conséquence précis et délimité<sup>7</sup>.

Certains reprochent à la Charte canadienne d'être rédigée en des termes trop généraux. Cette critique, à notre avis, est mal fondée. En tant que normes des normes, les droits fondamentaux ne peuvent s'exprimer qu'en termes très généraux. S'il est un reproche qui peut être adressé aux auteurs de la Charte, c'est bien plutôt d'avoir profité de l'occasion pour y réglementer du même coup certaines situations de fait ne relevant pas véritablement du domaine des droits fondamentaux<sup>8</sup>. Comme instrument des droits fondamentaux de la personne, une charte répugne aux menus détails et aux infinies précisions; elle se situe aux antipodes d'une législation fiscale.

Tout ceci fait ressortir à la fois la grandeur et la limite des droits fondamentaux. Leur grandeur tient à ce qu'ils s'adressent à l'essentiel, à ce qui est vital dans la société, c'est-à-dire à la personne. Leur limite résulte de ce qu'ils ne sont que des paramètres du droit, inaptes de ce fait à contribuer positivement au développement de cette société<sup>9</sup>. Les droits fondamentaux et les chartes qui les proclament sont en un sens des garde-fous et dans un autre des sauve-qui-peut<sup>10</sup>.

Le concept de droit fondamental peut évidemment servir à des fins non juridiques. Il peut servir à la promotion de certaines valeurs : son domaine est alors virtuellement illimité. Même les chartes de droit positif contiennent parfois des dispositions qui invitent ou prétendent forcer le droit à s'occuper de telle ou telle situation de fait. Ces tentatives de prédétermination des domaines d'intervention du droit échappent toutefois fatalement à toute sanction un tant soit peu efficace, quand elles ne se contentent pas de référer tout simplement à l'état de droit existant<sup>11</sup>.

Les chartes des droits, pour l'essentiel, jalonnent le champ d'intervention du droit. Et c'est avant tout ce que fait la *Charte canadienne des droits et libertés*. La nature véritable de cet instrument doit en conditionner l'utilisation, compte tenu du contexte particulier de cette utilisation.

## **Le contexte constitutionnel de la Charte**

Le contexte dans lequel s'inscrit la *Charte canadienne des droits et libertés* met particulièrement en cause deux principes de droit constitutionnel : le principe de la souveraineté parlementaire, d'abord, en tant que principe premier régissant le fonctionnement de l'État canadien; le principe fédératif, ensuite, en tant que principe premier régissant l'organisation de cet État.

L'avènement de la Charte canadienne ne s'est pas accompagné de modifications constitutionnelles concernant les principes de fonctionnement de l'État canadien. Le droit canadien continue de vivre et d'évo-

luer au rythme des travaux de ses onze gouvernements et législatures. Les tribunaux ont un outil nouveau d'intervention, mais celui-ci demeure dans la ligne du rôle traditionnel des tribunaux, soit le contrôle et la sanction. Utilisée sans discernement, la Charte canadienne pourrait être dans ce contexte la cause d'une aplasie du tissu social du pays.

La Charte canadienne n'a pas été assortie non plus d'une modification du caractère fédératif de la constitution du pays. En certaines matières, le droit doit continuer de se développer à l'échelle des différentes provinces, de façon aussi indépendante qu'il se développe en d'autres matières à l'échelle de l'ensemble de la fédération. Une application inconsidérée de la Charte risquerait à ce chapitre de produire des effets centralisateurs menaçants pour la diversité et la dualité canadiennes.

### ***Souveraineté parlementaire, souveraineté collective ou souveraineté judiciaire?***

Certains auteurs ont prétendu, ou laissé entendre, que l'avènement de la Charte canadienne avait mis un terme à la souveraineté parlementaire. D'autres, plus subtils ou plus politiques, ont dit que la Charte marquait l'avènement de la souveraineté collective.

#### **SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET SOUVERAINETÉ COLLECTIVE**

Disons tout de suite que l'existence de la souveraineté collective a bien peu de rapport avec la venue de la Charte. Il s'agit uniquement de savoir qui, dans l'État, détient le pouvoir originaire de commandement. Or, en ce qui regarde l'État canadien, il est acquis depuis belle lurette que ce pouvoir réside dans la collectivité, même si le principe n'en a pas été proclamé explicitement comme dans la constitution de certains autres pays<sup>12</sup>.

L'on peut même dire que de nos jours tous les États se réclament de la souveraineté collective, expressément ou tacitement. De sorte que la vraie question est de savoir si cette suprématie de la collectivité est ou non une réalité en droit et en fait.

D'autre part la souveraineté parlementaire, nous l'avons dit, est un principe de fonctionnement de l'État. Elle signifie qu'au Canada, comme dans certains autres pays, ce sont les parlements (fédéral et provinciaux) qui forment au fur et à mesure les normes supérieures de l'ordre juridique de l'État. Elle ne signifie aucunement que ce sont les parlements qui détiennent l'autorité suprême dans l'État canadien<sup>13</sup>. La souveraineté parlementaire est un principe de fonctionnement de l'État dont la présence ne répugne en rien à l'idée que la collectivité soit la souveraine dans l'État. Dans la mesure où elle fonde une vraie démo-

cratie représentative, la souveraineté parlementaire contribue au contraire à la réalisation de la souveraineté collective.

L'avènement de la Charte canadienne ne modifie pas substantiellement cette situation. La souveraineté collective existait déjà bien concrètement au Canada, au-delà de la lettre de la Constitution. En introduisant formellement la liberté d'expression et le droit de vote dans la Constitution, la Charte confirme et protège cette réalité. En transférant des pouvoirs des parlements élus à des juges nommés, elle en diminue par contre la portée. Est-on justifié, pour autant, de prétendre être passé d'un régime de souveraineté parlementaire à un régime de souveraineté judiciaire?

## SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET SOUVERAINETÉ JUDICIAIRE

Depuis la venue de la Charte, la plupart des auteurs ont invité les juges à se comporter comme si la souveraineté parlementaire n'existait plus. Nous ne sommes pas convaincu que ce conseil s'appuie sur une évaluation entièrement correcte de l'état de la Constitution canadienne.

S'il s'agit simplement de faire savoir aux juges qu'ils ont acquis un pouvoir nouveau, soit celui d'invalider des lois pour des motifs autres que ceux résultant du partage fédératif des compétences, la chose va de soi et il n'est pas requis de tant insister. La Charte canadienne s'inscrivant dans la Constitution formelle du pays, elle a valeur supra-législative et elle s'impose aux parlements; partant, les tribunaux peuvent en son nom casser des lois des parlements. L'expérience vécue sous la *Déclaration canadienne des droits* peut, il est vrai, expliquer cette insistance<sup>14</sup>, mais il y a beaucoup plus à dire.

La souveraineté parlementaire a perdu de son importance en ce sens que les lois des parlements peuvent maintenant être jugées par les cours en vertu de critères matériels posés par la Charte canadienne<sup>15</sup>. En revanche elle demeure intacte pour signifier que les parlements sont encore les organes habilités à exprimer dans le cadre de la Constitution les normes supérieures de l'État. Le droit dynamique, celui qu'une société choisit sciemment de se donner au fur et à mesure de l'évolution de ses besoins, continue de relever, au niveau le plus élevé, de la législation des parlements.

La Charte n'a rien changé du tout en ce domaine du droit constitutionnel, qui concerne le fonctionnement de l'État. Les lois peuvent être jugées, mais seuls les parlements peuvent faire des lois. La Charte ne permet à personne de remplacer les parlements, pas même aux tribunaux.

Ce rôle nouveau dévolu aux tribunaux est important, mais il est d'une nature essentiellement passive. Il pointe vers le vital mais il en demeure

un d'éteignoir. Il peut permettre de « sauver les meubles » ou d'éviter le pire; il est cependant impuissant à nourrir le droit vivant dont a besoin une société.

La Charte des droits n'a d'aucune façon retiré aux parlements législateurs leur responsabilité de premier agent de l'évolution et de la réforme continues du droit. Sa mission, tout autre, est de parer aux situations extrêmes. Si son interprète l'entraîne trop allègrement hors de son terrain, le droit ne peut que se scléroser.

Une charte des droits est un instrument juridique particulièrement conservateur : elle fixe et fige certaines valeurs, pour un temps considérable. L'appréciation de valeurs acquises nous incite à leur dresser un monument et à les inscrire dans le granit, comme fit Babylone avec son Code de Hammourabi quelque 2 000 ans avant Jésus-Christ.

D'autre part, tous ne sont pas, dans les faits, en mesure de jouir pleinement de ces valeurs acquises. Les puissants, les possédants, bref les gens en place, sont les mieux placés pour en tirer tout le profit.

La Charte canadienne, il est vrai, consacre dans l'ensemble des droits vraiment fondamentaux : liberté d'expression, application régulière du droit, égalité. On ne peut donc s'opposer à la constitutionnalisation de ces droits sous prétexte qu'ils pourraient servir à l'occasion surtout à ceux qui en ont le moins besoin. Dans le cas de valeurs fondamentales, le peu est préférable au rien.

En revanche, justement parce qu'ils portent uniquement sur ce domaine juridique des droits fondamentaux défini au début de la présente étude, ces droits de la Charte doivent recevoir une interprétation qui n'empêche pas les parlements d'adopter des lois sociales, culturelles et économiques de nature à favoriser dans les faits l'accession aux droits fondamentaux. Cette proposition postule une interprétation retenue des droits de la Charte, c'est-à-dire une interprétation incarnée, qui tienne compte du poids concret des valeurs véhiculées par les législations contestées.

La *Charte canadienne des droits et libertés*, il ne faudrait pas l'oublier, est en elle-même totalement impuissante à améliorer le sort des autochtones au Canada, celui des femmes, celui des minorités linguistiques, y compris la minorité française dans l'ensemble du Canada. Pour les pauvres, elle est encore plus décorative. Si elle ne recelait quelques clauses échappatoires, la Charte se trouverait au contraire à fixer le sort de ces Canadiens dans un état déplorable<sup>16</sup>.

Ce n'est que par l'activité législative ordinaire que le lot des Canadiens les plus fragiles peut s'améliorer. Or cette activité ne doit pas se trouver à tout moment entravée par une interprétation aveugle des droits de la Charte. La *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>17</sup>, qui permet à l'État de prendre l'argent des contribuables au mépris du droit à l'égalité et malgré le droit à la jouissance de la propriété, est peut-être la législation



qui importe le plus pour le soulagement et l'avancement des plus démunis<sup>18</sup>, tout comme le *Code criminel*<sup>19</sup> est peut-être la loi la plus précieuse pour les plus vulnérables.

La Charte canadienne a beau proclamer l'égalité des hommes et des femmes au Canada, si cette égalité n'existe pas dans les faits, dans la réalité sociale, économique et culturelle, sa proclamation ne fait qu'accentuer la faiblesse du plus faible : la femme égale n'aura pas droit à une pension alimentaire même si le chômage qui l'afflige est le résultat des années qu'elle a passées loin du marché du travail pour élever des enfants<sup>20</sup>. Inversement, une mesure visant à favoriser une distribution différente des fonctions sociales entre les deux sexes risquerait d'apparaître contraire à l'idéal abstrait de l'égalité si ce n'était de l'échappatoire du paragraphe 15(2)<sup>21</sup>.

Une charte des droits est un bouclier. Elle sert à parer aux attaques sérieuses, mais ne doit pas pour autant voiler l'horizon. Elle doit recevoir une interprétation retenue et circonstanciée, non pas tant parce qu'elle ne donne pas de pain et de beurre, non pas tant parce qu'elle donne des pouvoirs additionnels à des juges nommés plutôt qu'à des députés élus, mais plutôt, essentiellement, parce qu'une interprétation aveugle et débridée de ses droits ne peut qu'affaiblir le dynamisme juridique et freiner le développement social.

En somme, nous croyons, en ce qui a trait à ce premier contexte de la Charte canadienne, qu'il faille faire preuve de sérieux et de profondeur en prononçant une condamnation au nom des droits fondamentaux. Il importe, de toute nécessité, que soit d'abord percée l'enveloppe des apparences, sans quoi ces droits fondamentaux se trouvent menacés de servir des fins diamétralement opposées à celles qui les fondent, soit la protection et le mieux-être des plus vulnérables<sup>22</sup>. Ainsi, avant de condamner une mesure législative au nom des droits de la personne, il peut importer tout simplement de tenir compte qu'il puisse s'agir en l'occurrence du cas d'une corporation professionnelle qui s'accroche à des acquis économiques malgré une crise financière sérieuse<sup>23</sup>. De même, l'expropriation d'une société minière peut, suivant les circonstances, être jugée comme une atteinte au droit de propriété ou comme une mesure de création d'emplois. Le caractère extrêmement général des droits fondamentaux d'une charte oblige à une interprétation aussi peu abstraite que possible<sup>24</sup>.

La Charte canadienne est un mécanisme de sauvegarde des fonctions vitales du corps social. C'est dire son importance. Son application inconsidérée peut cependant inciter une partie de la société à la rejeter. Elle peut sauver la vie, mais elle n'est pas de nature à faire progresser la qualité de cette vie. Cette tâche revient toujours aux seuls parlements et gouvernements.

## *Union, uniformisation ou centralisation?*

La *Charte canadienne des droits et libertés* s'inscrit par ailleurs dans un contexte fédératif : ce dernier trait caractérise le droit constitutionnel canadien sur le plan de l'organisation comme la souveraineté parlementaire le caractérise sur le plan du fonctionnement de l'État.

En 1867, les provinces fondatrices de la fédération décidaient de transférer à des autorités communes une partie de leur puissance étatique. Les critères de ce partage n'étaient pas gratuits : les provinces entendaient conserver sous leur juridiction exclusive les domaines de compétence dont la maîtrise apparaissait essentielle au maintien de leur identité. Pour certaines provinces cet objectif pouvait évidemment avoir une signification plus grande que pour d'autres.

En 1982, la Charte canadienne vient soumettre l'ensemble du droit canadien, provincial comme fédéral, antérieur comme postérieur à 1982, à certaines normes matérielles uniformes. Abstraction faite des conditions dans lesquelles ces normes ont vu le jour (car il n'est pas de notre intention de traiter de cet aspect), ce contexte, à notre avis, suffit à fonder la suggestion d'une interprétation retenue des droits de la Charte.

Il ne fait pas de doute que les promoteurs de la Charte canadienne poursuivaient entre autres l'objectif d'unifier davantage le Canada et même d'en uniformiser le droit<sup>25</sup>. L'objectif de centralisation est par contre moins évident, parce que plus difficilement avouable. Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas les intentions qui nous intéressent ici, mais la réalité des effets certains.

L'article 31 de la Charte est carrément trompeur. Et Dieu sait qu'on l'a utilisé abondamment aux fins auxquelles il était destiné. Cet article dit essentiellement que la Charte n'augmente les pouvoirs législatifs de personne au Canada, ce qui n'est qu'un truisme. Il sert cependant à masquer la réalité d'un transfert de pouvoir étatique du législatif au judiciaire, dans des conditions qui ne peuvent qu'accentuer la centralisation du pays.

La seule présence de normes nationales témoigne à notre avis d'une dose de centralisation. Bien qu'elles ne soient pas le fruit des seules institutions fédérales, ces normes sont quand même issues d'un niveau de pouvoir centralisé.

Certaines dispositions de la Charte ne relèvent par ailleurs pas du domaine normal des droits fondamentaux. Leur présence dans la Charte ne s'explique qu'en raison du caractère fédératif de la Constitution canadienne, et leur teneur manifeste une volonté évidente de régler à un niveau central certaines questions qu'on considérait jusque-là comme trop décentralisées. C'est le cas notamment des dispositions portant sur les droits de circulation et d'établissement et de celles portant sur les droits linguistiques en matière d'éducation<sup>26</sup>.

Certains droits de la Charte sont d'autre part définis à l'aide de standards qui renvoient au premier chef vers le droit fédéral, celui de la majorité des provinces, ou les deux. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est abusif, normal ou inusité, suivant les articles 8, 11a et 12 de la Charte, et, plus encore, de savoir ce qui est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article 1. Les tribunaux ont déjà eu l'occasion d'interpréter ces différents concepts en se référant à ce qui se fait dans l'ensemble du pays<sup>27</sup>.

Mais ce qui est franchement centralisateur, c'est la Charte vivante, la Charte source constante de normes précises particularisées pour répondre aux exigences des cas concrets. Cette singularisation des principes de la Charte, lesquels sont par nature très généraux, est destinée à se faire plus souvent qu'autrement dans certains points centraux du pays, là où il y a le plus de monde, là où certaines activités ont cours et suivant la perception propre de ces milieux. Il n'est sûrement pas sans intérêt de constater qu'environ 40 % des décisions des cours d'appel canadiennes rapportées au 1<sup>er</sup> mars 1984, y compris la Cour d'appel fédérale, ont été rendues par la Cour d'appel de l'Ontario siégeant à Toronto<sup>28</sup>.

Or, on ne peut demander aux tribunaux d'interpréter différemment la Charte dans les différentes parties du Canada, ou encore d'agir différemment suivant qu'ils ont affaire à du droit fédéral ou à du droit provincial. Ils ont au contraire posé avec raison le principe de l'uniformité d'interprétation<sup>29</sup>. Partant, il n'est que fatal que la pensée dominante domine encore davantage. La règle du *stare decisis* suggère fortement aux tribunaux canadiens de suivre la jurisprudence des tribunaux de niveau supérieur des autres juridictions canadiennes<sup>30</sup>.

Enfin, il ne faudrait pas perdre de vue dans cette évaluation l'extrême centralisation de la hiérarchie judiciaire canadienne à laquelle la Charte canadienne transfère une tranche substantielle de la puissance étatique. Rappelons seulement que tous les juges des cours supérieures sont nommés par le gouvernement fédéral et que la Cour suprême du Canada, institution exclusivement fédérale à tous égards, est en toute matière, et spécialement en matière de la Charte constitutionnelle, le juge de dernier ressort<sup>31</sup>.

Le caractère fédératif de la Constitution canadienne, s'il doit demeurer une réalité vivante, postule une interprétation réservée et circonstanciée de la Charte canadienne. Il rend par ailleurs urgente la réforme des institutions judiciaires, étant donné le rôle bien davantage politique qu'est appelé à jouer le juge constitutionnel en vertu de la Charte. À notre avis, le rôle politique du juge, suivant la Charte, est beaucoup plus important, quantitativement et qualitativement, qu'il ne l'était suivant le seul partage fédératif des pouvoirs. Ce n'est plus la forme, le véhicule, qui est ici en cause; ce sont, directement et immédiatement, les valeurs substantives d'une société<sup>32</sup>.

La grande réplique à cette approche modératrice est, bien sûr, le caractère universel des droits fondamentaux de la personne. En quoi une charte pourrait-elle menacer une fédération si les droits qu'elle proclame sont communs à tous les peuples?

Il y a d'abord dans la Charte canadienne des exceptions à cette universalité. Nous l'avons déjà souligné<sup>33</sup>. Mais la vraie réponse à cet argument vient de ce que les droits de la personne ne sont universels que dans leur énoncé théorique et abstrait, lequel use forcément de concepts très généraux. Dans leur interprétation pratique, qui doit nécessairement être factuelle et bien intégrée au vécu des personnes, cette universalité s'érousse considérablement. Lorsque les droits de la personne pénètrent dans l'intimité des peuples et des collectivités, ils doivent tenir compte des particularités culturelles et de la spécificité des besoins. Or, c'est à ce dernier niveau qu'une charte des droits peut éventuellement jouer un rôle<sup>34</sup>.

Étant donné son caractère, la *Charte canadienne des droits et libertés* doit recevoir une interprétation réfléchie et circonspecte, et non pas ce genre d'interprétation envahissante qui aurait pour effet de niveler la diversité canadienne. Il serait quand même paradoxal que cet instrument de justice, rendu nécessaire entre autres en raison de la tendance du droit à la dépersonnalisation, puisse servir en fin de compte à nier le droit des personnes et des groupes à leur identité.

La Charte elle-même reconnaît cet impératif lorsque, par son article 27, elle ordonne que son interprétation concorde avec l'objectif de la promotion, du maintien et de la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Il nous semble qu'une telle clause devra jouer avec une vigueur toute particulière lorsqu'il s'agira par exemple d'appliquer quelque droit de la Charte en droit civil québécois ou en droit civil autochtone<sup>35</sup>. La Charte doit laisser place au droit à un droit, au nom du droit à la différence, qui est peut-être en fin de compte le seul droit vraiment universel<sup>36</sup>.

Le juge constitutionnel doit voir à ce que l'acculturation juridique découlant de la Charte se limite à ce qu'impose inéluctablement l'incidence intrinsèquement centripète d'un tel instrument en pays fédératif. Les auteurs qui souhaitent le plus ardemment que l'interprétation de la Charte sache puiser aux sources du *Bill of rights* américain ne manquent jamais d'ajouter que la chose ne doit cependant pas se faire au détriment de la différence culturelle canadienne, différence fragile caractérisée entre autres par une confiance corrélative plus grande dans l'État et moindre dans le laisser-faire individuel<sup>37</sup>. Ce qui est vrai du rapport culturel Canada-États-Unis devrait l'être a fortiori du rapport culturel Québec-Canada.

Le cadre organisationnel de l'État canadien joue dans le même sens que son cadre fonctionnel : il suggère que les droits de la Charte canadienne doivent recevoir une *interprétation* sérieuse et prudente, c'est-à-dire, en l'espèce, une interprétation qui cherche à aller au fond des

choses, sur le terrain de la réalité concrète. Une interprétation excitée, ou simplement vedettariste, affaiblirait le dynamisme et la diversité de la société canadienne. En revanche, l'*application* de la Charte doit être aussi large que possible. Instrument de secours suprême destiné à parer à l'essentiel, son champ d'application ne doit pas être défini de façon artificielle ou capricieuse.

## **L'interprétation des droits de la Charte**

De par son statut constitutionnel et de par la hauteur et la dignité de ses objectifs, la *Charte canadienne des droits et libertés* doit être assurée du champ d'application le plus large possible. Néanmoins, l'interprétation journalière des droits qu'elle énonce doit, pour les raisons que nous venons d'élaborer, tenir compte de deux facteurs soit le rôle essentiellement passif et conservateur d'une charte, et l'incidence uniformisante et centralisatrice d'un tel instrument en contexte fédératif. S'il en était autrement, la Charte risquerait fort de trahir sa mission.

La Charte elle-même se montre soucieuse de ce danger. Son premier article invite le juge constitutionnel à ne pas prendre ses droits dans l'absolu ou dans l'abstrait. Elle formule à cette fin un barème d'interprétation, dont le sens et le fonctionnement méritent réflexion.

### ***L'article 1 de la Charte canadienne est une clause d'interprétation***

L'article 1 de la Charte canadienne commande essentiellement de ne pas juger contraires aux droits de la Charte les règles de droit raisonnables. Ce critère de la raisonabilité est à notre sens un principe d'interprétation des différents droits de la Charte, c'est-à-dire un étalon devant servir à mesurer ces derniers et non pas une façon d'échapper ou de déroger à ces droits. Cette position se justifie et entraîne des conséquences.

On a dit assez souvent que l'article 1 était une clause d'exception ou de dérogation aux droits que garantit la Charte. Cette façon de s'exprimer n'est fidèle, à notre avis, ni à la lettre ni au contexte de cette disposition. Or, la compréhension de cet article 1 conditionne, nous le verrons, l'utilisation et le fonctionnement de cette clause; elle conditionne du même coup, dans une large mesure, la façon de manipuler la Charte.

Les mots de la Charte, à cet égard, sont les mots « restreints » en français et « *limits* » en anglais. Les restrictions ou limitations auxquelles renvoient ces deux mots peuvent parfaitement faire partie intégrante de la définition des droits que protège la Charte, ce qui ne peut évidemment pas être le cas d'exceptions ou de dérogations à ces droits. Il y a entre ces deux groupes de notions une différence de nature : les premières peuvent s'adresser au seul juge constitutionnel, afin de le guider dans son oeuvre d'interprétation, tandis que les secondes s'adressent nécessaire-

ment à des législateurs parce qu'elles impliquent, comme les modifications, abrogations ou diminutions, un retour actif sur quelque chose d'existant<sup>38</sup>. Or, le contexte dans lequel se situe l'article 1 accrédite l'idée qu'il faut considérer et traiter celui-ci comme une clause d'interprétation permettant une complète compréhension des droits qu'entend protéger la Charte, et non pas comme une clause permettant de déroger, d'échapper ou de faire exception à des droits par ailleurs complètement définis.

Comme il se doit, la Charte canadienne énonce en des termes très généraux les principaux droits qu'elle entend protéger. Tels qu'ils ont été formulés, ces droits ne peuvent évidemment pas être pris dans un sens absolu. Ils doivent nécessairement être interprétés et définis à l'aide de quelque barème extérieur.

Ceci est tellement vrai que, si l'article 1 n'existait pas, il faudrait que les juges s'en donnent l'équivalent, comme ils le firent d'ailleurs pour la Déclaration canadienne et la Déclaration américaine qui, elles, ne comportent pas de telle clause d'interprétation. On peut d'ailleurs croire que le législateur constituant a formulé l'article 1 dans le but d'éviter que les tribunaux canadiens n'étendent à la Charte la clause d'interprétation tacite qu'ils se sont donnée pour la Déclaration<sup>39</sup>.

Plusieurs ont reproché aux tribunaux d'utiliser trop souvent l'article 1 de la Charte. À nos yeux cette critique est mal fondée. Les principaux droits de la Charte sont libellés en termes si généraux qu'ils n'ont en eux-mêmes aucun sens fonctionnel. Il faut de toute nécessité les faire passer de l'abstrait absolu au concret relatif. Il faut, pour les ramener sur terre, leur donner une interprétation, ce qui, selon la Charte elle-même, doit se faire par le biais de l'article 1. Toute interprétation d'un droit accrochée aux seuls mots de sa formulation demeure une abstraction qui ne correspond pas aux exigences de la Charte.

Bien sûr il en va autrement, dans une certaine mesure au moins, des droits de la Charte qui ne sont pas vraiment des droits fondamentaux de la personne<sup>40</sup>. Ces droits font l'objet de précisions étoffées qui suffisent en elles-mêmes à retenir l'attention des tribunaux<sup>41</sup>.

D'une façon générale, d'ailleurs, l'on peut concevoir que ces derniers s'arrêtent d'abord à l'énoncé du droit fondamental en cause, ne serait-ce que pour vérifier au départ l'existence d'un rapport minimal entre ce droit et l'état de droit dénoncé<sup>42</sup>. La première phase de ce processus en deux temps se résumera toutefois à bien peu de chose dans le cas des vrais droits de la personne que sont la liberté d'expression, l'égalité et l'application régulière du droit. Le juge n'étant justifié de s'arrêter là qu'en l'absence de toute cause d'action, l'essentiel de sa démarche consistera plutôt à se demander alors si l'état de droit dénoncé est raisonnable.

Eu égard aux dispositions plus explicites des articles 6 et 16 à 23 dont nous avons parlé précédemment, l'on pourrait peut-être à l'inverse concevoir que l'article 1 n'ait pas à intervenir du tout. D'une part, nous

ne voyons pas très bien sur quel fondement textuel une telle distinction pourrait reposer et, d'autre part, nous doutons que ces droits puissent être malgré tout formulés de façon assez précise pour entraîner l'inconstitutionnalité de tout ce qui les brimerait<sup>43</sup>.

Cette fonction interprétative de l'article 1 découle également de l'articulation de la Charte et de sa position dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 1, avant toute chose, dit garantir les droits et libertés énoncés dans la Charte. Cette mention n'est pas superflue.

Comme partie de la Constitution, la Charte rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit<sup>44</sup>. Or, l'incompatibilité est en elle-même une notion essentiellement relative. Selon le droit constitutionnel canadien, seule l'incompatibilité opérationnelle ou absolue engendre l'inopérabilité, ce qui autorise évidemment la diminution ou la modification des droits<sup>45</sup>. En garantissant les droits et libertés de la Charte, la première partie de l'article 1 modifie cette situation dans le cas de la Charte. Tout ce qui affecte négativement les droits garantis par la Charte est incompatible, mais les droits que la Charte garantit ainsi sont justement et précisément des droits restreints ou limités par le droit raisonnable, et non pas des droits absolus. La version anglaise de l'article 1 est particulièrement éloquente à ce propos.

Quelle que soit l'approche retenue, l'article 1 apparaît donc clairement comme le moyen d'interpréter et de comprendre correctement les droits garantis par la Charte et non pas comme un moyen d'échapper ou de déroger à ces droits ni de les modifier ou de les contourner. Cette réalité entraîne des conséquences concrètes. Globalement elle exigera du juge constitutionnel qu'il raisonne dans le contexte concret du conflit entre les valeurs véhiculées respectivement par la Charte et le reste du droit, plutôt que de spéculer sur la sémantique des mots utilisés par la Charte pour énoncer tel ou tel droit<sup>46</sup>. La vraie question est de savoir quel est le sens de cette règle d'interprétation.

### *La signification de l'article 1*

La question, pour l'essentiel, revient à se demander ce que signifie la raisonabilité, ce qui n'est pas peu de chose, même dans un contexte particulier.

La raisonabilité peut ici se concevoir d'une façon absolue ou relative. La première perception fait allusion à une appréciation intrinsèque d'une mesure, la seconde à une appréciation qui met cette mesure en relation avec quelque valeur de la Charte.

Suivant l'approche absolutiste, seules seraient contraires à la Charte canadienne des règles de droit qui seraient, aux yeux du juge constitutionnel, des mesures déraisonnables, irrationnelles, absurdes, arbitraires, gratuites, fantaisistes, capricieuses ou inadmissibles. Autre-

ment dit, le juge constitutionnel n'aurait qu'à s'interroger sur la pertinence de la règle, en se demandant si celle-ci poursuit son objet par l'entremise de moyens qui ont un rapport avec celui-ci. Cette perception s'inspire d'un principe de droit administratif relatif à l'exercice du pouvoir réglementaire, dont elle emprunte le vocabulaire<sup>47</sup>.

Malgré la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*, il nous semble clair que cette conception de l'article 1 doit être rejetée<sup>48</sup>, essentiellement parce qu'elle conduit, à l'extrême opposé, au même type d'excès que celui auquel conduit l'idée d'une interprétation également absolutiste des droits qu'énonce la Charte. Suivant cette dernière approche, nous l'avons vu, il serait possible d'interpréter les droits de la Charte sans l'éclairage des valeurs véhiculées par les différentes règles de droit incriminées, tandis que, suivant la conception dont nous faisons ici état, il serait possible de juger ces règles de droit sans renvoyer aux valeurs spécifiques que garantit la Charte. L'interprétation absolutiste du critère de la raisonnable fait en réalité que l'article 1 se suffit à lui-même et résume entièrement la Charte, ce qu'il nous apparaît difficile de soutenir.

La raisonnable relative ouvre pour sa part deux portes : celle de la nécessité et celle de la proportionnalité. Ainsi comprise, la raisonnable d'une règle de droit invite à faire un choix entre les valeurs que défend la Charte et celles que poursuit la règle en question. Toute la question est de savoir si le juge constitutionnel substitue alors son choix à celui du Parlement ou s'il réserve son intervention pour des cas caractérisés. Peut-il exiger que toute législation touchant aux droits de la Charte relève de la stricte nécessité ou doit-il se contenter de ne condamner que celle qui affecte la Charte de façon exagérée, inadéquate, démesurée, déséquilibrée, disproportionnée ou abusive par rapport à l'objet poursuivi?

Pour les raisons que nous avons développées précédemment, le choix doit se faire à notre avis en faveur du critère de la proportionnalité : seules les mesures qui affectent un droit de la Charte de façon disproportionnée par rapport au but qu'elles poursuivent seraient contraires à la Charte<sup>49</sup>. Le choix du critère de la nécessité postulerait en revanche un changement radical dans les règles d'organisation et de fonctionnement de l'État, changement que la réforme constitutionnelle de 1982 n'a, à notre avis, aucunement accompli.

La nécessité, comme critère de contrôle, est en fait un concept essentiellement différent de celui de la raisonnable. De plus, elle est, à notre avis, complètement inopérationnelle à titre de principe de contrôle judiciaire. Elle est beaucoup trop englobante : elle permet au judiciaire de se substituer entièrement au législateur pour l'appréciation du bien public. Elle dresse un obstacle qui peut rendre l'activité législative impraticable étant donné le caractère très général et large des principaux droits de la Charte.



La *Convention européenne des droits de l'homme*, de même que certaines constitutions internes<sup>50</sup>, parlent de nécessité<sup>51</sup>. Or, même dans ces cas, la jurisprudence a été amenée à élaborer un critère moins rigoureux<sup>52</sup>. Le concept de raisonabilité, comme critère d'interprétation des droits de la Charte, nous semble inviter clairement le juge constitutionnel à ne préférer sa perception des besoins de la société que dans les cas d'excès ou de disproportion.

La référence à la notion de société libre et démocratique, dans l'article 1, suggère également ce respect minimal des choix des parlements élus<sup>53</sup>. Nous ne prétendons évidemment pas par là que la Charte n'a de ce fait aucune emprise sur la législation des parlements. L'article précise bien que la justification doit pouvoir se démontrer. Seulement, nous pensons que cette référence pourrait donner raison au juge constitutionnel d'user d'une proportionnalité plus ou moins exigeante suivant le niveau d'intervention étatique en cause. L'articulation de la Charte ne permet pas une distinction de cette nature sur la base des différents droits fondamentaux de la Charte<sup>54</sup>; rien n'interdit par contre de faire une différence de degré entre le critère opposable aux législateurs élus et celui opposable aux autres : gouvernements, juges, commissions scolaires, particuliers, etc.<sup>55</sup>.

## *Le fonctionnement de l'article 1*

### INTERPRÉTATION ABSTRAITE OU CAS PAR CAS?

L'article 1 est la clause générale d'interprétation des droits et libertés de la Charte canadienne. Comme elle requiert de s'interroger sur la raisonabilité des différentes mesures qui sont contestées en vertu de la Charte, cette clause d'interprétation oblige à procéder cas par cas dans l'interprétation des droits de la Charte. C'est dire que s'applique à la Charte constitutionnelle le principe général d'interprétation qui veut que l'on interprète la Constitution canadienne en fonction des stricts besoins de chaque affaire<sup>56</sup>.

De la suite des interprétations au cas par cas se dégagera bien sûr, dans un second temps, une certaine interprétation générale des droits de la Charte, comme il s'en est dégagé une des titres de compétence législative partagés par la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>57</sup>. Mais l'interprétation opérationnelle des droits de la Charte doit néanmoins se faire dans le contexte intégré de l'affrontement concret des valeurs<sup>58</sup>.

### INTERPRÉTATION LARGE OU DYNAMIQUE?

Sous cet aspect de l'interprétation des droits de la Charte, il n'est pas tellement significatif d'affirmer que la Charte doit recevoir une inter-

prétation large et généreuse. Comme il s'agit essentiellement de faire un choix entre deux valeurs, qui sont souvent en définitive deux valeurs de la Charte, il est bien difficile de dire où doivent aller la largesse et la générosité.

Ce qui importe, c'est plutôt d'assurer à la Charte une interprétation dynamique et évolutive, capable de s'adapter le plus souplement possible au fil des ans<sup>59</sup>. Or il est des dispositions de la Constitution, comme le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant l'éducation confessionnelle, dont l'adaptation minimale est assurée par l'interprétation la plus stricte possible<sup>60</sup>.

Sous ce même aspect de l'interprétation des droits, il nous semble également incorrect, dans ce contexte d'affrontement des valeurs, de proclamer qu'il faut systématiquement préférer la version linguistique la plus large de la Charte. Il s'agit plutôt, il nous semble, de privilégier la version qui apparaît le mieux rendre l'intention du législateur constituant<sup>61</sup>. Or cette intention fut, de façon générale, de constitutionnaliser certains droits de façon formelle et non pas de changer la signification matérielle de ces droits autrement qu'à l'aide de l'article 1.

## LE FARDEAU DE PROUVER

Si l'article 1 est bien une clause d'interprétation, qui à ce titre permet de comprendre le sens véritable des droits garantis par la Charte, ce dont nous sommes convaincu, la législature n'a aucunement a priori le fardeau de faire la preuve de la raisonnable de sa législation. La mesure incriminée, si elle est raisonnable dans les circonstances, fait au contraire partie intégrante du droit allégué. Il appartient donc a priori à celui qui prétend qu'une loi est inconstitutionnelle pour des raisons fondées sur la Charte canadienne de démontrer que cette loi n'est pas raisonnable au sens de l'article 1<sup>62</sup>.

Cet aspect premier du principe de la présomption de constitutionnalité des lois<sup>63</sup> ne nous semble donc pas lui non plus avoir été renversé par l'avènement de la Charte. Encore une fois les droits de la Charte sont, comme il se doit, exprimés en termes si généraux qu'ils ne sont en eux-mêmes nullement fonctionnels. Pour qu'ils le deviennent, il est nécessaire d'en compléter la définition à l'aide de l'article 1. En conséquence, il serait illogique de requérir de celui qui conteste une loi de démontrer seulement la limitation d'un droit tel que libellé dans la Charte. La contestation par la Charte deviendrait alors tellement aisée que l'application pratique du droit pourrait s'en trouver paralysée.

Nous ne prétendons pas pour autant que l'individu qui invoque la Charte porte un entier fardeau de preuve, hors de tout doute raisonnable. Nous prétendons seulement que cet individu doit parcourir un autre

bout de chemin et non simplement faire valoir l'évidence d'une violation, diminution ou restriction de notions aussi générales que la liberté d'expression, le droit à la sécurité ou le droit à l'égalité, par exemple.

Tous ces droits de la Charte ont certes un certain sens général. Mais le sens particulier que leur donne la Charte est celui qu'impose l'article 1 : ce sont des droits dont la signification opérationnelle est de rendre inopérant le droit incompatible parce que non raisonnable au sens de l'article 1. Aussi, celui qui invoque un de ces droits doit-il nécessairement s'avancer substantiellement sur le terrain de la non-raisonnabilité.

Le gouvernement, s'il le juge nécessaire, répondra à ces arguments. Puis il démontrera, s'il en est besoin, que la législation attaquée peut se justifier dans une société libre et démocratique.

Enfin le juge constitutionnel donnera raison à la contestation si celle-ci l'a convaincu de façon prépondérante que la législation incriminée porte atteinte à un droit de la Charte de façon disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. En cas d'hésitation ou de doute sur l'existence d'une telle disproportion ou déséquilibre entre les valeurs en présence, il donnera finalement préséance à l'évaluation de la législature sur celle du particulier.

Cette façon d'interpréter les droits de la Charte canadienne ne découle pas à nos yeux d'un examen technique et littéral de l'article 1<sup>64</sup>. C'est plutôt en raison de la nature même des droits fondamentaux et en raison du contexte constitutionnel de la Charte que cette interprétation doit retenir le principe de la présomption de constitutionnalité des lois. Il nous est impossible de voir pourquoi, sur ce point, la jurisprudence de la Cour suprême relative à la Déclaration canadienne ne vaudrait pas<sup>65</sup>.

Les aspects secondaires du principe de la présomption de constitutionnalité des lois qui sont reconnus en droit constitutionnel canadien devraient valoir aussi dans le cas de la Charte. Ainsi, une loi doit recevoir, dans toute la mesure du possible, une interprétation qui lui donne sur les droits de la Charte un impact qui ne soit pas excessif dans les circonstances<sup>66</sup>. Si une telle interprétation n'est pas possible, la loi doit être déclarée inopérante, le juge ne pouvant en aucune façon se substituer au législateur; mais cette stérilisation ne doit viser que les dispositions défectueuses de la loi si cela est possible sans que l'intention du législateur ne s'en trouve pour autant trahie<sup>67</sup>.

De même, l'obtention préventive d'un remède judiciaire, avant que ne soit décidée de façon définitive l'existence du droit allégué, doit être soumise à des conditions rigoureuses. Une injonction interlocutoire ayant pour effet d'interdire l'application d'une loi devrait exiger de son requérant la preuve d'un préjudice sérieux ou irréparable et la démonstration d'un droit quasi clair. La simple apparence de droit comme critère d'émission de ce genre d'ordonnance judiciaire permettrait que la Charte puisse trop facilement servir des fins indues<sup>68</sup>.

## PROUVER QUOI?

Sur quel objet doit porter cette preuve qui incombe premièrement à celui qui attaque une règle de droit au nom de la Charte?

Le droit constitutionnel canadien portant sur le partage des compétences entre le fédéral et les provinces fait traditionnellement une distinction à cet égard entre preuves intrinsèques et preuves extrinsèques. Le critère de la constitutionnalité des lois étant, à cette fin du partage des pouvoirs, l'objet et le but recherchés par la législation en cause, les preuves extrinsèques apparaissent a priori non pertinentes. Elles ne le deviennent que si l'on entend démontrer que la loi attaquée n'a pas réellement l'objet que prétend son auteur. Dans ce contexte, la jurisprudence en est venue à concevoir l'admissibilité d'à peu près toute espèce de preuve pertinente pour la démonstration de l'existence ou de l'inexistence d'un lien rationnel entre la législation et une compétence constitutionnelle<sup>69</sup>.

Dans le cas de la Charte ce problème ne se pose pas. Car c'est de par leur effet réel et non en raison de leur objet que la constitutionnalité des lois doit être jugée du point de vue de la Charte. Donc toute preuve pertinente est admissible, non pas pour démontrer que la loi en cause a ou n'a pas de rapport rationnel avec l'objet constitutionnel qu'elle poursuit, mais bien pour démontrer qu'elle produit sur les droits de la Charte un effet proportionné ou disproportionné dans les circonstances.

Ces preuves extrinsèques peuvent être de toute nature. Comme il s'agit, encore une fois, d'apprécier l'effet réel de la loi et non pas de connaître l'intention du législateur, toute déclaration, même d'un ministre en Chambre, peut être pertinente et admissible. Il appartiendra au juge constitutionnel d'en apprécier le poids relatif.

Mais, une chose est certaine par ailleurs : ces preuves extrinsèques doivent porter sur les lois mises en question en raison de la Charte et non pas sur la Charte elle-même. Les droits de la Charte, nous l'avons vu, doivent être appréhendés et compris au cas par cas, par l'entremise de la raisonnabilité de l'article 1, et non pas à la lumière des déclarations que les auteurs ou promoteurs de la Charte ont pu faire à un certain moment. L'objectif fondamental de l'interprétation dynamique, évolutive et souple, plus important encore dans le cas de droits fondamentaux que dans celui de titres de compétence législative, est tout à fait inconciliable avec l'admissibilité de preuves extrinsèques relatives à la Charte<sup>70</sup>.

L'interprétation des différents droits garantis par la Charte canadienne doit donc à notre avis se faire avec circonspection. Sauf pour ce qui est de certains droits spécifiques, qui ne sont pas de la nature véritable de droits fondamentaux de la personne et dont les pourtours sont d'ailleurs dessinés à la manière du droit statutaire<sup>71</sup>, les droits de la Charte ne devraient pouvoir rendre le droit canadien inconstitutionnel que si celui-ci est d'abord jugé non raisonnable au sens de l'article 1. La

question qu'il est alors nécessaire de se poser est la suivante : *Le droit canadien contesté restreint-il ou limite-t-il le droit invoqué de la Charte de façon abusive, exagérée ou disproportionnée par rapport aux objectifs concrets et précis qu'il poursuit?*

Tel est à mon sens la façon de comprendre les droits de la Charte; cela découle tant du texte de cette dernière que du contexte constitutionnel dans lequel elle baigne. La Charte dit elle-même que les droits qu'elle garantit sont des droits limités ou restreints par le droit raisonnable, et il y a lieu de présumer que la loi des parlements, spécialement de parlements décentralisés, poursuit les objectifs généraux de liberté, de justice et d'égalité que fixe la Charte.

## **Le domaine d'application de la Charte**

Autant l'*interprétation* des droits garantis par la Charte doit être circospecte, retenue, prudente, autant la définition de ses domaines d'*application* doit être large et accueillante. Ceci parce que l'interprétation des droits nous amène au fond des choses, là où doivent composer des valeurs et des droits parfois également fondamentaux, tandis que la définition des domaines d'application nous situe au niveau de la technique de mise en oeuvre. Il est nécessaire socialement d'interpréter les droits les uns à l'aide des autres, mais il est difficile en revanche de justifier que des droits de la personne considérés comme vraiment fondamentaux soient interdits de séjour en des lieux déterminés au gré d'une technique juridique qui engendre des réponses sans lien avec les situations concrètes.

Nous entendons ici illustrer ce propos en traitant de quelques questions relatives au domaine général d'application de la Charte ainsi qu'aux domaines d'application plus spécifiques des droits les plus fondamentaux que celle-ci énonce<sup>72</sup>.

### ***Le domaine général de la Charte***

La Charte canadienne énonce expressément qu'elle s'applique au Parlement fédéral et à la législature de chaque province<sup>73</sup>. L'on peut croire cette mention inutile étant donné le statut formellement constitutionnel de la Charte<sup>74</sup>. L'autorité supralégale de la Charte canadienne ne fait en effet aucun doute, et les débats suscités par l'application de la Déclaration canadienne en domaine législatif ne peuvent se poursuivre au sujet de la Charte<sup>75</sup>.

La Charte affirme s'appliquer aussi au gouvernement fédéral et au gouvernement de chaque province<sup>76</sup>. Pour la même raison, nous croyons que cette seconde mention était a fortiori superflue : une Charte constitutionnelle, qui lie les parlements, ne peut que lier les gouvernements. Les prérogatives de *common law* et les immunités statutaires dont bénéficient les gouvernements ne jouent pas à l'encontre de la Constitution<sup>77</sup>.

S'il fallait admettre que cette mention des gouvernements est requise pour que ces derniers soient liés par la Charte, il faudrait alors donner au mot « gouvernement », employé dans ce contexte, le sens restrictif d'organe central de l'administration publique, à savoir : la hiérarchie des fonctionnaires de l'État présidée par le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur en conseil<sup>78</sup>. Cette mention, en revanche, parce qu'ayant sa propre raison d'être, ne pourrait pas être interprétée comme limitant le domaine d'application de la Charte.

Si, comme nous le croyons, la mention du gouvernement doit être jugée superflue pour ce qui est de lier les gouvernements, il faut alors, en principe, lui reconnaître une autre raison d'être, laquelle ne peut être que de contribuer à la détermination du domaine d'application de la Charte. Dans cette hypothèse, rien n'oblige toutefois de donner au mot gouvernement une signification organique plutôt que fonctionnelle.

En mentionnant les gouvernements comme il l'a fait dans la Charte, le législateur constituant a pu vouloir viser certains organes spécifiques de l'État tout comme certaines fonctions de l'État. Dans le premier cas, une mention délimitant le domaine de la Charte ne lui permettrait de s'appliquer qu'aux organes centraux des administrations publiques fédérale et provinciales, tandis que, dans le second cas, elle rendrait la Charte applicable à des fonctions de nature gouvernementale exercées tant par les gouvernements que par les institutions paragouvernementales décentralisées.

Certains auteurs ont disserté sur la première de ces deux hypothèses, soit à l'aide de l'arrêt *Blaikie n° 2*, soit à l'aide des concepts qu'utilise le droit administratif pour identifier les mandataires du gouvernement<sup>79</sup>. À notre avis, cette première hypothèse doit être écartée en raison de son implication limitative sur la détermination du champ d'application de la Charte.

Dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, la Cour suprême s'est située sur le terrain organique au sujet de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais le contexte était singulier<sup>80</sup>. La Cour suprême dans cette affaire était invitée à dire dans quels cas l'Administration publique québécoise est en mesure de contourner la règle du bilinguisme législatif en utilisant le pouvoir réglementaire. La province de Québec, appelante, a fait valoir que ce contournement, à la limite, ne pourrait être le fait que du gouvernement qui fait partie de la Législature et qui à plusieurs égards domine celle-ci. La Cour a répondu que l'article 133 devait s'appliquer aux règlements du gouvernement et aussi aux règlements des organismes paragouvernementaux dont les règlements doivent être approuvés par le gouvernement, à l'exception des organismes municipaux et scolaires.

Quelle que soit la logique de la décision, ce qu'il faut noter ici c'est que la Cour suprême était dans ce cas amenée à donner une réponse en fonction des organes et non en fonction des tâches de l'Administration. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise les « *acts of parlia-*

ments ». Or, emportée par l'éloquence du juge de première instance, la Cour, dans un premier temps, avait affirmé que cette expression devait recevoir une interprétation dynamique englobant tout le pouvoir réglementaire<sup>81</sup>. Comme l'assertion n'avait aucun sens vu l'obligation qu'elle sous-tendait, il fallait forcément, dans un deuxième temps, faire des distinctions entre les différentes catégories d'organes dotés de pouvoirs réglementaires. Entre les règlements d'un gouvernement et ceux d'une municipalité, il n'y a pas de différence fonctionnelle.

Dans le présent cas, la situation n'est pas la même. Il s'agit de l'application de la Charte canadienne dans son ensemble, donc de l'application, pour l'essentiel, des droits fondamentaux qui démarquent les frontières ultimes du droit. Rien ne s'oppose au contraire à ce que ce domaine d'application soit aussi vaste que possible. Il pourrait bien sûr en être autrement de certains droits de la Charte qui ne sont pas de cette nature et qui, comme l'article 133, imposent à l'État des obligations plutôt que des restrictions. Tel n'est cependant pas le cas de la détermination du champ d'application général de la Charte.

Nous ne croyons pas que les critères du droit administratif relatifs à l'identification des mandataires du gouvernement puissent davantage servir à la détermination du domaine général de la Charte. Ces critères veulent identifier les institutions paragouvernementales qui doivent, pour s'acquitter correctement de leur mission, bénéficier des prérogatives, privilèges ou immunités dont jouit le gouvernement. Nous ne voyons pas très bien comment ils pourraient servir à définir limitativement le champ de la Charte. L'objet qu'ils poursuivent irait plutôt en sens inverse.

L'hypothèse voulant qu'une signification fonctionnelle soit donnée au concept de gouvernement, pour délimiter le domaine général de la Charte, est plus acceptable parce que moins limitative. La Charte s'appliquerait chaque fois que les administrations publiques se trouvent à exercer des fonctions coercitives ou contraignantes pour les individus : pouvoirs réglementaires et pouvoirs discrétionnaires, de nature plutôt judiciaire ou plutôt administrative. Mais il reste qu'il pourrait être très décevant pour le citoyen de constater que la Charte constitutionnelle des droits de la personne ne s'applique pas à l'administration publique qui achète, enquête, emploie, gère, compile, fait rapport, etc.

S'il faut absolument donner un sens propre à la mention que fait la Charte des gouvernements, ce ne peut être, à notre avis, qu'un sens fonctionnel plutôt qu'organique. Le champ d'application de la Charte canadienne s'étendrait jusqu'aux confins du domaine couvert par la notion traditionnelle de fonction exécutive.

Mais, de toute façon, nous ne pensons pas qu'il soit requis d'attribuer un rôle spécifique à cette mention que la Charte fait des gouvernements. Il n'est pas rare que des textes législatifs comprennent des mentions auxquelles il n'est pas possible, ou encore souhaitable, de faire jouer un

rôle propre. La simple règle d'interprétation qui veut qu'un législateur ne parle pas pour ne rien dire ne nous semble pas avoir le poids qu'il faut pour rétrécir sans autres raisons la portée de la loi fondamentale du pays, dont fait partie la Charte<sup>82</sup>. Or le texte de la Charte ne contraint pas à cette interprétation restrictive; le constituant peut avoir mentionné expressément les parlements et les gouvernements par mesure de prudence.

La définition du champ d'application de la Charte ne devrait pas, il nous semble, fournir à ses interprètes des réponses toutes faites. La Charte doit au contraire être prête à servir dans tous les cas où il apparaît possible qu'une règle de droit affecte autrement l'un ou l'autre des droits qu'elle énonce de façon disproportionnée. Seules des dispositions explicites et très claires devraient pouvoir établir en principe que la Charte constitutionnelle des droits, partie de la loi fondamentale du pays, ne peut par exemple s'appliquer aux tribunaux judiciaires ou aux particuliers, qui pourtant ne sont pas autrement mentionnés dans la Charte<sup>83</sup>.

### *Le domaine de la liberté d'expression*

La *Charte canadienne des droits et libertés* consacre un article à la liberté d'expression. Elle y affirme le principe général de la liberté d'expression, de même que certains corollaires de ce droit. Notre intention n'est pas ici de tenter de prédire ce que seront les interprétations de ces droits, mais seulement d'illustrer comment leur champ d'application peut être conçu de façon étroite ou large.

La liberté d'expression de la Charte canadienne est destinée à « chacun » (en anglais : « *everyone* »). Il n'y a donc aucune raison de restreindre a priori, de façon artificielle ou doctrinaire, le domaine de la liberté d'expression de la Charte aux seules personnes physiques. On peut imaginer facilement des cas où il y aurait intérêt à en faire bénéficier des corporations.

La liberté d'expression de la Charte n'a-t-elle pour objet que l'expression politique et religieuse, ou est-elle destinée à s'appliquer aussi aux arts et aux lettres, de même qu'à la publicité commerciale? La jurisprudence américaine a beaucoup hésité là-dessus, mais nous pensons que les mots de l'article 2 de la Charte ne demandent pas de fermer en principe quelque porte que ce soit, en deçà du test de la raisonabilité appliqué dans le contexte concret et précis de chaque affaire en cause.

C'est une chose de dire que la liberté d'expression de la Charte ne s'applique pas à la pornographie et c'en est une autre de dire qu'il faut tenir compte des conséquences réelles de cette forme d'expression lorsqu'il s'agit d'apprécier un cas<sup>84</sup>. C'est une question d'approche : dans le premier cas, on pose une règle absolue qui fournira ensuite une réponse mécanique; dans le second, on se demande si telle mesure



répressive de la pornographie limite exagérément le droit à la liberté d'expression compte tenu de l'impact de la pornographie sur le droit des femmes à l'égalité.

De la même façon, il faudrait éviter de poser *in vacuum* le principe que la liberté d'expression de la Charte ne s'applique pas au langage symbolique. Ou encore qu'elle ne s'applique d'une façon générale qu'au contenu des messages, et non pas aux moyens par lesquels on s'exprime. L'expression par le moyen d'un certain port vestimentaire, par le moyen d'une certaine langue ou encore par le truchement d'un certain intermédiaire pourrait s'avérer d'une importance telle dans certaines circonstances que des mesures de restriction pourraient apparaître alors plus facilement abusives<sup>85</sup>. La protection des contenus passe souvent par la protection des médias de communication.

Une réponse à cette question du domaine de la liberté d'expression, qui serait fondée sur une distinction entre droits et libertés, serait aussi indûment technique. Suivant cette approche, la liberté d'expression de la Charte ne s'appliquerait pas au droit qui tend à favoriser l'expression institutionnelle plutôt qu'individuelle<sup>86</sup>. Là encore, s'il faut évidemment tenir compte du but poursuivi par une loi électorale incriminée, ce n'est pas à dire qu'il faut accepter en principe que cette loi puisse affecter de n'importe quelle manière et jusqu'à n'importe quel degré la liberté d'expression individuelle.

### *Le domaine de l'application régulière du droit*

Nous n'entendons faire état que de la clause générale d'application régulière que formule l'article 7 de la Charte canadienne<sup>87</sup>. Et notre intention, encore ici, n'est que de faire valoir l'importance d'en définir largement le domaine d'application.

Le débat majeur que soulève l'article 7 est celui de savoir s'il a une portée substantive ou seulement une portée procédurale. S'il n'a qu'une portée procédurale, cela signifie qu'il est destiné à ne s'appliquer qu'aux actes par lesquels l'État individualise les normes générales qu'il a par ailleurs posées en adoptant des lois et des règlements. Il s'applique donc essentiellement à la façon suivant laquelle les tribunaux exercent la fonction judiciaire et à la façon suivant laquelle l'administration publique exerce ses pouvoirs discrétionnaires.

Dans cette hypothèse, l'article 7 ne peut par contre s'appliquer à la teneur substantive des actes politiques de l'État ni aux actes posés par les particuliers. Ainsi, le contenu des lois ou des règlements, ou des actes purement administratifs de l'État échapperait à tout contrôle en vertu de l'article 7.

L'article 7, pourtant, énonce les trois droits les plus fondamentaux qui se retrouvent dans la Charte canadienne, soit le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité. Ce n'est que dans un deuxième temps,

bien séparé du premier par un point-virgule, qu'il ajoute qu'il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale<sup>88</sup>.

Si ces trois droits ne s'appliquent pas au contenu des lois et règlements, c'est dire qu'ils sont en définitive à l'entière merci des législateurs et des gouvernements. Ces derniers pourraient en effet édicter les normes les plus extravagantes à leur égard tout en ne laissant que peu ou pas de discrétion aux autorités chargées de les mettre en oeuvre. Les tribunaux n'auraient plus alors aucun pouvoir relativement à ces droits, même du point de vue de la procédure.

À notre avis, ni le texte ni le contexte de la Charte n'imposent à l'article 7 ce domaine d'application étriqué. Celui-ci garantit trois droits fondamentaux autonomes, qu'il faut interpréter à l'aide de la raisonnable concrète de l'article 1. Le respect de la justice fondamentale est une exigence additionnelle qu'impose l'article 7 pour les cas où des règles de droit affectant ces droits sont appelées à être mises en oeuvre par le biais de quelque pouvoir discrétionnaire, de nature judiciaire ou administrative.

Il apparaît difficile de concevoir que des droits de la nature des trois droits substantifs de l'article 7 soient laissés par la Charte à la merci de la seule qualité procédurale d'une mise en oeuvre discrétionnaire. La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire des missiles de croisière, semble avoir jugé que l'article 7 n'avait que valeur procédurale<sup>89</sup>; il faut espérer que la Cour suprême fondera plutôt sa décision sur une interprétation circonstanciée du droit à la sécurité et non sur une question de champ d'application<sup>90</sup>, comme d'autres cours d'appel ont su parfois le faire au sujet du droit à la liberté<sup>91</sup>.

La seconde question de cette nature que soulève l'article 7 est de savoir si la justice fondamentale qu'il énonce s'applique seulement aux discrétions judiciaire et quasi judiciaire ou si elle s'applique aussi à la discrétion administrative. Encore là, les mots utilisés n'obligent pas à restreindre le champ d'application de la Charte. L'expression « justice fondamentale » est utilisée ici dans un contexte qui n'oblige pas, comme dans le cas de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, à la confondre avec le concept de justice naturelle du droit administratif, qui lui ne s'applique qu'aux fonctions de nature judiciaire<sup>92</sup>. L'expression justice fondamentale peut inclure des garanties procédurales qui vont du formalisme rigoureux du procès criminel jusqu'au devoir d'équité (*duty to act fairly*) de la discrétion administrative<sup>93</sup>.

### ***Le domaine de l'égalité***

L'égalité, suivant la Charte canadienne, est destinée à s'appliquer à « tous ». La version anglaise de l'article 15 qui énonce ce droit à l'égalité emploie par contre l'expression « *every individual* ». Lorsqu'il s'agit de

définir le champ d'application de la Charte, plutôt que d'en interpréter les droits, le choix de la version la plus généreuse devrait l'emporter.

La portée de l'égalité suivant la Charte ne doit pas non plus être restreinte aux six sortes de discriminations énumérées à l'article 15. Cette énumération est précédée d'un « notamment » qui suffit à interdire que ne soit artificiellement restreint le domaine de l'égalité.

La principale question que soulève la clause d'égalité de la Charte concerne l'emprise qu'elle est susceptible d'avoir sur le contenu des lois. On sait que la Cour suprême a beaucoup tergiversé à ce propos au sujet de la clause d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits*. Elle est passée du « oui » dans *R. c. Drybones*<sup>94</sup>, au « non » dans *P.G. Canada c. Lavell*<sup>95</sup>, au « ça dépend » dans *Bliss c. P.G. Canada*<sup>96</sup>, alors qu'elle a paru introduire une distinction entre législations répressives et législations distributives, les premières seules étant sujettes au crible du principe d'égalité. D'une façon générale, la Cour suprême était portée à faire une lecture textuelle de l'expression « égalité devant la loi » de la Déclaration, pour conclure qu'il s'agissait d'une égalité dans ce qui découlait de la loi et non dans la teneur même de celle-ci.

La Charte canadienne fait son possible pour renoncer à cette succession. Elle recourt, pour exprimer le principe d'égalité, à quatre expressions, distinctes les unes des autres et différentes de celle de la Déclaration. Le caractère formellement constitutionnel de la Charte, que n'avait pas la Déclaration, devrait par ailleurs contribuer à amener les juges à appliquer le principe d'égalité au contenu même de la législation.

## Conclusion

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas un instrument de développement de la société canadienne. Elle est plutôt le mécanisme de défense suprême des personnes qui composent cette société. Pour le mieux-être de cette dernière, elle doit en cette qualité recevoir une *application* large mais une *interprétation* retenue. Cette situation découle du concept même de droit fondamental et du contexte institutionnel précis dans lequel la Charte canadienne est appelée à oeuvrer.

La détermination du domaine d'application de la Charte fait allusion au cadre, à la forme, au contenant plutôt qu'au contenu. Ces aspects périphériques des choses ne doivent pas empêcher la Charte de jouer un rôle qui peut être vital. L'intervention ultime de la Charte ne doit pas être refusée par le jeu de notions techniques souvent artificielles. Dans toute la mesure permise par les mots et les concepts, les personnes qui font appel à la Charte ne doivent pas recevoir une réponse préliminaire et mécanique qui, très souvent d'ailleurs, cache mal le souci d'éviter d'avoir à se prononcer sur le fond de la question.

L'interprétation des droits de la Charte doit en revanche faire l'objet d'une démarche prudente et éminemment sérieuse. Ce qui veut dire

essentiellement, à nos yeux, une interprétation qui veut aller au fond des choses en situant les valeurs, les droits et les devoirs bien en face les uns des autres.

Une charte omniprésente, parce qu'interprétée dans l'abstrait et l'absolu, entraînera l'usure des droits qu'elle est censée servir. Plus encore elle sera source d'une injustice croissante au profit des plus forts, des plus puissants, des mieux organisés et des mieux nantis, au lieu d'assurer d'abord et avant tout, comme elle se doit, la protection des plus vulnérables. Bien loin d'engendrer une société plus juste, plus sécuritaire et plus douce, c'est une société d'affrontements et de conflits qu'elle favorisera, une société fondée sur la réclamation maximale des droits et l'accomplissement minimal des devoirs.

Bref, il ne faudrait pas que s'avère fondée cette prévision voulant que la Charte soit le droit du travail des avocats de demain. Car une charte, encore une fois, si elle a toute l'importance d'un mécanisme de défense, ne peut donner autre chose que ce que donne un mécanisme de défense. La surexcitation d'un système immunitaire ne peut entraîner à la longue que des rejets autodestructeurs. L'utilité sociale d'une charte des droits fondamentaux de la personne ne s'apprécie pas au nombre de fois où sont accueillies les plaidoiries qui l'allèguent.

## Notes

Cette étude est datée du 11 avril 1984.

1. *Loi sur le Canada*, 1982 S.R.-U., c. 11, annexe B (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 1 à 34).
2. À ce jour, cinq causes importantes ont été entendues et sont en délibéré : *Hunter c. Southam*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 420 (C.A. Alta); *R. c. Big M Drug Mart*, (1983) 10 W.C.B. 453 (C.A. Alta); *Operation Dismantle c. R.* (1983) 1 C.F. 745; *P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, (1983) C.A. 77; et *Re Skapinker*, (1983) 40 O.R. (2d) 481 (C.A.). Depuis que le présent texte a été rédigé, la Cour suprême a rendu jugement dans *Skapinker* et *Q.A.P.S.B.*, les 3 mai et 26 juillet 1984 respectivement.
3. L'intention de ces chiffres est de rendre compte d'un état de fait général, non de livrer des statistiques exactes. Le nombre de livres mentionné inclut les livraisons thématiques de revues et les chartes annotées; le chiffre concernant les articles exclut les contributions aux livraisons thématiques et aux ouvrages écrits en collaboration. Voir la bibliographie annexée.
4. 1970 S.R.C., app. III.
5. En plus de juger les lois du point de vue du partage fédératif des compétences, les tribunaux peuvent maintenant le faire à partir de principes substantifs posés en des termes très généraux.
6. La justice commutative établit ou rétablit l'égalité dans les relations entre les personnes. La justice distributive se rapporte aux relations entre la société et les personnes; elle doit procéder à une distribution proportionnelle du bien commun.
7. Voir J. Hersch, *Quelques paradoxes des droits de l'homme*, Zürich, Schultheiss Polygraphischer Verlag, 1979, p. 189 :

Une troisième observation : il ne faut pas noyer le poisson. Il ne faut pas que le souci, affiné et multiplié, de donner aux Droits de l'homme les meilleures chances de réalisation concrète dans l'histoire atténue l'exigence des Droits

massifs, primordiaux, qui préservent la conscience individuelle contre les viols de la force.

[. . .]

L'ennemi premier des Droits de l'homme, c'est le recours à la force par certains hommes, qui veulent en asservir d'autres, afin de les utiliser comme de simples moyens en vue de leurs fins à eux. Il faut reconnaître cependant que les Droits de l'homme ont aussi un autre ennemi, plus insidieux, qui risque toujours de les noyer dans le non-sens ou l'irréalité. C'est la rhétorique de la « belle âme » (*schöne Seele*), arrogante et vaine. Dans son élan lyrique vers une totalité imaginaire, elle méprise les distinctions et les limites qu'explore le discernement humain.

8. C'est le cas notamment des dispositions portant sur le droit de circulation et d'établissement (art. 6), sur les langues officielles (art. 16 à 22) et sur les droits linguistiques en matière d'éducation (art. 23).
9. Les dispositions de la Charte canadienne qui sont potentiellement les plus utiles au développement de la société sont précisément ses clauses d'interprétation ou de dérogations : art. 6(4), 15(2), 16(3), 25, 27, surtout 1, et même 33.
10. Ils peuvent permettre d'éviter le pire, soit qu'un ou quelques individus paient indûment pour le bonheur et la sécurité de l'ensemble. Ils sont en même temps, pris au pied de la lettre, le signal d'un chacun-pour-soi qui consacre juridiquement un statu quo social.
11. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q. c. C-12, contient plusieurs dispositions de cette nature : art. 40s, par exemple. Voir également l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sur la péréquation et les inégalités régionales. Même des dispositions relativement précises, comme les articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, posent de sérieuses difficultés de mise en oeuvre : l'application de ces dispositions au Manitoba en fait foi. Au sujet de l'article 23 de la Charte canadienne, voir D. Proulx, « La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 14 *Revue générale de droit* 335.
12. Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 95 et s. L'article 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958 se lit par exemple comme suit : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».
13. *Idem*, p. 409.
14. La Cour suprême n'a reconnu qu'une fois en pratique la prépondérance de la Déclaration canadienne sur la législation ordinaire : R. c. *Drybones*, 1970 R.C.S. 282. Elle a par ailleurs développé des théories tendant à nier cette prépondérance : P.G. *Can. c. Lavell*, 1974 R.C.S. 1349; R. c. *Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693; P.G. *Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170; et R. c. *Miller*, (1977) 2 R.C.S. 680. Voir (1977) 18 *Cahiers de droit* 567 et (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 795.
15. L'avènement de la Charte élargit le rôle traditionnel des tribunaux pour trois raisons. La première tient à la grande généralité du mode d'expression de la Charte. De très nombreuses dispositions de la Charte utilisent une terminologie qu'il faudra définir et dont la portée sera précisée dans chaque cas. La deuxième raison de l'accroissement du rôle des tribunaux est la rareté possible des modifications à la Charte. L'évolution de la Charte proviendra principalement de son interprétation par les tribunaux. En pratique, ce sont les tribunaux qui modèleront la signification réelle de la Charte. La troisième raison du rôle accru des tribunaux est que seul le système judiciaire disposera de la compétence pour interpréter et appliquer la Charte.
16. Voir *supra*, n. 9.
17. 1970-1971-1972 S.C., c. 63.
18. Voir H. Brun, « Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne », (1983) 24 *Cahiers de droit* 457.
19. 1970 S.R.C., c. C-34.
20. Voir *Messier c. Delage*, J.E. 83-1082 (C.S.C.) : l'opinion dissidente de trois juges sur sept.

21. Voir *Pelletier c. Léger*, un arrêt non rapporté de la Cour supérieure du Québec du 4 mai 1982, dans lequel fut jugé contraire à l'égalité de la Charte québécoise un programme de formation spécialement destiné aux fonctionnaires du sexe féminin. Voir aussi à ce propos F.R. Boddendijk, *Minorities and Civil Liberties in Advanced Industrial Societies: A Question of Two Incompatible Values?*, communication au 12<sup>e</sup> congrès mondial de l'Association internationale de science politique, Rio de Janeiro, août 1982, polycopié.
22. Voir Hersch, *supra*, n. 7, p. 186.  
Mettre en oeuvre les Droits de l'homme, c'est agir, là même où règnent l'affrontement des forces et la lutte pour la vie, pour y introduire une dimension autre, une protection des droits du plus faible, un respect là où la force est absente, un sacré sans armes, — bref, au sein même de la nature une contre-nature dans le sens de l'humain.
23. Voir les propos de W.S. Tarnopolsky, « The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted with the American Bill of Rights », (1983) 5 *Human Rights Quarterly* 227, p. 272, et « Comparison Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights », (1982–1983) 8 *Queen's Law Journal* 211, p. 230, au sujet de la *Loi assurant la reprise des services : dans les collèges et les écoles du secteur public*, 1983 L.Q., c. 1 (projet de loi n° 111). Le Bureau international du travail, dans le jugement qu'il a rendu relativement à cette loi, a tenu compte de façon très importante du contexte social et économique prévalant alors : jugement n° 1171, du 19 novembre 1983.
24. Voir W.R. Lederman, « The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 16 *University of British Columbia Law Review* 1; Hersch, *supra*, n. 7, p. 185 et 187 :  
Les droits de l'homme ne peuvent pas ne pas affronter « la nature », où règne le droit du plus fort. En effet, dire d'une exigence qu'elle est un Droit, c'est s'interdire les facilités d'une intention simplement idéale, c'est entreprendre une mise en oeuvre concrète, au niveau de la réalité matérielle où s'élabore la vie humaine.  
En somme, il semble qu'on pourrait considérer la plupart des droits acquis ou recherchés comme traduisant, dans le concret, les conditions d'une mise en oeuvre réelle des Droits de l'homme.
25. Voir P.H. Russell, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 30.
26. Art. 6 et 23. Ces dispositions sont d'ailleurs beaucoup plus élaborées que celles portant sur les droits fondamentaux traditionnels.
27. Voir, par exemple, *Reynolds c. A.-G. B.C.*, (1983) 143 D.L.R. (3d) 365 (C.S. C.-B.); *Storey c. Zazelenchuk*, (1982) 21 Sask. R. 158 (B.R.); *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 58 (C.D. Ont.), au sujet de l'article 1 de la Charte. Voir *Shingoose c. Minister of Social Services*, (1983) 149 D.L.R. (3d) 400 (B.R. Sask.), au sujet de l'article 12.
28. Nous ne prétendons évidemment pas que l'influence se mesure seulement au nombre ou au pourcentage de jugements rendus. En l'espèce, il faut toutefois constater que les tribunaux de l'Ontario ont très souvent l'occasion d'être les premiers à se prononcer sur des questions de poids concernant la Charte; et les tribunaux de première instance des autres provinces en sont souvent réduits à s'en remettre à ce qu'a déjà dit la Cour d'appel de l'Ontario sur ces points.
29. Voir, par exemple, *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*, J.E. 82–903; (1982) 140 D.L.R. (3d) 19 (C.S.Q.), où le principe de l'interprétation uniforme a servi pour justifier l'intervention agressive du gouvernement fédéral dans une affaire concernant la constitutionnalité d'une législation provinciale.
30. Voir *supra*, n. 12, p. 37.
31. *Loi constitutionnelle de 1867*, 1970 S.R.C., app. II, p. 191, art. 96 et 101; *Loi sur la Cour suprême*, 1970 S.R.C., c. S–19.
32. L. Favoreu dans *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, p. 29 :

Le juge constitutionnel est d'abord différent parce qu'il a nécessairement un statut constitutionnel, c'est-à-dire un statut qui le met à l'abri des pouvoirs publics qu'il est chargé de contrôler. Son existence, sa structure et ses missions sont en principe fixées par la Constitution et il est nécessaire de réviser la Constitution pour modifier ce statut;

Ce qui le sépare aussi du juge ordinaire, c'est que, contrôlant les pouvoirs publics et même si son activité et ses méthodes sont de nature juridique, la portée de ses décisions a souvent et inévitablement un caractère politique.

33. Voir *supra*, n. 8 et 26.

34. J. Hersch, *Le concept des droits de l'homme est-il un concept universel?*, Paris, Institut Goethe, mai 1980, p. 3 et 4, polycopié :

À partir du moment où se propagent les sciences, avec leurs terminologies et leurs méthodes rigoureuses, les techniques avec leurs facilités et leurs servitudes, les industries avec leurs hiérarchies et leurs intérêts interdépendants et divergents, il ne suffit plus de reconnaître les racines « vécues » les plus profondes, communes à tous, des Droits de l'homme; il devient impératif de les conceptualiser et de les expliciter en termes d'exigences juridiques. C'est alors au nom des Droits de l'homme qui sont à tous que chacun revendiquera son droit à être lui-même, différent.

35. Voir R. Décary, « La Cour suprême et la dualité canadienne », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 702, p. 712.

36. Voir N. Rouland, « L'acculturation judiciaire chez les Inuits du Canada », (1983) 13 *Recherches amérindiennes* 179, 307, p. 313 et 314. Voir également l'article 16(3) de la Charte canadienne de même que l'article 22 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948*, et l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966* dont le Canada a signé le protocole facultatif en 1976. Un être humain ne développe pas ses virtualités du seul fait qu'on ne l'a pas tué ou qu'il ne meurt pas d'inanition. Du point de vue de l'intelligence et de la spiritualité humaines, la personne a besoin de participer à une structure, à la culture à laquelle elle appartient. La nécessité de respecter les diverses cultures est une extension de la reconnaissance du droit à un développement intellectuel et spirituel.

37. Voir, par exemple, P. Berton, *Why We Act Like Canadians: A Personal Exploration of our National Character*, Toronto, McClelland and Stuart, 1982.

38. Dans *Quebec Association of Protestant School Boards*, *supra*, n. 2, aux p. 27 et 30 des motifs, la Cour suprême a fait la distinction entre « dérogation » et « restriction ». Il s'agissait toutefois d'une distinction de degré plutôt que de nature, à nos yeux difficile à saisir :

Quelle que soit leur portée, les restrictions que l'article 1 de la *Charte* permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les paragraphes 33(1) et (2) de la *Charte*, [ . . . ]

Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*.

39. La Cour suprême considère que les lois fédérales qui poursuivent un « objectif fédéral régulier » ne contreviennent pas aux droits de la *Déclaration* : *Commission des droits de la personne c. P.G. Canada et Vermette*, (1982) 1 R.C.S. 215; *MacKay c. R.*, (1980) 2 R.C.S. 370; *Bliss c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183. L'expression « objectif fédéral régulier » a généralement été interprétée comme renvoyant aux domaines de compétence fédérale, ce qui a pour effet de priver les droits de la *Déclaration* de toute autorité sur les lois fédérales.

40. *Supra*, n. 8 et 26.

41. C'est dans le contexte de ces articles que se situent les deux arrêts rendus par la Cour suprême depuis que notre texte a été rédigé. Voir *supra*, n. 2. *Skapinker* portait sur l'article 6 et *Quebec Association of Protestant School Boards* sur l'article 23.

42. Ainsi dans *Skapinker*, *supra*, n. 2, la Cour suprême est-elle à ce stade parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas de rapport entre l'article 6 de la *Charte* et la législation ontarienne en cause. C'est là, à notre avis, le sens qu'il faut donner à la jurisprudence

- qui a posé le principe voulant qu'il faille dans un premier temps interpréter les droits de la Charte indépendamment de l'article 1. Voir, par exemple, *R. c. Rauca*, (1983) 4 C.R.R. 42 (C.A. Ont.).
43. La décision de la Cour suprême dans *Quebec Association of Protestant School Boards*, *supra*, n. 2, laisse grandement perplexe à cet égard. Dès le départ, et une autre fois par la suite (p. 14 et 26 des motifs), la Cour affirme expressément ne pas répondre à la question de l'applicabilité de l'article 1 dans le cas d'un conflit concernant l'article 23 de la Charte. Elle démontre ensuite que la législation québécoise en cause ne peut être considérée comme une restriction raisonnable à l'article 23, au sens de l'article 1, puisque le législateur constituant avait précisément l'intention par cet article 23 de faire tomber cette législation québécoise (p. 16 à 26). Ce raisonnement nous apparaît fondé et, en l'espèce, justifiable (voir n. 70). Mais la Cour affirme ensuite, dans un deuxième temps, qu'il y a de toute façon entre l'article 23 et la loi québécoise un conflit que l'article 1 ne peut réduire puisqu'il s'agit en l'occurrence d'une dérogation et non d'une restriction (p. 27 et 30). Or, ce faisant, elle se trouve à appliquer l'article 1 malgré ses assertions liminaires. Comment d'ailleurs aurait-elle pu faire autrement, à moins de juger que l'article 23 est suffisamment précis pour entraîner l'inconstitutionnalité de tout ce qui l'affecte négativement. Il lui fallait autrement une jauge d'incompatibilité. La distinction entre dérogation et restriction apparaît dans ce contexte rejoindre en pire la distinction douteuse entre négation et restriction sur laquelle la Cour d'appel avait fondé sa décision : 1983 C.A. 77. En fait la Cour suprême se trouvait plutôt mal prise dans cette affaire : il lui fallait en l'espèce éviter à tout prix la raisonnable de l'article 1 et les très forts arguments présentés par le procureur général du Québec à ce chapitre. Elle aurait dû et pu s'en tenir à son premier motif.
  44. Suivant l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, n. 1.
  45. Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 348–350.
  46. A. Tunc dans *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, p. 8, parle de la  
[ . . . ] mission d'assurer la liberté du citoyen ou, moins abstraitement, de tendre à harmoniser l'exercice nécessaire de la puissance publique avec la non moins nécessaire autonomie relative des personnes.  
D.G. Blair, *The Charter and the Judges: A View from the Bench*, conférence prononcée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice, octobre 1983 :  
*The problem for the courts, is to balance these competing rights and determine which should be paramount in any particular situation.*
  47. Voir G. Pépin et Y. Ouellet, *Principes de contentieux administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1979, p. 94.
  48. La Cour suprême a toujours considéré qu'il suffisait qu'une loi ait une justification pour qu'elle la juge conforme à la Déclaration canadienne : voir les arrêts *Lavell*, *Burnshine*, *Canard*, *Miller*, *Vermette*, *MacKay* et *Bliss*, *supra*, n. 14 et 39.
  49. Presque toutes les décisions de cours d'appel qui ont jusqu'ici cassé des lois au nom de la Charte pourraient à notre avis se justifier par application de ce critère.
  50. La Jamaïque ou Antigua, par exemple.
  51. Aux art. 2, et 8 à 11.
  52. *A.-G. c. Antigua Times*, 1976 A.C. 16; *Hinds c. R.*, 1977 A.C. 195.
  53. Voir, par exemple, *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*, 1982 C.S. 673, p. 693 et 694; *Federal Republic of Germany c. Rauca*, (1982) 38 O.R. (2d) 705 (H.C. Ont.), p. 716.
  54. Voir A. Morel, « La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 81, p. 84 et s.
  55. Dans les arrêts suivants, par exemple, une proportionnalité exigeante est opposée à l'action d'un juge et d'un directeur de prison : *Re Collins and R.*, (1983) 4 C.R.R. 78 (C.C. Ont.); *Malty c. A.-G. Sask.*, (1983) 143 D.L.R. (3d) 649.
  56. Voir Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 337. Dans *Skapinker*, *supra*, n. 2, la Cour suprême a exprimé l'opinion suivante à cet égard, à la page 39 des motifs :



L'évolution de la *Charte* dans notre droit constitutionnel doit nécessairement se faire avec prudence. Lorsque les questions soulevées n'exigent pas de commentaires sur ces nouvelles dispositions de la *Charte*, il vaut mieux ne pas en faire. Il se présentera des cas où des opinions incidentes ou l'anticipation de questions permettront d'orienter utilement la société canadienne et plus particulièrement le processus constitutionnel en évolution. Dans ces cas, la Cour pourrait bien élargir ses motifs de jugement au-delà de ce qui est nécessaire pour trancher les questions soulevées.

57. *Ibid.*

58. Tung, *supra*, n. 46.

59. La Cour suprême a exprimé à ce sujet l'opinion suivante dans *Skapinker*, *supra*, n. 2, à la page 12 des motifs :

Elle appartient au fond même du droit canadien. En réalité, elle est « la loi suprême du Canada » : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52. Il n'est pas facile de la modifier. Le processus délicat et constant d'ajustement de ces dispositions constitutionnelles est traditionnellement laissé, par nécessité, au pouvoir judiciaire. Il faut maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude. Il faut, dans la mesure où il est possible de les prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures. La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert.

60. Cette disposition voulait permettre aux catholiques et aux protestants d'avoir des écoles publiques de leur confession. Elle correspondait à la conception de la liberté de religion à l'époque. Aujourd'hui elle pêche contre la séparation de l'Église et de l'État, discrimine en raison de la religion et va même jusqu'à rendre très difficile au Québec la mise sur pied d'écoles non confessionnelles.

61. Ainsi l'interprétation à retenir pourra être celle qui se marie avec les deux versions, ce qui logiquement conduit vers la version la plus stricte plutôt que vers la plus large : voir *Jones c. Gamache*, 1969 R.C.S. 119, p. 126, et l'art. 8(2)b de la *Loi sur les langues officielles*, 1970 S.R.C., c. 0-2. Mais le contexte et d'autres principes d'interprétation pourront aussi entrer en ligne de compte : voir *R. c. Cie Immobilière BCN*, (1979) 1 R.C.S. 865, p. 871 et 872. En fait une constitution n'est pas faite pour obéir à des règles d'interprétation qui joueraient mécaniquement.

62. Nous maintenons cette position bien que nous sachions que plusieurs décisions de Cours d'appel ont affirmé le contraire. Voir *Re Skapinker*, (1983) 40 O.R. (2d) 481 (C.A.), p. 487; *R. c. Rauca*, (1983) 4 C.R.R. 42 (C.A. Ont.); *Re Southam and R. (No 1)*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 408 (C.A. Ont.). La Cour suprême dans *Skapinker*, *supra*, n. 2, ne s'est pas prononcée sur la question.

63. Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 332.

64. Le jeu de la clause d'interprétation ne devrait pas dépendre d'une certaine acception du mot « restreints » ou de l'expression « règle de droit » : voir *P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, 1983 C.A. 77, et *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 58 (C.D. Ont.). Voir Morel, *supra*, n. 54, p. 89 et s.

65. *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, p. 707 et 708; *R. c. Miller*, (1977) 2 R.C.S. 680, p. 695 et 696. Ce qui ne veut pas dire, au contraire, que nous sommes d'accord avec la Cour suprême sur ce que doit contenir cette preuve : *supra*, n. 48.

66. Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 332.

67. *Idem*, p. 334.

68. *Idem*, p. 333.

69. *Idem*, p. 344.

70. Dans *Quebec Association of Protestant School Boards*, le juge Beaugard de la Cour d'appel a fondé son opinion sur « le but précis et résolu » du législateur constituant de 1982 : 1983 C.A. 77, p. 79. Il faut dire que cette affaire ne peut que donner une vue tronquée de l'économie générale de la Charte. L'article 23 qu'elle met en cause n'est pas un droit fondamental de la personne, ni dans sa nature ni dans sa facture. Cette

disposition de la Charte canadienne est, en fait, un corps étranger taillé sur mesure pour faire tomber certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11. Partant, il devient difficile de reprocher au judiciaire de tenir compte d'une donnée de commune science.

Depuis que ce texte a été rédigé, la Cour suprême a rendu sa décision dans cette affaire : *supra*, n. 2. Elle a confirmé que l'article 23 n'énonce pas un droit fondamental au sens matériel du terme (p. 16 des motifs) et que cette disposition avait justement pour finalité de faire tomber les dispositions de la *Charte de la langue française* attaquée en l'espèce : p. 17 à 25 des motifs. L'essentiel de sa décision a donc pu consister en une confirmation de l'opinion du juge Beaugard, opinion fondée sur l'intention du législateur constituant. Cette interprétation d'un droit de la Charte par l'intention du constituant se justifie en l'occurrence pleinement. Mais nous pensons que cette situation est tout à fait exceptionnelle et qu'elle ne devrait pas prévaloir dans le cas des droits de la Charte qui sont de véritables droits fondamentaux de la personne. Nous ne voyons pas, par exemple, ce que viendrait faire dans une contestation judiciaire au nom du droit à l'égalité du paragraphe 15(1) de la Charte la preuve d'opinion exprimée à ce sujet en 1981-1982 par le ministre de la Justice de l'époque. Dans *Skapinker, supra*, n. 2, à la page 38 des motifs, la Cour suprême dit expressément ne pas se prononcer sur l'admissibilité ou la pertinence de telles preuves. Il est toutefois surprenant que la Cour suprême ne fasse pas, au sujet de la question des preuves extrinsèques, cette distinction importante entre les preuves relatives à la Charte, dont l'admission ne peut que figer ces derniers à leur état de 1982, et les preuves relatives au droit incriminé, dont l'admission est essentielle à une juste interprétation des droits de la Charte.

71. *Supra*, n. 8.
72. Cette question de l'application de la Charte bien sûr passe souvent par l'interprétation des mots de la Charte et même des mots par lesquels sont énoncés des droits de la Charte. Mais l'interprétation ici n'a pas pour objet de connaître la signification matérielle de tel ou tel droit, mais plutôt de savoir dans quelles situations juridiques et factuelles ce droit est habilité à intervenir. Une réponse à une contestation fondée sur la non-application est par définition une réponse qui évite de répondre à la question de fond de savoir si le droit fondamental invoqué et garanti par la Charte inclut la règle de droit dénoncée.
73. Art. 32.
74. Selon l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 627; P.W. Hogg, « Supremacy of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 69.
75. *Supra*, n. 14.
76. Art. 32.
77. Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 330. Voir *B.C. Power c. B.C. Electric*, 1962 R.C.S. 642. Nous pensons particulièrement aux dispositions des lois d'interprétation voulant que le gouvernement ne soit lié par la loi que si celle-ci le nomme expressément. Par exemple, *Loi d'interprétation*, 1970 S.R.C., c. J-23, art. 16, ou *Code civil du Bas-Canada*, art. q. Sur l'application de la Charte en matière de prérogative, voir *R. c. Operation Dismantle*, (1983) 1 C.F. 745 (C.A.).
78. Ce n'est en effet que le gouvernement au sens organique du terme qui est visé par ces immunités dont nous venons de parler.
79. Voir K. Swinton, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés » dans W.S. Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur-Sorej, 1982, p. 60; G. Rémillard, « Les conditions d'application de la Charte », *La Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Barreau du Québec, 1983, p. 72 et s.; D. Gibson, *Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of « Government » Under the Section 32(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, communication au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice, octobre 1983.
80. *P.G. Québec c. Blaikie (n° 2)*, (1981) 1 R.C.S. 312.
81. *P.G. Québec c. Blaikie (n° 1)*, (1979) 2 R.C.S. 1016, p. 1027.

82. Art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

83. Nous admettons d'emblée que la question de l'applicabilité de la Charte en droit privé est loin d'être réglée. Pour des raisons d'opportunité politique, il se pourrait bien que les tribunaux interdisent cette avenue à la Charte. En revanche, nous ne voyons pas très bien quel motif de logique juridique serait de nature à cantonner la Charte constitutionnelle au domaine du droit public. Les actes des individus ne peuvent être sanctionnés par les tribunaux que s'ils sont conformes au droit, ce qui, nous le supposons, comprend au premier chef la Constitution. Voir, en ce sens, l'opinion de J. Rivero dans *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, p. 523 :

J'avoue mon étonnement parce que je n'arrive pas à comprendre comment on peut admettre, par exemple, que, la liberté d'opinion étant un principe posé au niveau constitutionnel, il n'est pas admissible que l'État fasse pression sur les opinions de ses citoyens ou qu'il les empêche de s'exprimer, mais qu'il serait parfaitement compatible avec ce principe que l'employeur fasse pression sur la liberté d'opinion de son salarié et lui interdise de s'exprimer. Je ne vois pas la possibilité d'une double éthique au sein d'une Société, l'une applicable aux rapports de l'État et des particuliers, l'autre applicable aux citoyens entre eux, et qui divergeraient dans leur essence même et dans les valeurs qu'elles consacrent. Au demeurant, lorsqu'un conflit s'élève entre deux particuliers touchant précisément l'exercice d'une liberté, d'un droit fondamental, le conflit va devant le juge, c'est-à-dire devant une autorité étatique. Et cette autorité étatique doit nécessairement appliquer à ce conflit les règles qui lient toute autorité étatique, c'est-à-dire les principes fondamentaux de la Constitution. C'est d'ailleurs ce que révèle, me semble-t-il, l'exemple du droit allemand, où à travers le contrôle des décisions des juridictions civiles, la Cour constitutionnelle impose aux rapports entre particuliers le respect des principes fondamentaux de la Constitution. Je crois donc qu'il est essentiel de préciser, de rappeler, d'approfondir cette idée que les droits fondamentaux doivent se concevoir non seulement comme une protection de l'individu contre l'arbitraire public, mais aussi comme une protection contre l'arbitraire privé qui n'est pas moins redoutable.

Si nous avons raison sur ce point, cela signifierait que la réforme constitutionnelle de 1982 a eu sur le Québec des conséquences uniques. Le droit civil d'origine française, conservé au Québec grâce à l'*Acte de Québec de 1774* et à l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, se trouverait désormais noyé quant à ses principes les plus fondamentaux dans un ensemble de *common law* pancanadien. Cette situation, pour les raisons déjà exposées dans ce texte, est propre à suggérer une interprétation des plus retenues des droits de la Charte en droit civil québécois. Mais nous doutons qu'elle pourrait ou devrait aller jusqu'à conduire à un refus absolu des tribunaux d'appliquer la Charte constitutionnelle en droit privé où que ce soit au pays.

L'opinion dominante, au départ, voulait que la Charte ne s'applique pas en droit privé, à très peu d'exceptions près : Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 628 et 629. Force nous est toutefois de constater que la doctrine manifeste maintenant un renversement de tendance : D. Gibson, « The Charter of Rights and the Private Sector », (1982) 12 *Manitoba Law Review* 213; M.R. Doody, « Freedom of the Press, The Canadian Charter of Rights and Freedoms, and a New Category of Qualified Privilege », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 124; A. Pratt, « The Charter and How to Approach It: A Guide for the Civil Practitioner », (1983) 4 *Advocate's Quarterly* 425; L. Smith, « Charter Equality Rights », (1984) 18 *University of British Columbia Law Review* 351. D'autres auteurs, sans prendre position, ne ferment aucunement la porte à l'applicabilité de la Charte en droit privé : G. Laforest, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 19; Rémillard, *supra*, n. 79.

84. D'une façon générale sur ce thème, voir C.F. Beckton, « Obscenity and Censorship Re-examined Under the Charter of Rights », (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 351.

85. Les arrêts suivants sont dans ce domaine des exemples de réponses données plutôt en termes de champ d'application : *Devine c. P.G. Québec*, 1982 C.S. 355; *Boucher c. C.E.Q.*, 1982 C.S.P. 1003; *Roberge c. P.G. Québec*, C.S., Montréal, 11 janvier 1982.

