

La réforme constitutionnelle

**La Cour suprême
du Canada**

L'honorable Otto E. Lang
Ministre de la Justice



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada

L'honorable Otto E. Lang
Ministre de la Justice
Août 1978

On peut obtenir des exemplaires supplémentaires
de cette publication en s'adressant au:

Centre d'information sur l'unité canadienne
C.P. 1986, succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 6G6

Nº de cat. S2-75/1978

ISBN 0-662-50085-7

La réforme constitutionnelle—La Cour suprême du Canada

Introduction

Depuis quelques années, la composition et la juridiction de la Cour suprême du Canada ont été fort débattues dans le contexte d'une réforme constitutionnelle. Les principales discussions se sont articulées autour des points suivants:

- (a) le fait que l'existence de la Cour, sa juridiction et la durée des fonctions de ses juges dépendent du droit statutaire fédéral et ne sont pas garanties par la Constitution;
- (b) le mode de nomination de ses membres; le fait que ces nominations relèvent exclusivement du gouvernement fédéral;
- (c) le nombre de membres de la Cour et la question de savoir s'il faudrait reconnaître formellement la pratique informelle actuelle qui consiste à nommer des juges de diverses régions géographiques;
- (d) la juridiction de la Cour; la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de la transformer en un organe spécialisé chargé uniquement des questions constitutionnelles et si elle devrait continuer d'entendre les appels interjetés au sujet de lois provinciales, en particulier celles touchant le droit civil du Québec.

Le *projet de loi sur la réforme constitutionnelle* déposé par le gouvernement en Chambre, le 20 juin 1978, comprend des propositions touchant ces sujets. En un mot, on y propose d'inclure dans la Constitution des dispositions sur l'existence de la Cour suprême et de conférer aux gouvernements provinciaux et à la nouvelle Chambre de la Fédération un certain rôle dans la nomination des juges de ce tribunal; on y propose également d'augmenter le nombre de juges de neuf à onze, d'énoncer de façon plus expresse la pratique informelle actuelle de nomination par région, et d'instituer une procédure spéciale pour les appels touchant les causes de droit civil du Québec.

La première partie du présent document, qui est intitulée «Incorporation dans la Constitution»,

aborde de façon générale la proposition de conférer à la Cour un statut constitutionnel. Les trois parties qui suivent—«Mode de nomination», «Composition» et «Juridiction»— abordent les trois autres questions les plus controversées.

Incorporation dans la Constitution

La Constitution actuelle ne prévoit pas expressément la création d'une cour suprême, mais l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne au Parlement le pouvoir de le faire et de définir sa juridiction. Usant de ce pouvoir législatif, le Parlement a créé la Cour suprême par une loi adoptée en 1875, huit ans après la Confédération. La structure et la juridiction de la Cour continuent jusqu'à nos jours d'être régies uniquement par une loi fédérale (l'article 19 de la *Loi sur la Cour suprême*), et ses juges sont nommés par le gouvernement fédéral (article 4 de la *Loi sur la Cour suprême*).

À toutes fins utiles, l'existence et l'indépendance de la Cour suprême sont tout aussi assurées que si elles avaient été incorporées dans la Constitution, c'est-à-dire que le Parlement seul ne peut procéder à une modification. Néanmoins, vu son rôle de tribunal général d'appel et de dernière instance pour les questions d'ordre constitutionnel, il conviendrait que la Cour, son existence et ses attributions soient incorporées dans la Constitution. Les critiques s'entendent de façon générale sur ce point. En 1969, le gouvernement du Canada a proposé ce changement. Durant le processus de révision de la Constitution, échelonné entre 1968 et 1971, les provinces et le gouvernement fédéral sont tombés d'accord pour dire que la Cour suprême devrait avoir un tel statut constitutionnel et la Charte de Victoria contenait des dispositions à cet effet. Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada a lui aussi recommandé en 1972 que soit conféré à la Cour un statut constitutionnel.

Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle prévoit que, pour l'instant, au lieu d'être énoncées dans la *Loi sur la Cour suprême*, les dispositions

concernant la Cour suprême seraient déclarées partie intégrante de la Constitution par le Parlement. Par la suite, lorsque les provinces auraient souscrit à une formule d'amendement, les dispositions concernant la Cour suprême seraient intégrées dans la Constitution de façon à ce qu'elles ne puissent être unilatéralement modifiées par le Parlement. C'est aux procédures d'amendement constitutionnel prévoyant la participation des provinces qu'il faudrait recourir, soit celles qui existent, soit une nouvelle formule au sujet de laquelle l'accord n'est pas encore fait.

Mode de nomination

Le mode de nomination des juges de la Cour suprême est une question qui est débattue sérieusement depuis longtemps. Selon certains, les membres de la Cour suprême, juges ultimes des conflits d'ordre constitutionnel, ne devraient pas être nommés par le gouvernement fédéral seul. Il est clair que le mode de nomination actuel ne nuit en rien à l'indépendance des juges. Néanmoins, il est généralement reconnu que les provinces pourraient être amenées à jouer un certain rôle dans le processus de nomination. Dans sa publication «La Constitution canadienne et le citoyen», le gouvernement déclarait en 1969 qu'à son avis, il serait préférable que les provinces participent dans une certaine mesure au processus. À l'époque, il proposait que la nomination de candidats éventuels soit soumise à l'approbation d'un Sénat restructuré, formé entre autres de personnes nommées par les gouvernements provinciaux.

Le gouvernement fédéral et toutes les provinces se sont entendus en principe en 1971, dans la Charte de Victoria, sur un mécanisme de consultation qui prévoyait qu'en général, les nominations ne se feraient pas sans l'accord du procureur général de la province d'origine du juge. En 1972, le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes donnait en principe son appui à cette notion.