86. Voir, par exemple, *Re Allman and Com'r of Northwest Territory*, (1983) 144 D.L.R. (3d) 467 (C.S. T.N.-O.).
87. Nous employons ici l'expression « application régulière du droit » dans un sens général, comme nous l'avons fait depuis le début, afin d'identifier un des trois volets précis qui forment le domaine classique des droits fondamentaux de la personne, et non par référence à la terminologie utilisée par la Charte.
88. Le texte anglais de l'article 7 nous apparaît aller encore plus manifestement en ce sens.
89. *R. c. Operation Dismantle*, (1983) 1 C.F. 745.
90. La difficulté que pose cette affaire c'est que la décision doit être rendue sur une requête préliminaire visant à la radiation de l'action des contestataires. Une décision fondée sur le droit à la sécurité garanti par la Charte plutôt que sur le domaine d'application de l'article 7 pourrait peut-être davantage conduire au rejet de la requête préliminaire du gouvernement fédéral, mais il est clair à nos yeux que les essais en cause pourraient continuer d'avoir cours jusqu'à jugement final. Pour qu'il en soit autrement, il appartiendrait aux contestataires de réclamer une ordonnance préliminaire, qu'ils ne pourraient obtenir qu'en s'acquittant d'un fardeau de démonstration équivalent à toutes fins utiles à celui qui leur incomberait au fond.
91. *Re s. 94(2) of Motor Vehicle Act*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 539 (C.A. C.-B.); *R. c. Stevens*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 563 (C.A. Ont.). Dans *Stevens*, la Cour a pris pour acquis la portée substantive de l'article 7 de la Charte sans en décider.
92. *Duke c. R.*, 1972 R.C.S. 917.
93. Brun et Tremblay, *supra*, n. 12, p. 506.
94. 1970 R.C.S. 282.
95. 1974 R.C.S. 1349.
96. 1979 1 R.C.S. 183.

## Bibliographie

### 1. Titres portant sur la Charte canadienne

- Arbess, D.J., « Limitations on Legislative Override Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Matter of Balancing Values », (1983) 21 *Osgoode Hall Law Journal* 113.
- Bala, N.S. et Redfearn, J.D., « Family Law and the "Liberty Interest": Section 7 of the Canadian Charter of Rights », (1983) 15 *Ottawa Law Review* 274.
- Barry, L.D., « Law, Policy and Statutory Interpretation Under a Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 60 *Revue du Barreau canadien* 237.
- Beaudoin, G.A. et Tarnopolsky, W.S., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur-Sorej, 1982 (en collaboration).
- Beckton, C.F., *Freedom of Expression in Canada — How Free?*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983a.
- Beckton, C.F., « Obscenity and Censorship Re-examined Under the Charter of Rights », (1983b) 13 *Manitoba Law Journal* 351.
- Belobaba, E.P. et Gertner, E., « The New Constitution and the Charter of Rights », (1982) 4 *Supreme Court Law Report* 1 (n° thématique, en collaboration).
- Bender, P., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the U.S. Bill of Rights: A Comparison », (1983) 28 *Revue de droit de McGill* 811.
- Bilodeau, R., « La langue, l'éducation et les minorités : avant et depuis la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 371.
- Binavince, E., « The Impact of Mobility Rights », (1982) 14 *Ottawa Law Review* 340.
- Blair, D.G., *The Charter and the Judges: A View from the Bench*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983.
- Brun, H., « Quelques notes sur les art. 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés », 1982 *Cahiers de droit* 781.
- , « Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne », (1983) 24 *Cahiers de droit* 457.

- « Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 16 *University of British Columbia Law Review* 1 (n° thématique, en collaboration).
- The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1982 (en collaboration).
- « Canadian Constitution, 1982 », (1982) 45 *Law and Contemporary Problems* 1 (n° thématique, en collaboration).
- « La Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 1 (n° thématique, en collaboration).
- La Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Barreau du Québec, 1983 (en collaboration).
- La Charte des droits et libertés*, Guide à l'intention des Canadiens, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
- Doherty, A., « What's Done Is Done: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights », (1982) 26 C.R. (3d) 131.
- Driedger, E.A., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 14 *Ottawa Law Review* 366.
- Duplé, N., « L'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés et les principes de justice fondamentale », (1984) 25 *Cahiers de droit* 99.
- Ewaschuk, E.G., « The Charter: An Overview and Remedies », (1982) 26 C.R. (3d) 54.
- Fitzgerald, P., « Canadian Rights and Freedoms — First Class or Charter? », (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 277.
- Friedland, M.L., *Legal Rights Under the Charter*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983.
- , « Legal Rights Under the Charter », (1981–1982) 24 *Criminal Law Quarterly* 430.
- Garant, P., *L'art. 7 de la Charte demeure énigmatique après 18 mois de jurisprudence*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983.
- Gautron, A., « French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 12 *Manitoba Law Journal* 220.
- Gibson, D., « The Charter of Rights and the Private Sector », (1982) 12 *Manitoba Law Journal* 213.
- , *Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" under s. 32(1) of the C.C.R.F.*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983.
- Hébert, J.-C., « Le recours de l'article 24(1) de la Charte », (1983) 43 *Revue du Barreau* 951.
- Hogg, P., *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982.
- Hovius, B., « The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter », (1982) 28 *Revue de droit de McGill* 31.
- The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Canadian Business Law*, Toronto, Davies, Ward et Beck, 1983 (en collaboration).
- Laskin, J.B., Greenspan, E.L., Dunlop, G.B. et Rosenberg, M., *The Canadian Charter of Rights*, Aurora, Canada Law Book, 1982.
- Low, D.M., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Role of the Courts: An Initial Survey », (1984) 18 *University of British Columbia Law Review* 69.
- MacKay, A.W., « Judicial Process in the Supreme Court of Canada: The Patriation Reference and its Implications for the Charter of Rights », (1983) 21 *Osgoode Hall Law Journal* 55.
- Manning, M., *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983.
- McDonald, D.C., *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1982.
- McGinn, P., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Its Impact on Law Enforcement », (1982) 31 *University of New Brunswick Law Journal* 177.

- McLellan, A.A. et Elman, B.P., « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of S. 24 », (1983) 21 *Alberta Law Review* 205.
- McLeod, R.M., Takach, J.D., Morton, H.F. et Segal, M.D., *The Canadian Charter of Rights*, Toronto, Carswell, 1983.
- Montigny, Y. de, « La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les « questions politiques », (1984) 44 *Revue du Barreau* 156.
- Moull, W.D., « Business Law Implications of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1984) 8 *Revue canadienne du droit de commerce* 449.
- The New Constitution and the Charter*, (1982–1983) 8 *Queen's Law Journal* 1 (n° thématique, en collaboration).
- Patenaude, P., « L'objection éthique et de conscience : impact de la Charte canadienne des droits et libertés », 1983, *Revue de droit, Université de Sherbrooke* 315.
- Pépin, G., « L'absence de pouvoir des organismes administratifs pour des motifs d'ordre constitutionnel : l'article 96 de l'A.A.N.B. et la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 43 *Revue du Barreau* 353.
- Pratt, A., « The Charter and How to Approach It: A Guide for the Civil Practitioner », (1983) 4 *Advocates Quarterly* 425.
- Proulx, D., « La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de la mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 14 *Revue générale de droit* 335.
- Richards, J.G. et Smith, G.J., « Applying the Charter », (1983) 4 *Advocates Quarterly* 129.
- Robinson, R.E., Coval, S.C. et Smith, J.-C., « The Logic of Rights », (1983) 33 *University of Toronto Law Journal* 267.
- Roman, A., « The Charter of Rights: Renewing the Social Contract? », (1983) 8 *Queen's Law Journal* 188.
- Russell, P.H., « The Effect of a Charter Policy-Making Role of Canadian Courts », (1982) 25 *Administration publique du Canada* 1.
- Ryan, H.R.S., « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Canadian Correctional System », (1983) 1 *Annuaire canadien des droits de la personne* 99.
- Samek, R.A., « Untrenching Fundamental Rights », (1982) 27 *Revue de droit de McGill* 755.
- Smiley, D., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Conseil économique de l'Ontario, 1981.
- Smith, L., « Charter Equality Rights », (1984) 18 *University of British Columbia Law Review* 351.
- Tarnopolsky, W.S., « The Historical and Constitutional Context of the Proposed C.C.R.F. », (1981) 44 *Law and Contemporary Problems* 169.
- , « The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted with the American Bill of Rights », (1983) 5 *Human Rights Quarterly* 227.
- Tremblay, G., « La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme », (1982) 23 *Cahiers de droit* 795.
- Tremblay, L., « Section 7 of the Charter: Substantive Due Process », (1984) 18 *University of British Columbia Review* 201.
- Tredeau, P.E., *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.
- Whyte, J.D., *Legal Rights: The Scope and Application of Section 7 of the Charter*, communication présentée au colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice en octobre 1983.
2. *Titres généraux sur les droits de la personne*
- Anderson, N., *Liberty, Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1978.
- André-Vincent, P.-I., *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- Annuaire canadien des droits de la personne*, 1983, Toronto, Carswell, 1983.

- Aurenche, G., *L'aujourd'hui des droits de l'homme*, Paris, Nouvelle Cité, 1980.
- Becet, J.-M. et Collard, D., *Les droits de l'homme, dimensions nationales et internationales*, Paris, Economica, 1982.
- Beckton, C.F., *The Law and the Media*, Toronto, Carswell, 1982.
- Berger, T.R., *Fragile Freedoms*, Toronto, Clarke, Irwin, 1981.
- Bobbitt, P., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982.
- Boddendijk, F.R., *Minorities and Civil Liberties in Advanced Industrial Societies: A Question of Two Incompatible Values?*, communication présentée au colloque de l'International political science association en août 1982.
- Brownlie, I., *Basic Documents on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 1981.
- Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, c. XII.
- Cappelletti, M. et Cohen, W., *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, Bobbs-Merrill 1979.
- Cassin, R. *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 1969.
- , *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, A. Pedone, 1971.
- , *Méthodologie des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 1972.
- Cassin, R., Modinos, R. et Vasak, K., *Revue des droits de l'homme: Human Rights Journal*, vol. 8, numéro spécial de droit international et droit comparé, Paris, A. Pedone, 1975.
- Colliard, C.A., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1975.
- Cox, A., *The Warren Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1968.
- , *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford University Press, 1976.
- Droits de la personne*, (1981) 12 *Revue générale de droit* 295 (numéro en collaboration).
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- Ely, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.
- Falk, R.A., *Human Rights and State Sovereignty*, New York, HolmesMeier Publishers, 1981.
- Favoreu, L., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982 (en collaboration).
- Gall, G.L., *Civil Liberties in Canada*, Toronto, Butterworth, 1982 (en collaboration).
- Grenier, B., *La Déclaration canadienne des droits*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978.
- Hersch, J., *Quelques paradoxes des droits de l'homme*, Zürich, Schultheiss Polygraphischer Verlag, 1979.
- , *Le concept des droits de l'homme est-il un concept universel?*, Paris, Institut Goethe, mai 1980, photocopié.
- Lachance, L., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires françaises, 1959.
- MacDonald, P.J. et Humphrey, J.P., *The Practice of Freedom*, Toronto, Butterworth, 1979 (en collaboration).
- Machan, T.R., *Human Rights and Human Liberties*, Chicago, Nelson Hall, 1975.
- Madiot, Y., *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, Masson, 1976.
- Marie, J.-B., *Glossaire des droits de l'homme : termes fondamentaux dans les instruments universels et régionaux*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1981.
- Maritain, J., *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris, Paul Hartmann Éditeur, 1947.
- Morange, J., *Libertés publiques*, Paris, Presses universitaires françaises, 1979.
- Mourgeon, J., *Les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires françaises, 1981.

- Mourgeon, J. et Théron, J.-P., *Les libertés publiques*, Paris, Presses universitaires françaises, 1979.
- Nelson, J.L. et Green, V.M., *International Human Rights: Contemporary Issues*, Stanfordville, Human Rights Publishing Group, 1980 (en collaboration).
- Perry, M.J., *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Policy Making by the Judiciary*, New Haven, Yale University Press, 1982.
- Pollack, E.H., *Human Rights*, Buffalo, Jay Stewart Publications, 1971.
- Pollis, A. et Schwab, P., *Human Rights: Cultural and Ideological Perspective*, New York, Praeger Publishers, 1979.
- Ramcharan, B.G., *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1979 (en collaboration).
- Rivero, J., *Les libertés publiques*, Paris, Presses universitaires françaises, 1977.
- Robertson, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester, Manchester University Press, 1977.
- Sieghart, P., *The International Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- Tarnopolsky, W.S., *The Canadian Bill of Rights*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, McClelland et Stewart, 1975.
- UNESCO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture), *Le droit d'être un homme*, Paris, R. Laffont, 1968.
- , *Human Rights: Comments and Interpretations*, Westport, Greenwood Press, 1973.
- Utz, A., *Éthique sociale; philosophie du droit*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg, 1967.
- Vasak, K., *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Paris, UNESCO, 1978 (en collaboration).
- Wright, J.T., « Human Rights in the West: Political Liberties and the Rule of Law », *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, New York, Praeger Publishers, 1979.





## La Cour suprême du Canada

### *Perspectives de réforme pour une institution nationale en devenir*

A. WAYNE MACKAY  
RICHARD W. BAUMAN

#### **Introduction : une institution en devenir**

Un petit nombre seulement de citoyens canadiens considérerait la Cour suprême du Canada comme une institution nationale; un nombre plus restreint encore s'attendrait à ce que ce groupe de neuf personnes ait une influence significative sur la vie politique, sociale et économique du Canada<sup>1</sup>. Cependant, la Cour suprême a été une institution nationale, au moins de nom, depuis sa création en 1875 et a contribué de façon croissante à façonner la société canadienne. À titre d'arbitre du fédéralisme canadien, la Cour suprême a eu un effet important sur l'exercice de l'autorité gouvernementale dès le moment où elle a remplacé la section judiciaire du Conseil privé à titre de dernière instance d'appel<sup>2</sup>. La décision concernant la propriété des droits miniers sous-marins au large de Terre-Neuve, qui a des conséquences économiques et politiques directes, constitue un exemple récent de l'incidence des décisions sur la répartition des pouvoirs<sup>3</sup>.

La Cour suprême a été créée en 1875 par une simple loi fédérale adoptée en conformité avec l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sous réserve des arguments concernant l'enchâssement implicite, qui seront examinés plus loin, le tribunal d'appel suprême du Canada doit son existence à une loi<sup>4</sup>. Au début, le prestige de la Cour n'était pas grand et il y a eu des tentatives sérieuses pour l'abolir<sup>5</sup>. Même après ces premières années turbulentes, le rôle de la Cour suprême du Canada en tant qu'arbitre du droit constitutionnel a plusieurs fois été mis en doute.

Paul Weiler s'est montré l'un des critiques les plus francs de la Cour. Dans de nombreux articles et dans son livre, *In the Last Resort*<sup>6</sup>, il a censuré l'activité de la Cour dans presque tous les domaines, y compris ses décisions sur des questions relatives à la répartition des pouvoirs en

conformité avec la *Loi constitutionnelle de 1867*. Weiler a été jusqu'à défendre l'idée que la Cour soit remplacée dans son rôle d'arbitre suprême en matière de questions constitutionnelles par un système analogue à l'arbitrage obligatoire. Évidemment, la Cour a également ses partisans qui soutiennent qu'elle a joué un rôle tout à fait acceptable dans les affaires constitutionnelles<sup>7</sup>. Cependant, même certains des plus ardents partisans de la Cour, y compris le regretté juge en chef Laskin, ont soutenu que celle-ci devrait adopter une attitude plus audacieuse et plus aventureuse<sup>8</sup>. La tendance des juges canadiens a été d'adopter l'attitude modérée et prudente du juge britannique<sup>9</sup>.

À la lumière de cette tradition de modération britannique, il est à la mode de soutenir que la Cour suprême n'a pas joué de rôle dans l'élaboration des politiques au Canada. Comme le juge en chef Brian Dickson l'a fait observer dans un article publié récemment, le fait que la Cour suprême ait joué ou non un tel rôle est largement une question de définition<sup>10</sup>. Feu le juge en chef Laskin, pour sa part, était clairement d'avis que la Cour suprême avait une influence directe sur la vie quotidienne des Canadiens.

Les affaires dont la Cour suprême est saisie sont de nature telle que ses décisions peuvent vous toucher en tant que mari ou épouse, femme ou homme d'affaires, dirigeant d'entreprise, actionnaire, assuré, membre d'un syndicat, fonctionnaire, professeur ou étudiant, agent de police, membre d'un organisme administratif, membre du gouvernement, qu'il soit municipal, provincial ou fédéral, accusé d'une infraction, etc. Toute activité économique et tout exercice du pouvoir gouvernemental, que ce soit par le biais de la législation, d'une ordonnance gouvernementale ou d'un règlement, sont virtuellement l'étoffe de notre vie ou, devrais-je dire, le soutien de notre vie<sup>11</sup>.

Ce n'est que récemment que l'attention du public canadien a été attirée par l'influence pratique de la Cour suprême du Canada et par son rôle dans l'élaboration des politiques. La décision de 1981 sur le rapatriement de la Constitution, que feu le juge en chef Laskin a lue au cours d'un programme télédiffusé sur réseau national, en est l'un des exemples les plus frappants<sup>12</sup>. On admet généralement que cette décision a tracé le chemin à l'accord de novembre 1981 qui a rendu possible le rapatriement de la Constitution. *La Charte canadienne des droits et libertés* constituait un des éléments des accords de rapatriement<sup>13</sup>. C'est ce document qui étend considérablement la fonction décisionnaire de la Cour suprême du Canada et qui accentue son rôle public croissant. Le fait que la revue *Maclean's* ait consacré sa page couverture et un article de fond à la nomination du juge en chef Dickson témoigne de cette nouvelle image publique<sup>14</sup>. Il en est de même de la place importante consacrée par les médias à la participation de la Cour au façonnement de la *Charte des droits et libertés*. Cet intérêt des médias s'est maintenu lorsque la Cour a

rendu sa première décision sur la Charte le 3 mai 1984 et la plupart des journaux et des bulletins télévisés ont commenté l'affaire de *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*<sup>15</sup>. Le même genre de gros titres a salué les deux décisions suivantes concernant la Charte.

En tant qu'institution nationale, la Cour suprême du Canada échappe pratiquement à l'examen public. Des traditions et des habitudes variées se sont développées autour de la Cour pour la protéger du regard du public, même si ces habitudes n'ont jamais été formulées expressément et sont difficiles à comprendre pour le profane. Le seul moment où la Cour est susceptible de faire l'objet d'un examen sérieux se présente lorsque les membres des professions juridiques et parajuridiques se réunissent pour examiner son oeuvre ou lorsque les gouvernements provinciaux déplorent la latitude dont jouit le Cabinet fédéral pour nommer les membres de la Cour à sa discrétion. Bien qu'on ait formulé des suggestions dans le passé pour modifier certaines caractéristiques de la Cour, l'évolution a été lente.

Même avant l'adoption de la Charte, la Cour suprême du Canada avait commencé à émerger du brouillard de la bureaucratie d'Ottawa<sup>16</sup>. L'utilisation du mécanisme du renvoi pour mettre à l'épreuve des mesures politiques aussi connues que le programme anti-inflation du gouvernement fédéral<sup>17</sup> et les modifications éventuelles au Sénat canadien<sup>18</sup> ont mis en évidence la signification politique des décisions de la Cour suprême. Les jugements rendus en application de la Charte vont accentuer l'influence de la Cour sur la vie sociale, politique et économique des Canadiens. La Cour suprême du Canada a été finalement reconnue comme une institution nationale importante et cette reconnaissance ne manquera pas de l'exposer toujours davantage à l'examen du public, tant à titre d'institution que de groupe constitué d'individus éminents.

La réforme de toute institution doit commencer par l'examen d'au moins trois variables interdépendantes. Tout d'abord, pour nous aider à comprendre ce qui la distingue des autres, l'institution elle-même doit être examinée. Les valeurs implicites véhiculées par la structure de l'institution peuvent être si fortes que les valeurs personnelles des membres qui y siègent pour un temps limité leur sont subordonnées. Deuxièmement, il faut étudier les personnes qui composent l'institution. On ne sait jamais très bien si les gens façonnent l'institution ou si c'est le contraire. Dans le contexte juridique, des contraintes institutionnelles s'exercent évidemment sur la personnalité individuelle des juges<sup>19</sup>. Dans le cadre d'une réforme, il est important de voir si des personnes avec des opinions plus radicales sont admises dans une institution conservatrice. Finalement, le climat social, politique et économique conditionnera le processus de réforme. Le temps est venu de considérer la réforme de la Cour suprême du Canada, vu qu'elle occupe une place plus éminente et que, de toute évidence, elle est destinée à jouer un rôle toujours plus important dans la société canadienne.

Pour les fins de cette étude, nous allons présumer que la démarche de la décision judiciaire présente des éléments qui la distinguent d'autres démarches politiques, telles que la législation ou l'administration. Nous allons également supposer que la Cour suprême du Canada continuera à être l'organe judiciaire désigné pour occuper le sommet de la hiérarchie judiciaire canadienne. Au-delà de ces hypothèses, nous allons examiner sans réserve les possibilités de réforme et aller au-delà des propositions traditionnelles de modification de la Cour suprême, lesquelles n'ont pas été très nombreuses ni particulièrement originales.

Pour commencer, un certain nombre de thèmes essentiels devraient être soulignés, étant donné qu'ils touchent chacune des questions spécifiques qui ont été traditionnellement étudiées par les partisans de la réforme de la Cour suprême. À mesure que le travail de la Cour deviendra plus connu, il risque de susciter des commentaires et des réactions d'une portée grandissante et qui ne seront pas toujours empreints de déférence. La perception de ce que la Cour a accompli et de son orientation a d'ores et déjà donné lieu à des propositions de réforme. Certaines étiquettes approximatives telles « centralisatrice » par opposition à « décentralisatrice » ou « libérale » par opposition à « conservatrice » ne suffisent pas pour rendre la part de subtilité qui entre dans un jugement de la Cour suprême. Cependant, le désir et la tendance, commode, à appliquer de telles étiquettes est un bon indice de la supposition fortement répandue suivant laquelle les juges de la Cour seraient nantis d'un certain bagage intellectuel et même idéologique.

L'image de la Cour — qui est tributaire d'éléments de personnalité, d'allégeance politique, d'histoire familiale, de formation religieuse, d'origine régionale, d'âge, de sexe ainsi que d'expérience juridique et professionnelle — est au coeur de la discussion sur la forme qui conviendrait le mieux à cette institution nationale en devenir<sup>20</sup>. Outre les questions de perception et d'image, tout programme de réforme doit également tenir compte de projections raisonnables concernant le type et le volume d'affaires dont la Cour peut s'attendre à être saisie à court et à moyen terme. Ces facteurs ont une influence directe sur le genre de Cour qu'il faudrait chercher à établir.

Les auteurs de la présente étude sont d'avis que les sept thèmes suivants semblent pertinents particulièrement si l'on devait envisager une réforme de la Cour suprême du Canada.

Le premier touche aux conséquences pour la Cour de cette nouvelle célébrité, qui la place au rang des institutions d'envergure nationale. L'accroissement de la publicité et de l'attention du public fera-t-il de la Cour une institution plus « politisée » et plus accessible? Cela est-il souhaitable?

Le deuxième thème porte sur l'incidence de la Charte sur le rôle de la Cour suprême du Canada. La Charte changera-t-elle le fonctionnement de la Cour dans des domaines aussi fondamentaux que le mécanisme

d'autorisation d'appeler, la juridiction de la Cour, l'utilisation de la preuve extrinsèque, la forme du jugement et le style juridique?

Le troisième courant d'idées concerne l'influence grandissante qu'exerce la Cour suprême du Canada en matière de questions sociales et économiques. Bien que la Cour ait toujours exercé une influence considérable, par ses décisions, sur la répartition du pouvoir, des demandes fondées sur une interprétation de l'article 7 de la Charte selon « les principes de justice fondamentale » soulignent le rôle que la Cour pourrait jouer en présentant un défi à la sagesse des législateurs. D'autres articles de la Charte, tels que ceux relatifs aux langues officielles (articles 16-23), à la liberté de circulation (article 6) et à l'égalité (article 15) pourraient plonger directement la Cour dans le processus de prise de décision en matières sociales et économiques. La Cour acceptera-t-elle un tel rôle et y est-elle apte?

Le quatrième thème est l'importance de la perception publique des préjugés de la Cour suprême : fédéral/provincial, libéral/conservateur, féminin/masculin, anglais/français, majorité/minorité. Existe-t-il une preuve empirique pour appuyer l'existence de préjugés de la part de la Cour? Comment faudrait-il résoudre les problèmes posés par la perception des préjugés, même s'il n'existe aucune preuve empirique de leur existence?

Le cinquième thème porte sur la nécessité de mettre en place une procédure de nomination plus ouverte et plus représentative. La procédure de sélection des juges de la Cour suprême est secrète et permet peu de contributions extérieures. Un tel système est-il acceptable pour choisir les juges d'une cour dont la réputation et la portée sont destinées à s'étendre toujours davantage?

Le sixième point concerne l'opportunité d'une représentation plus diversifiée au sein même de la Cour suprême. Quel est le profil socio-économique et professionnel des juges qui la composent? Faudrait-il une représentation plus large quant au sexe, à l'origine régionale, au milieu économique ou à l'origine ethnique?

Le septième thème touche à la juridiction la plus appropriée à la Cour suprême du Canada dans les années 1980 et au-delà. La Cour peut-elle continuer à être un tribunal d'appel à juridiction générale qui entend une grande variété de causes? Quelle sera l'influence sur la fonction de la Cour d'un flot de demandes fondées sur la Charte? Quel changement de structure pourrait être effectué pour faire face à l'élargissement de sa charge? Comment la Cour pourrait-elle limiter son ordre du jour?

Même si l'analyse thématique de la réforme de la Cour suprême proposée précédemment diffère des modèles de réforme plus traditionnels qui ont été élaborés dans le passé et qui ont tendu vers une approche plus fonctionnelle, elle porte néanmoins sur un grand nombre des mêmes questions. Étant donné que pour les fins de cette étude il serait utile de comparer nos propositions de réforme avec les propositions

antérieures, nous les avons classées de façon plus fonctionnelle. Nous examinerons cependant nos grands thèmes dans le contexte de chacune des rubriques fonctionnelles, spécialement lorsqu'il s'agira d'élaborer des recommandations spécifiques de modification. Nous reviendrons également aux thèmes fondamentaux dans notre conclusion.

Certaines propositions de réforme antérieures, la structure de cours similaires dans d'autres démocraties occidentales et des statistiques sur la Cour suprême du Canada et ses juges sont présentées en annexe ou sous forme de tableaux. Comme le démontre la longueur de cette étude, il s'agissait d'un projet ambitieux. Cependant, nous désirons signaler qu'elle n'est pas exhaustive. Lorsque c'est possible, elle renvoie aux autres recherches effectuées pour le compte de la Commission. C'est le cas non seulement des rapports préparés pour ce volume par les professeurs Henri Brun et Gilles Pépin, mais aussi des rapports préparés dans d'autres sections de recherche.

## Les nouveaux défis de la Charte

Nous commençons par la *Charte des droits et libertés* pour souligner son importance dans l'éventualité d'une réforme de la Cour suprême. Il est encore trop tôt pour affirmer que la Charte révolutionnera les droits des Canadiens, mais il est raisonnable de prédire qu'elle transformera de façon significative le fonctionnement des tribunaux en général et celui de la Cour suprême en particulier<sup>21</sup>. Nous voudrions souligner qu'il s'agira d'une vocation *supplémentaire* pour la Cour, la Charte lui ouvrant un nouveau champ d'exploration sans supplanter ses fonctions traditionnelles (décrites en détail dans la section suivante consacrée à la juridiction). La Cour ne cessera pas de décider de la répartition des pouvoirs législatifs en conformité avec la Constitution canadienne. Il sera toujours important, dans notre structure fédérale, de déterminer les limites des pouvoirs législatifs et réglementaires des provinces et du gouvernement fédéral.

Un certain nombre des rapports préparés pour la Commission décrivent la Charte comme marquant un grand tournant dans la vie politique canadienne. Alan Cairns et Cynthia Williams, dans leur étude intitulée « Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada : un aperçu » (vol. 33), soulignent que la conscience des droits constitue un nouvel élément du constitutionnalisme canadien. S'il est difficile de contester cette analyse, il n'est pas tout à fait évident que ce phénomène produira un changement institutionnel et social significatif. En dernière analyse, ce seront les juges, spécialement ceux qui siègent à la Cour suprême du Canada, qui diront aux Canadiens si la Charte aura une incidence durable et importante. Il leur appartiendra de donner une forme concrète aux expressions abstraites<sup>22</sup>.

Les prédictions sur l'influence réelle de la Charte exigent donc une évaluation du processus de décision judiciaire au Canada. Ce genre d'évaluation a amené certains commentateurs à conclure que les juges canadiens ne sont pas équipés pour traiter des nouvelles responsabilités que leur confèrera la Charte<sup>23</sup>. D'autres sont prudemment optimistes quant à une plus grande créativité de la Cour suprême du Canada<sup>24</sup>, tandis que le juge en chef Brian Dickson ne semble pas douter que le pouvoir judiciaire fera face au défi de la Charte et développera une jurisprudence typiquement canadienne<sup>25</sup>. Le juge en chef a la sagesse de demeurer vague sur le rôle exact que les juges joueront mais ses écrits et jugements antérieurs suggèrent un activisme prudent<sup>26</sup>.

Traditionnellement, les juges canadiens ont adopté un style modéré et même conservateur. Toutefois, le rôle précis du judiciaire peut dépendre du contexte des événements politiques. Les juges canadiens ont hésité à deviner l'intention des législateurs, mais ils ont été prêts à intervenir lorsque certains gouvernements ont posé des gestes trop extrêmes ou trop radicaux. La décision de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne la législation adoptée par le gouvernement du Crédit social en Alberta dans les années 1930 en est un exemple<sup>27</sup>; la réponse de la Cour aux pratiques gouvernementales de Maurice Duplessis au Québec en est un autre<sup>28</sup>. La plupart du temps, cependant, les juges canadiens accepteraient probablement la description que Lord Devlin a donné de leur rôle :

Je ne suis pas de ceux qui croient que la seule fonction du droit est de préserver le statu quo [ . . . ] Je dirais plutôt que le droit est le gardien du statu quo.

En tant que « gardiens du statu quo », un grand nombre de juges ont adopté des principes directeurs très restrictifs quand il s'agissait d'admettre des nouveaux membres dans leurs rangs et c'est ce qui nous conduit finalement à recommander des changements importants dans le processus de nomination. Toutefois, certains juges ont été partisans d'un rôle plus positif dans la protection des droits fondamentaux. Si feu le juge Yvan C. Rand en a été le chef de file<sup>29</sup>, le regretté juge en chef, Bora Laskin, s'est également montré vigilant en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux des citoyens canadiens<sup>30</sup>. Cependant, les opinions de l'ancien juge de la Cour suprême, Emmett Hall, qui était partisan d'un rôle de réformateurs du droit pour les juges, sont moins connues<sup>31</sup>. Quant aux vues du juge en chef Dickson, nous les avons déjà examinées. Ces juges sont les exceptions qui confirment la règle.

### ***La révision judiciaire au Canada***

En 1867, le Canada acquit une constitution qui était semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni. Cette phrase de la *Loi constitutionnelle*

de 1867, ainsi que l'acceptation générale de la pratique anglaise, a fait de la suprématie du Parlement un des principes constitutionnels les plus importants du Canada. Néanmoins, une constitution écrite et une répartition fédérale des pouvoirs se sont greffées sur cette structure parlementaire anglaise. Par conséquent, la doctrine de la suprématie du Parlement a dû être modifiée pour s'adapter au contexte fédéral canadien<sup>32</sup>. La répartition des pouvoirs législatifs a entraîné la nécessité d'un arbitre du fédéralisme et les tribunaux ont accepté de jouer ce rôle<sup>33</sup>.

Le Canada n'a pas eu d'équivalent véritable de la décision américaine *Marbury c. Madison*<sup>34</sup>, et les origines de la révision judiciaire au Canada font l'objet d'un débat académique. Des experts constitutionnels qui font autorité, tels que William Lederman et Noël Lyon ont soutenu que les articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantissaient implicitement une certaine mesure de révision judiciaire<sup>35</sup>. D'autres, en particulier Barry Strayer, ont prétendu que la révision judiciaire constituait une extension de la pratique coloniale et qu'elle s'est développée par le biais d'une « usurpation judiciaire<sup>36</sup> ».

La politologue Jennifer Smith offre encore un autre point de vue sur les origines de la révision judiciaire au Canada<sup>37</sup>. En étudiant les débats de la Confédération, elle conclut que la structure unitaire des tribunaux en général et de la Cour suprême du Canada en particulier les destinait à être des instruments de la centralisation. En effet, la révision judiciaire était considérée comme une solution de rechange au désaveu fédéral et une solution moins attrayante du point de vue provincial parce qu'elle ne se prêtait pas à un débat politique. Par conséquent, la conception de la Cour suprême du Canada comme institution fédérale plutôt que nationale est profondément enracinée dans l'histoire. Il est moins clair que cette conception ait une validité quelconque à l'heure actuelle<sup>38</sup>.

L'adoption de la Charte a-t-elle contribué à changer l'image de la révision judiciaire au Canada? L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit de façon expresse une certaine suprématie judiciaire, étant donné que la Constitution doit prévaloir sur toutes les lois incompatibles. Cet article, combiné avec l'article 24 qui prévoit un recours judiciaire étendu, élargit le rôle des tribunaux au Canada. Il est significatif que ces articles aient été adoptés en 1982 avec la pleine connaissance des expériences de la révision judiciaire tant au Canada qu'aux États-Unis. Par contraste, en 1867, les pères de la Confédération ne savaient pas grand-chose sur la nature et le rôle des tribunaux dans une structure parlementaire fédérale<sup>39</sup>.

Ce rôle judiciaire accru n'entraîne pas nécessairement le rejet des principes démocratiques<sup>40</sup> ni de la suprématie du Parlement. L'article 33 de la Charte, qui permet aux législateurs de déroger à la Charte, est une indication claire que la suprématie parlementaire n'est pas morte. En effet, cet article témoigne d'une certaine méfiance à l'endroit des juges en tant qu'arbitres suprêmes des droits fondamentaux et



représente un compromis canadien classique entre les systèmes britannique et américain. Il s'agit d'une solution suggérée par Paul Weiler avant même la rédaction de la Charte<sup>41</sup>. Les législateurs ont également un rôle dans le façonnement de la Charte en anticipant les défis qu'elle présente et en agissant préventivement<sup>42</sup>.

La révision judiciaire est aussi colorée par le principe du fédéralisme. On a soutenu qu'un des buts importants de la Charte était de constituer un symbole de l'unité nationale<sup>43</sup> et, qu'à de nombreux égards, elle serait une force centralisatrice dans la vie politique canadienne. Cependant, l'article 33 offrira tout de même un point d'attraction pour les courants inévitables de décentralisation dans la société canadienne<sup>44</sup>. Même si l'article 33 lui-même n'est pas fréquemment utilisé, les juges traduiront les traditions de respect du Parlement et de modération judiciaire dans leur interprétation des « limites raisonnables » prévues à l'article 1 de la Charte.

L'adoption de la Charte augmente l'importance de la révision judiciaire au Canada et changera le rôle des tribunaux de façons qui ne deviendront apparentes qu'avec le temps<sup>45</sup>. Néanmoins, la suprématie parlementaire n'a pas été remplacée par la suprématie judiciaire. Les deux principes coexistent dans la Charte et un des défis majeurs auxquels la Cour suprême du Canada fait face est d'établir entre eux un équilibre approprié.

### *Le modèle des États-Unis*

En répondant au nouveau défi de la Charte, la Cour suprême examinera certainement l'expérience des États-Unis avec sa déclaration des droits<sup>46</sup>. Ce faisant, les juges canadiens prendront certainement conscience de la différence des traditions entre les deux pays. Le contraste entre le rôle des cours suprêmes canadienne et américaine apparaît clairement lorsqu'on considère l'interprétation que la Cour suprême du Canada a donnée à la Déclaration canadienne des droits<sup>47</sup>. Le juge en chef Dickson, bien que disposé à examiner les leçons de la jurisprudence américaine, a préconisé plusieurs fois l'élaboration d'une jurisprudence relative à la Charte qui soit typiquement canadienne<sup>48</sup>. Des commentateurs universitaires admettent que nous devrions nous inspirer des expériences américaines mais pensent qu'il faudrait permettre le développement de solutions canadiennes plutôt que d'adopter de simples copies de celles qui ont été élaborées au sud du 49<sup>e</sup> parallèle<sup>49</sup>.

Tout comme la Constitution des États-Unis, la Cour suprême de ce pays a servi de modèle à de nombreuses démocraties<sup>50</sup>. La monnaie américaine porte comme devise « *In God we Trust* » (« nous mettons notre confiance en Dieu ») et, dans le domaine des droits fondamentaux, les États-Unis semblent avoir adopté la devise « nous mettons notre confiance dans les tribunaux ».

Cependant, cette confiance n'est nullement universelle et, spécialement pendant l'apogée du juge Earl Warren, certains craignaient un pouvoir judiciaire impérial<sup>51</sup>. En outre, la performance de la Cour suprême des États-Unis a été inégale et, à certains égards, sous le juge Warren elle a été une aberration.

Même en acceptant qu'il y ait eu une tradition récente d'activisme au sein de la Cour suprême américaine, il n'en découle pas automatiquement que la Charte canadienne conduira la Cour suprême du Canada à adopter la même attitude. En tenant compte des différences entre le Canada et les États-Unis, certains commentateurs américains ont même soutenu que les juges canadiens joueront un rôle plus modeste à propos de la Charte que leurs homologues d'outre-frontière<sup>52</sup>. Par conséquent, les États-Unis constituent un exemple plutôt qu'un modèle. L'histoire et la proximité donnent à penser que l'exemple américain sera plus persuasif que celui provenant d'Europe ou des Nations Unies mais aucun ne sera déterminant.

### *L'incidence de la Charte*

Il est impossible d'examiner adéquatement l'incidence de la Charte sur le rôle de la Cour suprême du Canada sans procéder à un certain examen de son influence sur la société canadienne en général. C'est également pour cette raison que nous avons fait précéder cette partie par une étude de la tradition canadienne de modération judiciaire en contraste avec le modèle américain d'activisme judiciaire. Comme il existe de nombreuses études doctrinales sur l'influence éventuelle de la Charte, nous n'essayerons pas d'être complets ni exhaustifs.

La plupart des juristes universitaires ont parlé avec optimisme de l'influence bénéfique de la Charte sur la société canadienne. La liste des universitaires dans ce camp est considérable et incluerait des noms tels que Walter Tarnapolsky<sup>53</sup> (maintenant juge à la Cour d'appel d'Ontario) et Morris Manning qui a écrit un livre sur la Charte<sup>54</sup>. Il existe néanmoins une liste plus courte de juristes universitaires qui soutiennent que la Charte produira peu de véritables changements<sup>55</sup>. Leurs arguments sont fondés sur le processus d'élaboration de la Charte, le genre de droits énumérés dans ce document et la nature conservatrice de la société canadienne. L'influence que la Charte aura sur les droits des Canadiens dépendra dans une large mesure de la façon dont elle modifiera le rôle des tribunaux au Canada.

Peter Russell, un des principaux observateurs des tribunaux, affirme que la Charte accentuera le rôle des tribunaux dans le processus de la prise de décisions.

Les décisions des tribunaux canadiens interprétant une charte constitutionnelle des droits et libertés offriront aux Canadiens un cours accéléré dans l'élaboration des principes directeurs par les tribunaux<sup>56</sup>

Russell avait préfacé ce commentaire par l'affirmation que les juges canadiens ont toujours participé dans une certaine mesure à l'élaboration des principes de gouvernement et jouent un rôle politique éminent lorsqu'ils siègent à des commissions royales, des commissions de police ou des commissions d'enquête sur les droits de la personne. Le juge en chef Dickson a aussi souligné que les juges n'ont jamais été de simples interprètes de la loi même dans leur rôle décisionnel<sup>57</sup>. L'effet de la Charte soulignera ce rôle et le mettra en lumière. Comme nous l'avons vu dans l'introduction, cela apparaît déjà dans la place plus grande qu'accordent les médias à la Cour suprême du Canada, phénomène qui entraîne des conséquences pour l'institution.

L'importance de la fonction des tribunaux, et ultimement de la Cour suprême du Canada, consistant à donner une signification concrète aux abstractions de la Charte, ne saurait être exagérée. Comme il ne s'agit pas d'un document exécutoire, c'est l'interprétation judiciaire qui lui donnera de la substance. Les tribunaux font donc face à une tâche difficile d'interprétation et d'élaboration des principes directeurs. Une conclusion évidente est que les solutions aux litiges concernant la Charte dépendront au moins autant de la théorie politique et de la philosophie que des précédents<sup>58</sup>.

Une conséquence importante du rôle nouveau que la Charte fera jouer aux tribunaux est la nécessité de trouver des mécanismes pour informer les juges des faits sociaux, économiques et politiques. La Cour suprême a été de plus en plus réceptive à la preuve extrinsèque dans les litiges constitutionnels<sup>59</sup>. Cette tendance devrait continuer. Il pourrait être nécessaire de suivre le modèle américain du mémoire de Brandeis, mais les questions de procédure et les aspects administratifs de la réforme seront examinés plus loin. La tâche d'informer les juges sera même plus importante si, comme Leo Barry (chef récemment élu du Parti libéral de Terre-Neuve) le suggère, ces juges devraient traduire non pas leurs propres attitudes et valeurs, mais celles de la communauté<sup>60</sup>.

Tout le monde n'est pas convaincu que la Charte était destinée à provoquer un changement profond dans la société canadienne ainsi que dans le rôle de ses juges<sup>61</sup>. Même si ces changements étaient visés, certains commentateurs pensent que les juges n'en tiendront pas compte. Robert Martin et Berend Hovius soulignent que la Cour, en tant qu'institution, s'est montrée très modérée quelles que soient les convictions individuelles des membres qui la composent de temps à autre.

Nous pensons que la modération est un principe trop profondément ancré dans le processus intellectuel des avocats et des juges canadiens pour être abruptement transformée par l'adoption de la Charte. À l'inverse, l'activisme comme méthode de décision ou comme style de jugement ne convient pas bien aux juges canadiens<sup>62</sup>.

Peter Russell se demande également si un rôle plus étendu des tribunaux dans l'élaboration des principes de gouvernement est souhaitable.

Cependant, le transfert de l'élaboration des principes directeurs de l'arène législative à l'arène judiciaire a également un côté négatif. Il traduit une fuite de plus devant le processus politique, une désillusion toujours plus profonde face au gouvernement par représentation et par négociation comme moyens de résoudre les problèmes fondamentaux de la justice politique. La tentative de régler les différends de notre société relatifs à des questions telles que l'obscénité, la fermeture des magasins le dimanche, l'avortement, les droits des personnes âgées et des handicapés par des décisions judiciaires entraîne le danger, quelle que soit la façon dont les tribunaux résolvent les problèmes, de transformer ces questions en points techniques et de faire dépendre les réponses d'une bataille juridique entre adversaires plutôt que d'un processus politique plus susceptible de provoquer un consensus social<sup>63</sup>.

Henri Brun, qui tient compte de ce genre de préoccupations dans son rapport sur la Charte, soutient que celle-ci devrait s'appliquer de façon étendue mais être utilisée avec réserve. Il affirme qu'elle devrait servir de bouclier plutôt que d'épée pour façonner les politiques sociales. En effet, il soutient que si la Charte était utilisée avec excès, la société canadienne pourrait en souffrir dans son développement. Brun prétend que les tribunaux ne devraient pas devenir une seconde législature mais jouer un rôle plus traditionnel de protection du citoyen contre les pratiques abusives du gouvernement.

De façon différente, William Lederman lance également un appel en faveur d'un rôle plus équilibré et plus traditionnel pour les tribunaux du Canada. Il prétend que les tribunaux et les législatures du pays devraient développer une collaboration nouvelle.

Cependant, des tribunaux indépendants et des législatures démocratiques sont et demeureront les deux organes de décision juridique les plus importants dans notre système constitutionnel et devront agir de façon coordonnée et complémentaire. Nous avons besoin des deux et nous devons continuer à nous fier aux deux. De leur côté, ces deux institutions doivent, dans l'exercice de leurs fonctions respectives, chercher continuellement et trouver des points raisonnables d'équilibre entre elles dans un esprit de collaboration<sup>64</sup>.

La Cour suprême du Canada n'a rendu que trois décisions concernant la Charte au moment où nous rédigeons ces lignes<sup>65</sup>. Il serait absurde de se livrer à des généralisations fondées sur ces trois cas, mais il existe des signes que la Cour a l'intention de prendre la Charte au sérieux. Si nous sommes obligés de prédire l'influence de la Charte, nous avouons une préférence pour l'opinion exprimée par Brun et Lederman. Il est probable que la Cour abordera la Charte de façon équilibrée et plus prudente au moins pendant les premières décennies de son existence. Elle aura certes des conséquences profondes sur la réforme de la Cour mais il ne

s'agira pas de la révolution judiciaire totale que certains ont prédit. Cela peut revenir au traditionnel problème de l'oeuf et de la poule, car l'incidence de la Charte sur la société sera plus grande si les réformes que nous proposons sont adoptées.

### *L'incidence de la Charte sur la réforme*

Quelle que soit l'interprétation de la Charte, elle aura un certain effet de réforme sur la Cour suprême du Canada. Comme nous l'avons mentionné précédemment, elle attirera l'attention, comme jamais auparavant, sur les personnalités, les valeurs et les attitudes des juges de la Cour suprême<sup>66</sup>. Le flot de litiges concernant la Charte, même s'il ne se poursuit pas au même rythme, exercera de réelles pressions sur le fonctionnement administratif de la Cour. On a déjà assisté à certaines modifications de la procédure d'autorisation d'appeler par réaction au nombre croissant des requêtes. De plus, la charge de travail de la Cour prend une dimension croissante de droit public à cause du nombre d'affaires relatives à la Charte<sup>67</sup>. Il risque de ne rester que peu de place pour le rôle de la Cour suprême dans les affaires de droit privé.

La Charte offrira également un nouveau moyen permettant à la Cour d'avoir une influence directe sur les affaires d'ordre économique. Comme nous le verrons plus loin, c'est déjà le cas en ce qui concerne la répartition des pouvoirs aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le passé, les tribunaux ont eu peu d'influence sur les dépenses fédérales ou le façonnement de la politique sociale au niveau fédéral ou provincial. Ceci risque de changer selon la façon dont les juges aborderont la Charte.

L'article 15 de la Charte qui doit entrer en vigueur en avril 1985 aura éventuellement une grande influence sur la politique tant sociale qu'économique (cet article fait l'objet d'une étude préparée pour ce volume par Mary Eberts). Les programmes de promotion sociale ou une lecture positive du paragraphe 15(1) de la Charte pourraient forcer les gouvernements à dépenser des fonds et à élaborer des programmes pour promouvoir activement l'égalité au Canada. Le fait que le gouvernement lui-même se retienne de se livrer à la discrimination ne suffira peut-être pas.

L'article 7 de la Charte qui garantit à chacun le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », s'il est interprété largement, pourrait entraîner une grande diversité de dépenses gouvernementales dans le domaine du logement, des soins médicaux, de la sécurité sociale ou même de l'éducation<sup>68</sup>. Dans le domaine de l'éducation, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, garanti par l'article 23 de la Charte, pourrait obliger les commissions scolaires à faire des dépenses supplémentaires pour engager des enseignants et bâtir des écoles là où le nombre des enfants en cause justifie de telles mesures. De plus, les dispositions relatives aux langues officielles des articles 16 à 22 de la

Charte pourraient également pousser les tribunaux à prescrire aux législateurs comment dépenser les fonds publics.

L'article 6 traitant de la liberté de circulation aura une incidence économique évidente, étant donné qu'il limitera le choix des législateurs provinciaux en matière de politique d'emploi. De façon moins évidente, même les garanties juridiques de la Charte (articles 7 à 14), ainsi que les libertés fondamentales de l'article 2 plongeront les tribunaux dans les affaires d'ordre économique. Les prisons ne peuvent soumettre les prisonniers à des « traitements ou peines cruels ou inusités ». Au cas où une prison serait trouvée en contravention avec cette disposition, elle pourrait être obligée de déboursier des fonds pour remédier à la situation. L'obligation pour certains secteurs de l'Administration de procéder à des auditions conformes à la justice fondamentale entraînera également des dépenses publiques. L'égalité d'accès pour les handicapés mentaux et physiques peut également constituer un programme gouvernemental coûteux.

On pourrait multiplier indéfiniment les exemples mais l'idée est simple : les garanties prévues par la Charte ont un prix. C'est pourquoi les conséquences économiques constituent un des facteurs dont les tribunaux devront tenir compte lorsqu'ils fixeront les limites raisonnables des droits. Cela pose clairement la question de savoir si nos juges sont en mesure d'établir un équilibre entre les garanties juridiques et les coûts sociaux et économiques.

Ces considérations nous conduisent au cœur de nos propositions de réforme : la nécessité d'une procédure de nomination plus ouverte à la Cour suprême et d'une diversité plus grande parmi les membres de cette institution. Paul Weiler a soutenu que nous devrions avoir une cour constitutionnelle spéciale qui serait composée de poètes, de savants, de philosophes et d'hommes d'État en plus de juristes<sup>69</sup>. Nous n'irons pas si loin dans nos propositions de réforme mais nous partageons certaines<sup>70</sup> des préoccupations exprimées par Weiler et d'autres sur le point de savoir si la formation actuelle des juges est appropriée à leurs tâches nouvelles. En effet, c'est la composition de la Cour suprême qui déterminera l'influence réelle de la Charte. Nous reviendrons sur ce point dans nos propositions de réforme.

## **Le fondement constitutionnel**

La Cour suprême du Canada a été créée par le Parlement en 1875<sup>71</sup> en vertu du pouvoir législatif conféré par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>72</sup>. Cet article permet, entre autre, au Parlement de prévoir « la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada ». Le fondement constitutionnel de la Cour suprême la distingue donc des autres tribunaux dont les membres sont nommés par le gouvernement fédéral. Ceux-ci sont établis en vertu

d'une autre disposition de l'article 101<sup>73</sup> ou en vertu du paragraphe 92(14)<sup>74</sup>. Dans le dernier cas, le gouvernement fédéral a le pouvoir, aux termes de l'article 96, de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans les provinces.

On a suggéré que toute la magistrature qui est actuellement nommée par l'autorité fédérale devrait se voir conférer un fondement et une protection constitutionnels. Une telle mesure soulignerait le fait que le Canada, en tant que nation, place la règle de droit parmi ses idéaux les plus élevés<sup>75</sup>. Dans le cas particulier de la Cour suprême, l'enchâssement de son existence et de ses caractéristiques essentielles l'élèverait symboliquement et concrètement au rang d'institution nationale, dotée de pouvoirs durables susceptibles de contrebalancer ceux des autres instruments de gouvernement. Nous voyons cela comme une étape nécessaire dans le développement continu du rôle distinct et national de la Cour. Cette mesure reconnaîtrait la tâche significative de la Cour en tant qu'arbitre sans appel dans les différends vitaux portant sur les questions d'ordre économique, politique et social qui touchent la nation tout entière.

On peut soutenir que la Cour jouit déjà d'un certain degré de reconnaissance constitutionnelle, mais la situation n'est pas claire pour autant. Jusqu'en 1982, il n'y avait aucun obstacle juridique à ce que le Parlement démantèle la Cour, change sa composition, sa juridiction ou ses pouvoirs. Les dispositions d'alors auraient permis au gouvernement fédéral d'abolir unilatéralement la Cour au moyen d'une mesure législative ordinaire<sup>76</sup>. L'adoption des articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est venue changer tout cela<sup>77</sup>.

L'article 41 prévoit que la « composition » de la Cour peut être modifiée uniquement du consentement de toutes les provinces et du Parlement. L'article 42 prévoit que toute question touchant la Cour suprême autre que sa composition ne peut être modifiée qu'en respectant la procédure de modification prévue au paragraphe 38(1) de la Loi. Celui-ci stipule qu'au moins deux-tiers des provinces dont la population confondue représente au moins 50 % de l'ensemble de la population soient d'accord avec le Parlement au sujet des modifications.

À première vue, ces dispositions semblent garantir qu'une modification de la Cour suprême ne s'effectuera que par une action commune des gouvernements fédéral et provinciaux. En fait, la question est sujette à controverse. Pour certains auteurs, les articles 41 et 42 enchâssent effectivement la Cour dans tous ses aspects<sup>78</sup>. Pour d'autres, un tel résultat n'a pas encore été atteint<sup>79</sup>.

Les deux dispositions en question ne traitent expressément que des modifications à la « Constitution du Canada » dans la mesure où elles s'appliquent à la Cour suprême. Les documents ou sources de droit composant la Constitution du Canada sont définis par énumération, en conformité avec le paragraphe 52(2) de la Loi<sup>80</sup>. Ni la *Loi sur la Cour*

*suprême*<sup>81</sup>, ni aucune des lois qui l'ont révisée ne figure dans la définition. De l'avis du professeur Hogg, les alinéas 41(d) et 42(1)(d) ne réussissent pas à immuniser la Cour contre des mesures législatives ordinaires adoptées par le Parlement<sup>82</sup>. Il faudrait que la « Constitution du Canada » contienne un renvoi exprès de la *Loi sur la Cour suprême* pour que ces paragraphes réalisent l'enchâssement.

Deuxièmement, nous devons nous demander quelle est l'interprétation constitutionnelle appropriée du pouvoir législatif relatif à la Cour prévu par l'article 101. Cette disposition fait partie de la Constitution du Canada en vertu du paragraphe 52(2) de la Loi<sup>83</sup>. Cela pourrait être interprété comme un enchâssement de la Cour à titre de cour générale d'appel du Canada. Cependant, une meilleure interprétation veut que l'article 101 se borne à garantir au Parlement le droit de créer une cour telle que la Cour suprême actuelle. Il ne garantit pas à la Cour une existence perpétuelle (sous réserve des procédures spéciales de modification exigeant l'unanimité ou un large consensus).

Même si l'on soutenait que des modifications de la composition ou d'autres caractéristiques de la Cour nécessitaient une procédure constitutionnelle spéciale, la signification de cette expression n'est pas encore claire. La « composition » comprend-elle le nombre des juges, leurs qualifications, la durée de leur mandat ainsi que, simplement, le nombre de juges du Québec? S'étend-elle à d'éventuelles modifications tendant à diviser la Cour en chambres spécialisées? De même, l'article 42 exige-t-il de suivre une procédure de modification spéciale lorsque le Parlement propose de modifier les processus de financement et de recrutement ainsi que certains aspects bureaucratiques de l'administration quotidienne de la Cour? La *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas claire à ce sujet. L'histoire législative de la Loi ne nous éclaire pas davantage sur ce point<sup>84</sup>. Les limites des mesures que peut prendre le gouvernement fédéral pour changer les éléments d'une institution nationale ont été examinées de façon générale dans la décision *Renvoi : compétence du Parlement relatif à la Chambre haute*<sup>85</sup>. La Cour a décidé que certaines « caractéristiques fondamentales ou essentielles » du Sénat ne pouvaient être modifiées de façon unilatérale par le Parlement<sup>86</sup>. On peut établir une analogie entre le Sénat, en tant qu'organisme mentionné par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, et la Cour suprême dans la mesure où elle est déjà ou deviendra enchâssée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il appartiendrait alors aux tribunaux postérieurs de définir les caractéristiques de la Cour suprême qui sont « essentielles » ou « fondamentales » à l'exercice de ses fonctions.

Il est par conséquent encore possible de soutenir que la Cour n'a pas encore reçu de garanties enchâssées dans la Constitution. La pression en faveur de cet enchâssement repose généralement sur trois arguments. Le premier concerne le rôle de la Cour en tant qu'organe de décision quant à la répartition des pouvoirs législatifs entre le gouvernement



fédéral et les gouvernements provinciaux. Étant donné que la Cour exerce le rôle « d'arbitre<sup>87</sup> », sa qualité de création d'un des adversaires impliqués dans le litige est incompatible avec les principes du fédéralisme<sup>88</sup>. Cela ne veut pas dire que dans le passé la Cour ait fait preuve de partialité envers les actes et des aspirations du gouvernement fédéral, mais l'impartialité est autant une question de perception et de compréhension que d'actions réelles.

Deuxièmement, avec l'adoption de la Charte<sup>89</sup>, les droits de chaque citoyen seront mesurés à la lumière des décisions et des actes de tous les niveaux de gouvernement, y compris le Parlement. Il ne serait pas convenable que ces droits soient rendus inopérants au cas où le Parlement décidait de gêner leur mise en oeuvre en faisant disparaître le pouvoir judiciaire d'accorder les recours appropriés.

Le troisième argument se fonde sur le fait que la Cour suprême est devenue une institution d'une grande signification symbolique<sup>90</sup>. Son autorité importe aux gouvernements comme au simple citoyen car tous comptent sur elle pour affirmer les valeurs essentielles de la société canadienne, spécialement lorsque celles-ci sont susceptibles de différer des valeurs prédominantes dans d'autres cultures juridiques et politiques. Le Canada ne suit pas la doctrine de la séparation des pouvoirs gouvernementaux en branches législative, exécutive et judiciaire, coordonnées entre elles<sup>91</sup> sans qu'aucune d'entre elles n'exerce une autorité indue sur les affaires des autres<sup>92</sup>. La doctrine de la suprématie du Parlement est davantage pertinente au système canadien de gouvernement dans lequel le rôle des tribunaux est subordonné à celui des législateurs. En pratique, il est arrivé que les branches législative et exécutive aient abandonné « pratiquement tout droit de regard sur le pouvoir judiciaire<sup>93</sup> ». Grâce à la révision de la législation pour déterminer sa validité constitutionnelle et à celle des mesures administratives, il appert que les tribunaux ont acquis une place indépendante et estimée au sein de la structure gouvernementale<sup>94</sup>. L'enchâssement des caractéristiques essentielles de la Cour suprême, en particulier, confirmerait les fonctions qu'elle exerce déjà et les protégerait contre tout empiètement.

Il existe peu de désaccords dans la littérature spécialisée au sujet de l'enchâssement de la Cour suprême. Il n'existe pas davantage de controverse sérieuse concernant les caractéristiques qui devraient être rendues relativement immuables par cette procédure. L'existence même de la Cour pourrait être garantie par une disposition de la Constitution rédigée de façon appropriée. Cela est devenu spécialement important depuis 1949, moment où les derniers vestiges de l'administration coloniale de la justice ont disparu du système judiciaire canadien<sup>95</sup>. Avant cette date, si la Cour suprême avait été abolie par une loi, les fonctions de cour générale d'appel auraient été remplies par la section judiciaire du Conseil privé. Dans de nombreux cas, les parties choisissaient d'outre-

passer la Cour suprême, portant leur cause directement d'une Cour provinciale d'appel au Conseil privé. Depuis 1949, les jugements de la Cour suprême sont définitifs et ne peuvent être examinés par un autre tribunal. La Cour n'est plus juste une autre instance d'appel au sein de la hiérarchie judiciaire. Elle se trouve au sommet de cette hiérarchie et, comme nous le verrons dans les sections suivantes de la présente étude, elle occupe une place de plus en plus éminente et influente.

La composition de la Cour, comme nous l'avons vu ci-dessus, constitue également un sujet important d'enchâssement. À l'heure actuelle, la loi prévoit qu'au moins trois juges soient choisis parmi les juges ou parmi les avocats de la province de Québec<sup>96</sup>. Elle ne prévoit aucune indication ni limitation en ce qui concerne la province d'origine des six autres juges<sup>97</sup>. En pratique, des modèles plus ou moins éphémères se sont développés de temps en temps en ce qui concerne l'origine régionale des membres. Il serait sans doute difficile pour le Parlement et les législatures provinciales d'arriver à un accord unanime concernant l'origine régionale ou provinciale des candidats aux postes de la Cour suprême. De telles origines font probablement partie de la notion de « composition », telle qu'elle est utilisée par l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* mentionné précédemment. Les provinces et le gouvernement fédéral devraient au moins pouvoir arriver à un chiffre minimum pour le nombre des juges du Québec. La province de Québec n'accepterait pas un chiffre inférieur au chiffre actuel et la plupart des autres provinces n'accepterait pas un chiffre supérieur.

Le troisième élément que les partisans de l'enchâssement ont trouvé attrayant consiste dans la juridiction de la Cour suprême. Les limitations susceptibles d'être inscrites dans la Constitution détermineraient en partie l'influence de la Cour en tant qu'institution nationale. À l'heure actuelle, la Cour a le pouvoir d'entendre et de trancher diverses questions allant des litiges privés au niveau local à des questions de droit public d'importance nationale. Bien que les auteurs puissent ne pas être d'accord sur l'opportunité de restreindre cette juridiction globale, il y a peu de doute que toute modification au genre d'activités exercées par la Cour devrait être soumise à un processus de consultation entre les gouvernements fédéral et provinciaux. L'accord qui en résulterait devrait alors prendre la forme d'une réforme constitutionnelle, étant donné que la juridiction constitue une caractéristique essentielle de la Cour. La disposition habilitante de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit déjà que la Cour, si elle est établie, sera « une cour générale d'appel pour le Canada ». Dans cette mesure, on peut prétendre que la Constitution prévoit déjà la juridiction de la Cour<sup>98</sup>.

Une certaine garantie de l'indépendance des juges et de la permanence de leur mandat pourrait finalement faire l'objet d'un enchâssement. La loi y pourvoit déjà en partie, la *Loi sur les juges*<sup>99</sup> fixant les salaires des juges de la Cour suprême et la *Loi sur la Cour suprême*

prévoyant les conditions auxquelles les juges restent en fonction durant bonne conduite jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans<sup>100</sup>. Il existe également un ensemble important de restrictions constitutionnelles non écrites à toute intervention qui pourrait restreindre l'indépendance des juges et l'autonomie des cours<sup>101</sup>. Elles ont été élaborées au cours de plusieurs siècles d'histoire britannique et ont été transportées au Canada avant la Confédération<sup>102</sup>.

Parmi les garanties juridiques de l'accusé prévues par la Charte figure le droit à « un procès public et équitable » devant « un tribunal indépendant et impartial<sup>103</sup> ». Ce texte constitutionnel confirme que l'indépendance du pouvoir judiciaire est un des piliers du système de justice canadien. Bien que certains commentateurs aient soutenu que, dans une certaine mesure, les rédacteurs de la Constitution du Canada y ont déjà veillé<sup>104</sup>, ce n'est pas une raison pour que ce principe ne doive pas être rendu explicite par une modification constitutionnelle. L'indépendance et le mandat des membres de la Cour suprême pourraient être enchâssés sans que cette garantie doive être nécessairement étendue aux juges de tous les autres tribunaux du Canada.

## **La juridiction**

La juridiction est loin d'être le sujet aride que l'on pourrait s'imaginer. Parmi les affaires dont la Cour peut être saisie, on en trouve d'intéressantes portant, par exemple, sur la qualité requise pour prendre des poursuites, les droits des provinces et la compétence judiciaire. En fait, un grand nombre de questions posées dans les sections suivantes de cette étude se profilent dans la discussion de la juridiction. De plus, bien que les pages précédentes relatives à l'incidence de la Charte soient susceptibles de créer l'impression qu'un certain nombre des fonctions traditionnelles de la Cour ont été remplacées, cela est loin d'être vrai. La Cour, en plus d'interpréter et de mettre en oeuvre la Charte, continuera à faire face à d'autres grands problèmes constitutionnels tels que celui de la répartition des pouvoirs qui a une influence certaine sur les relations économiques et sociales dans le pays.

Les remarques qui suivent à propos de la juridiction de la Cour apporteront sans doute un contre-poids à celles qui ont été faites à propos de la Charte. Les questions qui découlent de la Charte sont pour le moment plus attrayantes et peut-être plus actuelles, mais il ne faudrait pas obscurcir la vue d'ensemble du travail de la Cour en attachant une importance exclusive à une seule branche du droit constitutionnel. Il est utile de se rappeler comment la Cour a laissé son empreinte sur l'organisation actuelle de la réglementation gouvernementale de l'économie et a influencé l'équilibre politique entre les divers niveaux de gouvernement. Cette question est examinée en détail dans les études effectuées pour le compte de la Commission dans le module sur le droit, la société et l'économie.

## *La juridiction actuelle*

L'essentiel du travail de la Cour suprême est contenu dans une phrase descriptive de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En créant la Cour, le Parlement créait une « cour générale d'appel pour le Canada<sup>105</sup> ». En dépit de ces mots qui exprimaient expressément la fonction d'appel de la Cour, le Parlement a trouvé bon avec les années de confier à la Cour certaines questions de « juridiction spéciale ». Cette rubrique couvre des questions qui peuvent être facilement classées comme chefs de compétence originale et non de compétence d'appel. Les reliques de la juridiction spéciale comprennent les questions constitutionnelles déferées à la Cour par le Cabinet fédéral<sup>106</sup> ainsi que les projets de loi privés et les pétitions renvoyés par le Sénat ou la Chambre des communes<sup>107</sup>. Ces questions ne sont manifestement pas des appels. (Peter Russell a fait un résumé intéressant des tentatives de rationaliser ces chefs de compétence comme relevant de la fonction d'appel de la Cour<sup>108</sup>. Il montre, en particulier, la faible validité du mécanisme de renvoi. Depuis la publication de son article, la popularité du renvoi constitutionnel s'est accrue au sein du Cabinet fédéral.)

La plus grande partie du travail de la Cour a été traditionnellement consacrée aux appels<sup>109</sup>. Immédiatement avant 1975, la plupart des appels à la Cour étaient des appels de droit<sup>110</sup> et ces appels, dits *de plano*, étaient plus nombreux que ceux autorisés par l'une ou l'autre cour. Les appels de droit existaient tant dans les affaires civiles que dans les affaires pénales et la *Loi sur la Cour suprême* établissait les appels civils qui pouvaient être entendus par la Cour. Le premier critère consistait à établir le montant d'argent lié à « la matière en litige ». La dernière fois que le plafond en a été rajusté, il s'élevait à 10 000 \$<sup>111</sup>. Si le montant en litige excédait ce chiffre, la Cour était obligée d'entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel provinciale. Il était également possible, à certaines conditions, d'interjeter appel directement à la Cour suprême du jugement d'une cour inférieure, dans la hiérarchie, à la plus haute cour de dernier ressort de la province. Ces appels *per saltum* ou « saute-mouton » sont encore possibles aujourd'hui<sup>112</sup>. Le minimum financier relatif à ces appels a également été aboli<sup>113</sup>. Pour que la Cour suprême donne l'autorisation d'appeler, le critère le plus important est que les appels doivent toucher un point de droit suffisamment important.

Les appels à la Cour suprême dans les affaires pénales sont régis par le Code criminel<sup>114</sup>. En bref, un accusé peut interjeter appel de droit d'une condamnation pour un acte criminel soit lorsque la condamnation est confirmée par la Cour d'appel provinciale et qu'un des juges d'appel est dissident sur un point de droit, soit lorsque l'acquittement au procès a été renversé en appel. La Couronne peut appeler de droit du renversement d'une condamnation lorsqu'il y a eu opinion dissidente. Il existe des dispositions exceptionnelles concernant les questions touchant à la

santé mentale de l'accusé. Le Code prévoit également des appels en matière pénale par autorisation d'appeler de la Cour suprême avec des délais spéciaux pour présenter la requête, mais nous n'examinerons pas ces cas en détail ici.

Avant 1949, le mode habituel d'accès à la Cour suprême était l'appel de droit. Les appels sur autorisation d'appeler de la Cour étaient possibles mais fortement limités. Cette année-là, le Parlement élargit les mécanismes d'autorisation d'appeler qui sont devenus depuis un aspect important du travail de la Cour<sup>115</sup>. La Cour suprême peut elle-même accorder à un requérant l'autorisation d'appeler à cause de l'importance de l'affaire<sup>116</sup>. Alternativement, l'autorisation peut être accordée par la plus haute cour de dernier ressort dans la province où le jugement final a été rendu<sup>117</sup>. Un requérant peut ne pas obtenir l'autorisation d'appeler de la part de la Cour d'appel de la province et néanmoins présenter une requête pour autorisation d'appeler à la Cour suprême elle-même. Depuis 1949, le Parlement a élargi les pouvoirs d'autoriser un tel appel ainsi que les critères de cette autorisation. Le changement le plus significatif est intervenu en 1975 avec l'adoption des directives suivantes pour l'exercice de la discrétion de la Cour dans l'octroi de l'autorisation d'appeler :

. . . lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie. . .<sup>118</sup>.

La disposition relative à l'autorisation d'appeler par une cour d'appel provinciale est plus elliptique que la disposition précitée. Elle précise simplement qu'il doit s'agir d'une question « qui devrait être soumise à la décision de la Cour suprême<sup>119</sup> ».

Les affaires civiles dont est saisie la Cour suprême ne découlent pas simplement des systèmes judiciaires provinciaux mais émanent de plus en plus souvent de la Cour fédérale. Les modifications par lesquelles la Cour fédérale a remplacé la Cour de l'Échiquier en 1977 tout en élargissant son rôle ont créé une nouvelle et importante source de compétence pour la Cour suprême<sup>120</sup>. Les conditions de l'autorisation d'appeler d'un jugement ou d'une décision de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême sont prévues par la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>121</sup>. Il peut être interjeté appel de droit devant la Cour suprême de toute décision de la Cour fédérale dans le cas d'un litige entre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial ou entre des gouvernements provinciaux<sup>122</sup>.

Finalement, d'autres lois fédérales concernent les appels à la Cour suprême. Par exemple, il y a appel de droit à la Cour sur toute question de droit ou de fait découlant d'une décision sur l'instruction d'une pétition d'élection aux termes de la *Loi sur les élections fédérales contestées*<sup>123</sup>. Il y a également appel sur autorisation d'appeler de la Cour

dans les domaines de la faillite<sup>124</sup>, des arrangements entre les créanciers d'une compagnie<sup>125</sup>, des décisions des cours martiales<sup>126</sup>, des douanes<sup>127</sup>, des décisions ou ordonnances en matière de pétrole et de gaz dans les Territoires<sup>128</sup>, des régimes de pensions provinciaux<sup>129</sup>, des liquidations de compagnies<sup>130</sup> et du divorce<sup>131</sup>. Chaque loi doit être consultée pour savoir si ces appels doivent être fondés sur des questions de droit, de fait, de juridiction, ou une combinaison de celles-ci. Dans certains cas, la décision ou l'ordonnance dont il est fait appel provient d'un organisme administratif. Dans d'autres cas, comme celui de la *Loi sur la faillite*, l'appel provient d'une décision d'une cour d'appel.

Bien que cela ne soit pas strictement une question relevant de la compétence de la Cour, des lois fédérales prévoient également que les juges de la Cour suprême ou l'un d'entre eux peuvent être nommés commissaires d'enquête pour enquêter sur les allégations de corruption ou de manœuvres frauduleuses lors d'élections fédérales générales<sup>132</sup>.

L'importance des réformes de 1975 pour la juridiction de la Cour suprême peut difficilement être exagérée. En abolissant pour la plupart des appels civils le critère de la compétence fondée sur une somme d'argent, les modifications ont permis à la Cour de refuser d'entendre les cas qui ne touchent à aucun problème juridique important. Pendant la décennie qui a suivi la modification, la Cour a été mieux à même de délimiter elle-même son rôle. Par conséquent, elle a pu consacrer ses ressources aux cas qu'elle estimait les plus importants pour la nation dans son ensemble. Les arguments en faveur de la requête pour permission d'appeler sont entendus au cours d'une brève séance et généralement devant trois juges de la Cour suprême. D'habitude les plaidoiries ne durent pas plus de vingt minutes en tout et la requête est accordée ou rejetée immédiatement à la fin des plaidoiries. Elle est rarement prise en délibéré<sup>133</sup>.

Si les renseignements sur la charge de travail de la Cour suprême n'ont pas encore fait l'objet d'une étude approfondie, il y a eu certaines tentatives portant sur le nombre et le type des affaires entendues par la Cour au cours d'une année donnée ou d'une période de trois sessions<sup>134</sup>. Il n'existe pas encore de source unique et fiable que l'on puisse consulter. Les données restent pour la plupart difficiles à recueillir. Cela gêne tout essai de tirer des conclusions sur l'évolution du travail de la Cour. Pour illustrer les effets des modifications de 1975, les tableaux 2-1 et 2-2 montrent le nombre des différents genres d'affaires entendues et décidées par la Cour dans les années immédiatement avant et après les modifications de sa juridiction. Les données peuvent être complétées et mises à jour grâce à de l'information plus récente.

Les chiffres figurant au tableau 2-3 montrent l'activité de la Cour au cours des années civiles 1982 et 1983.

Une comparaison de ces chiffres avec ceux des années antérieures révèle qu'il y a eu une diminution massive des appels entendus au cours

**TABLEAU 2-1 Origine des causes entendues**

Période	Total des causes entendues	Autorisation d'appeler accordée		Autorisation d'appeler de la	
		Cour suprême	Appels de droit	Cour d'appel	Autres <sup>a</sup>
1970-1971	151	15	83	1	1
1971-1972	150	21	78	1	1
1972-1973	163	21	75	1	2
1973-1974	161	22	75	1	2
1974-1975	162	29	67	4	1
1975-1976	165	28	70	1	1
1976-1977	131	60	32	5	3
1977-1978	113	72	20	8	0
1978-1979	127	75	17	8	1
1979-1980	115	79	16	3	2
1980-1981	117	74	16	4	6

Source : S.I. Bushnell, « Leave to Appeal Applications to the Supreme Court of Canada: A Matter of Public Importance », *Supreme Court Law Review*, vol. 3, 1982, p. 497.

Note : a Cette colonne comprend les renvois fédéraux et provinciaux, les requêtes en cassation et les appels des cours provinciales sur des questions constitutionnelles.

de 1983. En revanche, le nombre des requêtes pour autorisation d'appeler s'est élevé considérablement par rapport à l'année précédente. Les appels entendus sur autorisation d'appeler seulement continuent à former la vaste majorité des causes entendues au cours des deux années d'activité apparaissant au tableau 2-3. Les causes civiles

**TABLEAU 2-2 Origine des causes civiles entendues**

Période	Total des causes entendues	Autorisation d'appeler accordée		Autorisation d'appeler de la	
		Cour suprême	Appels de droit	Cour d'appel	
1970-1971	130	10	88		2
1971-1972	124	15	84		1
1972-1973	140	20	79		1
1973-1974	133	16	83		2
1974-1975	136	24	71		4
1975-1976	134	23	76		1
1976-1977	84	63	29		8
1977-1978	79	76	13		11
1978-1979	81	84	4		12
1979-1980	67	94	0		6
1980-1981	67	93	0		7

Source : S.I. Bushnell, « Leave to Appeal Applications to the Supreme Court of Canada: A Matter of Public Importance », *Supreme Court Law Review*, vol. 3, 1982, p. 497.

**TABLEAU 2-3 Origine des causes et des requêtes entendues**

	1982	1983
Appels entendus ou réentendus	129	89
sur autorisation d'appeler de la Cour suprême	115	79
de plein droit	11	7
sur autorisation d'appeler d'une Cour d'appel	1	1
sur renvoi	2	2
Types d'appels entendus		
civil	85	58
criminel	44	31
Requêtes pour autorisation d'appeler entendues	419	501
Requêtes accordées	95	117
en matière civile	68	80
en matière criminelle	27	37

*Source* : Fondé sur des statistiques rassemblées et publiées par le Bureau du registraire de la Cour suprême. *Bulletin des procédures devant la Cour suprême du Canada*, 23 mars 1984, p. 330.

exigent généralement l'autorisation de la Cour suprême ou d'une cour d'appel. Les renvois ou les autres questions relevant de la juridiction spéciale n'exigent évidemment pas une telle autorisation. Les causes criminelles continuent à compter pour la majorité des appels de droit. Ceux-ci semblent diminuer d'une année ou d'une session à l'autre ainsi que le montre la comparaison des données du tableau 2-3 avec celles du tableau 2-1.

### *Les critiques de la juridiction*

Une des critiques majeures de la juridiction globale de la Cour se fonde sur une conception du fédéralisme et de la répartition des pouvoirs judiciaires aussi bien que législatifs au sein de la Confédération. Selon le point de vue fédéraliste, représenté brillamment par le professeur Russell, la Cour devrait se consacrer à des questions de droit importantes pour la nation dans son ensemble et qui traduisent la répartition des pouvoirs selon la Constitution<sup>135</sup>. Au lieu de laisser la Cour elle-même déterminer les cas qui portent sur de telles questions, par le biais du mécanisme d'autorisation d'appeler, la « fédéralisation » de la Cour limiterait sa juridiction d'appel à des questions concernant la Constitution et les lois fédérales valablement adoptées en conformité avec les pouvoirs législatifs du Parlement. Elle pourrait aussi se faire confier la tâche de trancher les différends entre les provinces ou entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Cette proposition aurait pour objectif de remodeler la Cour selon une conception plus moderne. Dans les affaires civiles en particulier, l'appel



de la décision de la plus haute cour provinciale est conceptuellement incompatible avec la répartition originale des pouvoirs qui a réservé aux provinces la compétence législative sur « la propriété et les droits civils » dans la province<sup>136</sup>. Toutes les provinces sont maintenant dotées d'une cour d'appel compétente. Certains critiques doutent de l'opportunité de prévoir un niveau supplémentaire d'appel devant un tribunal situé probablement à des milliers de kilomètres du lieu où s'est tenu le procès<sup>137</sup>. Cet argument a été soutenu avant l'adoption de la modification concernant la limite financière imposée aux affaires civiles, mais celle-ci n'a pas diminué la force de l'argument fédéraliste. La question de principe de savoir si les tribunaux devraient être organisés de façon à partager le pouvoir judiciaire entre les paliers fédéral et provincial continue à se poser de façon vitale.

Les arguments attribués aux critiques de la Cour suprême en provenance du Québec selon lesquels elle ne devrait pas être autorisée à trancher des questions de droit civil du Québec sont différents de la thèse fédéraliste. Le reproche du Québec n'est pas fondé sur la reconnaissance d'une séparation du pouvoir judiciaire. Il reflète plutôt la nature particulière du système québécois de droit civil. Ce système est philosophiquement et fondamentalement différent de celui de *common law* qui est en vigueur dans les autres provinces canadiennes. On peut soutenir de façon plausible que la juridiction de la Cour suprême ne devrait pas traiter des affaires civiles provenant de la Cour d'appel du Québec alors que sa juridiction pourrait continuer à s'étendre sur les appels civils des autres provinces.

Les contestations québécoises, fondées sur une théorie du dualisme culturel et linguistique ou théorie des deux nations, revêtent plusieurs aspects. Elles dépendent de prémisses jurisprudentielles historiques et fédéralistes. Il n'a pas fallu longtemps après l'abolition des appels civils au Conseil privé pour que des voix se fassent entendre au Québec critiquant le fait qu'une institution à prédominance anglophone, de *common law* et nommée par le fédéral soit la plus haute autorité sur les questions de droit civil émanant du Québec<sup>138</sup>. Il est concevable que l'avis des membres provenant du Québec puisse être écarté par la majorité de leurs collègues canadiens-anglais. Cela pourrait se produire même si les juges formés dans le *common law* n'avaient pas été exposés au Code civil de façon systématique et n'avaient pas été formés aux techniques d'interprétation par lesquelles les dispositions du Code s'appliquent à des cas particuliers. En outre, il y a eu, en *common law* et en droit civil, des différences profondes entre les façons d'aborder des principes juridiques techniques tels que les précédents et la pertinence ou le caractère admissible de la doctrine<sup>139</sup>. Certains auteurs ont essayé de démontrer que des éléments de *common law* se sont glissés dans le Code civil et l'ont déformé à cause du manque de compréhension de certains juges de la Cour suprême<sup>140</sup>. Cet argument, nous le verrons,

n'est pas limité à la question de la juridiction. Il se présente à nouveau dans le débat concernant la modification des quotas régionaux dans la sélection des juges de la Cour suprême, dans la création de chambres séparées dans la structure de la Cour et dans la détermination du type de raisonnement qu'il faudrait suivre en matière d'affaires constitutionnelles.

Un troisième argument en faveur de la modification de la juridiction actuelle de la Cour repose sur une conception de ce que la charge de travail de la Cour est susceptible de devenir dans les prochaines années. De façon générale, depuis environ 1975, la Cour a pu réaliser un équilibre assez constant entre les appels civils et les appels criminels. Une façon différente d'analyser la charge de travail de la Cour est de la diviser en affaires de droit privé et affaires de droit public. Les exemples de litiges de droit privé comprennent les domaines du droit commercial (y compris les contrats, les sociétés commerciales et les assurances), des biens, de la responsabilité civile ou des relations familiales. Par contraste, en décidant de questions de droit public, la Cour pourrait traiter de toute question allant d'un renvoi constitutionnel à un problème en droit administratif, pénal ou du travail. Il s'agit là d'une distinction grossière, fondée sur les questions juridiques les plus importantes soulevées dans chaque cas, mais elle servira à montrer que les affaires de droit public ont été constamment plus nombreuses que les affaires de droit privé au cours des dernières années. Cette situation constitue l'inverse de ce qui se passait avant 1975. Les chiffres du tableau 2-4 pour les années civiles 1982 et 1983 montrent la proportion approximative entre ces deux types de cas.

Il faudrait noter, en plus du tableau 2-4, que 25 des causes classées en 1983 sous la rubrique : « Requêtes pour autorisation d'appeler dans une cause de droit public » portent principalement sur une disposition de la

**TABLEAU 2-4 Comparaison des causes de droit privé et de droit public**

	1982	1983
Causes de droit privé entendues	30	21
Causes de droit public entendues	99	68
Requêtes pour autorisation d'appeler dans une cause de droit privé	138	120
Requêtes pour autorisation d'appeler accordées dans une cause de droit privé	24	24
Requêtes pour autorisation d'appeler dans une cause de droit public	281	381
Requêtes pour autorisation d'appeler accordées dans une cause de droit public	71	93

Source : *Bulletin des procédures devant la Cour suprême du Canada*, 23 mars 1984, p. 329, et statistiques additionnelles du Bureau du registraire.

*Charte des droits et libertés.* Dans 14 cas, la Cour a accordé la requête et a autorisé l'examen au fond de l'appel.

La conclusion à laquelle ces chiffres conduisent est que le travail de la Cour porte toujours plus sur des questions de droit public et plusieurs raisons peuvent être avancées pour justifier ce phénomène. Il se pourrait qu'il soit devenu plus difficile de franchir la barrière des appels de droit privé que cela n'était le cas autrefois, même après les modifications de 1975. La validité de cet argument serait difficile à vérifier parce que la Cour n'a pas l'habitude de donner de motifs, oraux ou autres, lorsqu'elle accueille ou rejette les requêtes pour autorisation d'appeler<sup>141</sup>. En revanche, on pourrait soutenir que, tout comme les activités gouvernementales, particulièrement dans le domaine réglementaire, ont continué à se multiplier et à s'étendre, le volume des causes de droit public touchant des intérêts gouvernementaux s'est étendu en proportion<sup>142</sup>. Par conséquent, le nombre des questions de droit administratif, d'immigration et de droit du travail qui atteignent la Cour n'a jamais été aussi élevé. De même, le volume des causes criminelles n'a pas diminué et la Cour continue à trouver des questions importantes pour le public dans l'interprétation des infractions et dans la procédure criminelle. Il est possible que la raison principale pour le grand nombre des litiges de droit public dont la Cour est saisie soit la façon dont elle a interprété le degré « d'importance pour le public » ou la signification d'une question lorsqu'elle accordait l'autorisation d'appeler<sup>143</sup>. Les jugements de litiges de droit public paraissent souvent, dès l'abord, devoir toucher aux droits d'un plus grand nombre de personnes que les parties en cause. Par exemple, les questions d'ordre public sont plus évidentes dans une action concernant la possibilité d'un recours contre la décision d'un administrateur que dans un procès concernant la capacité d'un testateur ou le montant des dommages-intérêts dans un accident d'automobile. Ce dernier type d'affaires risque de ne présenter que peu d'éléments nouveaux au point de vue des principes juridiques tandis que le résultat du premier type de litige peut souvent modifier la tâche des tribunaux administratifs dans tout le pays<sup>144</sup>.

Au fur et à mesure que le travail de la Cour augmente dans le domaine du droit public par rapport aux appels de droit privé, l'argument selon lequel la Cour ne peut plus garder sa compétence générale se renforce. Cette tendance pourrait s'accélérer à mesure que les cas fondés sur la Charte arrivent devant la Cour suprême. Ainsi que l'indiquent les observations sur la charge de travail de la Cour en 1983, les affaires dont la question juridique principale porte sur la Charte ont réussi à franchir le stade de l'autorisation d'appeler dans une proportion beaucoup plus élevée (56 % des requêtes entendues en 1983) que les autres requêtes en général (20 % pour le droit privé et 22,2 % pour des cas de droit public ne concernant pas la Charte, dans la même année civile). Les partisans de l'opinion que la Cour devrait devenir un tribunal spécialisé, dont la compétence serait limitée à des affaires posant des questions de droit

importantes pour le public vont probablement trouver des arguments supplémentaires dans l'augmentation des litiges touchant la Charte. Leurs arguments ressembleront à ceux qui favorisent le rôle actuel de la Cour suprême des États-Unis. Cette cour est devenue essentiellement un tribunal de droit public pour entendre les litiges de droit constitutionnel américain<sup>145</sup>. Le corollaire de cet argument est que l'expérience des États-Unis a montré combien les questions de droit public sont complexes à trancher et combien elles exigent de spécialisation de la part des membres du plus haut tribunal d'appel<sup>146</sup>. L'adoption au Canada d'un régime législatif de protection des droits fondamentaux a inspiré la crainte que notre propre cour de dernier ressort ne parcoure un chemin analogue<sup>147</sup>. La proposition de modifier la juridiction de la Cour de façon à laisser les conflits de droit privé à la décision des cours d'appel présente, à la lumière de cette opinion, les qualités évidentes que sont le réalisme et l'efficacité.

Les critiques de la compétence globale de la Cour dans tous les domaines du droit canadien ont dû faire face à l'affirmation que, spécialement dans les affaires civiles de droit privé, la Cour a la tâche importante de veiller à la constance et à l'uniformité du droit dans tout le pays<sup>148</sup>. L'argument de l'uniformité souligne le caractère national de la Cour en tant qu'institution par opposition à son rôle fédéral. Cette fonction a été appelée dans le passé l'un des « devoirs majeurs » de la Cour<sup>149</sup>. Les décisions du début de ce siècle qui ont justifié l'autorisation d'appeler ont souligné le rôle que la Cour est censée jouer en assurant l'uniformité du droit dans les questions concernant tout le Canada<sup>150</sup>. Le Comité spécial de l'Association du Barreau canadien qui a étudié l'encombrement du rôle de la Cour suprême a noté dans son rapport antérieur aux modifications de 1975, que l'un des critères principaux de l'importance d'une cause du point de vue du public est de savoir si elle porte sur un conflit entre les interprétations contradictoires d'un principe de base émanant des cours inférieures<sup>151</sup>. Le même phénomène jouerait lorsqu'il y a conflit d'autorité juridique sur une question de droit dans une affaire criminelle.

Ceux qui critiquent l'importance accordée au rôle d'uniformisation de la Cour suprême n'ont qu'à se rappeler la nature de l'entente fédérale au Canada. Tout comme les législatures provinciales ont reçu le pouvoir d'adopter des lois relatives aux objets de leur compétence exclusive, les tribunaux de chaque province devraient être libres d'interpréter et d'appliquer les lois selon les conditions prévalant dans la province. Le pouvoir législatif provincial est fondé sur la reconnaissance du fait que ceux qui le constituent savent le mieux évaluer quel genre de loi convient aux conditions locales. Le pouvoir judiciaire devrait également suivre cette voie, même au risque de rendre le droit d'une province incompatible avec celui d'une autre. Deuxièmement, les critiques pourraient prétendre que si l'uniformité est souhaitable dans un domaine de compé-

tence provincial, il existe d'autres moyens politiques et pratiques pour arriver à ce but plus efficacement et directement qu'un appel à la Cour suprême. L'oeuvre des commissaires représentant les différentes provinces et chargés de l'uniformisation du droit au Canada en est un exemple<sup>152</sup>. Ils ont été spécialement efficaces en rédigeant des lois types dans le domaine des assurances et de l'exécution réciproque des jugements. Ou encore, comme dans le cas de la législation concernant les sociétés commerciales, l'initiative du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial décidé à procéder à une réforme peut offrir la base éventuelle d'une uniformité nationale. La diversité étant censée être une des qualités attribuées au système fédéral, il est compréhensible que les critiques qui favorisent les droits provinciaux soient d'avis que la Cour suprême n'a pas à se mêler de réviser les réponses légitimes données par les tribunaux aux conditions et aux besoins prévalant localement.

On a même proposé que la Cour suprême cesse d'être un forum pour entendre les questions de répartition des pouvoirs<sup>153</sup>. Le professeur Weiler a une grande confiance dans la capacité des gouvernements regroupés au sein de notre fédération de négocier dans les domaines de leurs compétences respectives et d'atteindre des compromis politiques appropriés. La Cour cesserait d'être une institution dont l'autorité pourrait être utilisée, par exemple, par le gouvernement fédéral pour imposer les conditions d'un accord avec une province dans un domaine touchant de façon significative l'avenir du bien-être économique de cette province<sup>154</sup>. Le jugement de la Cour suprême rejetant la demande de Terre-Neuve d'avoir la haute main sur les ressources minières du champ Hibernia situé au large de ses côtes constitue un exemple récent<sup>155</sup>. Dans les termes de Weiler, il s'agit essentiellement d'une « controverse politique » qui ne peut être résolue dans une arène judiciaire. Les principes de la révision judiciaire sont si vagues et si peu stables que la Cour élabore les normes constitutionnelles au fur et à mesure que se déroulent les procédures.

Un dernier assaut contre la juridiction générale de la Cour pourrait viser la question de sa charge de travail. L'allégation qu'elle est excessive a été particulièrement fréquente durant les années précédant la modification de 1975 de la *Loi sur la Cour suprême*. L'argument que la Cour ploie sous la charge des affaires civiles ou des appels de droit privé ne convainc plus aujourd'hui. Comme l'indiquent les tableaux 2-1 et 2-3, le nombre des causes civiles entendues a diminué fortement depuis le début des années 1970 où il avait atteint un sommet. Grâce au mécanisme d'autorisation d'appeler, la Cour a pu isoler le nombre relativement peu élevé de cas qu'elle considère dignes d'un examen complet. Le même principe s'applique aux appels de droit privé. La charge de travail de la Cour pendant la demi-douzaine d'années précédant 1983 s'est stabilisée à 125 cas environ par année civile ou par période de trois

sessions consécutives. En 1983, elle n'a entendu que 89 cas et a rendu un nombre égal de décisions, mais cela est dû sans aucun doute en partie à la santé chancelante du juge en chef Laskin, un des plus grand travailleurs de la Cour. En comparaison, 129 cas ont été entendus en 1982 et 126 décisions ont été rendues. Il se peut que l'année civile 1983 représente une anomalie; les années suivantes vont probablement accuser un retour à une moyenne annuelle d'environ 125 cas<sup>156</sup>. Le nombre de requêtes pour autorisation d'appeler a également augmenté. Cette augmentation, si elle continue, risque de comprimer le temps que la Cour consacre à entendre et à trancher des appels au fond. Bien que la procédure actuelle d'audition des requêtes soit brève et ait récemment fait l'objet d'innovations technologiques grâce au recours à la transmission par satellite, il faudrait envisager certaines modifications procédurales ou augmenter le personnel de recherche attaché aux juges si le nombre des requêtes finit par atteindre six ou sept cents par an. Un rétrécissement de la juridiction peut constituer une solution ou une solution partielle, mais le problème lui-même risque d'être plus complexe que les tenants de cette idée ne l'admettent. Le mécanisme d'autorisation d'appeler fait l'objet d'un examen supplémentaire dans les sections consacrées aux procédures administratives de la Cour.

### *Les propositions de modification*

Les propositions de modification de la compétence de la Cour sont toutes inspirées par l'un ou l'autre des arguments énumérés ci-dessus et peuvent être résumées de la façon suivante. Pour des raisons fédéralistes, la Cour devrait être limitée aux affaires constitutionnelles ou seulement aux litiges entre les gouvernements. Pour un grand nombre des mêmes raisons, mais avec en plus des considérations supplémentaires visant le système unique de droit civil du Québec, la Cour devrait être structurée de façon à ce que seule une chambre spéciale choisie parmi les juges de la Cour suprême puisse entendre et trancher des appels de droit civil provenant du Québec. Le renouvellement de la structure de la Cour sert ici à surmonter les défauts de sa compétence générale. Au lieu de limiter la Cour aux questions constitutionnelles, une réforme législative pourrait limiter sa compétence aux questions de droit public, ce qui conserverait une portée plus large à sa compétence. Ces différentes réformes entraîneraient toutes une réorganisation fondamentale du rôle de la Cour.

Quelle que soit la solution adoptée, la Cour ne ressemblerait plus à la section judiciaire du Conseil privé telle qu'elle était à l'époque où elle entendait les appels provenant du Canada. Le rôle de la Cour suprême ne serait pas davantage semblable à celui de la Chambre des lords qui demeure le tribunal le plus élevé du Royaume-Uni. Ce dernier entend les appels non seulement des décisions de *common law* d'Angleterre mais

aussi des décisions de droit civil d'Écosse<sup>157</sup>. Les arguments en faveur de la réforme de la juridiction de la Chambre des lords en ce qui concerne ses affaires écossaises n'ont jamais causé l'agitation provoquée par les critiques québécoises<sup>158</sup>.

### *La réponse aux critiques*

Nous défendons plus loin l'idée que la Cour devrait conserver intacte sa juridiction générale d'appel. Elle devrait rester l'instance de dernier ressort sur toutes les questions de fait et de droit dans tous les cas, indépendamment de la région dont ils proviennent. Le système judiciaire du Canada a toujours été classé comme un système unitaire. Il existe même de la jurisprudence appuyant cette description<sup>159</sup> et les tentatives de décrire le système canadien comme évoluant vers une structure dualiste des tribunaux ne change pas le rôle de la Cour suprême<sup>160</sup>. Elle entend des appels tant des cours provinciales que de la Cour d'appel fédérale. Les conflits de juridiction entre la Cour fédérale et les systèmes de tribunaux des provinces ne touchent pas à la surveillance globale exercée par la Cour suprême.

La proposition de fédéraliser la Cour suprême se heurte à un grand nombre des défauts inhérents à une structure judiciaire dualiste. La *Loi constitutionnelle de 1867* offre très peu de fondements pour autre chose que pour une structure unitaire des tribunaux canadiens en général<sup>161</sup>. Si la juridiction de la Cour était réorganisée pour refléter uniquement la compétence législative du Parlement fédéral, de nombreuses questions d'importance nationale échapperaient à la compétence de la Cour. Elle ne pourrait pas trancher les nombreuses questions relatives au droit commercial, au droit des assurances, aux ressources naturelles et à l'énergie ainsi qu'à l'administration de la justice dans une province — tous des domaines qui revêtent des dimensions extraprovinciales importantes. Les entreprises commerciales sont connues pour ne pas respecter les frontières provinciales et des lois incompatibles ou contradictoires dans différentes provinces pourraient causer un tort inutile au fonctionnement de ces entreprises. Des actions engagées pour déterminer les droits des entreprises ayant des filiales dans différentes régions du Canada risquent d'exiger des procédures multiples et des décisions difficiles de la part des tribunaux qui doivent déterminer et appliquer des règles différentes en vigueur dans les autres provinces en vertu des règles de conflit de législations<sup>162</sup>. Des décisions réellement contradictoires risquent d'être rendues par des tribunaux situés dans des provinces différentes. Cela encouragerait le marchandage judiciaire, les tactiques dilatoires et l'escalade des coûts de la part de l'adversaire le plus fortuné. Le maintien de la juridiction générale de la Cour suprême assurerait l'égalité des chances dans la bataille juridique. Toute fin de procès signifierait pour les parties un résultat uniforme quel que soit l'endroit où l'action a été intentée.

La prétendue sensibilité des juges des tribunaux provinciaux aux conditions locales revêt un aspect négatif et déplaisant. On a loué le Conseil privé dans le passé pour son impartialité et la distance qui le séparait du feu des passions et des intérêts locaux. Il faudrait logiquement pouvoir considérer que la Cour suprême a hérité de telles traditions. La Cour et ses membres ont souvent exprimé l'opinion, sur le banc et en dehors, que les constatations de fait par les tribunaux inférieurs ne seraient pas facilement renversées au cours de l'examen de l'appel<sup>163</sup>. La Cour suprême se consacre la plupart du temps aux questions de droit. Tout aspect d'une affaire qu'un tribunal inférieur est logiquement censé pouvoir déterminer mieux qu'un autre est considéré comme échappant à la controverse en appel devant la Cour suprême.

Les arguments qui ont précédé les modifications de 1975 ont perdu beaucoup de leur force à la suite des modifications apportées à la juridiction de la Cour. L'irritation causée par le critère financier a disparu. Une procédure plus rationnelle pour déterminer les cas qui méritent un appel devant la Cour suprême a été instaurée. Les considérations pour lesquelles les trois juges décident si une question revêt une importance publique pour la nation dans son ensemble ne sont pas entièrement claires car il est coutumier pour les juges de ne pas divulguer leurs motifs lorsqu'ils acceptent ou rejettent une requête pour autorisation d'appeler. Néanmoins, cette nouvelle procédure est éminemment préférable comme moyen de déterminer les cas qui seront entendus par un quorum complet de la Cour.

Les arguments en faveur de changements radicaux fondés sur les circonstances particulières de la province de Québec ne sont pas convaincants<sup>164</sup>. Certaines structures institutionnelles existent déjà au sein de la Cour pour lui permettre l'adaptation à la nature dualiste du droit privé canadien. L'exigence officieuse selon laquelle tous les appels civils en provenance du Québec sont entendus par une cour de cinq juges qui comprend une majorité de juges civilistes a été largement respectée au cours des années. L'argument supplémentaire selon lequel les juges de *common law* l'ont occasionnellement remporté dans la décision de ces cas n'apparaît pas dans l'étude la plus complète entreprise jusqu'à ce jour sur la composition des bancs qui ont tranché des affaires de droit civil provenant du Québec<sup>165</sup>. Dans les termes de l'auteur de cette étude, « la question de la participation du *common law* est essentiellement un faux problème<sup>166</sup> ». En général, les juges de *common law* ont suivi leurs collègues civilistes dans ces appels en provenance du Québec.

On a parfois attaché beaucoup d'importance à l'occasion évidente qu'ont les juges de *common law* et les juges civilistes de s'instruire les uns les autres dans les principes et les procédures de leur tradition juridique respective<sup>167</sup>. Il s'agit là d'un objectif recommandable, bien que les possibilités de sa réalisation dépendent largement du goût de chacun des juges pour l'étude. Notre héritage bisystémique exception-



nel a créé une situation dans laquelle un juge pourrait avoir reçu une formation officielle tant dans le *common law* canadien anglais que dans le droit civil québécois. Le juge LeDain en est un exemple. Il a été officiellement nommé pour la province de l'Ontario mais son intéressante expérience professionnelle comprend des périodes de pratique et d'enseignement aussi bien au Québec qu'en Ontario<sup>168</sup>. Il ne faudrait pas ériger des barrières artificielles entre les systèmes de *common law* et de droit civil en limitant le rôle de la Cour qui, au Canada, est capable de transcender pragmatiquement les différences entre les cultures juridiques.

La distinction entre les affaires de droit privé et de droit public n'est pas un moyen utile pour façonner un rôle plus spécialisé pour la Cour. Le fait qu'un appel soit classé comme posant un problème de droit public ne signifie pas nécessairement qu'il justifie un appel devant la Cour alors qu'une affaire de droit privé ne le mériterait pas. Le critère de « l'importance nationale » ne coïncide pas avec la notion de « droit public » et ne s'y substitue pas. Un litige soulevant la question du devoir fiduciaire des administrateurs de sociétés commerciales lorsque des avantages commerciaux se présentent à eux grâce à leurs fonctions administratives relève, selon toute apparence, du droit privé. Cependant, le résultat d'un tel cas peut déterminer la norme d'éthique commerciale et de responsabilité que les tribunaux de tout le pays imposeront aux administrateurs en général<sup>169</sup>. Le même point s'applique à de nombreux aspects juridiques du droit des affaires et des biens. Dans le dernier cas, l'interprétation des lois prévoyant le partage des biens des partenaires mariés ou vivant ensemble constituera une partie importante du travail des tribunaux, tout comme c'était le cas avant que de nombreux principes aient été codifiés<sup>170</sup>. Appeler de tels litiges des affaires de « droit privé » tend à sous-estimer l'influence d'une décision de principe de la Cour suprême et la façon dont elle lie les tribunaux inférieurs dans les cas subséquents touchant aux mêmes questions juridiques.

Il n'est pas davantage aisé de distinguer entre les appels de droit public et ceux de droit privé. Cette répartition devient hautement artificielle étant donné les relations entre les causes de poursuite fondées sur le *common law* ou sur une loi qui peuvent découler d'un même comportement. Pour reprendre les termes d'un distingué auteur américain traitant de la question de la juridiction : « seules les distinctions les plus arbitraires et les plus inefficaces peuvent permettre à la Cour suprême du Canada ou à tout autre tribunal de refuser les litiges prétendument de droit privé<sup>171</sup> ». Les cas ne se présentent pas toujours devant la Cour comme des questions juridiques bien catégorisées. Un litige entre un propriétaire et un locataire sur les conditions du bail d'un immeuble commercial peut poser d'importants problèmes de preuve. Bien que l'intitulé du cas dans de telles procédures puisse indiquer que des parties

privées représentent des intérêts opposés, la solution du litige est susceptible d'avoir des ramifications s'étendant bien au-delà du domaine du droit privé. La frontière entre le droit des fiducies et le droit fiscal rend difficile de ranger certains types de cas dans la catégorie du seul droit privé<sup>172</sup>. Des considérations semblables s'appliquent à la bifurcation entre les domaines de compétence législative fédérale et provinciale. Une poursuite ne vise pas nécessairement l'un ou l'autre type de questions. Souvent, les circonstances d'un cas donné font qu'elles sont mélangées de façon inextricable. Pour utiliser un exemple proposé par William Lederman, il peut arriver que les faits soulèvent un problème d'exécution d'une hypothèque<sup>173</sup>. Les dispositions qui s'y appliquent pourraient non seulement comprendre celles qui ont été adoptées par la province dans le domaine des immeubles mais aussi des lois fédérales concernant l'intérêt. Les transactions commerciales modernes sont de plus en plus soumises à des ensembles de dispositions destinées à protéger les consommateurs et à mettre en oeuvre tant les normes locales que nationales qui font double emploi. L'adoption de codes et de règlements de construction par chaque niveau de gouvernement, municipal, provincial et fédéral en est un bon exemple.

Nous devons également à Lederman de bons conseils sur le motif pour lequel on ne pourrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un tribunal se spécialise seulement dans le domaine constitutionnel. La démarche déterminante pour établir la validité d'une loi ou d'un projet de loi contesté est de qualifier la question dont il traite<sup>174</sup>. Il s'agit là d'une démarche subtile, exigeant que la Cour prenne connaissance des lois pertinentes adoptées par la même autorité et des lois adoptées par d'autres niveaux de juridiction. En effet, la Cour doit avoir une connaissance approfondie du domaine qui a fait l'objet de la législation. Elle doit savoir comment la loi contestée s'adapte à un système législatif d'ensemble et quels seront les effets probables de sa mise en application. Il s'agit là des critères nécessaires pour arriver à une qualification appropriée. Après avoir qualifié la loi — par exemple, comme ayant trait au commerce interprovincial relatif à une industrie spécifique — son objet est attribué à l'une ou à l'autre des catégories de sujets énumérés aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans notre exemple, la qualification conduirait à la conclusion que le chef de compétence pertinent est la compétence législative exclusive de la législature provinciale sur la propriété et les droits civils<sup>175</sup>. Une démonstration analogue de l'interdépendance des questions de droit civil et de *common law* provenant du Québec a été faite par le professeur LeDain avant qu'il ne soit nommé juge<sup>176</sup>.

Ce procédé de qualification éclaire fortement le raisonnement de la Cour dans les cas de répartition des pouvoirs et en particulier ceux qui posent la question de l'application de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce. Ce genre de cas montre comment l'attitude

de la Cour envers les activités commerciales dans tout le pays est façonnée par la perception individuelle qu'a le juge des valeurs particulières de la réglementation du commerce à un niveau local ou provincial par opposition au niveau national. Il s'agit encore une fois d'un domaine qui se situe à l'intersection du droit public et du droit privé. La tâche de la décision constitutionnelle dépend ici d'une bonne compréhension générale des valeurs économiques, de l'organisation efficace de l'entreprise commerciale privée et du pouvoir réglementaire du gouvernement quant à la promotion d'objectifs économiques souhaitables. Même si ses opinions n'ont pas toujours fait l'objet de louanges, la Cour a traditionnellement exercé une grande influence sur l'organisation économique des entreprises canadiennes<sup>177</sup>.

Un argument supplémentaire en faveur de la sauvegarde de la juridiction générale d'appel de la Cour suprême est fondé sur la notion d'élaboration des politiques par les tribunaux. Malgré la prétention qu'après l'adoption de la Charte la Cour deviendrait finalement un tribunal capable de formuler et de mettre en oeuvre des grands programmes sociaux et économiques, elle a toujours eu cette aptitude. À part ceux qui ont une vue positiviste du rôle de la Cour, tout le monde reconnaît que, même dans les appels prétendument de droit privé, la Cour peut exercer son pouvoir de changer les règles si les circonstances l'exigent ou s'il survient un changement dans les conditions sociales. Imposer une obligation de diligence à certaines catégories de personnes dans des relations de fait particulières constitue un moyen d'effectuer un changement dans l'équilibre entre des intérêts sociaux en conflit<sup>178</sup>. Une telle décision a des conséquences immédiates pour les entreprises commerciales ainsi que leurs assureurs dans le calcul du risque et de l'indemnité en cas de perte ou de blessure. D'autres questions de politique sociale et économique se posent au sujet de l'exécution des contrats portant atteinte à la liberté du commerce (fondée sur le *common law*)<sup>179</sup> ou des ententes qui violent les lois fédérales destinées à sauvegarder la libre concurrence entre les entreprises<sup>180</sup>. De tels cas posent clairement des questions d'ordre public, même s'il s'agit de litiges entre des particuliers.

Le rôle dans l'élaboration des politiques fait partie de ce que le juge en chef Laskin a appelé le rôle « de supervision » de la Cour suprême<sup>181</sup>. En sa qualité d'institution nationale, par opposition à fédérale, la Cour n'est pas simplement un tribunal d'appel. Surtout depuis les modifications de 1975 à sa juridiction, elle a le devoir de surveiller le développement de grands principes juridiques au Canada dans la mesure où ceux-ci visent plus que des questions purement locales. Cette interprétation des changements de la juridiction de la Cour est partagée dans une large mesure par le juge en chef Dickson<sup>182</sup>.

Après avoir soutenu qu'il ne faudrait pas toucher à la juridiction générale de la Cour suprême, que devons-nous faire de l'affirmation

voulant que la Cour risque de devenir un tribunal de droit public simplement à cause du genre de cas dont elle va de plus en plus être saisie? Nous traitons ici d'une proposition qui est en partie prophétique et en partie normative. Dans un avenir prévisible, les affaires fondées sur la Charte vont certainement occuper une proportion croissante de la charge de travail de la Cour, même si elles n'atteignent pas le volume, ou l'« holocauste », de litiges que certains avaient prévu avant l'adoption de la Charte<sup>183</sup>. Cependant, les affaires de droit privé ne seront pas éliminées. L'équilibre optimum possible entre ces types de cas ne devrait pas être compromis par une mesure législative. La clé de la juridiction de la Cour réside dans ses propres pouvoirs discrétionnaires de décider des appels qu'elle désire entendre. Les véritables décisions concernant la compétence seront prises à l'étape des requêtes d'appeler. Lorsqu'une affaire atteint ce stade du système judiciaire, des décisions sévères doivent être prises pour déterminer l'importance relative des différentes catégories de questions juridiques. Cette procédure n'est pas le résultat d'un hasard, car les modifications de 1975 ont introduit des dispositions donnant à la Cour une flexibilité considérable pour composer son propre rôle. Ce n'est que si elle abusait de ce pouvoir ou l'exerçait de façon capricieuse qu'il y aurait lieu d'avoir recours à une mesure législative. La doctrine existante n'indique pas que la Cour ait commis des abus flagrants en rejetant des requêtes d'appel. La Cour n'a pas davantage dû recourir à son pouvoir pour causer un appel parce qu'une cour d'appel avait erré en octroyant l'autorisation d'appeler<sup>184</sup>.

Cette emphase justifiée sur la façon dont les requêtes d'appel sont examinées et la possibilité de faire ressortir les questions les plus importantes pour la nation dans son ensemble à la lumière des circonstances actuelles et de l'état du droit n'a fait l'objet d'aucune recherche spécialisée approfondie. La Cour n'a pas exprimé les motifs d'acceptation ou de rejet des requêtes de façon à offrir des matériaux solides pour une analyse inductive. Cette situation peut changer dans l'avenir. Comme M<sup>me</sup> le juge Wilson l'a fait remarquer, « le temps est venu d'évaluer la procédure d'autorisation d'appeler du point de vue de la substance<sup>185</sup> ». Ce devra être fait grâce à un effort de coopération entre les membres de la Cour eux-mêmes, les barreaux et les juristes universitaires. Les questions concernant la juridiction théorique de la Cour sont généralement moins urgentes, à un moment donné, que les questions de savoir si la Cour a trouvé qu'il était opportun de trancher entre des décisions contradictoires sur des principes de *common law* émises par des cours d'appel. Même si la Cour décide d'entendre un tel appel au fond, il n'est pas certain qu'elle résoudra effectivement la prétendue contradiction. Les décisions peuvent avoir une portée restreinte ou étendue et la Cour peut, en fait, remettre à un autre jour ou à un cas plus propice de trouver la solution définitive à un litige juridique.

Il est surprenant de constater combien sont rares les suggestions que la Cour exerce sa juridiction générale par l'intermédiaire de chambres spécialisées composées de ses membres. Dans les pays d'Europe occidentale, particulièrement ceux où de grands changements constitutionnels se sont produits depuis la Seconde Guerre mondiale, il existe une tendance à avoir un tribunal suprême différent pour chaque catégorie de litige. Il pourrait, par exemple, y avoir un tribunal administratif de dernier ressort qui entendrait les appels émanant de tribunaux d'appel intermédiaires ou de commissions ou d'organismes de première instance. Un organe constitutionnel distinct a été créé tant en France qu'en République fédérale d'Allemagne (voir l'annexe B). Dans le système allemand, le tribunal est divisé en deux chambres pour l'audition de différentes catégories d'affaires constitutionnelles. Ce genre d'organisation n'a été proposée au Canada qu'en ce qui concerne l'audition et la décision des affaires de droit civil provenant du Québec<sup>186</sup>. La Cour aurait une chambre séparée pour traiter de tels cas. Elle incluerait probablement des juges *ad hoc* nommés parmi les juges des cours supérieures du Québec pour assurer la connaissance indispensable du droit basé sur le *Code civil*.

Dans une certaine mesure, la Cour a utilisé des groupes de juges pour entendre les appels. D'après les statistiques du registraire, pendant l'année civile 1983, les jugements ont été rendus par une cour où siégeaient des nombres différents de juges. C'est ce que montre le tableau 2-5.

**TABLEAU 2-5 Nombre de juges participant aux décisions de la Cour suprême du Canada en 1983**

Nombre de membres	Nombre de décisions
9	6
7	45
5	38
nombre total de décisions 89	

Source : *Bulletin des procédures devant la Cour suprême du Canada*, 23 mars 1984, p. 328-334 et statistiques supplémentaires du Bureau du registraire.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour se divise en groupes de trois membres pour l'audition des requêtes en appel.

Deux arguments clés peuvent être avancés en faveur de l'organisation de la Cour en un certain nombre de chambres spécialisées. Tout d'abord, la Cour pourrait disposer d'un plus grand nombre de cas. Deuxièmement, les membres pourraient développer et utiliser l'expérience acquise dans certains domaines du droit, soit avant leur nomination, soit en tranchant un grand nombre de litiges du même genre. Cependant, nous ne trouvons pas ces arguments convaincants et il existe de

meilleurs moyens qu'une division en chambres séparées pour arriver à une organisation efficace du rôle de la Cour.

Le problème véritable posé par l'encombrement du rôle de la Cour existe au stade des requêtes et non au stade de l'audition des cas au fond. Certaines suggestions d'amélioration sont faites dans la section suivante de cette étude qui traite spécifiquement des procédures administratives susceptibles d'être adoptées par la Cour. En outre, il est inévitable que la création de chambres spécialisées conduise à ce que nous ayons plus d'une cour de dernier ressort au Canada. Cela diminuerait l'importance de la valeur symbolique et de l'autorité de la fonction actuelle de la Cour. Comme nous l'avons noté, le système judiciaire canadien est unitaire. Des groupes spécialisés mineraient ce principe. Nous pourrions aussi faire remarquer que, dans les pays qui font appel à différents tribunaux suprêmes pour différents genres de litiges, les juges de chaque cour ont souvent une formation très différente. Le tribunal administratif suprême peut être composé de juges formés dans une école nationale d'administration publique plutôt que dans une faculté de droit. Finalement, la difficulté qu'il y a, dans certains cas, à distinguer entre différentes questions milite contre la spécialisation des groupes. Une question de droit privé n'est pas toujours aisée à séparer d'une question de droit public. Un appel administratif ne peut pas toujours être distingué d'un aspect constitutionnel du même cas, par exemple. Les catégories juridiques ne sont pas à ce point abstraites et les cas ne tombent pas sans autre dans une catégorie plutôt que dans une autre. Il vaut mieux conserver à la Cour suprême la compétence de pleine juridiction et laisser au juge en chef le soin de choisir les juges qui doivent siéger dans une affaire donnée ainsi que de déterminer leur nombre. Une telle solution donne à la Cour la flexibilité voulue pour administrer efficacement le rôle sans avoir à sacrifier sa fonction de collège compétent chargé de veiller au développement du droit dans l'ensemble du Canada.

La conclusion de cette analyse de la juridiction est que les limites du travail de la Cour, la possibilité qu'elle a de redessiner les lignes entre les pouvoirs législatifs respectifs des gouvernements fédéral et provinciaux, et celle de refaçonner les relations entre les individus ou entre les citoyens et le gouvernement ne sont pas étroitement circonscrites. Une fois qu'une action a été intentée, elle peut généralement être poursuivie aussi loin que les intérêts et les ressources du client le permettent et ce, jusqu'à la requête pour autorisation d'appeler devant la Cour suprême. Les membres de la Cour sont largement leurs propres gardiens. À ce point, les questions de compétence de la Cour font place à des questions plus importantes de justice fondamentale. Le problème vital n'est pas de savoir si la Cour ou une chambre de celle-ci devrait être autorisée à décider d'une question. Le problème est de savoir dans quel esprit juridique la question sera tranchée si elle mérite d'être entendue. Une

fois qu'on accepte la juridiction générale de la Cour, il faut examiner qui siège à la Cour ainsi que la formation et les talents que le juge devrait raisonnablement posséder.

## La composition de la Cour

Il est plus commode d'aborder la question de la composition de la Cour suprême en la divisant en deux parties distinctes : le nombre des membres et l'origine des juges, spécialement par région. Nous allons voir au cours de l'analyse qui suit que ces deux aspects sont présents dans tout examen de la réforme de la Cour suprême.

### *Le nombre des juges*

La Cour compte actuellement neuf membres : un juge en chef et huit puînés ou associés. Ce chiffre n'a pas changé depuis 1949 lorsque le nombre des juges est passé de sept à neuf. Il avait été de six pendant la période allant de 1875 à 1927<sup>187</sup>. Comme nous l'avons fait remarquer, la *Loi sur la Cour suprême* exige que trois des juges soient choisis au sein du Barreau ou des tribunaux du Québec<sup>188</sup>. La loi ne prévoit aucune restriction concernant la qualification régionale des autres juges.

On a proposé d'élargir la Cour de façon à ce qu'elle compte de dix à quinze membres. Généralement, le chiffre choisi est impair bien que cela n'ait pas toujours été le cas. La Cour constitutionnelle envisagée par le professeur Morin aurait eu un nombre égal de juges de *common law* et de droit civil<sup>189</sup>. Le chiffre le plus souvent proposé est onze, un nombre qui est approuvé par le professeur Lederman<sup>190</sup>, le gouvernement de la Colombie-Britannique dans son document de travail de 1978<sup>191</sup>, le rapport Pepin-Robarts<sup>192</sup>, et le projet de loi modifiant la Constitution de 1978<sup>193</sup>. Ce fut le nombre préféré par la majorité des premiers ministres provinciaux réunis à la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution<sup>194</sup> qui s'est tenue en septembre 1980. La proposition du gouvernement albertain de former une cour dont les membres seraient choisis à partir d'une liste constitutionnelle spéciale composée de quarante à cinquante juges pour chaque cas particulier relatif à la répartition des pouvoirs représente le chiffre le plus élevé avancé dans une proposition de réforme du nombre des juges<sup>195</sup>.

En général, le chiffre approprié est choisi par les différents partisans de la réforme selon l'équilibre régional que devrait, selon eux, traduire la Cour. À l'heure actuelle, les neuf juges de la Cour suprême ont été nommés en provenance des provinces suivantes :

**TABLEAU 2-6 Origine des juges actuels**

Province	Nombre de juges
Nouveau-Brunswick	1
Québec	3
Ontario	3
Manitoba	1
Colombie-Britannique	1

L'origine des juges n'est pas aussi claire que le tableau précédent pourrait donner à penser. Ainsi, le juge Estey, juge en chef de la province de l'Ontario au moment de sa nomination à la Cour suprême, avait été formé au Barreau de la Saskatchewan. Le juge LeDain, le dernier membre à avoir été nommé à la Cour actuelle, avait étudié le droit civil du Québec et enseigné à l'Université McGill avant de devenir membre de la faculté de droit d'Osgoode Hall et d'être admis à la Law Society of Upper Canada. Ensuite, il a été nommé à la Cour d'appel fédérale et a vécu à Ottawa.

Les efforts pour extraire une certaine pratique ou une certaine convention de l'étude des modèles passés de nomination à la Cour ont surtout produit des exceptions. Dans une étude publiée en 1969 le professeur Russell avait identifié une « convention constitutionnelle non écrite » qui déterminait comment les régions autres que le Québec étaient représentées à la Cour<sup>196</sup>. À son avis, trois postes étaient garantis à l'Ontario; les provinces de l'Ouest et celles de l'Atlantique se partageaient les trois autres places. Notre mise à jour d'un tableau préparé pour son étude montre la représentation régionale de la Cour depuis sa création en 1875.

**TABLEAU 2-7 Origine des juges de la Cour suprême**

Année au cours de laquelle le modèle a été changé	Provinces de			
	Québec	Ontario	l'Atlantique	de l'Ouest
1875	2	2	2	0
1888	2	3	1	0
1893	2	2	2	0
1903	2	1	2	1
1905	2	2	2	0
1906	2	2	1	1
1924	2	3	0	1
1927	2	3	0	2
1932	2	2	1	2
1949	3	3	1	2
1979	3	2	1	3
1982	3	3	1	2

Source : Peter H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, étude préparée pour la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 64.



Entre 1949 et le moment où écrivait le professeur Russell, la situation est demeurée stable malgré sept changements dans la composition de la Cour. Pendant les onze années qui ont suivi, malgré six changements, le même modèle s'est maintenu. Il a finalement été modifié lorsque le juge Spence prit sa retraite et fut remplacé par le juge McIntyre de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>197</sup>. Cette nomination réduisit le nombre des postes ontariens à deux. Lorsque le juge Martland de l'Alberta prit sa retraite en 1982, il fut remplacé par le juge Wilson de l'Ontario, ce qui rétablit la distribution précédente. À la mort du juge en chef Laskin, son poste fut comblé par le juge LeDain<sup>198</sup> qui, en théorie, est considéré comme une nomination ontarienne.

Les réformateurs préféreraient que les juges soient au nombre de onze surtout parce que cela permettrait à certaines provinces ou régions de jouir d'une représentation accrue au sein de la Cour. Par exemple, Lederman désirerait que la région de l'Atlantique et celle de l'Ouest aient chacune une place de plus<sup>199</sup>. Le gouvernement de la Colombie-Britannique s'est évidemment prononcé en faveur d'une augmentation du nombre de régions à considérer, la province de Colombie-Britannique constituant alors une région séparée plutôt que d'être regroupée avec les provinces des Prairies au sein de la région de l'Ouest. Dans certaines propositions, comme celles contenues dans le rapport Pepin-Robarts, la représentation proportionnelle du Québec serait accrue de façon à ce qu'il fournisse cinq des onze juges. Le projet « *best efforts* », qui a servi de base à la discussion lors de la Conférence des premiers ministres de 1980, aurait également accepté cette proportion<sup>200</sup> bien qu'au cours des discussions publiques à cette occasion le chiffre de onze n'ait pas recueilli l'accord de tous les gouvernements provinciaux et qu'un consensus ne se soit pas dégagé sur la proportion des juges du Québec par rapport à ceux des autres provinces.

Le chiffre de neuf juges continue à remporter les suffrages bien que cela ne signifie pas que la répartition régionale demeurerait inchangée. James MacPherson accepterait certes une majorité de juges du Québec à tout moment<sup>201</sup>, mais il réduirait les postes de l'Ontario à un minimum de un et un maximum de deux. La Charte de Victoria de 1971<sup>202</sup>, les propositions de la Commission Molgat-MacGuigan<sup>203</sup>, le rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien de 1979<sup>204</sup> et le *Livre beige* du Parti libéral du Québec<sup>205</sup> conserveraient tous le nombre de neuf juges.

Il vaut la peine de noter que les partisans de l'élargissement de la Cour ne fondent pas leurs arguments sur leur perception de l'encombrement du rôle de la Cour, à la différence des raisons avancées par le ministre fédéral de la Justice en 1949 lorsque la Cour a été élargie parce qu'on prévoyait une augmentation de sa charge de travail après l'abolition des appels au Conseil privé<sup>206</sup>. Le silence sur ce point fait croire que le nombre actuel des juges suffit aux besoins de la Cour<sup>207</sup>. Les critiques

sont davantage préoccupés par les moyens d'assurer qu'une Cour vraiment représentative décide des questions « constitutionnelles », c'est-à-dire, dans ce contexte, surtout des questions de « répartition des pouvoirs ». Le *Livre beige* faisait écho à un thème introduit à l'origine dans le rapport de la commission Tremblay de 1956, en suggérant qu'un banc « dualiste » tranche des questions constitutionnelles et que certains juges *ad hoc*, choisis au sein des cours supérieures du Québec, soient ajoutés au banc saisi du cas pour obtenir la parité nécessaire<sup>208</sup>.

Pour les raisons données dans la section suivante sur la sélection des juges sur une base régionale, il ne semble pas nécessaire d'augmenter le nombre des membres de la Cour suprême. Il se peut que neuf juges constituent le maximum pour réaliser la meilleure combinaison entre la collégialité, l'expérience et l'efficacité. Il est très difficile de déterminer quelle serait la dynamique d'un groupe de plus de neuf membres. Un nombre supérieur augmente la possibilité d'opinions multiples dans les cas de décisions rendues par la Cour plénière. Cela pourrait rendre la détermination des principes de ces décisions plus difficile, ce qui risquerait d'embrouiller la perception du droit. Finalement, des considérations régionales déterminent quelle serait la composition appropriée de la Cour. Le rejet de chambres séparées ou de bancs spéciaux pour les questions constitutionnelles et non constitutionnelles ou de droit public et de droit privé a déjà été étudié. Les raisons de constituer la Cour sur une base régionale méritent d'être traitées séparément.

### *La représentation régionale*

Les données contenues dans le tableau 2-7 de cette étude indiquent l'importance traditionnelle attachée à la région d'origine des membres de la Cour suprême. L'expérience passée pourrait excuser les Ontariens de penser qu'on leur a « volé » une place à la Cour suprême lorsque le juge Spence a été remplacé par un juge de la Colombie-Britannique en 1979. Quoi qu'il en soit, M<sup>me</sup> le juge Wilson de l'Ontario a été nommée pour succéder au juge Martland de l'Alberta trois ans plus tard. Quel principe justifie l'importance attachée aux origines régionales et fait des spéculations relatives aux nominations à la Cour un jeu de société pour les avocats et les observateurs de la Cour? Les raisons possibles sont de trois ordres.

Premièrement, on peut soutenir que la présence de juges originaires de toutes les régions du Canada assure que la Cour tiendra toujours compte, dans ses jugements des conditions et des situations prévalant dans tout le pays. Les liens d'un juge avec le droit d'une province ou d'une région sont supposés lui conférer une connaissance spéciale. Deuxièmement, on peut dire que la régionalisation reflète la nature fédérale de la Constitution canadienne. Bien qu'aucune exigence officielle ne force le gouvernement fédéral à répartir d'une façon particulière les six nominations qui ne proviennent pas du Québec, la réparti-

tion correspond en fait au principe selon lequel chacun des juges qui siègent dans une affaire de répartition des pouvoirs peut être relié à une région particulière. Troisièmement, le modèle plus ou moins établi peut se borner à refléter les pressions et les intérêts au sein du Cabinet fédéral tendant à faire respecter des quotas régionaux. Ce serait là une raison purement politique pour une nomination fondée sur une région.

La réforme de la Cour peut commencer par ce point. Il n'y a pas d'obstacle constitutionnel et peu de restrictions prévues par la loi susceptibles d'empêcher un changement. On peut répondre à l'allégation que la diversité régionale permet aux juges de contribuer des connaissances locales par la constatation que cette qualité est d'abord difficile à discerner, et encore plus difficile à appliquer au processus de décision de la Cour. Cela ne veut pas dire qu'un juge ait tendance à favoriser les intérêts de la région dont il est originaire aux dépens de ceux des autres localités ou de faire peser les intérêts locaux plus lourdement que les intérêts nationaux. Le juge n'est pas censé être le porte-parole d'une certaine région ou d'une province. L'étude de la participation des membres de la Cour aux appels provenant de leur région ou province ont en général montré une participation plus élevée à ce genre d'appel qu'à la moyenne des affaires<sup>209</sup>. Les résultats des recherches indiquent la même relation dans le cas des jugements rendus. Comme le Comité de l'Association du Barreau canadien l'a noté, le juge de la Cour suprême n'exerce pas une fonction arbitrale mais une fonction judiciaire<sup>210</sup>.

Si une cour est censée apporter à ses délibérations un élément de connaissance des conditions spécifiques locales, cette fonction devrait être exercée par une cour constituée au niveau provincial. Selon le modèle de nomination établi pour la plus grande partie de la période commençant en 1949, la Cour suprême n'a jamais, à aucun moment, compté de représentant de cinq provinces et de deux territoires<sup>211</sup>. Elle n'a jamais compté, pendant cette période, de juge de Terre-Neuve ou de l'Île-du-Prince-Edouard et, pendant plusieurs décennies, n'a pas eu de membre de la Colombie-Britannique. Les diverses suggestions de répartition des nominations vont à l'encontre de sentiments fortement développés dans les provinces relatifs au degré auquel une province partage des conditions avec une autre. Les Colombiens britanniques peuvent légitimement se demander pourquoi ils sont considérés, pour les fins de la Cour suprême, comme appartenant à la même région que l'Alberta, le Manitoba et la Saskatchewan. Terre-Neuve ne partage pas la même histoire législative, politique, sociale ou juridique que les provinces maritimes et, néanmoins, elle est groupée avec ces dernières dans la majorité des propositions, pour les fins de la nomination d'un juge des provinces appelées maritimes. En outre, si la géographie et une connaissance spéciale des conditions locales sont censées être des facteurs importants, cet élément devrait être poussé jusqu'à sa conclusion logique et les nominations du Québec et de l'Ontario devraient alors être

délibérément réparties entre toutes les régions de ces provinces. Pour remplir les vacances, on devrait faire en sorte de choisir expressément des membres du barreau ou des cours qui ne résident pas à Toronto, à Ottawa, à Montréal ou à Québec.

La conception régionaliste ignore également les conséquences du principe de l'indépendance judiciaire. Lorsque les discussions des modifications constitutionnelles au cours de la dernière décennie ont touché à la Cour suprême, le juge en chef Laskin a tenu à faire remarquer :

J'ai été attristé de voir qu'il existait si peu de compréhension à l'égard de la nature du travail de la Cour ou de la signification de la fidélité de ses membres à leur serment professionnel, si peu d'appréciation de l'importance de la cohésion et de la collégialité entre ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions à la Cour. Ce travail n'a certainement aucun lien régional ni politique<sup>212</sup>.

Selon le regretté juge en chef, la juridiction de la Cour l'amène à traiter de « questions nationales, de questions d'importance générale pour le public qui n'ont pas de connotation régionale spéciale<sup>213</sup> ». C'est ce qui fait de la Cour une institution nationale, dans un sens différent, cependant, du Sénat ou du gouvernement fédéral.

L'argument selon lequel les critères régionaux sont déterminants pour la nomination des juges s'affaiblit à mesure que s'estompe le rôle de la Cour à titre d'arbitre de la répartition des pouvoirs par rapport à ses autres fonctions. Jusqu'à récemment, les litiges constitutionnels portaient largement sur les domaines respectifs de la compétence législative du gouvernement fédéral et des provinces. En outre, ce type de cas comprenait, parfois, des questions de droits fondamentaux aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>214</sup> ou de l'empiètement d'une province sur le pouvoir fédéral de nommer les juges en conformité avec l'article 96<sup>215</sup>. L'avènement des litiges aux termes de la Charte, qui en 1983 étaient plus nombreux que les autres cas posant des questions constitutionnelles, devrait nous inciter à ré-examiner la question des qualifications régionales des juges. Le fait qu'un juge soit plus étroitement lié à une région plutôt qu'à une autre importe fort peu lorsqu'il s'agit de déterminer le genre de portée et d'interprétation qu'il donnera aux garanties prévues par la Charte. Comme nous le soutiendrons dans la section relative aux nominations, il existe d'autres questions plus pertinentes dont il faudrait tenir compte concernant la formation d'un candidat à la Cour suprême.

Le fondement politique de la sélection régionale ne vaut pas particulièrement la peine d'être conservé. Les pressions — si rares soient-elles — que pourrait subir un ministre fédéral de la Justice pour nommer à la Cour suprême des juges provenant du village de collègues importants siégeant au Cabinet ont peu d'incidence sur la présence du plus

grand nombre possible d'esprits brillants au sein de la Cour. Cela ne veut pas dire que le processus de nomination devrait être apolitique et faire abstraction du facteur régional. La section suivante relative aux nominations examine cet aspect de plus près.

Le point de vue que nous défendons ici est que d'autres considérations devraient primer sur la provenance régionale et qu'il ne devrait pas y avoir de formule, prévue par la loi ou autre, pour déterminer la composition de la Cour dans ce sens. Toutefois, cela devrait être sous réserve que soit maintenu un nombre minimum de juges en provenance du Québec, élément qui serait enchâssé au moment de la réforme de la Cour. Cette exception ne traduit pas la nécessité d'un quota régional, mais reconnaît plutôt la dualité du système juridique canadien et son double héritage.

### **La nomination des juges**

Actuellement, le gouvernement fédéral, ou plus exactement le Cabinet sous la direction du ministre de la Justice ou du premier ministre, décide unilatéralement des nominations à la Cour suprême<sup>216</sup>. La loi n'exige aucune consultation avec le personnel judiciaire, les procureurs généraux des provinces, ou les groupes professionnels avant de procéder à la nomination. Certains modèles informels de consultation ont été établis dans le passé pour les nominations aux cours supérieures, mais la façon dont ils s'appliquent à la Cour suprême n'est pas claire<sup>217</sup>. Cette situation est probablement destinée à changer parce que dans les discussions et les négociations constitutionnelles qui se sont déroulées depuis le milieu des années 1970, le gouvernement fédéral a indiqué de façon répétée qu'il accepterait une certaine forme de participation provinciale à la procédure de nomination. L'essentiel de la controverse a porté sur la forme éventuelle de cette participation.

### ***Les propositions antérieures de réforme***

Il est reconnu à l'heure actuelle que le fait que le gouvernement fédéral nomme seul les juges de la Cour suprême a terni l'apparence d'impartialité de la Cour, spécialement en ce qui concerne les questions de répartition des pouvoirs. Nous devrions toutefois souligner que cette préoccupation s'est largement limitée aux apparences. En dépit de certaines craintes exprimées par les provinces que la Cour pourrait être composée de juges favorisant une vision centraliste du fédéralisme canadien, une telle situation n'a jamais été constatée au cours des études des décisions de la Cour rendues pendant la période suivant 1949, année où elle a acquis un certain niveau d'autonomie<sup>218</sup>.

Le rapport de la commission Tremblay en 1956 a soulevé la question d'une quelconque participation des provinces à la nomination des juges

de la Cour suprême<sup>219</sup>. La Charte de Victoria contenait une formule complexe pour assurer l'accord des autorités fédérales et provinciales à propos de toute nomination à la Cour<sup>220</sup>. La disposition clé était que le ministre fédéral de la Justice était obligé de consulter le procureur général de la province d'origine d'un candidat éventuel. S'ils ne se mettaient pas d'accord sur le candidat, le ministre de la Justice devait proposer l'établissement d'un collège chargé de procéder à une recommandation. Le choix de la forme éventuelle de ce collège appartenait au procureur général de la province, cet organisme devant être composé surtout des fonctionnaires de la justice les plus importants, fédéraux et provinciaux ou de leurs délégués. Le ministre fédéral de la Justice devait soumettre au moins trois noms au collège qui aurait fait une recommandation à partir de cette liste. Le procureur général de la province ne pouvant pas proposer de nomination, l'initiative de le faire appartenait donc au ministre fédéral de la Justice. La commission mixte Molgat-MacGuigan a approuvé dans ses grandes lignes la méthode consultative prévue dans la Charte de Victoria mais l'a critiquée parce qu'elle ne permettait pas aux provinces de proposer des candidats éventuels au collège<sup>221</sup>.

Les professeurs Russell et Lederman préconisaient tous deux une certaine forme de consultation ou de collaboration. Lederman envisageait une commission permanente servant à toutes les nominations aux cours supérieures et non pas uniquement à celles de la Cour suprême du Canada<sup>222</sup>. Cette commission aurait été composée de députés ainsi que de membres des législatures provinciales avec une représentation bipartisanne. Elle aurait compris certains membres non juristes. Le rôle de la commission se serait limité à établir une liste de candidats éventuels convenables. Les autorités en termes de nomination auraient été tenues de faire leur choix à partir de cette liste.

Au cours de la décennie précédente, des propositions de réforme ou de remplacement total d'autres institutions nationales ont créé des possibilités intéressantes quant à la modification du processus de nomination à la Cour. Le projet de loi modifiant la Constitution, soumis en 1978, a fait faire un pas en avant à la procédure prévue par la Charte de Victoria. Après que le ministre de la Justice et les procureurs généraux se soient mis d'accord, ou après que le collège chargé de proposer des candidats ait résolu l'impasse relative à une candidature, celle-ci aurait dû être soumise à la ratification de la Chambre de la Fédération<sup>223</sup>. Dans un délai fixé, la Chambre aurait dû la confirmer ou la rejeter. Étant donné la structure et la composition de la Chambre de la Fédération, cette façon de procéder aurait fourni une deuxième possibilité de participation provinciale au choix d'un nouveau juge de la Cour<sup>224</sup>.

L'opportunité de faire ratifier les nominations à la Cour suprême par une Chambre haute reconstituée a gagné des partisans au cours du débat constitutionnel des années 1970. Le gouvernement de la Colombie-Britannique était en faveur de charger le gouvernement fédéral de faire

les nominations (après consultation avec les provinces) qui seraient ratifiées ensuite par un Sénat modifié<sup>225</sup>. D'autres propositions dans la même veine ont été formulées par le Comité de l'Association du Barreau canadien (qui était en faveur d'un comité judiciaire de la Chambre haute plutôt que de tous ses membres<sup>226</sup>), la commission Pepin-Robarts<sup>227</sup>, le *Livre beige* du Parti libéral du Québec<sup>228</sup> et James MacPherson<sup>229</sup>. Le point de vue du gouvernement fédéral sur la réforme du Sénat en 1983 ne comprenait pas de référence spécifique à ce rôle pour une Chambre haute modifiée<sup>230</sup>.

Le gouvernement albertain, dans sa proposition de créer une commission constitutionnelle, fut le seul à demander qu'uniquement les gouvernements provinciaux suggèrent des noms pour les nominations éventuelles à cette commission<sup>231</sup>. Le rapport Pepin-Robarts aurait également exigé que le Cabinet fédéral consulte le procureur général du Québec avant de remplir le poste d'un juge de cette province à la Cour. Si le poste devait être rempli par un candidat canadien anglais, la commission recommandait que le Cabinet fédéral consulte tous les neuf autres procureurs généraux<sup>232</sup>.

La diversité des propositions de réforme est grande. Cependant, elles sont toutes fondées sur l'idée que la participation provinciale devrait se faire par consultation ou négociation avec le procureur général d'une province ou au moyen de la représentation provinciale dans une institution politique nationale modifiée telle que la Chambre haute. Dans tous les cas, les propositions ne vont pas plus loin que de suggérer que la procédure unilatérale actuelle soit changée pour permettre la participation d'un plus grand nombre de politiciens ayant à coeur les intérêts provinciaux. Ces propositions portent la marque de leur époque. Pendant les conférences constitutionnelles des années 1970 et du début des années 1980, les gouvernements fédéral et provinciaux étaient presque constamment en litige à propos de la répartition des pouvoirs législatifs au sein de la Confédération<sup>233</sup>. Il était naturel que les discussions de la réforme de la Cour suprême prennent la couleur des disputes concernant la répartition des pouvoirs qui sévissaient à ce moment. Le droit constitutionnel, au sens de l'examen judiciaire de la validité de l'action législative, ne forme qu'une faible partie de la juridiction de la Cour. L'arrivée des appels inspirés par la Charte devrait nous amener à nous demander si la procédure de nomination ne devrait pas refléter autre chose que des préoccupations fédéralistes. Elle devrait être fondée seulement en partie sur la recherche d'une méthode adoptée en commun pour assurer la participation fédérale et provinciale. La conception de la représentation régionale à la Cour perd de son importance si l'on tient compte de la diversité de la juridiction de la Cour. Le même raisonnement peut s'appliquer à la question des nominations.

Les nominations à la Cour suprême du Canada ont fait l'objet d'une tension constante entre le respect du principe du mérite et l'influence de

certains facteurs comme l'origine régionale, l'allégeance politique et les convictions religieuses. En dépit de l'affirmation que le mérite est devenu l'élément prépondérant<sup>234</sup>, la nomination type a généralement suivi la répartition régionale. Lors du changement de direction du Parti libéral en 1984, il y a eu aussi certains doutes quant à l'utilisation de la nomination judiciaire comme récompense pour les services rendus au parti politique au pouvoir. L'établissement de deux comités distincts de l'Association du Barreau canadien pour étudier l'indépendance et la nomination des juges en fut le résultat<sup>235</sup>. Le comité qui étudie la méthode de nomination des juges tiendra également compte du rôle nouveau de la Cour engendré par l'avènement de la Charte. Bien que les allégations de patronage politique qui ont motivé ces études n'aient pas été provoquées par les nominations à la Cour suprême du Canada, le juge en chef actuel a manifesté de l'intérêt pour les résultats et pour l'adoption d'une méthode de nomination qui assurerait que les juges soient nommés « uniquement sur la base du mérite et de l'excellence juridique<sup>236</sup> ». Dans les cas relatifs à la Charte et plusieurs autres domaines de décision, les origines régionales des juges ne sont nullement pertinentes. Par contre, il est éminemment souhaitable que la Cour se compose autant que possible de l'élite juridique du pays. Le mérite ne devrait pas passer après les considérations politiques qui donneraient tour à tour la préférence à des provinces ou à des régions.

### *Un nouveau collègue de nomination*

Les sections précédentes de cette étude ont traité d'un grand nombre de caractéristiques institutionnelles de la Cour suprême du Canada. Nous n'avons proposé que des changements relativement simples dans le statut de la Cour et aucun changement dans sa juridiction. Nous avons affirmé que les qualifications régionales et politiques des juges jouissent d'un traitement prioritaire injustifié. Ces critères ont peu de chose à voir avec l'excellence qui devrait être le seul critère d'une nomination. Le rôle de la Cour en tant que groupe qui décide de questions culturelles, économiques et sociales, tant dans des litiges constitutionnels que dans d'autres affaires qui touchent à de grandes questions de politique et d'élaboration du droit, rendent impératif qu'une méthode de sélection soit trouvée pour assurer que toutes les qualités pertinentes du candidat éventuel puissent être évaluées. Nous devons trouver un moyen quelconque de sortir du débat qui revient sans cesse sur le rôle du patronage politique et régional dans la nomination des juges fédéraux. Le modèle décrit ci-après est destiné à surmonter ce problème en ce qui concerne la nomination des juges à la Cour suprême du Canada. Il est fondé sur la place unique qu'a occupée traditionnellement la Cour en tant qu'arbitre de dernier ressort des disputes intergouvernementales ainsi que sur son rôle naissant de juge ultime des relations juridiques entre le gouvernement et les gouvernés.



Une étude des méthodes utilisées dans d'autres pays, particulièrement les fédérations démocratiques occidentales, présente d'autres modèles de nomination. Les procédures en vigueur aux États-Unis, tant au niveau national qu'à celui des États, se sont écartées de la tradition britannique qui a fortement influencé les méthodes canadiennes, australiennes et néo-zélandaises. Les cinquante États des États-Unis ne suivent pas tous un plan uniforme mais ils tiennent tous des élections pour choisir les membres de la magistrature de l'État, y compris les juges de la Cour d'appel<sup>237</sup>. En ce qui concerne les nominations fédérales, le gouvernement se charge du choix des candidats, mais il appartient au Sénat de le confirmer<sup>238</sup>. La politique joue un rôle crucial tant au niveau des États qu'au niveau fédéral. Certains États ont essayé de minimiser ce facteur en adoptant le plan du Missouri ou une de ses variantes<sup>239</sup>. Celui-ci exige une participation significative de la part de fonctionnaires professionnels non élus à l'étape du choix des candidats. Cette façon démocratique de procéder, fondée sur des élections directes est tout à fait étrangère aux méthodes anglo-canadiennes de sélection des juges. La pratique fédérale consistant à soumettre des noms au Sénat pour confirmation, exigée par la Constitution des États-Unis, traduit également un équilibre des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif qui n'a pas d'équivalent au Canada. Une certaine tendance vers ce type de partage est évidente, cependant, dans certaines des propositions les plus récentes de modification de la procédure de nomination des juges au Canada<sup>240</sup>.

Alors qu'au Canada, nous avons l'habitude de penser que la nomination des juges est une des prérogatives du premier ministre et du Cabinet, dans d'autres démocraties, le pouvoir exécutif ne joue aucun rôle. Les membres de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne sont choisis par des comités formés dans chacune des chambres du Parlement national<sup>241</sup>. L'expérience canadienne est modelée sur celle du Royaume-Uni, où cette méthode a aussi fait l'objet de critiques significatives. On a sérieusement proposé que la Chambre des lords, en tant qu'organe judiciaire, soit élue au scrutin national<sup>242</sup>. Dans d'autres pays du Commonwealth, l'influence de la politique partisane a provoqué des demandes pour que la nomination des juges soit enlevée au pouvoir exclusif du parti au pouvoir<sup>243</sup>. Bien que nous ne proposons pas quelque chose d'aussi radical que l'élection populaire des juges de la Cour suprême, nous envisageons une méthode de sélection qui changerait le caractère politique du processus sans abolir totalement l'intervention des gouvernements fédéral et provinciaux.

Nous proposons la création d'un collège de nomination qui serait chargé de procéder tant à l'étude des candidatures possibles qu'au choix définitif du candidat à nommer à la Cour lorsqu'il se produit une vacance. D'autres propositions de réforme ont envisagé un collège doté du pouvoir de recommander des noms aux responsables des nomina-

tions à partir d'une liste qui leur serait fournie. Dans notre système, le collège de nomination établirait la liste initiale des candidatures possibles. Il procéderait ensuite au choix définitif d'un nom. Le pouvoir de nomination serait confié par la Constitution au seul collège.

Celui-ci serait composé de treize membres. Ce nombre a été choisi comme garantissant le mieux la diversité et la collégialité. Sept de ces membres au moins devraient être des femmes<sup>244</sup>. Il ne suffit pas à nos yeux de se contenter d'espérer que des femmes qualifiées veuillent bien être membres du collège. Les femmes forment la majorité numérique dans la société canadienne et devraient avoir amplement l'occasion d'être représentées au sein d'un collège qui doit choisir les juges qui seront chargés, entre autres, de trancher des questions de droit à l'égalité. Bien que n'étant pas nécessairement des personnalités politiques, les membres devraient être choisis à partir d'une liste établie tant par le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux. Idéalement, les membres du collège présenteraient une grande diversité quant à leur formation professionnelle, leur âge, leur statut économique et social, leur origine raciale, ethnique et régionale et leur orientation idéologique<sup>245</sup>. D'autres études préparées pour la Commission, telles que celle d'Alan Cairns et Cynthia Williams, tentent de discerner les grandes lignes de clivage de la société canadienne et pourraient contribuer à décider qui devrait être représenté au collège. La participation au collège serait rémunérée mais resterait strictement une activité à temps partiel. Il ne s'agirait nullement d'un service public demandant une participation à plein temps que seule une personnalité politique pourrait fournir<sup>246</sup>. Si l'on pensait qu'un équilibre régional constitue un facteur significatif, on pourrait veiller à le réaliser, bien que nous doutions qu'il soit sage de prévoir des quotas régionaux dans les dispositions constitutionnelles relatives au collège. C'est à dessein que nous nous abstenons de proposer qu'une formule de représentation quelconque soit enchâssée dans la Constitution. Le modèle de la composition du collège ne devrait pas être rigide, rendant toute modification ultérieure difficile. Avec le temps, le nombre et l'équilibre des intérêts représentés au collège changera inévitablement et la nature même des intérêts évoluera. À mesure que les membres du collège seront remplacés, il est souhaitable que les intérêts revêtant une importance nouvelle soient représentés et que ceux qui ont perdu toute actualité cessent de l'être.

Tous les membres du collège devraient être agréés par le gouvernement fédéral et par au moins quatre des provinces. Cette formule, qui est moins rigoureuse que celle exigée pour une modification constitutionnelle, nous paraît possible dans les circonstances. Elle traduit le désir que le choix d'un membre fasse l'objet d'un appui général sans exiger le degré d'approbation qui est approprié lorsqu'il s'agit de questions constitutionnelles plus importantes. Les membres du collège ne devraient

pas tous avoir une formation juridique. Cependant, l'évaluation des qualifications professionnelles des candidats à la Cour constituerait une tâche demandant un certain degré d'expérience juridique. C'est pourquoi nous recommanderions qu'au moins sept des membres du collège aient une formation juridique. Un ou deux d'entre eux pourraient provenir d'organismes comme le Comité national sur la magistrature de l'Association du Barreau canadien ou du Conseil canadien de la magistrature. Le système que nous proposons assurerait que des intérêts allant au-delà de ceux de la profession juridique soient représentés au collège. Les avocats devraient provenir de régions différentes, avoir de l'expérience dans divers domaines et appartenir à différentes classes de revenu. Il est important que le collège ne soit pas uniquement composé d'avocats. Certains aspects du travail de la Cour peuvent logiquement être évalués par un non-juriste aussi facilement que par un juriste. Le concept du mérite qui sous-tend la nomination à la Cour suprême devrait être plus large que le mérite strictement professionnel.

Au début, chaque membre du collège devrait obtenir un mandat de durée différente. Ensuite, chaque nomination au collège serait d'une durée de dix ans et aucun mandat ne serait renouvelable. Le collège se réunirait chaque fois qu'une vacance à la Cour se produirait. Il choisirait des candidats éventuels et examinerait leurs qualifications. Il aurait le pouvoir de rencontrer les candidats en séance privée pour discuter toute question pertinente à l'opportunité de la candidature à la Cour. Il ne s'agirait pas d'une procédure inquisitoire comme celle en vigueur aux États-Unis où un candidat doit comparaître devant le comité judiciaire du Sénat qui l'interroge en public et confirme ou rejette sa candidature. Nous recommandons une procédure qui a l'avantage de faire disparaître une partie du mystère entourant la sélection des juges et son caractère apparemment arbitraire. (Nous nous hâtons d'ajouter que le processus de nomination actuel nous a valu d'excellents juges — mais il se peut que cela soit en dépit de la procédure.)

Le collège devrait d'abord se préoccuper de ce que représente la notion de mérite par rapport à un membre de la Cour suprême. Aussi, la définition du mérite demeure-t-elle difficile, même si il est courant de placer celui-ci à la tête des motifs pour la nomination d'un juge. À part certains éléments évidents, tels qu'une formation réussie et des réalisations professionnelles, nous pourrions également inclure les qualités et les dispositions personnelles qui sont liées à la démarche de la décision judiciaire. Il pourrait s'agir de vertus telles que l'intégrité, l'impartialité, la clarté d'expression et le bon sens. Parce qu'il s'agit de la composition de la Cour suprême, certaines questions se posent qui dépassent les simples vertus et l'intelligence innée si nécessaires soient-elles pour un candidat. On pourrait examiner les convictions idéologiques et philosophiques de ce dernier, celles-ci pouvant dépasser les simples opinions politiques parce qu'elles sont susceptibles de porter sur des ques-

tions relatives à la nature et au rôle du droit dans la société et non seulement relatives à l'adoption de certaines lois ou à l'interprétation des lois actuelles. Le but de cet interrogatoire ne serait pas l'élimination du désaccord mais plutôt la promotion de la diversité. Aux États-Unis il arrive que les candidats soient souvent interrogés quant à leurs opinions sur des questions dont ils pourraient être saisis s'ils étaient nommés à la Cour<sup>247</sup>.

Étant donné la nature unique de la fédération canadienne, on pourrait également attacher de l'importance aux connaissances linguistiques des candidats. L'aptitude d'un juge de la Cour suprême à suivre les plaidoiries en français ou en anglais sans devoir recourir à la traduction simultanée constitue un atout que le collège devrait considérer très sérieusement. (Les membres de la Cour ont donné un exemple remarquable, au cours de ces dernières années, par leur aptitude à utiliser les deux langues officielles.)

L'examen des candidatures par le collège comporte un aspect éducatif. Tant que la procédure de sélection demeure une prérogative du pouvoir exécutif, le public aura peu de chances de comprendre ce que la Cour fait et ce qu'elle est censée faire. Aussi bien le juge en chef Dickson que son prédécesseur ont déploré que les citoyens canadiens s'en fassent une image aussi peu adéquate<sup>248</sup>. Cela est dû en partie aux exigences des médias et à leurs limitations comme moyen de montrer ce que font les tribunaux. Les portraits sommaires des juges, qui portent surtout sur la personnalité, ne peuvent confier au public une idée précise des lignes de conduite que les juges de notre tribunal suprême tendent à suivre. Les médias mettent en relief une facette de la carrière d'un juge qui attire l'attention du public et en font l'indication d'une philosophie juridique. Il s'agit là d'une façon dangereuse d'essayer de comprendre le genre de qualités et de dispositions intimes qu'il apporte à la Cour suprême. Les allusions répétées des médias canadiens au début des années 1970, à la présidence du juge LeDain, d'une Commission royale d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales<sup>249</sup> en est un excellent exemple. Le rapport de la Commission comprenait, parmi ses recommandations, le retrait de la possession de la marijuana de la liste des infractions prévues par le Code criminel<sup>250</sup>. La presse a considéré cela comme digne d'attention parce qu'elle supposait que la recommandation indiquait une tendance libérale de la part des commissaires. La carrière juridique du juge LeDain en tant que membre de la Cour d'appel fédérale ainsi que ses publications savantes, lorsqu'il était professeur d'université, ont été complètement passées sous silence. Or, elles auraient pu ne pas confirmer aussi aisément l'image « libérale » que visiblement les médias cherchaient à cultiver à son égard.

La façon de procéder que nous avons décrite est destinée à surmonter les limitations propres aux autres propositions de réforme qui retiennent les valeurs et les préoccupations traditionnelles relatives au besoin de

mystère et de monopole gouvernemental dans tout ce qui concerne la procédure de nomination. Ces propositions perpétueraient l'idée que seule la branche exécutive des gouvernements est à même de décider qui devrait remplir les plus hautes fonctions judiciaires dans notre fédération. Si nous devons tenir compte des intérêts partisans dans une procédure de sélection, laissons-les se manifester dans un contexte différent. Au lieu de choisir les juges selon la région dont ils viennent, faisons en sorte que le collège de nomination soit représentatif des régions du Canada. Au lieu de permettre à des considérations politiques de se manifester au stade de la sélection des juges, permettons plutôt qu'ils se manifestent au moment de la sélection des membres du collège.

L'objectif principal de toutes ces recommandations de rajeunissement de la procédure de sélection est de faire en sorte que la Cour suprême produise une jurisprudence canadienne en harmonie avec les aspirations les plus larges et les besoins les plus répandus dans la société canadienne. Cela veut dire que les politiques juridiques qui motivent les jugements de la Cour ne devraient ni être constamment en faveur des intérêts d'une élite sociale ou économique, ni être susceptibles d'être interprétées dans ce sens. L'arrivée des litiges fondés sur la Charte va montrer en termes non équivoques la position de nos juges sur des questions fondamentales reliées aux libertés politiques, sociales et économiques. Quels sont les devoirs positifs de l'État et quelles sont les limites restreignant ses pouvoirs sur la vie de chaque citoyen? Compte tenu de cette évaluation, une méthode qui attache une plus grande importance à l'évaluation de l'orientation philosophique des candidats éventuels devrait être la bienvenue. Les qualités nécessaires pour trancher ces questions de façon responsable dans les cas concrets ne devraient pas passer après le principe de la représentation régionale ou le compromis politique.

Cette proposition n'empêcherait pas qu'une majorité de juges provenant d'une seule province, ou région soit nommée à la Cour suprême (une certaine diversité régionale est évidemment souhaitable pour autant qu'elle ne gêne pas la nomination fondée sur le mérite). Par ailleurs, elle rendrait possible une Cour composée de membres dont l'image est moins uniforme qu'elle ne l'a été dans le passé<sup>251</sup>. L'appartenance à un parti politique deviendrait moins importante à mesure que la philosophie politique, par opposition aux convictions politiques, serait mise en lumière. Les juges ne seraient plus tous choisis au sein des cours d'appel ou parmi les fonctionnaires gouvernementaux de rang élevé comme cela a été généralement le cas jusqu'à présent. Un statut économique autre que celui de l'élite pourrait être représenté au sein de la Cour. Les juges dotés d'une expérience professionnelle acquise en dehors des grandes villes y feraient peut-être leur entrée. Les aptitudes académiques, sociales et professionnelles des candidats éventuels seraient examinées plus à fond qu'elles ne l'ont jamais été au fur et à

mesure que le collège de nomination exercerait son mandat de trouver les meilleurs juges possibles.

Il ne faut pas sous-estimer le fait que cette réforme éliminerait un certain patronage politique. Lorsqu'une vacance judiciaire se présente, le gouvernement fédéral se tourne naturellement vers les candidats qu'il connaît. Notre proposition remplacerait cette forme limitée de connaissance fondée sur le réseau du parti par une procédure plus large et moins partisane. Cela ne veut pas dire que les nominations à la Cour suprême au cours des dernières années ont été contestées à titre de pures manifestations de patronage. En fait, la Cour a été remarquablement exempte de ce genre de critique. La question ne s'est pas posée pour la Cour de la façon dont elle s'est posée dans le cas d'autres nominations. Cependant, rien n'empêche les nominations à la Cour suprême de devenir des postes de patronage dans l'avenir tant que le Cabinet gardera une discrétion illimitée.

Si l'on devait considérer souhaitable d'instaurer le collège de nomination proposé, ses fonctions pourraient s'étendre à d'autres nominations judiciaires comme celles à la Cour fédérale ou celles des juges mentionnés dans l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, des organismes similaires pourraient être chargés de toutes les nominations effectuées par les provinces ainsi que de celles effectuées par le gouvernement fédéral. Étant donné qu'un grand nombre de litiges, y compris ceux fondés sur la Charte, ne vont pas plus haut que le niveau du procès en première instance, il est vital d'avoir au premier rang des juges qui sont préparés de façon appropriée pour la tâche. Cependant, notre étude est centrée sur la Cour suprême du Canada et notre argument en faveur d'une nouvelle procédure de nomination est plus convaincant pour ce qui est de cette cour de dernier ressort.

La Cour suprême a toujours été plus qu'un simple arbitre dans les litiges entre le gouvernement central et les provinces. Elle a un devoir spécial face à la dualité du système juridique canadien que n'ont pas les autres tribunaux du pays. Sa juridiction et les objets principaux de ses activités continuent à changer et à évoluer, ce que la Charte rend plus apparent que jamais. La procédure de nomination devrait permettre de souligner le talent, la diversité et la sensibilité de personnes dotées de dimensions sociales, historiques et philosophiques. Ces qualités transcendent les intérêts étroitement régionaux et politiques. Une nouvelle procédure de nomination des juges à la Cour suprême devrait reconnaître ouvertement ces valeurs et la façon dont elles pourraient former la base de ce que le juge Dickson a appelé une jurisprudence typiquement canadienne<sup>252</sup>.

## **Les réformes administratives**

Un des effets importants de la Charte est l'accroissement considérable du nombre d'affaires dont devrait être saisie la Cour suprême du

Canada. Selon la façon qu'auront les juges d'aborder l'interprétation de la Charte, le flot de cas peut même augmenter au cours des quelques prochaines décennies. Comme nous l'avons vu plus haut, la pression se fait sentir à l'heure actuelle au stade des requêtes pour autorisation d'appeler mais, dans la mesure où elles sont accordées dans un grand nombre de cas, elle se fera également sentir au stade de l'audition et de la rédaction des jugements. La présente section est consacrée à la façon dont la Cour devrait faire face à un volume accru de travail et à la nature changeante de ce dernier.

Plutôt que de recommander la modification de la Constitution ou de la loi pour traiter du flot de cas auxquels on s'attend, nous visons des modifications administratives dans le fonctionnement institutionnel de la Cour. L'avantage principal de cette solution est qu'elle confie la solution du problème aux juges eux-mêmes qui connaissent le mieux sa nature et son étendue. Dans les sections qui précèdent, nous avons rejeté d'autres propositions de réforme relatives à l'encombrement du rôle. Nous avons rejeté en particulier une réduction de la juridiction de la Cour, une augmentation du nombre des juges et l'utilisation de bancs spécialisés. Ces propositions ont été écartées en partie parce que nous avons pensé que la Cour en tant qu'institution est mieux à même de s'attaquer à ces problèmes et devrait recevoir un mandat flexible pour ce faire.

En considérant les réformes administratives et les procédures de fonctionnement de la Cour suprême, on se tourne naturellement vers la scène américaine. Le volume de travail auquel la Cour suprême des États-Unis doit faire face a été décrit comme une crise qui pourrait conduire à l'effondrement de toute la structure des tribunaux au niveau fédéral<sup>253</sup>. Au Canada, l'incidence d'un nombre plus élevé de cas devant les tribunaux se fera sentir aux cours provinciales et fédérales ainsi qu'à la Cour suprême du Canada. En outre, il ne s'agit pas seulement du nombre plus élevé de cas fondés sur la Charte et d'autres litiges mais aussi de la complexité nouvelle de ces affaires qui oblige les juges à repenser au genre d'information qu'ils devraient recevoir. On a beaucoup écrit sur ce problème aux États-Unis, et on trouvera à la fin de cette étude une bibliographie sélective comprenant certains articles traitant de la situation au Canada.

### *L'encombrement du rôle*

L'inquiétude devant la charge de travail de la Cour suprême n'est pas un élément inusité au Canada<sup>254</sup>, mais ce qui est tout à fait nouveau est le degré de l'inquiétude exprimée tant par les avocats que par les juges. Comme nous l'avons examiné dans la section précédente consacrée à la juridiction, le nombre des requêtes pour autorisation d'appeler a fortement augmenté au cours des dernières années et le pourcentage des

litiges fondés sur la Charte dont l'appel est autorisé est élevé. Cette évolution combinée avec le fait que le nombre des jugements rendus en 1983 a diminué inspire de sérieuses craintes de voir les délais s'allonger.

La Cour, et le juge en chef Dickson en particulier, sont conscients de l'effet corrosif des retards sur la justice. Dans son discours adressé à la réunion annuelle de 1984 de l'Association du Barreau canadien, le juge en chef a déclaré :

Les retards déforment l'effet financier des verdicts définitifs sur les parties et risquent d'imposer des tensions émotionnelles graves. Dans les affaires de droit de la famille qui concernent la garde des enfants, les souffrances peuvent atteindre des tiers innocents au-delà des parties au litige. Dans les affaires criminelles, les possibilités d'injustice causée par les retards sont aussi évidentes. . .

La plupart des délais auxquels les parties sont exposées ne sont pas causés par le retard des avocats mais par une faiblesse institutionnelle. Dans une certaine mesure, je pense que cet aspect du problème des délais peut être amélioré par une action concertée pour minimiser les inefficacités dans le fonctionnement des cours et améliorer leur productivité. Nous avons récemment commencé à nous attaquer à ce problème à la Cour suprême du Canada<sup>255</sup>.

Le juge en chef Dickson a décrit ensuite les expériences de la Cour avec les auditions des requêtes pour autorisation d'appeler par téléconférence et satellite et la façon dont elle était en train d'informatiser son rôle. Ces changements technologiques représentent un progrès important pour une institution qui n'a pas adopté rapidement les avantages de la nouvelle révolution technologique<sup>256</sup>. En outre, la Cour suprême constitue en elle-même une bureaucratie et, comme beaucoup d'éléments de l'établissement juridique, elle a été lente à évoluer.

L'orientation du changement est loin d'être claire. Aux États-Unis, où la Cour suprême reçoit 4 000 requêtes en *certiorari* (l'équivalent de nos requêtes pour autorisation d'appeler) par an, le problème de la modification de l'administration judiciaire pour absorber la charge de travail est plus aigu. Si les membres de la Cour suprême des États-Unis sont d'accord pour admettre qu'il existe un problème et en ont parlé de façon abondante, ils ne sont pas d'accord sur la solution. Le juge en chef Warren Burger est partisan de la création d'une autre cour nationale qui se chargerait d'une partie du travail de sa cour<sup>257</sup>. Le juge Jean-Paul Stevens voudrait voir un organisme séparé traiter des requêtes en *certiorari*<sup>258</sup>, alors que son collègue le juge William Brennan jr. n'est pas d'accord avec sa proposition, pas plus qu'avec celle de son chef<sup>259</sup>. La plupart des autres juges ont également exprimé leur opinion en la matière.

Les propositions américaines de modification peuvent être sommairement classées en propositions structurales et propositions procédurales<sup>260</sup>. Dans la première catégorie on peut ranger la création



d'une autre cour pour suppléer la Cour suprême ou compléter son travail. Cela serait possible au Canada aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais nous pensons qu'il serait inopportun et prématuré de créer une ou plusieurs autres cours générales d'appel pour une meilleure application des lois au Canada. Même si la Charte fait l'objet d'une interprétation large, la population canadienne moins nombreuse et notre tradition non procédurière limiteront le volume des cas. La création d'une cour parallèle aurait pour effet de diminuer le prestige de la Cour suprême actuelle<sup>261</sup>.

Au Canada, les réformes devraient porter sur la procédure et l'administration. La bureaucratisation de la structure judiciaire et l'importance exagérée attachée à la productivité présentent néanmoins des dangers. Certains de ces problèmes ont été prévus par les commentateurs américains<sup>262</sup>, mais quoi qu'il en soit certaines mesures doivent être prises. On a fréquemment suggéré de limiter les plaidoiries tant au niveau des requêtes pour autorisation d'appeler que des auditions. Le juge en chef Dickson a suggéré une solution de rechange plus flexible pour fixer de telles limites consistant en conférences avant les auditions pour se mettre d'accord sur des périodes de temps raisonnables<sup>263</sup>. Il y a bien d'autres façons dont la Cour peut fonctionner plus efficacement mais elles sont mieux connues des juges et ne seront pas examinées ici<sup>264</sup>. Nous nous limitons dans les paragraphes qui suivent à de brefs commentaires sur ce que nous considérons comme un domaine principal de réforme.

### ***Les avocats stagiaires et les autres membres du personnel de soutien***

Une façon évidente de réduire la charge de travail des juges est de déléguer les fonctions non judiciaires aux membres du personnel de soutien. Cette délégalation pose des problèmes évidents, y compris la définition des tâches de nature administrative et le choix des personnes à qui elles devraient être déléguées. L'extension du rôle du registraire, la création de nouveaux postes administratifs, l'augmentation des fonctions des avocats stagiaires, constituent des exemples de mesures qui pourraient être prises. Nous allons centrer nos commentaires sur l'augmentation du rôle des stagiaires parce qu'un grand nombre d'écrits ont été publiés aux États-Unis dans ce domaine (voir la bibliographie) et parce que l'un des auteurs a une expérience directe du rôle de stagiaire à la Cour suprême<sup>265</sup>.

Le poste de stagiaire, s'il est devenu une institution au Canada, n'existe pas depuis longtemps. Le premier stagiaire à la Cour suprême du Canada a été recruté à la fin des années 1960. Au début, tous les juges n'avaient pas de stagiaire et le fait que la plupart d'entre eux en aient deux à l'heure actuelle prouve qu'ils ont démontré leur valeur. Le

stagiaire existe également dans de nombreuses cours d'appel provinciales. Dans la plupart des cas, il est engagé dès sa sortie de la faculté de droit, mais depuis quelques années, on engage davantage de personnes plus âgées qui ont fait des études supérieures. La tâche du stagiaire varie selon sa relation individuelle avec le juge. Il est juste de dire que le stagiaire joue un rôle de soutien important qui toutefois est loin d'être celui de Raspoutine derrière le trône<sup>266</sup>.

La plupart des informations sur les stagiaires proviennent de source américaine. L'image qui émerge du livre *The Brethren*<sup>267</sup> a probablement coloré la conception de la plupart des gens. On peut douter fortement que ce soit là une représentation exacte du rôle du stagiaire aux États-Unis, et encore moins au Canada<sup>268</sup>. L'ouvrage *Serving Justice*<sup>269</sup> offre une vue plus équilibrée du rôle du stagiaire aux États-Unis. Si le stagiaire américain exerce une influence considérable, spécialement à l'égard des requêtes en *certiorari*, il n'est généralement pas l'auteur officieux des jugements comme il le prétend parfois.

Le stagiaire canadien n'écrit généralement pas les jugements même s'il rédige des avant-projets de l'opinion des juges. Son rôle est d'effectuer les recherches, de rendre divers services de soutien et de pallier l'isolement des juges en les tenant au courant des tendances sociales et politiques du jour. À ce dernier point de vue, un mandat d'un ou de deux ans est préférable à un mandat de longue durée<sup>270</sup>. Si le chercheur bénéficiant d'un mandat de longue durée est plus efficace pour les tâches administratives, le stagiaire engagé à court terme est davantage susceptible de contribuer des éléments innovateurs vitaux. Nous ne recommandons pas de changement significatif dans le rôle joué par le stagiaire canadien, mais nous suggérons que ses fonctions soient plus connues afin de mieux faire connaître l'image de l'institution judiciaire en devenir<sup>271</sup>.

La délégation des fonctions aux avocats stagiaires ou à d'autres membres de l'administration judiciaire présente des dangers. Le professeur Joseph Vining les a bien décrits en affirmant qu'une telle délégation favorise une hiérarchie malsaine et des jugements qui constituent des produits de l'institution plutôt que l'oeuvre d'un juge humain et aisément reconnu<sup>272</sup>. De l'avis de Vining, le résultat inévitable d'une telle évolution pour la Cour et pour ses jugements est une perte de légitimité. D'autres rejettent l'analyse du professeur Vining de ce qui se passe dans les tribunaux des États-Unis mais ne contestent pas réellement qu'un juge ne puisse abandonner son rôle<sup>273</sup>. Une délégation sur une grande échelle n'a jamais posé un problème au Canada et il suffit de prendre note de s'en méfier.

Un autre danger éventuel de la délégation est la possibilité de perte de confidentialité. Ce n'est que depuis 1979 que les stagiaires attachés à la Cour suprême du Canada sont tenus au secret par contrat. Cependant, il existait un sens du devoir et une tradition de confidentialité pour les

stagiaires qui se sont développés aux États-Unis<sup>274</sup> et qui ont été pratiqués au Canada. Il n'existe pas d'équivalent canadien de *The Brethren*<sup>275</sup> qui est largement basé sur des conversations avec des stagiaires. Il se peut que cela ne découle pas tant de la fibre morale soi-disant plus solide des stagiaires canadiens que du fait que personne ne désire réellement savoir ce qui se passe derrière la scène. La confidentialité ne pose pas de problème sérieux tant que le recrutement se fait avec prudence et que les devoirs sont expliqués clairement. Cela s'applique également aux autres membres du personnel de soutien.

Des tâches devraient être déléguées aux membres du personnel de soutien, dont les avocats stagiaires, et cela s'est déjà produit dans une certaine mesure. Cependant, les juges doivent conserver la ferme direction de l'administration de façon à pouvoir justifier la confiance constitutionnelle placée en eux. L'expérience américaine peut servir de guide en la matière.

### *La réforme des mécanismes d'autorisation d'appeler*

Le fonctionnement actuel du mécanisme de l'autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada a été décrit dans la section de ce rapport consacrée à la juridiction. Il a de même fait l'objet de commentaires de la part des universitaires<sup>276</sup> et des juges<sup>277</sup>. Nous avons également examiné les expériences actuelles d'audition des requêtes par satellite. Il y a encore des réformes possibles dans la structure de l'autorisation d'appeler qui pourraient aider la Cour à faire face au flot éventuel des affaires fondées sur la Charte.

Certains des modèles américains sont à rejeter d'emblée. Un rôle élargi des stagiaires dans le filtrage des requêtes pour autorisation d'appeler ne serait pas approprié. Ceux-ci n'ayant pas l'expérience judiciaire nécessaire pour cette tâche. Le problème se pose surtout parce qu'il n'existe pas pour les guider d'écrits sur les motifs d'acceptation ou de rejet<sup>278</sup>. Une réforme acceptable pourrait consister à divulguer les motifs dans un petit nombre de cas choisis, initiative qui pourrait servir à décourager les requêtes perdues d'avance. S'il faudrait consacrer un certain temps à la rédaction de ces motifs, cela pourrait par la suite accélérer le processus.

Le juge Stevens de la Cour suprême des États-Unis a plaidé pour la création d'une cour séparée simplement pour traiter des nombreuses requêtes en *certiorari*<sup>279</sup>. Cette solution est basée sur l'idée que l'audition de ces requêtes n'est pas vitale à la juridiction de la Cour suprême. Une telle affirmation et l'idée qui en découle de créer une cour séparée a été rejetée sans ambages par le juge Brennan<sup>280</sup> de la même Cour et par des universitaires<sup>281</sup>. Au Canada, le juge en chef Dickson partage l'opinion du juge Brennan selon laquelle les requêtes pour autorisation d'appeler constituent l'un des aspects les plus vitaux du rôle d'une cour d'appel de dernier ressort<sup>282</sup>.

Le besoin d'uniformité dans les décisions s'accroîtra parce que les cas fondés sur la Charte présenteront les mêmes problèmes dans des provinces diverses. L'informatisation du rôle de la Cour, si elle s'applique aux appels et aux requêtes pour autorisation d'appeler, constituera un pas dans la bonne direction. La publication de motifs dans certains cas choisis aiderait également à promouvoir la cohérence qui est d'autant plus importante que les requêtes sont entendues par des bancs de trois juges. Les chances de voir la requête accueillie ne devraient pas dépendre de ce qu'on se soit adressé à un banc plutôt qu'à un autre. Or, la pratique actuelle peut se prêter à une telle critique. Il faudrait surveiller le travail de ces bancs pour assurer l'uniformité.

Une façon importante de réduire le temps consacré aux requêtes serait d'éliminer ou de réduire les plaidoiries. Les cas pourraient être filtrés à l'avance, au moins pour décider s'ils devraient faire l'objet d'une audition ou être décidés sur la base d'arguments écrits. Le flot des demandes aux termes de la Charte risque de nécessiter un remodelage de la façon de présenter les requêtes pour autorisation d'appeler. Dans le système américain, les décisions sont prises normalement sur la base d'arguments écrits. Il est encourageant que la Cour soit déjà en train de rajeunir le mécanisme des requêtes et il s'agit là d'un effort qui devrait continuer.

### *La preuve extrinsèque : l'information de la Cour*

L'instauration de la Charte et d'autres événements ont mis la Cour suprême en contact croissant avec la vie politique, sociale et économique du Canada. Il est maintenant courant que les affaires dont la Cour est saisie posent des questions qui ne puissent pas être résolues seulement par l'interprétation de la loi et de la jurisprudence<sup>283</sup>. Les cas de renvoi dont a été saisie la Cour au cours des dernières années<sup>284</sup> et son nouveau rôle implicite dans les litiges fondés sur la Charte portent à croire que la Cour devrait trouver de nouveaux moyens de s'informer. La doctrine a depuis longtemps demandé une définition plus étendue de la connaissance judiciaire, une recevabilité accrue de la preuve extrinsèque et l'examen du mémoire de Brandeis<sup>285</sup>.

La Cour a un long chemin à parcourir pour adopter des mécanismes qui lui permettent d'examiner l'éventail plus large des renseignements nécessaires pour déterminer par exemple qui a droit à un programme de promotion sociale ou quelles sont les limites raisonnables d'un droit garanti par la Charte. Lorsqu'un avocat a soumis une forme rudimentaire du mémoire Brandeis dans l'affaire *Saumur c. City of Quebec*<sup>286</sup>, la Cour l'a condamné aux dépens. Lorsqu'on a décidé que la recherche anthropologique était pertinente pour déterminer si un Esquimau était un Indien aux fins de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est le registraire de la Cour qui a reçu les arguments écrits et oraux<sup>287</sup>. Les temps ont changé

ainsi que le rôle de la Cour. Ces deux éléments exigent des moyens nouveaux et plus étendus pour que les juges puissent être informés.

### *Les relations avec le public et avec les médias*

Au début de ce rapport, nous avons indiqué que la Cour suprême du Canada était en train de devenir une institution nationale aux yeux du public. Les médias écrits et électroniques se sont intéressés au travail de la Cour. Ce phénomène est probablement destiné à continuer au fur et à mesure que la Cour rend des décisions importantes sur la Charte des droits. Traditionnellement, les relations entre la Cour et les médias ont été assez tendues et marquées par un esprit de confrontation plutôt que de collaboration. Les journalistes se méfient des avocats et des juges comme ils le feraient de gens qui parlent une langue étrangère. Les membres de la profession juridique considèrent que les journalistes sont plutôt portés à faire du sensationnalisme que du reportage judiciaire exact<sup>288</sup>.

Dans son discours à l'Association du Barreau canadien, le juge en chef actuel a lancé un appel pour que les avocats et les juges abordent les médias d'une façon nouvelle.

Nous vivons à une époque de communication de masse. Les journaux, la télévision, la radio et les films peuvent nous conduire pratiquement partout et nous montrer pratiquement tout. Par conséquent, le public s'intéresse davantage à une plus grande variété de sujets qu'autrefois. Dans la mesure où cet intérêt du public englobe le droit et les tribunaux, il représente un phénomène éventuellement important et bénéfique. Le succès des institutions dans une société démocratique dépend de l'existence d'une société éduquée et informée. C'est pourquoi il est nécessaire de s'assurer que les renseignements relatifs au système juridique disséminés par les médias servent à instruire plutôt qu'à induire en erreur. Dans une certaine mesure, nous pouvons y veiller en tant que juges, avocats ou universitaires au moyen d'une coopération raisonnable avec les médias. Nous pouvons donner des réponses complètes à des demandes d'information faites de bonne foi et prendre le temps d'expliquer l'arrière-plan qui fait comprendre un problème juridique d'intérêt actuel<sup>289</sup>.

Le même raisonnement s'applique à la Cour suprême elle-même qui devrait continuer ses récents efforts pour rendre ses auditions et ses jugements plus accessibles au public. Des visites guidées de la Cour suprême et l'installation de services d'interprétation simultanée constituent un début. Il se peut qu'il devienne nécessaire de charger quelqu'un des contacts avec la presse, éventuellement le registraire de la Cour. Ce ne devrait pas être un agent de relations publiques dans le sens où la politique ou la propagande emploient ce terme, mais plutôt une personne qui puisse faciliter les contacts entre la Cour et la presse ou le public. Jusqu'à ce qu'il y ait des journalistes dotés d'une meilleure

formation juridique, il peut également être nécessaire de préparer des communiqués (évidemment sans aucune autorité) au sujet des causes. Notre intention n'est pas de suggérer des solutions détaillées mais de souligner que les relations avec la presse et le public figurent parmi les questions qui méritent d'être étudiées.

Fidèles à notre opinion que les juges sont ceux qui connaissent le mieux les changements administratifs à apporter à la procédure judiciaire, nous laissons le dernier mot sur ce sujet au juge en chef Dickson :

Il me semble que nous sommes arrivés à un moment critique de l'évolution de notre système judiciaire. Nos institutions juridiques sont le produit de siècles d'évolution et d'une adaptation progressive au changement de la société. Récemment, le rythme du changement s'est accéléré. La société est devenue plus complexe et il en est de même des conflits qui demandent une solution. Les Canadiens, qu'ils soient des parties actives à un litige ou des observateurs intéressés, se tournent vers les cours de façon plus fréquente. Je suis très optimiste au sujet de la capacité de nos cours, avec l'aide des avocats et des universitaires, de relever ce défi. Je pense que nous arriverons, par nos efforts concertés, à des solutions correctes et équitables aux problèmes et aux questions auxquels nous faisons face pour le moment, même si un grand nombre d'entre elles n'ont jamais fait auparavant l'objet d'un litige. Nous sommes en train de développer une jurisprudence typiquement canadienne, dont la substance est de plus en plus pertinente à un grand nombre de Canadiens. Nous devons nous assurer que les fruits de cette jurisprudence atteignent ceux à qui elle est destinée. À cet égard également, je suis fort optimiste et je demande aux membres de l'Association du Barreau canadien et à la profession juridique dans son ensemble de se joindre à nos efforts pour relever ce défi<sup>290</sup>.

## **Conclusions et recommandations**

### ***Un nouvel examen des thèmes de réforme***

Au début de cette étude, nous avons formulé sept thèmes fondamentaux qui apparaîtraient à divers points au cours du rapport. La juridiction appropriée de la Cour suprême, le besoin d'une procédure de nomination plus ouverte et l'opportunité d'une diversification des membres de la Cour ont fait l'objet d'un examen explicite dans le corps du rapport et seront réitérés dans les recommandations qui suivent. L'image projetée par la Cour et la conception de son rôle ont motivé un grand nombre de propositions antérieures de réforme. Nous avons en général rejeté ces propositions à moins que les conceptions en cause n'aient reposé sur une certaine base empirique.

Il y a trois autres thèmes connexes : l'incidence de la Charte sur la Cour, l'importance croissante que les médias accordent aux juges de la Cour suprême et l'incidence accrue des décisions de la Cour sur la situation économique. Nous avons traité de toutes ces questions, parti-

culièrement dans les deux premières sections du rapport. La réputation croissante de la Cour et l'incidence économique de ses décisions paraissent des faits évidents. L'influence effective de la Charte des droits est plus difficile à prédire.

Un autre point soulevé dans l'introduction à ce rapport portait sur l'interdépendance des divers aspects de la réforme de la Cour. Des changements dans la juridiction auraient des conséquences sur le nombre des juges, le principe de la représentation régionale et la procédure de nomination. Cette analyse peut être conduite un pas plus loin pour affirmer que les modifications à la Cour suprême ne peuvent pas être envisagées sans considérer d'autres réformes judiciaires. Gilles Pépin dans son étude sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, publiée dans ce volume, recommande à la Commission que les provinces participent davantage à la nomination des juges prévue par l'article 96. Cela nous encourage dans notre conclusion rejetant la représentation régionale à la Cour suprême étant donné qu'elle existera probablement à d'autres niveaux.

À de nombreux points de vue, la réforme du système judiciaire devrait être envisagée comme faisant partie d'un ensemble. Le genre de problèmes et de solutions examinés dans le contexte de la Cour suprême pourrait s'appliquer également à d'autres tribunaux. Cependant, notre tâche se bornait à examiner la Cour suprême du Canada. Nous l'avons abordée dans les grandes lignes en reconnaissant que la Commission ne cherche pas simplement des solutions aux problèmes immédiats mais aussi à ceux qui se présenteront dans l'avenir. Notre objectif était de contester certaines hypothèses de base, comme celles qui reliaient les nominations judiciaires au Cabinet. Nous avons attaqué d'autres institutions sacrées telles que la nécessité que le droit civil soit interprété par des juges civilistes et l'opportunité d'un pouvoir judiciaire régional dans un État fédéral. Nous formulons nos points de vue parce que nous y croyons mais aussi dans l'espoir qu'ils provoqueront un certain débat créateur. L'un des rôles d'une commission comme la Commission royale actuelle est sûrement de remettre en question des hypothèses de base et de proposer des solutions nouvelles à des vieux problèmes. C'est ce que nous avons essayé de faire dans nos recommandations.

### *Les conclusions et les propositions de réforme rejetées*

Nous avons rejeté un certain nombre des propositions antérieures de réforme. Dans ces domaines, nous recommandons le maintien du statu quo qui semble mieux pouvoir garantir un fonctionnement efficace de la Cour suprême du Canada. Nous affirmons implicitement que la Cour actuelle fonctionne bien à de nombreux égards. La réforme ne devrait pas être entreprise comme une fin en soi mais seulement comme un moyen d'améliorer le fonctionnement de la Cour. Il est très difficile

d'évaluer empiriquement l'oeuvre de la Cour suprême, étant donné que les statistiques à son sujet sont rares et trop récentes. Certaines des anciennes propositions ne semblent pas se fonder sur des données sûres mais plutôt sur l'opportunité politique, des conceptions fausses et une incompréhension de la nature de la Cour et de son travail. Après avoir rejeté un grand nombre de propositions antérieures de réforme figurant à l'annexe A, nous faisons les recommandations suivantes :

- Le maintien de la juridiction générale d'appel de la Cour pour les affaires de droit public et de droit privé. Malgré l'encombrement du rôle de la Cour, nous pensons qu'elle peut faire face à ce problème grâce à ses propres mécanismes d'autorisation d'appeler. Nous proposons toutefois des changements dans les mécanismes actuels. Le maintien d'une juridiction d'appel étendue permet à la Cour d'être une force d'unification importante dans la structure unitaire des tribunaux du Canada. Nous rejetons même le plaidoyer spécial pour enlever à la Cour les affaires de droit civil en provenance du Québec parce qu'il n'y a aucune preuve irréfutable que le fonctionnement actuel de la Cour déforme d'une façon quelconque le Code civil du Québec.
- Le refus de créer des bancs spéciaux au sein de la Cour. À première vue, l'idée de créer des bancs spéciaux est attrayante comme moyen de promouvoir l'expertise et parce qu'elle s'attaque au problème de l'encombrement du rôle. Cependant, en pratique, la plupart des cas ne peuvent pas être classés aisément dans une seule catégorie. Par exemple, un problème constitutionnel se pose souvent dans le contexte d'une poursuite criminelle ou d'un procès civil. De plus, la fragmentation proposée de la Cour détruirait la collégialité. Les défis posés par la Charte des droits exigent que la Cour soit composée de juges qui soient des généralistes et non pas d'un assemblage d'experts dans des domaines variés.
- Le maintien du nombre des juges à neuf. Encore une fois, ajouter au nombre des juges paraît une façon raisonnable de faire face à l'encombrement du rôle. Cependant, neuf semble être un effectif satisfaisant et a suffi, même aux États-Unis où le nombre des affaires est bien supérieur à celui dont est saisie la Cour suprême du Canada. Avec neuf juges, il est encore possible que tous les juges siègent en séance plénière et cela réduit le problème des décisions différentes et même contradictoires rendues par divers sous-groupes d'une cour plus grande. Ceux qui plaident en faveur de l'augmentation du nombre des juges qui siègent à la Cour n'ont pas démontré que les avantages d'une telle augmentation l'emporteraient sur les désavantages.
- L'abandon du principe de la représentation régionale comme critère significatif des nominations judiciaires. Il s'agit ici d'une de nos conclusions les plus controversées. Un grand nombre de projets antérieurs de réforme proposaient d'accroître la représentation régionale plutôt que de l'éliminer (voir l'annexe A). Le Québec ne serait pas



touché par cette proposition étant donné que ses trois sièges seraient garantis par la Constitution en reconnaissance de la structure dualiste du système juridique canadien. Le collège de nomination pourrait considérer l'origine géographique comme un facteur mais non pas comme une exigence cruciale. Il est souhaitable qu'il y ait un équilibre régional, ne fût-ce qu'en apparence, mais une telle apparence ne devrait pas entraver la nomination basée sur l'excellence. La raison du rejet du principe de l'origine est son manque de pertinence au fonctionnement véritable de la Cour. Il s'agissait plutôt d'une enjolivure qui n'a servi qu'à créer de la confusion dans le public au sujet du rôle véritable de la Cour.