Divers mécanismes de nomination

Divers mécanismes ont été proposés pour la nomination des juges de la Cour suprême; les plus importants sont étudiés brièvement ci-dessous.

1. Nomination faite par le gouvernement fédéral, avec l'approbation d'une seconde Chambre

Comme il est dit plus haut, une façon de prévoir la participation des provinces au processus serait d'exiger la ratification des nominations par une Chambre haute, soit à la majorité simple, soit dans une proportion spéciale des voix, par exemple aux deux tiers. Les constitutions des États-Unis, de l'Argentine, du Brésil et du Mexique en donnent des exemples.

L'attrait de cette option est fonction des modifications apportées à la composition du Sénat ou de son successeur. Si cette Chambre reflète clairement les intérêts des régions, comme il est escompté si elle est restructurée de la manière prévue au projet de loi sur la réforme constitutionnelle, tous ces intérêts régionaux se feraient mieux entendre lors de la nomination de chacun des juges de la Cour suprême. Cette méthode reconnaîtrait les intérêts d'autres parties du pays dans la nomination d'un juge d'une province donnée.

Naturellement, il est reconnu que, par sa nature même, un corps législatif doit procéder à des enquêtes et à des débats publics avant de ratifier des nominations (comme le fait le Sénat américain). D'aucuns soutiennent que la publicité qui accompagne ce procédé n'est pas conforme à notre tradition qui veut qu'une des caractéristiques fondamentales de notre magistrature soit d'échapper aux débats et aux controverses publics. Il est dit aussi qu'une telle publicité peut détruire le crédit d'un candidat devant l'opinion. Il s'ensuit que, même si la nomination est en fin de compte approuvée, la réputation d'un juge pourrait être compromise par une publicité irréfléchie, si bien que sa nomination pourrait ne plus être souhaitable. Toutefois, un argument contraire et plus convaincant veut que le dossier des candidats soit l'objet d'un examen public, puisqu'un poste aussi important que celui de juge de la Cour suprême ne devrait être occupé que par une personne dont l'intégrité a été éprouvée. Selon ce point de vue, il est préférable d'exposer au public le «talon d'Achille» (s'il en est un) de tout candidat avant la nomination plutôt qu'après. Il est souhaitable aussi

de donner à celui-ci la possibilité de répondre publiquement aux accusations qui sèment le doute sur son aptitude à occuper le poste de juge de la Cour suprême, possibilité qu'il n'a pas actuellement.

2. *Comités*

On a laissé entendre que des comités, de composition différente, seraient l'instrument approprié de nomination des juges de la Cour suprême. De tels comités pourraient être composés de membres de la profession juridique et de la magistrature, de représentants des gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que de représentants du public (L'appendice énumère quelques suggestions déjà faites au sujet de la composition de tels comités.) Ces comités pourraient désigner un nombre fixé d'avance de candidats parmi lesquels le gouvernement fédéral ferait son choix. Ou encore, ils pourraient désigner des candidats aux procureurs généraux du Canada et de la province concernée qui devraient s'entendre sur le choix de l'un d'eux. À défaut d'unanimité, un comité semblable à celui qui est proposé dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle pourrait faire le choix.

Le comité pourrait être «national» et choisir les candidats pour toutes les nominations. Il pourrait être régional, c'est-à-dire constitué à l'échelle d'une région ou d'une province, et choisir le candidat de cette région ou de cette province.

L'un des avantages d'un tel comité consisterait à sortir complètement la question de la nomination des juges de l'arène politique, de sorte que ni le gouvernement fédéral ni les provinces ne pourraient être accusés de choisir des juges prédisposés à leurs points de vue. La Cour ne deviendrait pas un tribunal qui négocierait les intérêts des divers gouvernements, comme ce serait peut-être le cas si les provinces nommaient directement les juges (cette question est reprise plus en détail dans l'exposé de l'option suivante).

Toutefois, un tel mode de nomination serait contraire à notre système traditionnel de responsabilité

politique en matière de nomination de juges: le comité ne serait comptable à personne, ni aux électeurs directement ni à leurs représentants élus. Les gouvernements resteraient néanmoins comptables au public de la qualité de l'administration de la justice.

3. *Nomination directe par les provinces*

On a proposé de temps à autre la nomination directe faite exclusivement par les provinces. On a examiné à l'occasion des variantes de cette proposition, soit que le gouvernement fédéral nomme la moitié des membres de la Cour et les gouvernements provinciaux, le reste, soit que le gouvernement fédéral fasse la nomination, à partir cependant d'un groupe de candidats choisis par les gouvernements provinciaux.

Procéder de la sorte minerait probablement l'autorité de la Cour à titre d'organe judiciaire de même que l'impartialité des juges et équivaldrait à reconnaître et accepter implicitement que les juges traduisent, et devraient peut-être traduire, les intérêts du gouvernement qui les nomme. Pareil changement transformerait vraisemblablement la Cour en un organisme où se négocieraient ces intérêts. Les juges seraient alors considérés comme nommés pour représenter les provinces et les régions ou le gouvernement central (si certaines nominations étaient faites uniquement par ce gouvernement) de la même façon que les membres des tribunaux d'arbitrage représentent ceux qui les nomment (par ex., les conseils des relations du travail, les commissions internationales d'arbitrage). Ils se sentiraient peut-être même obligés de le faire.

La variante la moins séduisante des méthodes de nomination directe par les provinces est la nomination par ces dernières de la moitié des membres de la Cour et, par le gouvernement fédéral, de l'autre moitié. Ce serait la formule qui aurait le plus tendance à transformer la Cour d'organe judiciaire en un organisme de négociations chargé de départager les intérêts fédéraux et provinciaux.