Il n'y a pas de doute que le fait d'avoir différentes appartenances régionales représentées au sein de la Cour est un aspect de la diversité que nous recherchons. L'impression de partialité discutée dans l'introduction pourrait être renforcée si la Cour était composée de juges provenant presque tous d'une même région. À notre avis, l'origine régionale est moins importante que certains des autres éléments que nous espérons introduire à la Cour grâce au collège de nomination. La représentation régionale n'est qu'un facteur parmi d'autres qui ne saurait être déterminant.

### *Les réformes administratives*

Il est trop tôt pour évaluer avec exactitude l'incidence réelle de la Charte sur la Cour mais elle produira sans doute un plus grand nombre de litiges soumis à la Cour pendant les quelques premières décennies. Il se peut que ce phénomène soit accompagné d'une tendance croissante au sein de la société canadienne à se tourner vers les tribunaux. Nous recommandons des modifications administratives qui constitueraient le moyen le plus flexible de maîtriser une charge de travail croissante mais incertaine. Le rajeunissement des mécanismes d'autorisation d'appeler existants (un processus qui est déjà commencé), le recrutement d'un plus grand nombre de stagiaires et de membres du personnel de soutien et l'uniformisation ainsi que la simplification des procédures de la Cour constituent les mesures principales. Nous recommandons l'établissement de meilleures méthodes pour traiter avec les médias et le public en général. L'avantage de cette proposition est que la solution est élaborée par ceux qui ont la meilleure connaissance du problème, c'est-à-dire par les juges eux-mêmes.

Les États-Unis constituent un modèle utile dans l'examen de l'administration. La Cour suprême des États-Unis a une charge de travail beaucoup plus lourde que son équivalent canadien et elle a essentiellement un rôle composé de causes de droit public, en majorité des cas de droits fondamentaux. Comme le révèlent de nombreuses études américaines, la délégation des fonctions à une bureaucratie judiciaire présente

quelques dangers. Cependant, la Cour ne peut plus se permettre de fonctionner dans l'ignorance de la révolution technologique qui a envahi le reste de la société. Les réformes administratives doivent avoir lieu en faisant attention de préserver autant de qualités qu'il est possible d'en transférer d'un organisme plus petit et plus simple à un organisme plus complexe.

### *Les propositions de réforme constitutionnelle*

Les propositions les plus importantes de réforme de la Cour suprême du Canada exigent une modification constitutionnelle en conformité avec les articles 38 à 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Stephen Scott a préparé une étude pour cette section de recherche sur la procédure de modification « Le processus de modification de la Constitution du Canada : mécanismes et perspectives », vol. 57) et nous ne répéterons pas ses conclusions ici. Il suffit de dire que tout changement constitutionnel de la Cour exigera l'accord du gouvernement fédéral et des gouvernements de deux tiers des provinces comptant au moins 50 % de la population. Certaines questions, telles que la composition de la Cour, exigeront l'approbation du gouvernement fédéral et de toutes les provinces. Cela pose une limite pratique à la portée de la réforme mais l'empêchement diminue à la lumière du mandat de la Commission de proposer des solutions à long terme aux problèmes canadiens. Si le consensus sur certaines questions peut ne pas exister aujourd'hui, il est susceptible d'émerger dans l'avenir.

### L'ENCHÂSSEMENT DE LA COUR SUPRÊME

Que notre Cour soit ou non implicitement enchâssée à l'heure actuelle, il n'y aurait aucun mal à rendre cet enchâssement explicite. Il s'agit là d'une proposition pour laquelle il serait facile de trouver un large appui national, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial. La requête d'enchâssement correspond aussi aux propositions antérieures de réforme. La véritable question qui se pose porte sur le choix des aspects de la Cour qu'il faudrait enchâsser.

La Constitution de la plupart des autres pays (par exemple les États-Unis) garantit le rôle de leur cour suprême. Une telle disposition dans la Constitution canadienne garantirait l'existence de la Cour et définirait sa juridiction au sens le plus large. La présence des trois juges du Québec au sein d'une cour de neuf personnes serait également garantie par la Constitution qui reconnaîtrait ainsi la dualité du système juridique canadien. La disposition de modification pourrait aussi contenir les garanties de l'indépendance et du mandat des juges bien que celles-ci puissent être déjà implicites dans l'article 7 et le paragraphe 11(d) de la *Charte des droits et libertés*.

## UN COLLÈGE DE NOMINATION

La question des nominations judiciaires à la Cour suprême du Canada a provoqué de nombreuses discussions et fait l'objet d'une étude de l'Association du Barreau canadien. Nous proposons la création d'un collège de nomination dont la tâche consisterait à assurer que les nominations judiciaires soient de tout premier ordre. La suggestion de créer un tel collège n'est pas nouvelle et, en fait, d'autres pays font appel à un tel mécanisme (voir l'annexe B). Cependant, les pouvoirs et la composition du collège proposé ici le distinguent des propositions antérieures de réforme. Ce collège de nomination ne se contenterait pas d'un rôle consultatif mais procéderait plutôt aux nominations définitives. Le collège lui-même serait composé de membres nommés conjointement par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux pour éviter de donner l'impression que la Cour suprême du Canada est une cour « fédérale ». Les deux niveaux de gouvernement nommeraient des gens sur une liste dans laquelle les membres du collège seraient choisis.

Un des buts du système de nomination proposé est d'échapper au secret et aux connotations politiques qui caractérisent la procédure actuelle. Nous ne désirons pas, cependant, aller jusqu'à la procédure de confirmation par le Sénat pratiquée aux États-Unis, qui est aussi politique que le système canadien. Nous espérons que les énergies politiques inévitables seront consacrées au choix des membres du collège de nomination plutôt qu'à celui des juges. Cela abolirait les barrières à la sélection des juges sur la base de critères de mérite pré-établis. Une des premières tâches du collège serait d'élaborer des directives pour évaluer l'excellence. En les élaborant, il devrait consulter largement les avocats, les juges, les politiciens et d'autres.

En recommandant la création du nouveau collège de nomination comme moyen plus efficace d'assurer des nominations fondées sur le mérite, nous ne nions pas qu'un grand nombre des juges passés et présents de la Cour suprême ont obtenu leur poste sur la base du mérite. Il y a eu et il continue d'y avoir des juges qui auraient été choisis par le collège de nomination aussi bien que par le gouverneur en conseil. Étant donné que les nouveaux juges ne seront nommés que lorsque les juges actuels prendront leur retraite, nous reconnaissons que ces derniers continueront à jouer un rôle important, même si le collège de nomination était créé. Cependant, les Canadiens ne peuvent pas continuer à se fier à la bonne foi de leurs politiciens pour maintenir une Cour suprême apte à relever les défis des prochaines décennies.

La représentation au sein du collège ne devrait pas se conformer à des directives régionales. Un genre différent de représentation serait exigé. Le collège de treize personnes devrait comprendre au moins sept femmes. Il devrait représenter un large éventail d'origines culturelles et raciales et de situations sociales, économiques et professionnelles. Les

directives régissant les nominations assureraient que la liste des candidats soit suffisamment diversifiée. La composition exacte du collège devrait faire l'objet d'une étude séparée approfondie.

La raison de la composition variée du collège de nomination est de promouvoir, sans la rendre obligatoire, une diversité d'origines pour les membres de la Cour suprême elle-même. En procédant à ces nominations judiciaires, le seul critère spécifié serait le mérite. S'il est difficile d'être en désaccord avec le principe du mérite, la difficulté réelle est de définir les éléments du mérite dans le contexte de la prise de décision judiciaire à la Cour suprême du Canada. Les expériences des autres pays et les résultats de l'étude de l'Association du Barreau canadien sur les nominations devraient aider à définir le mérite. Certains facteurs susceptibles d'être considérés sont la distribution des postes à la Cour entre les hommes et les femmes et l'origine régionale des juges. Bien que cela ne puisse toucher au mérite individuel de chaque juge, l'égalité entre les hommes et les femmes et la représentation régionale sont susceptibles d'influencer la manière dont le public perçoit le mérite collectif et la légitimité des décisions de la Cour.

Le collège de nomination est au coeur de notre proposition de réforme. Grâce au rôle accru et changeant des juges aux termes de la Charte, il est plus important que jamais que les nominations judiciaires se fassent sur la base du mérite. Il est également important que ceux qui composent la plus haute cour du pays soient d'origines diverses — pas seulement dans le sens de l'origine régionale mais aussi pour ce qui est du sexe, de la race, de l'état socio-économique et d'autres facteurs. L'importance attachée au collège de nomination souligne également qu'une institution ne vaut que ce que valent les personnes qui la composent. Si l'institution peut à son tour restreindre les énergies de ses membres, la créativité et les méthodes de la Cour suprême dépendront largement de la façon dont on assure sa composition.

## Annexe A Résumé des propositions antérieures de réforme de la Cour suprême

Proposition	Statut constitutionnel	Juridiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
1. Commission Tremblay (1956)	Enchâssement de l'existence, de la juridiction et du personnel	Pas d'appel pour les litiges en provenance du Québec	Si la juridiction n'est pas modifiée, les affaires civiles en provenance du Québec devraient être entendues par un banc de 5 juges dont 3 auraient une formation en droit civil du Québec. Tous les 3 devraient être d'accord sur une décision d'infirmar le jugement de la plus haute Cour du Québec	Pas de changement	Pas étudiée (sauf dans le contexte d'une cour pour les litiges constitutionnels)	Une certaine participation des provinces dans la nomination des membres de la Cour suprême
2. Morin (1965)	Enchâssement constitutionnel	Envoi de toutes les questions constitutionnelles directement à la Cour suprême pour décision	Possibilité d'avoir des chambres séparées composées de juges de droit civil et de juges de <i>common law</i> ; les litiges constitutionnels devraient être entendus par un banc composé d'un nombre égal de juges de droit civil et de <i>common law</i>	Nombre égal de juges dans des chambres séparées	Pas d'indication de la répartition des juges du Canada anglais selon leur région d'origine	Des critères plus précis pour la formation juridique et l'expérience. Les juges devraient être choisis autant dans la fonction publique que dans les milieux universitaires. Si le Sénat est modifié

## Annexe A (suite)

Proposition	Statut constitutionnel	Jurisdiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
3. Abel (1965)	Pas étudié	Restreinte aux questions de compétence législative du gouvernement fédéral	Inutile de scinder la Cour	Pas de changement	Pas étudiée	Pas étudiée
4. Russell (1968, 1969)	Élimination des art. 96 à 101, mais réversion du pouvoir du Parlement de créer des tribunaux pour la meilleure administration de la justice	Donne aux provinces le pouvoir de faire de leur plus haute cour la dernière instance d'appel pour les questions relevant de la compétence provinciale. La Cour suprême	Création, si nécessaire, de chambres séparées de droit civil et de <i>common law</i> . Pas nécessaire si toute les provinces décident de faire de leur cour de dernier ressort l'autorité définitive dans certains domaines	Pas étudiée	Pas étudiée	Établissement d'une procédure de collaboration fédérale-provinciale pour la nomination des juges de la Cour suprême

(mais alors, subordination expresse de ce pouvoir au pouvoir prévu au par. 91(27) concernant les cours criminelles)

Garantie constitutionnelle du mandat et des salaires des juges de la Cour suprême

doit traiter :

a) des questions constitutionnelles

b) des questions de droit relevant de la compétence législative fédérale

c) des conflits entre les provinces ou entre une province et le gouvernement fédéral

5. Lederman (1970)	Enchâssement de toutes les dispositions essentielles concernant la structure et les pouvoirs de la Cour suprême, y compris les quotas régionaux	Préservation de la juridiction générale	Opportunité d'avoir des juges de formation civiliste et de <i>common law</i> siégeant ensemble; quorum de 9 juges pour les questions constitutionnelles; nomination de juges <i>ad hoc</i> du Québec pour les litiges civils provenant de cette province	Augmentation de 9 à 11 membres	Composition recommandée :	Utilisation d'un collège comprenant certains représentants provinciaux pour proposer des candidats appropriés, le choix définitif incombant au gouvernement fédéral
					a) provinces de l'Atlantique (2) b) Québec (3) c) Ontario (3) d) provinces de l'Ouest (3)	

## Annexe A (suite)

Proposition	Statut constitutionnel	Juridiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
6. Charte de Victoria (1971)	Enchâssement des dispositions fondamentales	Cour générale d'appel y compris toutes questions constitutionnelles provenant de tout tribunal au Canada; juridiction d'appel supplémentaire à prévoir par le Parlement (y compris les renvois)	Les appels de droit civil du Québec devraient être entendus par un banc de 5 membres comprenant au moins 3 membres du Québec. S'il n'y a pas assez de juges québécois, intervention de juges <i>ad hoc</i> provenant de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec. Le Parlement a le pouvoir d'établir le quorum dans des cas particuliers	Pas de changement à l'exception de la retraite obligatoire à 70 ans	Au moins 3 juges en provenance du Québec	Procédure complexe obligeant le procureur général fédéral de proposer des noms au procureur général de la province en cause. En l'absence d'accord, un collège devrait se réunir. Le collège recommanderait un choix de noms pris dans une liste soumise par le procureur général fédéral
7. Propositions Molgat-McGuigan (1972)	Enchâssement de l'existence, de l'indépendance et de la structure	Possibilité pour les provinces d'enlever à la juridiction de la Cour les questions de droit strictement provincial. La Cour doit retenir la juridiction sur : a) les questions de droit fédéral	Pas étudiée	Pas de changement	Trois membres du Québec	Les méthodes de consultation proposées par la Charte de Victoria, sous réserve de la possibilité pour les provinces de soumettre des noms à un collège



b) les questions constitutionnelles

c) la question de savoir si un domaine appartient exclusivement au droit provincial

8. Projet de loi modifiant la Constitution (projet C-60) (1978)

Cour générale d'appel. Le Parlement déciderait de la juridiction d'appel. Les appels civils en provenance du Québec seraient décidés uniquement par des juges du Québec. La Cour aurait le pouvoir de refuser d'entendre un appel qui ne revêt pas une

Augmentation du nombre des juges de 9 à 11; retraite obligatoire à l'âge de 70 ans

Quatre juges en provenance du Québec; 7 des autres provinces ou territoires. Des efforts devraient être faits pour avoir des membres de toutes les provenances suivantes :

a) les provinces de l'Atlantique

Consultation initiale entre le procureur général fédéral et ses homologues des provinces concernées. En l'absence d'accord sur un candidat, réunion d'un comité (dont la composition dépendrait en partie du choix des procureurs généraux des provinces). Le procureur général fédéral

## Annexe A (suite)

Proposition	Statut constitutionnel	Juridiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
	importance publique suffisante			<p>b) l'Ontario</p> <p>c) les provinces de l'Ouest</p> <p>d) la Colombie-Britannique</p>	<p>soumettrait des noms au collège. La Chambre de la Fédération pourrait ensuite confirmer ou rejeter la proposition</p>	
9. Gouvernement de la Colombie-Britannique (1978)	Enchâssement de l'existence, de la composition et de la juridiction de la Cour	Cour d'appel de dernier ressort dans tous les cas (qu'ils soient de droit fédéral ou provincial)	Augmentation du nombre de juges de 9 à 11	<p>Le mérite considéré de première importance, mais les membres devraient provenir des cinq régions du Canada (en comptant la Colombie-Britannique comme une région séparée et distincte)</p>	<p>Procédure en trois étapes :</p> <p>a) consultation fédérale-provinciale sur les candidats éventuels</p> <p>b) nomination par le gouvernement fédéral</p> <p>c) confirmation par un Sénat modifié</p>	

10. Gouvernement de l'Alberta (1978)

Juridiction générale d'appel avec des dispositions spéciales relatives aux litiges constitutionnels

Création d'une cour constitutionnelle spéciale pour les litiges constitutionnels, nommée et choisie de façon complètement distincte de la Cour suprême

Une liste de 40 à 50 membres éligibles en tout temps pour composer une cour constitutionnelle de 7 membres. Ces 7 membres à choisir au hasard. La liste serait composée de juges expérimentés des cours supérieures. Les 7 juges choisis ne pourraient plus siéger à la cour constitutionnelle jusqu'à ce que tous les autres membres de la liste aient participé à une décision

Composition de la liste fondée sur la répartition actuelle de la population entre les 10 provinces

Chaque province devrait soumettre au gouvernement fédéral des noms en nombre plus élevé qu'elle n'a le droit d'avoir de noms sur la liste. Le gouvernement fédéral choisirait alors les membres de la liste à partir des noms soumis

## Annexe A (suite)

Proposition	Statut constitutionnel	Juridiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
11. Comité de l'Association du Barreau canadien (1978)		Juridiction générale d'appel. Le Parlement devrait prévoir l'organisation, le maintien et la procédure de la Cour suprême. Les provinces ne devraient pas pouvoir référer des questions directement à la Cour	Aucune chambre spéciale. Les appels de droit civil du Québec seraient entendus par un banc de 5 membres comprenant 3 juges de formation civiliste	Pas de changement	Trois juges du Québec	Participation provinciale par l'intermédiaire du comité judiciaire d'une Chambre haute modifiée plutôt que par un collège spécial. La Chambre tiendrait des audiences publiques pour entendre les candidats mais les délibérations se feraient en privé. Le gouvernement fédéral aurait le pouvoir exclusif de nommer les juges
12. Rapport Pepin-Robarts (1979)	Enchâssement de l'existence et de l'indépendance du système judiciaire dans son ensemble	Juridiction générale d'appel, y compris le pouvoir de décider des renvois. Les provinces devraient pouvoir déférer des questions directement à la Cour suprême.	Division de la Cour en 3 bancs pour des objectifs particuliers. Ceux-ci comprendraient : a) pour les questions relevant de la compétence provinciale, des sections spéciales de droit civil québécois et de <i>common law</i> b) pour des questions relevant de la compétence fédérale,	Augmentation du nombre des juges de 9 à 11	Répartition régionale au sens large mais incluant 5 juges de formation civiliste et 6 juges de formation de <i>common law</i>	Le Cabinet fédéral devrait consulter initialement le procureur général du Québec (pour les nominations du Québec) ou tous les autres procureurs généraux pour les nominations de <i>common law</i> . Les

<p>Recommande la création d'un fonds spécial pour rembourser les frais de voyage des parties</p>	<p>un quorum de 7 à 9 juges</p> <p>c) pour les questions constitutionnelles, un quorum de la Cour plénière</p>	<p>candidats seraient confirmés par un comité approprié de la Chambre de la Fédération. Le juge en chef aurait un mandat non renouvelable et ses fonctions devraient être exercées alternativement par un juge de droit civil et un juge de <i>common law</i></p>
<p>Enchâssement des dispositions concernant la structure et les fonctions de la Cour</p>	<p>Rétention de la juridiction générale d'appel</p>	<p>Utilisation des quotas régionaux</p>
<p>13. Lederman (1979)</p>	<p>Division de la Cour en bancs pour augmenter la productivité et l'efficacité</p>	<p>Augmentation du nombre des juges au moins de 9 à 11 et éventuellement à 15 avec un quorum minimum de 9</p>
<p>Enchâssement des dispositions concernant la structure et les fonctions de la Cour</p>	<p>Division de la Cour en bancs pour augmenter la productivité et l'efficacité</p>	<p>Pour toutes les nominations, recours à des commissions officielles composées de politiciens fédéraux et provinciaux. Ceux-ci établiraient des listes de candidats éventuels convenables et soumettraient des listes restreintes à l'autorité de nomination. Celle-ci serait obligée de choisir des noms à partir de ces listes</p>

## Annexe A (suite et fin)

Proposition	Statut constitutionnel	Juridiction	Modification de la structure	Composition	Sélection régionale	Méthode de sélection
14. Parti libéral du Québec (1980)	Enchâssement de l'existence et de la juridiction de la Cour, du mandat et de l'indépendance des juges et de l'obligation du gouvernement de défrayer la Cour	Cour générale d'appel pour toutes les questions fédérales et provinciales, y compris les litiges de droit civil du Québec. Le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et le Conseil fédéral pourraient déférer des questions à la Cour	Une partie pourrait exiger « un banc constitutionnel dualiste » pour entendre un litige constitutionnel. Ce banc serait composé du juge en chef et d'un nombre égal de juges du Québec et du reste du Canada. Certains juges pourraient y être ajoutés sur une base <i>ad hoc</i> (en fonction de leur ancienneté). Sinon, la Cour elle-même déterminerait les bancs appropriés pour entendre certains types de cas	Pas de changement	Trois juges du Québec	Les juges devraient être nommés par le gouvernement fédéral après ratification préalable par le Conseil fédéral. Le juge en chef devrait être choisi alternativement parmi les juges du Québec et les juges du reste du Canada
15. MacPherson (1983)	Enchâssement de l'existence, de la composition et la juridiction de la Cour	Rétention de la juridiction générale d'appel, y compris les appels de droit civil du Québec	Les affaires de droit civil du Québec devraient être entendues par un banc comprenant une majorité de juges civilistes	Pas de changement	a) Provinces de l'Atlantique (1) b) Québec (4) c) Ontario (1) d) Provinces des Prairies (1) e) Colombie-Britannique (1)	Participation égale des gouvernements fédéral et provinciaux; nomination par le gouvernement fédéral confirmée par le Sénat

f) un autre juge  
nommé de  
n'importe  
quelle région

- Sources : 1. Québec, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* (commission Tremblay), 3 vol., Québec, Gouvernement du Québec, 1956).
2. Jacques-Yvan Morin, « A Constitutional Court for Canada », *Revue du Barreau canadien*, vol. 43, 1965, p. 545.
3. Albert S. Abel, « The Role of the Supreme Court in Private Law Cases », *Alberta Law Review*, vol. 4, 1965, p. 39.
- 4a. Peter H. Russell, « The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 6, 1968, p. 1.
- 4b. Peter H. Russell, « Constitutional Reform of the Canadian Judiciary », *Alberta Law Review*, vol. 7, 1969, p. 103.
5. W.R. Lederman, « Thoughts on Reform of the Supreme Court of Canada », *Alberta Law Review*, vol. 8, 1970, p. 1.
6. « Charte constitutionnelle canadienne, 1971 » (Charte de Victoria) dans Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, *Proposition constitutionnelle, 1968-1971*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 375 et 376.
7. Canada, Gouvernement du Canada, *Rapport final du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, quatrième session de la vingt-huitième Législature, 1972, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972.
8. Projet de loi C-60, projet de loi modifiant la Constitution du Canada, déposé à la Chambre des communes en juin 1978.
9. Colombie-Britannique, Gouvernement de la Colombie-Britannique, *British Columbia's Constitutional Proposals*, document n° 4, *Reform of the Supreme Court of Canada*, Victoria, 1978.
10. Alberta, Gouvernement de l'Alberta, *Harmony in Diversity: A New Federalism for Canada*, Edmonton, 1978.
11. Comité sur la Constitution, *Vers un Canada nouveau*, travail de recherche préparé pour la Fondation du Barreau canadien, Montréal, Fondation du Barreau canadien, 1978.
12. Canada, Commission de l'unité canadienne, *Se retrouver*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1979.
13. W.R. Lederman, « Current Proposals for Reform of the Supreme Court of Canada », *Revue du Barreau canadien*, vol. 47, 1979, p. 687.
14. La Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980.
15. James C. MacPherson, « The Potential Implication of Constitutional Reform for the Supreme Court of Canada » dans Stanley M. Beck et Ivan Bernier (édit.), *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, 2 vol., Montréal, Institut de recherches politiques, 1983, vol. 1, p. 165.

## Annexe B Étude comparative des cours suprêmes de certains pays occidentaux

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Juridiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
Royaume-Uni	Chambre des lords	Le Lord Chancellor; 11 Lords Ordinary; et d'autres lords occupant des postes judiciaires élevés ou étant des membres éminents du Barreau	À l'origine, faisait partie de la Curia Regis. Un grand nombre de pratiques établies par des conventions anciennes. Une certaine protection prévue par l' <i>Act of Settlement (1701)</i> et d'autres lois ordinaires sub-séquentes. Le Parlement peut changer les conditions de mandat de salaire, etc. à sa discrétion	Surtout juridiction d'appel dans les domaines de droit public et privé. La plupart des cas sont des appels de la Cour d'appel d'Angleterre. Cour d'appel de dernier ressort pour les affaires pénales et civiles d'Irlande du Nord et les affaires civiles seulement de la Cour des sessions d'Écosse. Les appels sont interjetés par voie de requête	Quorum : 3 juges de la Chambre des lords. Le Lord Chancellor siège rarement. Peut siéger en deux bancs d'appel de façon à ce que deux cas soient entendus simultanément. Le Lord Chancellor est également membre du Cabinet et a des fonctions législatives et politiques aussi bien que judiciaires. Les requêtes pour autorisation d'appeler sont accordées dans la plupart des cas par un comité d'appel composé de juges de la	Les juges restent en fonction durant bonne conduite sous réserve de leur révocation par une déclaration mixte des deux Chambres du Parlement. Les membres deviennent pairs à vie	Au moins un (ou deux?) membres doivent venir d'Écosse. De temps à autre, l'un d'entre eux est nommé d'Irlande du Nord. Tous les juges de la Chambre des lords sont nommés par la Couronne sur avis du premier ministre. Ils doivent être avocats depuis au moins 15 ans ou avoir exercé de hautes fonctions judiciaires depuis au moins deux ans. Certaines consultations officielles ont lieu avec le Lord Chancellor et d'autres hauts



France	A. Conseil d'Etat	Administrateurs publics professionnels	À l'origine, dans l'ancien régime, c'était un corps de conseillers du monarque. Il fait encore techniquement partie du pouvoir exécutif plutôt que du pouvoir judiciaire français	Tribunal d'appel pour tous les tribunaux administratifs inférieurs. Offre une solution de rechange à l'examen judiciaire. Il n'existe pas de cour d'appel intermédiaires. Possède certaines compétences originales, par exemple sur le statut consuetudinaire d'un acte administratif ou de textes législatifs du gouvernement. Le droit administratif français, qui n'est pas codifié, est composé largement de décisions du Conseil d'État	Chambre des lords ou par la Cour d'appel	fonctionnaires de l'administration de la justice  Tous les membres sont formés à l'École nationale d'administration
--------	-------------------	--	---	--	--	---

## Annexe B (suite)

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Juridiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
France	B. Cour de cassation	Environ 100 juges		Tribunal suprême d'appel pour toutes les affaires ordinaires, c'est-à-dire civiles et pénales. Doit appliquer le Code ou d'autres textes législatifs. Ne peut élaborer une règle générale dans la décision de cas particuliers. La Cour de cassation ne peut pas substituer ses propres décisions à celles du tribunal inférieur (ce n'est pas un système de révision); mais le cas doit être renvoyé au tribunal	Siège en 6 chambres spécialisées; 5 civiles et 1 pénale. Siège occasionnellement avec des chambres mixtes ou en cour plénière (si un second appel provient d'un tribunal inférieur dans le même cas après le premier renvoi au tribunal de première instance)		Tous les juges sont formés à l'École nationale de la magistrature et doivent passer des concours pendant leur formation. Ils doivent effectuer des stages pratiques. Ils peuvent être promus dans la hiérarchie judiciaire

C. Le Conseil  
constitutionnel

Créé en 1958

Examine les lois (pas les actes administratifs) adoptées par le Parlement. Doit être requis de le faire par le gouvernement ou la législature et seulement avant la promulgation. Seul but de la révision : déterminer si la loi est conforme à la séparation constitutionnelle des pouvoirs entre le gouvernement et le Parlement. En 1971, cependant, le Conseil s'est arrogé le pouvoir d'examiner la validité constitutionnelle des lois, de façon générale, y compris leur conformité avec les principes non écrits fondamentaux de la tradition républicaine française

## Annexe B (suite)

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Jurisdiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
France	D. Tribunal des conflits	Composé en partie de juges et en partie d'administrateurs		N'est pas strictement une cour suprême. Il détermine si une affaire dépend des tribunaux administratifs ou des tribunaux ordinaires			
République fédérale d'Allemagne	A. Cour de justice administrative fédérale ( <i>Bundesverwaltungsgericht</i> )		Fait partie de la magistrature plutôt que du gouvernement. Etablie par la loi fondamentale de 1949 ( <i>Grundgesetz</i> ). L'indépendance judiciaire est protégée par la loi fondamentale	Tribunal suprême d'appel pour tous les appels administratifs. Ne tranche que des questions de droit. Deuxième degré d'appel; les tribunaux administratifs immédiatement inférieurs ont examiné le cas de novo. La juridiction est régie de façon générale par le Code de la Cour de justice administrative	La limite d'âge et les conditions du mandat peuvent être fixées par une loi ordinaire. Les juges peuvent être démis pour des raisons diverses par ordonnance de la Cour constitutionnelle fédérale (à la majorité des deux tiers)	Les juges sont choisis conjointement par les ministres fédéraux compétents et un comité composé à égalité par des ministres des États ( <i>Laender</i> ) compétents et des membres de la <i>Bundesrat</i> (Chambre basse du Parlement)	

B. Cour suprême fédérale (*Bundesgerichtshof*)

Juridiction ordinaire civile et pénale; tribunal suprême dans ces domaines. Si la Cour découvre une erreur susceptible d'être corrigée, elle peut infirmer le jugement, le renvoyer ou modifier la décision et rendre le jugement final elle-même (système de révision, comme ceux de l'Autriche et de la Suisse). Les décisions ne la lient pas pour les affaires subséquentes

Mêmes dispositions que pour les juges de la Cour de justice administrative fédérale

Même procédure de sélection que pour la Cour de justice administrative fédérale. Tous les juges sont formés par des stages post-universitaires et des concours. Après une période d'essai de 3 ans, tous les juges sont nommés à vie et peuvent commencer à être promus dans la hiérarchie

## Annexe B (suite)

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Juridiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
République fédérale d'Allemagne	C. Cour constitutionnelle fédérale ( <i>Bundesverfassungsgericht</i> )	Seize juges répartis en deux chambres distinctes	La loi fondamentale prévoit la juridiction, la composition, le mode de sélection, l'indépendance et le mandat des juges. Le droit des individus d'intenter une action dans le domaine constitutionnel est également garanti	Entend les litiges dans le domaine du droit public entre le gouvernement fédéral et les <i>Laender</i> (États); les plaintes de particuliers selon lesquelles des droits fondamentaux démocratiques, politiques ou de procédure auraient été violés par un acte de l'État et des litiges sur la conformité d'une loi fédérale ou d'une loi d'un <i>Land</i> avec la loi fondamentale. Les lois fédérales peuvent confier à la Cour d'autres fonctions. Les décisions de la Cour la lient dans les jugements subsidiaires	Composé de deux bancs séparés : le premier Sénat (présidé par le président de la Cour constitutionnelle) et le second (présidé par le vice-président). Chaque Sénat a 7 juges associés. Le premier Sénat procède à l'examen des actes législatifs et gouvernementaux prévus par les articles 1-17 de la loi fondamentale. Le second Sénat traite des questions relatives à certains droits démocratiques, aux garanties de procédure, aux litiges inter-	À tout niveau, une fois nommé, le juge a l'avantage d'un mandat à vie et de la sécurité d'emploi. Le mandat est de 12 ans pour les juges de la Cour constitutionnelle. Il ne peut pas être immédiatement renouvelé. Retraite obligatoire à 68 ans	Âge minimum : 40 ans. Doivent être éligibles pour les élections au <i>Bundesrat</i> et remplir toutes les conditions requises par le droit fédéral pour les juges, y compris les examens et les stages de service. Huit juges sont choisis par le <i>Bundesrat</i> (par l'intermédiaire de son comité de sélection judiciaire), les 8 autres sont choisis par les deux tiers du <i>Bundesrat</i> (conseil des États formant la fédération). Les États ont officiellement

gouvernementaux et aux conflits de compétence. Depuis 1956, les deux Sénats peuvent utiliser des bancs de 3 membres pour entendre et trancher les litiges constitutionnels dont ils sont saisis de la part des particuliers et des personnes morales

convenu de se partager les juges sur une base proportionnelle. Le *Bundesrat* et le *Bundesrat* choisissent tour à tour le président et le vice-président de la Cour

Critères pertinents :

- a) membre d'un parti politique
- b) convictions religieuses
- c) origine géographique
- d) profession (fonctionnaire, juge, professeur, législateur)

## Annexe B (suite)

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Jurisdiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
	D. Tribunaux spécialisés	(Ceux-ci comprennent les tribunaux suprêmes en matière d'impôts, de travail et de sécurité sociale. Chaque domaine a son propre système de tribunaux pour trancher les litiges, lequel comprend des tribunaux intermédiaires et des tribunaux d'appel suprême)					
États-Unis	Cour suprême des États-Unis	Neuf membres (depuis 1866), selon la décision du Congrès	Régie par l'article III de la Constitution	Jurisdiction originale prévue par l'art. III, S. 2, par. 2 (148 cas entre 1789 et 1978), y compris une compétence concurrente considérable avec les tribunaux des États et la Cour du district fédéral. La vaste	La Cour siège <i>en banc</i> plénier pour entendre le fond de tout appel sans dis-fonction	Mandat à vie pendant bonne conduite avec protection contre toute diminution de salaire durant le mandat	Le président choisit les candidats. La confirmation se fait par le Sénat à la majorité simple. Le comité judiciaire peut procéder à une audition publi-



majorité des cas relève de la juridiction d'appel. Il s'agit sur tout de questions de droit constitutionnel. Les affaires proviennent des cours fédérales inférieures ou des cours suprêmes des États. De façon générale, une affaire atteint la Cour au moyen d'une requête pour l'obtention d'un bref de *certiorari* que la Cour a la discrétion d'accorder. Certains cas viennent par voie de bref d'appel (requête de droit prévue par la loi), ou par certificat d'une cour fédérale inférieure. La Cour refuse plus de 85 % des requêtes en *certiorari* sans donner de motif. Quatre juges doivent accepter d'entendre la requête pour que celle-ci soit entendue

que au sujet de l'opportunité de la nomination. Le président peut consulter officieusement le procureur général, le juge en chef, le Comité permanent sur le pouvoir judiciaire de l'ABA et des leaders politiques. Jusque dans les années 1970, le Sénat a refusé de confirmer 26 des 136 candidats, mais seulement dans 4 cas depuis 1900

## Annexe B (suite et fin)

Pays	Tribunal suprême	Composition	Statut constitutionnel	Juridiction	Caractéristiques de la structure	Mandat	Sélection
Australie	La Haute cour d'Australie	Sept membres	Le chapitre III de la Constitution prévoit l'existence et la juridiction des cours fédérales, y compris de la Haute cour	La juridiction originale (art. 75 et 76 de la Constitution) comprend des questions provenant d'un traité, les conflits entre Etats ou entre résidents des différents Etats, les brefs de <i>mandamus</i> ou d'interdiction contre un fonctionnaire du gouvernement. Le Cabinet fédéral peut conférer une juridiction originale supplémentaire (art. 72). La juridiction d'appel (art. 73) comprend certaines catégories d'appels interjetés de droit et d'autres exigeant l'autorisation de la Haute cour. Il existe certaines restrictions financières dans les affaires civiles. Après 1968 et 1975, les cas d'appels d'une déci-	Séance de cour plénière obligatoire pour certaines catégories d'appels prévues par le <i>Judiciary Act</i> . L'article 79 de la Constitution permet au Parlement de décider le nombre des juges nécessaire pour exercer la juridiction de la Cour en matière fédérale	Mandat à vie avec possibilité de révocation sur déclaration conjointe des deux Chambres du Parlement pour les motifs prévus par la Constitution. Cependant, l'article 72 peut avoir été effectivement modifié par le référendum de 1977 de façon à ce que les juges aient un mandat à durée fixe	Les juges sont nommés par le Cabinet (art. 72). Le candidat doit être un juge de la Cour suprême d'un Etat ou un avocat en exercice depuis au moins 5 ans. En principe, le procureur général soumet les noms des candidats au Cabinet. Le procureur général doit consulter les procureurs généraux des Etats (art. 6 du <i>High Court of Australia Act</i> )

sion de la Haute cour  
au Conseil privé sont  
devenus rares. Une  
loi de 1968 a aboli de  
tels appels sur les  
questions de droit  
fédéral, y compris  
l'interprétation de la  
Constitution. Il sem-  
ble que les appels  
des cours des États  
au Conseil privé sur  
des questions non  
fédérales soient  
encore possibles. En  
1982, les premiers  
ministres de gouver-  
nement fédéral et des  
gouvernements des  
États ont convenu de  
les abolir également

---

Sources : Victor Knapp (édit.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, Mohr, 1972.

John Merryman et D. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems*, Bloomington (Ind.), Bobbs-Merrill, 1978.

A. Von Mehren et J. Gordley, *The Civil Law System*, 2<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown, 1977.

R.M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, 7<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1977.

Donald P. Kommers, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitution Court*, London, Sage, 1976.

Henry J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 1980.

Harold E. Renfree, *The Federal Judicial System of Australia*, Sydney, Legal Books Pty. Ltd, 1984.

## Notes

Cette étude a été terminée en décembre 1984.

1. Peter H. Russell, « The Political Role of the Supreme Court of Canada in Its First Century », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 576. Dans cette étude, le professeur Russell conclut que la Cour n'a guère eu d'influence nationale et n'a acquis une prééminence provisoire que grâce aux décisions relatives aux libertés civiles dans les affaires en provenance du Québec de Duplessis dans les années 1950.
2. B. Laskin, « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians », (1951) 29 *Revue du Barreau canadien* 1038. Du temps où il était professeur, B. Laskin a soutenu que l'abolition des appels au Conseil privé a donné à la Cour un statut et un rôle nouveau importants.
3. *Renvoi relatif au sol et sous-sol du plateau continental de Terre-Neuve*, (1984) 1 R.C.S. 86.
4. *Loi sur la Cour suprême*, 1970 S.R.C., c. S-19.
5. J. McRuer, « The Supreme Court as a National Institution », (1980) 1 *Superior Court Law Review* 469.
6. P. Weiler, *In the Last Resort*, Toronto, Carswell, 1974.
7. L'article de W. Lederman, « Unity and Diversity in Canadian Federalism », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 597, en constitue l'un des nombreux exemples.
8. B. Laskin, « The Role and Function of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 469.
9. L'influence exercée par la tradition anglaise tant sur le rôle du juge canadien que sur le contenu du droit est bien illustrée dans deux monographies du regretté juge en chef Laskin : *The British Tradition in Canadian Law*, Londres, Stevens & Sons, 1969, et *English Law in Canadian Courts Since the Abolition of Privy Council Appeals*, Londres, Stevens & Sons, 1976.
10. B. Dickson, « The Judiciary — Law Interpreters of Law Makers », (1982) 12 *Manitoba Law Journal* 1.
11. B. Laskin, *What Everyone Should Know About the Supreme Court of Canada*, exposé à l'Empire Club, Toronto, 12 mars 1981, p. 1 et 2.
12. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution 1981*, (1981) 1 R.C.S. 753.
13. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui constitue l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11.
14. « The New Face of the Law », *MacLean's*, 30 avril 1984, p. 14-19 et s.
15. (1984) 1 R.C.S. 357.
16. W. MacKay, « Judicial Process in the Supreme Court of Canada: The Patriation Reference and Its Implications for the Charter of Rights », (1983) 21 *Osgoode Hall Law Journal* 60.
17. *Renvoi : Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C. 373.
18. *Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*, (1980) 1 R.C.S. 54.
19. B. Laskin, *The Institutional Character of the Judge*, Londres, Oxford University Press, 1982.
20. Pour un portrait révélateur des vingt-huit personnes qui ont siégé à titre de juge à la Cour suprême depuis 1949, voir : Robert Martin, *Values, Attitudes, Ideology and Judging: A Study of the Supreme Court of Canada*, étude inédite, préparée pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, juillet 1984, polycopié.
21. C'était là le thème principal développé dans W. Mackay *et al.* (édit.), *The Canadian Charter of Rights: Law Practice Revolutionized*, Halifax, Dalhousie Continuing Legal Education, 1982.
22. Pour quelques exemples de cette opinion largement répandue, voir A.D. Gold, « The Legal Rights Provisions: A New Vision or Déjà Vu? », (1984) 4 *Supreme Court Law Review* 129 et 130; J.E. Magnet, « The Charter's Official Languages Provisions: The

- Implications of Entrenched Bilingualism », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 170; et W.R. Lederman, « The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 16 *University of British Columbia Law Review* 1 (numéro spécial sur la Charte).
23. D.V. Smiley, « A Dangerous Deed: The Constitution Act, 1982 » dans K. Banting et R. Simeon (édit.), *And No one Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution*, Toronto, Methuen Co., 1983, p. 93.
  24. Voir MacKay, *supra*, n. 16. Le professeur MacKay admet que l'affaire du *Renvoi relatif au rapatriement* n'était pas un cas typique et que les signes de créativité en matière de décisions apparaissant dans cet arrêt ne se manifesteront pas nécessairement de façon plus générale.
  25. Le juge en chef Dickson a parlé abondamment du nouveau rôle des juges aux termes de la Charte et de la nécessité d'élaborer une jurisprudence typiquement canadienne sur la Charte. Voir, par exemple, « The Path to Improving the Accessibility of the Law in Canada », communication présentée à la réunion annuelle de l'Association du Barreau canadien, Winnipeg, Manitoba, 28 août 1984.
  26. Voir Dickson, *supra*, n. 10. Voir également, du même auteur, « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *Law Society of Upper Canada Gazette* 138. Sa déclaration la plus ferme sur le rôle des juges figure dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, (1975) 5 N.R. 523 (C.S.C.).
  27. *Alta. Press Bill*, (1938) R.C.S. 100.
  28. *Roncarelli c. Duplessis*, (1959) R.C.S. 121.
  29. I.C. Rand, « The Role of the Independent Judiciary in Preserving Freedom », (1951) 9 *University of Toronto Law Journal*, 1, en constitue un bon exemple, tout comme ses décisions bien connues.
  30. B. Laskin, « Our Civil Liberties: The Role of the Supreme Court », (1955) 41 *Queen's Quarterly* 455. Le regretté juge en chef a fait un certain effort pour exercer ce rôle une fois devenu juge.
  31. E.M. Hall, « Law Reform and the Judiciary's Role », (1972) 10 *Osgoode Hall Law Journal* 411.
  32. N. Lyon, « The Central Fallacy of Canadian Federalism », (1976) 22 *McGill Law Journal* 40.
  33. *Valin c. Langlois*, (1879) 3 R.C.S. 1, conf. par (1879–1880), 5 App. Cas. 115 (J.C.P.C.).
  34. (1803) 5 U.S. 137.
  35. Voir Lyon, *supra*, n. 32 et W.R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *Canadian Bar Review* 769 et 1139, reproduit dans *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworth, 1981, p. 109.
  36. B. Strayer, *Judicial Review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, p. 3. Dans un commentaire plus récent, le juge Strayer s'est rapproché de la thèse de Lederman et de Lyon. B. Strayer, « Comment on "The Origins of Judicial Review in Canada" », (1983) 6 *Revue canadienne de science politique* 593.
  37. J. Smith, « The Origins of Judicial Review in Canada », (1983) 16 *Revue canadienne de science politique* 115.
  38. Voir Laskin, *supra*, n. 11. Le regretté juge en chef a soutenu avec force que la Cour suprême du Canada était une institution nationale et non pas fédérale.
  39. Voir Strayer, « Comment on "The Origins" » *supra*, n. 36. L'auteur examine l'influence générale de la Charte sur la révision judiciaire au Canada dans *The Canadian Constitution and the Courts*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworth, 1983.
  40. B. Dickson, « The Democratic Character of the Charter of Rights » dans F.L. Morton et R. Knopff (édit.), *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 1984. Il s'agissait à l'origine d'une conférence donnée à l'Université de Calgary, le 13 septembre 1983.
  41. P. Weiler, « Of Judges and Rights or Should Canada Have a Constitutional Bill of Rights », (1980) 60 *Dalhousie Review* 205.
  42. Ce rôle est particulièrement évident lorsque l'entrée en vigueur de l'article 15 a été retardée de trois ans pour que les législateurs puissent mettre de l'ordre dans leur

- ménage. Il a été également formulé par les tribunaux dans le contexte des droits linguistiques : *Reference Re Ontario Minority Language Rights*, décision inédite, 26 juin 1984 (C.A. Ont.).
43. P. Russell, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 30.
  44. R. Knopff, « Federalism, the Charter and the Court: Comment On Smith's "The Origins of Judicial Review in Canada" », (1983) 16 *Revue canadienne de science politique* 585.
  45. H. Janisch, « Beyond Jurisdiction: Judicial Review and the Charter of Rights », (1983) 43 *Revue du Barreau* 401. L'auteur soutient que la Charte est également susceptible de transformer la révision judiciaire dans le domaine du droit administratif.
  46. Cela a été démontré dans le premier jugement relatif à la Charte : *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, n. 15.
  47. B. Hovius, « The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter », (1982) 28 *Revue de droit de McGill* 31.
  48. Voir Dickson, *supra*, n. 25.
  49. A. Roman, « The Charter of Rights: Renewing the Social Contract », (1982-1983) 8 *Queen's Law Journal* 198. L'auteur soutient que nous devrions tenir compte des traditions britannique et canadienne de protection des droits fondamentaux au moins autant que de celles qui se sont développées aux États-Unis.
  50. E. McWhinney, « Federal Supreme Courts and Constitutional Review », (1967) 45 *Revue du Barreau canadien* 578.
  51. A. Bickel, « Foreword: The Passive Virtues, The Supreme Court, 1960 Term », (1961) 75 *Harvard Law Review* 40.
  52. R. Sedler, « Constitutional Protection of Individual Rights in Canada: The Impact of the New Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Notre Dame Law Review*, 1984, à paraître.
  53. G. Beaudoin et W. Tarnapolsky, *Charte des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1982. Cet ouvrage n'est que l'expression la plus connue de ses opinions.
  54. M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983.
  55. R.A. Samek, « Untrenching Fundamental Rights », (1982) 27 *Revue de droit de McGill* 755; R.A. Macdonald, « Postscript and Prelude: The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 321; et, de façon plus succincte, W. MacKay, « Judicial Process », *supra*, n. 16.
  56. P. Russell, « The Effect of a Charter of Rights on the Policy-making Role of Canadian Courts », (1982) 25 *Administration publique du Canada* 33.
  57. Voir Dickson, *supra*, n. 10.
  58. N. Lyon, « The Teleological Mandate of the Fundamental Freedoms Guarantee: What to Do with Vague but Meaningful Generalities », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 57.
  59. Voir *Supra*, n. 12 et 17, et *Renvoi : Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714.
  60. L. Barry, « Law, Policy and Statutory Interpretation Under a Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 60 *Revue du Barreau canadien* 237. On pourrait se demander si les juges peuvent réellement refléter les valeurs de la communauté plutôt que celles de leur propre classe sociale.
  61. Voir *supra*, n. 55. R. c. *Altseimer*, (1983) 38 O.R. (2d) 783 (C.A. Ont.), p. 788. La décision affirme directement qu'aucune transformation majeure n'était prévue.
  62. B. Hovius et R. Martin, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 374.
  63. Voir Russell, *supra*, n. 56, p. 32.
  64. Voir Lederman, *supra*, n. 22, p. 10.
  65. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, n. 15; *P.G. du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, (1984) 2 R.C.S. 66; et *Hunter c. Southam Inc.*, (1984) 2 R.C.S. 145.

66. L'étude de Robert Martin préparée pour la Commission indique l'existence d'un intérêt croissant (voir *supra*, n. 20).
67. A. Chayes, « Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court », (1982) 96 *Harvard Law Review* 1, affirme qu'aux États-Unis, le droit public a eu tendance à envahir le domaine du droit privé.
68. W. MacKay et M. Holgate, « Fairness in the Allocation of Housing: Legal and Economic Perspectives », (1983) 7 *Dalhousie Law Journal* 3,405. Les auteurs concluent qu'une telle interprétation est peu probable.
69. Voir Weiler, *supra*, n. 41.
70. Voir Macdonald, *supra*, n. 55, p. 337.
71. *Acte pour établir une Cour suprême et une Cour d'Échiquier pour le Canada, 1875*, 38 Vict., c. 11 (Can.).
72. Autrefois, le *British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
73. Le Parlement a également le pouvoir de prévoir « l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada ».
74. Le paragraphe 92(14) donne à chaque province la compétence exclusive de légiférer sur :
 

L'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux.
75. Voir, pour la règle de droit et son application dans ce domaine, l'analyse experte de David Phillip Jones, « A Constitutionally Guaranteed Role for the Courts », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 669.
76. Des mouvements en faveur de l'abolition de la Cour ont existé pendant les cinq années qui ont suivi sa création. La dispute parlementaire est décrite par F.H. MacKinnon, « The Establishment of the Supreme Court of Canada », (1946) 27 *Canadian Historical Review* 258.
77. Édicté comme l'annexe B de la partie II de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11.
78. Voir Joseph A. Magnet, *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, Toronto, Carswell, 1983, p. 39, et Ronald I. Cheffins, « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications » dans Edward P. Belobaba et Eric Gertner (édit.), *The New Constitution and the Charter of Rights*, Toronto, Butterworth, 1983, p. 53.
79. Voir P.W. Hogg, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982, p. 92–94, et Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, *supra*, n. 39.
80. Voir l'annexe à la *Loi constitutionnelle de 1982* pour une énumération des documents constitutifs.
81. *Loi sur la Cour suprême*, 1970 S.R.C., c. S–19, telle que modifiée par 1970 S.R.C., c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), par. 109, tel que modifié par 1974–1975–1976 C.S., c. 19, par. 1–8, 10, tels que modifiés par 1974–1975–1976 C.S., c. 19, par. 2, tel que modifié par 1976–1977 C.S., c. 25, par. 19, 20.
82. Voir Hogg, *supra*, n. 79, p. 13.
83. Cependant, le professeur Russell semble se demander si cet objectif a bien été atteint. Voir Peter H. Russell, « Constitutional Reform of the Judicial Branch: Symbolic vs. Operational Considerations », (1984) 17 *Revue canadienne de science politique* 232.
84. Voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, 1<sup>re</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, du 6 novembre 1980 au 13 février 1981.
85. Voir *supra*, n. 18.
86. *Idem*, p. 78.
87. Ce terme est analysé en détail par Paul A. Freund, *The Supreme Court of the United States*, Cleveland, The World Publishing Company, 1961, p. 95–115.
88. Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 58.
89. Voir *supra*, n. 13.

90. Russell voit dans cette notion du symbolisme un aspect politique important du rôle de la Cour, *supra*, n. 83, p. 229.
91. Même aux États-Unis, où l'un des éléments fondamentaux de la structure gouvernementale fédérale est la séparation des pouvoirs, cette doctrine a été ré-interprétée par la Cour suprême : voir *Nixon c. Administrator of General Services*, (1977) 433 U.S. 425; Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, 14<sup>e</sup> éd., révisée par Harold W. Chase et Craig R. Ducat, Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 2, 3 et 183.
92. Cependant, le raisonnement judiciaire peut avoir introduit quelque chose de très semblable à cette doctrine dans le droit constitutionnel canadien : voir John Willis, « Administrative Law and the British North America Act », (1939) 53 *Harvard Law Review* 251.
93. Voir R. MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., révisée par Norman Ward, Toronto, University of Toronto Press, 1970, p. 74.
94. Voir Strayer, *The Canadian Constitution*, *supra*, n. 39.
95. Voir Laskin, *supra*, n. 2.
96. Loi sur la Cour suprême, art. 6, tel que modifié par 1974–1975–1976 C.S., c. 19, art. 2. En vertu de 1949 C.S., c. 37, le nombre minimum de juges en provenance du Québec est passé de deux à trois. L'exigence d'un nombre minimum de deux juges du Québec remonte à la *Loi sur la Cour suprême de 1875*, *supra*, n. 71, art. 4.
97. Ils doivent remplir un minimum de conditions concernant les périodes d'activité comme avocats ou juges dans les provinces dans lesquelles ils sont choisis : voir *Loi sur la Cour suprême*, c. 5.
98. Voir n. 83 et le texte qu'elle accompagne.
99. 1980 S.R.C., c. J-1.
100. *Loi sur la Cour suprême*, art. 9. Voir aussi *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 99. On peut soutenir que cette dernière disposition s'applique aux juges de la Cour suprême du Canada à cause de la phrase de l'article 101 : « nonobstant toute disposition de la présente loi. . . »
101. Voir Lederman, *supra*, n. 35.
102. *Idem*, p. 808 et 809.
103. Voir *supra*, n. 13, alinéa 11d.
104. Par exemple, Lederman, *supra*, n. 35, p. 175–177.
105. Bien que l'article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* prévoie que la Cour suprême est à la fois « une cour générale d'appel pour le Canada » et également « une cour additionnelle pour la meilleure application des lois du Canada ».
106. *Loi sur la Cour suprême*, art. 55.
107. *Idem.*, art. 56.
108. Peter H. Russell, « The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform », (1968) 6 *Osgoode Hall Law Journal* 10.
109. À titre d'illustration, sur le total de 1 031 cas tranchés par la Cour suprême entre 1950 et 1964, seulement 12, y compris 7 renvois, pouvaient tomber dans la juridiction spéciale de la Cour. Voir Peter H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, rapport préparé pour la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 116.
110. S.I. Bushnell, « Leave to Appeal Applications to the Supreme Court of Canada: A Matter of Public Importance », (1982) 3 *Supreme Court Law Review* 479 et 497.
111. 1956 S.C., c. 48, art. 2.
112. *Loi sur la Cour suprême*, art. 39.
113. 1970 S.R.C., c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 2.
114. *Code criminel*, 1970 S.R.C., c. 34, par. 618–623, tels que modifiés par 1974–1975–1976 C.S., c. 105, par. 18, 19.
115. Voir Russell, *supra*, n. 109, p. 40.



116. *Loi sur la Cour suprême*, art. 41.
117. *Idem*, art. 38.
118. *Idem*, par. 41(1).
119. *Idem*, art. 38.
120. *Loi sur la Cour fédérale*, 1970–1971–1972 S.C., c. 1.
121. *Ibid.*, par. 31(3) tel que modifié par 1974–1975–1976 C.S., c. 18, par. 9, 10.
122. *Idem*, art. 32.
123. 1970 S.R.C., c. C–28, art. 63.
124. *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C., c. B–3, art. 164–167 tels que modifiés par c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 10, item 1.
125. *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, 1970 S.R.C., c. C–25, par. 15(1), tel que modifié par c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 10, item 2.
126. *Loi sur la défense nationale*, 1970 S.R.C., c. N–4, par. 208(1) tel que modifié par 1970 S.R.C., c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 10, item 5.
127. *Loi sur la taxe d'accise*, 1970 S.R.C., c. E–13, art. 60, tel que modifié par 1970 S.R.C., c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 65, item 14.
128. *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz*, 1970 S.R.C., c. O–4, par. 41(1).
129. *Loi sur le régime de pensions du Canada*, 1970 S.R.C., c. C–5, par. 30(2).
130. *Loi sur les liquidations*, 1970 S.R.C., c. W–10, art. 108, tel que modifié par 1970 S.R.C., c. 44 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 10, item 8,
131. *Loi sur le divorce*, 1970 S.R.C., c. D–8, art. 18.
132. *Loi relative aux enquêtes sur les manoeuvres frauduleuses*, 1970 S.R.C., c. C–33, art. 3.
133. Voir Dickson, « The Role and Function of Judges », *supra*, n. 26, p. 174.
134. Voir, pour les années précédant le milieu des années 1960, Russell, *supra*, n. 109. Depuis le début des années 1960, le *Osgoode Hall Law Journal* publie annuellement une brève analyse des jugements contenus ou mentionnés dans les volumes des rapports de la Cour suprême. La meilleure étude quantitative des requêtes pour autorisation d'appeler et des appels civils en général depuis 1970 est l'oeuvre de Bushnell, *supra*, n. 110. Le bureau du Registraire de la Cour suprême a récemment publié des données sur la charge de travail de la Cour au cours de l'année civile précédente. Voir *Bulletin des procédures devant la Cour suprême du Canada*, 23 mars 1984, p. 328–334.
135. Russell, *supra*, n. 108, p. 31.
136. Une catégorie de sujets relevant exclusivement de la compétence des législatures provinciales tel que stipulé par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
137. Albert S. Abel, « The Role of the Supreme Court in Private Law Cases », (1965) 4 *Alberta Law Review* 44.
138. Par exemple, voir Québec, Gouvernement du Québec, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, 3 volumes, Québec, 1956, vol. 3, p. 287 (ci-après désigne le rapport de la commission Tremblay).
139. Voir Wolfgang Friedmann, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) 31 *Revue du Barreau canadien* 723; Joseph Dainow, « The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison », (1967) 15 *American Journal of Comparative Law* 419; et J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford, Stanford University Press, 1969.
140. Voir V. Morin, « L'anglicisation de notre droit civil », (1967) 15 *Revue du Notariat* 145; Pierre Azard, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la Province de Québec », (1965) 43 *Revue du Barreau canadien* 553; J.-L. Baudouin, « The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec » dans Joseph Dainow (édit.), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Bâton Rouge, Louisiana State University Press, 1974, p. 1; J.-L. Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 715; Gérald A. Beaudoin, « Du

- maintien des appels à la Cour suprême du Canada en matière de droit civil », (1976) 14 *Alberta Law Review* 144; P. Patenaude, « Le Québec et la Cour suprême », (1976) *Alberta Law Review* 138; et Robert Décary, « La Cour suprême et la dualité canadienne », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 702.
141. Voir Bushnell, *supra*, n. 110, p. 511; Russell, *supra*, n. 108, p. 21; P.W. Hogg, « Jurisdiction of the Court — The Supreme Court of Canada », (1980) 3 *Canada—U.S. Law Journal* 47; et Bertha Wilson, « Leave to Appeal to the Supreme Court of Canada », (1983) 4 *Advocates Quarterly* 8.
  142. Voir N.E. Simmonds, « The Changing Face of Private Law: Doctrinal Categories and the Regulatory State », (1982) 2 *Legal Studies*, 257, 259–261.
  143. Robert G. Richards, « Motions for Leave to Appeal to the Supreme Court of Canada », (1980) 3 *Advocates Quarterly* 460.
  144. Par exemple, voir les arrêts *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Police Commissioners*, (1979) 1 R.S.C. 311; *Martineau c. Le Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, (1980) 1 R.C.S. 602; et *Harekin c. The University of Regina*, (1979) 2 R.C.S. 561.
  145. Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford University Press, 1976. Voir aussi J.W. Hurst, « Functions of Courts in the United States, 1950–1980 », (1980–1981) 15 *Law and Society Review* 401.
  146. Abram Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », (1976) 89 *Harvard Law Review* 1281.
  147. Par exemple, voir Edward McWhinney, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Lessons of Comparative Jurisprudence », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 65. Cependant, pour une opinion contraire, voir Sedler, *supra*, n. 52.
  148. Voir John Willis, « Securing Uniformity of Law in a Federal System — Canada », (1944) 5 *University of Toronto Law Journal* 352.
  149. *Idem*, p. 354.
  150. Voir, par exemple, *Doare c. Thomas*, (1922) 3 W.W.R. 117.
  151. *Rapport du Comité spécial de l'Association du Barreau Canadien sur l'encombrement du rôle de la Cour suprême*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1972, p. 14.
  152. Voir Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada, *Proceedings of the Sixty-Fourth Annual Meeting*, août 1982, tableau III pour une liste cumulative des lois uniformes qui ont été adoptées par certaines ou par toutes les provinces du Canada.
  153. Voir Weiler, *supra*, n. 6.
  154. *Idem*, p. 172–179.
  155. Voir *supra*, n. 3.
  156. Il s'agit là du chiffre cité par le juge Dickson (maintenant juge en chef) comme la moyenne annuelle approximative du nombre de cas décidés par la Cour : voir Dickson, « The Role and Function of Judges », *supra*, n. 26, p. 173.
  157. Voir Robert Stevens, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800–1976*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1978, p. 6–15 pour un examen fondamental de l'évolution historique de la juridiction de la Chambre des lords.
  158. *Idem*, p. 269. Pour des exemples de la façon dont les lois écossaises ont été « contaminées » par les décisions de la Chambre des lords, voir T.B. Smith, *British Justice: The Scottish Contribution*, Londres, Stevens & Sons, 1961, p. 84–89; et David M. Walker, *The Scottish Legal System*, 4<sup>e</sup> éd. révisée, Edinburgh, W. Green & Son, 1976, p. 140–142.
  159. *A.-G. of Ontario c. A.G. of Canada*, 1947 A.C. 127.
  160. Peter W. Hogg, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », (1981) 30 *University of New Brunswick Law Journal* 9.
  161. Voir Abel, *supra*, n. 137, p. 42.
  162. James C. MacPherson, « The Potential Implications of Constitutional Reform for the Supreme Court of Canada » dans Stanley M. Beck et Ivan Bernier (édit.), *Canada*

- and the New Constitution: The Unfinished Agenda, 2 volumes, Montréal, Institut de recherches politiques, 1983, vol. 1, p. 187. L'importance de savoir si certains tribunaux provinciaux peuvent appliquer à bon droit une catégorie de lois plutôt qu'une autre a même fait qualifier ces conflits de « constitutionnels », susceptibles d'être tranchés par la Cour suprême du Canada : voir John Swan, « Perspectives of the Conflicts Lawyer » (1982–1983) 7 *Revue canadienne du droit de commerce* 410, 413–417 (communication présentée au symposium sur l'avenir de la Cour suprême du Canada en tant que dernière instance d'appel pour les litiges de droit privé).
163. Voir Dickson, « The Role and Function of Judges », *supra*, n. 26, p. 157.
  164. Le professeur (maintenant juge) LeDain a formulé une réfutation lucide des préoccupations traditionnelles du Québec : voir Gerald L. LeDain, « Concerning the Proposed Constitutional and Civil Law Specialization at the Supreme Court Level », (1967) 2 *Revue Juridique Thémis* 107.
  165. David J. Wheat, « Disposition of Civil Law Appeals by the Supreme Court of Canada », (1980) 1 *Supreme Court Law Review* 425.
  166. *Idem*, p. 454.
  167. W.R. Lederman, « Thoughts on Reform of the Supreme Court of Canada », (1970) 8 *Alberta Law Review* 10. Mais voir Peter H. Russell, « Constitutional Reform of the Canadian Judiciary », (1969) 7 *Alberta Law Review* 128 : « [ . . . ] les facultés de droit du pays sont l'endroit approprié pour cultiver cette vertu juridique particulière et non la Cour suprême. »
  168. Information obtenue dans une rubrique de Kieran Simpson (édit.), *Canadian Who's Who 1984*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, vol. 19, p. 687 et 688.
  169. Voir *Canadian Aero Service Limited c. O'Malley*, 1974 R.C.S. 592, et *Multiple Access Limited c. McCutcheon*, (1982) 2 R.C.S. 181.
  170. Par exemple, voir *Murdoch c. Murdoch*, (1975) 1 R.C.S. 423; *Rathwell c. Rathwell*, (1978) 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, (1980) 2 R.C.S. 834.
  171. Ian R. Macneil, « A View from the South », (1982–1983) 7 *Revue canadienne de droit de commerce* 434.
  172. Donovan Waters, « Perspectives of a Property and Trust Lawyer », (1982–1983) 7 *Revue canadienne de droit de commerce* 400. (Cet article et celui qui le précède immédiatement étaient des contributions au symposium sur l'avenir de la Cour suprême du Canada en tant que tribunal final d'appel des litiges de droit privé.)
  173. Voir Lederman, *supra*, n. 167, p. 16.
  174. Pour les deux études les plus remarquables de cette étape de l'analyse constitutionnelle, voir W.R. Lederman, « Classification of Laws and the British North America Act », *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworth, 1981, p. 229, et B. Laskin, « Tests for the Validity of Legislation: What's the Matter », (1955) 1 *University of Toronto Law Journal* 114.
  175. Étant donné les contraintes établies dans des décisions marquantes sur l'interprétation du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* telles que *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons*, (1881) 7 App. Cas.; et *In Re The Board of Commerce Act*, 1919, 1922 A.C. 191.
  176. Voir LeDain, *supra*, n. 164, p. 112. Voir aussi Maurice Tancelin, « Point de vue civiliste québécois », (1982–1983) 7 *Revue canadienne de droit de commerce* 420, 425 et 426 (contribution au symposium sur l'avenir de la Cour suprême du Canada en tant que tribunal final d'appel dans les litiges de droit privé).
  177. Voir, par exemple, les décisions dans les affaires *Les Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. du Canada*, (1980) 1 R.C.S. 914 et *Les supermarchés Dominion Ltée c. R.*, (1980) 1 R.C.S. 844 ainsi que les critiques de ces jugements par James C. MacPherson, « Economic Regulation and the British North America Act: Labatt Breweries and Other Constitutional Imbroglis », (1981) 5 *Revue canadienne de droit de commerce* 172. Pour un examen de la façon dont les décisions récentes de la Cour suprême ont essayé de rationaliser l'application du pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce, voir Patrick J. Monahan, « La Cour suprême et l'économie » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour le compte de la Commission royale sur l'union

- économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
178. John Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 43.
  179. Voir, par exemple, concernant le complot pour nuire au commerce d'un concurrent, les principes exposés dans *Canada Cement LaFarge Ltd c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd*, (1983) 47 N.R. 191 (C.S. Can.).
  180. En ce qui concerne la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 1970 S.R.C., c. C-2, voir les principales causes récentes : *Aetna Insurance Company c. R.*, (1978) 1 R.C.S. 731, *Atlantic Sugar Refineries of Canada Co. Ltd. c. P.G. du Canada*, (1980) 2 R.C.S. 644 et *R. c. K.C. Irving Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 408.
  181. Voir Laskin, *supra*, n. 8, p. 474 et 475.
  182. Voir Dickson, *supra*, n. 25, p. 12 et 13.
  183. Voir Russell, *supra*, n. 171, p. 117.
  184. Par exemple, en 1983, un seul appel qui avait déjà été entendu par la Cour suprême a été cassé sur requête de l'intimé.
  185. Voir Wilson, *supra*, n. 141, p. 8.
  186. Jacques-Yvan Morin, « A Constitutional Court for Canada », (1965) 43 *Revue du Barreau canadien* 545.
  187. Voir Russell, *supra*, n. 109, p. 59 et s. pour un exposé des changements dans la composition de la Cour au long de son histoire.
  188. *Loi sur la Cour suprême*, art. 6.
  189. Voir Morin, *supra*, n. 186, p. 549.
  190. Voir Lederman, *supra*, n. 167, p. 11, et W.R. Lederman, « Current Proposals for Reform of the Supreme Court of Canada », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 695.
  191. Colombie-Britannique, Gouvernement de la Colombie-Britannique, *British Columbia's Constitutional Proposals*, document n° 4, *Reform of the Supreme Court of Canada*, Victoria, 1978, p. 14 et 15.
  192. Commission de l'unité canadienne, *Se retrouver*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979, p. 108.
  193. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada*, déposé à la Chambre des communes en juin 1978, art. 102.
  194. Voir le compte rendu officieux de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, septembre 1980, établi par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, p. 229-276.
  195. Alberta, Gouvernement de l'Alberta, *Harmony in Diversity: A New Federalism for Canada*, Edmonton, gouvernement de l'Alberta, 1978, p. 11.
  196. Voir Russell, *supra*, n. 109, p. 63.
  197. Le juge Spence a pris sa retraite le 29 décembre 1978 et le juge McIntyre a été nommé le 1<sup>er</sup> janvier 1979.
  198. Le juge LeDain a été nommé en mai 1984.
  199. Voir Lederman, *supra*, n. 167, p. 11.
  200. Voir les documents préparés pour la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, septembre 1980, réunis par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, document 800-14/059.
  201. Voir MacPherson, *supra*, n. 162, p. 209.
  202. *Charte constitutionnelle canadienne*, produit de la Conférence constitutionnelle de Victoria, juin 1971, art. 23.
  203. *Rapport final du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, 4<sup>e</sup> session, 28<sup>e</sup> législature, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972, p. 39.
  204. Comité sur la Constitution, *Vers un Canada nouveau*, travail de recherche préparé pour la Fondation du Barreau canadien, Montréal, Fondation du Barreau canadien, 1978, p. 69 et 70.

205. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980, p. 61.
206. Voir Russell, *supra*, n. 109, p. 63.
207. La seule mention des pressions exercées sur la Cour se trouve dans Lederman, « Current Proposals for Reform », *supra*, n. 190, p. 695.
208. Voir *supra*, n. 205, p. 61.
209. Voir Russell, *supra*, n. 109, p. 65; et Bushnell, *supra*, n. 110, p. 555–557.
210. Voir *supra*, n. 204, p. 69.
211. Parmi toutes les propositions de modification, seul le Projet de loi C–60 mentionnait spécifiquement la possibilité de nommer un juge dont les contacts les plus étroits étaient établis avec l'un des territoires plutôt qu'avec l'une des provinces : voir *supra*, n. 193, art. 103.
212. Voir Laskin, *supra*, n. 11, p. 4.
213. *Idem*, p. 5.
214. 1970 S.R.C., annexe III. Pour une analyse éclairante de l'oeuvre de la Cour dans l'interprétation de cette loi fédérale, voir Dale Gibson, « And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 621; et W.S. Tarnapolsky, « A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada », 1978 *Law Society of Upper Canada Lectures* 161.
215. Il s'agit là autant d'une question de droit administratif que de droit constitutionnel. Pour un exemple sur la manière typique dont naissent et se règlent les litiges, voir *Renvoi : Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714.
216. En conformité avec la *Loi sur la Cour suprême*, art. 4.
217. Voir E. Ratushny, « Judicial Appointments: The Lang Legacy » dans Allen M. Linden (édit.), *The Canadian Judiciary*, Toronto, Osgoode Hall Law School, 1976, p. 31. Par exemple, le nom d'un candidat possible peut être soumis au Comité national sur la magistrature de l'Association du Barreau canadien. Le ministre de la Justice peut consulter diverses autres sources. La nomination des juges de la Cour suprême du Canada et des autres magistrats fédéraux ont toujours été une prérogative du Cabinet fédéral et même les contacts mentionnés précédemment ne sont pas utilisés dans tous les cas.
218. P.W. Hogg, « Is the Supreme Court of Canada Biased in Constitutional Cases? », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 721.
219. Voir *supra*, n. 138, p. 290.
220. Voir *supra*, n. 202, art. 26–32.
221. Voir *supra*, n. 203, p. 39.
222. Voir Lederman, « Current Proposals for Reform », *supra*, n. 190, p. 699.
223. Projet de loi C–60, *supra*, n. 202, art. 107.
224. La Chambre de la Fédération aurait consisté en 118 membres, choisis selon une formule régionale. La moitié du nombre total des membres des provinces aurait été choisie par la Chambre des communes et l'autre moitié par les assemblées législatives provinciales : voir *Idem*, par. 62 et 63.
225. Voir *supra*, n. 191, p. 12–14.
226. Voir *supra*, n. 204, p. 69.
227. Voir *supra*, n. 192, p. 109.
228. Voir *supra*, n. 205, p. 61.
229. Voir MacPherson, *supra*, n. 162, p. 209.
230. Voir Mark MacGuigan, *La réforme du Sénat : un document de travail*, Ottawa, gouvernement du Canada, 1983.
231. Voir *supra*, n. 195, p. 11.
232. Voir *supra*, n. 204, p. 68.
233. Pour un examen de la chronologie des événements et des accords conclus, voir Keith Banting et Richard Simeon, « Federalism, Democracy and the Constitution »

- dans Keith Banting et Richard Simeon (édit.), *And No One Cheered*, Toronto, Methuen, 1983, p. 2; et Edward McWhinney, *Canada and the Constitution, 1979–1982*, Toronto, University of Toronto Press, 1982.
234. Voir Ratushny, *supra*, n. 217, p. 40 et 41, pour un compte rendu des progrès effectués dans la promotion du principe de l'excellence au cours du début des années 1970.
  235. Voir le *National*, juillet-août 1984, p. 3.
  236. Voir Dickson, *supra*, n. 25, p. 7.
  237. Voir L.C. Berkson, « Judicial Selection in the United States: A Special Report », (1980) 64 *Judicature* 176.
  238. John R. Schmidhauser, *Judges and Justices: The Federal Appellate Judiciary*, Boston, Little, Brown, 1979.
  239. Richard A. Watson et R.G. Downing, *The Politics of the Bench and Bar: Judicial Selection Under the Missouri Nonpartisan Court Plan*, New York, Wiley, 1969.
  240. Voir l'annexe A, sous la rubrique « Sélection ».
  241. Voir l'annexe B.
  242. David Pannick, « Election of the Judiciary », (1979) 129 *New Law Journal* 1064.
  243. Voir A.M. Gleeson, « Judging the Judges », (1979) 53 *The Australian Law Journal* 338; Tony Black, « Judicial Appointments: Time for a Change », 1978 *The New Zealand Law Journal*, p. 41; et F.M. Neasey, « Comment Upon Proposals for an Australian Judicial System », (1983) 57 *The Australian Law Journal* 335.
  244. Cette présence féminine minimale est recommandée pour un grand nombre des raisons avancées par Christine Boyle, « Home Rule for Women: Power-Sharing Between Men and Women », (1983) 7 *Dalhousie Law Journal* 790.
  245. Pour une description des divers éléments importants qui composent la mosaïque sociale canadienne, nous devons nous adresser aux spécialistes des sciences sociales.
  246. Un tel service illustrerait le genre d'activité démocratique « représentative », ainsi que l'explique William Mishler, *Political Participation in Canada*, Toronto, Macmillan, 1979, p. 155.
  247. Voir Grover Rees III « Questions for Supreme Court Nominees at Confirmation Hearings: Excluding the Constitution », (1983) 17 *Georgia Law Review* 913.
  248. Voir Laskin, *supra*, n. 11, et Dickson, *supra*, n. 25.
  249. Par exemple, voir *Maclean's*, 30 avril 1984, p. 20, et *The Globe and Mail*, 30 mai 1984, p. 1 et 2.
  250. Pour les recommandations elles-mêmes, voir le *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales*, Ottawa, Information Canada, 1973, p. 122–134.
  251. Voir Martin, *supra*, n. 20.
  252. Voir Dickson, *supra*, n. 25.
  253. M. Handler, « What to Do With the Supreme Court's Burgeoning Calendars », (1984) 5 *Cardozo Law Review* 249.
  254. Association du Barreau Canadien, *Rapport du Comité spécial de l'Association du Barreau canadien sur l'encombrement du rôle de la Cour suprême*, 1970. Russell a également examiné ces problèmes, *supra*, n. 1.
  255. Voir Dickson, *supra*, n. 25, p. 9 et 10.
  256. Les stagiaires à la Cour suprême du Canada écrivent encore leurs mémoires adressés aux juges à la main ou les dactylographient eux-mêmes parce qu'ils n'ont pas accès aux services de secrétariat. Un ordinateur, même à titre d'instrument de recherche, n'a été introduit à la Cour qu'en 1978 et seulement après une certaine controverse.
  257. W. Burger, « Annual Report on the State of the Judiciary », (1983) 69 *American Bar Association Journal* 442.
  258. J.P. Stevens, « Some Thoughts on Judicial Restraint », (1982) 66 *Judicature* 177.
  259. W.J. Brennan Jr, « Some Thoughts on the Supreme Court's Workload », (1982) 66 *Judicature* 230.

260. Il s'agit d'une classification utilisée dans un article récent qui donne une bonne idée de la façon dont on aborde l'allongement de l'ordre du jour aux États-Unis : « Of High Designs: A Compendium of Proposals to Reduce the Workload of the Supreme Court », (1983) 97 *Harvard Law Review* 307.
261. Les critiques du juge Brennan à l'endroit de la création éventuelle d'une cour nationale d'appel aux États-Unis sont fondées en partie sur cette crainte, *supra*, n. 259. Il existe également des partisans enthousiastes d'une telle cour : Paul A. Freund, « A National Court of Appeals », (1973–1974) 25 *Hastings Law Journal* 1301–1349.
262. W.H. McCree Jr, « Bureaucratic Justice: An Early Warning », (1981) 129 *University of Pennsylvania Law Review* 777. Il souligne le fait qu'une délégation exagérée peut conduire les juges à perdre la direction du processus.
263. Voir Dickson, *supra*, n. 25.
264. Le rôle précis du juge en chef et la procédure de rédaction des jugements constituent d'autres domaines évidents de préoccupation. Ces deux questions semblent abordées de façon plus formaliste aux États-Unis qu'au Canada. Nous manquons de place et d'expérience pour entrer dans le détail du sujet.
265. Wayne MacKay a servi de stagiaire au regretté juge en chef Bora Laskin pendant la session de 1978–1979. Il est également l'auteur d'un mémoire interne de la Cour sur l'amélioration de l'institution du stage à la Cour suprême du Canada.
266. Il existe peu d'écrits relatifs au stage au Canada mais ceux qui ont paru confirment que les stagiaires jouent un rôle important sans usurper la position des juges : M.J. Herman, « Law Clerking at the Supreme Court of Canada », (1975) 13 *Osgoode Hall Law Journal* 279; et B. Morgan, « A View of Clerking at the Supreme Court of Canada », (1978) 3 *Hearsay* 2, 6.
267. B. Woodward et S. Armstrong, *The Brethren*, New York, Simon and Schuster, 1979.
268. P. Bender, « Book Review of *The Brethren* », (1980) 128 *University of Pennsylvania Law Review* 716; Symposium, « The Brethren: Yea or Nay », (1980) 15 *University of Pennsylvania Law Alumni Journal* 17; et Fletcher, « Book Review of *The Brethren* », (1980) 68 *California Law Review* 168, ne constituent qu'un petit nombre des nombreux commentaires critiques de l'ouvrage.
269. J.H. Wilkinson, *Serving Justice: A Supreme Court Clerk's View*, New York, Charterhouse, 1974.
270. J.B. Oakley et R.S. Thompson, *Law Clerks and the Judicial Process*, Berkeley, University of California Press, 1980. Ce livre préconise clairement le stagiaire « traditionnel » plutôt que le stagiaire « de carrière ».
271. La place que nous consacrons aux stagiaires dans cette étude témoigne de notre désir d'éduquer le public au sujet de la Cour et de son infrastructure.
272. J. Vining, « Justice, Bureaucracy and Legal Method », (1981–1982) 80 *Michigan Law Review* 248. Cette communication avait été présentée à l'origine à l'Université de Windsor en Ontario et a également été publiée dans (1982) 2 *Windsor Yearbook Access to Justice*.
273. H.T. Edwards, « A Judge's View on Justice, Bureaucracy and Legal Method », (1981–1982) 80 *Michigan Law Review* 259.
274. Voir « The Law Clerk's Duty of Confidentiality », (1981) 129 *University of Pennsylvania Law Review* 1230.
275. Voir Woodward et Armstrong, *supra*, n. 267.
276. Voir Russell, *supra*, n. 108; et B.A. Crane, « Civil Appeals to the Supreme Court of Canada », (1977) 15 *Osgoode Hall Law Journal* 389.
277. Voir Wilson, *supra*, n. 141, et W.Z. Estey, *The Role and Operation of the Supreme Court of Canada*, conférence à la Ontario Advocates' Society, 23 juin 1978, n'en constituent que deux exemples parmi d'autres.
278. Voir Herman, *supra*, n. 265, fait observer que le domaine des requêtes pour autorisation d'appeler est celui où les stagiaires sont les moins utiles.
279. Voir Stevens, *supra*, n. 258.
280. Voir Brennan, *supra*, n. 259.

281. Voir *supra*, n. 260, p. 312 et 313.
282. Voir Dickson, *supra*, n. 25, p. 12.
283. On peut soutenir de façon convaincante que les litiges n'ont jamais été tranchés sur une base aussi étroite mais que les tribunaux ont simplement refusé de reconnaître leurs motifs plus larges.
284. Voir *supra*, n. 59.
285. P.W. Hogg, « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *University of Toronto Law Journal* 386; et Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, *supra*, n. 39, p. 239–258.
286. (1953) 2 R.C.S. 299.
287. *Reference re Eskimos*, 1939 R.C.S. 104.
288. W. MacKay, *Courts, Cameras and Fair Trials: Confrontation or Collaboration*, exposé fait à l'Association canadienne des juges des cours provinciales au cours de sa réunion annuelle tenue à St. John's, Terre-Neuve, le 26 septembre 1984. Le débat relatif aux caméras dans les salles d'audience constitue un excellent exemple du manque de confiance de part et d'autre.
289. Voir Dickson, *supra*, n. 25, p. 5.
290. *Idem*, p. 18 et 19.

### ***Bibliographie sélective sur l'administration judiciaire et sa réforme***

- Abramson, J.B., « Should a Law Clerk Ever Reveal Confidential Information? », (1980) 63 *Judicature* 361.
- Acheson, Dean, « Recollection of Service with the Federal Supreme Court », (1957) 18 *Alabama Law Review* 355.
- Aldisert, R.J., « Duties of Law Clerks », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1251.
- American Bar Association, ABA Commission on Standards of Judicial Administration, *Standards Relating to Appellate Courts*, Chicago, American Bar Association, 1977.
- Baier, Paul R., « The Law Clerks: Profile of an Institution », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1125.
- Bender, Paul, « Book Review of *The Brethren* », (1973) 26 *University of Pennsylvania Law Review* 716.
- Bickel, Alexander M., *The Caseload of the Supreme Court — And What, if Anything, We Can Do About It*, Washington (D.C.), American Institute for Public Policy Research, 1973.
- Braden, G.D., « The Value of Law Clerks », (1953) 24 *Mississippi Law Journal* 295.
- Brennan, William J., « Some Thoughts on the Supreme Court's Workload » (1983) 45 *New York State Bar Journal* 14.
- Brudney, V. et Wolfson, R., « Mr. Justice Rutledge — Law Clerks' Reflections », (1949) 25 *Indiana Law Journal* 455.
- Burger, Warren, « Annual Report on the State of the Judiciary », (1983) 69 *American Bar Association Journal* 442.
- Cannon, Mark W., « Administrative Change and the Supreme Court », (1974) 57 *Judicature* 334.
- Carrington, Paul D., Meador, Daniel J. et Rosenberg, Maurice, *Justice on Appeal*, St. Paul, West Publishing, 1976.
- Casper, Gerhard et Posner, Richard A., *The Workload of the Supreme Court*, Chicago, American Bar Foundation, 1976.
- Clark, Tom C., « Internal Operation of the United States Supreme Court », (1959) 43 *Journal of the American Judicial Society* 45.



- Coleman, William J. Jr, « The Supreme Court of the United States: Managing Its Caseload to Achieve Its Constitutional Purpose », (1983) 52 *Fordham Law Review* 1.
- Crane, Brian, « Law Clerks for Canadian Judges », (1966) 15 *Canadian Bar Journal* 373.
- Darsen, N., « Law Clerks in the Appellate Courts of the United States », (1963) 26 *Modern Law Review* 265.
- Edwards, H.T., « A Judge's View on Justice, Bureaucracy, and Legal Method », (1981) 80 *Michigan Law Review* 259.
- Edwards, H.T., « The Rising Work Load and Perceived « Bureaucracy » of the Federal Courts: A Causation-Based Approach to the Search for Appropriate Remedies », (1983) 68 *Iowa Law Review* 871.
- Frank, J.P., « The Supreme Court: The Muckrakers Return », (1980) 66 *American Bar Association Journal* 161.
- Fite, Arthur, Potts, Robert L. et Sweeney, Donald B. Jr, « Law Clerkships: Three Inside Views », (1972) 33 *Alabama Law Review* 156.
- Garcia, « The Role and Experiences of Supreme Court Law Clerks: An Annotated Bibliography », (1977) 70 *Law Library Journal* 338.
- Gazell, J.A., « Justice Potter Stewart's Philosophy of Federal Judicial Administration », (1982) 32 *Case Western Law Review* 419.  
p. 419.
- Gressman, E., « Irreverent Questions About Piercing the Red Velour Curtain », (1973) 22 *Buffalo Law Review* 825.
- Griswold, Erwin N., « Helping the Supreme Court by Reducing the Flow of Cases Into the Courts of Appeals », (1983) 67 *Judicature* 58.
- Hamley, F., « Sample Instructions to Law Clerks », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1241.
- Handler, Milton, « What To Do With the Supreme Court's Burgeoning Calendars? », (1984) 5 *Cardozo Law Review* 249.
- Haworth, Charles R., « Screening and Summary Procedures in the Ninth Circuit Court of Appeals », 1973 *Washington University Law Quarterly* 257.
- Hellman, Arthur D., « The Business of the Supreme Court Under the Judiciary Act of 1925: The Plenary Docket in the 1970's », (1978) 91 *Harvard Law Review* 1709.
- Herman, Michael John, « Law Clerking at the Supreme Court of Canada », (1975) 13 *Osgoode Hall Law Journal* 279.
- Higginbotham, P.E., « Bureaucracy — The Carcinoma of the Federal Judiciary », (1980) 31 *Alabama Law Review* 261.
- Hopkins, James D., « The Winds of Change: New Styles in the Appellate Process » (1975) 3 *Hofstra Law Review* 649.
- Johnson, N., « What Do Law Clerks Do? », (1959) 22 *Texas Bar Journal* 229.
- Jones, Jeffrey J., « Justice Stevens' Proposal to Establish a Sub-Supreme Court », (1983) 20 *Harvard Journal Legislation* 201.
- Kaufman, Irving R., « The Pre-Argument Conference: An Appellate Procedural Reform », (1974) 79 *Columbia Law Review* 1094.
- Kurland, Philip, « Jerome N. Frank: Some Reflections and Recollections of a Law Clerk », (1957) 24 *University of Chicago Law Review* 661.
- Leflar, Robert A., *Internal Operating Procedures of Appellate Courts*, Chicago, American Bar Foundation, 1976.
- Lesinski, T.J. et Stockmeyer, N.O., « Prehearing Research and Screening in the Michigan Court of Appeals: One Court's Method for Increasing Judicial Productivity », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1211.
- Little, Joseph, « The Workload of the United States Supreme Court: Ruling the Pen with the Tongue », (1981) 6 *Journal of the Legal Profession* 51.
- McCormack, Alfred, « A Law Clerk's Recollections », (1946) 46 *Columbia Law Review* 710.
- McCree, W.H., « Bureaucratic Justice: An Early Warning », (1981) 129 *University of Pennsylvania Law Review* 777.

- Mayne, Wylie E., «No Relief in Sight for a Beleaguered Supreme Court », (1984) 9 *Litigation News* 3(2).
- Meador, Daniel J., *Appellate Courts: Staff and Process in the Crisis of Volume*, St. Paul, West Publishing, 1974.
- Meador, D., «Justice Black and His Law Clerks », (1962) 15 *Alabama Law Review* 57.
- Meador, Daniel J., «Professional Assistance for Appellate Judges: A Central Staff of Lawyers », (1974) 63 *Federal Rules Decisions* 489.
- Millar, Perry S. et Baar, Carl, *Judicial Administration in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1981.
- Miller, A. S. et Sastri, D.S., «Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain », (1973) 22 *Buffalo Law Review* 799.
- Newland, C.A., «Personal Assistants to Supreme Court Justices: The Law Clerks », (1961) 40 *Oregon Law Review* 299.
- Note, «Of High Designs: A Compendium of Proposals to Reduce the Workload of the Supreme Court », (1983) 97 *Harvard Law Review* 307.
- Oakley, John B. et Thompson, Robert S., «Law Clerks in Judges' Eyes: Tradition and Innovation in the Use of Legal Staff by American Judges », (1979) 67 *California Law Review* 1286.
- Oakley, John B. et Thompson, Robert S., *Law Clerks and the Judicial Process*, Berkeley, University of California Press, 1980.
- O'Connell, Kenneth J., «Streamlining Appellate Procedures », (1973) 56 *Judicature* 23.
- Posner, Richard A., «Will the Federal Courts Survive Until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function », (1983) 56 *Southern California Law Review* 761.
- Resnik, Judith, «Managerial Judges », (1982) 96 *Harvard Law Review* 374.
- Shetreet, S., «Remedies for Court Congestion and Delay: The Models and the Recent Trend », (1979) 17 *University of Western Ontario Law Review* 35.
- Smith, George R., «A Primer of Opinion Writing for Law Clerks », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1203.
- Stockmeyer, N.O. Jr, «Rx for the Certiorari Crisis: A More Professional Staff » (1973) 59 *American Bar Association Journal* 846.
- Symposium, «The Brethren: Yea or Nay », (1980) 15 *University of Pennsylvania Law Alumni Journal*.
- Vining, J., «Justice, Bureaucracy, and Legal Method », (1981) 80 *Michigan Law Review* 248.
- Watson, Garry D., «The Judge and Court Administration » dans Allen M. Linder (édit.), *The Canadian Judiciary*, Toronto, Osgoode Hall Law School, 1976, p. 163-191.
- Wilkinson, J. Harvie, *Serving Justice: A Supreme Court Clerk's View*, New York, Charterhouse, 1974.
- Wilkinson, J. Harvie, «Book review of *Law Clerks and the Judicial Process* » (1982) 32 *Journal of Legal Education* 304.
- Wilson, Bertha, «Leave to Appeal to the Supreme Court of Canada », (1983) 4 *Advocates Quarterly* 1.
- Woodward, B. et Armstrong, S., *The Brethren*, New York, Simon and Schuster, 1979.
- Wright, Judge E., «Observations of an Appellate Judge: Use of the Law Clerk », (1973) 26 *Vanderbilt Law Review* 1179.
- Wright, Judge E., «Selection, Training and Use of Law Clerks in the United States Courts of Appeal », (1974) 63 *Federal Rules Decisions* 464.



---

# Les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés en matière d'égalité et les institutions de l'État

MARY EBERTS

## Introduction

La présente étude porte sur les répercussions qu'auront sur les institutions du gouvernement les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui portent sur les droits à l'égalité. À cet égard, c'est surtout l'article 15 de la Charte qui a retenu notre attention, mais nous avons dû également tenir compte des articles 6, 16 à 22 inclusivement, 27 et 28.

L'objet de la présente analyse pourrait être défini de façon très large. En effet, à première vue, la liste des entités qui pourraient être comprises dans l'expression « institutions du gouvernement » est imposante : on y retrouve le gouverneur général, le premier ministre et le Cabinet, le Parlement, les tribunaux et une multitude d'organismes. Mentionnons, à titre d'exemples, la police militaire et nationale ainsi qu'un grand nombre d'organismes chargés d'élaborer ou d'appliquer des politiques ou d'assurer des services essentiels, comme la Banque du Canada, la Monnaie royale canadienne et la Bibliothèque nationale.

Il existe également divers conseils qui ont été créés pour faire des recherches, donner des conseils et procéder à la répartition des ressources financières. Parmi ceux-ci, mentionnons le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, le Conseil des arts du Canada, le Conseil des sciences du Canada, le Conseil national de recherches et le Conseil économique du Canada.

Par ailleurs, bon nombre d'organismes de réglementation exercent des pouvoirs que le Parlement leur a délégués dans certains secteurs de l'économie. Certains d'entre eux, comme le Tribunal anti-dumping, sont des cours d'archives; d'autres, comme le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, ne le sont pas.

Il n'est pas possible, dans le cadre de la présente étude, d'analyser en détail l'incidence des droits à l'égalité garantis par la Charte sur chacune de ces institutions. De fait, à l'heure actuelle, de nombreux fonctionnaires du gouvernement fédéral s'appliquent à étudier en profondeur des répercussions de la Charte sur toutes les lois fédérales, ce qui leur demande beaucoup de temps. Si l'on présume que tous les organismes créés par une loi ou un texte réglementaire seront examinés, cette analyse portera en grande partie sur ces institutions.