4. *Nomination fédérale avec le consentement des provinces*

Le consentement de toutes les provinces ou de certaines d'entre elles à la nomination d'un juge, par le gouvernement fédéral, à la Cour suprême est une autre méthode à considérer.

Comme il a déjà été dit, les gouvernements fédéral et provinciaux se sont entendus à Victoria pour dire que le recours au consentement du procureur général de la province dont un candidat est originaire et à celui du procureur général fédéral constituerait une méthode appropriée de nomination. Dans son rapport de 1972, le Comité parlementaire mixte approuva d'ailleurs cette méthode, en principe.

La nomination des juges devient ainsi une entreprise de collaboration, les gouvernements provinciaux pouvant exercer un certain droit de regard qui n'est toutefois pas décisive, sur la nomination des juges de la Cour suprême. Le gouvernement fédéral est tenu d'obtenir le consentement de la province; la coopération entre les deux ordres de gouvernement est nécessaire et il existe un équilibre des pouvoirs respectifs. La Cour ne devient pas un organe de négociation puisqu'une méthode unifiée de nomination est conservée.

Cette option expose toutefois à des abus en cas d'obstruction et à des retards inacceptables si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Par conséquent, il faut prévoir des dispositions pour régler les impasses.

Celle à laquelle on a souscrit dans la Charte de Victoria prévoyait, en cas de désaccord au sujet d'une nomination proposée, que le procureur général du Canada aurait le droit de convoquer un comité pour faire le choix. Le procureur général de la province aurait le droit de choisir l'un ou l'autre type de comités qu'il conviendrait de convoquer: un comité formé du procureur général du Canada et des dix procureurs généraux des provinces ou de personnes nommées par eux (onze membres) ou un comité formé des deux procureurs généraux (fédéral

et provincial) ou de personnes nommées par eux de même que d'un président choisi d'un commun accord (trois membres). Dans le second cas, si les deux procureurs généraux ne s'entendent pas au sujet d'un président, le juge en chef de la province le choisit à leur place. Au moins trois noms au nombre de ceux déjà soumis au procureur général provincial par son homologue fédéral seraient soumis par le dernier à ce comité aux fins du choix final. Le premier type de comité aurait l'avantage d'assurer à chaque nomination un apport régional à la grandeur du pays, mais le procédé serait plus lourd. Dans l'ensemble, le contraire peut s'appliquer au second type de comité.

Le choix d'un mode de nomination

Après avoir considéré les diverses solutions mentionnées ci-dessus, le gouvernement a choisi d'insérer dans son projet de loi sur la réforme constitutionnelle, le mode de nomination auquel ont souscrit les gouvernements fédéral et provinciaux dans la Charte de Victoria (modifié par l'ajout de l'exigence relative à la ratification par la Chambre de la Fédération). La formule de Victoria a été retenue parce que, comme il est mentionné plus haut, elle renferme un système unifié de nomination tout en permettant le partage de l'autorité. Aussi, le fait qu'en principe tous les gouvernements y ont souscrit après l'avoir débattue longuement pèse lourd dans la balance.

La formule de Victoria comporte cependant une difficulté en ce sens qu'elle permet au procureur général fédéral et à son homologue dans une province donnée de tomber d'accord au sujet d'une nomination à la Cour suprême d'un candidat inacceptable au reste du pays. Le gouvernement a reconnu que toutes les régions du pays ont un intérêt dans chaque nomination à la Cour suprême lorsqu'il a proposé en 1969 la ratification par le Sénat de toutes les nominations. Lorsque la proposition de réforme du Sénat a été rejetée au cours du processus de révision constitutionnelle, entre 1969 et 1971, l'idée de la ratification a dû être écartée aussi. Toutefois, avec l'adoption des propositions en vue de la création d'une nouvelle Chambre de la

Fédération dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle, il a été possible de réinsérer cette exigence qui reconnaît le fait que toutes les régions du pays ont un intérêt dans toutes les nominations faites à la Cour suprême.

Il ne faut pas croire qu'une procédure de ratification par la Chambre de la Fédération réduira de quelque façon la qualité des juges nommés. Rien ne permet de supposer qu'un candidat bien qualifié, dont la nomination a déjà été approuvée par les procureurs généraux ou un comité, jugera nécessaire de faire «campagne», ou y trouvera avantage, pour obtenir l'approbation de la Chambre. Il ne faut pas non plus croire, comme certains critiques semblent le faire, que le procédé donnera l'avantage à des candidats moins qualifiés. À vrai dire, les candidats bien qualifiés accepteront sûrement d'emblée que leur nomination soit ratifiée ouvertement. Ils y verront un remède contre les insinuations qui accompagnent parfois un mode de nomination plus fermé. La procédure de ratification des nominations à la Cour suprême des États-Unis n'a diminué en rien la qualité des juges dans ce pays.

Le mécanisme de nomination décrit dans le projet de loi peut paraître lourd et long, mais il n'en est rien. Essentiellement, il prévoit (1) un accord entre le procureur général fédéral et son homologue de la province concernée sur le candidat proposé et (2) la ratification de ce choix par la Chambre de la Fédération. Il est peu probable que le recours au mécanisme de solution des Impasses par un comité soit fréquent; il est à prévoir que les procureurs généraux s'accorderont ordinairement sur le choix d'un candidat convenable. En vérité, les délais stricts insérés dans le projet de loi réduisent considérablement la durée entière du processus de nomination comparativement à celui dont on avait convenu à Victoria. En effet, la Charte de Victoria prévoyait un délai maximum de dix mois. Les propositions actuelles prévoient que les délais impartis pour le déroulement du processus tout entier, y compris la ratification par la Chambre de la Fédération, ne dépasseront pas normalement deux ou trois mois.