Bien que nous ne disposons pas des ressources nécessaires pour entreprendre une étude de cette ampleur, nous avons évité, dans la mesure du possible, de formuler des commentaires par trop généraux et donc sans grand intérêt. Le lecteur jugera par lui-même jusqu'à quel point nous avons réussi à atteindre un juste milieu.

La présente étude comprend trois parties. La première porte sur le sens de l'expression « institution du gouvernement ». S'il est vrai que, pour les raisons expliquées plus loin, les organismes évaluant leurs propres obligations en vertu de la Charte ne devraient pas accorder trop d'importance aux aspects techniques de cette question, il n'en demeure pas moins que le contenu de cette notion fera souvent l'objet de discussions dans le cadre des poursuites intentées en vertu de la Charte. C'est pourquoi le sens de l'expression « institution du gouvernement » fait l'objet d'un examen approfondi.

La deuxième partie porte sur l'interprétation des droits à l'égalité garantis par la Charte, tandis que la troisième traite des répercussions possibles de ces dispositions sur les institutions du gouvernement. Dans cette dernière partie, seules quelques répercussions possibles sont mentionnées. Nous avons cependant tenté d'étudier les questions importantes de façon suffisamment détaillée pour rendre l'analyse intéressante. Enfin, le lecteur trouvera à la fin du document des annexes sur l'origine législative des diverses entités mentionnées tout au long du texte.

Avant d'aborder l'analyse des institutions du gouvernement et des dispositions sur les droits à l'égalité, il convient de replacer l'ensemble du sujet dans son contexte.

La Charte enchâsse les droits que le citoyen peut faire valoir contre l'État. Si le recours en justice constitue pour le citoyen un moyen de faire valoir ses droits, il ne représente qu'une faible partie des possibilités d'application de la Charte. Dans une large mesure, la Charte se veut un document auto-exécutoire : l'État doit respecter les exigences de la Charte dans le cadre de ses activités, qu'il soit contraint ou non de s'y conformer dans un cas donné par un citoyen.

Le fait que la Charte soit appliquée non seulement par les tribunaux mais aussi par les législatures et les gouvernements a des conséquences très importantes. Il y a tout lieu de croire, même si ce n'est pas nécessairement à souhaiter, que les tribunaux seront appelés à se prononcer

sur des questions d'interprétation législative assez précises lorsqu'ils étudieront le sens et la portée de la Charte. Même s'il est permis d'espérer que les tribunaux adopteront une interprétation large et libérale de la Charte, cela ne signifie pas que les litiges seront toujours faciles à trancher.

Les gouvernements n'auraient toutefois aucune raison d'adopter une interprétation restrictive de la Charte lorsqu'ils détermineront si celle-ci s'applique à eux ou à l'un de leurs organismes subordonnés et lorsqu'ils étudieront l'étendue de leurs obligations en vertu de la Charte. Si cette interprétation était retenue, tout litige portant sur les questions de savoir si une entité est gouvernementale et si un droit est conféré par la Charte serait résolu en faveur de l'application de celle-ci et de la reconnaissance de ce droit.

Pour comprendre toute l'importance de l'attitude du gouvernement à l'égard de ses obligations constitutionnelles, il faut examiner le sens des dispositions sur les droits à l'égalité contenues dans la Charte. Intitulé « Droits à l'égalité », l'article 15 est une manifestation claire de la reconnaissance publique du droit à un traitement égal, tant sur le plan du contenu de la loi que sur celui de son application. L'article 28 affirme l'égalité fondamentale entre les hommes et les femmes : si ces personnes jouissent des mêmes droits démocratiques et juridiques fondamentaux dans notre société, elles devraient logiquement bénéficier d'un traitement égal par rapport aux autres aspects de la citoyenneté qui ont moins d'importance sur le plan constitutionnel. Par ailleurs, l'article 27 reconnaît et protège le patrimoine multiculturel des Canadiens et les articles 16 à 23 donnent une base constitutionnelle solide à nos langues officielles.

Le but de la Charte est clair : en plus de protéger les droits « traditionnels » des minorités, soit ceux de la race, de la religion et de l'origine ethnique, la Charte accorde également une protection constitutionnelle à d'autres droits dont l'importance n'a été reconnue que tardivement. Le législateur a ainsi tenu compte de la volonté de la population qui, au cours des quarante dernières années, a manifesté un intérêt croissant à l'endroit des minorités et un désir de les protéger par des garanties constitutionnelles solides plutôt que par des textes législatifs qui peuvent facilement être modifiés selon la situation politique.

Tous ces facteurs devraient guider les gouvernements lors de l'application des dispositions sur les droits à l'égalité. En ce qui a trait à l'article 15, il est probablement juste de dire que l'on n'a pas encore l'expérience qu'il faut pour déterminer avec suffisamment de précision l'objectif à atteindre en matière d'égalité et les meilleures mesures à prendre pour en assurer la réalisation. Il faudra peut-être résoudre des problèmes d'interprétation que soulèvent certaines questions fondamentales, notamment : le mot égalité signifie-t-il un traitement identique pour tous ou permet-il de tenir compte de circonstances particu-

lières? La Charte couvre-t-elle uniquement les inégalités législatives, ou peut-elle être invoquée pour forcer les gouvernements à corriger les inégalités de fait qui subsistent dans notre société? Cependant, comme nous l'expliquons dans la présente étude, l'article 15 est, à notre avis, suffisamment flexible pour couvrir non seulement les objectifs individuels d'égalité de traitement et d'égalité des chances, mais aussi les objectifs plus collectifs d'égalité d'état et de répartition équitable des ressources.

Les gouvernements et leurs institutions auront un rôle prépondérant à jouer dans l'évolution de l'interprétation de l'article 15. En effet, ils devront diriger et conseiller l'avocat qui les représentera devant les tribunaux à l'occasion de litiges constitutionnels. Bien plus, ils devront aussi faire face aux problèmes fondamentaux que pose la notion d'égalité lors de l'élaboration des lois et des politiques. Lorsqu'ils devront résoudre ces problèmes, ils pourront choisir de se conformer à l'esprit de la Charte ou adopter une interprétation restrictive de celle-ci, de façon à circonscrire le plus possible les obligations qu'elle leur impose dans un cas donné.

À notre avis, la voie que les gouvernements et leurs institutions devraient suivre est toute tracée : ils peuvent, beaucoup plus facilement et plus fréquemment que les tribunaux, adopter une interprétation large et libérale des dispositions relatives à l'égalité. Ils peuvent refuser d'invoquer des technicalités lorsqu'ils sont amenés à préciser la portée de la Charte et opter en faveur d'une utilisation généreuse et judicieuse de celle-ci lorsqu'ils tenteront de résoudre les questions énoncées ci-après, qui sont souvent complexes.

## **Qu'est-ce qu'une institution du gouvernement?**

Pour évaluer les répercussions des droits à l'égalité garantis par la Charte sur les « institutions du gouvernement », il faut d'abord savoir ce qu'est une institution du gouvernement. Bien que la Charte s'applique autant aux gouvernements provinciaux qu'au gouvernement fédéral, nous n'avons étudié cette question que dans le contexte fédéral. Cependant, les propositions présentées ci-après devraient également s'appliquer dans le contexte provincial. Nous ne nous sommes pas attardés non plus sur la question de savoir si les tribunaux étaient assujettis à la Charte, mais nous avons pris pour acquis tout au long de l'étude qu'ils l'étaient.

L'expression « institutions du gouvernement » utilisée dans la Charte n'est pas définie. Elle est d'ailleurs très rarement utilisée, soit aux articles 16 et 20, qui portent sur les garanties relatives aux langues officielles.

L'article 16 prévoit notamment que l'anglais et le français « ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les

institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ». En vertu du paragraphe 20(1), tout membre du public du Canada peut utiliser le français ou l'anglais « pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services » et « a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions » dans certains cas donnés. Ces extraits ne nous permettent pas vraiment de mieux cerner le sens de l'expression « institutions du gouvernement ».

Le principal article de la Charte qui porte sur son application est l'article 32, qui se lit comme suit :

32. (1) La présente charte s'applique :
- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest;
  - b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Les deux mots clés de cet article sont les mots « Parlement » et « gouvernement ». Le premier est peut-être plus facile à définir.

L'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce : « Il y aura, pour le Canada, un Parlement composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat et de la Chambre des communes. »

Les activités législatives du Parlement représentent peut-être l'aspect le plus connu des activités de cette institution, et il est évident que la Charte s'applique à ces fonctions.

Le Parlement délègue également ses pouvoirs législatifs à des organismes législatifs subordonnés, comme les conseils, les commissions et les régies. Le Cabinet, ou un ministre du Cabinet, est parfois détenteur de ces pouvoirs délégués. Eu égard à l'article 32 de la Charte, il semble évident qu'elle s'applique également aux activités de ces organismes. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé la Haute Cour de l'Ontario dans l'arrêt *Re McCutcheon and City of Toronto*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 193. Dans cette cause, le juge Linden a décidé que les règlements municipaux étaient régis par la Charte. Il estime en effet qu'en vertu du paragraphe 32(1), « les subordonnés (le gouvernement du Canada et celui de chaque province) ne peuvent faire ce qui est interdit à leurs commettants (le Parlement et les législatures). Par conséquent, les subordonnés occupant un rang inférieur, comme les municipalités, sont liés de la même façon par la Charte. »

D'autre part, lorsqu'on étudie la portée de la Charte, il faut également se rappeler que le Parlement est à la fois une institution et un employeur et que certains de ses textes législatifs portent sur sa propre constitution et son administration.

Ainsi, la *Loi sur la Chambre des communes*, 1970 S.R.C., c. H-9, et la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, 1970 S.R.C., c. S-8 portent

notamment sur l'admissibilité des personnes à devenir membres ou sénateurs et sur les contraintes imposées aux activités de ces personnes. L'article 38 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et ses modifications prévoient que le gouverneur en conseil peut nommer le greffier du Sénat et le greffier de la Chambre des communes. Les personnes suivantes figurent sur la liste des « hauts fonctionnaires du Parlement » apparaissant au *Règlement sur les documents officiels* : le président du Sénat, le greffier du Sénat, le greffier de la Chambre des communes, le sergent d'armes, le bibliothécaire du Parlement, le bibliothécaire associé du Parlement et le gentilhomme huissier de la verge noire. En vertu de l'article 2 de la *Loi sur l'administration financière*, le mot « ministère » comprend le personnel du Sénat, de la Chambre des communes et de la bibliothèque du Parlement.

La *Loi sur la bibliothèque du Parlement*, 1970 S.R.C., c. L-7, contient des dispositions sur l'administration de la bibliothèque, sur la nomination de ses fonctionnaires et de son personnel et sur la surveillance de ses activités par un comité mixte des deux Chambres.

De toute évidence, le Parlement doit respecter les droits à l'égalité garantis par la Charte lorsqu'il adopte des lois concernant sa constitution et son administration et lorsqu'il surveille cette administration par l'entremise de ses fonctionnaires.

Le second mot clé de l'article 32 est le mot « gouvernement ». Il faut bien admettre que la définition de ce mot constituera probablement l'un des aspects les plus complexes de l'interprétation de la Charte. À notre avis, il n'existe aucune « bonne » interprétation de ce mot. Cependant, quelques indices nous aideront à délimiter jusqu'à un certain point le champ d'application de ce mot.

En premier lieu, il serait utile d'étudier le sens donné au mot « gouvernement » dans les textes législatifs ayant un statut constitutionnel équivalant à celui de la Charte, soit la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que tous les textes législatifs mentionnés à l'annexe I de ladite Loi. Mais un tel exercice déborderait le cadre de la présente étude. La *Loi constitutionnelle de 1982* utilise cependant à plusieurs reprises le mot « gouvernement ».

En vertu du paragraphe 36(1) de la partie III de la Loi, intitulée « Péréquation et inégalités régionales », « le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux » (c'est nous qui soulignons) s'engagent à respecter certains principes précis pour réduire les inégalités régionales.

La partie IV de la Loi prévoit la convocation d'une conférence constitutionnelle composée du premier ministre du Canada et des premiers ministres des provinces dans un délai d'un an suivant l'entrée en vigueur de la partie pour étudier les questions constitutionnelles qui touchent directement les peuples autochtones du Canada. Selon le paragraphe 37(3), le premier ministre du Canada invite « les représentants élus des



*gouvernements* du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest » (c'est nous qui soulignons) à participer aux travaux relatifs aux questions qui les intéressent directement.

La partie V, qui porte sur la procédure relative à la modification de la Constitution canadienne, prévoit au paragraphe 38(2) que toute modification constitutionnelle dérogeant à « la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un *gouvernement* provincial » (c'est nous qui soulignons) exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d'au moins les deux tiers des provinces comportant au total, selon le dernier recensement général, au moins 50 % de la population de toutes les provinces.

Dans tous ces articles, on semble utiliser le mot « gouvernement » au sens large et viser tous les aspects de l'autorité civique ou de l'organisme gouvernemental dans son ensemble plutôt qu'une partie de ces organismes.

Le mot « gouvernement » semble être utilisé dans un sens beaucoup plus restreint à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, en vertu de cet article, sauf dans certains cas, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au *pouvoir exécutif fédéral*, au Sénat ou à la Chambre des communes (c'est nous qui soulignons).

Comment peut-on alors concilier les diverses expressions utilisées dans la Charte et dans la *Loi constitutionnelle de 1982* pour mieux comprendre la portée de la Charte? Les expressions qui posent des problèmes sont les suivantes : « au Parlement et au gouvernement du Canada » (art. 32), « institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada » (art. 20), « le Parlement. . . ainsi que le gouvernement du Canada », « le Parlement et le gouvernement du Canada », et « gouvernements provinciaux » (art. 36), les « représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest » (art. 37) et « pouvoir exécutif fédéral » (art. 44).

À cet égard, deux décisions de la Cour suprême du Canada peuvent être d'une certaine utilité.

Dans l'affaire *Le Procureur général du Québec c. Blaikie* (n° 2), (1981) 1 R.C.S. 312, la Cour suprême du Canada a étudié d'autres questions soulevées par la décision antérieure qu'elle avait rendue relativement à l'application de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* à la législation déléguée : (1979) 2 R.C.S. 1016. L'article 133 se lit comme suit :

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de

procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité du présent acte, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux de Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Dans l'arrêt *Blaikie* (n° 2), les procureurs des gouvernements du Québec et du Manitoba ont admis que l'article 133 de la Loi s'appliquait aux « mesures de nature législative qui émanent du gouvernement de la province, y compris celles qui émanent d'un groupe de ministres, membres du gouvernement, comme le Conseil du Trésor. . . ou d'un ministre ». Statuant qu'il s'agit là d'une admission bien fondée, la Cour suprême s'exprime ensuite comme suit (p. 320) :

Le gouvernement de la province n'est pas un organisme créé par la Législature. Il a un statut constitutionnel propre et ne lui est pas subordonné au même titre que les autres organismes législatifs provinciaux qu'elle crée. En fait, c'est le gouvernement qui, par sa majorité, contrôle en pratique au jour le jour les travaux des membres élus de la Législature, établit l'ordre du jour, donne priorité à ses propres projets de loi et dans la plupart des cas décide si le pouvoir législatif doit être délégué et, le cas échéant, s'il doit l'exercer lui-même ou le confier à un autre organisme.

Cette description peut s'appliquer simplement au parti majoritaire de la Chambre ou, dans un sens plus restreint, au « pouvoir exécutif fédéral » que W.P.M. Kennedy décrit comme suit :

Le pouvoir exécutif fédéral est exercé par un cabinet de ministres choisis parmi les membres du parti politique au pouvoir [. . .] Dès que les membres du Cabinet ont été assermentés, ils forment, avec le gouverneur général, le pouvoir exécutif fédéral du Canada<sup>1</sup>.

Dans l'arrêt *Blaikie* (n° 2), la Cour a décidé que le mot « gouvernement » visait également les activités de réglementation de certains organismes et commissions juridiques. Le raisonnement est le suivant (p. 329) :

Dans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées par la Législature parce qu'elles sont régies par l'art. 133. À notre avis, les autres règlements doivent être considérés sous le même angle quand on peut dire à bon droit que ce sont des mesures édictées par le gouvernement.

C'est le cas chaque fois que ces autres règlements sont soumis à l'approbation du gouvernement.

La Cour a également jugé que la formation utilisée pour assujettir des règlements à l'approbation du gouvernement n'était pas pertinente. De l'avis de la Cour (p. 329), « ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie ». Comme les organismes ayant reçu des pouvoirs législatifs conférés par le

Parlement seront nécessairement tenus d'observer les dispositions de la Charte en raison de l'inclusion du mot « Parlement » à l'article 32, ce raisonnement n'est peut-être pas aussi important ou utile dans le cadre de la Charte qu'il ne l'était aux fins de l'application de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans l'affaire *Berardinelli c. Ontario Housing Corporation et al.*, (1979) 1 R.C.S. 275, on trouve des commentaires intéressants sur les activités qui constituent des activités gouvernementales. En vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur le développement du logement*, 1970 L.R.O., c. 213, et ses modifications, la Société de logement de l'Ontario (SLO) avait le pouvoir d'exécuter tout projet de développement ou projet domiciliaire, ce pouvoir s'appliquant à des activités de planification, de construction et de gestion. La SLO qui, en vertu de sa loi constitutive, est une société sans capital-actions, a invoqué la protection de l'article 11 de la *Loi sur l'immunité de personnes publiques*, 1970 L.R.O., c. 374, lorsqu'elle a été poursuivie en dommages à la suite des blessures résultant de son omission de nettoyer la neige et la glace qui se trouvaient sur le trottoir d'un immeuble qu'elle exploitait. L'article 11 protège « une personne pour un acte fait en conformité ou en exécution d'un devoir ou pouvoir conféré par la loi ou d'un autre devoir ou pouvoir public. . . ».

S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Estey se dit d'avis, à la page 283, que l'expression « un devoir [. . .] conféré par la loi ou [. . .] autre devoir public » à l'article 11 vise :

les aspects des pouvoirs et devoirs légaux qui ont une connotation ou un aspect public et ne comprend pas les responsabilités de planification, de construction et d'administration [. . .] qui ont une connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires.

Les pouvoirs de cette société se répartissent donc en deux catégories :

il s'agit d'une part des actes à caractère public ou de nature essentiellement publique et d'autre part d'une catégorie d'activités, dont celles de gestion, qui sont plus de *nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine*. (Le soulignement apparaît à l'original.)

La Cour reconnaît de plus que cette distinction n'est pas facile à établir.

D'après le raisonnement suivi dans l'arrêt *Berardinelli*, il semble que certains aspects du comportement d'une entité pourraient être assujettis à la Charte, tandis que d'autres ne le seraient pas. Plutôt que de tenter de déterminer une fois pour toutes si une entité est visée ou non par la Charte, il y aurait donc lieu de suivre le raisonnement plus souple utilisé dans la cause de *Berardinelli*, sauf dans les cas où une détermination définitive peut être faite à l'égard de certaines entités.

La Cour fédérale du Canada a elle aussi formulé des commentaires intéressants sur la portée de l'article 32.

Dans l'affaire *R. et al. c. Operation Dismantle Inc. et al.*, (1983) 1 C.F. 745, la Cour d'appel fédérale a décidé que la Charte pouvait s'appliquer à

l'exercice de la prérogative du gouverneur en conseil. Cette décision est fondée sur deux principaux motifs : d'abord, comme le Parlement peut légiférer à l'égard de l'exercice de la prérogative, la question faisant l'objet de la prérogative est une question « relevant du Parlement » en vertu de l'article 32, même si le Parlement ne s'est pas nécessairement prévalu de cette prérogative. Ensuite, selon le juge LeDain, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* indique bien que « non seulement les dispositions légales et toute loi prise dans l'exercice du pouvoir législatif, mais aussi les règles de *common law* concernant le pouvoir gouvernemental, sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Constitution du Canada » (p. 763).

Dans cette cause, on retrouve également des indications sur la portée de la Charte. Ainsi, à la page 400, le juge Hugessen s'exprime comme suit :

À mon avis, l'article 32 montre bien que les droits que consacre la Charte sont protégés de toute atteinte directe de la part des gouvernements domestiques au Canada. La violation de droits garantis par la Charte commise par de simples citoyens, agissant hors de toute sanction officielle, ou par des puissances étrangères opérant hors du cadre de notre droit interne, ne peut donner ouverture à une action fondée sur la Charte, bien qu'elle puisse, naturellement, donner lieu à d'autres recours.

Dans l'arrêt *Blaikie* (n° 2), la Cour suprême avait décidé que l'article 133 s'appliquait « aux règlements ou ordonnances qui constituaient de la législation déléguée ainsi appelée à bon droit », mais ne s'appliquait pas aux « règles ou directives de gestion interne ».

En plus d'examiner les documents constitutionnels et l'interprétation judiciaire du mot gouvernement, il est intéressant de mentionner les entités que le Parlement a lui-même considérées comme des entités du gouvernement à diverses occasions. Ainsi, les textes législatifs portant sur la fonction publique du Canada et les sociétés de la Couronne nous donnent une bonne idée de ce que le Parlement entend par le mot « gouvernement ».

### ***La fonction publique***

La *Loi sur l'administration financière*, 1970 S.R.C., c. F-10 et ses modifications décrivent la composition du Conseil du Trésor et confient à ce dernier la responsabilité relative aux politiques administratives générales de la fonction publique du Canada. En vertu de l'article 7 de cette Loi, l'expression « fonction publique » a le sens qui lui est donné dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*; essentiellement, cette définition couvre les entités énumérées à l'annexe 1 de cette dernière Loi. En outre, selon la *Loi sur l'administration financière*, on retrouve dans l'organisation du personnel le concept de l'employeur distinct au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction*

*publique*, c'est-à-dire tous les employeurs énumérés à l'annexe II de la Loi. Le lecteur trouvera à la fin de la présente étude les annexes de ces lois qu'il pourra consulter pour avoir un bon aperçu de la gamme d'entités qui constituent des entités gouvernementales à ces fins.

La sélection et la nomination des personnes à des postes de la fonction publique est confiée à la Commission de la fonction publique en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, 1970 S.R.C., c. P-32, loi modifiée par 1974-1975-1976 S.C., c. 16, art. 1; 1974-1975-1976 S.C., c. 66, art. 10; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 143, art. 26. Dans cette Loi, l'expression « fonction publique » a le sens qui lui est donné dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. En outre, en vertu de l'article 2 de la Loi, les membres de la Gendarmerie royale du Canada et des Forces canadiennes sont réputés être des membres de la fonction publique pour les fins de l'admissibilité à postuler un emploi.

L'article 9 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* prévoit qu'aucune disposition de la Loi ne peut être interprétée de façon à restreindre le pouvoir de Sa Majesté concernant la nomination des ambassadeurs, des ministres, des hauts commissaires ou des consuls généraux du Canada. Par ailleurs, en vertu de l'article 37, la Loi permet à un ministre et au « titulaire reconnu du poste de chef de l'opposition à la Chambre des communes, leader du gouvernement au Sénat ou chef de l'opposition au Sénat » de nommer un directeur de Cabinet et les autres personnes que requiert son Cabinet. Selon l'article 38, le gouverneur en conseil peut procéder à la nomination et fixer le traitement du greffier du Conseil privé, du secrétaire du Cabinet, du secrétaire du Cabinet pour les relations fédérales-provinciales, du greffier du Sénat, du greffier de la Chambre des communes et du secrétaire du gouverneur général.

Quant aux relations de travail dans la fonction publique, elles dépendent dans une large mesure de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et des annexes susmentionnées qui sont jointes à la présente étude. Le lecteur trouvera également à la fin du texte les annexes pertinentes de la *Loi sur la pension de la Fonction publique*, 1970 S.R.C., c. P-36, telle que modifiée.

Dans la *Loi sur l'indemnisation des employés de l'Etat*, 1970, S.R.C., c. G-8, loi modifiée par 1980-1981 S.C., c. 47, art. 21, le législateur a adopté une conception plus générale de la notion de préposé du gouvernement. En effet, en vertu de l'article 2 de cette Loi, le mot « employé » désigne, entre autres choses,

- a) toute personne au service de Sa Majesté et à qui un salaire ou traitement direct est payé par Sa Majesté ou en son nom,
- b) tout membre, fonctionnaire ou employé de quelque *ministère, département, compagnie, corporation, commission, office, conseil ou organisme établi en vue de remplir une fonction ou d'accomplir un devoir*

*pour le compte du Gouvernement du Canada, que le Ministre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, déclare un employé pour les fins de la présente loi. . . (c'est nous qui soulignons);*

- e) tout fonctionnaire ou employé du Sénat, de la Chambre des communes ou de la Bibliothèque du Parlement.

### ***Les sociétés d'État***

Les divers genres de sociétés d'État sont décrits dans la *Loi sur l'administration financière* et ses modifications.

En vertu du paragraphe 95(1) de la Loi, une « société d'État » est une société d'État mère ou une filiale à cent pour cent d'une telle société. Une société d'État mère est une personne morale qui appartient directement à cent pour cent à Sa Majesté. Le paragraphe 95(2) de la Loi énonce qu'une société appartient directement, à cent pour cent, à Sa Majesté, si toutes les actions en circulation de la société sont détenues par Sa Majesté, pour son compte ou en fiducie pour elle, ou que les administrateurs de la personne morale sont nommés par le gouverneur en conseil ou par un ministre avec l'approbation du gouverneur en conseil. Le paragraphe 95(2) prévoit également que les actions d'une société peuvent être détenues par une « société mandataire », c'est-à-dire une société d'État ayant la qualité de mandataire de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une loi fédérale. Lorsque les actions d'une autre entreprise sont détenues par cette société mandataire, le paragraphe 95(3) de la *Loi sur l'administration financière* prévoit que ces actions sont réputées ne pas être détenues par Sa Majesté ou pour son compte et ne sont pas, pour cette seule raison, détenues en fiducie pour la Couronne. Cependant, les « établissements publics » ne sont pas des sociétés d'État mères; ces établissements, qui sont énumérés à l'annexe B de la Loi, sont des ministères du gouvernement conformément à l'article 2 de la *Loi sur l'administration financière*.

Le paragraphe 95(1) de la *Loi sur l'administration financière* définit une filiale à cent pour cent comme étant une personne morale appartenant à cent pour cent à une ou plusieurs sociétés d'État mères, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales dont chacune appartient à cent pour cent, même indirectement, à une ou plusieurs sociétés d'État mères.

Les noms des établissements publics figurent à l'annexe B de la Loi. Conformément au paragraphe 2.1(1), ajouté par l'article 3 des 1984 S.C., le gouverneur en conseil peut inscrire à l'annexe B toute société constituée par une loi fédérale et chargée de fonctions étatiques d'administration, de recherches, de surveillance, de consultation ou de réglementation. Par ailleurs, les noms des sociétés d'état mères figurent à l'annexe C de la Loi. Pour être inscrite sur cette liste, la société d'État mère doit

poursuivre ses activités dans un milieu compétitif et ne doit pas dépendre habituellement d'affectations de crédit pour ses dépenses de fonctionnement : paragraphe 2.1(6), ajouté par l'article 3 des 1984 S.C., c. 31.

Chaque société d'État, quelle qu'elle soit, est responsable de ses activités devant le Parlement, par l'intermédiaire d'un ministre.

Il existe d'autres dispositions législatives générales concernant les sociétés ou entreprises gouvernementales.

Dans la *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*, 1980 S.C.R., c. G-7, loi modifiée par 1974-1975-1976 S.C., c. 33, art. 265 (numéro 4), 1978-1979 S.C., c. 9, art. 1 « 265 » et 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 47, art. 20, le mot « compagnie » désigne une compagnie constituée en corporation selon la partie I de la *Loi sur les corporations canadiennes*, ou une société constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, dont toutes les actions de capital émises sont possédées par Sa Majesté du chef du Canada ou détenues en fiducie pour elle, sauf les actions requises pour permettre à d'autres personnes de devenir administrateurs, dans le cas des entreprises constituées en vertu de la partie I de la *Loi sur les corporations canadiennes*. L'article 6 de la Loi prévoit que celle-ci ne s'applique à une compagnie qu'à compter de la date à laquelle le gouverneur en conseil lance une proclamation déclarant ladite Loi applicable à cette compagnie.

L'article 4 de la Loi permet à toute compagnie d'employer les fonctionnaires et préposés qu'elle juge nécessaires à la conduite de ses opérations et de déterminer les conditions de leur emploi ainsi que leur rémunération. Cependant, une personne employée par cette entreprise gouvernementale qui a déjà été fonctionnaire public continue, selon l'article 5, « de retenir et a le droit de recevoir tous les avantages, sauf un traitement, comme employé de la Fonction publique, auxquels elle aurait eu droit si elle était demeurée un employé dans la Fonction publique », et peut, « [. . .] lorsque cette personne est retirée de son emploi auprès de la compagnie [. . .], être nommée de nouveau dans la Fonction publique ».

La *Loi relative à la circulation sur les terrains du gouvernement*, 1970 S.R.C., c. G-10, s'applique, selon le paragraphe 2(1), aux « terrains appartenant à Sa Majesté du chef du Canada ou occupés par Sa Majesté du chef du Canada », et permet au gouverneur en conseil d'établir des règlements concernant la circulation sur ces terrains.

On retrouve des définitions aussi larges de ce qu'est une entité ou une opération du gouvernement dans d'autres lois. En vertu de l'article 1 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, 1970 S.R.C., c. S-9, l'expression « navires appartenant à Sa Majesté » désigne « tous navires de guerre et autres bâtiments non immatriculés qui sont détenus par Sa Majesté ou pour son compte du chef d'un pays du Commonwealth », ou qui sont, tant qu'ils sont ainsi employés, entièrement au service de Sa

Majesté. L'article 3 de la *Loi sur la discipline à bord des bâtiments de l'État*, 1970 S.R.C., c. G-12, prévoit que « tout bâtiment employé par le gouvernement du Canada, soit temporairement, soit en permanence, est réputé, tant qu'il est ainsi employé, appartenir à l'État pour les fins de la présente loi ». Comme son titre l'indique, cette Loi porte sur le maintien de la discipline à bord des bâtiments du gouvernement. La *Loi sur les chemins de fer de l'État*, 1970 S.R.C., c. G-11, énonce au paragraphe 4(1) qu'elle s'applique « à tous les chemins de fer attribués à Sa Majesté, qui sont sous le contrôle et l'administration du ministre » et, enfin, en vertu de la *Loi sur les droits de passage dans les ouvrages de l'État*, 1970 S.R.C., c. G-13, le mot ouvrages comprend « les glisseurs, barrages flottants, digues, cloisonnages et autres ouvrages et travaux d'amélioration destinés à faciliter la descente du bois en grume et de service sur toute rivière ou cours d'eau qui relève du gouvernement du Canada ».

Lorsqu'on étudie ces divers textes législatifs, on a l'impression de se retrouver devant une mosaïque d'activités et d'entités que le gouvernement considère comme des activités et entités gouvernementales. Cependant, il n'est pas facile d'élaborer une théorie à partir de la foule de dispositions particulières à ce domaine.

Katherine Swinton estime que les tribunaux devraient appliquer le critère de la « fonction gouvernementale<sup>2</sup> » pour décider si des activités, des organismes subordonnés des intervenants privés donnés devraient être assujettis à la Charte. Lorsqu'ils doivent décider si la Charte s'applique ou non dans un cas donné, les tribunaux devraient déterminer s'ils sont en présence ou non d'une activité gouvernementale plutôt que de s'arrêter aux aspects formels de l'action étudiée. Toujours selon cette auteure, cette démarche devrait inciter les tribunaux à décider que la Charte s'applique aux restrictions gouvernementales touchant les libertés individuelles, même si ces restrictions sont d'origine contractuelle ou découlent d'activités que les spécialistes du droit administratif ont appelées « action administrative ».

Malheureusement, ce critère de la fonction gouvernementale soulève exactement les mêmes problèmes de définition que l'interprétation du mot gouvernement de l'article 32. De l'avis de la professeure Swinton, il faudrait appliquer cette notion en tenant compte des circonstances de l'espèce et les tribunaux devraient s'intéresser surtout à la question de savoir « si l'action ou l'institution en cause s'inscrit dans le cadre d'une fonction étatique à l'égard de laquelle l'individu a besoin de protection. . .<sup>3</sup> ». En outre, pour déterminer la portée de la Charte, on pourrait utiliser le critère de mandataire de la Couronne et se guider dans une certaine mesure sur ce qui se passe en droit international à l'égard de l'immunité des États.

La professeure Swinton indique également que la théorie de « l'action de l'État » utilisée aux États-Unis pourrait nous aider à déterminer ce qu'est une fonction publique, mais précise cependant que cette théorie



devrait être appliquée en tenant compte des circonstances de chaque affaire et qu'elle risque de ne pas toujours être applicable au contexte canadien.

À ce sujet, il convient d'examiner deux récentes décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis. Dans l'arrêt *Rendall-Baker c. Kohn*, (1982) 102 S. Ct. 2764, on a soutenu qu'une décision concernant le personnel d'une école privée qui accueillait des jeunes ayant des difficultés d'apprentissage constituait une action de l'État, parce que l'école était financée et réglementée par l'État et exerçait une fonction publique. Par ailleurs, dans l'arrêt *Blum c. Yaretsky*, (1982) 103 S. Ct. 2777, on a soutenu que les décisions relatives au transfert des malades que prenait la direction d'une maison de santé privée constituaient une action de l'État.

Dans l'arrêt *Rendall-Baker*, la Cour a cité la décision qu'elle avait elle-même rendue dans l'affaire *Blum* (p. 2786) :

[. . .] L'État ne peut normalement être tenu responsable d'une décision privée que lorsqu'il a exercé un pouvoir coercitif à cet égard ou qu'il a influencé la prise de cette décision, ouvertement ou non, à un point tel que le choix doit juridiquement être réputé celui de l'État.

De l'avis de la Cour, la principale question en litige consistait à déterminer si la prétendue violation de droits fédéraux « pouvait raisonnablement être attribuée » à l'État.

L'argument de l'action de l'État n'a été retenu dans aucune de ces affaires. Le seul fait de recevoir des deniers publics ne suffit pas à conférer à ces décisions le caractère d'action de l'État. À cet égard, le juge en chef Burger, parlant au nom de la Cour, fait une analogie avec un entrepreneur privé exécutant la majeure partie ou la totalité de ses travaux en vertu de contrats publics et s'exprime comme suit (p. 2771) : « Les actes de ces entrepreneurs privés ne deviennent pas des actions de l'État pour le seul fait qu'ils sont reliés en partie ou même en totalité à des contrats publics. » En outre, même si les actions d'une entité sont régies par des règlements détaillés de l'État, elles ne constituent pas pour autant des actions de l'État.

Quant à l'argument relatif à la fonction publique, le juge en chef Burger s'exprime comme suit à la page 2772 :

[. . .] selon nos décisions antérieures, il ne suffit pas de se demander si un groupe privé exerce une « fonction publique ». Nous avons décidé qu'il s'agit de savoir si la fonction exercée ressort « traditionnellement de la prérogative *exclusive* de l'État ».

Cette interprétation récente de la théorie de l'action de l'État est restrictive et la formulation du critère de la fonction publique qu'a donnée la Cour supérieure risque de ne pas être très utile lorsqu'il s'agira de cerner le sens du mot « gouvernement » de l'article 32, ou celui de l'expression « fonction publique ».

Cependant, nous devrions nous inspirer de toutes ces observations pour tenter de définir le mot gouvernement à l'aide d'une quelconque analyse fonctionnelle.

Tout d'abord, il convient d'examiner le lien formel entre l'entité en question et le Parlement, l'exécutif ou le département du gouvernement. Le fait qu'une entité ait le pouvoir d'adopter des règlements ou de conclure des contrats assujettis à des normes réglementaires ne résoud pas nécessairement la question de savoir si une fonction ou un organisme fait partie du gouvernement mais l'étude de cette question constitue une étape essentielle. De toute évidence, plus il existe de liens formels entre l'entité en cause et le parlement ou le gouvernement, plus il est probable que la Charte s'applique.

Lorsque les liens sont plus lâches, il faut pousser la recherche plus loin et se demander, par exemple, si l'organisme en question applique une politique gouvernementale ou représente officiellement le Canada à l'étranger, même s'il est appelé « privé ». À titre d'exemple, mentionnons les organismes nationaux directeurs de sports qui, tout en étant privés, permettent au Canada de s'inscrire officiellement à des compétitions internationales et sont largement financés par le gouvernement. D'une façon plus générale, on pourrait reprendre le langage législatif susmentionné et se demander si l'organisme a été créé « pour exécuter une fonction ou un devoir pour le compte du gouvernement du Canada », en adoptant une interprétation plus souple que celle de la Cour suprême des États-Unis (qui semble exiger que l'État ait déjà exercé lui-même cette fonction).

On pourrait également se demander si l'organisme invoquerait ou pourrait invoquer le privilège de l'immunité de l'État. Il semble évident qu'un organisme, commercial ou non, qui revendique les privilèges de l'État doit être assujetti aux restrictions imposées par la Charte. Lorsqu'on se pose cette question, il faut se référer au critère de l'arrêt *Berardinelli* et se demander notamment si les fonctions comportent un aspect public ou sont foncièrement de nature publique ou si, au contraire, étant de nature interne ou opérationnelle, elles revêtent un aspect surtout privé.

Tout comme la professeure Swinton, nous sommes d'avis que la Charte devrait s'appliquer aux actes que les spécialistes du droit administratif qualifient de purement « administratifs ». Compte tenu de la souplesse de la procédure prévue aux articles 52 et 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'application de la charte ne devrait pas s'inspirer des anciennes notions utilisées pour l'examen judiciaire des actes de l'administration ni être restreinte par les questions techniques soulevées par l'interprétation judiciaire de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cependant, lorsqu'un pouvoir peut faire l'objet d'un examen judiciaire en droit administratif traditionnel, il est normal que l'exercice de ce pouvoir doit respecter les garanties de la Charte.

Il est également possible que la Charte s'applique de façon indirecte à une entité donnée. Ainsi, on peut se demander si Air Canada, un transporteur aérien parmi tant d'autres, devrait *en soi* être assujettie à la Charte en raison du fait qu'elle est une société d'État en vertu de l'annexe C de la partie II de la *Loi sur l'administration financière*. Cependant, quel que soit le statut de la société, certaines des activités qu'elle exerce conformément à des directives ou des décisions émanant de la Commission canadienne des transports pourraient être couvertes par la Charte, parce que la commission elle-même est assujettie à celle-ci. On pourrait reprendre le même raisonnement dans le domaine des télécommunications (CRTC/Radio-Canada) ou des droits de la personne (CCDP/CNR). Les commissions ne peuvent exiger ou approuver des activités non conformes à la Charte, pas nécessairement en raison des répercussions directes de la Charte sur les organismes de l'industrie réglementée, mais plutôt en raison des répercussions de la Charte sur les commissions elles-mêmes.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue le contexte général de cette question. Il faudra probablement procéder à des examens approfondis, du genre décrit précédemment, dans le cadre de poursuites judiciaires, comme c'était le cas dans l'affaire *Berardinelli*, par exemple. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, l'étude du sens et de la portée de la Charte ne sera pas confiée uniquement aux tribunaux. En effet, les gouvernements et leurs entités devront se conformer à la Charte; par conséquent, la plupart des décisions concernant l'application de celle-ci émaneront tout d'abord du ministère, de l'organisme ou du fonctionnaire concerné.

Les instances décisionnelles devront se rappeler, dans chaque cas, que les dispositions concernant les droits à l'égalité constituent à la fois une expression de la volonté populaire et un code de comportement. Lorsqu'il s'agit d'une question difficile à trancher, l'organisme devrait se rappeler ce principe et se conformer aux exigences de la Charte plutôt que d'invoquer des arguments techniques sur le sens du mot « gouvernement ».

## **Les garanties concernant les droits à l'égalité de la Charte**

### ***Les dispositions fondamentales***

La principale disposition concernant les droits à l'égalité contenue dans la Charte est l'article 15, qui se lit comme suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Selon l'article 27 de la Charte :

Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

L'article 28 énonce que :

Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Les garanties concernant les langues officielles, que l'on retrouve aux articles 16 à 22 de la Charte, sont également pertinentes dans le cadre de la présente étude. Les articles 16 à 20 inclusivement sont particulièrement importants pour les institutions gouvernementales et se lisent comme suit :

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats ou travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

Les paragraphes (2) et (3) de l'article 6 de la Charte, qui portent sur la liberté de circulation et d'établissement, prévoient ce qui suit :

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

En vertu de l'article 1 de la Charte :

*La Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En cas de violation de la Charte, il existe deux recours principaux. Le premier découle de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, d'après lequel la Constitution « [. . .] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». La question de la compatibilité avec la Charte peut être soulevée, directement ou indirectement, dans le cadre de diverses poursuites. L'article 24 de la Charte offre un autre moyen d'exiger l'application de celle-ci :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

## *Interprétation*

### LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT

Dans l'arrêt *Demaere c. La Reine du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor* (C.A.F. n° A-878-083, 20 février 1984), la Cour d'appel fédérale a décidé que le paragraphe 6(2) de la Charte s'appliquait à la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique fédérale*. À la page 5 de ses motifs, le juge Hugessen précise que le problème que l'on cherchait à résoudre en appliquant l'article 6 « ne résultait pas simplement des entraves restreignant la circulation de la main-d'oeuvre entre les provinces mais également de toutes les entraves de ce genre à l'intérieur du pays, où qu'on les trouve et quel que soit le niveau de gouvernement qui les établisse ».

Dans cette affaire, le requérant avait été exclu du concours tenu pour pourvoir au poste de contrôleur aérien dans la région du Pacifique de l'Administration canadienne de la circulation aérienne pour le motif que, lors de sa demande, il était en poste dans la région ouest de l'Administration; de l'avis de la Cour, ce refus constituait apparemment une violation du droit du requérant prévu à l'article 6.

Cependant, la Cour a également décidé que l'exclusion était justifiée en vertu de l'alinéa 6(3)a), pour le motif que l'alinéa 13a) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* confère à la Commission de la Fonction publique le droit de « déterminer la région où les postulants sont tenus de résider afin d'être admissibles à une nomination ».

De l'avis de la Cour, cette disposition d'une loi fédérale constituait une loi d'application générale en vigueur dans une province au sens de l'alinéa 6(3)a) et pouvait donc être invoquée pour justifier l'exclusion de M. Demaere.

Il ressort de cette décision que le droit constitutionnel à la liberté de circulation s'applique aux activités fédérales et que l'on peut invoquer une loi fédérale pour justifier les violations apparentes de ce droit. Cette cause revêt donc une importance considérable pour les institutions fédérales.

Cependant, la façon dont la question en litige a été analysée dans cette cause soulève certaines questions. Le juge Hugessen a décidé que l'alinéa 13a) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'établit « entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle » (et peut donc justifier l'exclusion de M. Demaere), pour la raison suivante :

Le requérant n'a pas été exclu du concours parce qu'il réside en Colombie-Britannique, qui est la province de résidence de tous les candidats admissibles employés dans la région du Pacifique, mais parce qu'il réside et travaille dans une partie de cette province qui n'est pas située dans la région du Pacifique.

Ce raisonnement indique donc que l'employeur fédéral peut établir des distinctions entre les régions d'une même province, mais non entre les provinces. Ainsi, une personne demeurant dans une autre province aurait le droit de postuler un emploi dans la région du Pacifique, mais une personne demeurant dans la « mauvaise » partie de la Colombie-Britannique ne l'aurait pas. De toute évidence, il s'agit là d'une pratique discriminatoire à l'encontre de M. Demaere en raison de sa province de résidence.

En fait, il y aurait peut-être lieu d'étudier la situation sous un autre angle. L'action gouvernementale contestée était le fait que la commission avait fixé l'admissibilité au concours d'une certaine façon. De l'avis de la Cour, cette action constituait une violation des droits constitutionnels de M. Demaere.

La question n'a cependant pas été étudiée à la lumière de l'article 1 de la Charte, sans qu'on sache pourquoi. Il est possible que l'article 6 soit l'une des dispositions « autorestrictives » qui, selon le juge Ewaschuk (voir l'arrêt *R. c. Moore*, (1983) 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C.I. Ont.)), n'exigent pas l'application de l'article 1. Cependant, la Cour suprême du Canada ne semble pas de cet avis. En effet, dans l'arrêt *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, (1984) 1 R.C.S. 357, elle a décidé que la disposition attaquée ne violait pas le paragraphe 6(2). Par conséquent, ses remarques concernant la justification des violations ne sont que des remarques incidentes. Cependant, à la page 357 de ses motifs, le juge Estey précise que, si l'existence d'une violation avait été établie, il aurait peut-être été tenu de se demander « si le paragraphe 6(3) ou l'article 1 de la Charte permettent néanmoins de sauver la Loi ».

Si la Cour d'appel avait appliqué les critères de l'article 1 à la décision de la commission concernant l'admissibilité au concours, celle-ci aurait probablement été tenue d'expliquer pourquoi elle avait fixé ces limites de cette façon. Elle aurait peut-être pu invoquer l'alinéa 13a) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, mais il n'en demeure pas moins que le Parlement ne pouvait, en édictant l'alinéa 13a), accorder à la commission un pouvoir illimité de faire des distinctions arbitraires, car, semble-t-il, la Charte interdit même au Parlement de faire ce genre de distinctions.

Bien entendu, la décision de la Cour fédérale repose en partie sur celle que la Cour suprême avait rendue dans l'affaire *Skapinker*. Dans cette cause, l'intimé n'a pas réussi à convaincre le juge Estey que le paragraphe 6(2) conférerait un droit au travail (dans une province) distinct du droit à la liberté de circulation. Les droits mentionnés au paragraphe 6(2) sont donc reliés au déplacement dans une autre province, que ce soit pour y établir une résidence ou pour y travailler sans établir de résidence.

Dans l'arrêt *Skapinker*, il était question d'une loi provinciale ayant une application interprovinciale seulement. Dans un contexte national, il sera peut-être nécessaire de considérer le droit à la circulation entre les

provinces comme un droit garanti. Autrement, comme déjà noté précédemment, les personnes qui demeurent dans une région d'une province et qui ne sont pas autorisées à postuler à un emploi dans une autre région de cette province seraient traitées différemment des personnes demeurant dans les autres provinces du Canada.

Il semble donc que la décision rendue dans l'arrêt *Demaere* soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Ces questions seront abordées plus loin.

## LES GARANTIES LINGUISTIQUES

Nous n'avons pas l'intention d'étudier en détail les garanties prévues dans la Charte à l'égard des langues officielles, qui feront certainement l'objet d'une autre étude. Cependant, nous aimerions formuler les commentaires suivants.

Dans l'affaire *Le Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards et al.* (26 juillet 1984), la Cour suprême du Canada affirmait qu'on tiendrait compte de l'article 1 de la Charte pour déterminer si une loi provinciale était compatible ou non avec les droits relatifs à la langue de l'enseignement prévus à l'article 23 de cette même Charte. La Cour n'a pas étudié de façon exhaustive les restrictions qu'autorise l'article 1. Cependant, à la page 23 du jugement, on peut lire les remarques suivantes :

Quelle que soit leur portée, les restrictions que l'article 1 de la Charte permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les par. 33(1) et (2) de la *Charte*, lesquels n'autorisent pas de dérogation à l'article 23 [. . .] Elles ne peuvent non plus équivaloir à des modifications de la Constitution du Canada dont la procédure est prescrite par les articles 38 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Tout comme l'article 23, les articles 16 à 22 de la Charte sont exclus de l'application des dispositions « prépondérantes » de l'article 33; on peut donc facilement appliquer ces remarques de la Cour à l'effet de l'article 1 sur des textes législatifs visant à restreindre les garanties prévues aux articles 16 à 22. Même les lois visant à appliquer le bilinguisme dans la fonction publique fédérale seraient assujetties à ces restrictions, ce qui permettrait d'éviter des dérogations importantes aux garanties constitutionnelles (qui pourraient être considérées comme des modifications).

Les garanties constitutionnelles relatives aux langues officielles ont des conséquences intéressantes pour le gouvernement. Les membres du public qui se sont vu refuser un service auquel ils ont droit en vertu de l'article 20 de la Charte pourraient bien tenter des poursuites en vertu de l'article 24 en alléguant que leurs droits ont été violés, même s'il existe maintenant une procédure permettant, en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, d'étudier les plaintes portant sur la non-reconnais-



sance du statut d'une langue officielle ou sur le non-respect de l'esprit et de l'intention de la Loi.

En vertu de cette procédure, la partie qui s'estime lésée dépose une plainte auprès du Commissaire aux langues officielles. Ce dernier mène une enquête et soumet un rapport des ses conclusions sur la violation de la Loi au greffier du Conseil privé et au chef administratif du ministère ou de l'institution en cause. Cependant, le commissaire peut formuler des recommandations, mais non des ordonnances exécutoires, de sorte que, lorsque la recommandation n'est pas suivie, le seul recours du commissaire consiste à soumettre un autre rapport au Cabinet ou encore au Parlement. Le plaignant ne peut exiger l'application de la Loi sans l'appui du commissaire.

Compte tenu de la nature du recours prévu en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, on peut douter qu'un tribunal invoque cet article pour rejeter un recours fondé sur l'article 24 de la Charte. Dans la cause *Board of Governors of the Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, (1981) 2 S.C.R. 181, la Cour suprême du Canada a décidé que le demandeur ne pouvait intenter une action civile en dommages fondée sur le motif de discrimination, lorsqu'il pouvait se prévaloir des procédures statutaires en vigueur à cet égard, c'est-à-dire celles qui étaient prévues au *Code des droits de la personne de l'Ontario*.

Le juge en chef Laskin a ajouté cependant que le droit ou l'intérêt que le demandeur cherchait à faire reconnaître ne reposait sur aucun fondement, si ce n'est sur le Code lui-même. En revanche, une personne qui allègue une violation des dispositions sur les langues officielles de la Charte invoquera ses droits constitutionnels en plus de la *Loi sur les langues officielles*; l'objection soulevée par le juge en chef Laskin disparaît donc. Dans l'affaire *Bhadauria*, la Cour a également fait remarquer que les modalités d'application établies par le *Code des droits de la personne* étaient complètes, permettant un large pouvoir d'appel devant les tribunaux, tant sur des questions de fait que sur des questions de droit, et une gamme variée de mesures réparatrices, y compris le pouvoir d'accorder une indemnité et des mesures exécutoires complètes à l'égard de toutes les décisions de la commission. Cependant, les mesures prévues à la *Loi sur les langues officielles* sont loin d'être aussi étendues que les recours permis en vertu du *Code des droits de la personne*. Par conséquent, il est peu probable que ces mesures soient considérées comme des recours remplaçant ceux de la Charte en cas de violation des droits garantis par celle-ci.

Par ailleurs, en vertu de la garantie relative aux langues officielles prévue dans la Charte, il faudra désormais tenir compte des droits constitutionnels des membres du public et de l'obligation correspondante du gouvernement lors de la prise de décisions concernant le personnel au sein de la fonction publique fédérale. Bref, il faudra tenter d'atteindre un juste équilibre entre les droits d'une personne qui, en

vertu de l'article 15, se plaint d'un traitement linguistique injuste à la suite d'une décision reliée à l'embauche, à la promotion ou au transfert dans la fonction publique et le droit du public aux services prévus.

## LES DROITS À L'ÉGALITÉ

### *Les quatre garanties*

Il existe en fait quatre droits à l'égalité garantis en vertu du paragraphe 15(1) : le droit à l'égalité devant la loi, le droit à l'égalité en vertu de la loi, le droit à la même protection de la loi et le droit au même bénéfice de la loi. Deux de ces quatre garanties ont été ajoutées au cours du processus législatif, soit la garantie relative à l'égalité en vertu de la loi et la garantie relative au même bénéfice de la loi.

Ceux qui ont étudié la Charte savent bien pourquoi ces deux dernières garanties ont été ajoutées. En imposant l'égalité « en vertu de la loi », le législateur a voulu s'assurer que la Charte s'appliquerait non seulement à l'administration de la loi, mais aussi à son contenu. Quant au droit « au même bénéfice de la loi », il a été ajouté à la suite de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans la cause *Bliss c. Procureur général du Canada*, (1979) 1 S.C.R. 183; dans cette cause, la Cour suprême a décidé que l'application, dans les cas de grossesse, de conditions plus strictes, notamment sur le plan de la période d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage, ne constituait pas un traitement inégal.

L'article 15 de la Charte, qui n'entrera en vigueur qu'en avril 1985, soit quelques mois après l'achèvement de cette étude, n'a pas encore été interprété par les tribunaux. On ne peut donc que formuler des conjectures plus ou moins bien fondées sur la façon dont les quatre garanties seront interprétées.

La garantie relative à « l'égalité devant la loi » est semblable à la disposition de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* qui, selon le juge Ritchie dans les causes *Procureur général du Canada c. Lavell et Isaac et al. c. Bédard*, 1974 R.C.S. 1349, p. 1373, exige un traitement égal lors de l'application des lois du Canada par les tribunaux ordinaires. Il y a tout lieu de croire que l'expression comparable que l'on retrouve dans la Charte sera interprétée d'une façon au moins aussi libérale.

On peut cependant se demander si la garantie relative à « l'égalité devant la loi » pourrait — ou devrait — couvrir plus que cette égalité de traitement judiciaire. Dans certaines décisions qu'elle a rendues à l'égard de l'article sur « l'égalité devant la loi » de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour suprême du Canada a semblé vouloir appliquer cette expression au contenu de la loi. Dans la cause *R. c. Drybones*, 1970 R.C.S. 282, le juge Ritchie, qui s'exprimait au nom de la majorité, a formulé les commentaires suivants (p. 297) :

Sans rechercher une définition complète de l'expression « égalité devant la loi », je pense que l'article 1b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

Plus tard, dans l'affaire *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, le juge Martland, qui s'exprimait au nom de la majorité, a semblé reconnaître, du moins implicitement, que la garantie de « l'égalité devant la loi » pouvait s'appliquer au contenu de la loi. Cependant, à la page 707 du jugement, il précise que, pour pouvoir invoquer cet argument avec succès, la personne contestant le texte législatif devrait démontrer au tribunal que cette loi du Parlement ne visait pas « l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier ». Le juge Martland ne propose aucun principe général pour déterminer ce qu'est un objectif fédéral régulier et semble accepter les affirmations de la Couronne concernant le but du texte législatif contesté dans la cause *Burnshine*. Pour sa part, à la page 717, le juge Laskin indique que, s'il n'était pas possible de trouver une interprétation de la loi compatible avec la *Déclaration canadienne des droits*, il deviendrait peut-être nécessaire de « se demander si la politique qu'on dit être à la base de cet article est compatible avec la *Déclaration canadienne des droits* » et propose que cet examen pourrait comporter une étude « de la réalité de la politique ».

La formulation la plus précise du critère de « l'objectif fédéral régulier » est peut-être celle que propose le juge McIntyre dans la cause de *MacKay c. R.*, (1980) 2 R.C.S. 370, où il s'exprime comme suit (p. 405) :

Un objectif fédéral régulier doit cependant signifier plus qu'un objectif qui relève simplement de la compétence législative fédérale en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même en l'absence de la *Déclaration canadienne des droits*, une loi fédérale serait inconstitutionnelle si elle ne visait pareil objectif.

Et il poursuit ainsi, à la page 406 :

Dans ce contexte, égalité ne doit pas être synonyme de simple application universelle. Bien des circonstances et conditions différentes touchent des groupes différents, ce qui dicte des traitements différents. La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'illégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière [ . . . ] est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Cette analyse comporte un certain nombre d'éléments que l'on retrouvera probablement dans toute application de l'article 15 : une évaluation

de la validité de l'objectif législatif (le juge McIntyre se demande s'il s'agit d'un objectif « nécessaire et souhaitable ») et une étude de la relation entre l'objectif législatif et les moyens choisis (le juge McIntyre se demande si la dérogation à l'application universelle de la loi est « nécessaire »). Ces éléments auront une influence lors de l'étude de l'acceptabilité de la dérogation à l'obligation d'égalité. Bien entendu, il faudra savoir si cette étude doit se faire dans le contexte de l'article 15 plutôt que dans celui de l'article 1 de la Charte des droits et libertés. Dans les décisions concernant la *Déclaration canadienne des droits*, l'analyse était effectuée dans le contexte de l'alinéa 1b) de celle-ci, qui ne comportait aucune disposition semblable à l'article 1 de la Charte.

Cependant, avant d'aborder cette question plus en détail, il convient de terminer l'analyse des quatre garanties prévues à l'article 15.

La garantie de l'égalité devant la loi était destinée à viser le contenu de la loi. Dans les causes concernant un objectif fédéral régulier, les tribunaux ont présumé que la Déclaration pouvait, du moins en théorie, viser le contenu des lois. Par conséquent, les décisions rendues sur cette question seront peut-être citées au cours de l'analyse du sens des mots « égalité en vertu de la loi ». Encore une fois, l'une des principales questions en litige sera celle de savoir si l'examen de la justification de la dérogation devrait se faire en vertu de l'article 15 ou de l'article 1.

Le droit à « la même protection de la loi » est presque identique au droit prévu à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui garantissait le droit à « la protection de la loi »; cependant, peu de décisions ont été rendues au sujet de cet alinéa. On peut également comparer cette garantie à la disposition du quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, en vertu de laquelle aucun État ne peut refuser à une personne de son territoire « l'égle protection des lois ». Certains soutiennent même que la similitude des deux expressions sera la brèche par laquelle la jurisprudence américaine sur l'égalité pénétrera l'analyse juridique au Canada.

Aux États-Unis, le contrôle judiciaire exercé sur les classifications législatives contestées se fait à trois degrés ou niveaux différents. Lorsqu'il s'agit d'une classification qui repose sur un fondement « intrinsèquement suspect », la Cour procède à un « examen rigoureux » de cette classification et l'État doit démontrer un « objectif primordial » s'il veut maintenir cette classification. Les classifications fondées sur le sexe font l'objet d'un « contrôle intermédiaire ». Pour être acceptée, cette sorte de classification doit être « nettement reliée » à « un objectif gouvernemental important ». Les autres classifications sont soumises à un « contrôle minimal »; celles-ci sont habituellement acceptées, sauf si la partie qui les conteste peut démontrer qu'elles ne reposent sur aucun fondement rationnel. Encore une fois, même si l'on est tenté d'appliquer la jurisprudence américaine en raison de cette similitude entre les deux expressions susmentionnées, il faudra déterminer si ce genre d'analyse devrait se faire dans le cadre de l'article 15 ou de l'article 1.

Il y aurait peut-être lieu d'envisager la disposition garantissant une protection égale sous un angle tout à fait différent et de dire que cette garantie s'applique aux lois qui sont de nature protectrice, par exemple, les dispositions des lois pénales visant à protéger certains groupes, les lois concernant le salaire minimum et les heures de travail, les dispositions concernant les congés de maternité et les avantages s'y rapportant, et ainsi de suite. Si cette interprétation était retenue, les citoyens seraient assurés que la protection accordée par ces lois ne leur serait pas refusée pour un motif inacceptable.

Quant à la garantie relative au même bénéfice de la loi, elle devrait également être envisagée sous cet angle. Lorsqu'une loi prévoit un avantage, cette garantie assurerait aux citoyens que l'avantage en question serait accordé d'une façon uniforme et ne serait pas refusé pour une raison arbitraire. Ainsi interprétée, cette garantie revêt une importance vitale : bon nombre de lois à caractère social accordent des avantages à différentes classes de gens et sont peut-être assujetties à cette garantie.

### *Sans discrimination . . .*

L'article 15 énonce que les quatre garanties s'appliquent « indépendamment de toute discrimination » notamment des discriminations fondées sur certains critères énumérés.

À la lecture de cet article, on peut se demander si le demandeur doit démontrer qu'il a été personnellement lésé par la distinction législative qu'il conteste pour que la violation soit apparemment fondée. Il semble que la nécessité d'une telle démonstration a une double origine.

En premier lieu, les décisions judiciaires concernant la législation sur les droits de la personne ont affirmé à maintes reprises qu'une distinction législative doit entraîner des conséquences défavorables pour être contestée. Les commissions d'enquête<sup>4</sup> reprennent souvent pour leur compte la définition que Lord Reed de la Chambre des Lords a donnée du mot discrimination dans la cause de *Post Office c. Union of Post Office Workers* (1974) 1 All E.R. 229 (p. 238) :

Le mot discrimination sous-entend une comparaison. Le travailleur pourrait se plaindre, d'une part, du fait que, en raison de la discrimination, il se trouve dans une situation moins avantageuse qu'auparavant ou, d'autre part, soutenir qu'en raison de cette discrimination, sa situation est moins avantageuse que celle d'une autre personne qui, tout en exerçant des fonctions semblables, n'est pas touchée par la discrimination. La différence entre ces deux significations n'est peut-être pas très grande; cependant, je préfère retenir la dernière comparaison qui, à mon avis, correspond davantage au sens naturel du mot « discrimination » et est plus appropriée dans le cas qui nous occupe.

Cet élément de situation moins avantageuse est repris dans le jugement rendu par la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans la cause *Rocca Group Ltd c. Muise*, (1979) 22 Nfld. & P.E.I. Reports 1, où le juge MacDonald fait remarquer que, lorsqu'il faut déterminer si le deman-

deur a été victime de discrimination, il ne suffit pas de trouver que des personnes ont été traitées différemment. « Encore faut-il que le plaignant ait été lésé ou blessé dans sa dignité » (p. 10). La définition du mot discrimination que propose le professeur Ian Hunter va dans le même sens :

Le mot discrimination désigne le fait de traiter des gens de façon différente en raison de leur race, de leur couleur, de leur sexe, etc., lorsque le plaignant est lésé ou que sa dignité est sérieusement atteinte à la suite de ce traitement . . . <sup>5</sup>

Pour le professeur Hunter, la discrimination ne consiste pas uniquement en un « traitement différent », comme semble l'indiquer la commission d'enquête dans la cause de *Simms c. Ford Motor Company*. De l'avis du professeur<sup>6</sup> :

Si on n'exige pas de démontrer que la discrimination entraîne des conséquences défavorables bien des pratiques banales qui sont inoffensives sur le plan social deviendront incompatibles avec la législation sur les droits de la personne . . .

En deuxième lieu, il convient de citer les remarques que le juge Ritchie a formulées dans la cause *Drybones*, précitée, dans laquelle il a décidé qu'il y avait violation de l'alinéa 1b) de la Déclaration lorsqu'une partie avait été traitée « plus durement » qu'une autre et assujettie à des sanctions pénales. Ce raisonnement a prévalu par la suite dans de nombreuses décisions que la Cour suprême a rendues en matière d'égalité.

Selon la définition apparaissant dans le dictionnaire *Oxford English*, le mot discrimination ne comporte pas cet élément de conséquence défavorable (*adverse effect*); il signifie simplement une « distinction » ou une « différenciation<sup>7</sup> ». Il convient de préciser que le mot anglais *discriminate* utilisé à l'alinéa 6(3)a) de la Charte a été rendu par le mot distinction dans la version française de cet alinéa. En vertu dudit paragraphe, les droits à la liberté de circulation et d'établissement de l'article 6 sont assujettis « aux lois [. . .] d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle ». Même si l'on s'en remet à la version anglaise de cet article (*other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence*), il est clair que le mot *discriminate* désigne uniquement une différenciation et ne sous-entend aucunement des conséquences défavorables.

Examinons maintenant la jurisprudence canadienne pour voir si les tribunaux exigent vraiment que le poursuivant démontre qu'il a été lésé ou qu'il a subi des conséquences défavorables pour pouvoir invoquer avec succès une violation de l'article 15.

Signalons d'abord que, si cette obligation semble être imposée en vertu de plusieurs décisions concernant les droits de la personne, cette opinion est loin d'être uniforme. Dans la cause *Canada Safeway Limited c. Manitoba Food and Commercial Workers Union et al.*, V CHRR D/2133, le juge Wright de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba précise, à la page D/2135, qu'une définition du mot discrimination plus compatible avec la législation sur les droits de la personne du Manitoba serait la suivante : « Discriminer signifie faire une distinction, accorder un traitement ou des faveurs différents. » Dans l'affaire *Curtis c. Coastal Shipping Limited*, V CHRR D/1998, à la page D/2000, la commission a adopté la définition proposée dans *Cortner c. The National Cash Register Co.*, (1970) 262 N.E. (2d) 586, p. 588, qui se lit comme suit :

Le mot « discriminer » signifie faire une distinction en faveur ou à l'encontre d'une personne ou d'une chose en raison du groupe, de la classe ou de la catégorie auquel ou à laquelle cette personne appartient plutôt qu'en fonction de sa valeur réelle. Le mot « discrimination » désigne le fait de faire une distinction en faveur ou à l'encontre d'une personne ou d'une chose en raison du groupe, de la classe ou de la catégorie auquel ou à laquelle elle appartient plutôt qu'en fonction de sa valeur individuelle.

De toute évidence, si l'on impose au plaignant qui fonde son recours sur l'article 15 le fardeau de démontrer qu'il a été lésé ou qu'il a subi des conséquences défavorables, on restreindra d'autant la portée de la garantie relative aux droits à l'égalité. Comme la jurisprudence sur les droits de la personne n'est pas uniforme sur la question du fardeau de la preuve du plaignant, il semble particulièrement restrictif d'imposer ce fardeau dans le contexte de la Charte en se fondant sur cette jurisprudence. L'article 15 est intitulé « Droits à l'égalité » et n'était pas destiné à s'appliquer uniquement aux droits de la personne. On ne peut en dire autant des articles correspondants qui existaient dans les versions antérieures de la Charte et qui s'intitulaient « Droits à la non-discrimination ». L'application de la jurisprudence aux droits de la personne était alors plus justifiée. Comme ce titre a été changé et — peut-être — renforcé par le processus législatif, il est possible que l'on tienne compte de ce changement lors de l'interprétation de la Charte.

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs elle-même admis, dans l'arrêt *Skapinker*, que les rubriques de la Charte « ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la Charte » (p. 376) et qu'il fallait en tenir compte lors de l'étude du sens et de la portée des dispositions de celle-ci.

L'orientation égalitaire signifie bien plus que l'absence de conséquences défavorables : elle sous-entend que l'inégalité elle-même constitue la conséquence nuisible, parce qu'elle va à l'encontre de l'objectif de la garantie.

Revenons maintenant à l'arrêt *Drybones*, dans lequel le juge Ritchie a précisé qu'il ne cherchait pas à donner une définition exhaustive de l'expression « égalité devant la loi » et a donné à sa définition un caractère d'exigence minimale, en soulignant que l'alinéa 1b) signifie « *au moins* qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. . . ».

Malheureusement, dans les décisions subséquentes fondées sur cet arrêt, on a fait valoir que le juge Ritchie faisait allusion dans ses remarques à la *seule* situation où un déni d'égalité pouvait être établi et le « critère de la dureté des conséquences » semble être devenu le critère d'interprétation. Ainsi, dans la cause *Bliss c. Procureur général du Canada*, le juge Ritchie a fait lui-même les commentaires suivants à propos des dispositions concernant les congés de maternité (p. 191) :

Il faut distinguer nettement une législation qui traite une partie de la population plus durement qu'une autre, en raison de la race, comme c'était le cas dans l'affaire *Regina c. Drybones* (*supra*), et une législation qui accorde des avantages supplémentaires [. . .] Le premier cas impose un désavantage à un groupe racial par rapport aux autres citoyens, quand le second ne fait que définir les conditions à remplir pour bénéficier des prestations . . .

Cependant, le texte de l'article 15 n'exige pas l'application de ce critère, non plus qu'il n'impose l'obligation de démontrer des conséquences nuisibles. Ainsi, une personne qui s'est vu refuser un « avantage » et s'en plaint pourrait être considérée comme une personne qui cherche à améliorer son sort, mais pas nécessairement comme une personne pénalisée ou traitée plus durement en raison de ce refus. Une personne qui se plaint de l'absence de « protection égale » n'est pas nécessairement traitée durement ou pénalisée par l'absence de cette protection.

Enfin, il serait regrettable que l'imposition de ce fardeau au plaignant entraîne peut-être la disparition des causes « d'intérêt public »; en effet, seuls les particuliers pourraient vraisemblablement démontrer qu'ils ont été lésés, de sorte que les organisations ne pourraient tenter de poursuites. Cependant, l'application des autres articles de la Charte n'entraîne pas ce genre de résultat, comme l'indiquent clairement les décisions rendues dans les affaires *Operation Dismantle* et *Citizens' Coalition*. De fait, M. Joseph Borowski a pu contester les dispositions concernant l'avortement du *Code criminel* sans être tenu de démontrer qu'il était lésé personnellement par ces dispositions.

### *Les motifs de distinction*

L'article 15 de la Charte prévoit que chaque personne dispose des droits prévus dans cet article « indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».



La mention de certains motifs de distinction soulève au moins deux questions. D'abord, sera-t-il possible d'invoquer un déni d'égalité en se fondant sur des motifs qui ne sont pas énumérés dans cet article et, dans l'affirmative, quel sera le critère appliqué pour déterminer la validité de ces distinctions? Ensuite, les distinctions fondées sur un motif précisé à l'article 15 seront-elles évaluées selon les mêmes normes et de la même façon que les distinctions fondées sur d'autres motifs énumérés? En d'autres termes, existe-t-il un ordre de priorité entre les motifs mentionnés? Si tel est le cas, quel est le principe sous-jacent à cet ordre de priorité?

La réponse à la première de ces questions se trouve dans la jurisprudence concernant les dispositions sur l'égalité devant la loi de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans la cause *Curr c. la Reine*, 1972 R.C.S. 889, le juge Laskin précise à la page 896 que l'existence de l'une des formes de discrimination prohibées n'est pas une condition nécessaire à l'application de l'article 2 : « La discrimination interdite est plutôt une norme supplémentaire que la législation fédérale doit respecter. » La Cour suprême du Canada a étudié de nombreux cas concernant des motifs non énumérés : l'âge (Burnshine), l'emplacement géographique (Burnshine, Morgentaler), l'appartenance à un groupe, en l'occurrence les militaires (MacKay), la citoyenneté et le domicile (Prata). Il y a donc tout lieu de croire que l'article 15 vise également les motifs non énumérés. En outre, la manière dont cet article est rédigé indique que le législateur a voulu insister sur certains motifs, mais que la liste n'est nullement exhaustive.

Dans *Bédard et Lavell*, le juge Laskin a étudié encore une fois l'importance de préciser un motif de discrimination. S'interrogeant sur l'applicabilité de la jurisprudence américaine portant sur les quatrième et quatorzième amendements à la Constitution, il s'exprime comme suit (p. 1368 et 1369) :

Ces arrêts n'ont tout au plus qu'une pertinence marginale parce que la *Déclaration canadienne des droits* énumère elle-même les catégorisations prohibées que les tribunaux sont tenus d'appliquer; et, de plus, je doute que la discrimination fondée sur le sexe, lorsqu'elle n'a pas, et c'est le cas en l'espèce, de fondement biologique ou physiologique, pourrait être sanctionnée comme catégorisation raisonnable même si l'interdiction dirigée contre elle n'était pas aussi explicite qu'elle ne l'est dans la *Déclaration canadienne des droits*.

Il semble donc que les motifs précisés à l'article 15 bénéficieraient davantage de la protection constitutionnelle que les motifs non énumérés; cependant, comment fera-t-on cette distinction en pratique? La jurisprudence concernant la *Déclaration canadienne des droits* ne nous éclaire pas beaucoup à cet égard, car la Cour suprême du Canada a rejeté tous les arguments invoquant « l'égalité devant la loi », que le motif de la distinction reprochée ait été précisé ou non dans la Déclara-

tion, sauf dans la cause *Drybones*. Cependant, les distinctions fondées sur ces motifs énumérés seront peut-être jugées plus sévèrement que les autres parce que l'obligation constitutionnelle de protéger le droit au traitement égal est peut-être plus forte dans le premier cas que dans le second.

Toutefois, ce raisonnement ne devrait pas être suivi à la lettre dans tous les cas, parce que certaines distinctions fondées sur des motifs non énumérés peuvent violer d'autres valeurs protégées par la Constitution (comme le fait de refuser le droit de vote pour un motif relié à la région de résidence, par exemple). Cependant, lorsqu'on voudra invoquer la protection de l'article 15, il faudra démontrer que le motif de discrimination non énuméré devrait faire l'objet d'une protection constitutionnelle.

Quant à la question de savoir s'il existe un ordre de priorité entre les motifs énumérés eux-mêmes, nous croyons qu'il existe, mais de façon implicite. Cet ordre de priorité découle du degré de protection constitutionnelle accordée aux membres d'un groupe donné. Ainsi, par exemple, la discrimination fondée sur le sexe est mentionnée en toutes lettres à l'article 15; l'article 28 vient peut-être renforcer cette protection en précisant que la garantie à l'égalité s'applique également aux personnes des deux sexes. Compte tenu de ces dispositions, il serait difficile de justifier les distinctions fondées sur le sexe.

La garantie de l'égalité religieuse prévue à l'article 15 est peut-être renforcée par la garantie de liberté religieuse accordée par l'article 2, mais la protection des écoles confessionnelles qu'accorde l'article 29 peut parfois restreindre ces droits ou les assujettir à des conditions. De la même façon, l'article 25 interdit la discrimination fondée sur l'âge, mais les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* comportent elles-mêmes des restrictions de cet ordre à l'égard de l'exercice de fonctions publiques.

### *Le rôle de l'article 1*

Lors de toute analyse portant sur « l'égalité », le point de départ est incontestablement celui qu'a indiqué le juge McIntyre dans la cause *MacKay* à la page 406 :

Il me paraît incontestable que le Parlement a le pouvoir de légiférer de façon à viser un groupe ou une catégorie de la société plutôt qu'un autre sans nécessairement enfreindre pour autant la *Déclaration canadienne des droits*. Le problème se soulève cependant lorsqu'on tente d'établir un fondement acceptable à la définition de ces catégories distinctes, et la nature de la loi particulière en cause.

L'analyse porte donc principalement sur le caractère acceptable de l'inégalité en question. À cet égard, il faut se demander si cette analyse doit se faire dans le contexte de l'article 1 de la Charte, de l'article 15 ou des deux.

Dans la cause *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, (1983) 41 O.R. (2d) 225, 4 C.C.C. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario a énuméré les étapes à suivre lors de l'étude d'une plainte pour violation des droits garantis par la Charte. À la page 400 des C.C.C., la Cour s'exprime comme suit :

Tout d'abord, il faut déterminer si le droit ou la liberté fondamental garanti a été violé ou refusé. Si la réponse à cette question est affirmative, il faut ensuite déterminer si le refus ou la limite est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique.

Dans l'affaire *Re Cadeddu and the Queen*, (1982) 4 C.C.C. (3d) 97, le juge Potts de la Haute Cour de l'Ontario a déclaré qu'une partie alléguant une violation de ses droits devait apporter des preuves de la violation du droit en question. Si elle y parvient, la partie adverse a alors le fardeau de démontrer que la limite est une limite raisonnable imposée par la loi et justifiable dans une société libre et démocratique. Selon la décision rendue dans l'affaire *Rauca*, cette partie doit démontrer que la limite imposée par la loi est raisonnable selon la prépondérance de la preuve.

Dans la cause *Re Southam and the Queen (No. 1)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 515, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'admettre que la personne ayant établi une violation ou une dénégation de son droit ou de sa liberté doit ensuite démontrer selon la prépondérance de la preuve que sa violation n'est ni raisonnable ni justifiable dans une société libre et démocratique. Dans la cause *Rauca*, la Cour a rejeté à nouveau cet argument.

Dans l'arrêt *Skapinker*, le Cour suprême du Canada a procédé implicitement à l'analyse en deux étapes décrite par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Rauca* : comme le plaignant n'a pas réussi à démontrer que le texte législatif violait la Charte, l'intimé n'a pas été tenu de justifier celui-ci en vertu de l'article 1 et du paragraphe 6(3).

Cette analyse en deux étapes que les tribunaux ont proposée jusqu'à maintenant pour résoudre les problèmes d'application de la Charte a des répercussions importantes sur la question de savoir si l'acceptabilité d'une restriction législative à l'égalité doit être étudiée selon l'article 15 ou l'article 1.

La personne qui allègue une violation des garanties prévues à l'article 15 serait-elle tenue de démontrer, à première vue, non seulement qu'une distinction existe mais qu'elle est inacceptable? La Couronne ne serait-elle tenue de démontrer, en vertu de l'article 1, que la distinction législative est acceptable (c'est-à-dire que sa « justification puisse se démontrer dans [. . .] une société libre et démocratique ») que lorsque le caractère inacceptable de cette distinction a été démontré à première vue?

À notre avis, une telle démarche sèmerait la confusion : quels sont les critères dont le demandeur devrait se servir pour démontrer que la limite

est inacceptable aux termes de l'article 15? S'agirait-il de critères analogues (mais appliqués en sens inverse) à ceux que la Couronne devrait utiliser un peu plus tard en vertu de l'article 1? Si tel est le cas, le fardeau de la preuve n'incomberait plus à la Couronne, ce qui serait contraire à la décision rendue dans l'arrêt *Southam (No. 1)*. Si les critères sont différents, s'agirait-il des critères proposés dans la jurisprudence concernant la question de « l'égalité devant la loi » en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* ou des critères formulés par la Cour suprême des États-Unis dans son analyse du droit à la « protection égale »? Les critères que le plaignant devrait appliquer changeraient-ils selon le genre d'infraction reprochée? Quels sont les critères qui pourraient ou devraient s'appliquer dans les cas de déni du droit « au même bénéfice de la loi », au sujet duquel aucune décision n'a encore été rendue?

Tous ces problèmes nous incitent à conclure qu'en vertu de l'article 15, le plaignant n'est pas tenu de démontrer le caractère inacceptable des distinctions pour prouver que son action est apparemment bien fondée. D'ailleurs nous avons déjà mentionné précédemment que le plaignant ne devrait pas être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

Quels sont donc les éléments que le plaignant doit prouver pour démontrer que son action est apparemment bien fondée? Dans certains cas, notamment ceux qui ont trait aux sociétés ou aux foetus, il faudrait d'abord déterminer si on peut y appliquer l'article 15. Dans tous les cas, le plaignant doit démontrer qu'une distinction existe. Cette distinction sera parfois évidente, car la lecture du texte législatif fera nettement ressortir la différence de traitement entre deux groupes. Cependant, cet exercice n'est pas toujours si simple. En effet, il est parfois difficile de classer les comparaisons de façon à faire nettement ressortir la distinction à l'origine de la plainte. Ainsi, dans la cause *Bliss*, La Cour suprême souscrit, aux pages 190 et 191, au raisonnement suivi par le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale :

Si l'article 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, hommes ou femmes, c'est, à mon sens, parce qu'elles sont enceintes et non qu'elles sont des femmes.

On ne tient donc pas compte du fait évident que seules les femmes peuvent être enceintes, si bien que toutes les distinctions visant les personnes enceintes toucheront les femmes, et on oublie que la grossesse elle-même aurait pu être considérée comme un motif non énuméré de discrimination.

Le deuxième problème inhérent à la preuve de la distinction se manifesterà dans les cas où la différence réside dans les conséquences d'une disposition apparemment neutre. Dans bien des cas, il faudra rassembler une preuve factuelle considérable pour démontrer qu'une différence existe effectivement.

Dans le cas des motifs non énumérés, il faudra démontrer qu'il existe, à tout le moins, une raison apparemment valable de tenir compte du motif, bien que l'examen risque de porter principalement sur la question de savoir si la limite est « raisonnable » ou non.

Enfin, le plaignant devra probablement démontrer comment ou pourquoi la distinction reprochée viole une garantie donnée. À cet égard, il faudra notamment se demander si un droit statutaire dénié ou appliqué de façon injustifiée doit être considéré comme un « bénéfice de la loi » ou un droit protégé par la loi.

Il est facile de voir que, même si le plaignant n'est pas tenu de démontrer une « conséquence défavorable » ou le caractère inacceptable de la distinction, le fardeau de la preuve qu'impose l'article 15 ne se résume pas à une simple formalité.

On peut donc se demander si le fait d'étudier le caractère acceptable des restrictions imposées aux droits à l'égalité en se fondant sur l'article 15 plutôt que sur l'article 1 a des répercussions importantes. Tout d'abord, si l'on exige que le plaignant démontre que son action est apparemment bien fondée en vertu de l'article 15, selon la façon décrite précédemment, et que l'on étudie ensuite, en vertu de l'article 1, la question de savoir si la restriction à l'égalité est une limite raisonnable et justifiable, les poursuites intentées en vertu de l'article 15 seront traitées de la même façon que les litiges concernant les autres articles de la Charte. Comme il n'y a aucune raison apparente d'étudier l'article 15 d'une façon différente des autres articles, cette démarche uniforme est à la fois raisonnable et souhaitable.

Ensuite, si l'analyse du caractère acceptable d'une restriction imposée aux droits à l'égalité se fait en vertu de l'article 1 plutôt que de l'article 15, les critères choisis par les rédacteurs de la Charte pour guider les tribunaux auront une influence sur l'analyse. L'article 15 ne comporte aucun critère explicite : il est possible que l'article 15 fasse l'objet d'une analyse à trois niveaux ou même d'un examen minutieux semblables à ceux qu'on a faits aux États-Unis, en raison de la mention des mots « même protection » à l'article 15. À notre avis, il convient d'appliquer les critères clairs et précis de l'article 1, qui font l'objet d'un vaste consensus au Canada, plutôt que de s'aventurer dans un domaine qui n'a pas encore été soumis à l'attention des tribunaux par la voie de l'article 15.

Encore est-il que cette dernière possibilité peut causer des problèmes d'uniformité; il est possible en effet que les juges procédant à une analyse de la « justification » sous l'empire de l'article 15 adoptent et appliquent des critères différents de ceux que l'on retrouve à l'article 1 et dans la jurisprudence qui s'y rapporte. Il n'existe aucune raison évidente de préférer des expériences judiciaires aléatoires à l'application de critères bien établis.

Enfin, il faut se rappeler que l'article 15 guidera les législateurs autant que les tribunaux, et l'importance que cet article a acquise au cours du processus législatif ajoute une autre dimension à la théorie selon laquelle la justification d'une restriction imposée à l'égalité devrait être étudiée en vertu de l'article 1. L'article 1 est facile à appliquer, puisqu'il fait partie du texte de la Charte; les législateurs sauront mieux ce qu'on attend d'eux s'ils s'en remettent à l'article 1 plutôt que d'attendre que les tribunaux rendent des décisions concernant l'article 15. Bien entendu, les législateurs devront tenir compte de la jurisprudence relative à l'article 1 pour déterminer exactement les limites imposées à leurs activités, mais il leur sera probablement facile de se familiariser avec les critères imposés en vertu de l'article 1, parce que ces critères s'appliquent à tous les articles de la Charte.

Avant de déterminer si l'article 15 seul doit servir à évaluer les restrictions imposées à l'égalité, il faut se demander s'il est vrai, comme le juge Ewaschuk semble le croire, que certains articles de la Charte sont autorestrictifs ou autonomes. Dans le cas d'un recours intenté en vertu de ces articles, il ne sera pas nécessaire d'appliquer l'article 1, car toute l'analyse pourra être faite sous l'empire de ces articles. Le juge Ewaschuk a proposé l'application de cette théorie à l'égard de la garantie contre « tous traitements ou peines cruels et inusités » prévue à l'article 12 de la Charte<sup>8</sup>. La Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi estime que l'article 15 contient ses propres limites raisonnables<sup>9</sup>, mais ne dit pas pourquoi et n'offre aucune autre précision sur ces limites.

L'application du seul article 15 ne semble reposer sur aucun argument raisonnable. Bien que la théorie du juge Ewaschuk puisse être valable lorsque l'article lui-même contient des mots désignant un degré ou une valeur sociale, comme les mots « cruels » et « inusités », elle peut difficilement s'appliquer à l'article 15, où l'on ne retrouve pas de mots de ce genre. Si l'on accepte que le mot « discrimination » régisse l'interprétation de l'article 15, on encouragera les tribunaux à considérer l'article comme un texte législatif antidiscriminatoire. Comme nous l'avons déjà mentionné, le législateur a rejeté cette orientation lorsqu'il a donné un nouveau titre à l'article pendant le processus d'adoption de la Charte. En outre, l'application de la jurisprudence concernant les mots « égale protection » et les décisions rendues aux États-Unis au sujet de cette expression aura des retombées similaires, comme nous l'avons déjà expliqué.

Jusqu'à maintenant, nous avons étudié les conséquences pouvant découler de l'utilisation de l'article 15 seul pour justifier ou non l'imposition d'une restriction à l'égalité. Comme nous l'avons déjà vu, l'utilisation conjointe des articles 15 et 1 comporte également certains inconvénients. S'il est nécessaire que le plaignant démontre le caractère déraisonnable de la limite imposée à l'égalité au sens de l'article 15 pour

prouver une violation apparente de cet article et que l'on procède ensuite à une analyse du caractère raisonnable et justifiable de cette limite au sens de l'article 1, le plaignant qui intente des poursuites en vertu de l'article 15 assumera un fardeau plus lourd que dans tout autre recours intenté en vertu de la Charte.

Pour que l'application de la Charte soit uniforme et raisonnablement prévisible, l'admissibilité d'une limite imposée aux droits à l'égalité devrait, à notre avis, être étudiée dans le contexte de l'article 1 de la Charte.

### *Les inégalités indirectes*

Nous avons déjà mentionné qu'il serait difficile pour le plaignant de prouver que son action est apparemment bien fondée lorsqu'il conteste une loi ou un règlement qui est apparemment neutre et que l'inégalité résulte du fait que les répercussions du texte législatif varient selon les groupes qu'il touche.

Cette notion de discrimination indirecte est bien connue dans le domaine des droits de la personne; dans certaines provinces, dont l'Ontario, elle fait l'objet de dispositions législatives. Dans les cas concernant la conduite de particuliers, une des grandes controverses reliées à la discrimination indirecte dans le domaine des droits de la personne consiste à savoir si l'intention de discriminer doit être démontrée pour que les conséquences soient jugées inacceptables.

Deux causes concernant cette question seront entendues sous peu par la Cour suprême du Canada : *Re C.N.R. et la Commission canadienne des droits de la personne*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 312, qui a trait à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et *Re Ontario Human Rights Commission et Simpsons-Sears*, (1982) 38 O.R. (2d) 423, qui porte sur une disposition du *Code des droits de la personne de l'Ontario*. Dans les deux causes, on allègue que des conditions d'emploi apparemment neutres, soit l'obligation de travailler le samedi, dans la cause *Simpsons*, et une règle de sécurité, dans la cause *C.N.R.*, constituent effectivement une violation des dispositions concernant la discrimination fondée sur la religion; en effet, les employés visés ne peuvent, ni l'un ni l'autre, se conformer aux règles en question en raison de leurs croyances religieuses. Dans les deux causes, la Cour suprême devra déterminer si la Cour d'appel de l'Ontario (dans la cause *Simpsons*) et la Cour d'appel fédérale (dans la cause *C.N.R.*) ont eu raison d'exiger la preuve de l'intention de discriminer.

Si la Cour suprême du Canada confirme la décision de la Cour d'appel de l'Ontario et celle de la Cour d'appel fédérale, un fardeau beaucoup plus lourd incombera au plaignant qui invoque une discrimination indirecte car, dans presque tous les cas, le défendeur pourra nier de bonne foi cette intention. En outre, si cette exigence est maintenue, on peut se demander si elle devrait s'appliquer aux cas d'inégalités indirectes dans le contexte de la Charte.

La Cour suprême des États-Unis a eu l'occasion d'étudier cette question dans la cause *Personnel Administrator of Massachusetts c. Feeney*, (1979) 99 S. Ct. 2282, où la plaignante contestait, en vertu du quatorzième amendement, la préférence d'emploi accordée aux anciens combattants par la fonction publique du Massachusetts. Dans cette cause, la plaignante a réussi à convaincre la Cour que la préférence bénéficiait surtout aux personnes de sexe masculin.

Commentant les décisions que la Cour avait rendues dans le domaine des inégalités indirectes, le juge Stewart souligne, aux pages 2292 et 2293, que l'État doit avancer une « justification extraordinaire » à l'appui d'une classification fondée sur la race et que cette règle s'appliquait à une classification « qui, tout en étant apparemment neutre, est un prétexte évident à la discrimination raciale ». Cependant, « . . . même si une loi neutre a des conséquences démesurément néfastes sur une minorité raciale, cette loi ne devient inconstitutionnelle en vertu de la clause relative à l'égalité de protection que si la conséquence peut être liée à une intention discriminatoire ». Ce raisonnement s'explique par le principe selon lequel « le quatorzième amendement garantit des lois égales, mais non des résultats égaux ».

Lorsqu'une loi apparemment neutre est contestée pour le motif qu'elle entraîne des conséquences démesurément préjudiciables aux femmes, la Cour se pose deux questions. D'abord, elle cherche à déterminer si la loi est effectivement neutre; tout comme dans le cas de la discrimination raciale, le mot apparemment neutre peut simplement servir de prétexte à une distinction fondée sur le sexe. Si la loi ne comporte pas ce genre de distinction, la Cour se demande alors si les conséquences préjudiciables traduisent une discrimination inacceptable fondée sur le sexe.

Pour invalider une loi apparemment neutre, il ne suffit donc pas de démontrer qu'elle entraîne des conséquences défavorables. Ce n'est que lorsque la distinction neutre constitue un prétexte évident à l'établissement d'une distinction prohibée ou que le but de la loi est discriminatoire que la Constitution peut être invoquée avec succès.

À cet égard, les tribunaux canadiens n'ont rendu que peu de décisions qui puissent nous indiquer comment ils règleraient cette question dans le cadre de la Charte. Dans la cause *R. c. Hayden*, (1983) 8 C.C.C. (3d) 33, la Cour d'appel du Manitoba a étudié la validité, en vertu de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, de l'alinéa 97b) de la *Loi sur les Indiens*, en vertu duquel il est interdit d'être en état d'ivresse sur une réserve. À la page 36 de l'arrêt, le juge Hall précise que, même si l'alinéa 97b) s'applique à tous, cela ne signifie pas qu'il n'est pas discriminatoire, « car il est évident que, dans les réserves, on retrouve surtout des Indiens, tandis que les personnes non autochtones habitent principalement en dehors des réserves ». En outre, il souligne, à la page 37, que « . . . la distinction fondée sur l'endroit devient un facteur



de discrimination raciale lorsque l'intoxication est interdite dans un endroit aussi spécial qu'une réserve ».

Par ailleurs, dans la cause *R. c. Weyallon*, (1983) 47 A.R. 360 (Cour suprême des T.N.O.), un Déné a été déclaré coupable de viol avec violence et devait se voir refuser le droit de porter une arme à feu pendant cinq ans, conformément au paragraphe 98(1) du *Code criminel*. Le juge Marshall a décidé que l'imposition de l'interdiction obligatoire constituerait une peine cruelle et inusitée interdite par l'article 12 de la Charte. Weyallon ne pouvait gagner sa vie autrement que par la chasse et la pêche et n'avait pas utilisé d'arme à feu lors de la perpétration de son crime. À la page 362 de la cause, le juge précise que le paragraphe 98(1) « le touche beaucoup plus que les personnes qui ne vivent pas de la chasse; de toute évidence, ce sont principalement ces personnes que l'article visait ».

Dans un cas comme dans l'autre, la Cour a rendu sa décision en insistant sur les effets de la disposition législative contestée et ne s'est pas demandée si celle-ci était fondée sur un objet discriminatoire ou un motif injustifiable.

La Cour suprême du Canada a semblé avoir adopté un point de vue différent dans la cause *Morgentaler c. R.*, (1976) 1 R.C.S. 616. Dans cette cause, l'appelant a soutenu que l'article 251 du *Code criminel* violait le droit à l'égalité devant la loi parce que, en raison des différences inhérentes à l'emplacement géographique et aux ressources économiques, les comités d'avortement thérapeutique n'étaient pas accessibles également à toutes les femmes canadiennes. À ce sujet, le juge en chef Laskin s'exprime comme suit, à la page 635 :

Elle signifie aussi que la Cour doit décider quelle répartition satisfait à l'égalité devant la loi, et qu'il lui incombe de déterminer l'étendue de la région où l'on doit trouver une répartition suffisante de médecins et d'hôpitaux. C'est là viser à l'égalité selon des critères que les tribunaux ne peuvent appliquer, et échafauder la théorie que la Cour doit, soit donner des directives visant à réaliser une égalité relative d'accès aux comités de l'avortement thérapeutique et aux hôpitaux approuvés afin de remédier à ce qui serait une lacune législative, soit annuler non seulement les par. (4) et (5) de l'art. 251 (ce qui laisserait une interdiction absolue de procurer un avortement) mais l'article au complet en le considérant comme indivisible.