Le Comité parlementaire mixte disait dans son rapport de 1972 que malgré l'appui qu'il donnait aux propositions de la Charte de Victoria, il était d'avis que, dans l'éventualité d'un désaccord entre le procureur général fédéral et un homologue provincial, ces derniers devraient avoir la possibilité de proposer des noms au comité. La proposition du Comité mixte a été étudiée, mais non adoptée, parce qu'elle aurait substantiellement modifié les aspects essentiels du mécanisme de nomination de même que l'équilibre des pouvoirs des deux procureurs généraux. Elle aurait vraisemblablement transformé une procédure raisonnablement expéditive en une procédure compliquée et lourde. Il serait à prévoir que le procureur général provincial pourrait, dans la plupart des cas, refuser de tomber d'accord avec son homologue fédéral sur tel candidat proposé de manière à forcer le recours au comité, d'autant plus que le procureur général provincial aurait le droit, en cas de désaccord, de choisir le type de comité à convoquer. Par contre, en vertu du régime préconisé dans le projet de loi et dont il a été convenu à Victoria, il est à prévoir que les recours à un comité seraient peu fréquents. L'accord entre les deux procureurs généraux interviendrait promptement, le procureur provincial ayant la possibilité de proposer des candidats à ce moment. Le changement proposé par le Comité mixte en 1972 modifierait probablement le mode de nomination: d'un accord entre les procureurs généraux, il deviendrait au fond un choix laissé essentiellement à un comité.

COMPOSITION DE LA COUR: PARTICIPATION À L'ÉCHELON RÉGIONAL ET NOMBRE DE JUGES

Selon la tradition, trois des neuf juges de la Cour suprême viennent de l'Ontario, un de la région de l'Atlantique et deux de l'Ouest. En outre, aux termes de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, trois juges sont *obligatoirement* choisis parmi les membres de la magistrature ou du Barreau de la province de Québec.

Ce système de nomination est axé tant sur la géographie que sur la loi. Même si les juges sont

nommés selon les diverses régions, ils ne le sont pas pour «représenter» les provinces ou régions: ils sont plutôt choisis parce qu'ils peuvent faire profiter la Cour de leur connaissance des conditions sociales et économiques de leur région d'origine. Cette condition voulant que trois juges soient choisis parmi des membres de la magistrature ou du Barreau du Québec a pour objet d'assurer à la Cour une proportion suffisante de civilistes; ces juges ne sont pas nommés pour «représenter» officiellement la province de Québec pas plus que les autres ne le sont pour représenter officiellement leur province.

Ici se pose la question de savoir si la Constitution devrait reconnaître formellement la pratique informelle actuelle des nominations par région géographique et la question connexe du nombre de juges nommés à la Cour.

Au cours des dernières années, la Colombie-Britannique a protesté contre le fait qu'en raison de la coutume (informelle) de nommer deux juges de l'Ouest, la Cour suprême ne compte depuis 1962 aucun juge provenant de la Colombie-Britannique, et qu'il est peu probable (sauf circonstances imprévisibles) qu'une vacance intéressant l'Ouest survienne avant quelque temps encore. En conséquence, il peut être soutenu que la représentation actuelle au sein de la Cour ne reflète pas suffisamment l'importance de l'Ouest ou certaines de ses régions.

Il semble donc suffisamment justifié d'augmenter le nombre de juges de la Cour de façon à assurer une meilleure participation régionale. Ainsi, il est proposé de faire passer ce nombre de neuf à onze. Ce faisant, il devient nécessaire toutefois d'augmenter de trois à quatre le nombre de juges provenant du Québec de façon à conserver une présence suffisante de civilistes au sein de la Cour. L'augmentation du nombre de juges comporte un autre avantage du fait qu'elle permet une plus grande flexibilité administrative puisqu'un nombre accru de juges pourraient se partager la charge de travail.

La Charte de Victoria n'exigeait pas expressément que les juges soient nommés, sauf pour le Québec,

selon des régions ou provinces distinctes. Elle stipulait par contre que devaient être insérées dans la Constitution des dispositions relatives à la nomination obligatoire de trois juges du Québec. La Charte prévoyait aussi la continuation du système informel actuel, puisque le mécanisme de nomination qu'elle proposait exigeait l'accord entre le ministre fédéral de la Justice et le procureur général de la province «concernée».

L'insertion dans la Constitution d'une stipulation expresse prévoyant que les juges seraient choisis dans des régions données, de même qu'au Québec, confirmerait en quelque sorte le caractère régional du pays. De plus, une telle disposition ne ferait que transformer une pratique courante en une obligation prescrite par la loi. Comme telle, elle est l'écho de la philosophie adoptée ailleurs dans le projet de loi, celle d'énoncer le plus possible par écrit nos conventions constitutionnelles qui ne le sont pas. De cette façon, il est à espérer que notre constitution écrite sera un reflet assez fidèle des véritables institutions de notre pays.

Toutefois, un inconvénient à la répartition expresse de tous les juges par région réside dans le fait que les déplacements de population ou autres facteurs dans un avenir éloigné pourraient rendre anachronique la répartition régionale qui, protégée constitutionnellement, serait difficile à modifier. Un compromis a donc été adopté: l'exigence voulant qu'«au moins» un juge vienne de chacune des quatre régions sous le régime de la Common law. La Constitution est ainsi moins rigide que si la provenance de tous les juges était spécifiquement arrêtée et elle reconnaît en même temps que la Cour doit compter en tout temps des membres de toutes les régions du Canada.

Exiger la nomination d'«au moins» un juge de l'Ontario ne signifie pas une intention de modifier la pratique courante qui consiste à nommer trois juges de cette province, pas plus qu'exiger la nomination d'«au moins» un juge des provinces des prairies ne signifie qu'on nommera seulement un juge de cette région. La Loi sur la Cour suprême assure actuellement au Québec trois juges, tandis que les autres

provinces n'ont l'assurance d'aucun juge. La proposition ne fait que reconnaître formellement certaines pratiques courantes touchant les régions du pays autres que le Québec, tandis qu'elle laisse leur caractère informel aux autres pratiques.

Les exigences restreintes du projet de loi concernant le caractère régional des nominations n'entraveront pas pour autant les nominations des personnes les mieux qualifiées pour occuper le poste. Elles ne diffèrent en rien de la pratique actuelle, sauf pour la possibilité de nominations additionnelles en Colombie-Britannique et au Québec. Elles sont dénuées de rigidité puisque, «autant que possible», elles font en sorte qu'au moins un juge provienne des régions désignées.

Comme par le passé, les juges seront choisis dans les régions respectives de façon à faire bénéficier la Cour de leurs connaissances des conditions sociales et économiques propres à leur région d'origine, mais ils ne seront pas nommés comme représentants ou porte-parole de ces régions. Autrement, c'est un fait reconnu, cela minerait l'impartialité de la Cour.

Jurisdiction

Toute discussion portant sur la réforme de la Cour suprême soulève deux questions au sujet de la juridiction de cette cour: 1—celle de savoir si la Cour suprême doit être transformée en un tribunal constitutionnel et 2—celle de savoir si elle doit continuer à entendre les appels relevant a) du droit civil du Québec et, en fait, b) des lois provinciales en général.

Pourquoi pas une cour constitutionnelle?

L'établissement d'une cour constitutionnelle (ou la création d'une division ou d'un comité constitutionnel spécial) a souvent été proposé. Au cours de la Conférence fédérale-provinciale de 1950, on a fait valoir que les questions d'ordre constitutionnel ou intergouvernemental devraient être tranchées par un tel tribunal. À la conférence fédérale-provinciale de 1960, l'établissement d'une cour constitutionnelle a une fois de plus été débattu. Dans le cadre du

processus de révision constitutionnelle, en 1968, le Québec a proposé la création d'une cour purement constitutionnelle: un tribunal qui ne serait saisi que des questions portant sur l'interprétation de la Constitution ou des questions s'y rattachant directement (par exemple, le partage des pouvoirs, les droits fondamentaux, etc.).

La plupart des propositions en vue d'instituer une cour constitutionnelle s'inspirent du modèle de l'Allemagne de l'Ouest, qui est la seule fédération importante à posséder un tribunal semblable, mis à part quelques États unitaires européens. (La Yougoslavie et l'Autriche sont d'autres fédérations qui possèdent un pareil tribunal; l'Italie, la France, la Turquie et Chypre sont des États unitaires qui possèdent une cour constitutionnelle). En Europe, deux facteurs ont, semble-t-il, donné naissance aux cours constitutionnelles: le fonctionnement peu satisfaisant du système judiciaire en matière constitutionnelle dans un régime juridique ignorant la règle du *stare decisis* (règle suivant laquelle les décisions des tribunaux deviennent des précédents qui lient les décisions ultérieures), et l'opinion suivant laquelle les décisions en ce domaine appartiennent davantage au législatif qu'au judiciaire et ne devraient pas relever des tribunaux ordinaires.

Le tribunal constitutionnel de l'Allemagne de l'Ouest se compose de seize juges dont huit sont élus par la Chambre haute de la fédération (Bundesrat) et les autres par la Chambre basse (Bundestag). La Chambre haute se compose elle-même des représentants des États membres de la fédération (Länder). Par ailleurs, la compétence de ce tribunal s'étend aux questions politiques et constitutionnelles: actions comportant la poursuite du président ou d'un juge en cas de violation de la Constitution ou d'autres lois fédérales; actions supprimant les partis politiques anticonstitutionnels ou privant certaines personnes de leurs droits fondamentaux en cas d'abus; les conflits entre la fédération et ses membres; les conflits entre les États membres; les conflits entre les partis politiques ou les députés; les conflits en matière électorale; les conflits entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; les problè-

mes touchant la constitutionnalité des lois (problèmes qui lui sont soumis par un tribunal inférieur, le gouvernement fédéral ou provincial, ou encore par le tiers des membres de la Chambre basse fédérale); et les problèmes touchant les droits fondamentaux de la personne (soumis par des particuliers). Ces deux derniers types de questions occupent la majeure partie du temps de ce tribunal constitutionnel.

L'expression «cour constitutionnelle» est ordinairement employée au Canada pour désigner un tribunal dont les membres ont été *nommés par les provinces* (ou dont un pourcentage des membres a été nommé par les provinces et un pourcentage par le gouvernement fédéral) et sont spécialistes en droit constitutionnel et autres questions connexes. Un modèle parfois suggéré consisterait en un tribunal composé de 15 membres, dont un tiers seraient nommés par le Québec, un autre tiers par les autres provinces et le dernier tiers par le fédéral.

Comme il est dit ci-dessus, il y a de très bonnes raisons pour rejeter l'idée d'un tribunal ainsi composé de candidats de divers gouvernements, car il y aurait une tendance marquée à nommer les membres de ce genre d'organe pour représenter les divers gouvernements et une tendance de la part de ces membres même à se considérer comme «représentants» de ces gouvernements, tendance qui s'accentuerait si la compétence d'un tel tribunal était limitée aux questions constitutionnelles. Il ne fonctionnerait vraisemblablement pas à titre de tribunal indépendant qui interprète la Constitution, mais plutôt comme un organe ou tribunal qui négocie les intérêts des divers gouvernements.