À mon avis l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence, dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'al. b) de l'art. 1, comme l'interdiction spécifique de toute discrimination suivant la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe . . .

Cette décision est citée dans la cause de *R. c. Morgentaler et al.*, (1984) 47 O.R. (2d) 353, dans laquelle le juge en chef adjoint Parker, de la Haute

Cour de l'Ontario, étudie plusieurs motifs de contestation de l'article 251 fondés sur la Charte. À la page 392 du jugement, le juge en chef adjoint indique qu'une preuve de l'application inégale de la loi ne serait pas admissible, car la Cour doit étudier uniquement le texte législatif pour déterminer s'il y a inégalité. On peut se demander jusqu'à quel point ce raisonnement est compatible avec la décision que la Cour suprême avait rendue dans *Bédard et Lavell*; selon cette décision, les mots « égalité devant la loi » signifient égalité dans l'administration de la loi.

Aucune de ces décisions ne porte sur l'application de l'article 15. À notre avis, cet article n'exige nullement que l'on prouve le caractère inacceptable du motif ou du but de la loi avant de déclarer qu'il y a eu violation. De toute évidence, s'il était possible de démontrer que la loi contestée repose sur un motif injustifié ou neutre qui sert de prétexte, l'État aurait beaucoup plus de difficulté à justifier la distinction.

### *L'action positive*

Le paragraphe 15(2) de la Charte se lit comme suit :

Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Ce paragraphe a été inséré pour protéger de l'application éventuelle du paragraphe 15(1) les programmes spéciaux de recrutement, de formation, etc. qui visent à redresser les inégalités historiques touchant certains groupes en matière d'éducation ou d'emploi. On craignait que ces programmes créés ou sanctionnés par une loi ne constituent un déni du droit au même bénéfice de la loi ou à la même protection de la loi à l'égard de ceux qui n'en profitent pas.

Cette crainte me semble plus ou moins justifiée. Même si on réussissait à démontrer l'existence d'un déni d'égalité, la partie adverse ne devrait pas avoir de mal à convaincre le tribunal que le programme visé constitue une « limite raisonnable » et « justifiable dans une société libre et démocratique ». Étudions, par exemple, la décision que la Cour suprême a rendue dans la cause *Athabasca Tribal Council c. La Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée et al.*, (1981) 1 R.C.S. 701; dans cette affaire, le conseil de la bande cherchait à imposer l'adoption d'un programme d'action positive comme condition d'approbation d'un projet d'exploitation de sables bitumineux. Dans cette cause, quatre des neuf juges de la Cour suprême ont étudié la question de savoir si le programme était compatible avec la disposition 6(1)b) de la loi de l'Alberta intitulée *Individual's Rights Protection Act*, qui interdit la discrimination en matière d'emploi. S'exprimant au nom de ces quatre juges, le juge Ritchie fait les commentaires suivants à la page 711 :

En l'espèce, il s'agit d'une proposition destinée à améliorer le sort des autochtones afin de leur permettre de faire concurrence, autant que possible sur un pied d'égalité avec eux, aux autres membres de la collectivité qui cherchent un emploi à l'usine de traitement de sables bitumineux. Avec égards, je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait conclure à l'existence de mesures discriminatoires à l'égard d'autres habitants dans les propositions que comportent les programmes d'action positive pour l'amélioration du sort des autochtones dans la région en question. L'objet du plan, si je le comprends bien, n'est pas de chasser les non-Indiens de leur emploi, mais plutôt d'améliorer le sort des Indiens pour qu'ils soient en mesure d'obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité.

Si le programme avait été contesté en vertu de l'article 15, il est probable que ce genre de raisonnement aurait pu être invoqué avec succès pour justifier la proposition.

Malgré tout, le paragraphe 15(2) n'est pas superflu, car il a deux fonctions possibles. Premièrement, il peut, dans certains cas, compliquer la tâche de celui qui veut établir une violation apparente des droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1). En effet, lorsque le programme contesté appartient à la catégorie de ceux mentionnés au paragraphe 15(2), la partie adverse peut soutenir qu'aucun déni du droit au même bénéfice ou à la même protection ne peut être reproché. Ainsi, il n'y aurait même pas lieu de déterminer si le programme est justifié en vertu de l'article 1. Deuxièmement, même si une violation apparente du paragraphe 15(1) était démontrée, le paragraphe 15(2) pourrait être invoqué pour déterminer si le déni du droit à l'égalité est raisonnable et justifiable.

Quelles sont les répercussions de l'article 28 sur le statut des programmes d'action positive prévus à l'article 15? L'article 28 signifie-t-il que l'on ne peut utiliser l'article 1 pour déterminer si un programme constitue une « limite » à l'égalité qui est justifiable dans une société libre et démocratique? Cette question est pertinente, en raison du fait que l'article 28 s'applique « indépendamment des autres dispositions de la présente charte ». De plus, elle est importante, car les programmes d'action positive pourraient, selon une certaine théorie, constituer un déni apparent du droit à l'égalité. Si l'on ne peut justifier ce déni dans le cadre de l'article 1, cela veut peut-être dire que le déni est carrément injustifiable. Par ailleurs, si les juges ne peuvent appliquer les critères énoncés à l'article 1, ils élaboreront peut-être leurs propres critères, ce qui pourrait entraîner des résultats imprévisibles voire regrettables.

Ce dilemme nous incite à examiner de plus près les droits à l'égalité qui, en vertu de la Charte, sont garantis également aux personnes des deux sexes. S'agit-il des droits garantis par la Charte avant l'établissement de limites valides en vertu de l'article 1? Ou s'agit-il plutôt de ce que Whyte appelle les « droits nets<sup>10</sup> », c'est-à-dire ceux qui restent une fois que l'on a déterminé les restrictions possibles en vertu de l'article 1?

Dans ce dernier cas, les hommes autant que les femmes jouissent des droits à l'égalité qui légitiment les programmes d'action positive en faveur des personnes de l'autre sexe — lorsque ceux-ci peuvent être justifiés en vertu de l'article 1. Si, par contre, il s'agit de la première éventualité, les hommes et les femmes bénéficient alors d'une protection égale à l'égard de l'ensemble des droits de l'article 15, et verront peut-être leurs contestations des programmes d'action positive favorisant les personnes du sexe opposé rejetées dès la première étape de l'analyse, en raison de l'application du paragraphe 15(2). Quelle que soit l'interprétation retenue, l'article 28 ne pourra être invoqué pour annuler les programmes d'action positive en faveur des personnes de sexe féminin.

### *L'obligation d'agir*

Dans bien des cas, certains groupes chercheront à appliquer les garanties prévues à l'article 15 de la Charte pour redresser, non pas des inégalités découlant d'un texte législatif, mais plutôt des inégalités qui existent dans les faits. Ces groupes soutiendront alors qu'il n'existe aucune loi pour remédier à une inégalité de fait. Est-il possible d'invoquer la Charte dans ce cas pour exiger l'adoption d'une mesure législative ou autre?

Dans la cause *Operation Dismantle*, le juge Pratte fait les remarques suivantes (p. 758) :

Par ailleurs, [. . .] la charte n'impose pas aux différents corps législatifs et gouvernements du Canada l'obligation de prendre des mesures positives de protection des droits et libertés fondamentaux. Elle se borne à interdire aux diverses autorités législatives et gouvernementales d'adopter des lois, ou de prendre des décisions qui violeraient ou dénierait ces droits et libertés.

Dans la cause *Baxter c. Baxter*, (1983) 36 R.F.L. (2d) 186, le juge Pennell de la Haute Cour de l'Ontario fait des remarques semblables et il déclare à la page 189 : « [. . .] la Charte indique ce que l'État ne peut faire à un individu; elle n'indique pas ce que l'individu peut exiger de l'État. »

Nous n'avons pu trouver d'autres remarques à ce sujet émanant d'une cour. Bien entendu, il est possible qu'un juge se croie autorisé à ordonner l'adoption d'un texte législatif lorsqu'il accueille un recours en vertu de l'article 24, mais il devra d'abord être convaincu qu'un droit garanti par la Charte a été violé, probablement en raison de certaines lacunes de la loi en vigueur.

C'est dans ce contexte d'utilisation « positive » que la différence entre l'application législative et l'application judiciaire de la Charte devient très importante.

L'État pourrait réagir de deux façons devant le fait qu'en raison des tendances de la jurisprudence actuelle, un citoyen ne peut le forcer, dans le cadre d'un recours judiciaire, à adopter une loi destinée à redresser des inégalités de fait. D'un côté, l'État pourrait s'abriter derrière l'inca-

pacité d'un citoyen à le forcer à agir et affirmer qu'en l'absence de contrainte, il n'agira pas. D'un autre côté, l'État pourrait tenir compte du fait que la Charte est une manifestation de la volonté d'une majorité de la population, en faveur de la réalisation de certains objectifs en matière d'égalité.

Si les gouvernements optent pour cette dernière attitude, ils seront inévitablement portés à adopter une interprétation large des responsabilités qui leur incombent en matière d'élaboration des lois et des politiques. Il faut souhaiter que les gouvernements adopteront cette attitude-là.

### *Le lien entre l'article 15 et les objectifs en matière d'égalité*

Si l'on veut que les institutions gouvernementales se conforment à l'esprit des droits à l'égalité garantis par la Charte, il faudrait préciser quelque peu ce qu'est cet esprit.

Il s'agit là d'une question complexe, car il est plus facile d'étudier le sens du mot « égalité » dans des situations concrètes que dans l'abstrait. En outre, il existe une foule d'ouvrages de doctrine sur le sens de ce mot et autant de théories que de groupes aspirant à l'égalité.

Comme il s'agit d'un sujet fort complexe, on ne peut donner qu'un aperçu de ce qu'on pourrait considérer comme étant des objectifs en matière d'égalité. Dans la mesure où l'article 15 est considéré comme un instrument permettant d'atteindre ces objectifs, ceux-ci auront à leur tour une influence sur l'interprétation de l'article.

La professeure Jill Vickers a proposé une analyse des plus intéressantes des genres d'objectifs en matière d'égalité qui sont au coeur du débat contemporain<sup>11</sup>. Tout en soulignant que, récemment, la question de savoir qui devrait bénéficier des droits à l'égalité, quelle qu'en soit la définition, est devenue plus importante que celle de savoir ce qu'il faudrait égaliser<sup>12</sup>, elle fait état de deux grands courants en matière d'égalisation. S'inspirant de l'ouvrage de William Ryan, elle décrit les théories du « franc jeu » et de la « part équitable ». Dans la perspective du franc jeu, on insiste sur le fait que la vie humaine est une lutte et que les règles du jeu doivent être justes<sup>13</sup>. Par ailleurs, si l'on se place dans la perspective de la part équitable, on reconnaît « [. . .] le principe suivant lequel tous les membres de la société doivent obtenir une part raisonnable des biens qu'elle produit<sup>14</sup> ».

De l'avis de Mme Vickers, la dichotomie qui existe au Canada entre ces deux théories n'est pas aussi grande qu'elle ne semble l'être à première vue (ou qu'elle ne l'est aux États-Unis), puisque la plupart des tenants de la théorie du franc jeu « ont une conception très large du sens des mots franc jeu<sup>15</sup>, et favorisent l'adoption de politiques (comme la politique en matière d'assurance-maladie) permettant aux concurrents de se livrer une lutte égale dans les faits plutôt qu'en théorie. . . <sup>16</sup> ».

La controverse entre la perspective du franc jeu et celle de la part équitable s'apparente à ce que Mme Vickers appelle le débat entre « l'égalité des chances » et « l'égalité d'état ». De l'avis de cette auteure, la théorie de l'égalité des chances favorise l'application de mesures et de politiques destinées à donner une chance égale à tous ceux qui désirent participer à la lutte. Les lois visant à éliminer la discrimination dans l'embauche figurent parmi ces politiques. Quant à la théorie de l'égalité d'état, elle favorise l'adoption de mesures qui visent à assurer une situation plus égale pour tous, indépendamment des possibilités, des chances et des tendances de chacun dans la lutte. Parmi ces mesures, on retrouve les pensions de retraite, les logements subventionnés, et ainsi de suite<sup>17</sup>.

On pourrait redéfinir ce débat en tant que controverse entre la théorie du « traitement égal » et celle des « résultats égaux ». Les théories du franc jeu et de l'égalité des chances semblent toutes deux favoriser un traitement égal des divers groupes concernés, qu'il s'agisse de groupes déjà constitués ou en formation. Par contre, ceux qui demandent une juste part ou une égalité d'état et, par conséquent, une répartition égale des biens disponibles, exigent en fait une égalité de résultat. Les adeptes des premières théories visent des objectifs plus individualistes, tandis que ceux des deuxièmes cherchent davantage à faire valoir des droits collectifs.

En plus de la controverse qui existe entre ces deux groupes d'objectifs généraux en matière d'égalité, il y a les opinions divergentes sur les moyens à prendre pour réaliser ces objectifs. Ainsi, on peut se demander si la théorie du traitement égal permettra effectivement d'atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs. Dans le cadre du projet d'examen des lois du Charter of Rights Educational Fund (Fonds éducatif relatif à la Charte des droits), ce genre de traitement égal est considéré comme une « égalité absolue ». Ce genre d'analyse ne permet pas de tenir compte des différences entre les divers groupes lors de l'élaboration des textes de loi<sup>18</sup>. Citons encore une fois les remarques éclairantes de la professeure Vickers à ce sujet :

Pour parvenir à une plus grande égalité entre les divers groupes, il faudra peut-être préconiser un traitement *différent* de la « norme » pour atteindre des résultats vraiment égalitaires. De toute évidence, si l'on traite les femmes ou les personnes handicapées de la même façon que les hommes ou les personnes non handicapées, on ne pourra parvenir à des résultats égaux ni même accorder à tous des chances vraiment égales dans la lutte<sup>19</sup>.

Ceux qui s'opposent à cette théorie de l'égalité absolue demandent que l'on tienne compte des différences entre les groupes lors de la rédaction

des lois. Cette conception est cependant dangereuse, car on a longtemps cherché à invoquer les soi-disant différences constatées sur le plan des capacités, des caractéristiques et des préférences pour empêcher les groupes minoritaires de participer pleinement à l'ensemble des activités sociales et politiques.

Comment peut-on concilier ces diverses conceptions, que nous avons d'ailleurs présentées sous une forme très simplifiée, dans le contexte des droits à l'égalité garantis par la Charte? Il semble que les rédacteurs de l'article 15 aient effectivement, intentionnellement ou non, tenté d'inclure toutes ces différentes conceptions dans l'article 15 et l'article 1.

À notre avis, l'article 15, où le mot « égalité » est répété à maintes reprises, s'apparente facilement à la théorie de l'égalité de traitement, le mot « égal » ayant dans de nombreux dictionnaires le sens de « semblable » ou d'« identique<sup>20</sup> ». Cependant, l'article 1 permet de déroger à cette norme d'égalité, lorsqu'il s'agit d'une action raisonnable et justifiable. Certaines lois traduisant des différences de fait entre des groupes cibles seront peut-être jugées valides si elles sont analysées dans le contexte de l'article 1; cependant, la partie qui cherche à justifier une différence de traitement législatif ne pourra se contenter d'invoquer les stéréotypes qui, dans le passé, ont été utilisés pour justifier ces différences de traitement juridique.

L'article 15, selon lequel la loi s'applique également à tous a une connotation nettement individualiste (*every individual is equal. . .*). Cet article semble fondé sur les théories du franc jeu et de l'égalité des chances, qui sont orientées dans ce sens. Effectivement, la garantie relative à l'égalité « devant la loi » est tout à fait individualiste.

Qu'en est-il des objectifs plus larges, qui font davantage appel au partage? L'article 15 a-t-il pour effet de les reconnaître, de les promouvoir ou d'en exiger la réalisation? À notre avis, l'article 15 reconnaît ces objectifs jusqu'à un certain point et sous-entend que les législatures adopteront des mesures à leur égard. En garantissant le droit « au même bénéfice de la loi », le législateur semble avoir conféré à la Charte un rôle de médiateur entre les différentes revendications à l'endroit des ressources sociales, dans la mesure où ces ressources sont distribuées en vertu d'un programme législatif. Il convient d'ailleurs de souligner le rôle du paragraphe 15(2) à cet égard. Celui-ci offre une sorte de protection constitutionnelle aux programmes que l'État crée ou approuve afin de s'attaquer activement aux inégalités qui ont marqué notre société.

L'article 15 soulève de nombreux problèmes d'interprétation. Malgré tout, cet article, assorti de l'article 1, peut déjà être considéré comme un instrument souple permettant d'atteindre divers objectifs en matière d'égalité. Lorsque le gouvernement évaluera son propre rendement dans le domaine de l'égalité, il ne sera pas tenu d'exclure, parce qu'interdits par l'article 15, les objectifs plus larges axés sur la redistribution.

## Les répercussions des garanties relatives à l'égalité

### *La liberté de circulation*

Nous avons déjà mentionné certaines conséquences pouvant découler de l'arrêt *Demaere*. Cette cause portait sur l'article 13 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, 1970 S.R.C., c. P-32, en vertu duquel la Commission de la Fonction publique doit, avant de tenir un concours, déterminer la région où les postulants sont tenus d'habiter afin d'être admissibles à une nomination. La Cour d'appel fédérale a décidé que la commission pouvait fixer ces limites de façon à empêcher les employés de la fonction publique travaillant dans une partie de la province de postuler un emploi offert dans une autre partie de la province.

À notre avis, cette décision est loin d'être satisfaisante. L'article 6 de la Charte aurait pour effet d'empêcher la commission de fixer des limites entre les provinces; par conséquent, celle-ci ne pourrait empêcher les personnes demeurant dans d'autres provinces de participer au concours sans invoquer un motif « dont la justification puisse se démontrer », mais pourrait interdire aux personnes demeurant ailleurs dans la même province d'y participer. À notre avis, il serait préférable d'appliquer la garantie fondamentale du paragraphe 6(2) et de procéder à l'analyse de justification imposée par l'article 1 lors de la détermination des conditions d'admissibilité à un concours. Si la condition d'admissibilité se justifie sur le plan constitutionnel, elle sera alors déclarée valide.

Ainsi, dans l'affaire *Demaere*, la commission aurait pu plaider que, si le concours était restreint aux postulants de la même région, c'est qu'il était préférable, pour des raisons de sécurité, d'employer des personnes probablement plus familières avec la circulation aérienne locale que des personnes venant d'autres régions.

Si la décision rendue dans l'affaire *Demaere* est appliquée à la lettre, la commission risque fort de ne pas changer d'attitude lorsqu'elle déterminera les conditions d'admissibilité aux concours. Cependant, compte tenu des critiques dont cette décision peut faire l'objet, la commission devrait réviser sa position et songer à la rendre plus conforme à l'esprit de la Charte.

### *Garanties linguistiques*

Nous avons déjà mentionné les deux conséquences possibles et intéressantes qui peuvent découler de l'application de la Charte à ce domaine. D'abord, il faudra coordonner les dispositions et l'application de la *Loi sur les langues officielles* avec les garanties de la Charte, afin d'éviter qu'elle ne soit incompatible avec cette dernière pour, entre autres, la simple raison que le motif de discrimination reproché n'est pas prévu dans cette Loi. Le gouvernement s'exposerait véritablement à des pour-



suites en dommages-intérêts en vertu de l'article 24, s'il omettait d'assurer les services qu'exige la Charte.

Ensuite, il faudra atteindre un juste équilibre entre les garanties constitutionnelles d'accès aux services gouvernementaux offerts dans les deux langues officielles et les droits individuels des employés de la fonction publique qui ne sont pas en mesure de travailler dans un milieu bilingue. Comme les garanties linguistiques sont maintenant enchâssées dans notre Constitution, elles auront probablement une plus grande influence sur les décisions en matière d'embauche, de transfert, de promotion ou de formation.

### *Les droits à l'égalité*

#### L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI : RESPONSABILITÉ DE LA COURONNE ET AUTRES QUESTIONS

La garantie de « l'égalité devant la loi », qui est prévue à l'article 15, risque de soulever des questions importantes concernant le privilège de la Couronne. La Couronne est souvent dans une situation bien différente de celle du citoyen ordinaire et ce dernier est, dans bien des cas, plus désavantagé dans une action intentée contre la Couronne que lors de poursuites intentées contre une autre personne.

Ainsi, en vertu de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, 1970 S.R.C., c. C-38, modifiée par 1970 S.R.C. (2<sup>e</sup> supp.), art. 65 (numéro 11); 1973-1974 S.C., c. 50, art. 4; 1974-1975-1976 S.C., c. 93, art. 97, 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 47, art. 11, il existe une prescription de sept jours à l'encontre des recours intentés contre la Couronne en responsabilité délictuelle ou à l'égard d'un manquement à un devoir relatif à la propriété, l'occupation, la possession ou la garde d'un bien. Un avis écrit du préjudice subi doit être signifié et une copie de cet avis doit être remise au sous-procureur général du Canada dans les sept jours dudit préjudice. Dans les cas de décès, le défaut de donner cet avis n'empêche pas d'exercer le recours; dans tous les autres cas, le recours ne peut être intenté qu'avec l'autorisation du tribunal. L'article 12 de la Loi prévoit les délais relatifs aux avis à donner avant d'obtenir un jugement par défaut contre la Couronne. On tentera de justifier ces dispositions et d'autres dispositions similaires en alléguant qu'elles confèrent un droit d'action qui n'existait nullement en vertu du *common law* et que le Parlement peut circonscrire ce droit, en lui apportant certaines restrictions.

Dans la cause *Mulligen c. Saskatchewan Housing Corp. Ltd*, (1983) 2 C.R.D. 525.100-02, le juge Dielschneider, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, a refusé d'appliquer la loi provinciale intitulée *Proceedings Against the Crown Act* qui aurait entraîné le rejet d'une requête en injonction déposée par un employé de cette société d'habi-

tation; dans cette cause, le requérant soutenait que son transfert dans une autre ville avait été ordonné en raison de la position qu'il avait prise lors d'une réunion du conseil municipal de Regina. De l'avis du tribunal, l'immunité de la Couronne ne pouvait l'emporter sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 2 de la Charte.

L'article 24 de la Charte pourrait permettre à un tribunal d'écarter les dispositions de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, si les circonstances le justifient.

La garantie relative à l'égalité devant la loi soulève également des questions concernant l'immunité diplomatique, qui est accordée à divers représentants de gouvernements étrangers ou d'organisations internationales au Canada conformément à des accords internationaux et bilatéraux. Une personne inculpée d'une infraction ou d'un acte criminel qu'elle a commis avec une personne jouissant de l'immunité diplomatique pourra bien alléguer un déni du droit à l'égalité devant la loi si le complice en question n'est pas poursuivi. La personne qui se voit refuser le droit d'intenter des poursuites contractuelles ou délictuelles parce que le défendeur éventuel est protégé par l'immunité diplomatique pourrait bien se retrouver dans une situation similaire.

Il est probable que la position particulière des diplomates étrangers au Canada serait considérée comme une limite raisonnable imposée par la loi dans une société libre et démocratique, en raison des intérêts canadiens protégés par la réciprocité de ces accords, de la tradition qu'ils représentent et de leur rôle utile dans les relations internationales.

La garantie relative à l'égalité devant la loi pourrait également s'appliquer dans le contexte de l'administration distincte de la justice militaire et de la discipline interne de la Gendarmerie royale du Canada. Bien que les garanties relatives à l'égalité des droits prévues dans la Charte puissent s'appliquer à ces procédures, il sera difficile de faire disparaître ce système d'exception, compte tenu de la décision rendue dans l'affaire *MacKay c. la Reine*. Néanmoins, les raisons d'être d'un système distinct ne suffiront peut-être pas à justifier la violation de certains droits de procédure fondamentaux qui sont garantis par la Charte.

## L'ÉGALITÉ ET LE PARLEMENT

Deux grandes questions se posent à ce sujet. Il faut en effet se demander si les garanties relatives à l'égalité toucheront, d'une part, les activités du Parlement et, d'autre part, la nature du Parlement.

En ce qui a trait à la première question, il est clair que la Charte vise effectivement l'activité législative du Parlement. En vertu des articles 15 et 52, la Charte s'applique au contenu de la loi. Lorsque le Parlement délègue ses pouvoirs à des organismes subordonnés, la Charte s'applique aux pouvoirs ainsi délégués. Il faudra cependant déterminer, comme nous l'avons déjà souligné, jusqu'où dans la filière gouvernementale

s'étend l'empire de la Charte. Par ailleurs, il est possible que les garanties relatives à l'égalité devant la loi et les garanties juridiques aient certaines répercussions sur la procédure appliquée par le Parlement pour étudier les « infractions » commises par ses propres membres.

En ce qui a trait aux répercussions de la Charte sur la nature du Parlement, il convient de souligner le statut particulier dont jouissent les employés du Parlement et les différences entre les avantages et les garanties accordés à ces derniers et ceux qui prévalent dans la fonction publique. Nous n'avons pas l'intention de donner des exemples précis, mais il nous semble, du moins à première vue, que les employés du Parlement ne jouissent pas d'une même protection et du même bénéfice qu'accordent les dispositions législatives applicables aux employés de la fonction publique. Ces employés pourraient invoquer des motifs non énumérés à l'article 15 pour exiger l'application des garanties en matière d'égalité.

## LES RÉPERCUSSIONS SUR L'EXÉCUTIF

Examinons maintenant le cas du gouverneur général, du gouverneur en conseil, du premier ministre et du Cabinet. Le Cabinet, un ministre ou un groupe de ministres, dans le cas du Conseil du Trésor, disposent de larges pouvoirs de réglementation que le Parlement leur a délégués et dont l'exercice serait assujéti à la Charte dans la plupart, sinon dans la totalité des cas.

Lorsque ces personnes adoptent des décrets ou d'autres textes réglementaires, non pas en vertu d'un pouvoir que le Parlement leur a délégué, mais en vertu de leurs pouvoirs résiduels ou du pouvoir de la Couronne, elles seraient également assujétiées à la Charte, si les tendances actuelles se confirment.

Parmi les pouvoirs exercés par l'exécutif, il faut également mentionner, bien entendu, le pouvoir de nomination. Quels arguments pourrait-on invoquer pour assujéttir ce pouvoir aux dispositions de la Charte? D'après le peu de données dont on dispose à ce sujet, l'exécutif ne semble pas tenu de remédier aux inégalités de fait existantes; par conséquent, on pourrait difficilement obliger l'exécutif à redresser par le biais des nominations certains déséquilibres fondés sur la race ou le sexe qui caractérisent la composition de quelques organismes. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que l'exécutif ne devrait pas adopter de telles lignes de conduite. S'il voulait vraiment s'inspirer de l'esprit de la Charte, c'est ce qu'il devrait faire. Si ce genre de politique existait au sein du Cabinet, il semble qu'elle serait protégée de toute contestation fondée sur le paragraphe 15(1) grâce au texte suffisamment libéral du paragraphe 15(2).

Supposons maintenant que l'exécutif ait adopté des principes directeurs en matière de recherche ou de consultation qui, tout en étant

structurés jusqu'à un certain point, ne chercheraient pas explicitement à atteindre un équilibre lors des nominations — comme c'est le cas de la politique actuelle relative à la consultation du Barreau au sujet des nominations des juges. Pourrait-on prétendre que, tant qu'il n'y a pas de consultation et que la nomination relève « purement » de l'exécutif, la Charte ne demanderait ni des consultations ni la réalisation d'un équilibre racial, mais qu'elle exigerait qu'une fois entrepris, le processus de consultation bénéficie d'une façon égale à tous, c'est-à-dire aux autres groupes organisés? Il s'agit là d'une situation hypothétique qui pourrait cependant se concrétiser au fur et à mesure que des groupes intéressés voudront intervenir dans le processus décisionnel discrétionnaire du gouvernement en invoquant la Charte.

On pourrait se poser des questions semblables à l'égard du pouvoir d'octroyer des privilèges dont le gouvernement dispose, que ce pouvoir soit exercé par le Cabinet, un ministre, un organisme ou un conseil. En droit administratif traditionnel, l'octroi d'un privilège est un acte essentiellement exécutif qui n'est pas sujet à révision dans le cadre des recours extraordinaires (brefs de prérogative). Celui qui accorde le privilège a un pouvoir très étendu et peut librement désigner le bénéficiaire du privilège.

Il existe aujourd'hui plusieurs programmes de subventions, qu'il s'agisse de subventions accordées à des groupes de citoyens, des artistes ou des industries. Comme la plupart de ces programmes ont une origine législative, qu'il s'agisse d'une loi, d'un règlement ou d'un autre texte réglementaire, ils seront peut-être considérés comme des « lois » dont les avantages prévus devraient être accordés d'une façon équitable. Prenons, par exemple, le cas des membres d'un groupe racial ou ethnique qui protestent contre le fait qu'un groupe rival reçoit plus de fonds en vertu d'un programme de subventions multiculturel. Bien que la Charte ne puisse être invoquée pour exiger l'octroi de ces subventions, elle pourrait être utilisée pour évaluer l'administration des subventions, lorsqu'on décide effectivement de les accorder.

## LA FONCTION PUBLIQUE

Fait intéressant à souligner, c'est probablement dans le domaine de l'administration du personnel que la plupart des recours fondés sur l'article 15 seront intentés contre le gouvernement. En plus des différences entre le personnel du Parlement et les membres de la fonction publique, dont nous avons déjà parlé, il existe bien d'autres distinctions qui caractérisent l'organisation de ceux qui travaillent pour le gouvernement, qu'il s'agisse de distinctions relatives au statut, au rang ou aux avantages de ces derniers. Comme l'article 15 ne s'applique pas uniquement aux membres des groupes énumérés, les personnes qui s'estiment défavorisées par une préférence ou une exclusion décrétée dans la

fonction publique pourront s'en plaindre. Il est clair qu'il faudrait faire un examen détaillé de la portée de la Charte pour déceler tous les problèmes d'interprétation possibles. Soulignons cependant quelques questions évidentes pouvant découler de l'application de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

En vertu de l'article 11 de cette Loi, « les nominations doivent se faire parmi les employés de la Fonction publique, sauf dans les cas où la Commission juge que cette façon de procéder n'est pas la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique ».

La règle générale veut donc que l'on accorde la préférence aux employés de la fonction publique, même si certains membres du public sont parfois plus qualifiés. Ces personnes étrangères à la fonction publique se voient ainsi clairement refuser le « même bénéfice de la loi ». Il est peut-être possible de justifier cette règle générale favorisant les personnes déjà en place; cependant, comme cette règle est très générale, elle sera peut-être difficile à appliquer, compte tenu des décisions où les tribunaux ont déclaré qu'ils refusent d'interpréter restrictivement un droit conféré par une loi pour pouvoir conclure que la loi est compatible avec la Charte. Le Parlement devra donc apporter les modifications qui s'imposent.

Il existe également d'autres cas de traitement préférentiel en matière d'emploi dans la fonction publique qui soulèvent les mêmes questions. En vertu de l'article 37, le personnel des ministres, du chef de l'opposition, etc. peut, dans certains cas, être nommé à la fonction publique sans participer à un concours. L'article 16 accorde une sorte de préférence aux anciens combattants ou aux veuves des anciens combattants, cette décision étant laissée à la discrétion de la Commission de la fonction publique.

L'article 39 permet à cette même commission d'exclure de l'application de la Loi un poste, une personne ou une catégorie de postes ou de personnes, lorsqu'elle estime qu'il n'est ni praticable ni dans les meilleurs intérêts de la fonction publique d'appliquer la Loi à leur égard; dans ces cas, l'approbation du gouverneur en conseil est requise. Il faudrait étudier le bien-fondé de ces exclusions à la lumière des articles 15 et 1, de façon à empêcher toute décision fondée uniquement sur un motif de convenance administrative ou sur le désir de favoriser ou d'exclure une personne en particulier. La même exigence devrait également s'appliquer à l'alinéa 13b) de la Loi, qui permet de faire des distinctions dans le cas des concours restreints.

Selon l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la commission est tenue de nommer à des postes de la fonction publique des personnes choisies selon leur mérite; par ailleurs, le paragraphe 12(1) permet à la commission :

[ . . . ] prescrire des normes de sélection visant l'instruction, les connaissances, l'expérience, la langue, l'âge, la résidence ou toute autre question

que la Commission juge nécessaire ou souhaitable, compte tenu de la nature des fonctions à accomplir [ . . . ]

Les normes de sélection fondées sur le lieu de résidence pourraient également faire l'objet d'un examen semblable à celui qui s'impose dans les cas concernant l'alinéa 13a) susmentionné : il faudrait démontrer un lien entre le lieu de résidence et le mérite.

## LES AUTRES INSTITUTIONS

Dans le cas de bien des institutions, il faudra d'abord se demander si la Charte s'applique à elles avant de chercher à déterminer les répercussions possibles de ses dispositions à leur égard.

Comme nous l'avons déjà souligné, il existe deux raisons distinctes permettant de soutenir que la Charte s'applique à une activité ou une entité donnée. Il doit s'agir d'une activité du Parlement ou d'une entité émanant du Parlement ou, en second lieu, d'une activité du gouvernement ou d'une entité émanant du gouvernement.

Bien entendu, les activités ou entités émanant du Parlement sont plus faciles à reconnaître que celles émanant du « gouvernement ». L'article 32 s'applique à l'exercice des pouvoirs délégués par le Parlement, que ces pouvoirs aient été délégués à des organismes subordonnés au sens classique du mot, c'est-à-dire à des créations du Parlement, comme les conseils ou les commissions, ou à l'exécutif chargé d'appliquer les lois.

La principale question qui se pose au sujet de la délégation de pouvoir est de savoir jusqu'où s'étend l'empire de la Charte. Est-ce que toute entité constituée en vertu d'une loi du Parlement est tenue de se conformer à la Charte? Si oui, toute société créée en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* serait assujettie à la Charte.

Il n'est pas possible de donner une réponse définitive à cette question. Cependant, certains points de repère que nous avons déjà mentionnés méritent d'être rappelés. D'abord, les entités qui exercent des pouvoirs délégués et qui seraient considérées comme des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires (dont les décisions seraient assujetties au contrôle judiciaire) seraient visées par la Charte; comme leurs décisions sont déjà sujettes à révision en droit administratif dans les cas d'abus de pouvoir, il est facile de comprendre qu'elles pourront également être contestées en vertu de la Charte.

On pourrait également soutenir que les pouvoirs (et organismes) assujettis au principe d'équité (*fairness*) sont également visés par la Charte : en effet, ces organismes, qui exercent des pouvoirs administratifs et qui peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, semblent être visés par des dispositions comme celles de l'article 6 du paragraphe 15(2) de la Charte, notamment par les mots « lois, programmes ou activités ». Bien plus, la lecture de l'article concernant les garanties juridiques fait

clairement ressortir que la Charte est destinée à s'appliquer aux pouvoirs de la police, qui sont nettement des pouvoirs administratifs.

Dans le cas des organismes dont les actes ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, si ce n'est en vertu de la Charte, il convient peut-être d'appliquer d'autres critères pour déterminer si une entité est assujettie ou non à la Charte. À cet égard, il faut se poser un certain nombre de questions : quels sont la nature et le degré du lien formel entre l'entité et le Parlement ou le gouvernement? Comment l'entité est-elle considérée par le Parlement ou le gouvernement? S'agit-il d'une entité comprise dans les descriptions statutaires des institutions du gouvernement que l'on retrouve, par exemple, dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ou s'agit-il d'une entité dont les employés sont considérés comme travaillant pour la fonction publique? S'agit-il d'un mandataire de la Couronne? S'agit-il d'une entité qui bénéficie de l'immunité de la Couronne? S'agit-il d'une entité qui serait exclue ou encore, dont les activités seraient incluses à la suite de l'application du critère de la fonction privée par opposition à la fonction publique proposé dans l'arrêt *Berardinelli* ou en raison du fait que l'organisation, tout en étant apparemment privée à bien des égards, est utilisée à une fin nationale ou sert à exécuter une fonction ou une obligation au nom du gouvernement du Canada?

À notre avis, il faut examiner non seulement l'institution en elle-même, mais aussi le pouvoir ou la fonction contestée pour déterminer si la Charte s'applique. Dans chaque cas, il serait nécessaire d'examiner cette question sous autant d'aspects que possible.

Si l'on revient maintenant au mot « gouvernement » employé à l'article 32, il faut bien admettre qu'il est utilisé d'une façon ambiguë dans la Charte; par conséquent, il peut être utile de consulter d'autres sources pour déterminer, dans un cas donné, si l'entité est considérée par le Parlement comme faisant partie du gouvernement.

Il est permis de dire avec une certitude presque absolue que le mot gouvernement désigne au moins le gouvernement exécutif, c'est-à-dire le gouverneur en conseil, le Cabinet, le premier ministre et les ministres, et comprend les ministères et départements d'État dirigés par ces derniers. Le mot gouvernement couvre également la direction de la fonction publique. En ce qui a trait aux organismes, corporations ou conseils qui pourraient être compris dans ce mot (s'ils ne font pas partie du Parlement), il faut encore une fois se poser des questions semblables à celles qui ont été mentionnées précédemment. À cet égard, il s'agit d'évaluer non seulement le degré du lien formel, mais aussi la nature de la fonction exercée et les autres éléments gouvernementaux qui peuvent être présents.

Les limites de notre étude font qu'il est difficile de présenter une analyse complète, ou même détaillée, des répercussions de la Charte sur les institutions gouvernementales qui appartiendraient à cette catégorie

générale. Il ne sera possible d'atteindre une telle précision qu'avec l'examen des lois que fera l'ensemble du gouvernement afin de déterminer si les textes législatifs et ses activités sont conformes à la Charte.

## **Étendre ou réduire les garanties?**

Les garanties relatives à l'égalité qui sont prévues à la Charte soulèvent une question que toute institution gouvernementale doit résoudre. La plupart des litiges en matière d'égalité reposent sur le fait que les avantages, les mesures protectrices ou un certain type de traitement juridique ne sont pas disponibles de façon égale. Ainsi, un membre du groupe *A* s'aperçoit que les membres du groupe *B* ont quelque chose de plus et, comme il ne perçoit aucune différence importante entre les deux groupes, il désire la même chose. La première question qu'on se pose dans ces cas, c'est si l'on doit retirer l'avantage au groupe *A* ou l'accorder également au groupe *B* pour atteindre l'égalité.

La question n'est pas entièrement oiseuse. À une époque caractérisée par des contraintes économiques et une baisse d'intérêt à l'égard des programmes sociaux, les gouvernements seront peut-être davantage portés à abolir un programme plutôt que d'en accroître le nombre de bénéficiaires.

La législation canadienne sur l'égalité en matière de traitement envisage ce genre de cas. La plupart des lois prévoyant un salaire égal à un travail égal (ou à un travail ayant une valeur équivalente ou égale) interdisent d'éliminer une disparité salariale en diminuant le salaire de la personne recevant la rémunération la plus élevée. Cette protection expresse est cependant de nature législative et ne s'applique pas à toutes les situations litigieuses possibles où l'on pourrait invoquer l'article 15.

Lorsqu'un tel dilemme s'offre à un tribunal, la voie à suivre est toute tracée. La disposition attaquée peut en effet être déclarée nulle en vertu de l'article 52. Cette déclaration indiquera à la législature que des mesures s'imposent. Dans bien des cas, les problèmes en matière d'égalité ne peuvent être résolus que par des mesures complexes que seule une législature peut adopter. Les modifications apportées à la *Loi sur la citoyenneté canadienne* en 1977 après qu'un tribunal ait déclaré la nullité d'une disposition introduisant des inégalités fondées sur le sexe, indiquent à quel point les législatures sont mieux placées que les tribunaux pour faire disparaître d'une façon systématique et globale une situation d'inégalité.

Cependant, la législature devra elle aussi se demander si elle doit étendre l'application d'un droit ou le faire disparaître pour parvenir à cette égalité. Certains dilemmes de cette nature découleront de décisions judiciaires, mais ils seront encore plus nombreux dans le cadre des efforts que le gouvernement déploiera pour se conformer à la Charte.



On déplorera peut-être le fait que les rédacteurs de la Charte n'aient pas songé à y inclure une disposition semblable à celle que l'on retrouve dans la législation en matière de traitement et qui interdit l'annulation des avantages existants à des fins égalitaires. En l'absence d'une telle disposition, il faudra compter dans une large mesure sur la volonté et les pressions politiques pour préserver, sinon accroître les avantages actuels de façon à parvenir à l'égalité. Il faut espérer que les institutions gouvernementales s'acquitteront de cette tâche en respectant l'esprit de la Charte.

## **Conclusion**

Le gouvernement a lui-même un rôle important à jouer dans l'interprétation des dispositions relatives à l'égalité que comporte la Charte. Nous avons soutenu tout au long de la présente étude que le gouvernement devrait adopter une interprétation large et libérale lorsqu'il étudiera l'application de la Charte à ses propres institutions et activités, et non se retrancher dans une attitude étroite et rigide. La principale disposition relative aux droits à l'égalité, soit l'article 15, est suffisamment souple pour lui permettre de redresser les inégalités historiques grâce à des programmes d'action positive et de tenter par d'autres moyens de redresser les inégalités de fait; les gouvernements devraient certainement se prévaloir de cette flexibilité.

Le gouvernement devra probablement réviser ses politiques en matière de nomination et d'octroi d'avantages ainsi que celles qui touchent à l'emploi au sein de ses institutions, à la lumière des garanties d'égalité que stipule la Charte. Les principes directeurs concernant le personnel contiennent une foule de distinctions, de préférences et d'exclusions spéciales qui, compte tenu des dispositions de la Charte, ne sont peut-être pas justifiées.

Dans l'ensemble, il faut espérer que le gouvernement ne cherchera pas à atteindre ses objectifs en matière d'égalité en se contentant de retirer les avantages déjà accordés plutôt que de s'efforcer, dans chaque cas, de se conformer à l'esprit et à la lettre de la Charte.

## **Annexe A**

### **Loi sur la protection des renseignements personnels et ses modifications, annexe I**

---

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 111 (annexe II), annexe, modif. par DORS/83-795; 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 165, art. 35; 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 167, annexe I (numéro 19); 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 168, art. 72.

## **Annexe I**

### **(Article 3)**

#### **Institutions du gouvernement**

##### *Ministères et départements d'État*

Département des Assurances

Département d'État au Développement économique et régional

Département d'État au Développement social

Département d'État des Sciences et de la Technologie

Ministère de la Consommation et des Corporations

Ministère de la Défense nationale (y compris les Forces canadiennes)

Ministère de l'Agriculture

Ministère de l'Emploi et de l'Immigration

Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources

Ministère de l'Environnement

Ministère de l'Expansion économique régionale

Ministère de la Justice

Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social

Ministère des Affaires des anciens combattants

Ministère des Affaires extérieures

Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien

Ministère des Approvisionnements et Services

Ministère des Communications

Ministère des Finances

Ministère des Pêches et Océans

Ministère des Transports

Ministère des Travaux publics

Ministère du Revenu national

Ministère du Solliciteur général

Ministère du Travail

Secrétariat d'État du Canada

## *Autres institutions fédérales*

Administrateur de l'office du transport du grain  
Administration de l'assistance à l'agriculture des Prairies  
Administration de la voie maritime du Saint-Laurent  
Administration de pilotage de l'Atlantique  
Administration de pilotage des Grands Lacs, Limitée  
Administration de pilotage des Laurentides  
Administration de pilotage du Pacifique  
Administration du pipeline du Nord Canada  
Administration du rétablissement agricole des Prairies  
Agence canadienne de développement international  
Agence de surveillance du secteur pétrolier  
Agence d'examen de l'investissement étranger  
Archives publiques  
Banque du Canada  
Banque fédérale de développement  
Bibliothèque nationale  
Bourse fédérale d'hypothèques  
Bureau canadien de la sécurité aérienne  
Bureau de la coordonnatrice de la situation de la femme  
Bureau de l'enquêteur correctionnel  
Bureau des services juridiques des pensions  
Bureau du Commissaire aux langues officielles  
Bureau du Conseil privé  
Bureau du contrôleur général  
Bureau du Directeur général des élections  
Bureau du séquestre (biens ennemis)  
Bureau du vérificateur général  
Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail  
Centre de recherches pour le développement international  
Centre d'information sur l'unité canadienne  
Commission canadienne des droits de la personne  
Commission canadienne des grains  
Commission canadienne des pensions  
Commission canadienne des transports  
Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels  
Commission canadienne du blé  
Commission canadienne du lait  
Commission d'appel de l'immigration  
Commission d'appel des pensions  
Commission de la Capitale nationale  
Commission de la fonction publique  
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada  
Commission d'énergie du Nord canadien  
Commission de réforme du droit du Canada

Commission de révision de l'impôt  
Commission de révision des lois  
Commission des allocations aux anciens combattants  
Commission des champs de bataille nationaux  
Commission des lieux et monuments historiques du Canada  
Commission des relations de travail dans la fonction publique  
Commission d'indemnisation des marins marchands  
Commission du système métrique  
Commission du tarif  
Commission du textile et du vêtement  
Commission nationale des libérations conditionnelles  
Commission sur les pratiques restrictives du commerce  
Conseil canadien des normes  
Conseil canadien des relations de travail  
Conseil consultatif canadien de la situation de la femme  
Conseil consultatif des districts bilingues  
Conseil de développement de la région de l'Atlantique  
Conseil de fiducie du Fonds canadien de recherches de la  
Reine Élisabeth II sur les maladies de l'enfance  
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes  
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada  
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie  
Conseil de recherches médicales  
Conseil de révision des pensions  
Conseil des arts du Canada  
Conseil des ports nationaux  
Conseil des sciences du Canada  
Conseil des subventions au développement régional  
Conseil économique du Canada  
Conseil national de commercialisation des produits de ferme  
Conseil national de l'esthétique industrielle  
Conseil national de recherches du Canada  
Construction de défense (1951) Limitée  
Corporation commerciale canadienne  
Corporation de disposition des biens de la Couronne  
Corporation du Centre national des arts  
Directeur de l'établissement de soldats  
Directeur des terres destinées aux anciens combattants  
Gendarmerie royale du Canada  
La Corporation du Pont international de la Voie maritime Limitée  
La société les ponts Jacques-Cartier et Champlain Incorporée  
Monnaie royale canadienne  
Musées nationaux du Canada  
Office canadien des provendes  
Office canadien du poisson salé  
Office de commercialisation du poisson d'eau douce

Office de répartition des approvisionnements d'énergie  
Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest  
Office des eaux du territoire du Yukon  
Office des indemnisations pétrolières  
Office des normes du gouvernement canadien  
Office des prix des produits de la pêche  
Office des produits agricoles  
Office des recherches sur les pêcheries du Canada  
Office de stabilisation des produits agricoles  
Office national de l'énergie  
Office national du film  
Secrétariat des relations fédérales-provinciales  
Secrétariat du Conseil du Trésor  
Service canadien des pénitenciers  
Service national des libérations conditionnelles  
Société canadienne des brevets et d'exploitation Limitée  
Société canadienne des postes  
Société canadienne d'hypothèques et de logement  
Société d'assurance-dépôt du Canada  
Société de crédit agricole  
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne  
Société immobilière des travaux publics Limitée  
Société pour l'expansion des exportations  
Statistique Canada  
Tribunal anti-dumping  
Uranium Canada Limitée

## **Annexe B**

### **Loi sur l'accès à l'information et ses modifications, annexe I**

---

*Loi sur l'accès à l'information* 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 111 (annexe I), modif. par 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 165, art. 34(1); 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 167, annexe I (numéro 1); 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 168, art. 71.

## **Annexe I**

### **(Article 3)**

#### **Institutions fédérales**

##### *Ministères et départements d'État*

Département des Assurances

Département d'État au Développement économique et régional

Département d'État au Développement social  
Département d'État des Sciences et de la Technologie  
Ministère de la Consommation et des Corporations  
Ministère de la Défense nationale  
Ministère de l'Agriculture  
Ministère de la Justice  
Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social  
Ministère de l'Emploi et de l'Immigration  
Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources  
Ministère de l'Environnement  
Ministère de l'Expansion économique régionale  
Ministère des Affaires des anciens combattants  
Ministère des Affaires extérieures  
Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien  
Ministère des Approvisionnements et Services  
Ministère des Communications  
Ministère des Finances  
Ministère des Pêches et Océans  
Ministère des Transports  
Ministère des Travaux publics  
Ministère du Revenu national  
Ministère du Solliciteur général  
Ministère du Travail  
Secrétariat d'État du Canada

### *Autres institutions fédérales*

Administrateur de l'office du transport du grain  
Administration de l'assistance à l'agriculture des Prairies  
Administration de la voie maritime du Saint-Laurent  
Administration de pilotage de l'Atlantique  
Administration de pilotage des Grands Lacs, Limitée  
Administration de pilotage des Laurentides  
Administration de pilotage du Pacifique  
Administration du pipeline du Nord  
Administration du rétablissement agricole des Prairies  
Agence canadienne de développement international  
Agence de surveillance du secteur pétrolier  
Agence d'examen de l'investissement étranger  
Archives publiques  
Banque du Canada  
Banque fédérale de développement  
Bibliothèque nationale  
Bourse fédérale d'hypothèques  
Bureau canadien de la sécurité aérienne  
Bureau de la coordonnatrice de la situation de la femme

Bureau de l'enquêteur correctionnel  
Bureau des services juridiques des pensions  
Bureau du Conseil privé  
Bureau du contrôleur général  
Bureau du séquestre (biens ennemis)  
Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail  
Centre de recherches pour le développement international  
Centre d'information sur l'unité canadienne  
Commission canadienne des droits de la personne  
Commission canadienne des grains  
Commission canadienne des pensions  
Commission canadienne des transports  
Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels  
Commission canadienne du lait  
Commission d'appel de l'immigration  
Commission d'appel des pensions  
Commission de contrôle de l'énergie atomique  
Commission de la Capitale nationale  
Commission de la fonction publique  
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada  
Commission d'énergie du Nord canadien  
Commission de réforme du droit du Canada  
Commission de révision de l'impôt  
Commission de révision des lois  
Commission des allocations aux anciens combattants  
Commission des champs de bataille nationaux  
Commission des lieux et monuments historiques du Canada  
Commission des relations de travail dans la fonction publique  
Commission d'indemnisation des marins marchands  
Commission du système métrique  
Commission du tarif  
Commission du textile et du vêtement  
Commission nationale des libérations conditionnelles  
Commission sur les pratiques restrictives du commerce  
Conseil canadien des normes  
Conseil canadien des relations de travail  
Conseil consultatif canadien de la situation de la femme  
Conseil consultatif des districts bilingues  
Conseil de développement de la région de l'Atlantique  
Conseil de fiducie du Fonds canadien de recherches de la  
Reine Elizabeth II sur les maladies de l'enfance  
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes  
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada  
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie  
Conseil de recherches médicales

Conseil de révision des pensions  
Conseil des arts du Canada  
Conseil des ports nationaux  
Conseil des sciences du Canada  
Conseil des subventions au développement régional  
Conseil économique du Canada  
Conseil national de commercialisation des produits de ferme  
Conseil national de l'esthétique industrielle  
Conseil national de recherches du Canada  
Construction de défense (1951) Limitée  
Corporation commerciale canadienne  
Corporation de disposition des biens de la Couronne  
Directeur de l'établissement de soldats  
Directeur des terres destinées aux anciens combattants  
Forces canadiennes  
Gendarmerie royale du Canada  
La Corporation du Pont international de la Voie maritime Limitée  
Monnaie royale canadienne  
Musées nationaux du Canada  
Office canadien des provendes  
Office canadien du poisson salé  
Office de commercialisation du poisson d'eau douce  
Office de répartition des approvisionnements d'énergie  
Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest  
Office des eaux du territoire du Yukon  
Office des indemnisations pétrolières  
Office des normes du gouvernement canadien  
Office des prix des produits de la pêche  
Office des produits agricoles  
Office des recherches sur les pêcheries du Canada  
Office de stabilisation des produits agricoles  
Office national de l'énergie  
Office national du film  
Secrétariat des relations fédérales-provinciales  
Secrétariat du Conseil du Trésor  
Service canadien des pénitenciers  
Service national des libérations conditionnelles  
Société canadienne d'hypothèques et de logement  
Société d'assurance-dépôt du Canada  
Société de crédit agricole  
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne  
Société immobilière des travaux publics Limitée  
Statistique Canada  
Tribunal anti-dumping  
Uranium Canada Limitée



## **Annexe C**

### **Annexes à la Loi sur l'administration financière et ses modifications**

---

Annexes à la *Loi sur l'administration financière*, 1970 S.C., c. F-10, modif. par 1974-1975-1976 S.C., c. 33, art. 265 (numéro 3); 1976-1977 S.C., c. 18, art. 1; 1976-1977 S.C., c. 34, art. 23; 1977-1978 S.C., c. 33, art. 1; 1978-1979 S.C., c. 4, art. 4, 5; 1978-1978 S.C., c. 9, art. 1 « 265 » (F); 1980-1981-1982-1983, S.C., c. 40, art. 94.1; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 54, art. 56 (numéro 8); 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 123, art. 1,2; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 170, art. 1-23; 1984 S.C., c. 13.

### **Annexes telles que modifiées par :**

#### ***Annexe A***

1970 S.R.C. (2<sup>e</sup> supp.), c. 14, art. 31, (numéro 1); 1978-1979 S.C., c. 13, art. 34 (numéro 1); 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 54, art. 56 (numéro 8); 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 167, annexe I (numéro 10).

#### ***Annexe B***

1984 S.C., c. 31, art. 13, annexe I.

#### ***Annexe C***

1984 S.C., c. 31, art. 13, annexe I.

#### **Annexe A**

##### **[Ministères]**

Conseil du Trésor

Département des Assurances

Ministère de la Consommation et des Corporations

Ministère de la Défense nationale

Ministère de l'Agriculture

Ministère de la Justice

Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social

Ministère de l'Emploi et de l'Immigration

Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources

Ministère de l'Environnement

Ministère de l'Expansion économique régionale

Ministère des Affaires des anciens combattants  
Ministère des Affaires extérieures  
Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien  
Ministère des Approvisionnements et Services  
Ministère des Communications  
Ministère des Finances  
Ministère des Pêches et Océans  
Ministère des Transports  
Ministère des Travaux publics  
Ministère du Revenu national  
Ministère du Solliciteur général  
Ministère du Travail  
Secrétariat d'État du Canada

Remarque : Selon l'article 2 de la Loi, le mot « ministère » comprend le personnel du Sénat, de la Chambre des communes et de la Bibliothèque parlementaire.

## **Annexe B**

### **[Sociétés ministérielles]**

Bureau canadien de la sécurité aérienne  
Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail  
Commission de contrôle de l'énergie atomique  
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada  
Commission des champs de bataille nationaux  
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada  
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie  
Conseil de recherches médicales  
Conseil des sciences du Canada  
Conseil économique du Canada  
Conseil national de recherches du Canada  
Corporation de disposition des biens de la Couronne  
Directeur de l'établissement de soldats  
Directeur des terres destinées aux anciens combattants  
Musées nationaux du Canada  
Office des prix des produits de la pêche  
Office de stabilisation des prix agricoles

## **Annexe C**

### **Partie I**

Administration de la voie maritime du Saint-Laurent  
Administration de pilotage de l'Atlantique  
Administration de pilotage des Grands Lacs, Limitée  
Administration de pilotage des Laurentides

Administration de pilotage du Pacifique  
Banque fédérale de développement  
Canadian National (West Indies) Steamships, Limited  
Canagrex  
Commission canadienne du lait  
Commission de la Capitale nationale  
Commission d'énergie du Nord canadien  
Conseil canadien des normes  
Construction de défense (1951) Limitée  
Corporation commerciale canadienne  
Énergie atomique du Canada Limitée  
Harbourfront Corporation  
Les Arsenaux canadiens Limitée  
Les associés Mingan Limitée  
Loto-Canada Inc.  
Monnaie royale canadienne  
Office canadien des provendes  
Office canadien du poisson salé  
Office de commercialisation du poisson d'eau douce  
Pêcheries Canada Inc.  
Società à responsabilità limitata immobiliare San Sebastiano  
Société canadienne des brevets et d'exploitation Limitée  
Société canadienne des paris sportifs  
Société canadienne des postes  
Société canadienne d'hypothèques et de logement  
Société d'assurance-dépôt du Canada  
Société de développement du Cap-Breton  
Société du crédit agricole  
Société immobilière du Canada Limitée  
Société pour l'expansion des exportations  
St. Anthony Fisheries Limited  
Uranium Canada Limitée  
Via Rail Canada Inc.

## **Annexe C**

### **Partie II**

Air Canada  
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada  
Corporation de développement des investissements du Canada  
La Société des transports du Nord Limitée  
Pétro-Canada  
Société canadienne des ports  
Société du port de Montréal  
Société du port de Vancouver  
Télélobe Canada

## **Annexe D**

### **Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique et ses modifications, annexe A, parties I et II**

---

*Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, 1970 S.R.C., c. P-35, modif. par : 1970 S.R.C. (1<sup>er</sup> supp.), c. 32, art. 4; 1972 S.C., c. 18, art. 4; 1973-1974 S.C., c. 15, art. 1-5; 1973-1974 S.C., c. 36, art. 9; 1974-1975-1976 S.C., c. 67, art. 1-31; 1974-1975-1976 S.C., c. 81, art. 14-27; 1976-1977 S.C., c. 28, art. 35; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 64, art. 4 et 5; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 100, art. 40.

#### **Annexe I telle que modifiée par :**

DORS/70-118; DORS/70-477; DORS/71-349; DORS/71-355; DORS/71-360; DORS/71-403; T.R./72-78; T.R./72-79; T.R./72-85; T.R./73-18; T.R./73-53; DORS/73-594; DORS/73-710; 1973-1974 S.C., c. 52, par. 8(2); DORS/74-129; DORS/74-430; DORS/74-501; 1974-1975-1976 S.C., c. 16, art. 2; 1974-1975-1976 S.C., c. 49, art. 18, *annexe* numéro 3; 1974-1975-1976 S.C., c. 67, art. 32; 1974-1975-1976 S.C., c. 75, art. 10; DORS/75-183; DORS/76-242; 1976-1977 S.C., c. 28, art. 49(F); 1976-1977 S.C., c. 33, art. 67; 1976-1977 S.C., c. 34, art. 24; DORS/77-618; 1977-1978 S.C., c. 20, art. 24; DORS/78-141; DORS/78-283; DORS/78-379; DORS/78-627; 1978-1979 S.C., c. 17, art. 8; DORS/79-294; DORS/79-391; DORS/79-695(F); DORS/80-468; DORS/82-112; DORS/82-1100; DORS/83-232; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 165, art. 40.

#### ***Annexe I, partie I***

Ministères, départements et autres éléments de la fonction publique du Canada pour lesquels Sa Majesté, représentée par le Conseil du Trésor, est l'employeur.

Ministères et départements mentionnés dans l'annexe I de la *Loi sur l'administration financière* :

Administration de l'assistance à l'agriculture des Prairies

Administration de l'utilisation des terrains marécageux des provinces maritimes

Administration du pipeline du Nord canadien

Administration du rétablissement agricole des Prairies

Agence canadienne de développement international

Agence d'examen de l'investissement étranger

Archives publiques  
Bibliothèque nationale  
Bureau canadien de la sécurité aérienne  
Bureau de la coordonnatrice de la situation de la femme  
Bureau des services juridiques des pensions, Conseil de révision des pensions  
Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale  
Bureau du Commissaire à la représentation  
Bureau du Commissaire aux langues officielles  
Bureau du Conseil privé  
Bureau du Directeur général des élections  
Bureau du surintendant des faillites  
Bureau fédéral de la statistique  
Bureaux des Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée  
Commission canadienne des droits de la personne  
Commission canadienne des grains  
Commission canadienne des pensions  
Commission canadienne des transports  
Commission canadienne du lait  
Commission d'appel de l'immigration  
Commission d'appel de l'impôt  
Commission d'assurance-chômage  
Commission de la Capitale nationale  
Commission de la fonction publique  
Commission de lutte contre l'inflation  
Commission de révision des lois  
Commission des allocations aux anciens combattants  
Commission du tarif  
Commission mixte internationale (section canadienne)  
Commission nationale des libérations conditionnelles  
Commission sur les pratiques restrictives du commerce  
Conseil canadien des relations de travail  
Conseil de développement de la région de l'Atlantique  
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes  
Conseil de recherches pour la défense  
Département d'État au Développement économique  
Département d'État au Développement social  
Département d'État des Sciences et de la Technologie  
Directeur de l'établissement de soldats  
Directeur des terres destinées aux anciens combattants  
Gendarmerie royale du Canada  
Imprimerie de l'État  
Information Canada

La Commission de réforme du droit du Canada  
Musées nationaux du Canada  
Office canadien des provenances  
Office de recherches sur les pêcheries du Canada  
Office de répartition des approvisionnements d'énergie  
Office de stabilisation des prix agricoles  
Office du développement municipal et des prêts aux municipalités  
Office national de l'énergie  
Organisation des mesures d'urgence  
Personnel de la Cour de l'Échiquier\*  
Personnel de la Cour suprême  
Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes  
Secrétariat des relations fédérales-provinciales  
Secrétariat du gouverneur général  
Service canadien des pénitenciers  
Tribunal d'appel en matière d'inflation

\* Cette appellation n'est pas modifiée dans l'annexe de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 S.R.C. (2<sup>e</sup> supp.), c. 10.

### ***Annexe I, partie II***

Éléments de la fonction publique du Canada qui sont des employeurs distincts :

Centre de la sécurité des télécommunications, ministère de la Défense nationale  
Commission de contrôle d'énergie atomique  
Commission d'énergie du Nord canadien  
Commission des relations de travail dans la Fonction publique  
Conseil consultatif canadien de la situation de la femme  
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada  
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie  
Conseil de recherches médicales  
Conseil des sciences du Canada  
Conseil économique du Canada  
Conseil national de recherches du Canada  
Office national du film  
Personnel des fonds non publics, Forces canadiennes

## **Annexe E**

### **Loi sur la pension dans la Fonction publique et ses modifications, annexe A, parties I et II**

---

*Loi sur la pension de la Fonction publique*, 1970 S.R.C., c. P-36, modif. par 1970 S.R.C. (1<sup>er</sup> suppl.), c. 32, art. 1, art. 4; 1970 S.R.C. (2<sup>e</sup> suppl.), c. 14, art. 27; 1973-1974 S.C., c. 36, art. 9; 1974-1975-1976 S.C., c. 81, art. 2-27; 1976-1977 S.C., c. 28, art. 35; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 64, art. 2-5; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 100, art. 39, 40.

#### **Annexe A telle que modifiée par :**

DORS/70-367; DORS/70-485; DORS/71-211; DORS/71-212; DORS/71-312; DORS/71-372; T.R./72-12; T.R./72-23; T.R./72-36; T.R./72-241; T.R./73-2; T.R./73-90; T.R./74-5; 1973-1974 S.C., c. 52, art. 8; T.R./74-36; 1974-1975-1976 S.C., c. 16, art. 3; 1974-1975-1976 S.C., c. 75, art. 10, 16, 29; 1974-1975-1976 S.C., c. 77, art. 8; 1974-1975-1976 S.C., c. 108, art. 40; T.R./75-32; T.R./75-38; T.R./75-63; T.R./76-47; T.R./76-51; T.R./76-88; T.R./76-156; 1976-1977 S.C., c. 33, art. 67; T.R./77-70; T.R./77-188; 1977-1978 S.C., c. 20, art. 25; 1977-1978 S.C., c. 29, art. 23; T.R./78-2; T.R./78-11; T.R./78-27; T.R./78-48; T.R./78-67; T.R./78-78; 1978-1979 S.C., c. 13, art. 15; 1978-1979 S.C., c. 17, art. 8; T.R./79-114; T.R./79-116; T.R./79-139; T.R./80-106; T.R./81-6; T.R./81-7; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 47, art. 38; T.R./81-38; T.R./81-84; T.R./82-86; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 112, art. 20; DORS/83-420; T.R./83-90; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 158, art. 58, numéro 5; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 165, art. 41.

#### ***Annexe A, partie I***

Offices, conseils, bureaux, commissions, sociétés et corporations faisant partie de la fonction publique :

Administration de la voie maritime du Saint-Laurent

Administration du pipeline du Nord canadien

Bureau canadien de la sécurité aérienne

Bureau de l'enquêteur correctionnel

Commission canadienne des droits de la personne

Commission canadienne des grains

Commission canadienne des pensions

Commission canadienne du blé

Commission canadienne du lait

Commission d'assurance-chômage  
Commission de contrôle de l'énergie atomique  
Commission de la Capitale nationale  
Commission de la fonction publique  
Commission d'énergie du Nord canadien  
Commission d'enquête relative à certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada  
Commission d'enquête sur certaines allégations concernant des transactions de la Commission canadienne du lait  
Commission d'enquête sur la sécurité aérienne au Canada  
Commission d'enquête sur le bilinguisme dans les services de contrôle de la circulation aérienne au Québec  
Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada  
Commission d'enquête sur les prix et les revenus (établie par le décret C.P. 1969-1249 du 19 juin 1969)  
Commission d'étude des revendications des Indiens  
Commission des allocations aux anciens combattants  
Commission des champs de bataille nationaux  
Commission des réclamations étrangères  
Commission de surveillance des prix des produits alimentaires  
Commission du tarif  
Commission mixte internationale  
Commission nationale sur l'inflation  
Commission royale d'enquête relative aux machines agricoles  
Commission royale d'enquête sur la gestion et la responsabilité financières  
Commission royale d'enquête sur la situation dans le service extérieur  
Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme  
Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés  
Commission royale d'enquête sur le statut de la femme au Canada  
Commission royale sur les quotidiens  
Commission sur les pratiques restrictives du commerce  
Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme  
Conseil consultatif de recherches sur les pêcheries et les océans  
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie  
Conseil de recherches médicales  
Conseil de recherches pour la défense  
Conseil des ports nationaux  
Conseil des sciences du Canada  
Conseil économique du Canada  
Conseil national de recherches du Canada  
Construction de défense (1951) Limitée  
Corporation de disposition des biens de la Couronne  
Cour canadienne de l'impôt



Directeur de l'établissement de soldats  
Directeur des terres destinées aux anciens combattants  
Énergie atomique du Canada Limitée  
Groupe de travail sur l'unité canadienne  
La Corporation du Pont international de la Voie maritime, Limitée  
La Société des terres canadiennes (Mirabel) Limitée  
La société Les Ponts Jacques-Cartier et Champlain Incorporée  
Les Arsenaux canadiens Limitée  
Loto-Canada Inc.  
Musées nationaux du Canada  
Office canadien des provendes  
Office de recherches sur les pêcheries du Canada  
Office des prix des produits de la pêche  
Office de stabilisation des prix agricoles  
Office du développement municipal et des prêts aux municipalités  
Office national du film  
Pétro-Canada  
Société canadienne des brevets et d'exploitation Limitée  
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne  
Société de développement de Terre-Neuve et du Labrador Limitée  
Société de développement du Cap-Breton  
Société du crédit agricole  
Société pour l'expansion des exportations  
Télélobe Canada

### ***Annexe A, partie II***

Sections de la fonction publique du Canada déclarées, pour plus de certitude, faire partie de la fonction publique :

Administration de pilotage de l'Atlantique  
Administration de pilotage des Grands Lacs  
Administration de pilotage des Laurentides  
Administration de pilotage du Pacifique  
Agence de surveillance du secteur pétrolier  
Bureau de l'Administrateur en vertu de la *Loi anti-inflation*  
Bureau de séquestres des biens ennemis (lequel bureau est censé, aux fins de l'article 25, constituer une corporation de la Fonction publique)  
Bureau des services juridiques des pensions, Commission d'appel des pensions  
Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale  
Bureau du Commissaire des pénitenciers  
Centre de la sécurité des télécommunications  
Comité consultatif du statut de réfugié  
Commission canadienne des transports  
Commission d'appel de l'immigration

Commission de lutte contre l'inflation  
Commission des relations de travail dans la fonction publique  
Directeur général de l'analyse des renseignements et de la sécurité  
Directeur général des élections et Bureau du Directeur général des élections  
Division de l'impôt au ministère du Revenu national  
Employés de la résidence du gouverneur général rémunérés par celui-ci  
Employés du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (gouvernement censé, aux fins de l'article 25, être une corporation de la Fonction publique)  
Employés du gouvernement du territoire du Yukon (gouvernement censé, aux fins de l'article 25, être une corporation de la Fonction publique)  
Greffier du Conseil privé et Bureau du Conseil privé  
Maîtres de poste et maîtres de poste adjoints dans les bureaux à commission  
Membres du personnel de l'Institut international canadien pour le grain  
Membres du personnel de la Fondation canadienne pour la protection du patrimoine  
Membres du personnel du Centre parlementaire pour les affaires étrangères et le commerce extérieur  
Membres du personnel du Conseil canadien des ministres des ressources  
Office de répartition des approvisionnements d'énergie  
Secrétaire du Cabinet aux relations fédérales-provinciales et Secrétariat des relations fédérales-provinciales  
Secrétaire du gouverneur général et Bureau de secrétaire du gouverneur général  
Tribunal d'appel en matière d'inflation  
Un juge de la citoyenneté nommé par le gouverneur en conseil conformément à la *Loi sur la citoyenneté canadienne*  
Vérificateur général du Canada et Bureau du vérificateur général du Canada

[la partie III est omise de cette version]

## **Annexe F**

### **Règlement sur les documents officiels et ses modifications**

---

*Règlement sur les documents officiels*, 1978 C.R.C., c. 1331, modif. par DORS/82-400.

1. L'article 4 prévoit que les commissions revêtues du grand sceau sont délivrées aux personnes nommées aux charges suivantes :

1. Le gouverneur général
  2. Ministres du Cabinet fédéral et membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font pas partie du Cabinet
  3. Lieutenants-gouverneurs des provinces
  4. Administrateurs provinciaux
  5. Ambassadeurs et hauts fonctionnaires ayant le rang d'ambassadeur qui ne sont compris dans aucune catégorie mentionnée dans le présent règlement
    - Hauts commissaires
    - Envoyés extraordinaires et
    - Ministres plénipotentiaires
  6. Juges désignés par le gouvernement fédéral
  7. Les commissaires au titre de la *Loi sur les juges*
  8. Sénateurs
  9. Hauts fonctionnaires du Parlement
    - a) Le président du Sénat
    - b) Greffier du Sénat
      - Greffier de la Chambre des communes
      - Sergent d'armes
      - Bibliothécaire du Parlement
      - Bibliothécaire associé du Parlement
      - Gentilhomme huissier de la verge noire
  10. Sous-ministres et hauts fonctionnaires ayant le rang de sous-ministre qui ne sont compris dans aucune catégorie mentionnée dans le présent règlement
  11. Membres réguliers et hauts fonctionnaires des commissions, corporations, offices, conseils et bureaux fédéraux permanents
  12. Membres réguliers des commissions internationales permanentes
  13. Les commissaires au titre de la *Loi sur les enquêtes*
  14. Le commissaire et le commissaire adjoint des Territoires du Nord-Ouest
  15. Le commissaire et l'administrateur du territoire du Yukon
  16. Le chef de l'état-major de la défense
  17. Commissaire et officiers de la Gendarmerie royale du Canada lors de leur première nomination au rang d'officiers
  18. Conseiller de la Reine désigné par le gouvernement fédéral
  19. Commissaires chargés d'assermenter (qu'il s'agisse de serments d'allégeance et d'office, d'affidavits devant être utilisés dans les Cours suprême et fédérale ou de tout autre serment ou affidavit)
  20. Personnes pour lesquelles la délivrance d'une commission sous le grand sceau est prévue par la loi et qui ne sont comprises dans aucune autre catégorie du présent article
2. L'article 5 prévoit que les commissions revêtues du sceau privé sont délivrées aux personnes nommées aux charges suivantes :

Officiers des Forces canadiennes  
Suppléants du gouverneur général  
Suppléants de l'administrateur

3. L'article 6 prévoit que les commissions revêtues du sceau sont délivrées aux personnes nommées aux charges suivantes :
1. Consul général, consul et vice-consul
  2. Membre temporaire ou spécial (*ad hoc*) des commissions, corporations, offices, conseils et bureaux fédéraux permanents
  3. Membre des commissions, corporations, offices, conseils et bureaux fédéraux temporaires
  4. Registraire et prévôt de l'Amirauté
  5. Les personnes dans le service public du Canada désignées par décret du Conseil, qui ne sont comprises dans aucune autre catégorie de l'article 4, de l'article 5 ou du présent article, et auxquelles le registraire général estime qu'il convient de délivrer une commission

## **Annexe G**

### **Ministère fédéraux**

---

Ministère de l'Agriculture	1970 S.R.C., c. A-10
Ministère des Communications	1970 S.R.C., c. C-24, modif. par 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 54, art. 56 (numéro 5)
Ministère de la Consommation et des Corporations	1970 S.R.C., c. C-27
Ministère de l'Emploi et de l'Immigration	1976-1977 S.C., c. 54, modif. par 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 47, art. 13 et art. 53 (numéros 6 et 7) (F)
Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources	1970 S.R.C., c. E-6, modif. par S.R.C. (2 <sup>e</sup> supp.), c. 14, art. 8; 1978-1979 S.C., c. 13, art. 34; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 106, art. 1

Ministère de l'Environnement	1970 S.R.C. (2 <sup>e</sup> supp.), c. 14, art. 2-7, art. 30, annexe I; 1977-1978 S.C., c. 41, par. 5(2); 1978-1979 S.C., c. 13, art. 13 et 14; T.R./78-87
Ministère des Affaires extérieures	1980-1981-1982-1983 S.C., c. 167, art. 2-14
Ministère des Pêches et Océans	1978-1979 S.C., c. 13, art. 2-7
Ministère des Finances	<i>Loi sur l'administration financière</i> , 1970 S.R.C., c. F-10, modif. par 1974-1975-1976 S.C., c. 33, art. 265 (numéro 3); 1976-1977 S.C., c. 18, art. 1; 1976-1977 S.C., c. 34, art. 23; 1977-1978 S.C., c. 33, art. 1; 1978-1979 S.C., c. 4, art. 4, 5; 1978-1979 S.C., c. 9, art. 1 « 265 » (F); 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 40, art. 94.1; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 123, art. 1 et 2; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 170, art. 1-23
Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien	1970 S.R.C., c. I-7, modif. par 1970 S.R.C. (2 <sup>e</sup> supp.), c. 14, art. 31 (numéro 3)
Département des Assurances	1970 S.R.C., c. 1-17
Ministère de la Justice	1970 S.R.C., c. J-2
Ministère du Travail	1970 S.R.C., c. L-2, modif. par 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 60
Ministère de la Défense nationale	1970 S.R.C., c. N-4, modif. par 1970 S.R.C. (1 <sup>er</sup> supp.), c. 44, art. 10 (numéro 5); 1970 S.R.C. (2 <sup>e</sup> supp.), c. 10, art. 65 (numéro 23); 1972 S.C., c. 13, art. 73 et 73.1; 1974-1975-1976 S.C., c. 36,

	annexe (MDN), note 1d; 1974–1975–1976 S.C., c. 66, art. 21; TR/I 74–27; 1976–1977 S.C., c. 24, art. 62 et 63; 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 17, art. 16; 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 125, art. 32.
Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social	1970 S.R.C., c. N–9, modif. par 1970 S.R.C. (2 <sup>e</sup> supp.), c. 14, al. 5g); DORS/370–517; 1976–1977 S.C., c. 28, art. 29
Ministère du Revenu national	1970 S.R.C., c. N–15
Ministère des Travaux publics	1970 S.R.C., c. P–38, modif. par 1976–1977 S.C., c. 28, art. 36; 1977–1978 S.C., c. 22, art. 21
Ministère de l'Expansion économique régionale	1970 S.R.C., c. I–11, modif. par 1974–1975–1976 S.C., c. 59, art. 1; 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 167, art. 15 et 16
Ministère du Solliciteur général	1970 S.R.C., c. S–12
Secrétariat d'État du Canada	1970 S.R.C., c. S–15
Ministère des Approvisionnement et Services	1970 S.R.C., c. S–18
Ministère des Transports	1970 S.R.C., c. T–15
Ministère des Affaires des anciens combattants	1970 S.R.C., c. V–1, modif. par 1972 S.C., c. 12, art. 8

## **Annexe H**

### **Loi sur les traitements et ses modifications**

---

*Loi sur les traitements*, 1970 S.R.C., c. S-2, modif. par 1970 S.R.C. (2<sup>e</sup> supp.), c. 14, art. 28 et 31 (numéro 7); 1974-1975-1976 S.C., c. 44, art. 5; 1974-1975-1976 S.C., c. 56, art. 1; 1978-1979 S.C., c. 13, art. 34; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 54, art. 56 (numéro 13); 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 77, art. 6; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 149, art. 1 et 2; 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 167, annexe I (numéro 22).

Cette Loi porte sur les traitements des fonctionnaires suivants :

Les lieutenants-gouverneurs des provinces (art. 3)

Les ministres et membres suivants du Conseil privé de la Reine pour le Canada (art. 4) :

Le leader du gouvernement au Sénat

Le membre du Conseil privé de la Reine qui exerce la fonction reconnue de premier ministre

Le ministre associé de la Défense nationale

Le ministre de la Consommation et des Corporations

Le ministre de la Défense nationale

Le ministre de l'Agriculture

Le ministre de la Justice et procureur général

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration

Le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources

Le ministre de l'Environnement

Le ministre de l'Expansion économique régionale

Le ministre des Affaires des anciens combattants

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

Le ministre des Approvisionnements et Services

Le ministre des Communications

Le ministre des Finances

Le ministre des Pêches et Océans

Le ministre des Relations extérieures

Le ministre des Transports

Le ministre des Travaux publics

Le ministre du Commerce international

Le ministre du Revenu national

Le ministre du Travail

Le président du Conseil du Trésor

Le président du Conseil privé de la Reine pour le Canada

Le secrétaire d'État aux Affaires extérieures

Le secrétaire d'État du Canada  
Le solliciteur général du Canada

Chaque ministre d'État qui est membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada et qui préside un département d'État (art. 5)



**Annexe I**  
**Tableau des institutions du gouvernement**

Ministère fédéral	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière			
			partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C	
Ministère de l'Agriculture	X	X	X					X		
Ministère des Communications	X	X	X					X		
Ministère de la Consommation et des Corporations	X	X	X					X		
Département d'État au Développement économique et régional	X	X	X					X		
Ministère de l'Emploi et de l'Immigration	X	X	X					X		
Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources	X	X	X					X		
Ministère de l'Environnement	X	X	X					X		
Ministère des Affaires extérieures	X	X	X					X		
Ministère des Finances	X	X	X					X		
Ministère des Pêches et Océans	X	X	X					X		
Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien	X	X	X					X		
Département des Assurances	X	X	X					X		

Annexe I (suite)

Ministère fédéral	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière			
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	
Ministère de la Justice	x	x	x					x		
Ministère du Travail	x	x	x					x		
Ministère de la Défense nationale (y compris les Forces canadiennes)	x	x	x					x		
Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social	x	x	x					x		
Ministère du Revenu national	x	x	x					x		
Ministère des Travaux publics	x	x	x					x		
Ministère de l'Expansion économique régionale	x	x	x					x		
Département d'État des Sciences et de la Technologie	x	x	x					x		
Secrétariat d'État du Canada	x	x	x					x		
Département d'État au Développement social	x	x	x					x		
Ministère du Procureur général	x	x	x					x		
Ministère des Approvisionnement et Services	x	x	x					x		

Ministère ou autre institution	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.			Administration financière				
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	C	I	II
Ministère des Transports	x	x	x					x				
Conseil du Trésor								x				
Ministère des Affaires des anciens combattants	x	x	x					x				
<i>Autres institutions fédérales</i>												
Un juge de la citoyenneté nommé conformément à la <i>Loi sur la citoyenneté canadienne</i>									x			
Conseil consultatif canadien de la situation de la femme	x	x						x				
Office des produits agricoles	x	x										
Office de stabilisation des prix agricoles	x	x	x					x				
Air Canada												x
Tribunal anti-dumping	x	x										
Commission de lutte contre l'inflation			x						x			
Tribunal d'appel en matière d'inflation			x						x			
Conseil de développement de la région de l'Atlantique												

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière			
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	
Office d'expansion économique de la région atlantique	x	x								
Administration de pilotage de l'Atlantique	x	x								x
Énergie atomique du Canada Limitée		x		x	x					x
Commission de contrôle de l'énergie atomique										x
Vérificateur général du Canada et Bureau du vérificateur général du Canada										
Banque du Canada	x	x							x	
Conseil consultatif des districts bilingues	x	x								
Commission canadienne des grains				x						
Conseil de fiducie du Fonds canadien de recherches de la Reine Elizabeth II sur les maladies de l'enfance	x	x								
Bureau des services juridiques des pensions	x	x		x					x	
Conseil des arts du Canada	x	x								
Société d'assurance-dépôt du Canada	x	x								x

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière					
			partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C I II			
Corporation de développement des investissements du Canada												x
Commission canadienne de l'emploi et de l'immigration	x	x	x			x				x		
Conseil canadien des relations de travail	x	x										
Société immobilière du Canada Limitée						x						x
Société canadienne d'hypothèques et de logement	x	x										x
Commission canadienne des ports												x
Société canadienne des postes	x											x
Les Arsenaux canadiens Limitée												x
Bureau canadien de la sécurité aérienne	x	x	x									x
Société Radio-Canada												
Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail	x	x										x
Corporation commerciale canadienne	x	x										x
Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels	x	x										

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière					
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C			
										I	II	A
Commission canadienne du lait	x	x	x		x							x
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne	x	x			x							
Forces canadiennes		x										
Office des normes du gouvernement canadien	x	x										
Commission canadienne des grains	x	x					x					
Commission canadienne des droits de la personne	x	x			x		x					
Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes	x	x			x							
Agence canadienne de développement international					x							
Office canadien des provedes	x	x			x		x					
Chemins de fer nationaux du Canada												x
Canadian National (West Indies) Steamships, Limited												x

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière					
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C			
Société canadienne des brevets et d'exploitation Limitée	x				x						x	
Service canadien des pénitenciers	x	x	x									
Commission canadienne des pensions	x	x	x		x							
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes	x	x	x									
Office canadien du poisson salé	x	x									x	
Société canadienne des paris sportifs											x	
Commission canadienne des transports	x	x	x					x				
Centre d'information sur l'unité canadienne	x	x										
Commission canadienne du blé	x						x					
Canagrex												x
Société de développement du Cap-Breton							x					x
Commission du centenaire												

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière							
			partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C	C	I	II		
Société centrale d'hypothèques et de logement														
Directeur général des élections et Bureau du Directeur général des élections						X								
Greffier du Conseil privé et Bureau du Conseil privé										X				
Centre de la sécurité des télécommunications, ministère de la Défense nationale				X										
Corporation de disposition des biens de la Couronne	X	X					X					X		
Construction de défense (1951) Limitée	X	X					X						X	
Conseil de recherches pour la défense				X										
Directeur de l'établissement de soldats	X	X		X			X					X		
Directeur des terres destinées aux anciens combattants	X	X		X			X					X		
Directeur général de l'analyse des renseignements et de la sécurité											X			
Conseil économique du Canada	X	X					X					X		
Eldorado Aviation Limitée														



Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière					
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C			
Eldorado Nucléaire Limitée												
Organisation des mesures d'urgence			x									
Office de répartition des approvisionnements d'énergie	x	x	x			x						
Société pour l'expansion des exportations	x					x						x
Société de crédit agricole	x	x				x						x
Banque fédérale de développement	x	x										x
Bourse fédérale d'hypothèques	x	x										
Secrétariat des relations fédérales-provinciales	x	x	x									
Office des prix des produits de la pêche	x	x						x				x
Conseil consultatif de recherches sur les pêcheries et les océans	x	x	x									
Office des recherches sur les pêcheries du Canada	x	x	x						x			
Commission de surveillance des prix des produits alimentaires									x			

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)		Loi sur l'accès à l'information (annexe I)		R.P.F.P.		L.P.F.P.			Administration financière				
	(annexe I)	(annexe I)	(annexe I)	(annexe I)	partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	A	B	C
Commission des réclamations étrangères							x							
Agence d'examen de l'investissement étranger	x		x		x									
Office de commercialisation du poisson d'eau douce	x		x										x	
Imprimerie du gouvernement du Canada					x									
Secrétaire du gouverneur général								x						
Administrateur de l'office du transport du grain	x		x											
Administration de pilotage des Grands Lacs Limitée	x		x					x					x	
Harbourfront Corporation													x	
Commission nationale des sites et monuments historiques	x		x											
Commission d'appel de l'immigration	x		x		x									
Commission d'étude des revendications des Indiens								x						
Information Canada						x								
Centre de recherches sur le développement international	x		x											

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)		Loi sur l'accès à l'information (annexe I)		R.P.F.P.		L.P.F.P.			Administration financière		
	(annexe I)	(annexe I)	partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C	A	B	C
Commission mixte internationale (section canadienne)			x									
La société Les Ponts Jacques-Cartier et Champlain Incorporée	x											
Administration de pilotage des Laurentides	x	x				x						x
Commission canadienne de réforme du droit	x	x				x						
Loto-Canada Inc.									x			x
Administration de la réhabilitation de l'agriculture des Maritimes						x						
Conseil de recherches médicales	x								x			
Membres du personnel du Conseil canadien des ministres des ressources												
Membres du personnel de l'Institut international canadien pour le grain										x		
Membres du personnel de la Résidence du gouverneur général rémunérés par le gouverneur général												

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière						
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C				
Membres du personnel de la Fondation canadienne pour la protection du patrimoine						x							
Commission d'indemnisation des marins marchands	x	x											
Commission du système métrique	x	x											
Les Associés Mingan Limitée												x	
Société du port de Montréal													x
Office du développement municipal et des prêts aux municipalités						x					x		
Société du Centre national des arts	x												
Commission des champs de bataille nationaux	x	x									x		
Commission de la Capitale nationale	x	x				x							x
Conseil national de l'esthétique industrielle	x	x											
Office national de l'énergie	x	x				x							

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière						
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	C			
Conseil national de commercialisation des produits de la ferme	x	x											
Office national du film	x	x		x	x								
Galerie nationale du Canada													
Conseil des ports nationaux	x	x											
Musées nationaux du Canada	x	x	x							x			
Commission nationale des libérations conditionnelles	x	x	x										
Service national des libérations conditionnelles	x	x											
Conseil national de recherches du Canada	x	x		x						x			
Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie	x	x		x						x			
Société de développement de Terre-Neuve et du Labrador													
Commission d'énergie du Nord canadien	x	x		x									x
Administration du pipeline du Nord Canada	x	x	x										
Société des transports du Nord Limitée													x

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière			
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	
Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest	x	x								
Bibliothèque nationale	x	x	x							
Bureau de l'Administrateur en vertu de la Commission de lutte contre l'inflation						x				
Bureau du vérificateur général	x									
Bureau du Directeur général des élections	x		x							
Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale			x				x			
Bureau du Commissaire aux langues officielles	x		x							
Bureau du Commissaire aux pénitenciers							x			
Bureau du contrôleur général	x	x								
Bureau de la coordonnatrice de la situation de la femme	x		x							
Bureau de l'enquêteur correctionnel	x	x				x				
Bureau du séquestre (biens ennemis)	x	x						x		

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)		Loi sur l'accès à l'information (annexe I)		R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière				
	(annexe I)		(annexe I)		partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C	C	
													I
Secrétariat du gouverneur général					x			x					
Bureau des Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée					x								
Bureau de la Commission de la représentation					x								
Bureau du surintendant des faillites					x								
Administration de pilotage du Pacifique	x		x					x				x	
Pêcheries Canada Inc.												x	
Commission d'appel des pensions	x		x										
Conseil de révision des pensions	x		x										
Pédro-Canada								x					x
Office des indemnités pétrolières	x		x										
Société du port de Québec													x
Administration de l'assistance à l'agriculture des Prairies	x		x			x							

Annexe I (suite)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière			
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	
Administration du rétablissement agricole des Prairies	x	x	x							
Agence de surveillance du secteur pétrolier	x	x								
Bureau du Conseil privé	x	x	x							
Archives publiques	x	x	x							
Commission de la fonction publique	x	x	x							
Commission des relations de travail dans la fonction publique	x	x		x						
Société immobilière des Travaux publics Limitée	x	x								x
Comité consultatif du statut de réfugié										
Conseil des subventions au développement régional	x	x								
Commission sur les pratiques restrictives du commerce	x	x	x							
Monnaie royale canadienne	x	x								x
Gendarmerie royale du Canada	x	x	x							



Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.			Administration financière						
			partie I	partie II	annexe A (partie I)	annexe A (partie 2)	A	B	C I	C II				
St. Anthony Fisheries Limited												x		
Administration de la Voie maritime du Saint-Laurent	x	x					x							x
Conseil des sciences du Canada	x	x		x										
La Corporation du Pont international de la Voie maritime Limitée	x	x							x					x
Secrétaire du Cabinet pour les relations fédérales-provinciales et Bureau des relations fédérales-provinciales														
Conseil de recherches en sciences humaines	x	x												
Società à responsabilità limitata immobiliare San Sebastiano														
Personnel de la Cour de l'Échiquier														
Personnel des fonds non publics, Forces canadiennes				x										
Personnel de la Cour suprême														
Conseil canadien des normes	x	x												

**Annexe I** (suite et fin)

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)		Loi sur l'accès à l'information (annexe I)		R.P.F.P.		L.P.F.P.			Administration financière		
	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C	A	B	C
Statistique Canada	x	x	x									
Commission de révision des lois	x	x	x									
Groupe de travail sur l'unité canadienne					x							
Commission du tarif	x	x	x		x							
Commission d'appel de l'impôt			x									
Cour canadienne de l'impôt						x						
Commission de révision de l'impôt	x	x	x									
Téleglobe Canada						x						x
Commission du textile et du vêtement	x	x										
Secrétariat du Conseil du Trésor	x	x										
Uranium Canada Limitée	x	x										x
Administration du port de Vancouver												x

Institution du gouvernement	Loi sur la protection des renseignements privés (annexe I)	Loi sur l'accès à l'information (annexe I)	R.P.F.P.		L.P.F.P.		Administration financière					
			partie I	partie II	annexe A (partie 1)	annexe A (partie 2)	A	B	C			
										I	II	I
Via Rail Canada Inc.										x		
Commission des allocations des anciens combattants	x	x	x			x						
Office des eaux du territoire du Yukon	x	x										

## Notes

Cette étude a été terminée en décembre 1984.

Je tiens à remercier mon associé, J.C. Baillie, qui a lu une ébauche de la présente étude et a formulé des commentaires intéressants, et Debra Walker, qui m'a aidée à préparer le manuscrit et les tableaux.

1. W.P.M. Kennedy, *The Constitution of Canada 1534–1937*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1938.
2. Katherine Swinton, *Application de la Charte canadienne des droits et libertés* dans W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin (édit.), *La Charte canadienne des droits et libertés : commentaire*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1982, p. 60.
3. *Idem*, p. 74.
4. Voir *Jorgensen c. B.C. Ice and Cold Storage Ltd. and United Fishermen & Allied Workers Union*, II C.H.R.R. D/289 (Smith, p. D/298 et 299); *Bhinder c. C.N.R.*, II C.H.R.R. D/546 (Cumming et al., p. D/558); *Carson et al. c. Air Canada*, V C.H.R.R. D/1857 (Kerr et al., p. D/1862); *Nelson & Atco Lumber Ltd. c. Borho*, (1976) 1 B.C.L.R. 207 (C.S.C.B.) p. 214.
5. I.A. Hunter, « Human Rights Legislation in Canada », (1976) 15 *University of Western Ontario Law Review* 21, p. 33.
6. *Idem*, p. 30.
7. *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, The Clarendon Press, 1973, p. 564. Dans ce dictionnaire, le mot « discriminer » est défini comme suit : 1. Faire ou établir une différence dans ou entre; différencier. 2. Percevoir ou constater la différence dans ou entre; distinguer. 3. Faire une distinction. L'expression « discriminer à l'encontre de » est définie comme suit : « établir une distinction défavorable à l'égard de ». Par ailleurs, selon Walter Tarnopolsky, le mot « discrimination » utilisé dans la législation canadienne sur les droits de la personne devrait recevoir le troisième des trois sens suggérés dans le dictionnaire de Webster intitulé *New World Dictionary of the American Language*, soit « une indication de traitement partial ou préjudiciable; une action ou des politiques précises allant à l'encontre du bien-être de groupes minoritaires », Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law*, Toronto, Richard De Boo, 1982, p. 85.
8. Dans la cause de *R. c. Moore*, (1983) 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.J.).
9. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 13.
10. John D. Whyte, « The Effect of the Charter of Rights on Non-Criminal Law and Administration », (1982) 3 C.H.R.R. c/82–7, p. c/82–10 et 11.
11. Jill McCalla Vickers, « Major Equality Issues of the Eighties », *Annuaire canadien des droits de la personne 1983*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1983, p. 47 et s.
12. *Idem*, p. 56.
13. *Idem*, p. 55.
14. *Ibid.*
15. *Idem*, p. 56.
16. *Ibid.*
17. *Idem*, p. 57.
18. Renseignement obtenu du CRLF.
19. Voir Vickers, *supra*, n. 11, p. 57.
20. *The Shorter Oxford English Dictionary*, *supra*, n. 7, p. 673. Les sens donnés sont les suivants : 1. Identique sur le plan de la quantité, de la grandeur, de la valeur numérique, de l'intensité, etc.; ni moins ni plus. 2. Possédant une qualité ou un attribut à un degré identique; au même degré sur le plan de la dignité, du pouvoir, de l'excellence, etc.; ayant les mêmes droits ou privilèges. 3. Adéquat ou approprié sur le plan de la quantité ou du degré; suffisamment apte ou approprié. Quant aux personnes : ayant la force, l'endurance ou les aptitudes suffisantes. 4. Uniformément réparti; ayant des conséquences ou une application uniformes. 5. Juste, équitable, impartial . . .



---

# Le problème de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

GILLES PÉPIN

## Introduction

L'article 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* reconnaît aux législatures la compétence « exclusive » d'assurer « l'administration de la justice » dans leur province respective, notamment en organisant des « cours provinciales de juridiction tant civile que criminelle » et en veillant à leur maintien.

On trouve aujourd'hui dans chaque province un ensemble de cours de justice, pas nécessairement identique d'un territoire à l'autre, mais essentiellement conforme au modèle suivant : *des cours inférieures* de première instance, de juridiction souvent mixte (civile et criminelle); *une cour supérieure* connaissant en premier ressort de tout litige non expressément confié aux cours inférieures et habilitée notamment à exercer sur ces dernières un pouvoir de surveillance destiné à les contraindre, au besoin, à ne pas excéder le cadre de leur juridiction limitée; *une cour d'appel*, tribunal collégial ayant mission de corriger, le cas échéant, les jugements erronés prononcés par les juges des cours inférieures ou de la cour supérieure et d'assurer par là l'harmonisation des multiples jugements rendus par les nombreux juges de première instance répartis dans les divers districts judiciaires de la province<sup>1</sup>.

Toutefois, le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867* apporte d'importantes exceptions à cette compétence dite exclusive des provinces en matière d'organisation judiciaire. On les trouve réunies aux articles 96 à 101, dans un chapitre intitulé « Le système judiciaire » (« *Judicature* »).

Les articles 96 à 100 confient aux autorités fédérales d'importantes responsabilités relatives à l'organisation des cours de justice créées par les législatures.

D'une part, les juges des principales cours provinciales, à savoir « les cours supérieures, de district et de comté », sont nommés en vertu de l'article 96<sup>2</sup> par le gouverneur général du Canada, c'est-à-dire, en réalité, à la suite d'une décision prise par le Cabinet fédéral sur recommandation du ministre fédéral de la Justice qui consulte au préalable, de son propre chef, à tout le moins un comité de l'Association du Barreau canadien<sup>3</sup>. Les articles 97 et 98 font obligation au gouverneur général de choisir les juges qu'il nomme parmi les membres du Barreau de la province concernée. L'article 100 charge le Parlement du Canada de fixer les traitements, les pensions et les allocations des juges des cours supérieures, de district et de comté, et de fournir les argents nécessaires à ces fins<sup>4</sup>. L'article 99, modifié en 1960, porte que les juges des cours supérieures — il n'est pas fait mention des cours de comté et de district — doivent prendre leur retraite lorsqu'ils sont âgés de 75 ans et que, d'ici là, ils restent en fonction durant bonne conduite, mais peuvent être révoqués par le gouverneur général à la demande du Sénat et de la Chambre des communes<sup>5</sup>.

On constate déjà, après lecture de ces dispositions, que le système judiciaire mis en place par une législature ne relève pas de sa compétence exclusive et que son maintien exige la participation des autorités fédérales (Parlement et gouvernement). On observe en outre que l'article 96 fait partie d'un ensemble d'articles de la Constitution relatifs à un même genre de préoccupation : le statut des juges des principales cours provinciales (nomination, révocation, traitements et avantages sociaux); la *Loi constitutionnelle de 1867* ignore l'existence des membres des autres cours de justice<sup>6</sup>. On comprend que l'honorable juge Pigeon ait pu écrire à propos des cours supérieures provinciales :

Bien qu'on ait coutume de les appeler des cours provinciales, elles ne le sont que dans un certain sens. En vertu de l'article 96, c'est le gouvernement fédéral qui joue le rôle le plus important dans leur établissement : la nomination des juges dont, en vertu de l'article 100, les salaires sont fixés et payés par le parlement<sup>7</sup>.

D'autre part, les autorités fédérales possèdent en outre d'autres attributions en matière d'organisation judiciaire, comme nous l'apprend la lecture de l'article 101<sup>8</sup>. Cependant, il ne s'agit pas cette fois de responsabilités reliées directement au maintien des cours provinciales créées par les législatures.

Selon l'article 101, le Parlement du Canada possède la compétence exclusive — et l'exclusivité ne connaît pas ici de restrictions — d'établir une cour générale d'appel pour tout le Canada et de définir sa composition et ses attributions. Conformément à cet article, la Cour suprême du Canada a été créée en 1875. La Haute Juridiction trouve donc son acte de naissance dans une loi fédérale et non dans la Constitution canadienne<sup>9</sup>; ses juges sont nommés, rémunérés et éventuellement révoqués par les seules autorités fédérales et ils exercent un droit de

contrôle évidemment très important sur les jugements prononcés par les membres des cours provinciales<sup>10</sup>. Les législatures et les gouvernements provinciaux n'ont aucun droit de regard sur la composition et les attributions de cette cour à la fois suprême et fédérale; c'est elle qui, en dernier ressort, « dit le droit » (« *jus dicere* ») en vigueur au Canada, qu'il s'agisse du droit fédéral ou du droit provincial, du droit public ou du droit privé.

L'article 101 autorise aussi le Parlement du Canada à mettre sur pied, parallèlement aux cours provinciales, des cours additionnelles chargées d'assurer, de façon exclusive ou concurrente aux cours provinciales, un meilleur respect du droit fédéral. En principe, cependant, ce sont les cours provinciales qui ont la vocation de trancher, en premier ressort ou au premier degré d'appel, les litiges suscités par l'application des lois tant fédérales que provinciales, sous réserve du contrôle d'appel ultime de la Cour suprême du Canada<sup>11</sup>. Il suffit ici de signaler la création, en 1875, de la Cour de l'Échiquier qui, en 1971, a été remplacée par l'actuelle Cour fédérale, dotée à cette occasion de responsabilités substantiellement accrues.

Cette cour est d'une nature exclusivement fédérale; une loi du Parlement canadien<sup>12</sup> définit le statut (du moins en bonne partie) de ses juges de même que leurs juridictions, lesquelles doivent être limitées à des questions d'application de droit fédéral existant<sup>13</sup>. Les juges de la Cour fédérale sont nommés, rémunérés et éventuellement révoqués par les autorités fédérales<sup>14</sup>. Selon P.W. Hogg :

*The establishment of the Federal Court, with its broader jurisdiction and more elaborate structure (it has a trial division and an appeal division), is a step in the direction of the dual court system in the United States, a system which leads to multiple litigation and complex jurisdictional disputes<sup>15</sup>.*

On aura compris que si l'organisation des cours fédérales relève de la compétence véritablement exclusive du Parlement du Canada, nonobstant le rôle « national » et de dernier ressort de la Cour suprême du Canada, il n'en va pas de même de la compétence des législatures à l'endroit des cours provinciales. L'organisation et le maintien de ces dernières font appel au fédéralisme coopératif, en vertu de dispositions inscrites dans la Constitution. En somme, au Canada, les juges des principales cours de justice, qu'il s'agisse de cours fédérales ou provinciales, sont nommés, rémunérés et révoqués par les autorités fédérales (Parlement ou gouvernement) et la délimitation des responsabilités de la Cour suprême, en matières fédérale et provinciale, est aussi l'affaire du seul Parlement du Canada.

Abstraction faite du récent contentieux soulevé par la délimitation de la juridiction de la Cour fédérale<sup>16</sup>, c'est l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui a principalement été la source de procès et de conflits politiques depuis 1867. Pourtant, son libellé semble limpide : le gouverneur général nomme les juges des cours supérieures, de district et de

comté établies dans chaque province. Les rapports judiciaires font néanmoins état de plus de 200 controverses portées devant les tribunaux. Au cours de la période 1975–1983, la Cour suprême du Canada s’est penchée à douze reprises sur la portée de l’article 96<sup>17</sup>; les décisions relatives à des rejets de requête sollicitant de la cour une permission d’appeler ne sont pas comprises dans cette donnée.

Cette pléthore de procès (ou d’avis consultatifs) trouve spécialement son origine dans la portée extensible que les juges ont eux-mêmes donnée au texte de l’article 96. En effet, cet article a été interprété de manière à garantir aux juges des cours supérieures, de district et de comté une sorte de monopole d’exercice de plusieurs fonctions judiciaires importantes en matière provinciale, assurant du même coup l’effectivité du pouvoir de nomination du gouverneur général. Somme toute, les juges chargés d’interpréter la Constitution canadienne ont donné à l’article 96 le sens suivant : le gouverneur général nomme les juges des cours supérieures, de district et de comté, et, nonobstant l’article 92(14), les parlements provinciaux ne sont pas autorisés à confier, en matière provinciale, à d’autres qu’à ces juges certaines fonctions judiciaires. En conséquence, les provinces ont été empêchées de confier certaines responsabilités, soit à des cours présidées par des juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, soit à des institutions distinctes des cours de justice : auxiliaires de justice, tribunaux administratifs, ministres, etc.

Un pouvoir exécutif de nomination (l’article 96), faisant figure d’exception à un pouvoir législatif exclusif d’organisation (l’article 92, par. 14), a été perçu comme une règle limitant la compétence des provinces de pourvoir à leur propre organisation judiciaire et administrative et de répartir comme bon leur semble, entre les diverses institutions provinciales, les nombreuses fonctions judiciaires portant sur des sujets relevant de leur compétence législative. Ainsi, par exemple, la Cour suprême du Canada a décidé, en 1972, que les juges de la Cour provinciale du Québec, nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, n’étaient pas habilités, vu l’article 96, à exercer une juridiction que leur avait confiée l’Assemblée nationale en 1949 : annuler, pour cause d’invalidité, un règlement adopté par une corporation municipale<sup>18</sup>. En 1959, cette même cour avait aussi jugé que la législature de l’Ontario n’avait pas la compétence de déléguer à un « master » certaines attributions en matière de privilèges, bien que ces pouvoirs spéciaux lui aient été attribués en 1916 et nonobstant le fait que la loi en cause prévoyait qu’à la demande d’une des parties le litige devait nécessairement être tranché par un juge de la « High Court » (Cour supérieure)<sup>19</sup>.

Cette interprétation large de la portée de l’article 96 explique la masse de controverses signalées précédemment, car nombre de dévolutions de pouvoirs judiciaires, effectuées par les provinces à l’endroit d’institutions autres que les cours supérieures, de district et de comté, ont pu en



conséquence être contestées, à tort ou à raison. D'autant plus que la ligne de démarcation entre les attributions faisant partie du « bloc » de juridictions garanties en principe aux « juges de 96 » et les autres fonctions judiciaires n'a jamais été tracée avec précision.

Il en est résulté une insécurité notable dans le secteur de l'administration de la justice provinciale, insécurité qui compromet l'utilité et l'efficacité des cours provinciales de justice et des organismes administratifs provinciaux. L'article 96 est à l'origine de plusieurs guérillas judiciaires axées sur la contestation de la compétence des juges ou autres personnes nommés par les autorités provinciales et habilités par des lois provinciales à trancher des litiges portant par hypothèse sur des sujets relevant de la compétence des législatures. Les plaideurs désireux, ne serait-ce que de gagner du temps ou d'ennuyer leurs adversaires, trouvent dans l'imprécision des règles délimitant la portée de l'article 96 une invitation à s'en servir.

Ainsi que l'observait le professeur Le Dain :

*The general issue in this area of the constitution is the extent to which the exclusive federal power under section 96 of the B.N.A. Act to appoint the judges of the superior, district and county courts in the provinces is to inhibit the provincial power to redistribute judicial business among the provincial courts in the interests of a more efficient administration of justice (for which the provinces have the primary responsibility under the constitution) or to assign it to specialized tribunals for particular regulatory purposes<sup>20</sup>.*

Jusqu'à l'été 1983, il était d'usage de penser que les restrictions apportées à la compétence législative des provinces par l'article 96 (et les articles 97 à 100), mais surtout par la volumineuse jurisprudence qu'il a engendrée, ne visaient pas le Parlement du Canada. Celui-ci semblait avoir toute liberté, en matière fédérale, de déléguer à qui bon lui semble des attributions judiciaires. Ce « deux poids, deux mesures » n'avait rien pour atténuer les récriminations des provinces à l'endroit de l'article 96. Or, dans le cadre d'une opinion unanime, non signée et fort énigmatique, la Cour suprême du Canada vient de formuler quelques propositions susceptibles d'ouvrir un nouveau front aux guérillas de procédure fondées sur l'article 96. Dans l'affaire *McEvoy*, la Haute Juridiction a affirmé, notamment, sans trop préciser sa pensée, que :

*Section 96 bars Parliament from altering the constitutional scheme envisaged by the judicature sections of the Constitution Act, 1867 just as it does the provinces from doing so [ . . . ] The judicature sections of the Constitution Act, 1867 guarantee the independence of the superior courts; they apply to Parliament as well as to the provincial Legislatures<sup>21</sup>.*

Source d'inconvénients considérables pour les provinces, et bientôt pour le Parlement du Canada, l'article 96 doit être remis en question. On ne peut cependant songer à son abrogation ou à sa modification sans tenir compte du fait qu'il ne s'agit pas d'un article isolé, mais bien d'une

disposition reliée aux articles 97 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, articles réunis dans un chapitre consacré au « système judiciaire ».

L'étude qui suit a pour objet de présenter de la façon la plus concise possible le « problème de l'article 96 », article que le juge en chef Laskin qualifiait en 1982 « d'anomalie » constitutionnelle<sup>22</sup>. Les principales difficultés suscitées par cette disposition seront évoquées dans le cadre des sections suivantes :

- Les raisons d'être de l'article 96;
- La portée de l'article 96 en matière provinciale;
- Le projet d'amendement à l'article 96 actuellement suggéré par les autorités fédérale et provinciales;
- L'application de l'article 96 au Parlement du Canada.

## **Les raisons d'être de l'article 96**

Il est certes légitime de s'interroger sur les raisons d'être de la présence de l'article 96 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*; l'importance qu'il convient d'octroyer à cet article, la façon de l'interpréter et la manière de concevoir éventuellement sa modification peuvent évidemment être fonction des motifs ayant conduit à son adoption.

Il y a lieu de noter que cette intervention des autorités fédérales dans l'organisation des cours provinciales de justice n'est pas conforme aux règles traditionnelles du fédéralisme<sup>23</sup>; d'autant plus que, comme nous l'avons vu, les provinces ne jouissent d'aucune responsabilité analogue quant à l'établissement des cours fédérales, particulièrement de la Cour suprême du Canada.

La lecture des travaux préparatoires à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* nous apprend que l'article 96, de même que les articles 97 à 100 qui lui sont reliés, n'ont guère retenu l'attention des Pères de la Confédération. Il est aujourd'hui plus important de s'arrêter aux raisons d'être que la Cour suprême du Canada, dans sa recherche de l'intention du législateur, a elle-même proclamées.

### ***Selon les Pères de la Confédération***

On trouve l'équivalent des articles 96 à 100 dans les Résolutions de Québec (1864) portant les numéros 31 à 37<sup>24</sup>. Il appert du libellé même de la résolution numéro 33 que l'on associait particulièrement le problème de la nomination des juges à celui du paiement de leurs salaires.

Le gouvernement général nommera et paiera les juges des cours supérieures dans les diverses provinces, et des cours de comté dans le Haut Canada, et le Parlement déterminera leurs salaires.

L'aspect financier des articles 96 à 100 fut signalé lors des discussions de l'Assemblée du Canada-Uni, et le professeur Bora Laskin attachait à

cette considération une assez grande importance<sup>25</sup>. Si un député jugea que la résolution numéro 33 garantissait l'indépendance des juges à l'endroit des autorités provinciales<sup>26</sup>, il n'en reste pas moins que la prise de position la plus connue est celle du solliciteur général Langevin. Celui-ci fit bien ressortir les objectifs que certains assignaient à la résolution en cause : permettre aux autorités centrales d'exercer un « bon patronage » et aux provinces de faire assumer par le Trésor fédéral une dépense importante relative à l'administration de la justice<sup>27</sup>.

La Cour suprême du Canada allait voir bien autre chose dans l'article 96 et les suivants.

### *Selon la Cour suprême du Canada*

Le tribunal suprême du pays a justifié la présence de l'article 96 de deux façons différentes, dans deux arrêts unanimes qui s'ignorent réciproquement, chose qui s'explique par la chronologie pour le premier, mais qu'on a peine à comprendre pour le second.

#### L'EXISTENCE D'UN SYSTÈME JUDICIAIRE INTÉGRÉ

Dans le cadre du renvoi sur la constitutionnalité de la Commission du logement de l'Ontario (mai 1981), l'honorable juge Dickson (*per curiam*) a soutenu que les articles 96 à 100 étaient le fruit d'un « compromis » entre les Pères de la Confédération, désireux d'établir au Canada un système judiciaire intégré (« unitaire »), c'est-à-dire un système de cours provinciales habilitées à trancher les litiges suscités tant par les lois fédérales que provinciales; d'où la décision de partager les responsabilités de l'organisation des principales cours provinciales. Selon le juge Dickson :

Aux termes du par. 92(14) de l'A.A.N.B., chaque législature a le pouvoir de faire des lois relatives à l'administration de la justice dans la province. C'est un pouvoir étendu, mais qui est assujéti aux soustractions que les art. 96 à 100 opèrent en faveur de l'autorité fédérale [ . . . ] Le paragraphe 92(14) et les articles 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la Confédération. Il est clair qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base<sup>28</sup>.

Cette vocation des cours provinciales d'appliquer le droit fédéral et provincial avait été rappelée avec force par l'honorable juge Pigeon, en 1979, au nom de la majorité de ses collègues de la Cour suprême. À propos du rôle des cours supérieures, le juge Pigeon avait observé :

Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces

sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement « pour la meilleure administration des lois du Canada ». L'établissement de ces tribunaux n'est donc pas nécessaire pour mettre ces lois à exécution<sup>29</sup>.

Des juges de la Cour suprême avaient d'ailleurs déjà invoqué cette justification dans un arrêt célèbre de 1879<sup>30</sup>.

Il convient cependant d'ajouter aux notes du juge Dickson le commentaire suivant. Si les provinces ne peuvent saper à sa base le compromis de 1867, en enlevant substantiellement leurs juridictions aux juges des cours supérieures, de district et de comté pour les transférer à des juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, il y a lieu d'exiger que les autorités fédérales respectent elles aussi le compromis. Le système judiciaire intégré est également sapé à sa base si le Parlement du Canada fait un usage important de son pouvoir exclusif de créer des cours fédérales additionnelles. Les autorités fédérales ne sauraient avoir le meilleur de deux mondes : d'une part, l'exercice d'un important droit de regard sur l'organisation des principales cours provinciales (articles 96 à 100), limitant d'autant la compétence législative exclusive des provinces (art. 92, par. 14); d'autre part, l'établissement, libre de toute contrainte juridique, d'une organisation judiciaire fédérale importante et notamment du tribunal suprême du pays (art. 101). Autrement, il n'y a plus de compromis, mais une compétence fédérale quasi triomphante en matière d'organisation judiciaire; le motif de l'utilisation conjointe des cours provinciales, en tant que raison d'être du partage des responsabilités réalisé par les articles 92(14) et 96 à 100, ne tient plus si les autorités fédérales se comportent comme s'il n'existait pas de compromis. Dans cette optique, on comprend très bien les efforts de la Cour suprême visant à restreindre depuis quelques années la juridiction de la Cour fédérale<sup>31</sup>.

## L'INDÉPENDANCE DES JUGES DES COURS SUPÉRIEURES

Au cours des années 1930, les membres du Comité judiciaire du Conseil privé signalèrent à quelques reprises que l'article 96, joint aux articles 99 et 100, avait pour objet d'assurer l'indépendance des juges des principales cours provinciales. Lord Blanesburgh observait en 1932 que :

*It cannot be doubted that the exclusive power by that section [96] conferred upon the Governor-General to appoint the judges of the superior, district and county courts in each Province is a cardinal provision of the statute. Supplemented by s. 100, which lays upon the Parliament of Canada the duty of fixing and providing the salaries, allowances and pensions of these judges, and also by s. 99 which provides that the judges of the Superior Courts shall hold office during good behaviour, being removable only by the Governor-General on address of the Senate and House of Commons, the*

*section is shown to lie at the root of the means adopted by the framers of the statute to secure the impartiality and the independence of the Provincial Judiciary. A Court of construction would accordingly fail in its duty if it were to permit these provisions and the principle therein enshrined to be impinged upon in any way by Provincial Legislation*<sup>32</sup>.

Puis Lord Atkin formula en 1938 son célèbre dictum : les articles 96, 99 et 100 jouaient le rôle de

*three principal pillars in the temple of justice, and they are not to be undermined*<sup>33</sup>.

Chaque fois que l'on a voulu présenter l'article 96 comme une disposition ayant pour objet de garantir l'indépendance des juges des principales cours provinciales, les critiques ont eu beau jeu pour signaler le caractère singulier de cette proposition : la nomination fédérale, de préférence à la nomination provinciale, ne peut effectivement être en elle-même un gage d'indépendance. Si la nomination par un gouvernement distinct de celui responsable de la création de la cour est un élément essentiel à l'indépendance des juges concernés, ne faut-il pas conclure que les juges de la Cour suprême et de la Cour fédérale du Canada ne sont pas indépendants? En 1938, postérieurement aux deux arrêts précités du Comité judiciaire du Conseil privé, le juge en chef Duff, au nom de la Cour suprême du Canada, avait d'ailleurs fait état de son scepticisme à l'endroit de cette théorie, dans le cadre de l'opinion rédigée à l'occasion de l'affaire *In Re Adoption Act*<sup>34</sup>.

En janvier 1982, le juge Estey, exprimant l'opinion de la majorité de ses collègues de la Cour suprême, signalait l'existence de cette justification de l'article 96, mais hésitait à l'entériner; il écrivait alors que :

Cette disposition [l'art. 96] pourtant simple a donné naissance à nombre de théories, certaines réalistes, d'autres fantaisistes, quant à son rôle et à son objet dans notre Constitution. Suivant la théorie généralement acceptée, la nomination à l'échelon national des juges des cours supérieures, de comté et de district vise à assurer un certain degré d'indépendance et d'impartialité dans les salles d'audience où surgissent les actions et les litiges les plus sérieux, et l'on croit que les rédacteurs de l'art. 96 ont cherché à créer un esprit de détachement analogue à celui des juges itinérants de Westminster. Voir *O. Martineau and Sons Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, où Lord Blanesburgh a déclaré, à la p. 121 : « [ . . . ] il appert que cet article constitue le fondement des moyens que les rédacteurs de la loi ont adoptés pour assurer l'impartialité et l'indépendance de la magistrature provinciale ». Le juge en chef Duff a examiné ce même argument dans le *Renvoi sur l'adoption*, aux pages 415 et 416, mais de toute évidence il ne l'a pas jugé impérieux [ . . . ] Quel que soit son objet, [l'article 96] a, depuis la Confédération, soulevé des difficultés d'application<sup>35</sup>.

Mais le juge Estey ne souffla mot de l'avis précité, exprimé *per curiam* par son collègue Dickson huit mois auparavant, dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario.

Au mois de juin 1983, dans l'affaire *McEvoy*<sup>36</sup>, la Cour suprême du Canada a exprimé l'opinion que le besoin d'indépendance des juges des cours supérieures provinciales expliquait la présence des articles 96 à 100 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Son opinion unanime, fort sibylline, ne fait cependant aucune mention, sur ce point, tant de l'opinion différente formulée par le juge Dickson dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario (mai 1981) que de l'opinion majoritaire semblable, mais fort réservée<sup>37</sup>, émise par le juge Estey dans le renvoi sur le droit de la famille de la Colombie-Britannique (janvier 1982).

La Cour a affirmé, « ex cathedra », que :

*The traditional independence of English superior court judges has been raised to the level of a fundamental principle of our federal system by the Constitution Act, 1982 [sic] and cannot have less importance and force in the administration of criminal law than in the case of civil matters. Under the Canadian Constitution, the superior courts are independent of both levels of government. The provinces constitute, maintain and organize the superior courts; the federal authority appoints the judges. The judicature sections of the Constitution Act, 1867 guarantee the independence of the superior courts; they apply to Parliament as well as to the provincial legislatures*<sup>38</sup>.

La Cour semble attacher assez d'importance au seul fait que les juges des cours supérieures soient nommés par les autorités fédérales. Cette attitude donne prise à la question bien connue : faut-il conclure que les juges de la Cour suprême et de la Cour fédérale ne sont pas indépendants étant donné qu'ils ne sont pas nommés par les autorités provinciales? Sans doute faut-il retenir surtout le passage voulant que *les articles* relatifs au système judiciaire assurent l'indépendance des juges des cours supérieures. Certes, on se demande si la Cour suprême serait disposée à formuler la même proposition pour les juges des cours de comté et de district qui, on s'en rappelle, ne sont pas visés par l'article 99. Quoi qu'il en soit, la Haute Juridiction aura prochainement l'occasion d'explicitier sa pensée sur l'indépendance judiciaire au Canada<sup>39</sup>.

Cette seconde justification n'est certes pas dénuée de pertinence à la condition que l'on s'arrête surtout aux articles 99 et 100 plutôt qu'au seul article 96. En confiant au Parlement, et non pas uniquement au gouverneur général, la mission de s'occuper de la sécurité d'emploi et du traitement des juges des cours supérieures provinciales, la Constitution assurait certainement à ces juges un minimum d'indépendance fonctionnelle<sup>40</sup>. Il n'en reste pas moins que le degré d'indépendance garanti n'est pas le même pour les juges des cours provinciales de comté et de district, eux aussi nommés par le gouverneur général; par ailleurs, les articles 96

à 100 sont silencieux sur le statut des juges des autres cours provinciales et fédérales, notamment de ceux de la Cour suprême du Canada.

Mais il n'était pas acquis en 1867 qu'il existerait une telle Cour suprême, non plus d'ailleurs que des cours fédérales additionnelles; en conséquence, le silence des Pères de la Confédération sur le statut des juges de ces cours fédérales peut s'expliquer. On peut aussi comprendre qu'ils n'aient point voulu inclure dans la *Loi constitutionnelle de 1867* des dispositions relatives au statut des juges de chacune des cours provinciales inférieures qui allaient exister au lendemain de l'entrée en vigueur de cette loi (v.g. le Tribunal des juges de paix).

À la réflexion, les deux justifications retenues par la Cour suprême du Canada pour expliquer la présence des articles 96 à 100 se complètent. Les cours provinciales étant appelées en principe à trancher les litiges suscités tant par les lois fédérales que provinciales, les Pères de la Confédération auraient voulu reconnaître aux autorités fédérales certaines responsabilités dans l'organisation des principales cours; ils auraient également trouvé opportun d'assurer aux juges de ces principales cours un minimum d'indépendance fonctionnelle. Les deux opinions unanimes et différentes émises par la Cour suprême du Canada dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario et l'affaire *McEvoy* ne sont donc pas incompatibles. L'une et l'autre font voir aussi que l'article 96 ne doit pas être isolé de l'ensemble des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* consacrées au système judiciaire.

### **La portée de l'article 96 en matière provinciale**

Il n'apparaît pas utile de démontrer ici que, depuis 1867, l'application de l'article 96 à des cas d'espèce a donné lieu à de multiples jugements de toutes natures et parfois contradictoires<sup>41</sup>. Il suffit principalement de rappeler qu'en mai 1981 l'honorable juge Dickson a fait le point sur la jurisprudence dans une magistrale opinion, approuvée par ses collègues de la Cour suprême, et préparée à l'occasion du *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*<sup>42</sup>. Certes, le juge Dickson n'a pas estimé nécessaire de signaler dans sa synthèse tous les jugements importants prononcés depuis 1867; s'il avait essayé de le faire, il n'aurait peut-être pas réussi à dresser sa liste des règles applicables en matière d'interprétation de l'article 96. Il ne faudrait pas croire, cependant, que les règles que l'honorable juge a énoncées sont d'un contenu très précis; néanmoins, son opinion évite à la personne intéressée un long retour dans le passé lorsqu'elle désire connaître dans ses grandes lignes la portée actuelle de l'article 96.

Avant de s'arrêter aux enseignements du juge Dickson, il convient de rappeler très brièvement deux tendances jurisprudentielles qui n'ont plus cours aujourd'hui, mais qui sont révélatrices d'un état d'esprit qui a marqué l'interprétation de l'article 96.

## *Deux tendances jurisprudentielles finalement rejetées*

Il apparaît opportun de signaler que certains juges n'ont pas hésité dans le passé à se servir de l'article 96 pour tenter de restreindre le plus possible la compétence exclusive des provinces en matière d'administration de la justice, compétence à laquelle la Cour suprême devait majoritairement donner, en 1976, une portée étendue dans la célèbre affaire *Di Orio*, relative au pouvoir des provinces d'instituer des enquêtes sur le crime organisé<sup>43</sup>.

### L'INCOMPÉTENCE DES AUTORITÉS PROVINCIALES DE NOMMER DES JUGES À QUELQUE COUR QUE CE SOIT

De 1867 à 1892, il se trouva des juges, et des ministres fédéraux de la Justice, pour nier de façon absolue aux autorités provinciales la compétence de nommer des juges. On prétendait que ce pouvoir de nomination, manifestation de la prérogative royale, ne pouvait être exercé que par le gouverneur général puisque lui seul représentait la reine au Canada<sup>44</sup>. L'arrêt prononcé par le Comité judiciaire du Conseil privé, dans l'affaire *Liquidators of Maritime Bank*, sonna le glas de cette thèse très centralisatrice<sup>45</sup>. En 1921, la Cour d'appel de la Saskatchewan affirma à juste titre que :

*Were it not for sec. 96 of the B.N.A. Act, the power to appoint or to provide for the appointment of the judges of all Provincial Courts would exist in the Provincial Legislature, under heading 14 of sec. 92*<sup>46</sup>.

Il n'empêche qu'on pouvait lire encore dans un arrêt de 1923 du Comité judiciaire du Conseil privé :

*The power of appointing Judges to any Courts the Province of Alberta might establish was, under sec. 96 of the same Act of 1867, vested in the Governor General*<sup>47</sup>.

C'est probablement pourquoi le juge en chef Duff trouva opportun, en 1938, de dénoncer à nouveau (*per curiam*) de façon vigoureuse cette école de pensée, dans la célèbre affaire *In Re Adoption Act*<sup>48</sup>.

### L'INCOMPÉTENCE DES LÉGISLATURES DE DÉLÉGUER QUELQUE FONCTION JUDICIAIRE QUE CE SOIT À DES INSTITUTIONS AUTRES QUE LES « COURS DE 96 »

La deuxième tendance jurisprudentielle qu'il convient de rappeler n'est pas sans parenté avec la première. Dans le célèbre et ténébreux arrêt de 1938, *Toronto Corporation c. York Corporation*<sup>49</sup>, le Comité judiciaire du Conseil privé laissa entendre qu'une législature n'était pas autorisée, à cause de l'article 96, à déléguer une fonction judiciaire à une institution



(cour de justice, organisme administratif) non assujettie au régime juridique prévu aux articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C'était là introduire dans notre droit public, en matière provinciale, une certaine forme de séparation des pouvoirs. Cette théorie fut sévèrement critiquée par la Cour suprême du Canada, la même année, dans l'affaire *In Re Adoption Act*<sup>50</sup>; et, en termes polis et indirects, le Conseil privé la désavoua en 1948 dans le non moins célèbre arrêt *John East Iron Works Ltd*<sup>51</sup>. Il n'empêche que plusieurs jugements rendus au Canada, de 1938 à environ 1960, furent marqués par l'arrêt *Toronto Corporation*, présenté comme une autorité jurisprudentielle<sup>52</sup>.

On s'explique alors pourquoi l'honorable juge Dickson, dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario (1981), n'a pas jugé inutile de traiter de cette question. Il écrit notamment :

Comme le professeur Hogg l'a signalé dans l'ouvrage «*Constitutional Law of Canada*» (1977), à la page 129, l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867* ne prévoit pas une «*séparation générale des pouvoirs*». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste [*sic*, c.-à-d., n'insiste pas pour] que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions. Ainsi, il est évident que la Législature de l'Ontario peut attribuer des fonctions non judiciaires aux cours de l'Ontario et, sous réserve de l'art. 96 de l'A.A.N.B. qui est au centre du présent pourvoi, attribuer des fonctions judiciaires à un organisme qui n'est pas une cour<sup>53</sup>.

De même, le juge en chef Laskin avait-il affirmé en 1978 dans une affaire *Procureur général du Québec c. Farrah* :

Il fut un temps où l'on pouvait interposer l'art. 96 [ . . . ] pour faire obstacle à un organisme administratif pour la seule raison qu'il avait des attributions judiciaires. Ces temps sont révolus. *Toronto c. York*, qui avait élevé une barrière contre les tribunaux administratifs provinciaux pour ce motif, a été sévèrement restreint par *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd*<sup>54</sup>.

Il est donc bien établi que l'exercice de fonctions judiciaires provinciales n'est pas en soi un attribut exclusif des cours de justice et notamment des cours supérieures, de district et de comté. Chose curieuse, la prétention contraire était tout à fait opposée à la pratique suivie avant et après 1867.

Seule la dévolution de fonctions judiciaires «*protégées*» par l'article 96 soulève des difficultés constitutionnelles. Quelles sont ces fonctions ou, plus précisément, à quels signes les reconnaît-on? Voilà la question!

### ***Les règles actuelles du jeu de l'interprétation de l'article 96***

Le libellé apparemment limpide de l'article 96 (et des articles 99 et 100) représentait une exception importante à la compétence des législatures

d'organiser leurs cours de justice; néanmoins, la jurisprudence a étendu davantage la portée de cette disposition constitutionnelle. Le professeur Bora Laskin écrivait au début des années 1960 que l'article 96 avait suscité un « *relentless pursuit to excise original sin in provincial law making*<sup>55</sup> ».

En 1975, dans l'affaire *Tomko*, le juge en chef Laskin résumait comme suit, au nom d'une forte majorité de ses collègues, la portée générale de l'article 96 :

L'article 96 [. . .] qui, textuellement, ne confère qu'un pouvoir de nomination [. . .] est maintenant considéré comme une disposition qui empêche les provinces non seulement de nommer des juges ayant le statut de ceux mentionnés à l'article 96, mais aussi de conférer aux organismes qu'elles créent et aux membres de ceux-ci qu'elles nomment de leur propre autorité, une juridiction ou des pouvoirs qui (pour employer la formule adoptée par le Conseil privé et par cette Cour dans une série d'arrêts) sont dans l'ensemble assimilables ou analogues à la juridiction et aux pouvoirs exercés et susceptibles d'être exercés par les cours visées à l'article 96<sup>56</sup>.

Les juges chargés d'interpréter la *Loi constitutionnelle de 1867* ont donc refusé de n'assujettir à l'article 96 que les cours qui y sont expressément énumérées<sup>57</sup> de même que les cours ou organismes qui, étant donné l'ensemble de leurs responsabilités judiciaires, auraient pu être considérés à ce titre comme des institutions d'une importance équivalente. De façon à garantir aux cours supérieures, de district et de comté bon nombre de leurs attributions, ou de responsabilités judiciaires du même genre, les juges ont préféré donner à l'article 96 une portée « fonctionnelle » plutôt qu'« institutionnelle »; mais, particulièrement depuis 1975, des considérations d'ordre institutionnel (« *institutional setting* ») entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider si un organisme administratif<sup>58</sup> est visé par l'article 96. Le juge en chef Laskin écrivait, en 1982, dans le renvoi sur le droit de la famille :

*It is not for this Court, by deploring the presence in the Canadian Constitution of such an anomalous provision as s. 96, to reduce it to an absurdity through an interpretation which takes it literally as an appointing power without functional implications*<sup>59</sup>.

Depuis que la Cour suprême du Canada a proclamé que l'article 96, joint aux articles 99 et 100, a pour objet d'assurer l'unité du système judiciaire canadien et l'indépendance des juges des cours supérieures provinciales, l'interprétation en principe « fonctionnelle » apparaît mieux justifiée qu'auparavant. D'une part, elle a pour effet de conserver aux autorités fédérales un droit significatif de participation à l'organisation et au maintien des principales cours provinciales, appelées en règle générale à assurer le respect des lois tant fédérales que provinciales; les provinces ne sauraient enlever à ces cours leur caractère de « principales » institutions judiciaires en diminuant en toute liberté leurs juridictions<sup>60</sup>. D'autre part, cette inter-

prétation tend aussi, dans l'intérêt des justiciables, à faire en sorte que les garanties constitutionnelles d'indépendance s'appliquent à des cours exerçant d'importantes juridictions; ces juridictions ne sauraient leur être retirées sans discussion au profit d'institutions n'offrant pas les mêmes garanties constitutionnelles.

Cependant, outre que l'indépendance de la magistrature puisse aujourd'hui trouver des assises assez solides dans de simples lois et dans la tradition — comme c'est le cas pour les juges de la Cour suprême du Canada — la valeur des objectifs du « fonctionnalisme » s'estompe si l'application de cette méthode d'interprétation est la source d'une grande insécurité et d'importants inconvénients dans le domaine de l'administration de la justice. Or, on s'accorde généralement à reconnaître que l'article 96 a engendré un très sérieux malaise dans l'organisation des cours et des organismes administratifs provinciaux étant donné que la jurisprudence n'a pu identifier de façon relativement précise le contenu du domaine judiciaire réservé aux juges visés à l'article 96. Ainsi que l'a noté en 1977 P.W. Hogg :

[. . .] *the difficulty lies in the definition of those functions which ought properly to belong to a superior, district or county court. The courts have attempted to fashion a judicially enforceable rule which would separate « s. 96 functions » from other adjudicatory functions. The attempt has not been successful, and it is difficult to predict with confidence how the courts will characterize particular adjudicatory functions. The uncertainty of the law, with its risk of nullification, could be a serious deterrent to the conferral of new adjudicatory functions on inferior courts or administrative tribunals* [. . .]<sup>61</sup>.

Cette insécurité explique en partie la présentation d'un projet fédéral-provincial d'amendement à l'article 96<sup>62</sup>.

L'exposé de synthèse du juge Dickson, dans le renvoi de 1981 sur la Commission du logement de l'Ontario, n'en reste pas moins très valable, car il énonce la démarche qu'il y a lieu d'observer, selon l'ensemble des juges de la Cour suprême du Canada, pour déterminer si une fonction ne peut être exercée que par un juge d'une cour supérieure, de district ou de comté<sup>63</sup>. Cette démarche prend la forme d'un raisonnement en trois temps. Mais il semble résulter de l'ensemble des notes du juge Dickson que l'étude d'un cas pratique puisse comporter quatre étapes.

a) La fonction déléguée par la législature à une institution autre qu'une cour visée à l'article 96 (cour de 96) possède-t-elle un caractère judiciaire? Cette première exigence ne fait pas partie du processus à trois volets formulé par le juge Dickson, mais on constate ailleurs dans son avis que cette interrogation est qualifiée de « question initiale<sup>64</sup> ».

b) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une fonction correspondant à un genre de juridiction qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de

comté à l'époque de la Confédération? Il s'agit là de la règle dite du critère historique (« *1867 Statute Book Test* »).

c) Dans l'affirmative, analysée dans son cadre institutionnel (ou encore dans son environnement législatif), cette fonction conserve-t-elle son caractère judiciaire?

d) Dans l'affirmative, l'étude de ce cadre institutionnel (« *institutional setting* ») démontre-t-elle que l'exercice de ladite fonction est accessoire à l'accomplissement d'une mission généralement administrative ou est indispensable à la réalisation d'un grand ensemble législatif?

Une réponse négative à l'une des trois premières questions justifie que l'on ne poursuive pas plus loin la démarche; il n'y a pas de violation de l'article 96. Une réponse affirmative à la quatrième interrogation entraîne une conclusion semblable. En pratique, compte tenu de l'incertitude des réponses données, des juges prennent la précaution d'utiliser plus d'un volet du raisonnement.

Il convient de passer brièvement en revue ces diverses étapes du « test Dickson » et de signaler que la simplicité de leur énoncé n'a d'égale que l'imprécision de leur contenu.

## LE CARACTÈRE JUDICIAIRE DE LA FONCTION EN CAUSE

En droit administratif, la notion d'attribution judiciaire est interprétée de façon très large<sup>65</sup>, essentiellement dans le but d'accorder aux administrés certaines garanties d'ordre procédural dans leurs relations avec l'administration publique et de leur donner accès à certains recours devant les juges lorsqu'ils s'estiment lésés par l'activité de cette administration; il est d'ailleurs d'usage de faire état de l'expression « quasi judiciaire ». Aux fins de l'application de l'article 96, une interprétation beaucoup plus restrictive est retenue par la Cour suprême, comme en témoignent certains passages de l'opinion du juge Dickson :

Si la réponse à la question initiale concernant le « pouvoir judiciaire » est négative, cela règle la question en faveur de l'organisme provincial [ . . . ] [On] ne peut répondre à la question de savoir si une fonction donnée est « judiciaire » en se fondant uniquement sur les façades de la procédure. Il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher [ . . . ] La marque d'un pouvoir judiciaire est l'existence d'un litige entre des parties dans lequel un tribunal est appelé à appliquer un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité [« *fairness* »] et à l'impartialité. La décision porte d'abord sur les droits des parties au litige plutôt que sur l'examen du bien-être de la collectivité<sup>66</sup>.

Cette conception stricte du pouvoir judiciaire, qui fait appel à des critères formels et matériels d'analyse, tout en privilégiant, semble-t-il, les seconds, est fort légitime dans le contexte constitutionnel de l'arti-

cle 96<sup>67</sup>. Cet article fait exception à la compétence législative des provinces (art. 92, par. 14) et ne doit pas être interprété trop libéralement. Par ailleurs, l'activité caractéristique des « cours de 96 » était avant tout, en 1867, une activité proprement judiciaire; les cours de justice, et tout particulièrement les cours supérieures, de district et de comté avaient pour mission — comme aujourd'hui encore — de trancher des litiges en fonction de normes juridiques préexistantes et suivant des règles de procédure généralement contradictoires visant à faciliter la manifestation de la vérité des faits et du droit. Les deux motifs invoqués pour justifier la présence de l'article 96 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* postulent l'exercice de fonctions judiciaires, au sens classique et restreint de l'expression.

Par exemple, un juge de la Cour supérieure du Québec arrivait récemment à la conclusion que la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* ne violait pas l'article 96 en déléguant à un inspecteur la compétence d'ordonner à une entreprise récalcitrante de se conformer à la Loi ou à ses règlements. En l'espèce, l'inspecteur avait enjoint à l'employeur de fournir gratuitement à ses employés, sous peine de poursuite pénale, des chaussures de sécurité prescrites par un règlement. La cour a rejeté l'argument d'inconstitutionnalité de cette responsabilité de l'inspecteur, notamment pour le motif qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, puisque son rôle consistait, essentiellement, non pas à trancher des litiges mais à veiller au respect de la Loi et de ses règlements<sup>68</sup>.

La difficulté de ce genre d'exercice de qualification se manifeste dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui a conclu à la constitutionnalité de certaines attributions de la Régie du logement du Québec. À titre en quelque sorte de préliminaire à son opinion, le juge Chouinard (*per curiam*) a éliminé succinctement du débat la compétence des régisseurs de fixer le prix des loyers, au motif qu'il ne s'agissait pas d'une fonction judiciaire même s'il y avait mésentente entre le locateur et le locataire. Il a fait sien l'opinion des procureurs du Québec voulant que :

La Régie, dans ce domaine, ne rend pas la justice à la manière d'une cour. Elle applique davantage une politique administrative de contrôle du marché des logements, fondée avant tout sur le bien-être de l'ensemble de la collectivité. Ainsi les droits des parties sont-ils intimement liés à la mise en oeuvre d'une politique commune en matière de contrôle du prix des loyers<sup>69</sup>.

En somme, la Cour exprime l'avis que les litiges de ce genre sont tranchés en fonction de considérations d'ordre économique et social. Il aurait été intéressant que cette partie du jugement de la Cour suprême soit davantage motivée, car la Loi en cause était silencieuse sur ce point<sup>70</sup>. La Cour d'appel du Québec n'avait pas attesté du caractère non judiciaire de cette responsabilité des régisseurs<sup>71</sup>.

UNE FONCTION (JUDICIAIRE) PARTICIPANT À UN GENRE  
DE JURIDICTION EXERCÉE EN 1867 PAR UNE  
« COUR DE 96 »

Une législature ne peut confier à d'autres qu'aux juges des cours supérieures, de district ou de comté une responsabilité judiciaire qui, en 1867, relevait de la juridiction desdits juges, de même qu'une juridiction généralement assimilable (« *broadly analagous* »). À ce propos, l'honorable juge Dickson écrivait dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario :

[. . .] si le pouvoir exercé est de fait un pouvoir judiciaire, il est alors nécessaire de poser une deuxième question : dans l'exercice de ce pouvoir, le tribunal est-il analogue à une cour supérieure, de district ou de comté? [. . .] [Cette étape] porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération [. . .] Si la recherche historique mène à la conclusion que le pouvoir ou la compétence ne correspondent pas à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'art. 96, la question s'en trouve réglée<sup>72</sup>.

On devine la fluidité de cette règle d'application qui attache une grande importance au droit en vigueur en 1867, même s'il a depuis été abrogé, de préférence aux besoins contemporains de l'administration de la justice. Cette règle oblige par ailleurs les juges à spéculer, de façon fréquemment divergente d'un juge à l'autre, sur les facteurs de ressemblance ou de dissemblance entre un genre de juridiction dévolue en 1867 à une « cour de 96 » et une fonction judiciaire confiée plus d'un siècle plus tard à une institution composée de personnes nommées par les autorités provinciales et qui souvent ne sont pas des juges ni même des juristes. De même qu'il est toujours possible de dire d'une personne qu'elle ressemble « un peu, passablement, beaucoup » à une autre, même si elle n'est pas sa jumelle, aussi est-il loisible aux juges de conclure, motifs à l'appui, qu'une fonction judiciaire est ou n'est pas généralement analogue à une attribution exercée en 1867 par une « cour de 96 ». Les historiens du droit peuvent aussi jouer un rôle déterminant dans la solution d'une controverse.

Trois précisions doivent cependant être apportées au critère historique d'interprétation, même si le juge Dickson n'en a pas fait mention explicite dans son exposé de synthèse.

Une fonction judiciaire n'est visée par l'article 96 que si elle relevait de la juridiction exclusive, en 1867, des cours de 96. Récemment (1983), la Cour suprême a jugé que des pouvoirs judiciaires délégués à la Régie du logement du Québec ne portaient pas ombrage à l'article 96, étant donné qu'en 1867, dans le Bas-Canada, la Cour de recorder (une cour non énumérée à l'article 96) exerçait en semblable matière une juridiction

concurrente à celle de la Cour supérieure et de la Cour de circuit, deux cours visées par l'article 96<sup>73</sup>. Dans le même ordre d'idée, le juge Estey notait, lors du renvoi sur le droit de la famille:

[. . .] les partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence d'une compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde [d'enfants] assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce<sup>74</sup>.

Cette exigence d'exclusivité est tout à fait appropriée, mais ajoute parfois à la difficulté de la recherche historique car les lois de 1867 n'étaient pas rédigées en fonction de l'article 96.

Par ailleurs, une législature ne peut contourner la portée de l'article 96 en confiant à une institution composée de personnes désignées par les autorités provinciales une fonction judiciaire « protégée » par ledit article, en prenant soin de laisser aux cours de 96 une juridiction concurrente, ou encore en laissant à ces cours la faculté d'intervenir par le biais d'un contrôle d'appel; dans un cas comme dans l'autre, il n'en demeure pas moins que la législature se trouve à confier à d'autres qu'aux juges des cours supérieures, de district ou de comté une juridiction historiquement visée par l'article 96. Le juge en chef Laskin observait à ce propos dans le renvoi sur le droit de la famille :

Ni une certaine concurrence en matière de compétence avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni son assujettissement aux procédures de révision ou d'appel ne permettent à la Cour provinciale d'assumer des fonctions relevant d'une cour visée à l'article 96 pour le motif qu'elle n'est pas ainsi transformée en cour supérieure, de district ou de comté<sup>75</sup>.

Enfin, mais il est possible que d'autres juristes divergent tout particulièrement d'avis sur ce point avec l'auteur de la présente étude, l'application du volet historique n'oblige pas que l'on s'en tienne à une recherche sur le droit en vigueur dans la province concernée. Quand la Cour d'appel du Québec a émis l'avis unanime, en 1964, que la Cour de magistrat de cette province était devenue une cour de la même importance que les cours énumérées à l'article 96, elle a fondé en partie son opinion sur une comparaison avec la juridiction confiée en 1867 aux cours de comté et de district du Haut-Canada<sup>76</sup>. Les cours d'appel de l'Alberta et de la Colombie-Britannique ont adopté récemment une attitude semblable<sup>77</sup>. Dans le renvoi sur le droit de la famille de la Colombie-Britannique, les juges de la majorité (Estey) et de la minorité (Laskin) de la Cour suprême n'ont pas trouvé inapproprié de s'intéresser à l'état du droit en vigueur dans les autres provinces canadiennes et même, comme l'avait fait la Cour suprême dans le célèbre renvoi de 1938 *In Re Adoption Act*, à la législation britannique en vigueur en 1867<sup>78</sup>. Si l'étude de la législation britannique est pertinente<sup>79</sup>, on ne voit pas pourquoi un sort différent serait réservé au droit des autres provinces

canadiennes. Il n'apparaît pas séduisant que les restrictions apportées à la compétence législative des provinces puissent varier d'un territoire à l'autre.

Dans cette perspective, il y a lieu de s'interroger sur le sort différent que la Cour suprême du Canada a réservé à la Commission du logement de l'Ontario, en 1981, et à la Régie du logement du Québec, en 1983, les principales activités de la première étant jugées inconstitutionnelles et celles de la seconde, constitutionnelles quoique semblables. Il est légitime de se demander si la Cour suprême aurait guillotiné la Commission ontarienne si les procureurs du gouvernement de cette province avaient fait état de la législation en vigueur dans le Bas-Canada, en vertu de laquelle des Cours de recorder s'occupaient en 1867 des litiges entre locataires et locateurs; c'est grâce à cette argumentation historique que la Régie québécoise a échappé à l'emprise de l'article 96<sup>80</sup>. Comment expliquer logiquement que la Régie du logement du Québec puisse résilier un bail, mais que l'octroi d'une telle compétence à la Commission du logement de l'Ontario, ou même à un juge nommé par le lieutenant-gouverneur de cette province, soit interdit par l'article 96? Comment justifier cette bizarrerie à la lumière des motifs légitimant la présence de l'article 96 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Parmi les multiples arrêts ou renvois engendrés par l'article 96, rares sont les décisions dans lesquelles il n'est pas question de l'application, souvent divergente, de la règle du critère historique, du « *1867 statute book test* ». La volumineuse et dense opinion émise en 1982 par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire du droit de la famille, représente un cas typique<sup>81</sup>. Une majorité de juges y a infirmé, en partie, une opinion unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique concluant à l'inconstitutionnalité d'une loi de cette province confiant certaines responsabilités en matière de tutelle, de garde d'enfants et d'occupation ou d'utilisation de résidence familiale, à des juges nommés par le lieutenant-gouverneur.

Le recours au critère historique a notamment conduit la Cour suprême du Canada à déclarer inconstitutionnelles les fortes clauses privatives édictées par les législatures et qui ont pour objet d'empêcher les cours supérieures d'exercer leur traditionnel pouvoir de contrôle sur les cours inférieures et les organismes administratifs provinciaux. Dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, l'honorable juge en chef Laskin est arrivé à la conclusion (*per curiam*) que le fait d'exclure totalement une institution du champ d'action de ce pouvoir de contrôle avait en réalité pour effet d'autoriser cette institution à délimiter elle-même l'étendue de sa compétence; ce faisant, elle se trouvait implicitement à exercer un genre de juridiction qui participait à l'exercice du traditionnel pouvoir de surveillance dévolu en 1867 aux cours supérieures. Selon l'honorable juge en chef :



[. . .] comme l'article 96 fait partie de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni révision<sup>82</sup>.

Il s'agit là d'un cas particulier d'application de l'article 96 et du critère historique puisque l'on ne conteste pas la validité de l'exercice d'une fonction judiciaire déterminée. Le non-assujettissement au contrôle des cours supérieures est assimilé à un transfert du pouvoir de contrôle, une juridiction protégée par l'article 96, et l'institution en cause ne peut alors exercer quelque responsabilité que ce soit, sa constitution même étant en quelque sorte incompatible avec l'article 96<sup>83</sup>.

Toujours à titre de quelques exemples d'application du critère historique<sup>84</sup>, notons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée l'année dernière sur la constitutionnalité de la juridiction du Employment Standards Board de cette province, un organisme notamment habilité à statuer sur les réclamations de salaires non versés par des employeurs. À la différence du premier juge, la Cour d'appel a décidé qu'il s'agissait là d'un genre de juridiction dévolue avant 1867 à des magistrats non compris dans l'émunération de l'article 96<sup>85</sup>. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada nous fera bientôt savoir si la Cour d'appel du Québec a eu raison de juger inconstitutionnel un article de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui reconnaît au ministre des Institutions financières le pouvoir de suspendre provisoirement de leur poste, dans certaines circonstances, les membres du conseil d'administration d'une entreprise faisant commerce de valeurs mobilières, à la suite d'une recommandation dans ce sens de la Commission des valeurs mobilières. En appliquant la méthodologie prônée par le juge Dickson, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que le ministre se trouvait à exercer sur la société concernée une fonction judiciaire équivalente au pouvoir de surveillance des cours supérieures<sup>86</sup>.

L'application du critère historique à des institutions provinciales exerçant une juridiction d'appel est à l'origine d'un contentieux assez volumineux, particulièrement au Québec<sup>87</sup>, et les jugements prononcés font voir comment, faute d'une analyse approfondie de la réalité juridique que recouvre la notion versatile d'appel, des juges ont eu tendance notamment à assimiler trop facilement ce genre de responsabilité au traditionnel pouvoir de surveillance des cours supérieures<sup>88</sup>. Chose certaine, il ne faut pas s'en remettre avec une confiance illimitée à l'opinion émise en 1978 par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Farrah* :

[. . .] une province peut également établir un tribunal administratif d'appel dans le cadre d'une réglementation valide et investir ce tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit dans l'exercice de sa juridiction d'appel sur les décisions du premier organisme [. . .] (Le) fait de prévoir un droit

d'appel dans le cadre d'une organisation administrative ne peut avoir d'incidence réelle sur la question<sup>89</sup>.

Non seulement le juge en chef se refusa-t-il à appliquer ce principe au tribunal d'appel contesté en l'espèce — le Tribunal des transports du Québec — mais il n'hésita pas en 1981 à rédiger (*per curiam*) des propos assez différents en prononçant l'inconstitutionnalité du Tribunal des professions du Québec, un organisme ayant mission d'entendre les appels des décisions prises par les comités de discipline des diverses corporations professionnelles. Après avoir signalé principalement que cette institution était protégée par une clause privative étanche, le juge Laskin ajouta :

Même s'il en était autrement et que le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure sur des questions de compétence fut expressément sauvegardé, il n'y aurait pas réfutation complète de l'argument selon lequel le Tribunal des professions exerce [dans le cadre de sa juridiction d'appel] des pouvoirs plus proches de ceux d'une cour constituée en vertu de l'article 96 que de ceux que peut valablement exercer un tribunal administratif ou quasi judiciaire d'une province ou même un tribunal judiciaire d'une province<sup>90</sup>.

La Cour suprême du Canada n'a pas brillé de tous ses lustres lorsqu'elle a motivé ses décisions d'assujettir à l'article 96 le Tribunal des transports et le Tribunal des professions du Québec. D.J. Mullan observe à propos du second arrêt :

*To be as cryptic as the [Supreme] Court was in Crevier is irresponsible and conducive to more litigation as various refinements are tested against a will o' the wisp judicial standard of invalidity. In the meantime, this lack of clear direction means administrative appeal tribunals across the country are placed in a position of considerable uncertainty while the core has been removed from a progressive and innovative Quebec attempt at professional regulation<sup>91</sup>.*

Par ailleurs, si la Haute Juridiction a manifesté dans un arrêt plus récent *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*<sup>92</sup> qu'elle n'était évidemment pas disposée à déceler des violations à l'article 96 chez tous les organismes provinciaux titulaires d'une juridiction d'appel, il n'en reste pas moins que ce dernier jugement ne contient pas lui non plus une analyse satisfaisante du particularisme de la notion d'appel dans notre droit public, laquelle notion n'a pas de contenu juridique en principe prédéterminé. En l'espèce, la Cour suprême a infirmé une décision unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique voulant que la législation de cette province n'était pas autorisée, à cause de l'article 96, à confier au Cabinet provincial la responsabilité d'adjuger en appel des décisions prises par le Pollution Control Board; la Cour d'appel avait cru cependant se conformer à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. . . Rendant le jugement de la Cour, le juge en chef Laskin s'est prononcé en faveur de la validité

de la loi provinciale en recourant à la règle du critère institutionnel (*infra*), sans se préoccuper de façon particulière de considérations d'ordre historique.

L'appel n'est pas historiquement et essentiellement un genre d'attribution visée par l'article 96. On ne voit pas pourquoi une telle responsabilité confiée à des personnes nommées par les autorités provinciales ne devrait pas être passée au crible des diverses étapes de la démarche formulée par le juge Dickson dans le renvoi sur la Commission du logement. Ainsi, il y aurait lieu de s'assurer que l'organisme investi d'une compétence d'appel exerce à cette occasion une fonction judiciaire au sens de l'article 96, ce qui ne devrait pas être le cas lorsque ses décisions sont légalement prises en fonction de considérations d'ordre économique ou social<sup>93</sup>. Par ailleurs, le recours au critère historique pourrait révéler qu'une cour non énumérée à l'article 96 exerçait avant 1867 une responsabilité analogue, ou encore et surtout, que la juridiction d'appel en cause reconnaît à l'organisme provincial, si l'on étudie attentivement le texte législatif, des pouvoirs substantiellement différents de ceux dévolus avant 1867 aux cours de 96, chargées, par exemple, d'exercer le traditionnel pouvoir de surveillance et non habilitées à ce titre à prendre la décision qu'aurait dû adopter le premier décideur<sup>94</sup>.

Il ne convient pas de pousser plus loin l'étude de cette difficile question, qui devrait tenir compte des divers types d'appel prévus par le législateur (appel sur dossier, appel *de novo*, appel limité ou non aux questions de droit, appel à une cour de justice ou à un organisme administratif) et qui ne devrait pas rester insensible au fait qu'il peut être difficile d'analyser la nature d'un droit d'appel en ignorant le genre de décision prise par le premier décideur. Rappelons que la jurisprudence n'est guère loquace sur ces sujets. Soulignons cependant que l'octroi à un organisme d'une juridiction d'appel limitée aux questions de droit est de nature à enclencher la mise en oeuvre de l'article 96, surtout si l'organisme en cause n'exerce pas d'autres genres de responsabilités; on a tendance alors à considérer, sans d'ailleurs faire des nuances qui pourraient s'imposer, que la législature lui a confié une mission analogue à l'exercice du traditionnel pouvoir de surveillance des cours supérieures. Tel est l'enseignement qui semble résulter du résumé que le juge Dickson a fait de l'arrêt *Farrah*, dans son opinion sur la Commission du logement de l'Ontario :

Dans l'affaire *Farrah*, on avait donné à un tribunal des transports une juridiction d'appel sur les décisions de la Commission des transports du Québec. Le tribunal avait pour seule fonction de trancher des questions de droit. Comme cette fonction était habituellement remplie par les tribunaux visés à l'art. 96 et qu'elle était complètement séparée du cadre institutionnel de la Loi, les articles attaqués ont été déclarés inconstitutionnels<sup>95</sup>.

Terminons ces quelques explications sur la règle du critère historique par des références à deux *obiter dicta* de juges de la Cour suprême du

Canada, le premier étant particulièrement susceptible d'entraîner un assouplissement de la jurisprudence relative à l'application de l'article 96, le second étant surtout de nature à ajouter à la confusion qui caractérise le droit actuel.

À l'occasion du renvoi sur le droit de la famille de la Colombie-Britannique, l'honorable juge Estey, au nom de la majorité de ses collègues, a exprimé l'avis qu'il y aurait lieu de ne pas rester insensible au fait que certaines fonctions judiciaires sont plus adéquatement exercées lorsqu'elles sont confiées à des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à des « cours de 96 ». Après avoir signalé que la jurisprudence avait su alléger la portée de l'article 96 en ce qui concerne les tribunaux administratifs, grâce à la règle du critère institutionnel (*infra*), l'honorable juge ajouta :

Mais un tel point de vue [laxiste<sup>96</sup>] a presque autant d'importance et de valeur lorsque le programme énoncé dans la loi habilitante se prête à une interprétation et à une application dans le cadre des procédures sommaires rapides et relativement moins coûteuses des tribunaux dits inférieurs. Souvent, soit en raison de la nature des droits et des obligations que créent ces lois, soit parce que ces droits et obligations s'adressent à une partie précise de la collectivité, l'application et l'interprétation desdites lois se fait mieux et de façon plus expéditive par le moyen des procédures moins formelles et moins exigeantes des cours provinciales. Je ne veux pas par là déprécier le rôle de la cour supérieure ni son efficacité dans la collectivité moderne. Je veux simplement dire que les techniques hautement raffinées, qui ont été élaborées au cours des siècles pour résoudre des difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité, ne sont pas nécessaires pour trancher bien des litiges dont les cours inférieures sont saisies en vertu de lois provinciales contemporaines. Dans certains cas, les litiges devant les cours de juridiction générale (qui tirent leur origine des cours de justice royales) et devant les cours de comté ne valent ni le temps ni l'argent que les parties doivent parfois inévitablement leur consacrer<sup>97</sup>.

En somme, des considérations d'ordre pratique devraient conduire les juges à autoriser certains empiètements sur des juridictions historiquement protégées par l'article 96.

En contrepartie, dans le même renvoi sur le droit de la famille, le juge en chef Laskin, dissident avec l'appui de son collègue Ritchie, a formulé une observation plutôt mystérieuse en écrivant que l'étude du droit positif en vigueur en 1867 n'était pas suffisante pour décider si une fonction judiciaire était exercée par une cour de 96; encore fallait-il vérifier si une juridiction n'avait pas été anormalement confiée à une cour non énumérée par ledit article. Selon le juge Laskin :

C'est à bon droit que l'avocat du procureur général du Canada nous met en garde contre l'acceptation de ce qu'il appelle une compétence anormale accordée à une cour inférieure avant 1867 pour justifier la non-application de l'article 96. Ce n'est pas comme si la compétence attribuée à une cour

inférieure avant 1867 avait été conférée dans l'optique d'une constitution fédérale qui contiendrait éventuellement une disposition comme l'article 96<sup>98</sup>.

Si cette thèse devait être retenue, la jurisprudence relative à l'application de l'article 96 deviendrait encore plus kaléidoscopique . . .

### UNE FONCTION D'UNE « COUR DE 96 » NON MÉTAMORPHOSÉE PAR LE CADRE INSTITUTIONNEL DANS LEQUEL ELLE S'INSÈRE

Les deux derniers volets du test Dickson font appel à un même genre de préoccupation, comme en témoigne l'important passage suivant tiré des notes de l'honorable juge :

La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction elle-même est différente lorsqu'elle est envisagée dans ce cadre. En particulier, la fonction peut-elle être considérée comme une fonction judiciaire? [ . . . ] Si après avoir examiné le contexte institutionnel, il devient évident que le pouvoir n'est pas exercé comme un « pouvoir judiciaire », alors on n'a pas à poursuivre l'enquête, puisque le pouvoir, dans son contexte institutionnel, ne correspond plus à un pouvoir ou à une compétence qui peuvent être exercés par un tribunal visé par l'art. 96 et l'initiative provinciale est valide. D'autre part, si le pouvoir ou la compétence s'exercent d'une manière judiciaire, il devient alors nécessaire de passer à la troisième et dernière étape de l'analyse et d'examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée. La proposition « il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent » est le point essentiel de l'arrêt *Tomko* [prononcé par la Cour suprême en 1975]. Il ne suffit plus simplement d'examiner le pouvoir ou la fonction précise d'un tribunal et de se demander si ce pouvoir ou cette fonction a déjà été exercé par un tribunal visé à l'art. 96. Ce serait examiner le pouvoir ou la fonction « dans l'abstrait », contrairement au raisonnement de l'arrêt *Tomko*. C'est le contexte dans lequel le pouvoir s'exerce qu'il faut considérer. L'arrêt *Tomko* nous mène au résultat suivant : les tribunaux administratifs peuvent exercer les pouvoirs et la compétence que les tribunaux visés à l'art. 96 ont déjà exercés. Tout dépendra du contexte dans lequel le pouvoir est exercé. Les « pouvoirs judiciaires » attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal (les arrêts *John East* et *Tomko*) ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature (l'arrêt *Mississauga*). Dans ce cas, l'attribution d'un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide. La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne « comme une cour visée à l'art. 96<sup>99</sup> ».

On constate donc que des considérations d'ordre institutionnel, tirées de l'analyse du contexte (« *institutional setting* ») dans lequel s'insère la fonction judiciaire contestée, pourront justifier qu'il soit fait exception à la règle voulant qu'une personne nommée par les autorités provinciales ne peut exercer une juridiction historiquement « protégée » par l'article 96. La juridiction en cause se trouve métamorphosée par son contexte.

Des considérations de cette nature pourront en premier lieu témoigner du caractère non judiciaire de l'attribution controversée.

Cette étape du raisonnement du juge Dickson se confond en pratique avec ce qu'il avait lui-même appelé la « question initiale », question qu'il n'avait pas jugé à propos d'insérer dans son raisonnement à trois temps : la fonction en cause possède-t-elle un caractère judiciaire<sup>100</sup>? Pour déterminer la nature d'un pouvoir confié à un organisme, il est nécessaire de passer en revue les divers indices formels et matériels que l'on peut retracer dans l'ensemble d'un texte législatif et cela exige donc, par hypothèse, que l'on tienne compte du contexte institutionnel. À notre avis, il n'y a pas lieu de déterminer si une fonction possède un caractère judiciaire pour ensuite vérifier si cette fonction conserve ce caractère une fois placée dans son contexte institutionnel; l'analyse de ce contexte est nécessaire à la qualification initiale. La deuxième étape du raisonnement du juge Dickson ne fait que rappeler aux intéressés la « question initiale » : l'article 96 ne vise que l'exercice de « fonctions judiciaires », au sens restreint de l'expression, et, pour se convaincre de la nature judiciaire d'une attribution, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des articles de la loi dans laquelle une législature a délégué cette attribution.

La mise en lumière, dès le départ du raisonnement, du caractère non proprement judiciaire d'une attribution donnée, notamment à cause du cadre institutionnel dans lequel elle s'inscrit, pourrait dispenser les intéressés de se livrer à de longues recherches et à de longues dissertations politico-socio-juridiques sur les analogies susceptibles d'exister avec des juridictions exercées avant 1867 par des « cours de 96 ».

À notre avis, lorsque le juge Dickson arrive à la conclusion, dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario, que les pouvoirs attaqués, « considérés dans leur cadre institutionnel, restent essentiellement des pouvoirs judiciaires<sup>101</sup> », il ne fait rien d'autre que de se convaincre du caractère judiciaire, au sens de l'article 96, des attributions en cause. Par ailleurs, le juge en chef Laskin aurait dû conclure au caractère non judiciaire (au sens de l'article 96) de la responsabilité d'appel confiée au Cabinet provincial lorsqu'il a noté (*per curiam*), dans l'affaire *Concerned Citizens*, que cet organisme pouvait prendre ses décisions en tenant compte de considérations économiques et sociales (« *policy* »)<sup>102</sup>.

En conséquence, nous ne nous arrêterons pas davantage à ce volet du test Dickson.

Beaucoup plus fondamentale est l'affirmation selon laquelle une fonction proprement judiciaire et historiquement visée par l'article 96 peut échapper à l'emprise de l'article 96 à cause du contexte institutionnel dans lequel elle se trouve placée.

Il n'est pas facile, c'est le moins qu'on puisse dire, d'expliquer de façon satisfaisante le fonctionnement de la théorie de l'« *institutional setting* », qui fait exception à la rigueur de la règle du critère historique. Le juge Dickson a lui-même reconnu (*per curiam*), dans l'affaire de la Commission du logement de l'Ontario, que cette théorie n'avait pas un contenu bien précis :

Les arrêts *John East* [Iron Works Ltd.], *Tomko* et *Mississauga* nous enseignent qu'il faut examiner « le cadre institutionnel » afin de décider si une compétence ou un pouvoir précis peuvent être valablement attribués à un organisme provincial [ . . . ] Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a souligné à propos de l'art. 96 dans l'arrêt *Re Pepita and Doukas*, à la p. 582 : « [ . . . ] on constate que l'arrêt *Tomko* n'offre ni ne crée de critères généraux qui caractérisent la fonction, qui caractérisent les agencements institutionnels et qui guident l'examen des rapports qu'ils ont entre eux. » L'arrêt s'attache plutôt à l'examen de la fonction donnée dans son contexte<sup>103</sup>.

En somme, il y a là matière à impression et il n'est pas déraisonnable d'avancer que la théorie donne ouverture à un certain impressionnisme juridique. Facteur désirable d'assouplissement de la rigidité du critère historique — qui laisse place lui aussi à un large pouvoir d'appréciation non exempt de considérations subjectives —, cette théorie ajoute cependant aux sables mouvants de la jurisprudence relative à l'article 96.

Il appert que la règle ne puisse profiter en pratique qu'à une institution exerçant principalement des responsabilités administratives; la délégation à une telle institution d'une fonction judiciaire protégée par l'article 96 serait permise lorsqu'une telle délégation s'avérerait accessoirement nécessaire à l'accomplissement de sa mission administrative plus vaste et n'aurait pas pour effet de transformer l'organisme administratif en une cour de justice. Le contexte d'ordre administratif jouerait donc le rôle de catalyseur dans la métamorphose de la fonction judiciaire en cause.

Cette affirmation repose sur les indices suivants.

Dans le renvoi sur le droit de la famille de la Colombie-Britannique, le juge en chef Laskin, auteur de l'arrêt *Tomko* (1975), qui constitue au Canada l'acte de naissance officielle de la théorie du cadre institutionnel, a signalé qu'il ne fallait pas confondre, dans la jurisprudence, les « *court cases* » et les « *administrative law cases* <sup>104</sup>»; par ailleurs, le juge Estey rappelait, au nom de la majorité de ses collègues, qu'il était plus facile de faire preuve de souplesse (« *permissive view* ») en matière d'interprétation de l'article 96 lorsque le litige concernait un tribunal

administratif plutôt qu'une cour de justice<sup>105</sup>. Le juge Dickson observait pour sa part (*per curiam*) dans le renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario :

Je ne crois pas qu'on puisse douter que les cours ont appliqué un critère de validité constitutionnelle de plus en plus large quand elles ont confirmé que l'établissement de tribunaux administratifs est de juridiction provinciale. En général, on peut dire que les provinces peuvent maintenant conférer des « fonctions judiciaires » à des organismes administratifs dans le cadre d'un système plus large [« *policy scheme* »]. [ . . . ] L'arrêt *Tomko* a ajouté une autre dimension [à la jurisprudence sur l'article 96]. Un tribunal administratif peut exercer un pouvoir réservé auparavant aux cours visées à l'article 96 pourvu que ce pouvoir ne soit qu'un complément ou un accessoire à un organisme [« *structure* »] administratif ou de réglementation plus vaste<sup>106</sup>.

Dans le récent arrêt *Concerned Citizens of British Columbia*, le juge en chef Laskin a justifié (*per curiam*) la validité de la compétence d'appel déléguée au Cabinet provincial en invoquant principalement la théorie du cadre institutionnel. Il a notamment écrit :

Je résumerai la situation comme ceci : des quatre fonctions attribuées au lieutenant-gouverneur en conseil [par le *Pollution Control Act*], une seule a trait à sa compétence d'appel. Les trois autres relèvent de sa compétence administrative et sont constituées de son pouvoir de nomination, de son pouvoir de réglementation et de son pouvoir de direction et de surveillance. Sa compétence d'appel, dans ces circonstances, ne se présente pas comme un pouvoir isolé qui en ferait un tribunal purement judiciaire<sup>107</sup>.

De même, le juge en chef Laskin avait-il maintenu (*per curiam*), dans l'arrêt *Ville de Mississauga*, la constitutionnalité du pouvoir de la Commission municipale de l'Ontario de trancher, en cas de fusion, certains litiges entre corporations municipales; il avait insisté sur le fait que l'on ne pouvait dissocier cette fonction judiciaire accessoire de la commission de l'ensemble de ses responsabilités administratives, dans le cadre global de la restructuration des municipalités<sup>108</sup>. Dans le même ordre d'idée, la Cour d'appel du Québec a jugé dans l'arrêt *Théroux* — permission d'appel refusée par la Cour suprême du Canada — que le surintendant des assurances ne violait pas l'article 96 en exerçant une juridiction d'appel à l'endroit des décisions disciplinaires prononcées par le conseil d'administration de l'Association des courtiers d'assurance. Le juge Nolan observa notamment :

*The Superintendent of Insurance is the key official in the « service des assurances » established by the Act respecting Insurance. Section 5 of this Act states that he « shall have supervision of the insurance business in Quebec and exercise the duties and powers assigned to or vested in him by law » [ . . . ] As the government official responsible for the supervision of the insurance business in Quebec and having the right under the Act Respecting Insurance to grant certificates to insurance agents and the power to*



*suspend or cancel such certificates it seems that the right to sit in appeal which s. 25 par. 11 granted to the Superintendent is clearly ancillary to his other rights and duties and an integral, albeit subsidiary, part of competent provincial legislation dealing with the administration of insurance industry in Quebec*<sup>109</sup>.

Par contre, en 1980, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait rejeté la thèse de la constitutionnalité de certaines fonctions judiciaires visées par l'article 96 et déléguées à un commissaire chargé, en vertu du *Lands and Forest Act*, de trancher certains litiges relatifs à des droits de propriété. Selon le juge MacKeigan (*per curiam*), le commissaire n'exerçait aucune responsabilité administrative et son rôle judiciaire ne pouvait être rattaché aux autres dispositions de la Loi.

*The Commissioner's function is purely judicial, unalloyed by any administrative duties, and separate from any broad legislative scheme*<sup>110</sup>.

Si l'on s'en rapporte à ces quelques exemples d'arrêts, il appert que, si la Cour suprême du Canada, en prononçant l'inconstitutionnalité du Tribunal des transports du Québec, du Tribunal des professions du Québec et de la Commission du logement de l'Ontario, a fait si peu de cas des grands ensembles législatifs modernes qui avaient donné naissance à ces organismes, il faut en trouver un motif dans le fait que lesdites institutions étaient appelées, selon la cour, à exercer une mission uniquement ou principalement judiciaire et que la règle de l'« *institutional setting* » ne leur était d'aucun secours, faute d'arguments d'ordre administratif. Ainsi, par exemple, le juge Dickson soulignait (*per curiam*), dans le renvoi sur la Commission du logement :

Une lecture de l'ensemble de la Loi révèle que la principale fonction de la Commission est de régler les litiges [ . . . ] En l'espèce, le rôle principal de la Commission n'est pas d'appliquer une politique ou d'exercer une fonction administrative. Son rôle premier est de trancher les litiges. On peut dire que les aspects administratifs de la Loi sont accessoires à la fonction principale de trancher les litiges<sup>111</sup>.

Si l'analyse qui précède est bien le reflet d'une jurisprudence pas toujours articulée<sup>112</sup>, deux enseignements d'importance en découlent.

D'une part, compte tenu qu'il arrive aux législatures de confier à un même organisme des responsabilités de diverses natures, il se trouvera sans doute des cas où il sera difficile de déterminer si une institution exerce principalement une mission administrative et accessoirement judiciaire ou principalement judiciaire et accessoirement administrative.

D'autre part, les cours de justice, ou les organismes assimilés à des cours de justice, ne peuvent bénéficier de l'assouplissement de la règle du « cadre institutionnel »<sup>113</sup>. La métamorphose de la fonction judiciaire protégée par l'article 96 ne peut se produire, faute de catalyseur d'ordre administratif. Plus un organisme exerce des attributions administra-

tives, plus il devient possible aux législatures d'espérer que les juges les autoriseront à déléguer à cet organisme une ou des fonctions historiquement protégées par l'article 96. On peut caricaturer la situation en disant qu'il est plus facile aux provinces de déléguer des pouvoirs judiciaires importants à des administrateurs (v.g., un ministre, une commission) plutôt qu'à des juges (v.g., la Cour provinciale du Québec). Ce résultat ne semble guère compatible avec une des raisons d'être de l'article 96 : faire en sorte que les pouvoirs judiciaires d'une certaine importance soient exercés par des personnes offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité.

Il faut espérer, à tout le moins, que la jurisprudence fera un accueil favorable aux propos du juge Estey qui, dans le renvoi sur le droit de la famille, signalait qu'il conviendrait que l'on se montre plus sensible au fait que certaines fonctions judiciaires sont plus adéquatement remplies par des cours de juridiction sommaire<sup>114</sup>. Des considérations d'ordre institutionnel ou social viendraient donc là encore apporter à la jurisprudence un assouplissement désirable, mais en ajoutant malheureusement à la confusion existante. . .

L'impossibilité pour les cours de justice de bénéficier de la règle du « cadre institutionnel » pourrait s'étendre à leurs auxiliaires. Un article publié au Québec tend à démontrer qu'un des principaux auxiliaires de la Cour supérieure, le protonotaire spécial, exerce illégalement plusieurs responsabilités judiciaires<sup>115</sup>.

## **Le projet de modification de l'article 96 actuellement suggéré par les autorités fédérales et provinciales**

Après avoir rappelé brièvement l'objectif et le contenu de ce projet d'amendement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, amendement qui serait assujéti aux règles nouvelles du processus de modification de notre Constitution, nous verrons pourquoi le texte suggéré ne peut être retenu.

### ***L'objectif et le contenu du projet***

L'état du droit jurisprudentiel, décrit sommairement dans les pages précédent, fait voir que l'article 96 a engendré une jurisprudence byzantine qui reconnaît aux juges un large pouvoir d'appréciation, passablement subjectif, lorsqu'ils sont appelés à décider si une loi provinciale contient des violations audit article de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces décisions sont généralement prises après l'entrée en vigueur de la législation provinciale et parfois nombre d'années après l'attribution de la fonction controversée à l'institution concernée. L'administration de la justice civile, criminelle et administrative ne peut s'accommoder d'une telle incertitude et de pareille insécurité dans la dévolution des responsabilités dites judiciaires aux cours de justice et aux organismes

administratifs non composés de personnes ayant le statut de juges nommés, rémunérés et révoqués par les autorités fédérales (art. 96 à 100). Au Québec tout spécialement, province où il n'existe pas de cours de district et de comté, il n'est pas intrinsèquement bon que les cours supérieures, souvent débordées, détiennent une sorte de monopole historique aussi substantiel sur l'exercice de plusieurs fonctions judiciaires; surtout depuis que la Cour suprême a décidé, dans l'affaire *Crevier*, que toutes les cours provinciales dites inférieures et que tous les organismes administratifs provinciaux sont constitutionnellement soumis, en vertu même de l'article 96, à un contrôle des cours supérieures habilitées à intervenir en cas d'absence ou d'excès de pouvoir.

Les pouvoirs politiques ont décidé d'apporter un correctif constitutionnel à ce que le juge en chef Laskin a appelé une « anomalie constitutionnelle »; ils ont proposé en conséquence un amendement à l'article 96. Le texte du projet a été publié au mois d'août 1983 dans un document de travail préparé par le ministère fédéral de la Justice<sup>116</sup>.

Les notes qui accompagnent le projet d'amendement, de même d'ailleurs que le titre donné au projet, font voir que la modification soumise à la critique de l'opinion publique a pour but de reconnaître aux législatures une plus grande liberté d'action dans l'organisation de leurs tribunaux administratifs. Nous disons « plus grande liberté » étant donné que la règle de l'« *institutional setting* », certes d'un contenu guère précis, permet déjà aux provinces, comme nous l'avons signalé, de confier à des organismes administratifs des fonctions judiciaires protégées par l'article 96.

On lit dans les notes explicatives le passage suivant :

Certaines provinces continuent [. . .] à voir l'article 96 d'un mauvais oeil pour plusieurs raisons. L'incertitude entourant le pouvoir des provinces de conférer des pouvoirs efficaces aux tribunaux dont elles nomment les membres constituent pour elle [sic] une préoccupation importante. Certaines estiment qu'il est fâcheusement anachronique d'employer de quelque façon que ce soit les pouvoirs conférés avant 1867 aux tribunaux visés à l'article 96 comme facteur pour juger de la validité d'un tribunal administratif. D'autres souhaiteraient que leur législature soit tout à fait libre de décider devant quels fors [« forum »] et sur quelles bases les décisions de leurs tribunaux administratifs pourront être révisées<sup>117</sup>.

Le texte de l'amendement proposé est le suivant :

96B. (1) Par dérogation à l'article 96, la législature d'une province peut, dans les domaines ressortissant à son pouvoir législatif, attribuer compétence concurrente ou exclusive à tout tribunal, organisme ou autre autorité non judiciaire constitué en vertu d'une loi de la province.

(2) Les décisions des autorités à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) sont susceptibles de révision par une cour supérieure de la province pour défaut ou excès de pouvoir.

96B. (1) *Notwithstanding section 96, the Legislature of each Province may*

*confer on any tribunal, board, commission or authority, other than a court established pursuant to the laws of the Province, concurrent or exclusive jurisdiction in respect of any matter within the legislative authority of the Province.*

*(2) Any decision of a tribunal, board, commission or authority on which any jurisdiction of a superior court is conferred under subsection (1) is subject to review by a superior court of the Province for want or excess of jurisdiction.*

Ce projet de modification ne doit pas être retenu pour plusieurs motifs<sup>118</sup>. Ces motifs sont de divers ordres, comme on pourra le constater.

### ***Les motifs d'inacceptabilité de ce projet***

#### **L'EXCLUSION IRRATIONNELLE DES COURS PROVINCIALES EN TANT QUE BÉNÉFICIAIRES DE L'ASSOULISSEMENT RECHERCHÉ**

Selon l'article 96B, les législatures seraient désormais autorisées à déléguer sans détour à des organismes administratifs, non assimilables à une cour de justice (« *other than a court* ») et, par hypothèse, dans un domaine relevant de leur compétence législative, une fonction judiciaire historiquement protégée par l'article 96. La règle de l'« *institutional setting* » n'aurait plus à cet égard d'importance pratique s'il est vrai, comme cela semble être le cas (*supra*), qu'elle ne profite qu'aux organismes exerçant principalement des responsabilités administratives.

Cependant, la jurisprudence que l'on connaît actuellement continuerait à s'appliquer aux autorités judiciaires (« *courts* ») composées de juges nommés par les autorités provinciales; pour elles, ce serait le « *statu quo ante* ». Il serait plus facile, si l'article 96B était adopté, de confier des fonctions judiciaires importantes à des organismes administratifs, mais il serait tout aussi interdit qu'actuellement d'attribuer à un juge nommé par la province une fonction judiciaire exercée en 1867 par une cour de 96, ou une fonction du même genre. Par exemple, l'Assemblée nationale du Québec pourrait déléguer, semble-t-il, au ministre des Affaires municipales la juridiction de cassation des règlements municipaux retirée aux juges de la Cour provinciale, suite à l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi*<sup>119</sup>; mais l'interdiction vaudrait toujours pour les juges de la Cour provinciale. La législature de l'Ontario aurait la faculté de déléguer à sa Commission du logement les responsabilités judiciaires jugées inconstitutionnelles par la Cour suprême en 1981, après avoir fait le nécessaire pour que cette commission soit distincte d'une cour de justice, par exemple en lui confiant, pas nécessairement dans l'intérêt des justiciables, plusieurs pouvoirs discrétionnaires. Cependant, il serait toujours défendu à cette législature de faire assumer ces responsabilités judiciaires par une cour composée de juges nommés par le lieutenant-gouverneur.

Ce serait en somme le monde à l'envers, car les législatures pourraient plus facilement qu'aujourd'hui déléguer des pouvoirs judiciaires importants à des administrateurs provinciaux plutôt qu'à des juges provinciaux bénéficiant des garanties d'indépendance reconnues par les lois provinciales ou par la tradition.

L'article 96B minimise l'importance des cours composées de juges nommés par les provinces. Il accentue inutilement la démarcation entre les cours supérieures et les cours inférieures.

Les « cours » n'étant pas habilitées à profiter de l'assouplissement officiellement donné à la portée de l'article 96, l'amendement proposé rendrait peut-être impossible l'application de l'opinion du juge Estey qui, dans le renvoi sur le droit de la famille, se montrait favorable à l'octroi, à des cours inférieures, de certaines fonctions judiciaires visées par l'article 96 lorsque le bon exercice de ces fonctions nécessite une procédure sommaire<sup>120</sup>. L'article 96B pourrait donc empêcher les cours composées de juges nommés par les autorités provinciales de bénéficier d'un adoucissement jurisprudentiel possiblement en gestation pour des raisons de convenance, de logique ou de nécessité.

#### UNE BOÎTE DE PANDORE : LA NOTION D'« AUTORITÉ NON JUDICIAIRE »

L'adoption éventuelle du premier paragraphe de l'article 96B ouvrirait un nouveau front aux guérillas judiciaires. Les juges chargés d'interpréter la Constitution auraient à définir la notion d'« autorité non judiciaire » (« *authority other than a court* ») puisqu'une fonction judiciaire protégée par l'article 96 ne pourrait être confiée à une « cour » provinciale.

La notion de « cour » (*court*) évoque l'image du caméléon; elle a été définie de façon différente dans des contextes différents. Par exemple, la Cour suprême du Canada, appelée à interpréter sa propre juridiction, a jugé qu'elle était incompétente pour entendre les appels des jugements prononcés par des organismes quasi judiciaires, plutôt que par des cours, étant donné que la *Loi sur la Cour suprême* n'autorise l'appel que des jugements rendus par des « cours » ou par leurs « juges<sup>121</sup> ». Cependant, la Haute Juridiction a décidé que les règles de bilinguisme prévues par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'appliquent aux « *courts* » du Québec, tel que prévu au texte, mais aussi « aux organismes non judiciaires ayant le pouvoir de rendre la justice<sup>122</sup> ». Spéculant sur le sens de la notion de « *court* », des juges de la House of Lords ont reconnu en 1980 que deux questions pouvaient être posées : « *When is a court a court?* » et « *When is a court not a court?* » L'un des magistrats a observé sans ambages :

*At the end of the day it has unfortunately to be said that there emerges no sure guide, no unmistakable hallmark by which a « court » of « inferior court » may unerringly be identified. It is largely a matter of impression* <sup>123</sup>.

Certes, la Cour suprême du Canada réglerait ultérieurement, de façon peut-être plus ou moins précise, cette difficulté d'interprétation de l'article 96B en ajoutant en quelque sorte au texte, à l'occasion d'un litige ou d'un avis consultatif, des précisions que l'on n'y trouve pas actuellement. Peut-être émettrait-elle l'opinion suivante : aux fins de l'article 96B, seraient qualifiées de « cours » les autorités possédant ce statut en vertu d'une loi provinciale de même que toute autorité exerçant uniquement ou principalement des fonctions judiciaires. On voit le résultat. Il ne serait plus nécessaire, comme c'est le cas actuellement, de faire appel à la théorie de l'« *institutional setting* » pour autoriser la délégation à des organismes administratifs de fonctions judiciaires protégées par l'article 96; mais, pour s'assurer que le délégataire n'est pas en réalité une cour masquée par quelque artifice législatif provincial, il faudrait vérifier si les fonctions judiciaires ne sont qu'accessoires à l'accomplissement d'une tâche principalement administrative.

Quoi qu'il en soit, on peut lire une sorte d'aveu dans les notes explicatives accompagnant le projet d'article 96B :

L'avant-projet prend pour acquis que nos tribunaux sauront établir des distinctions utiles entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs<sup>124</sup>.

## LA DIMINUTION CROISSANTE POSSIBLE DES RESPONSABILITÉS DES COURS PROVINCIALES DE JUSTICE ET LA QUESTION DE L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS

Si l'amendement proposé était adopté, les législatures jouiraient de la faculté de confier n'importe quelle fonction judiciaire, ancienne ou nouvelle, à une institution autre qu'une « cour » de justice. Les provinces seraient libres notamment de soustraire toute attribution de la juridiction actuelle des cours de 96, et a fortiori des autres cours provinciales; en tout temps, cependant, un organisme administratif ou une cour inférieure serait soumis au pouvoir de surveillance des cours supérieures en cas d'absence ou d'excès de pouvoir (*infra*).

Les provinces auraient donc toute liberté, en vertu de la Constitution, d'accentuer le rôle judiciaire de leur administration publique (gouvernement, ministres, commissions, régies, corporations municipales, fonctionnaires, auxiliaires de justice, etc.), encore qu'il ne faille pas oublier que la théorie de l'« *institutional setting* » leur donne à cet égard une bonne marge de manoeuvre dans l'état actuel du droit jurisprudentiel.

Un accroissement des fonctions judiciaires de l'administration publique entraîne souvent une diminution des responsabilités des juges, à qui il revient généralement d'exercer dans un État le « pouvoir judiciaire ». Si l'administration de la justice est l'affaire de tous les citoyens, il n'est pas dit que tous les citoyens soient appelés en tout temps à rendre la justice.

L'amendement que l'on veut inscrire dans la Constitution entraîne donc un débat philosophico-politico-juridique de grande envergure, que l'on ne peut cette fois esquiver sous prétexte que les législatures ne feraient pas un usage intempestif de la liberté d'action que leur reconnaîtrait l'article 96B ou encore que les juges pourraient remédier aux éventuels abus en manipulant la notion d'« autorité autre qu'une cour » en fonction des cas qui leur seraient soumis.

Comment peut-on proposer l'adoption d'un texte constitutionnel qui a pour objet d'ouvrir officiellement, et peut-être plus largement, la porte aux délégations de pouvoirs judiciaires importants aux organismes administratifs provinciaux, sans s'interroger au préalable sur les raisons d'être de toutes natures de la dévolution de fonctions judiciaires à des institutions autres que les cours de justice? Comment mettre de l'avant une telle proposition sans tenter d'analyser auparavant ses conséquences possibles sur le fonctionnement des appareils judiciaires (cours provinciales et Cour suprême du Canada) et administratifs? Comment concilier une éventuelle diminution des responsabilités des cours de 96 et les deux motifs invoqués pour justifier la présence des articles 96 à 100 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* : assurer la participation des autorités fédérales à l'organisation et au maintien de cours provinciales dotées de responsabilités judiciaires importantes en matière fédérale et provinciale, et faire en sorte que les principales fonctions judiciaires soient exercées par des juges possédant un minimum constitutionnel d'indépendance fonctionnelle? Comment expliquer que la délégation de fonctions judiciaires importantes à des administrateurs serait acceptable, mais qu'il faudrait se montrer circonspect lorsque les délégataires seraient des juges de cours inférieures offrant pourtant, en vertu de la législation provinciale et de la tradition, certaines garanties d'indépendance?

En réalité, il appert que les auteurs du projet d'article 96B ont compris que la modification proposée était étroitement reliée à la question plus vaste de l'administration de la justice au Canada. On trouve dans les notes explicatives le passage suivant :

Il conviendrait peut-être de mentionner certains principes qui ont été proposés à l'occasion de ces discussions [sur l'article 96] et qui ont semblé jouir d'un important appui de la part des provinces. Suivant ces principes, la Constitution devrait

- 1) garantir l'existence d'une cour supérieure de compétence générale dans chacune des provinces;
- 2) garantir l'indépendance des tribunaux judiciaires;

- 3) permettre aux provinces de créer des organismes chargés d'administrer l'application de leurs lois;
- 4) enchâsser le pouvoir de contrôle des cours supérieures de compétence générale; et
- 5) prévoir l'existence d'un système unifié pour l'administration de la justice [*« provide that there not be a dual system of courts »*]<sup>125</sup>.

C'est en tenant compte notamment de l'ensemble de ces objectifs qu'il y aurait lieu d'étudier attentivement la question de la modification de l'article 96, une disposition qui fait partie d'un ensemble d'articles consacrés au système judiciaire canadien (art. 96 à 101).

En somme, l'amendement proposé donne une excellente occasion de réfléchir davantage à deux questions fondamentales : l'adéquation de notre système judiciaire aux besoins actuels de la société; les tenants et aboutissants du phénomène de la « justice administrative ». Il convient certes de remédier aux inconvénients trop prononcés engendrés par l'article 96, mais après mûre réflexion sur toute la problématique sous-jacente à cet article et à sa jurisprudence. Cette réflexion doit précéder la modification et non lui être postérieure.

#### L'AMBIGUÏTÉ DE LA RECONNAISSANCE FORMELLE DE L'EXISTENCE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DES COURS SUPÉRIEURES

Le paragraphe (2) de l'article 96B est destiné à atténuer l'importance de l'exception consacrée par le paragraphe (1) : les cours supérieures provinciales exerceraient leur juridiction de contrôle en cas de défaut ou d'excès de pouvoir de la part des autorités ayant bénéficié de la dérogation apportée par le paragraphe (1).

Il ne convient pas de tenter de faire ici l'analyse de l'objet fort controversé et complexe du contrôle que les cours supérieures exercent sur les cours inférieures et les organismes administratifs en vertu de leur traditionnel pouvoir de surveillance, qu'il ne faut pas confondre avec leur juridiction d'appel. Cet objet est souvent évoqué, de façon générale, par l'expression « défaut ou excès de pouvoir » (ou de « compétence »), ou encore par la notion « d'erreur juridictionnelle » et même par le concept d'« ultra vires ». Cependant, la surveillance des cours supérieures peut exceptionnellement s'étendre « aux erreurs de droit intrajuridictionnelles » (dénommées parfois « erreurs de droit »), à moins que la législature n'ait interdit aux juges des cours supérieures d'intervenir pour ce motif, en édictant une « clause privative ».

Une erreur de droit intrajuridictionnelle, c'est-à-dire commise par un juge d'une cour inférieure ou par un administrateur dans le cadre de sa compétence, ne témoigne pas d'un défaut ou d'un excès de pouvoir. Même si, en l'absence d'une clause privative, les juges des cours supérieures sont autorisés dans certaines circonstances à censurer ce genre



d'erreur, ils ont tendance à ne point le faire, surtout si l'erreur intra-juridictionnelle est le fait d'une institution spécialisée dans le secteur du droit en cause<sup>126</sup>.

L'exercice d'un pouvoir de contrôle en matière provinciale fait déjà partie des attributions garanties aux cours supérieures par l'article 96, comme nous l'avons indiqué précédemment. Rappelons, pour mémoire, que le juge en chef Laskin a écrit (*per curiam*), dans l'important arrêt *Crevier* :

C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence. À mon avis, cette limitation, qui découle de l'art. 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel sur des questions constitutionnelles. Il peut y avoir des divergences de vues sur ce que sont des questions de compétence, mais, dans mon vocabulaire, elles dépassent les erreurs de droit, dont elles diffèrent, que celles-ci tiennent à l'interprétation des lois, à des questions de preuve ou à d'autres questions. Il est maintenant incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et, bien sûr, sur d'autres questions étrangères à la compétence. Toutefois, comme l'art. 96 fait partie de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision<sup>127</sup>.

C'est dans ce contexte qu'il faut s'efforcer de saisir l'objet du second paragraphe de l'article 96B.

Le premier paragraphe de l'article annonçant une dérogation à l'application de l'article 96 (« *notwithstanding section 96* »), on a voulu sans doute prendre les mesures pour que les fonctions judiciaires historiquement protégées par l'article 96 et désormais déléguées, en vertu du premier paragraphe, à des autorités provinciales autres que des cours demeurent constitutionnellement assujetties au contrôle des cours supérieures.

Cependant, ce second paragraphe de l'article 96B a une portée moins vaste que l'arrêt *Crevier*, et son application pourrait donner naissance à des difficultés particulières.

On constate d'abord qu'il n'inclut pas dans l'objet du pouvoir de surveillance les erreurs intrajuridictionnelles. Il s'agit d'une exclusion qui peut s'expliquer, puisque le juge en chef Laskin a reconnu, dans l'arrêt *Crevier*, que les législatures ont actuellement la faculté de soustraire ce genre d'erreur au rayon d'action de la surveillance des juges des cours supérieures. On voit mal comment on pourrait profiter d'un amendement au seul article 96 pour accroître le champ de la

garantie constitutionnelle relative au pouvoir de surveillance en lui annexant un secteur très controversé, tout en diminuant d'autant la compétence législative que l'arrêt *Crevier* a reconnu aux provinces en cette matière. D'ailleurs, comme on peut le lire dans les notes accompagnant le projet d'amendement :

[. . .] l'avant-projet actuel de l'article 96B suggère que le pouvoir de contrôle judiciaire soit accordé pour les motifs de défaut ou d'excès de pouvoir. Ces motifs semblent assez larges pour assurer le respect du principe de légalité tel qu'il a été élaboré par les tribunaux. En outre, les termes employés paraissent suffisamment flexibles pour pouvoir tenir compte de l'évolution des circonstances<sup>128</sup>.

Il revient en effet aux juges des cours supérieures de définir la portée de l'expression « défaut ou excès de pouvoir » (ou « erreur juridictionnelle »), et l'histoire enseigne qu'ils savent, lorsqu'ils l'estiment nécessaire, transformer (métamorphoser) une erreur intrajuridictionnelle en un cas de défaut ou d'excès de pouvoir.

Par ailleurs, le paragraphe (2) de l'article 96B ne traite pas du pouvoir de surveillance des cours supérieures dans toute sa généralité, mais uniquement par rapport « aux autorités à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) ».

Le paragraphe (2) ne s'intéresse donc pas à la mise en oeuvre du pouvoir de contrôle des « cours » inférieures (qui ne peuvent profiter de l'assouplissement apporté par le paragraphe premier) et des organismes administratifs lorsque ces derniers exercent des fonctions qui ne sont pas des compétences « de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) ». Il faut croire que, dans ces circonstances, le pouvoir de surveillance continuerait à être constitutionnellement garanti sous l'autorité de l'article 96 et de l'arrêt *Crevier* et qu'il pourrait porter en principe sur les erreurs intrajuridictionnelles, en l'absence d'une clause privative.

Pour établir si l'exercice du pouvoir de surveillance cesserait d'être régi par l'arrêt *Crevier* pour relever plutôt du paragraphe (2) de l'article 96B, il faudrait donc se demander si l'institution en cause est une « autorité non judiciaire » (*supra*) mais aussi si la compétence exercée en l'espèce est bien une « compétence de cour supérieure ». Comment répondre à cette seconde question sans reprendre le raisonnement formulé dans la deuxième section de la présente étude avec comme difficulté additionnelle la nécessité de distinguer, sur le plan historique, ce qui était du ressort en 1867 des cours supérieures (le paragraphe (2) de l'article 96B s'applique) et ce qui était dévolu à la même époque aux cours de comté ou de district (le paragraphe (2) ne s'applique pas). Les cours de comté et de district ne sont pas des cours supérieures, comme en témoigne notamment la lecture des articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; l'article 99 ne vise que les juges des cours supérieures.

Il est possible que les auteurs du projet d'amendement aient été sous l'impression que l'expression « compétence de cour supérieure » était en quelque sorte synonyme de « compétence de cours de 96 ».

Quoi qu'il en soit, on constate que, même en l'absence d'une clause privative dans la législation provinciale, le pouvoir de surveillance exercé sous l'autorité de l'article 96B ne pourrait porter en principe sur les erreurs intrajuridictionnelles, à la différence du pouvoir de surveillance garanti par l'article 96 et l'arrêt *Crevier*. La logique de cette distinction n'est pas manifeste. Pourquoi la mission de surveillance des cours supérieures devrait-elle être garantie en matière provinciale par deux articles de la Constitution (96 et 96B), chacun visant des sujets différents et possédant en principe un champ d'action différent?

### LE SILENCE DU PROJET SUR LA QUESTION DES INSTITUTIONS FÉDÉRALES

Le projet d'amendement à l'article 96 a été soumis à la critique de l'opinion publique au mois d'août 1983. Il est probable que les auteurs du document de travail publié par le ministère fédéral de la Justice n'ont pas eu le temps de modifier leurs notes explicatives et leur projet pour tenir compte de la très importante opinion exprimée au mois de juin de la même année par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *McEvoy c. Attorney-General of New Brunswick*<sup>129</sup>.

Dans cet avis consultatif, la Cour suprême a décidé, à la surprise de plusieurs, que l'article 96 restreignait la liberté d'action du Parlement du Canada quant à la dévolution de fonctions judiciaires portant sur des sujets relevant de sa compétence législative; nous consacrons la prochaine section à un aperçu de cette question.

D'ores et déjà on constate que tout amendement à l'article 96 doit désormais tenir compte de cette dimension nouvelle dans le jeu de l'interprétation du célèbre article de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne faudrait pas adapter l'article 96 aux besoins du Parlement du Canada à l'occasion d'un autre projet de modification; la procédure d'amendement constitutionnel est plutôt complexe. Par ailleurs, il est bon qu'à l'occasion des débats suscités par l'article 96B il soit tenu compte, à titre comparatif, de la compétence du Parlement et des législatures dans ce secteur de l'administration de la justice.

Pour les motifs précités, le projet de modification constitutionnelle suggéré (96B) est irrecevable dans son libellé actuel; il n'a pas d'ailleurs été précédé d'une étude approfondie du contexte judiciaire et administratif dans lequel il s'inscrit. Il ne s'agit pas de modifier un règlement ni même une loi, mais la Constitution du Canada. La modification proposée doit pouvoir s'appliquer durant nombre d'années et elle ne doit pas faire obstacle à de nécessaires transformations de l'appareil judiciaire ou administratif.

## L'application de l'article 96 au Parlement du Canada

Après avoir rappelé que l'on avait généralement tendance à croire, jusqu'à l'été 1983, que l'article 96 ne s'appliquait pas au Parlement du Canada, nous tenterons de dégager certains enseignements d'une opinion récente de la Cour suprême qui a proclamé le contraire, mais en des termes qui soulèvent plusieurs interrogations qui alimenteront sans doute bien des litiges.

### *Une opinion généralement acceptée : la non-opposabilité de l'article 96 à l'activité législative du Parlement*

Il était d'usage de croire que l'article 96 — de même que les articles 97 à 100 — ne limitait pas la compétence du Parlement de confier à qui bon lui semble la responsabilité de trancher les litiges suscités par l'application des lois fédérales valides; ce législateur pouvait s'en remettre aux bons soins d'une cour inférieure provinciale<sup>130</sup>, d'un organisme administratif provincial ou fédéral, etc. « *Section 96 does not inhibit the Federal Parliament* » avait-on l'habitude d'écrire, en faisant renvoi spécialement à l'opinion du juge en chef Laskin<sup>131</sup>.

Ainsi pouvait-on s'expliquer, par exemple, que le Parlement ait pu confier, en vertu de certains articles du *Code criminel*, d'importantes juridictions à des juges nommés par les autorités provinciales. De même comprenait-on que la Cour suprême du Canada n'ait décelé aucune difficulté constitutionnelle dans la décision du Parlement de retirer en 1970 aux cours supérieures provinciales leur traditionnel pouvoir de surveillance sur les organismes administratifs fédéraux, pour le confier à la Cour fédérale. Ainsi que l'écrivait récemment le juge Estey, avec l'accord de ses collègues de la Cour suprême du Canada :

*That the federal Parliament can direct the review of the actions of a federal board to the Federal Court is no longer in doubt in our law*<sup>132</sup>.

Il apparaissait également tout à fait légitime que le Parlement du Canada ait jugé nécessaire d'édicter des mesures législatives pourvoyant à la nomination, à la sécurité d'emploi, à l'âge de la retraite et au paiement des salaires et pensions des juges de la Cour suprême du Canada et de la Cour fédérale puisque les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de par leur libellé même, ne visaient que des cours provinciales et ne pouvaient donc s'appliquer à ces cours fédérales établies en vertu de l'article 101<sup>133</sup>.

Certes, certains juristes, tout spécialement le professeur Lederman, ne partageaient pas ce point de vue, mais leur opinion nuancée ne semblait pas avoir de prise sur la jurisprudence<sup>134</sup>. C'est pourquoi les observateurs ne furent guère surpris lorsque la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick proclama en 1981, sous la plume du juge en chef Hughes :

*In my view of the jurisprudence which has come to my attention, s. 96 of the B.N.A. Act, 1867 has been interpreted as a limiting provision respecting the legislative power of the Legislatures but provides no fetter upon Parliament*<sup>135</sup>.

En l'espèce, la Cour d'appel avait à se prononcer sur la constitutionnalité d'un projet relatif à la création par le Nouveau-Brunswick d'une cour de juridiction criminelle unifiée, composée de juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil; cette cour était appelée à entendre les poursuites pour infraction au droit criminel fédéral et au droit pénal provincial; ses responsabilités en matière provinciale résulteraient de l'adoption d'une loi provinciale et ses attributions en matière fédérale découleraient d'une législation fédérale. Les deux gouvernements en cause étaient apparemment favorables au projet et firent valoir sa constitutionnalité devant la Cour d'appel à l'occasion d'une demande d'avis consultatif. Les questions posées à la Cour portaient à juste titre non pas tellement sur la compétence de la législature de réaliser sa partie du projet<sup>136</sup> mais sur celle du Parlement de retirer à la Cour supérieure de juridiction criminelle de cette province toutes (ou une bonne partie, le projet n'était pas très précis sur ce point) les attributions qu'elle exerçait en 1867 dans le secteur du droit criminel. La Cour d'appel devait conclure que l'article 96 ne faisait pas obstacle au projet puisqu'il ne restreignait pas la liberté d'action du Parlement du Canada, en matière fédérale.

La Cour suprême du Canada a exprimé un avis contraire, au mois de juin 1983<sup>137</sup>.

### ***Le guépier d'une opinion contraire mais imprécise de la Cour suprême du Canada***

Il est impossible, à notre avis, de saisir la portée exacte de l'opinion de la Cour suprême, tellement son contenu est bref, laconique et même mystérieux<sup>138</sup>. Précisons toutefois, quelque peu à la décharge de la Cour, que le projet mis de l'avant contenait des ambiguïtés fort importantes, tout spécialement sur la question de savoir si la cour supérieure continuerait ou non à exercer son pouvoir de surveillance sur la nouvelle cour unifiée; le projet soumis à l'examen judiciaire n'avait malheureusement pas la forme d'un texte de loi.

Quelques observations générales peuvent néanmoins être extraites de l'opinion de la Cour suprême, encore que ces observations soulèvent plus de questions qu'elles n'en règlent.

Chose certaine, les articles 96 à 100 restreignent la liberté d'action du Parlement du Canada.

*The Judicature sections of the Constitution Act, 1867 [. . .] apply to Parliament as well as to the provincial Legislatures*<sup>139</sup>.

Pourquoi? Parce que ces articles ont pour but d'assurer l'indépendance des juges des cours supérieures — la Cour suprême ne parle pas des juges des cours de comté et de district — , un objectif qui n'a pas qu'une portée provinciale<sup>140</sup>. La Cour met toutefois de l'avant un second motif : le Parlement ne peut entraver l'exercice du pouvoir (et devoir) de nomination que la Constitution reconnaît expressément au gouverneur général en diminuant substantiellement les responsabilités judiciaires des cours supérieures<sup>141</sup>. Si le Parlement réduit la juridiction des cours supérieures provinciales, au profit des cours composées de juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, l'importance du pouvoir de nomination du gouverneur général s'en trouve d'autant diminuée.

Quelques passages laissent croire que les restrictions apportées à la compétence législative du Parlement du Canada, en matière fédérale, sont identiques à celles imposées aux provinces, en matière provinciale. Ainsi, selon la Cour :

*Section 96 bars Parliament from altering the constitutional scheme envisaged by the judicature sections of the Constitution Act, 1867 just as it does the provinces from doing so*<sup>142</sup>.

Ailleurs dans son opinion, la Cour semble aussi d'avis qu'il convient d'appliquer en l'espèce les enseignements de la décision relative à la Commission du logement de l'Ontario<sup>143</sup>.

Mais d'autres passages témoignent à tout le moins d'une hésitation à appliquer les mêmes règles du jeu. La Cour suprême observe que si la nouvelle cour de juridiction criminelle unifiée n'était pas soumise au pouvoir de surveillance de la cour supérieure de juridiction criminelle, l'arrêt *Crevier* pourrait peut-être s'appliquer<sup>144</sup>. Par ailleurs, et l'on semble alors se rapprocher, semble-t-il, de la « ratio » de l'opinion, il appert que la Cour suprême est d'avis qu'il y aurait infraction, en l'espèce, à l'article 96 parce que le Parlement du Canada retirerait à la cour supérieure pratiquement toute sa juridiction en matière criminelle, et non pas seulement certaines de ses responsabilités.

*What is being contemplated here is not one or a few transfers of criminal law power, such as has already been accomplished under the Criminal Code, but a complete obliteration of superior court criminal law jurisdiction [ . . . ] There is, in our view, a cardinal difference between mere alteration or diminution of criminal jurisdiction and complete exclusion of such jurisdiction*<sup>145</sup>.

Pareille considération d'ordre quantitatif n'a pas sa place lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 96 aux lois provinciales. La Cour suprême voulait peut-être inviter les plaideurs à ne pas mettre en cause les dispositions législatives actuellement inscrites dans le *Code criminel* et confiant à des cours provinciales composées de juges nommés par les provinces (v.g. au Québec, la Cour des sessions de la paix) d'importantes juridictions en

matière criminelle<sup>146</sup>; mais elle se trouvait alors à reconnaître un statut particulier au Parlement, après avoir affirmé qu'il était assujéti à l'article 96 tout autant que les provinces. En aucun temps, la Cour s'interroge par ailleurs sur la question de savoir si la juridiction des cours de comté et de district est aussi protégée contre les initiatives fédérales.

Il faut retenir aussi que la Cour suprême du Canada n'a fait référence en aucun moment aux arrêts dans lesquels elle a reconnu que le Parlement du Canada avait retiré, sans enfreindre la *Loi constitutionnelle de 1867*, aux cours supérieures provinciales leur traditionnelle juridiction de surveillance sur les organismes administratifs fédéraux, pour la confier à la Cour fédérale<sup>147</sup>. La cour de juridiction criminelle unifiée devait être créée par la province du Nouveau-Brunswick, en vertu de l'article 92(14), et non par le Parlement, sous l'autorité possible de l'article 101. En conséquence, la Cour suprême n'était pas strictement obligée, et elle s'est bien gardée de le faire, de traiter dans l'affaire *McEvoy* du problème de la coexistence des articles 96 à 100 et de l'article 101, qui reconnaît au Parlement la compétence de créer des « cours additionnelles » pour une meilleure application des lois fédérales, et cela « nonobstant toute disposition » de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si la cour a affirmé que les articles 96 à 100 limitent la compétence du Parlement tout autant que celle des provinces, il faut comprendre qu'elle n'a pas pour autant avancé que ces dispositions constitutionnelles s'imposaient au respect du Parlement lorsqu'il créait des « cours » fédérales additionnelles et leur déléguait des attributions judiciaires. Elle n'a soufflé mot de cette importante question, nonobstant. . . la généralité de certaines de ses affirmations.

On voit le guêpier. L'article 96 ne s'appliquerait pas en toutes circonstances au Parlement du Canada; et, lorsqu'il y aurait matière à l'invoquer, il n'est pas assuré qu'il faudrait alors s'en remettre complètement aux « règles du jeu » valables pour la législation provinciale.

L'article 96 limiterait jusqu'à un certain point la liberté d'action du Parlement lorsqu'il attribuerait des fonctions judiciaires à des institutions provinciales, qu'il s'agisse de cours de justice ou d'organismes administratifs.

Mais il faudrait continuer à s'interroger sur la question de savoir si l'article 96 s'applique aux « cours » créées sous l'autorité de l'article 101 et s'il y a lieu alors de distinguer entre une cour composée de juges possédant, en vertu de la législation fédérale, un statut équivalent à celui des « juges de 96 », comme c'est à peu près le cas des juges de la Cour fédérale, et ceux qui ne possèdent pas un tel statut (nomination, sécurité d'emploi, etc.)<sup>148</sup>.

L'article 96 invaliderait très probablement l'octroi par le Parlement, à des organismes fédéraux ne possédant pas le statut de « cour », de fonctions judiciaires historiquement protégées par l'article 96, sous réserve peut-être des adoucissements apportés, semble-t-il, par l'arrêt

*McEvoy*. Ces organismes ne pourraient bénéficier de la protection de l'article 101. Se poserait alors la question cosmique évoquée dans la section précédente de la présente étude : à quels signes reconnaît-on qu'un organisme fédéral est ou n'est pas une cour de justice<sup>149</sup>?

Les motifs invoqués pour justifier la présence des articles 96 à 100 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* militent en principe en faveur de leur application à la compétence législative du Parlement du Canada. Comment expliquer, par exemple, que le Parlement puisse décréter qu'une cour inférieure fédérale ou un organisme administratif fédéral ne sera pas assujéti au traditionnel pouvoir de contrôle des cours supérieures (absence ou excès de pouvoir)? Mais on constate qu'en raison du libellé des articles 96 à 101, de même que du contenu de l'opinion émise par la Cour suprême dans l'affaire *McEvoy*, il ne sera pas facile, dans l'état actuel du droit, d'établir un équilibre entre les restrictions apportées à la compétence législative des provinces et celles qu'il convient d'imposer aussi aux pouvoirs législatifs du Parlement.

Bien des litiges pointent à l'horizon!

## Conclusion

Il découle de quelques centaines d'arrêts ou avis consultatifs prononcés depuis 1867 — dont douze en provenance de la Cour suprême du Canada depuis 1975 — que l'article 96 est à l'origine d'entraves sérieuses à l'exercice de la compétence exclusive des législatures de confier aux institutions provinciales (cours de justice, organismes administratifs) qu'elles jugent appropriées les fonctions judiciaires qu'entraîne la mise en application des lois qu'elles ont par ailleurs la compétence d'adopter. En outre, la Cour suprême du Canada vient de décider, ouvrant ainsi un nouveau front à l'interminable « guerre de 96 » vieille de plus de cent ans, que ce même article restreint aussi, mais peut-être à un degré moindre, la liberté de choix du Parlement du Canada lorsqu'il délègue des responsabilités judiciaires, en matière fédérale, à des institutions provinciales. Il semble bien résulter de cette même décision que la liberté du Parlement serait aussi limitée lorsqu'il désire faire appel aux services d'organismes administratifs fédéraux. Il est fort probable, cependant, qu'il puisse en aller différemment lorsque le Parlement attribue des fonctions judiciaires à des « cours » fédérales additionnelles créées sous l'autorité « nonobstante » de l'article 101, encore qu'il faille peut-être ici établir une distinction qui tiendrait au statut juridique des personnes appelées à présider ces cours : l'article 96 pourrait peut-être faire obstacle à la souveraineté du Parlement si les juges de ces cours additionnelles ne possédaient pas un statut semblable à celui des juges des « cours de 96 » . . .

Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, qui permettent d'identifier les entraves apportées à la compétence des législatures, reconnais-



sent aux juges chargés de les appliquer une importante faculté d'appréciation non exempte de considérations para-juridiques, ce qui explique en partie les divergences de vues que l'on rencontre dans nombre de litiges. En effet, il est interdit aux législatures de confier à d'autres qu'à des « juges de 96 » une *fonction judiciaire* qui participe à un *genre de juridiction* exercée de façon *exclusive*, en 1867, par des cours supérieures, de district ou de comté, à moins que le *contexte institutionnel* dans lequel s'imbrique cette fonction puisse servir de catalyseur à sa métamorphose pour en faire un *accessoire* d'une mission administrative plus vaste. Il est possible, l'avenir le dira, que les règles du jeu de l'interprétation de l'article 96 soient non pas plus précises mais différentes lorsque le Parlement du Canada est en cause. Si l'on peut expliquer que les juges aient été conduits à définir la portée de principe de l'article 96 de façon « fonctionnelle », il demeure qu'ils se sont alors engagés dans une mission impossible : établir des critères relativement clairs, maniables, réalistes, permettant d'identifier les fonctions judiciaires qu'il convient de confier uniquement aux « cours de 96 » dans un État aujourd'hui « omnilégitime ».

Les difficultés posées par l'article 96 restreignent la liberté des législatures et du Parlement de confier une fonction judiciaire à l'institution qu'ils croient la plus apte à l'exercer (en 1984 et non en 1867), compte tenu de la spécificité de cette fonction, de la nature de l'institution choisie et, il faut l'espérer, des besoins des justiciables de même que de préoccupations touchant à l'administration de la justice de façon générale (v.g. achalandage des diverses cours de justice). Qui plus est, la règle d'interprétation dite du « cadre institutionnel » (« *institutional setting* »), officiellement proclamée par la Cour suprême du Canada en 1975 de façon à empêcher à juste titre la décapitation de bien des tribunaux administratifs provinciaux, constitue une véritable incitation à la délégation de fonctions judiciaires à des organismes ressemblant le moins possible à des « cours » (structures, procédures, pouvoirs discrétionnaires), de façon à échapper aux tentacules de l'article 96 même si cette délégation n'est ni toujours rationnelle ni conforme aux besoins des justiciables.

Au Québec, il est parfois question de tenter de rationaliser l'appareil judiciaire en créant une cour de première instance de juridiction unifiée, composée de juges bénéficiant d'un statut déjà défini par une loi provinciale existante (nomination, rémunération, indépendance, etc.). Cette cour serait divisée en chambres spécialisées (civile, de la famille, criminelle, administrative, etc.). Dans l'état actuel du droit, la réforme envisagée ne pourrait être que partielle, à supposer que le Parlement du Canada ne mette pas de bâtons dans les roues en retirant à la nouvelle Cour ses responsabilités en matière fédérale, puisque l'Assemblée nationale n'est pas habilitée à enlever aux juges de la Cour supérieure (« cour de 96 ») nombre de fonctions judiciaires historiquement pro-

tégées par l'article 96. Dévoilons un secret de polichinelle : certaines des fonctions judiciaires actuellement confiées à des institutions provinciales québécoises sont très vulnérables à une attaque fondée sur l'article 96 et leur éventuel transfert à la nouvelle cour unifiée, composée de juges nommés par les autorités provinciales, ne ferait pas disparaître cette épée de Damoclès.

La situation est inacceptable et l'on ne peut que déplorer que des juges en soient conduits à formuler des observations, certes pertinentes, comme celles rédigées par le juge Dickson, au nom de la Cour suprême du Canada, dans le renvoi relatif à l'inconstitutionnalité de la Commission du logement de l'Ontario :

Je connais et je comprends les motifs proposés pour appuyer l'opinion que l'article 96 ne doit pas être interprété de façon à faire échec à la croissance que sont appelés à connaître les tribunaux administratifs provinciaux, ou de façon à restreindre injustement cette croissance. Cependant, si louables que soient les objectifs de politique, il faut reconnaître qu'il n'est pas donné à cette Cour de choisir qui, de l'autorité provinciale ou fédérale, doit s'occuper de ce problème. Nous devons chercher à interpréter la Constitution comme nous la comprenons, en respectant la façon suivant laquelle les tribunaux l'ont interprétée dans le passé. Si le pouvoir attaqué viole l'article 96, il faut l'écarter<sup>150</sup>.

L'insécurité engendrée par la jurisprudence sur l'article 96 n'est pas compatible avec l'importance de l'exercice des fonctions judiciaires dans notre société. Il est inadmissible que les attributions confiées aux cours de justice et aux organismes non composés de « juges de 96 » puissent aussi facilement être attaquées, à tort ou à raison, par des plaideurs souvent simplement heureux de pouvoir paralyser une institution et de gagner du temps; l'utilité et l'efficacité des institutions concernées sont minées par ces guérillas judiciaires qui permettent à des plaideurs de faire des « affaires d'or », mais qui sont loin de dorer le blason de la justice. S'il est inévitable, jusqu'à un certain point, que le droit substantif applicable aux rapports sociaux soit complexe, il est inacceptable que les justiciables, désireux de faire sanctionner rapidement et économiquement leurs droits, soient exposés aux parties de souque-à-la-corde juridique suscitées par les règles du jeu de l'interprétation de l'article 96 qui ont pour objet de faire décider par les juges, parfois plusieurs années après l'adoption d'une loi, si l'autorité choisie par le législateur pour trancher des litiges est dûment habilitée à ce faire. Et quel spectacle bizarre nous donnent les juges de la Cour suprême, pris dans les sables mouvants de l'article 96, lorsqu'ils décident, par exemple, qu'un fonctionnaire québécois possède la compétence de résilier un bail mais qu'un fonctionnaire ontarien ne peut en faire autant! Ainsi que l'ont noté les professeurs Brun et Tremblay :

Dans l'état actuel des choses, on trouve presque plus d'affaires « constitutionnelles » qui portent sur des chicanes juridictionnelles entre cours fédé-

rales, cours supérieures et cours provinciales que d'affaires constitutionnelles substantives. Et cette situation a l'heur de provoquer une émulation politico-judiciaire qui gêne l'indépendance effective des tribunaux et des juges<sup>151</sup>.

Faut-il payer un prix socialement aussi élevé pour conserver aux autorités fédérales un pouvoir de nomination aux postes de juges des principales cours provinciales (les « cours de 96 »), pouvoir qui vient s'ajouter à leur compétence de nommer les membres des cours fédérales, et notamment de la Cour suprême du Canada, à une époque où le volume des litiges engendrés par l'article 96 est de nature à augmenter? En effet, les parlements sont portés de nos jours à modifier bien des secteurs traditionnels du droit (droit de propriété, contrats, responsabilité civile, etc.) dans le but de les adapter à des besoins nouveaux (protection de l'environnement, protection de certains groupes de citoyens, tels les employés, etc.) et ils créent régulièrement des institutions spécialisées pour veiller à l'application de ces lois nouvelles. L'ombre de l'article 96 menace souvent ces réformes.

À cette étape de la discussion, des considérations d'un autre ordre entrent en scène.

L'article 96 ne doit pas être perçu comme une disposition ayant pour effet de donner simplement l'occasion aux autorités fédérales, plutôt que provinciales, de « faire du bon patronage ». Il fait partie intégrante d'un ensemble d'articles (96 à 101) réunis, dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans un chapitre intitulé « le système judiciaire »; ce chapitre complète l'article 92(14), qui reconnaît aux législatures une compétence étendue dans le domaine de « l'administration de la justice ».

L'article 101, exception colossale à l'article 92(14), attribue aux autorités fédérales d'importants pouvoirs exclusifs quant à la création de cours fédérales et tout spécialement en ce qui a trait à l'organisation et à la délimitation des responsabilités de la Cour suprême du Canada; le caractère exclusif de ces pouvoirs est pour le moins agaçant étant donné que les articles 96 à 100, joints à l'article 92(14), font voir que l'organisation et le maintien des principales cours provinciales dépendent de la collaboration des autorités tant fédérales que provinciales.

Il n'empêche que ce chapitre sur « le système judiciaire » tient lieu de cadre institutionnel dans lequel l'article 96 vient s'imbriquer. . . La Cour suprême du Canada a en effet proclamé que les articles 96 à 100 ont trouvé place dans la *Loi constitutionnelle de 1867* pour les motifs suivants : assurer la participation fédérale à l'organisation et au maintien de cours de justice appelées en principe à trancher les litiges suscités par l'application des lois tant fédérales que provinciales; assurer l'indépendance des juges des cours supérieures provinciales (il serait plus exact de parler d'un minimum d'indépendance). En outre, la Cour suprême a récemment trouvé dans l'article 96 une garantie de l'existence, en matière provinciale, de la traditionnelle mission des juges des cours

supérieures qui les autorise à censurer à tout le moins les erreurs juridictionnelles (défaut et excès de pouvoir) commises par les cours inférieures et les organismes administratifs. Il est possible que cette garantie, distincte en principe de celle (antérieure) concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois et de leurs mesures d'application, puisse s'étendre en matière fédérale; l'indécision ici manifestée est liée à la question nouvelle des interrogations en cours sur la délimitation de la portée de l'article 96 en matière fédérale.

À partir du moment où l'article 96 — joint aux articles 97 à 100 — se voit officiellement assigner pareilles vocations constitutionnelles par la Cour suprême du Canada, il ne peut plus être perçu de la même façon par ceux qui sont fort légitimement irrités par les multiples controverses et par la jurisprudence kaléidoscopique auxquelles il donne ouverture, et l'on s'explique mieux que les parlements ne puissent facilement diminuer les responsabilités judiciaires des cours supérieures, de district et de comté. On ne peut plus alors envisager la question de l'éventuelle abrogation ou modification de l'article 96 avec le même esprit; des valeurs fondamentales sont en cause dans le contexte constitutionnel actuel. Et l'article 101 fait lui aussi partie de cet ensemble de dispositions clés puisqu'il traite, d'une part, de l'organisation et du rôle de la cour qui chapeaute tout l'appareil judiciaire au Canada et, d'autre part, des cours fédérales additionnelles que le Parlement peut créer pour leur confier des responsabilités très limitées puisque l'un des motifs justifiant la présence des articles 96 à 100 veut que ce soit les cours provinciales qui soient en principe habilitées à trancher les litiges découlant de l'application de lois fédérales. La perception que l'on peut avoir du contenu et de l'usage que l'on a fait de l'article 101 est liée à celle que l'on se fait de la présence et de la portée des articles 96 à 100. (Par exemple, la juridiction de la Cour fédérale est-elle actuellement trop étendue?)

Mais alors, il devient impossible de traiter ici convenablement (et brièvement) du moyen susceptible de remédier aux inconvénients trop prononcés, et en conséquence inacceptables, engendrés par la jurisprudence relative à l'article 96. Ce moyen s'imbrique en effet, par hypothèse, dans un ensemble constitutionnel très vaste (les articles 92(14), 96 à 101 et même 91(27)) dont la portée n'a pas fait l'objet du présent mémoire. Ce moyen ne peut non plus être envisagé abstraction faite d'une autre préoccupation fondamentale, inhérente à la problématique de l'article 96 : dans quelles circonstances est-il aujourd'hui nécessaire, dans l'intérêt des justiciables, de confier des fonctions judiciaires à d'autres qu'à des cours de justice? À quelles modalités de procédure ces fonctions doivent-elles être alors assujetties? À quel degré de contrôle des cours de justice (et lesquelles?) l'exercice de ces fonctions judiciaires doit-il être éventuellement soumis et suivant quels recours? Et comment répondre à ces questions de façon acceptable sans s'interroger simultanément sur l'adéquation de notre système judiciaire actuel aux besoins qu'il doit satisfaire?

L'ampleur des problèmes soulevés par le nécessaire amendement qu'il convient d'apporter à l'article 96 explique que nous ayons jugé inacceptable le projet de réforme actuellement suggéré par les autorités fédérale et provinciales (l'article 96B). Son libellé est techniquement déficient; il ne tient pas compte en outre du grand ensemble législatif dont fait partie l'article 96 et il pousse la désinvolture jusqu'à proposer que l'on inscrive dans le chapitre de la Constitution consacré au « système judiciaire » une disposition autorisant les législatures à déléguer des fonctions judiciaires importantes à des administrateurs mais non à des juges nommés par les autorités provinciales.

On ne peut donc que souscrire à une recommandation de l'Association du Barreau canadien :

*Be it hereby resolved that the Canadian Bar Association recommend to the Minister of Justice and the Attorneys General of the provinces that the suggested amendment to Section 96 of the Constitution Act, 1867, be deferred until a thorough study has been made of the need to reform all of the judicature provisions of the Constitution Act, 1867, including the jurisdiction of the courts, tenure and appointment of judges, the independence of the judiciary and the constitution and appointment of members to the Supreme Court of Canada*<sup>152</sup>.

À cet égard, les notes accompagnant le projet d'article 96B posent déjà certains des jalons qui pourraient orienter cette réforme fondamentale. Il y est dit que les provinces — mais on ignore à ce sujet l'opinion des autorités fédérales — souscrivent aux objectifs suivants : la Constitution devrait garantir l'existence d'une cour supérieure de compétence générale dans chaque province et prévoir qu'un système dualiste de cours provinciales et fédérales n'a pas sa place au Canada<sup>153</sup>; la Constitution devrait aussi reconnaître officiellement qu'il revient aux cours supérieures d'exercer un pouvoir de contrôle sur les cours inférieures et les organismes administratifs; l'indépendance des juges (« *the judiciary* ») devrait être garantie par la Constitution; la Loi suprême ne devrait pas faire obstacle à ce que les provinces puissent créer des organismes chargés de veiller à l'application de leurs lois. On sait que ces principes ont été entérinés à une époque où l'on croyait probablement que les articles 96 à 100 ne limitaient pas la compétence législative du Parlement du Canada; mais cette donnée nouvelle n'affecte pas la valeur de ces objectifs qui cependant ne soufflent mot, notamment, du rôle et de la composition de la Cour suprême du Canada.

Il résulte des propos qui précèdent qu'il serait pour le moins présomptueux de tenter de dresser, dans les conclusions de la présente étude, une liste incontestable des modifications qu'il convient d'apporter à la *Loi constitutionnelle de 1867* pour remédier aux ennuis causés par l'article 96, tout en tenant compte de l'ensemble des dispositions constitutionnelles relatives à l'administration de la justice. Tout au plus peut-on esquisser à notre tour quelques pistes générales non

éclairées par les études poussées suggérées précédemment, et qui s'inspirent des jalons proposés par l'ensemble des provinces, consensus que l'on ne saurait ignorer<sup>154</sup>.

Il importe en premier lieu de régler la question du statut de la Cour suprême du Canada. Par exemple, il apparaît impensable que les autorités provinciales ne puissent à tout le moins participer au processus de nomination des membres de cette cour, particulièrement à une époque où leur rôle politico-juridique ne cesse de croître. La remarque suivante s'applique à tous les juges mais spécialement, par hypothèse, aux juges du tribunal de dernier ressort au Canada :

*All legislation has to be applied to specific situations, and such application requires interpretation. As Bishop Hoadley warned King George I, « Whosoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote and spoke them<sup>155</sup>.*

Il conviendrait aussi que la Constitution confirme le principe de l'unité de juridiction, qui préside à l'organisation judiciaire du Canada depuis 1867, et qui veut que ce soit normalement les cours provinciales qui rendent la justice, sous le contrôle ultime de la Cour suprême du Canada. Ce principe a permis non seulement d'expliquer la présence des articles 96 à 100, mais il a aussi justifié certaines des limites apportées par la Cour suprême, non sans inconvénient pratique, à la juridiction de la Cour fédérale. Le principe de l'unité de juridiction était manifestement voulu par les Pères de la Confédération. En 1867, il revenait par hypothèse aux cours provinciales d'administrer la justice fédérale et provinciale; l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* le prévoit expressément. Si les auteurs de cette loi avaient désiré établir un système dualiste de cours fédérales et provinciales, ils ne se seraient pas contentés, à l'article 101, de prévoir d'éventuelles cours fédérales additionnelles; ils n'auraient pas expressément refusé au Parlement, à deux reprises (art. 92, par. 14, et art. 91, par. 27), la compétence de créer des cours de juridiction criminelle; ils n'auraient pas utilisé dans le seul article 92(14) l'expression générale d'« administration de la justice ». Le système judiciaire d'un pays doit tendre à la plus grande simplicité possible, dans l'intérêt des citoyens, et le principe de l'unité de juridiction favorise cet objectif. Quel spectacle moyenâgeux et désolant que celui offert par un justiciable en quête d'un juge légalement habilité à entendre sa cause.

L'existence et les attributions fondamentales d'une cour supérieure provinciale devraient probablement être garanties par la Constitution. Cette cour serait d'abord appelée à régler tous les litiges non expressément confiés par le législateur compétent à d'autres institutions fédérales ou provinciales; la Constitution préciserait que ces autres institutions pourraient être soit des cours, soit des organismes administratifs (ou autres). En outre, il reviendrait à cette cour d'exercer irrévocablement le traditionnel pouvoir de contrôle sur les cours inférieures et les

organismes administratifs pour des motifs sur lesquels il serait bon de réfléchir davantage, mais qui comprendraient certainement les questions d'ordre constitutionnel; même après réflexion, il est possible que l'on ne pourrait rien ajouter de mieux que l'expression « absence ou excès de pouvoir ». S'il apparaissait nécessaire d'attribuer à une cour fédérale — comme c'est le cas actuellement de la Cour fédérale — certaines responsabilités de contrôle en matière fédérale, la Constitution devrait le prévoir expressément tellement il s'agit là d'une exception d'envergure au principe de l'unité de juridiction.

L'indépendance nécessaire à tous les juges des cours provinciales et fédérales (y compris la Cour suprême) serait sans doute garantie par la Constitution. À cet égard, il n'existe pas de cours supérieures et inférieures : toutes sont appelées à rendre la justice. Le contenu de la garantie pourrait certainement déborder le cadre des sujets évoqués dans les articles 97 à 100 de la Constitution actuelle, par exemple en traitant du processus de sélection des juges, de leurs immunités, de leur garantie salariale, etc. Les articles pertinents seraient rédigés de façon à bien indiquer que leur contenu ne s'étendrait pas aux membres des organismes administratifs à qui les parlements auraient délégué des fonctions judiciaires. Cela ne signifie pas que l'on ne trouverait pas ailleurs (v.g. la *Charte canadienne des droits et libertés*, une loi fédérale ou provinciale, le *common law*, etc.) certaines dispositions reconnaissant des droits aux justiciables lorsqu'ils feraient affaire avec ces organismes administratifs habilités à exercer des pouvoirs judiciaires (v.g. le droit à une décision impartiale).

L'existence d'une cour provinciale d'appel serait prévue; mais il y aurait lieu de s'interroger davantage sur les responsabilités que la Constitution lui reconnaîtrait. Cette question est reliée à celle de la délimitation du rôle de la Cour suprême du Canada.

L'indépendance des juges étant assurée, les autorités provinciales nommeraient, rémunéreraient et révoqueraient, conformément aux dispositions de la Constitution, les juges des cours provinciales; les autorités fédérales feraient de même à l'endroit des juges des cours fédérales. Le pouvoir exécutif de nommer les juges serait alors confié, comme le veut la règle générale, aux autorités qui ont la compétence législative de créer les cours et d'assurer leur fonctionnement. Étant donné que les juges des cours supérieures provinciales posséderaient d'importantes responsabilités s'exerçant en matière tant fédérale que provinciale, leur nomination serait obligatoirement assujettie à une procédure de consultation des autorités fédérales. Cette suggestion n'est pas nouvelle : on la retrouve notamment dans le rapport de la Commission de l'unité nationale.

En vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, les juges des cours supérieures des provinces sont nommés par le gouvernement central. À notre avis, il s'agit là d'un vestige anachronique de la

centralisation fédérale. Nous suggérons que chaque gouvernement provincial nomme lui-même les juges de toutes les Cours provinciales, mais non sans avoir consulté, dans le cas des juges de la Cour d'appel et de la Cour supérieure, le gouvernement central, puisque ces cours sont impliquées dans l'interprétation des lois centrales. Le gouvernement central continuerait à nommer seul les juges de la Cour fédérale<sup>156</sup>.

Cette procédure de consultation s'inspirerait éventuellement de celle susceptible d'être établie pour la nomination des juges de la Cour suprême du Canada. Le partage du pouvoir de nomination entre diverses autorités provinciales serait de nature à faciliter davantage l'accès, aux principales cours provinciales, de juristes en provenance de milieux différents.

Si les études plus poussées suggérées précédemment devaient confirmer la pertinence des propositions qui précèdent, les législatures jouiraient enfin de la compétence de déléguer des fonctions judiciaires de tous les genres aux institutions provinciales de leur choix : cours supérieures ou inférieures de justice, organismes administratifs (ou autres). Le Parlement pourrait faire de même à l'endroit des institutions provinciales ou fédérales. Le choix d'un organisme administratif serait le résultat d'une loi. Cependant, l'exercice des pouvoirs judiciaires d'un organisme administratif (ou d'une cour inférieure) serait obligatoirement assujéti au contrôle des cours supérieures si un justiciable intéressé en faisait la demande; il en irait d'ailleurs de même pour les attributions non judiciaires de cet organisme.

Les législatures posséderaient les pouvoirs nécessaires pour se donner un système moderne de cours de justice dont elles désigneraient tous les membres. Il est possible qu'elles seraient alors moins portées qu'aujourd'hui à déléguer des responsabilités judiciaires à des institutions autres que les cours de justice. Une étude fouillée des raisons d'être de la « justice administrative » pourrait certes aider les parlements à prendre en cette matière des décisions éclairées.



## Notes

Ce texte a été complété en juillet 1984.

1. Pour un exemple de loi provinciale pourvoyant à la mise en place d'un système judiciaire, voir, au Québec, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.
2. « Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick. »
3. Voir notamment A.L. Linden (édit.), *The Canadian Judiciary*, 1976.
4. « Les traitements, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières reçoivent alors un traitement, seront fixés et fournis par le Parlement du Canada. » Voir, à ce sujet, la *Loi sur les juges*, 1970 S.R.C., c. J-1.
5. « (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat ou de la Chambre des communes.  
« (2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de 75 ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge. » L'amendement de 1960, entré en vigueur en 1961, a fixé l'âge de la retraite; auparavant, l'article 99 ne traitait que de la révocation.
6. Voir toutefois *infra* n. 9. Il n'est pas tenu compte ici des dispositions transitoires de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
7. *R. c. Thomas Fuller Construction Ltd*, (1980) 1 R.C.S. 695, p. 706 (pour la majorité des juges).
8. « Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra, à l'occasion, pourvoir à l'institution, au maintien et à l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi qu'à l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada. »
9. Il n'est pas opportun de s'arrêter ici au problème particulier de l'enchâssement, dans la Constitution du Canada, de tous les articles (ou d'une partie) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*. Voir, à ce propos, S.A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) *University of Western Ontario Law Review* 247, p. 269-275; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 1982, p. 366-370. Cet enchâssement aurait volontairement ou involontairement été réalisé par certaines des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, relatives à la procédure d'amendement constitutionnel (art. 41 et 42).
10. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, 1970 S.R.C., c. S-19. L'article 35 porte que : « La Cour suprême possède, détient et exerce une juridiction d'appel en matière civile et criminelle dans les limites du Canada et par tout le Canada ». Voir aussi la *Loi sur les juges*, 1970 S.R.C., c. J-1. Consulter W.R. Lederman, « The Supreme Court of Canada and the Canadian Judicial System », (1975) 13 *Transactions of the Royal Society of Canada* 209.
11. Voir *supra*, n. 7.
12. *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 S.R.C., c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.). Voir aussi la *Loi sur les juges*, 1970 S.R.C., c. J-1.
13. *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, (1977) 2 R.C.S. 1054.
14. Voir *supra*, n. 12.
15. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, p. 125.
16. Voir notamment, à ce sujet, J.M. Evans, « Federal Jurisdiction — A Lamentable Situation », (1981) 59 *Revue du Barreau canadien* 124.
17. *Tomko c. Labour Relations Board (N.S.)*, (1977) 1 R.C.S. 112; *Jones c. Edmonton Catholic School District n° 7*, (1977) 2 R.C.S. 872; *P.G. du Québec et le Tribunal des transports c. Farrah*, (1978) 2 R.C.S. 638; *Ville de Mississauga c. Municipalité régionale de Peel*, (1979) 2 R.C.S. 244; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, (1979) 2 R.C.S. 618; *Dans l'affaire d'un renvoi* [ . . . ] relativement à

- la Loi de 1979 sur la location résidentielle, (1981) 1 R.C.S. 714; *Crevier c. P.G. du Québec*, (1981) 2 R.C.S. 220; *Massey-Ferguson Industries Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1981) 2 R.C.S. 413; *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, (1982) 1 R.C.S. 62; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*, (1982) 2 R.C.S. 842; *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 25 (C.S.C.); *Re A.-G. of Quebec and Grondin*, (1984) 4 D.L.R. (4th) 605 (C.S.C.). Voir aussi *Abel Skiver Farm c. Ville de Ste-Foy*, (1983) 1 R.C.S. 403.
18. *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, (1973) R.C.S. 681.
  19. *A.-G. of Ontario c. Victoria Medical Building Ltd*, (1960) R.C.S. 32.
  20. « Sir Lyman Duff and the Constitution », (1974) 12 *Osgoode Hall Law Journal* 261, p. 325. Voir aussi R.S. Millar et C. Baar, *Judicial Administration in Canada*, 1981, p. 75–106.
  21. *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17, p. 38.
  22. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 72. L'expression « anomalous provision » a été traduite par les mots « disposition singulière ».
  23. K.C. Wheare, *Federal Government*, 4<sup>e</sup> éd., 1963, p. 68; W.J. Wagner, *Federal States and Their Judiciary*, 1959, p. 119 et 325.
  24. Pour le texte de ces résolutions, voir les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, 1865, p. 3.
  25. « *It is not an unreasonable reading of the «judicature» sections of the B.N.A. Act that section 96 was far from being the pivotal provision to which the others were subordinate. Rather, it appears that section 96 was a projection of section 100 or, at least, to be read in conjunction with it. If the Parliament of Canada was to fix and provide the salaries of provincial judges, it might properly appoint them[. . .] The separation of the provisions for appointment and for payment as they appeared in the B.N.A. Act was, so far as there is any evidence at all, the draftsman's work* » (« Municipal Tax Assessment and Section 96 of the British North America Act: The Olympia Bowling Alleys Case », (1955) 33 *Revue du Barreau canadien* 997 et 998).
  26. Le député Burwell, *Débats parlementaires*, *supra*, n. 24, p. 580 et 581.
  27. *Débats parlementaires*, *supra*, n. 24, p. 394.
  28. *Dans l'affaire d'un renvoi* [. . .] *relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 728.
  29. Voir *supra*, n. 7, p. 713. Sur la juridiction des cours provinciales en matières fédérales, voir notamment F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, 1982, p. 833–840. Récemment, dans un jugement unanime de la Cour suprême du Canada, le juge Estey signalait qu'en cas de doute il fallait présumer de la compétence des cours provinciales à trancher les litiges suscités par l'application des lois fédérales : *Northern Pipeline Agency c. Pehinec*, (1984) 4 D.L.R. (4th) 1, p. 8.
  30. *Valin c. Langlois*, (1879) 3 R.C.S. 1. Après avoir rappelé que les tribunaux provinciaux avaient la mission d'appliquer les lois tant fédérales que provinciales, le juge Fournier signalait qu'il fallait sans doute voir dans cet arrangement l'origine des articles 96 à 100 et que si ces tribunaux « eussent dû être au service exclusif des gouvernements locaux on aurait laissé à ceux-ci le choix et le paiement du salaire d'officiers auxquels le gouvernement fédéral ne pouvait imposer aucun devoir » (p. 46). Voir aussi l'opinion du juge Ritchie.
  31. *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, (1977) 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd c. R.*, (1977) 2 R.C.S. 654; *R. c. Thomas Fuller Construction Ltd*, *supra*, n. 7. Mais la Cour suprême semble vouloir faire preuve maintenant de plus d'indulgence à l'endroit de la Cour fédérale; voir *Rhine c. La Reine*, (1980) 2 R.C.S. 442. Pour une critique défavorable de la position prise par la Cour suprême à l'endroit de la juridiction de la Cour fédérale, voir J.M. Evans, « Federal Jurisdiction — A Lamentable Situation », (1981) 59 *Revue du Barreau canadien* 124. À notre avis, l'auteur n'attache pas suffisamment d'importance à la dimension constitutionnelle de cette controverse. La Cour suprême a également assoupli sa position en reconnaissant à la Cour fédérale une juridiction en matière

- constitutionnelle : *Northern Telecom Canada Ltd c. Communication Workers of Canada*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).
32. *Martineau and Sons Ltd, c. City of Montreal*, (1932) A.C. 113, p. 121.
  33. *Toronto Corporation c. York Corporation*, (1938) A.C. 415, p. 426.
  34. (1938) R.C.S. 398, p. 415 et 416.
  35. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 93 et 94. Le texte anglais du jugement indique que le juge Duff n'a pas trouvé que l'argument était « *compelling* ».
  36. *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17.
  37. Cette justification était présentée comme « *non compelling* »; voir *supra*, n. 35.
  38. *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17, p. 38. Dans l'arrêt *Dupont c. Inglis*, (1958) R.C.S. 535, non cité par la cour, le juge Rand avait souligné, au nom de la Cour suprême, que les articles 96 et s. représentaient des « *provisions vital to the Judicature of Canada* » (p. 542).
  39. La Cour a autorisé l'appel de deux jugements où il est question de ce sujet : *R. c. Valente*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 452 (C.A., Ont.); *Beauregard c. Government of Canada*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 205 (C.F.A.). En 1960, à l'occasion de la modification apportée à l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relative à l'âge de la retraite des juges, le gouvernement fédéral tenta de placer sur un pied d'égalité, dans le cadre de cet article, les juges des cours de comté et de district ainsi que les juges des cours supérieures; voir G. Pépin, *Les tribunaux administratifs et la Constitution. Étude des articles 96 à 101 de l'A.A.N.B.*, 1969, p. 125–129.
  40. La question de l'indépendance de la magistrature canadienne n'est pas des plus limpides. D'une part, il n'est pas facile de préciser le contenu de cette notion (nomination, traitement, sécurité d'emploi, immunité, emploi extra-judiciaire, obligation de réserve, etc.) et, d'autre part, il est souvent difficile de déterminer ses bases légales, d'une autorité variable (constitution, loi, convention constitutionnelle, usage, opinion publique, etc.). Voir notamment, à ce sujet, W.R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *Revue du Barreau canadien* 769 et 1139; S. Shetreet, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, 1976; H. Brun et D. Lemieux, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu? », (1977) 18 *Cahiers de droit* 265; *Beauregard c. Government of Canada*, *supra*, n. 39; R. c. *Valente*, *supra*, n. 39.
  41. Voir notamment Pépin, *supra*, n. 39; Hogg, *supra*, n. 15, p. 115–121 et 129–139; Chevette et Marx, *supra*, n. 29, p. 870 et 903–914; J.-F. Jobin, *L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les organismes inférieurs d'appel*, 1984.
  42. *Supra*, n. 17.
  43. *Di Orio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, (1978) 1 R.C.S. 152.
  44. Voir Pépin, *supra*, n. 39, p. 93–104.
  45. *Liquidators of Maritime Bank c. The Receiver General of New Brunswick*, (1892) A.C. 437. Il y fut jugé que le lieutenant-gouverneur était lui aussi un représentant de la reine et qu'il était habilité à exercer les prérogatives royales portant sur des sujets relevant de la compétence législative des provinces.
  46. *Rimmer c. Hannon*, (1921) 60 D.L.R. 637 (extrait du jugé).
  47. *Scott c. A.-G. of Canada*, (1923) 3 W.W.R. 929, p. 932 (lord Atkinson).
  48. Voir *supra*, n. 34, p. 404 et s.
  49. (1938) A.C. 415. C'est à l'occasion de cet arrêt que lord Atkin mit de l'avant sa théorie des « *three principal pillars in the temple of justice* ».
  50. Voir *supra*, n. 34, p. 409 et s. (le juge en chef Duff, *per curiam*).
  51. *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd*, (1949) A.C. 134, p. 151–153.
  52. Voir notamment, à ce sujet, Pépin, *supra*, n. 39, p. 213–231.
  53. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 728. Voir aussi p. 729 et 730.

54. *Supra*, n. 17, p. 642 (avec l'accord des juges Spence, Dickson et Estey).
55. « Provincial Administrative Tribunals and Judicial Power — The Exaggeration of Section 96 of the British North America Act », (1963) 41 *Revue du Barreau canadien* 446.
56. *Tomko c. Labour Relations Board (N.S.)*, *supra*, n. 17, p. 120.
57. Au Québec, par interprétation, il faut ajouter à la liste en question les anciennes « cours de circuit », présidées par un juge de la Cour supérieure : *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, *supra*, n. 18, p. 689 (le juge Fauteux, *per curiam*).
58. Pour un rare exemple d'application de la méthode institutionnelle à une cour de justice, voir le *Renvoi touchant la constitutionnalité de la loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, (1965) B.R. 1 (Qué. C.A.), infirmé pour des motifs techniques par la Cour suprême du Canada, (1965) R.C.S. 772. La Cour de magistrat du Québec porte aujourd'hui le nom de Cour provinciale.
59. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 72 (avec l'accord du juge Ritchie). Au même effet, une remarque du juge en chef Laskin, *per curiam*, dans l'arrêt *Crevier c. P.G. du Québec*, *supra*, n. 17, p. 237. Sur ce sujet, consulter Hogg, *supra*, n. 15, p. 130 et 131; N. Duplé, « Nouvelles récentes de l'article 96 », (1977) 18 *Cahiers de droit* 315.
60. Rappelons à nouveau que cette participation fédérale postule toutefois que le Parlement utilise de façon circonspecte son pouvoir de créer des cours fédérales additionnelles (art. 101).
61. Voir *supra*, n. 15, p. 131.
62. Canada, Ministère de la Justice, *La Constitution du Canada. Avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux*, document de travail, 1983. Nous ferons état plus loin de ce projet de modification.
63. Il semble qu'une législature peut, sans enfreindre l'article 96, retirer aux juges des cours supérieures certaines de leurs fonctions pour les confier aux juges des cours de district ou de comté. Le fait que tous ces juges soient assujettis aux articles 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* expliquerait cette liberté d'action reconnue aux provinces; voir *A.-G. of British Columbia c. McKenzie*, (1965) R.C.S. 490; *Reference Constitutional Validity of Section 11 of the Judicature Amendment Act*, (1971) 2 O.R. 521 (Ont., C.A.). Il faut cependant signaler que le statut de ces juges n'est pas identique, puisque l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas aux membres des cours de comté et de district. Sur ce sujet, et quelques autres aspects des difficultés d'application de l'article 96 non évoquées dans la présente étude, voir : Ontario Law Reform Commission, *Report on Administration of Ontario Courts*, vol. 1, 1973, p. 69–88; Hogg, *supra*, n. 15, p. 119, 133 et 134.
64. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 734–736 pour le raisonnement à trois temps et p. 730 sur la question initiale du caractère judiciaire. Le juge en chef Laskin a résumé, *per curiam*, le raisonnement à trois volets dans l'affaire *Massey-Ferguson Industries Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan*, *supra*, n. 17, p. 429. Ce résumé a été repris par le juge Chouinard, *per curiam*, dans l'arrêt *Re A.-G. of Quebec and Grondin*, *supra*, n. 17, p. 616.
65. Voir notamment *Ministre du revenu national c. Coopers and Lybrand*, (1979) 1 R.C.S. 495.
66. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 730, 735 et 743.
67. La Cour suprême a cependant jugé dans l'arrêt *P.G. du Québec c. Blaikie*, (1979) 2 R.C.S. 1016 que les garanties linguistiques de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* visaient non seulement les cours de justice mais aussi les « organismes non judiciaires ayant le pouvoir de rendre la justice ». Il sera intéressant de voir quelle interprétation recevra, dans ce contexte différent mais également constitutionnel, l'expression utilisée. Voir aussi l'article 19 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui reprend en partie le texte de l'article 133.
68. *Stelco Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité au travail*, *Juris-Express* 84–441 (Qué., C.S.).

69. *Re A.-G. of Quebec and Grondin*, *supra*, n. 17, p. 616. Nous utilisons cependant, comme on l'aura constaté, le texte français du jugement de la Cour.
70. Les deux décisions citées par le juge Chouinard à titre d'autorités sur ce point ne sont guère plus motivées.
71. *L'Atelier 7 Inc. c. Babin et le P.G. du Québec*, (1982) C.A. 325. Voir aussi *Re S.B.I. Management Ltd*, (1982) 128 D.L.R. (3d) 89 (Alta., C.A.), appel à la Cour suprême du Canada; *Re Aamco Automatic Transmission Inc. and Simpson*, (1981) 113 D.L.R. (3d) 650 (Ont., Cour de Div.).
72. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 730 et 734.
73. *Re A.-G. General of Quebec and Grondin*, *supra*, n. 17.
74. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 110 (avec l'accord des juges Martland, Beetz, McIntyre et Chouinard); voir aussi p. 109 ainsi que *Dupont c. Inglis*, (1958) R.C.S. 542; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, *supra*, n. 17, p. 639 et 640; *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 738.
75. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 71 (avec l'accord du juge Ritchie). Voir aussi *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, *supra*, n. 18; *A.-G. of Ontario c. Victoria Medical Building Ltd*, *supra*, n. 19; *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 745. Consulter aussi *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17, p. 38.
76. *Renvoi touchant la constitutionnalité de la loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, *supra*, n. 58.
77. *Reference re Proposed Legislation Concerning Leased Premises [ . . . ]*, (1979) 89 D.L.R. (3d) 460, p. 466 (Alta., C.A.); *Re Pepita and Doukas*, (1980) 101 D.L.R. (3d) 577, p. 585-587 (C.B., C.A.).
78. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 72, 84-87, 104, 109 et 110. Voir aussi *Stelco Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité au travail*, *supra*, n. 68.
79. Lors du renvoi sur la Commission du logement de l'Ontario, le juge Dickson a noté, *per curiam*, que : « Dans le Renvoi sur l'Adoption Act, le juge en chef Duff a examiné l'historique de la pratique en Angleterre et a conclu que la compétence attribuée aux magistrats en vertu de la loi soumise à la Cour dans le Renvoi était analogue à la compétence attribuée en vertu des Poor Law anglaises, une compétence qui appartenait aux cours de juridiction sommaire plutôt qu'aux cours supérieures. Pour ce motif la loi a été confirmée. » Voir *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 729 et 730.
80. *Re A.-G. of Quebec and Grondin*, *supra*, n. 17. On peut aussi se demander si la Cour suprême aurait refusé sa permission d'appeler d'un jugement de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, relatif à l'inconstitutionnalité de certains pouvoirs judiciaires de la Commission du logement de cette province : *Re Burke and Arab*, (1982) 130 D.L.R. (3d) 38 (N.-É., C.A.) et *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Burke*, (1983) 1 R.C.S. 55. Sur les commissions de logement, voir aussi *Re Pepita and Doukas*, *supra*, n. 77.
81. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17.
82. Voir *supra*, n. 17, p. 237. Sur les divergences jurisprudentielles et doctrinales qui avaient cours auparavant, voir P.W. Hogg, « Is Judicial Review of Administration Action Guaranteed by the British North America Act », (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 716. Voir aussi l'opinion très différente du professeur Bora Laskin : « Certiorari to Labour Board: The Apparent Futility of Privative Clauses », (1952) 30 *Revue du Barreau canadien* 986, p. 989-991. Consulter aussi : H. Arthurs, « Protection Against Judicial Review », (1983) 43 *Revue du Barreau* 277; D.J. Mullan, « The Constitutional Position of Canada's Administrative Appeal Tribunals », (1982) 14 *Ottawa Law Review* 238; R. Dussault et M. Patenaude, « Le contrôle judiciaire de l'administration : vers une meilleure synthèse des valeurs de liberté individuelle et de justice sociale », (1983) 43 *Revue du Barreau* 163, p. 174-180; R.A. Macdonald,

« Constitutional Law — Validity of Legislation — Privative Clause Ousting Judicial Review — *Crevier v. Attorney General of Quebec* », (1983) 17 *University of British Columbia Law Review* 111; B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 2<sup>e</sup> éd., 1983, p. 76–86.

83. Une clause privative non étanche n'est pas inconstitutionnelle : voir *Re A.-G. of Quebec and Grondin*, *supra*, n. 17; *Théroux c. Brosseau*, (1983) C.A. 350 (Qué., C.A.). Voir aussi *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*, *supra*, n. 17. Dans l'arrêt *Crevier*, *supra*, n. 17, le juge en chef Laskin a reconnu qu'une clause privative peut empêcher les cours supérieures d'exercer leur contrôle sur les erreurs intrajuridictionnelles commises par les cours inférieures et les organismes administratifs, c'est-à-dire sur les erreurs ne portant pas atteinte à la juridiction, à la compétence de l'institution visée par la clause privative. Le juge en chef a cependant reconnu, avec candeur, que : « Il peut y avoir des divergences de vues sur ce que sont des questions de compétence » (p. 236).
84. Voir aussi l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi*, *supra*, n. 18 et l'arrêt *Victoria Medical Building*, *supra*, n. 19.
85. *Re Evans and Employment Standards Board*, (1983) 149 D.L.R. (3d) 1.
86. *Desmeules c. Le Prêt hypothécaire*, (1983) C.A. 43. Permission d'appel accordée par la Cour suprême du Canada.
87. L'Assemblée nationale du Québec a confié nombre de juridictions d'appel à d'autres qu'aux « cours de 96 », par exemple à la Cour provinciale, au Tribunal du travail, à la Commission des affaires sociales, au Bureau de révision de l'évaluation foncière, au Tribunal des professions, à la Commission de la fonction publique, à la Commission municipale, à la Commission de police, etc.
88. Consulter particulièrement Jobin, *supra*, n. 41; Mullan, *supra*, n. 82.
89. *P.G. du Québec et le Tribunal des transports c. Farrah*, *supra*, n. 17, p. 642 et 643 (avec l'accord des juges Spence, Dickson et Estey). Consulter aussi *Dupont c. Inglis*, *supra*, n. 38 infirmant (1957) 8 D.L.R. (2d) 26 (Ont., C.A.).
90. *Crevier c. P.G. du Québec*, *supra*, n. 17, p. 230.
91. Voir Mullan *supra*, n. 82, p. 259.
92. *Supra*, n. 17.
93. Voir, à cet égard, certains passages d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec : *Commission municipale du Québec c. Ville de Lévis*, (1979) C.A. 28, permission d'appel refusée par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Farrah*, *supra*, n. 17, p. 644, le juge en chef Laskin a rapidement écarté le débat certaines responsabilités d'appel de ce Tribunal en affirmant simplement que « ni l'al. 58b, ni l'art. 56 n'impliquent de fonction que l'on peut qualifier de « judiciaire » aux fins de l'art. 96 ». Consulter aussi *Re Gray Line of Victoria and Chabot*, (1981) 125 D.L.R. (3d) 197 (B.C., C.S.). On aurait apprécié que, dans l'arrêt *Concerned Citizens of British Columbia*, *supra*, n. 17, p. 851, le juge en chef Laskin en écrive plus long sur l'observation suivante : « Le paragraphe 12(5) ne contient aucune disposition expresse qui oblige le lieutenant-gouverneur en conseil à traiter l'appel selon des critères purement judiciaires [ . . . ] Il reste loisible à un tribunal ayant des fonctions de régulation de se fonder sur des considérations de nature régulatrice. »
94. La Cour d'appel du Québec s'est montrée sensible à ce genre de préoccupations en arrivant à la conclusion, à la différence de la Cour suprême, que le Tribunal des professions ne contrevenait pas à l'article 96 : *P.G. du Québec c. Crevier*, (1979) C.A. 333. Voir aussi *Re Evans and Employment Standards Board*, (1983) 149 D.L.R. (3d) 1 (C.-B., C.A.).
95. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 733. Le juge en chef Laskin a résumé de façon différente l'affaire *Farrah* dans les notes qu'il a rédigées à l'occasion du *Renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 69.
96. « *Permissive view* ».
97. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 106 et 107. Il faut cependant ajouter que ce point de vue généreux apparaît peu

- compatible avec certains passages de l'opinion du juge Dickson (*per curiam*), dans le renvoi sur la Commission du logement, *supra*, n. 17, p. 749.
98. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act, supra*, n. 17, p. 72.
  99. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra*, n. 17, p. 735 et 736.
  100. Voir nos observations à ce sujet à la section sur le caractère judiciaire de la fonction en cause.
  101. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra*, n. 17, p. 745.
  102. *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia, supra*, n. 17, p. 851.
  103. *Supra*, n. 17, p. 733.
  104. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act, supra*, n. 17, p. 68.
  105. *Idem*, p. 106.
  106. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra*, n. 17, p. 732 et 733.
  107. Voir l'arrêt *Capital Regional District, supra*, n. 17, p. 851. Voir aussi p. 854. Comme nous l'avons déjà signalé, on peut reprocher au juge Laskin de ne pas s'être interrogé attentivement sur la question de savoir si l'appel était en l'espèce dévolutif d'une fonction judiciaire.
  108. Voir l'arrêt *Ville de Mississauga, supra*, n. 17.
  109. *Théroux c. Brosseau, supra*, n. 83, p. 361 et 362. Voir aussi *Re Inman and Ivor*, (1982) 134 D.L.R. (3d) 717 (Ont., C. de Div.).
  110. *Re A.-G. of Nova Scotia and Gillis*, (1980) 111 D.L.R. (3d) 349, p. 359.
  111. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra*, n. 17, p. 746 et 747. Voir aussi les notes du juge Laskin dans l'arrêt *Crevier, supra*, n. 17, p. 233 et 234. Dans l'arrêt *McEvoy, supra*, n. 17, p. 36, la Cour suprême du Canada signale que la cour criminelle en cause contrevient à l'article 96 notamment pour le motif suivant : « *Nor will the court exercise administrative powers to which its adjudicative functions are incidental* ».
  112. Voir, par exemple, l'application que l'on fait du cadre institutionnel dans *Re Scowby and Glendinning*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 55 (Sask., C.A.). Il s'agit de savoir si la Commission des droits de la personne est visée par l'article 96. Permission d'appeler octroyée par la Cour suprême du Canada.
  113. *Contra : Re Murdy and City of Toronto*, (1981) 118 D.L.R. (3d) 304 (Ont., C. de Div.).
  114. Voir *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article de la Family Relations Act, supra*, n. 17, p. 106 et 107.
  115. S. Bouchard, M.-M. Lavigne et P. Renaud, « L'inconstitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial », (1981) 22 *Cahiers de droit* 429.
  116. *La constitution du Canada — Avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux*, août 1983.
  117. *Idem*, p. 7.
  118. Consulter aussi : *Rapport du Comité conjoint de l'Association du Barreau canadien (section Québec) et du Barreau du Québec sur l'avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux*, janvier 1984; Association du Barreau canadien, *A Response to the Minister of Justice and Attorney-General of Canada on the Discussion Paper: The Constitution of Canada, A Suggested Amendment Relating to Provincial Administrative Tribunals*, février 1984; Université Laval, *Colloque sur la réforme des institutions fédérales*, mars 1984, résumé des communications présentées sur la réforme de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
  119. Voir *supra*, n. 18.
  120. *Dans l'affaire de renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act, supra*, n. 17, p. 106 et 107.

121. *Théberge Limitée c. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida*, (1966) R.C.S. 378.
122. *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.
123. *A.-G. c. British Broadcasting Corporation*, (1980) 3 All. E.R. 161, p. 175 (lord Edmund-Davies). Aussi, par exemple, la Commission de police du Québec a-t-elle pu être assimilée à une « cour » pour les fins d'une loi particulière : *Snyder c. Montreal Gazette Ltd*, (1978) C.S. 32 (Qué., C.S.).
124. Voir *supra*, n. 116, p. 12.
125. *Idem*, p. 8.
126. Voir, par exemple, *Syndicat des camionneurs c. Massicotte*, (1982) 1 R.C.S. 710.
127. *Crevier c. P.G. du Québec*, *supra*, n. 17, p. 236 et 237.
128. Voir *supra*, n. 116, p. 14.
129. *Supra*, n. 17.
130. Sur la compétence du Parlement du Canada de confier des fonctions judiciaires aux institutions provinciales, voir la sous-section sur l'existence d'un système judiciaire intégré.
131. Voir, par exemple, *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, n. 17, p. 76. Consulter notamment Hogg, *supra*, n. 82.
132. *Northern Telecom Canada Ltd c. Communications Workers of Canada*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 1, p. 17. Voir aussi *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, (1975) 1 R.C.S. 228; *P.G. du Canada c. Law Society of British Columbia et Jabour*, (1982) 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147. Cependant, les arrêts *Jabour* et *Paul L'Anglais Inc.* ont affirmé que le Parlement du Canada ne peut retirer aux cours supérieures provinciales leur traditionnelle responsabilité quant au contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des décisions d'application prises par les organismes administratifs fédéraux. Mais l'article 96 n'a pas été invoqué à l'appui de cette limite apportée à la compétence du Parlement du Canada. Quant à la juridiction concurrente de la Cour fédérale en semblable matière, rendue fort complexe par suite de la jurisprudence limitant la compétence de cette cour à l'application du droit fédéral existant, voir l'arrêt *Northern Telecom Canada*. Le transfert du pouvoir de surveillance, des cours supérieures provinciales à la Cour fédérale, a été réalisé par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 S.R.C., c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.); il n'est pas utile de s'arrêter ici aux exceptions à cette juridiction de la Cour fédérale. Sur le problème particulier du contrôle de la constitutionnalité des lois, voir Strayer, *supra*, n. 82, p. 63–104. L'exercice par les cours supérieures provinciales du pouvoir de surveillance sur les organismes administratifs fédéraux témoignait de façon toute spéciale, avant 1970, de l'existence au Canada d'un système judiciaire intégré.
133. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, 1970 S.R.C., c. S–19; *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 S.R.C., c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.). Voir aussi la *Loi sur les juges*, 1970 S.R.C., c. J–1. Les juges de ces cours fédérales ont, en vertu des lois précitées, un statut semblable à ceux des juges des cours supérieures provinciales; une différence notable : l'âge de la retraite des juges de la Cour fédérale a été fixé à 70 et non à 75 ans. Consulter Hogg, *supra*, n. 15, p. 126 et 127.
134. Lederman, *supra*, n. 40, p. 1175 et 1176; R. Elliott, « Constitutional Law — Jurisdiction — Is Section 96 Binding on Parliament », (1982) 16 *University of British Columbia Law Review* 314; Mullan, *supra*, n. 82, p. 260–269.
135. *Reference Re Establishment of a Unified Criminal Court of New Brunswick*, (1982) 127 D.L.R. (3d) 214, p. 222.
136. Selon les articles 92(14) et 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il revient aux législatures de créer des cours de juridiction criminelle. Sur la question de savoir si l'article 101 pourrait autoriser le Parlement du Canada à déroger à ces articles, au motif qu'il est habilité à créer des cours fédérales additionnelles « nonobstant toute disposition » de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir notamment Hogg, *supra*, n. 15, p. 124. Soulignons au passage que la Cour fédérale exerce quelques juridictions en matière criminelle; l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* précise d'ailleurs que cette



- dernière « demeure une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale ».
137. *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17.
  138. Consulter G. Lehoux, « *McEvoy c. P.G. du N.B. et P.G. du Can.* : Une autre pièce au temple de la justice canadienne », (1983) 14 *Revue générale de droit* 169; R. Elliott « *New Brunswick Unified Criminal Court Reference* », (1984) 18 *University of British Columbia Law Review* 127.
  139. *McEvoy c. A.-G. of New Brunswick*, *supra*, n. 17, p. 38.
  140. *Ibid.*
  141. *Idem*, p. 37 et 38.
  142. *Idem*, p. 38.
  143. *Idem*, p. 36.
  144. « *Unreviewable authority might put the provincially-established court and its provincially-appointed judges in a s. 96 position notwithstanding that its jurisdiction comes from Parliament. Crevier v. A.-G. Que et al [ . . . ] might be considered as apt.* » *Ibid.*
  145. *Idem*, p. 37-39.
  146. À notre avis, étant donné notamment l'importance des responsabilités confiées avant 1867, en matière criminelle, aux juges de paix, il n'est pas assuré que toute disposition législative fédérale attribuant une importante juridiction criminelle à des juges nommés par les autorités provinciales contrevienne à l'article 96. À cet égard, il faut cependant prendre note du passage suivant de l'opinion de la Cour suprême : « *There is no doubt that jurisdiction to try indictable offences was part of the superior court's jurisdiction in 1867; none of the parties suggests otherwise. Nor does anyone argue that inferior courts had concurrent jurisdiction to try indictable offences in 1867.* » (*Idem*, p. 36.)
  147. Voir l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltd*, *supra*, n. 132.
  148. Si l'on peut résumer en quelques mots la thèse du professeur Lederman, *supra*, n. 40, les articles 96 à 100 s'appliquent au Parlement du Canada, mais sont respectés si ce législateur délègue des fonctions judiciaires fédérales à des cours fédérales présidées par des juges possédant un statut juridique équivalent en vertu de la législation fédérale. Consulter aussi Lederman, *supra*, n. 10, p. 221-224. Une opinion semblable, mais motivée de façon différente, a été exprimée par le professeur Elliott, *supra*, n. 134.
  149. Voir la sous-section « Une boîte de Pandore : la notion d'« autorité non judiciaire ».
  150. *Dans l'affaire d'un renvoi [ . . . ] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, n. 17, p. 749 et 750. Voir aussi l'opinion du juge en chef Laskin, *supra*, n. 59; le juge en chef semble bien inviter les pouvoirs politiques à remédier à « l'anomalie » constitutionnelle que représente l'article 96.
  151. Voir Brun et Tremblay, *supra*, n. 9, p. 531. Les auteurs font ici allusion non seulement aux difficultés suscitées par l'article 96 mais aussi au contentieux relié à la délimitation de la juridiction de la Cour fédérale.
  152. Voir Association du Barreau canadien, *supra*, n. 118.
  153. Notons que l'on peut lire, dans un document publié au mois d'août 1983 par le ministère fédéral de la Justice et intitulé *Modifications proposées à la Loi sur la Cour fédérale*, le passage suivant : « En principe, il ne serait ni possible ni souhaitable d'avoir deux systèmes judiciaires, l'un connaissant des affaires régies par l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'autre, des affaires régies par l'article 92; il serait cependant souhaitable d'avoir, d'un bout à l'autre du Canada, une Cour fédérale spéciale ayant compétence à l'égard de domaines bien définis » (p. 2).
  154. Consulter aussi N. Duplé, « La réforme constitutionnelle de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 » dans S. Beck et I. Bernier (édit.), *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, 1983, vol. 1, p. 129.
  155. W. Murphy et C.H. Prickett, *Courts, Judges and Politics*, 1961, p. 156.
  156. *Se retrouver : observations et recommandations*, 1979, p. 109. Certes, les cours inférieures provinciales sont aussi appelées à appliquer des lois fédérales.



**Richard W. Bauman** est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Dalhousie à Halifax.

**Henri Brun** est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec.

**Mary Eberts** est avocate à l'emploi du bureau Tory, Tory, DesLauriers et Binnington à Toronto.

**A. Wayne MacKay** est professeur à la Faculté de droit de l'Université Dalhousie à Halifax; il est également coordonnateur adjoint du module sur les accords institutionnels et constitutionnels dans le cadre du Programme de recherche sur le droit et la Constitution.

**Gilles Pépin** est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.



***Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada***

**L'ÉCONOMIE**

**La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada** (vol. 1), *François Vaillancourt, coordonnateur de la recherche*

Vol. 1 La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada,  
*F. Vaillancourt (R)\**

**La structure industrielle** (vol. 2-8), *Donald G. McFetridge, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 2 L'industrie canadienne en transition, *D.G. McFetridge (R)*
- Vol. 3 L'industrie canadienne et le virage technologique, *D.G. McFetridge (R)*
- Vol. 4 La mise en oeuvre de la politique industrielle canadienne, *D.G. McFetridge (R)*
- Vol. 5 Les dimensions économiques de la politique et de la stratégie industrielles, *D.G. McFetridge (R)*
- Vol. 6 Les économies d'échelle et la productivité : l'écart entre le Canada et les États-Unis, *J.R. Baldwin et P.K. Gorecki (M)*
- Vol. 7 La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux, *F. Mathewson et R. Winter (M)*
- Vol. 8 L'économie politique de l'adaptation économique, *M. Trebilcock (M)*

**Le commerce international** (vol. 9-14), *John Whalley, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 9 La politique commerciale canadienne et l'économie mondiale, *J. Whalley (M)*
- Vol. 10 Le Canada et le système d'échanges multilatéraux, *J. Whalley (R)*
- Vol. 11 Le libre-échange canado-américain, *J. Whalley (R)*
- Vol. 12 La politique intérieure et le milieu économique international, *J. Whalley (R)*
- Vol. 13 Le commerce, la politique industrielle et la concurrence internationale, *R.G. Harris (M)*
- Vol. 14 Le secteur primaire et la politique d'exportation de l'eau au Canada, *J. Whalley (R)*

\* (R) indique un recueil, (M) une monographie.

**Le marché du travail et les relations de travail** (vol. 15–18), *Craig Riddell*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 15 La coopération ouvrière-patronale au Canada, *C. Riddell* (R)
- Vol. 16 Les relations de travail au Canada, *C. Riddell* (R)
- Vol. 17 Le travail et le salaire : le marché du travail au Canada, *C. Riddell* (R)
- Vol. 18 S'adapter au changement : l'adaptation du marché du travail au Canada,  
*C. Riddell* (R)

**La macro-économie** (vol. 19–25), *John Sargent*, *coordonnateur de la recherche*

- Vol. 19 Le rendement macro-économique et les questions d'orientation, *J. Sargent* (M)
- Vol. 20 L'évolution macro-économique depuis la Guerre, *J. Sargent* (R)
- Vol. 21 Les politiques budgétaire et monétaire, *J. Sargent* (R)
- Vol. 22 La croissance économique : ses facteurs déterminants et ses perspectives,  
*J. Sargent* (R)
- Vol. 23 Les perspectives économiques de longue durée au Canada : un colloque,  
*J. Sargent* (R)
- Vol. 24 L'expérience macro-économique à l'étranger : un colloque, *J. Sargent* (R)
- Vol. 25 La lutte contre l'inflation et le chômage au Canada, *C. Riddell* (M)

**La pensée économique et les questions sociales** (vol. 26 et 27), *David Laidler*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 26 Le bien-être économique, *D. Laidler* (R)
- Vol. 27 Les réactions au changement économique, *D. Laidler* (R)

## LA POLITIQUE ET LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

**Le Canada et l'économie politique internationale** (vol. 28–30), *Denis Stairs et*  
*Gilbert R. Winham*, *coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 28 Le Canada et le milieu politico-économique international, *D. Stairs et*  
*G.R. Winham* (R)
- Vol. 29 Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les  
États-Unis, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)
- Vol. 30 Quelques problèmes concernant l'élaboration de la politique économique  
extérieure, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)

**L'État et la société dans le monde moderne** (vol. 31 et 32), *Keith Banting*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 31 L'État et la société : le Canada dans une optique comparative, *K. Banting* (R)
- Vol. 32 L'État et les milieux économiques, *K. Banting* (R)

**Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société** (vol. 33–35), *Alan Cairns et*  
*Cynthia Williams*, *coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 33 Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, *A. Cairns et*  
*C. Williams* (R)
- Vol. 34 Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada,  
*A. Cairns et C. Williams* (R)
- Vol. 35 L'opinion publique et la politique d'État du Canada, *R. Johnston* (M)

**Les institutions de représentation** (vol. 36–39), *Peter Aucoin*, *coordonnateur de la recherche*

- Vol. 36 Les partis et la représentation régionale au Canada, *P. Aucoin* (R)
- Vol. 37 L'Administration fédérale et la réceptivité aux besoins des régions, *P. Aucoin* (R)
- Vol. 38 Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions, *P. Aucoin* (R)
- Vol. 39 Le fédéralisme intra-étatique au Canada, *D.V. Smiley et R.L. Watts* (M)

**Les dimensions politiques de la politique économique** (vol. 40–43), *G. Bruce Doern*,  
*coordonnateur de la recherche*

Vol. 40 Les dimensions politiques de la politique économique, *G.B. Doern* (R)

Vol. 41 La budgétisation au fédéral et au provincial, *A.M. Maslove, M.J. Prince et G.B. Doern* (M)

Vol. 42 La régulation économique et le système fédéral, *R. Schultz et A. Alexandroff* (M)

Vol. 43 La bureaucratie au Canada : son contrôle et sa réforme, *S.L. Sutherland et G.B. Doern* (M)

**La politique industrielle** (vol. 44 et 45), *André Blais*, *coordonnateur de la recherche*

Vol. 44 La politique industrielle, *A. Blais* (R)

Vol. 45 Une sociologie politique de l'aide à l'industrie, *A. Blais* (M)

## LE DROIT ET LA CONSTITUTION

**Le droit, la société et l'économie** (vol. 46–51), *Ivan Bernier et Andrée Lajoie*,  
*coordonnateurs de la recherche*

Vol. 46 Le droit, la société et l'économie, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Vol. 47 La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique,  
*I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Vol. 48 Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Vol. 49 Le droit de la famille et le droit social au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Vol. 50 La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Vol. 51 Le droit du travail et le droit urbain au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

**Le milieu juridique international** (vol. 52–54), *John J. Quinn*, *coordonnateur de la recherche*

Vol. 52 Le milieu juridique international, *J.J. Quinn* (R)

Vol. 53 Le développement économique du Canada et le système de commerce international, *M.M. Hart* (M)

Vol. 54 Le Canada et le nouveau droit international de la mer, *D.M. Johnston* (M)

**L'harmonisation du droit au Canada** (vol. 55 et 56), *Ronald C.C. Cuming*,  
*coordonnateur de la recherche*

Vol. 55 L'harmonisation du droit au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)

Vol. 56 L'harmonisation du droit commercial au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)

**Les accords institutionnels et constitutionnels** (vol. 57 et 58), *Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay*

Vol. 57 Les dossiers permanents du fédéralisme canadien, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)

Vol. 58 Les tribunaux et la Charte, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)

## LE FÉDÉRALISME ET L'UNION ÉCONOMIQUE

**Le fédéralisme et l'union économique** (vol. 58–72), *Mark Krasnick, Kenneth Norrie et Richard Simeon*, *coordonnateurs de la recherche*

Vol. 59 Le fédéralisme et l'union économique au Canada, *K. Norrie, R. Simeon et M. Krasnick* (M)

Vol. 60 Points de vue sur l'union économique canadienne, *M. Krasnick* (R)

Vol. 61 Le partage des pouvoirs et la politique d'État, *R. Simeon* (R)

Vol. 62 Le partage des pouvoirs : études de cas, *M. Krasnick* (R)

- Vol. 63 Les relations intergouvernementales, *R. Simeon* (R)  
Vol. 64 Les disparités et les adaptations interrégionales, *K. Norrie* (R)  
Vol. 65 Le fédéralisme fiscal, *M. Krasnick* (R)  
Vol. 66 La libre circulation des capitaux à l'intérieur de l'union économique canadienne, *N. Roy* (M)  
Vol. 67 La gestion économique et le partage des pouvoirs, *T.J. Courchene* (M)  
Vol. 68 Les dimensions régionales de la Confédération, *J. Whalley* (M)  
Vol. 69 Les rapports entre les groupes de pression et les gouvernements dans le système fédéral canadien, *H.G. Thorburn* (M)  
Vol. 70 Le Canada et le Québec : un essai rétrospectif et prospectif, *D. Latouche* (M)  
Vol. 71 L'économie politique du fédéralisme canadien de 1940 à 1984, *R. Simeon et I. Robinson* (M)

## **LE NORD**

- Vol. 72 Le Nord, *Michael S. Whittington, coordonnateur de la recherche* (R)

# ORGANIGRAMME DE LA COMMISSION

## Président

Donald S. Macdonald

## Commissaires

Clarence L. Barber  
Albert Breton  
M. Angela Cantwell Peters  
E. Gérard Docquier

William M. Hamilton  
John R. Messer  
Laurent Picard  
Michel Robert

Daryl K. Seaman  
Thomas K. Shoyama  
Jean Casselman-Wadds  
Catherine T. Wallace

## Direction

*Directeur exécutif*  
J. Gerald Godsoe

*Directeur de l'élaboration des politiques*

Alan Nymark

*Secrétaire*  
Michel Rochon

*Directrice des services administratifs*  
Sheila-Marie Cook

*Conseillers principaux*  
David Ablett  
Victor Clarke  
Carl Goldenberg  
Harry Stewart

*Directeur des publications*  
Ed Matheson

*Directeurs de recherche*  
Ivan Bernier  
Alan Cairns  
David C. Smith

*Codirecteurs de recherche*  
Kenneth Norrie  
John Sargent

## Recherche

### Économie

*Directeur de recherche*  
David C. Smith

*Attachée de direction et directrice adjointe (Services de recherche)*  
I. Lilla Connidis

*Coordonnateurs*  
David Laidler  
Donald G. McFetridge  
Kenneth Norrie\*  
Craig Riddell  
John Sargent\*  
François Vaillancourt  
John Whalley

*Agents de recherche*  
Caroline Digby  
Mireille Éthier  
Judith Gold  
Douglas S. Green  
Colleen Hamilton  
Roderick Hill  
Joyce Martin

### Politique et institutions de l'État

*Directeur de recherche*  
Alan Cairns

*Attachée de direction*  
Karen Jackson

*Coordonnateurs-trices*  
Peter Aucoin  
Keith Banting  
André Blais  
G. Bruce Doern  
Richard Simeon  
Denis Stairs  
Cynthia Williams  
Gilbert R. Winham

*Agents de recherche*  
Claude Desranleau  
Ian Robinson

*Auxiliaire administrative*  
Donna Stebbing

### Droit et Constitution

*Directeur de recherche*  
Ivan Bernier

*Attaché de direction et administrateur du Programme de recherche*  
Jacques J.M. Shore

*Coordonnateurs-trices*  
Clare F. Beckton  
Ronald C.C. Cuming  
Mark Krasnick  
Andrée Lajoie  
A. Wayne MacKay  
John J. Quinn

*Adjoint à la recherche et à l'administration*  
Nicolas Roy

*Agent de recherche*  
Nola Silzer

\*Kenneth Norrie et John Sargent ont assuré avec David Smith la direction de la recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.





LE DROIT ET LA CONSTITUTION  
Les accords institutionnels et constitutionnels

## Les tribunaux et la Charte

CLAIRE BECKTON et A. WAYNE MACKAY, coordonnateurs de la recherche

Deuxième de deux volumes qui portent sur **Les accords institutionnels et constitutionnels** (voir la liste à la fin du volume).

Avec la *Charte des droits et libertés*, les tribunaux ont pris une importance nouvelle dans l'édifice social canadien. Les auteurs s'interrogent ici sur la façon dont la Charte a modifié certains principes constitutionnels fondamentaux au Canada, éroasant la suprématie du Parlement et donnant aux tribunaux un pouvoir sans précédent. Quel effet la Charte aura-t-elle? Voilà la question centrale de ce volume.

### AUTEURS ET ÉTUDES

**La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social** Henri Brun

**La Cour suprême du Canada : perspectives de réforme pour une institution nationale en devenir**

A. Wayne MacKay et Richard W. Bauman

**Les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés en matière d'égalité et les institutions de l'État** Mary Eberts

**Le problème de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867** Gilles Pépin

CLAIRE BECKTON est professeur à la faculté de Droit de l'Université Dalhousie, à Halifax.

WAYNE MACKAY est professeur adjoint à la faculté de Droit de l'Université Dalhousie, à Halifax.



**Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada**

ISBN 0-660-91551-0