À remarquer que les juges du tribunal ouest-allemand ne sont pas nommés directement par les États membres, mais bien par une assemblée de représentants de ces États. En fait, la proposition du projet de loi sur la réforme constitutionnelle suivant laquelle le procureur général fédéral et celui de la province intéressée doivent s'entendre sur toute nomination semblerait donner au gouvernement des diverses provinces de plus grandes possibilités d'in-

fluencer directement ces nominations que ne le fait le modèle ouest-allemand.

L'examen du fonctionnement pratique d'une cour constitutionnelle justifie davantage son rejet. Un tribunal constitutionnel pourrait avoir compétence pour connaître des causes constitutionnelles et affaires connexes une fois que celles-ci auraient été portées devant la plus haute cour d'appel provinciale habilitée à les juger, ou un tel tribunal pourrait être investi d'une compétence plus vaste de sorte que tout tribunal inférieur pourrait le saisir d'une question constitutionnelle portée devant lui, avant même que le tribunal inférieur n'ait tranché la cause dans son ensemble. Suivant l'expérience actuelle de la Cour suprême, un tribunal constitutionnel investi du premier type de compétence décrit plus haut entendrait environ 5 ou 6 causes par année (juridiction plutôt mince). Par contre, la deuxième formule énoncée serait en règle générale inapplicable.

En effet, la deuxième formule semble inapplicable puisque notre système judiciaire exige que les jugements soient rattachés à tous les facteurs qui entrent en jeu dans chaque cause, notamment les faits et les autres questions de droit. L'expérience démontre que des interprétations plus pratiques de la Constitution sont possibles dans le contexte d'une application pratique et immédiate d'un principe à une situation réelle de fait. Le renvoi, à un tribunal spécialisé, des questions constitutionnelles portées devant un tribunal inférieur créerait une division artificielle qui pourrait nuire à une saine évolution du droit ou de la Constitution. En outre, cette formule pourrait entraîner des retards considérables dans l'administration de la justice, l'audition de la cause dans son ensemble par le tribunal de première instance devant être interrompue en attendant que le tribunal constitutionnel rende son jugement sur l'aspect constitutionnel de celle-ci. Il résulte de la formule actuelle selon laquelle tous les tribunaux rendent un jugement sur toutes les questions de droit, y compris celles d'ordre constitutionnel, que seules les questions constitutionnelles les plus litigieuses sont portées en appel devant la Cour suprême qui

les tranche dans le contexte de la situation de fait et de la cause dans son ensemble.

Comme il est dit ci-dessus, un tribunal constitutionnel s'entend ordinairement d'un tribunal formé seulement par les membres actuels de la Cour (ou d'autres nommés spécialement à cette fin) qui possèdent des *connaissances spéciales* du droit constitutionnel et qui tranchent les causes constitutionnelles. Toutefois, il faut se demander si les décisions rendues à l'égard de questions constitutionnelles sont «meilleures» lorsqu'elles le sont uniquement par des spécialistes en droit constitutionnel. Longtemps, on a cru plus avantageux que les questions constitutionnelles soient tranchées par des juges ayant une vaste expérience judiciaire. Ces éminents juristes qui sont membres de la Cour suprême sont choisis pour l'ensemble de leurs connaissances juridiques; le fait que bon nombre n'aient peut-être pas été des experts en droit constitutionnel avant leur nomination ne les a pas désavantagés. Notre système n'est pas caractérisé par la spécialisation; nous n'exigeons pas que les seuls experts en droit criminel tranchent les causes criminelles ni que les seuls experts en droit commercial tranchent les questions de droit commercial. La décision des diverses questions juridiques demande des techniques et des aptitudes semblables et en fait, les juges ayant une expérience et des antécédents diversifiés sont, estime-t-on, plus aptes à rendre de sains jugements en matière constitutionnelle.

Bien qu'il ne soit pas impossible d'instaurer un tribunal dont la compétence serait limitée aux appels en matière constitutionnelle, cette possibilité n'est pas attrayante de prime abord.

Appels de droit civil

Le traitement des appels en matière de droit civil québécois soulève une autre question de compétence qui doit être débattue dans le contexte de la réforme constitutionnelle. Le droit civil du Québec (régissant les rapports entre les personnes) tire ses racines de l'ancien droit français qui à son tour puisait dans le droit romain. Les lois correspondantes dans les autres provinces découlent pour leur

part du régime anglais de la Common law. Le génie du droit civil diffère de celui de la Common law. C'est pour cette raison qu'il a souvent été proposé que les causes de droit civil du Québec soient soustraites à la compétence de la Cour suprême ou tranchées par un comité ou division spécial de la Cour qui serait formé exclusivement de juges civilistes.

Les critiques exprimées à l'égard du régime actuel se résument ainsi: la participation, parfois majoritaire, de juges spécialisés en Common law aux jugements rendus dans les affaires de droit civil a donné lieu à l'infiltration de doctrines et d'attitudes propres à la Common law dans l'interprétation et l'application du droit civil par la Cour suprême et, en conséquence, à l'«érosion» du droit civil. Plus précisément, on reproche aux juges de Common law d'avoir abordé l'interprétation du Code civil comme s'il s'agissait d'une loi ordinaire, et l'on fait en outre mention de l'inopportunité, en droit civil, d'appliquer la règle du *stare decisis*, suivant laquelle les décisions des tribunaux deviennent des précédents qui lient les décisions ultérieures.

Il est très difficile d'évaluer l'étendue de cette supposée «érosion» du droit civil. Bien que ces effets semblent rares, les craintes et les critiques exprimées sont certainement réelles.

La Charte de Victoria a traité de ce problème et prévu que les causes portées devant la Cour, ne comportant qu'un *point de droit civil et aucun autre point de droit*, devraient être entendues par une division de cinq juges dont au moins trois seraient les juges civilistes de la Cour, faute de quoi la Cour serait autorisée à nommer le nombre de juges *ad hoc* nécessaire parmi les juges civilistes (ayant une formation en droit civil québécois) qui œuvrent au sein de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel du Québec. Les critiques exprimées au sujet de cette proposition, formulée en 1971, indiquent clairement que le recours à une telle procédure serait peu fréquent puisque rares sont les causes portées devant la Cour qui ne comportent que des points de droit civil. C'est ainsi que la procédure

dont fait état la Charte de Victoria a été modifiée dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle, pour tenir compte de cet aspect de la question.

La procédure énoncée dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle reconnaît plutôt que la plupart des causes renferment des points mixtes et qu'une division entière de juges doit entendre la cause dans son ensemble. Cependant, les juges civilistes ont compétence exclusive de décider des points de droit civil québécois que comporte une cause. Évidemment les quelques causes comportant uniquement des points de droit civil seront, en pratique, entendues uniquement par les juges civilistes qui seuls peuvent les trancher.

Il est vrai que la proposition contenue dans le projet de loi comporte certaines difficultés. Par exemple, il ne sera pas toujours facile de déterminer ce qu'est «une question de droit relative au droit civil de la province de Québec». C'est là une question que la Cour suprême elle-même doit déterminer. Cependant, il ne doit pas être plus difficile de faire une distinction de ce genre que d'en faire dans d'autres domaines du droit, tâche que la Cour est continuellement appelée à accomplir.

D'aucuns ont signalé que, lorsque les onze juges de la Cour siègeront, dont quatre civilistes, il y aura possibilité d'une décision partagée sur les questions de droit civil. Dans une telle éventualité, la Cour d'appel du Québec serait appelée à trancher. Certains ont aussi fait remarquer qu'à l'occasion la Cour d'appel du Québec siège à plus de trois membres de sorte qu'il serait possible qu'une décision rendue par cinq membres de cette Cour soit annulée par trois membres de la Cour suprême.

Ces conséquences découlent incontestablement des dispositions énoncées dans le projet de loi, mais la seule autre solution consisterait à faire siéger, comme maintenant, un plus grand nombre de juges pour entendre les causes de droit civil, dont certains n'auraient pas de formation dans ce domaine. À tout prendre, il semble que les inconvénients ne l'emportent pas sur les avantages.

Pour que le système soit équitable, aux dires de certains, les juges civilistes ne devraient pas être autorisés à trancher les questions de Common law: ce qui vaut pour un système vaut pour l'autre. C'est peut-être vrai, mais n'oublions pas qu'une décision rendue par les juges de Common law ne peut jamais être dominée comme peuvent l'être celles des juges civilistes. Ces derniers sont toujours en minorité à la Cour. Ajoutons que les civilistes ont des connaissances considérables des pratiques et techniques de la Common law puisque la plupart des lois fédérales (lois du Parlement), de même que certaines lois du Québec, ont leurs racines dans ce système. C'est ainsi que les juges civilistes ont des connaissances, même un savoir poussé, dans les domaines de la Common law, tandis que leurs collègues de Common law n'ont pas nécessairement des connaissances comparables du droit civil.

La proposition que renfermait la Charte de Victoria prévoyait qu'une division de cinq juges, dont au moins trois civilistes, entendrait les causes comportant uniquement des points de droit civil. Elle prévoyait la nomination de juges *ad hoc* si trois juges civilistes ne pouvaient siéger. Le Comité parlementaire mixte, dans son rapport de 1972, n'était pas en faveur de coopter, au besoin, des juges des tribunaux inférieurs. Il proposait plutôt que chaque province ait le droit de soustraire à la juridiction de la Cour suprême les appels qui soulèvent exclusivement des questions de *droit provincial* (droit qui se rapporte à toutes les matières relevant de la juridiction des provinces aux termes de l'article 92 de l'AANB) et que soit dévolu à son propre tribunal de dernière instance le droit de décision finale. Notons que le Comité recommandait non seulement que les questions de droit civil du Québec (découlant du droit français et régissant les rapports entre les personnes) soient soustraites à la compétence de la Cour suprême, mais que toutes les questions de droit provincial pourraient aussi y être soustraites par toute province si elle en décidait ainsi.

D'autres soutiennent, pour leur part, que les questions de droit provincial devraient pouvoir être soustraites à la Cour suprême, au choix de la province,

parce qu'il est anormal que cette Cour soit la dernière instance d'appel pour l'interprétation de ce droit. Par principe, ajoutent-ils, le pouvoir judiciaire devrait être divisé de la même façon que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; il serait tout à fait compatible avec la compétence exclusive que détiennent les provinces en ce qui concerne leur régime de droit qu'elles soient capables de déterminer qui interprétera leurs lois, si elles le désirent.

Cela veut donc dire que toutes les provinces devraient pouvoir statuer qu'aucun appel d'une question découlant du droit provincial ne peut être entendu par la Cour suprême du Canada. Les causes pourraient être réglées en entier d'abord dans les cours des provinces et alors, seules les questions étrangères au droit provincial ou d'ordre constitutionnel pourraient être portées en appel devant la Cour suprême à qui il incomberait de décider, à l'égard de chacune, si l'appel comporte réellement des aspects, autres que ceux du droit provincial, qui relèvent de sa compétence.

Soustraire les appels découlant des affaires de droit provincial réduirait énormément la compétence de la Cour suprême. Si toutes les provinces prenaient des dispositions pour restreindre de tels appels, la juridiction de la Cour serait réduite de moitié. Actuellement une cour générale d'appel pour les causes découlant des lois fédérales et provinciales, la Cour suprême coiffe un système judiciaire intégré qui entend les conflits qui découlent des lois tant fédérales que provinciales. Supprimer sa juridiction sur les appels de questions découlant du droit provincial en ferait une cour chargée uniquement des lois fédérales et du droit constitutionnel, comparable à la Cour suprême des États-Unis. Elle quitterait sa position au sommet d'un système judiciaire intégré. Modifier ainsi la juridiction de la Cour semblerait vouloir transformer notre système judiciaire actuel, généralement intégré, en un système dualiste, semblable à celui des États-Unis, où un système aurait généralement compétence en matière de législation provinciale et l'autre en matière de législation fédérale. Au point de vue théorique, un double système de tribunaux se con-

çoit dans un régime fédéral, mais il est généralement reconnu que ce système est souvent plus théorique que réel. De plus, il donne souvent lieu à de multiples complications et retards. En pratique, les problèmes juridiques ne se posent pas en «unités discrètes», c'est-à-dire qu'une affaire comporte rarement uniquement des points touchant les lois fédérales ou les lois provinciales. Ainsi, pour prendre un exemple applicable au Canada, une cause peut très bien comporter des points touchant à la fois la loi sur la faillite (fédérale) et le droit des contrats (provincial), ou encore la loi de l'impôt sur le revenu (fédérale) ainsi que le droit des successions (provincial). Naturellement, ces systèmes peuvent fonctionner, comme en témoigne le système américain, mais même dans ce cas, les causes relevant de juridictions multiples sont nombreuses et l'on critique souvent la complexité du système.

Lorsque le Comité mixte a fait des recommandations en 1972, la permission d'appel à la Cour suprême était de droit sur les réclamations de nature monétaire dépassant un montant donné. Ainsi, la Cour était tenue d'entendre bon nombre d'affaires ne mettant en cause aucune question importante de droit. Depuis, les règles de la Cour suprême concernant les appels ont été modifiées de façon qu'elle n'entend surtout que les appels que la cour d'appel provinciale a autorisés ou qu'elle-même a autorisés parce que la question comporte un aspect juridique d'importance pour le public.

Le gouvernement est d'avis qu'il est bon de retenir notre système intégré actuel de tribunaux ayant à son sommet la Cour suprême habilitée à entendre les causes découlant de lois tant fédérales que provinciales, qui comportent des aspects d'importance pour le public. Il semblait donc préférable de prévoir, au sein de cette Cour, des modalités spéciales à l'égard des questions de droit civil plutôt que de soustraire à sa juridiction toutes les questions découlant du droit provincial. Cette dernière solution devrait toutefois être débattue lors des futures discussions sur ces questions.

Conclusion

Les dispositions du projet de loi sur la réforme constitutionnelle qui traitent de la Cour suprême sont à peu près identiques à celles auxquelles ont souscrit en principe tous les gouvernements fédéral et provinciaux dans la Charte de Victoria en 1971. Les dispositions de la Charte sont dans une certaine mesure différentes parce que le contenu et les objectifs des propositions actuelles de réforme constitutionnelle semblent l'exiger ou parce que de nouvelles études et critiques depuis 1971 indiquent la nécessité d'y apporter des modifications. La ratification nécessaire par la Chambre de la Fédération s'est ajoutée au mécanisme de nominations pour reconnaître le fait que toutes les régions du pays ont un intérêt à toutes les nominations de juges à la Cour suprême, disposition qui a été rendue possible dans le contexte d'une seconde Chambre restructu-

rée. La pratique informelle actuelle de répartition régionale des candidats est expressément insérée dans le projet de loi parce que celui-ci a notamment pour objet de faire en sorte que notre constitution écrite soit un reflet plus fidèle de nos institutions gouvernementales en y articulant nos pratiques courantes. Le nombre des juges passe de neuf à onze pour permettre une meilleure participation régionale. Les procédures dont les gouvernements ont convenu à Victoria pour le traitement des appels de droit civil du Québec ont subi de légères modifications de façon à permettre aux juges civilistes de trancher les questions de droit civil du Québec, non seulement lorsque l'appel ne comporte que des aspects de droit civil, mais aussi lorsqu'il comporte des aspects mixtes. Ainsi, les dispositions du projet de loi touchant la Cour suprême reposent, au fond, sur les bases jetées dans la Charte de Victoria par les gouvernements fédéral et provinciaux.

APPENDICE

Types de comité

- (a) Un comité composé comme suit:
- (i) Un membre du conseil exécutif de la province intéressée, choisi par le lieutenant-gouverneur en conseil;
 - (ii) un juge de la Cour suprême ou de la cour d'appel de la province intéressée, choisi par le lieutenant-gouverneur en conseil;
 - (iii) trois membres du Barreau choisis par le procureur général fédéral.
- (b) Un comité composé comme suit:
- (i) le juge en chef de la plus haute cour supérieure de la province;
 - (ii) le procureur général de la province ou un autre membre du Cabinet provincial choisi par ce Cabinet;
 - (iii) un autre résident de la province nommé par le Cabinet provincial;
 - (iv) deux autres résidents de la province, dont au moins un doit être membre du Barreau provincial, choisis par le procureur général fédéral.
- (c) Un comité composé comme suit:
- (i) le procureur général du Canada ou une personne désignée par lui;
 - (ii) le procureur général de la province intéressée ou une personne désignée par lui;
 - (iii) le juge en chef du Canada ou un autre juge de la Cour suprême suivant l'ordre de l'ancienneté;
 - (iv) le juge en chef de la province intéressée ou un juge de la cour dont il est membre suivant l'ordre de l'ancienneté.
- (d) Un comité national composé comme suit:
- (i) le procureur général du Canada et le procureur général de chacune des dix provinces.



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada