
Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois

Gérald-A. Beaudoin*

Ce texte a pour objet le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. L'auteur explique d'abord en quoi consiste ce contrôle, tout en démontrant, par un bref historique, l'importance du rôle de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la Cour suprême à cet égard. Le texte aborde ensuite les différents moyens de se pourvoir en inconstitutionnalité, soit l'exception d'inconstitutionnalité, l'action déclaratoire en inconstitutionnalité et le renvoi ou la demande d'opinion consultative. L'auteur est d'avis que, comparativement à d'autres États, l'étendue de ce contrôle est considérable. Cela s'explique notamment par le fait que le contrôle exercé par la Cour suprême s'étend non seulement aux lois et aux projets de loi, mais également aux résolutions, arrêts en conseil, décrets et conventions constitutionnelles.

En vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une loi frappée d'inconstitutionnalité devient invalide et sans effet. Toutefois, en matière de *Charte*, il revient au tribunal de déterminer l'étendue de cette incompatibilité, notamment par l'utilisation des critères élaborés dans l'arrêt *Oakes*. Le tribunal dispose également d'une certaine latitude quant au remède à appliquer dans chacune des situations, notamment par l'utilisation de différentes doctrines d'interprétations telles que l'interprétation large, l'interprétation atténuée, la dissociation, la suspension d'invalidité et l'exemption constitutionnelle. Ces doctrines sont brièvement analysées par l'auteur à la lumière des arrêts de principe énoncés par la Cour suprême en cette matière. L'auteur conclut en rappelant l'importance du contrôle de la constitutionnalité des lois pour l'ensemble du processus judiciaire, de même que la place fondamentale qu'occupe la Cour suprême à cet égard dans notre système politique et juridique actuel.

This article deals with the control of the constitutionality of legislation in terms of judicial review. The author begins by explaining the scope of the judiciary's control, while demonstrating, through a brief historical retrospective, the important roles of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Supreme Court in defining this scope. Next, the article examines the different means of obtaining constitutional redress, namely by collateral attack, declaratory action, and by reference or request for an advisory opinion. Compared to other countries, the author suggests that the power of judicial review in Canada is considerable. This is because the control exercised by the Supreme Court deals not only with laws and bills, but extends to parliamentary resolutions, council hearings, and constitutional decrees and conventions.

Article 52 of the *Constitution Act, 1982* is the basis on which a law is struck down for unconstitutionality and is declared invalid and of no effect. The *Charter*, however, is the tool with which the judiciary determines the extent of this incompatibility, namely through the application of the *Oakes* test. The judiciary has a range of remedial options to resolve different situations in terms of applying different doctrines of interpretation including reading-in, reading-down, severance, and constitutional exemptions. These doctrines are analyzed briefly in light of the relevant jurisprudence at the Supreme Court level. Finally, the author reminds us of the importance of judicial review as a part of the overall judicial process, as well as the fundamental role of the Supreme Court in our current political-judicial system.

* Membre du Sénat canadien. Ce texte est une version remaniée de l'allocation du sénateur à la Conférence annuelle de la *Revue de droit de McGill*, le 21 mars 2003.

© Revue de droit de McGill 2003

McGill Law Journal 2003

Mode de référence : (2003) 48 R.D. McGill 325

To be cited as: (2003) 48 McGill L.J. 325

Introduction	327
I. Moyens de se pourvoir en inconstitutionnalité	329
II. L'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois	333
III. Les effets du contrôle de la constitutionnalité des lois	334
A. <i>Le caractère inopérant des dispositions incompatibles avec la Charte</i>	337
B. <i>Les doctrines d'interprétation</i>	337
1. L'interprétation large	337
2. L'interprétation atténuée	338
3. La dissociation	338
4. La suspension d'invalidité	339
5. L'exemption constitutionnelle	340
Conclusion	341

Introduction

L'objet de la conférence d'aujourd'hui est le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Dans un pays comme le nôtre, ce contrôle revêt une importance fondamentale, notamment depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ en 1982.

En premier lieu, j'entends expliquer en quoi consiste le contrôle de la constitutionnalité des lois en examinant particulièrement quels sont les moyens de se pourvoir en inconstitutionnalité. Je discuterai par la suite de l'étendue de ce contrôle, ce qui nous permettra d'en réaliser les effets concrets. Je traiterai enfin brièvement des doctrines d'interprétation élaborées par la Cour suprême du Canada au fil des arrêts qu'elle a rendus.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Canada est bien établi et remonte à plus d'un siècle. Il a été exercé dans des arrêts souvent très célèbres, et dont la portée dure encore aujourd'hui². Notre Cour suprême, tout comme la Cour suprême des États-Unis depuis le très célèbre arrêt *Marbury v. Madison*³, est la gardienne de la Constitution⁴. Ces cours assurent toutes deux le respect du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement dans leur fédération respective, et elles se prononcent sur l'adéquation des lois avec la Charte constitutionnelle des droits enchâssée dans la Constitution de l'un et l'autre État⁵. Dans ces deux pays, les arrêts sur la *Charte* sont d'ailleurs de plus en plus nombreux, mais contrairement à ce qui se passe au sein de la république voisine, notre Cour suprême continue néanmoins de

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [*Charte*].

² Voir, notamment *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 19 D.L.R. (4^e) 1 [*Renvoi Manitoba*]. Cet arrêt fit le tour du Commonwealth. On lira avec intérêt sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois l'ouvrage de Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988.

³ 5 U.S. (1 Cranch) 49, 2 L. Ed. 60 (1803) [*Marbury*].

⁴ Voir *inter alia* l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 11 D.L.R. (4^e) 641 ; *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2 ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 110 D.L.R. (4^e) 470 ; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, 140 D.L.R. (4^e) 193 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 150 D.L.R. (4^e) 577 [*Renvoi relatif à la rémunération des juges*] ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 151 D.L.R. (4^e) 577 ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4^e) 355 [*Renvoi sur la sécession avec renvois aux R.C.S.*] ; *États-Unis d'Amérique c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 195 D.L.R. (4^e) 1.

⁵ Voir Gérald-A. Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 43 [Beaudoin, *Fédéralisme*].

connaître un bon nombre de conflits sur le partage des pouvoirs, et rien ne laisse présager qu'il en sera autrement dans les années à venir⁶.

Le pouvoir judiciaire canadien est fort et indépendant. Si, dans notre système parlementaire, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif s'entrecroisent souvent, et même si l'exécutif domine nettement le législatif lorsque le gouvernement est majoritaire, la situation est toute autre en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, qui lui est bel et bien séparé et indépendant des deux autres⁷.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Canada remonte même au-delà de l'époque où notre pays a épousé la forme fédérative de gouvernement en 1867. Nous avons en effet déjà en vigueur, en 1865, une loi britannique qui exigeait que les lois du Canada soient conformes aux lois britanniques sous peine d'être déclarées nulles et inopérantes⁸. La Cour suprême, quant à elle, n'existe que depuis 1875, et le Comité judiciaire du Conseil privé a longtemps été notre tribunal de dernier recours. Ce n'est qu'en 1949, lorsque les appels à ce tribunal furent abolis, que notre Cour suprême est vraiment devenue *suprême*. Le Comité judiciaire du Conseil privé s'est prononcé à 120 reprises sur le partage des pouvoirs, et notre Cour suprême a rendu, de 1875 à aujourd'hui, un grand nombre d'arrêts sur le même sujet. Mais surtout cette même Cour a également rendu pas moins de 450 arrêts sur la *Charte* depuis son enchâssement dans la Constitution en 1982. Ce pouvoir d'intervention judiciaire provient en grande partie de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹, qui déclare que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada, et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Cet article a un caractère impératif; un tribunal qui arrive à la conclusion qu'une disposition ne respecte pas la Constitution doit la déclarer inopérante¹⁰.

⁶ Voir un article du professeur Peter W. Hogg, «Judicial Review on Federal Grounds: Canada Compared to the United States» dans Gerald-A. Beaudoin, dir., *La Cour suprême du Canada / The Supreme Court of Canada*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 25 à la p. 34.

⁷ Voir Beaudoin, *Fédéralisme*, *supra* note 5.

⁸ *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63, art. 2.

⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

¹⁰ Je suis d'accord avec le professeur Frémont sur cette question quand il écrit (Jacques Frémont, «Les tribunaux et la *Charte* : le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques» (1991) 36 R.D. McGill 1323 aux pp. 1325-26) :

La simple lecture de l'article 52 révèle que la cour ne possède aucune discrétion dans les cas où il y a violation d'une disposition constitutionnelle. L'inconstitutionnalité doit obligatoirement être déclarée et le caractère inopérant découle alors nécessairement de cette non-conformité avec les normes constitutionnelles, selon les termes explicites de l'article 52.

Le caractère impératif et non discrétionnaire d'une telle déclaration s'impose en vertu du principe de la suprématie des normes constitutionnelles ; il serait en effet

Dans ses premiers arrêts sur la *Charte*, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de ce texte constitutionnel¹¹. Elle a su bien établir la base du contrôle de la constitutionnalité et, dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, elle n'a pas manqué de faire un parallèle avec le contrôle de la constitutionnalité des lois aux États-Unis depuis l'arrêt *Marbury*¹². Remarquons en passant qu'en 1803, dans ce dernier arrêt, la Cour suprême des États-Unis *créa de toutes pièces* le contrôle judiciaire des lois, sous l'inspiration du très grand juge en chef John Marshall. Cette «trouvaille» ne devait pas traverser l'Atlantique et inspirer l'Europe continentale avant des décennies, sauf au Royaume-Uni. Ce n'est qu'après le deuxième conflit mondial que les cours constitutionnelles ont connu un grand essor à ce niveau, notamment en Europe.

Mais revenons chez nous. Dans le très célèbre *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹³, la Cour suprême déclarait :

C'est au pouvoir judiciaire qu'il incombe d'assurer que le gouvernement observe la Constitution. [...] [U]ne des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs¹⁴.

Ce court extrait résume bien, à mon avis, l'aspect fondamental du contrôle de la constitutionnalité des lois dans un système démocratique tel que le nôtre. Examinons, en premier lieu, les moyens par lesquels une personne peut se pourvoir en inconstitutionnalité.

I. Moyens de se pourvoir en inconstitutionnalité

Il existe plus d'un moyen de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi. Nous en relevons trois principaux : l'exception d'inconstitutionnalité, l'action déclaratoire en inconstitutionnalité, ainsi que la demande d'opinion consultative.

Le premier moyen, soit l'exception d'inconstitutionnalité, est ouvert à tout citoyen. Par exemple, un individu poursuivi en vertu d'une disposition du *Code*

intolérable que des dispositions législatives qui violent des règles imposées par la Constitution puissent néanmoins conserver leur caractère opérant.

[...]

La finalité de l'article 52 demeure la consécration de la suprématie des règles constitutionnelles sur les normes inférieures, assurant par le fait même, la mise en oeuvre du principe de la primauté du droit. [notes omises]

¹¹ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 9 D.L.R. (4^e) 161 [*Skapinker*]; *Québec (P.G.) c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4^e) 321 [*Québec Protestant School Boards*].

¹² *Sapinker*, *ibid.* aux pp. 365-68.

¹³ *Supra* note 2.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 745.

*criminel*¹⁵ pourra soulever l'inconstitutionnalité de cette disposition en défense, comme l'a fait le docteur Morgentaler dans les années 80¹⁶. Il lui faudra démontrer, pour ce faire, que la mesure ne relève pas de la compétence de la législature qui l'a édictée¹⁷, ou qu'elle enfreint la *Charte*.

L'action déclaratoire en inconstitutionnalité permet quant à elle à un citoyen de soulever directement (et non seulement en défense) l'inconstitutionnalité d'une loi, à certaines conditions. Ce principe fut reconnu dans l'arrêt *Thorson c. Canada (P.G.)*¹⁸ et étendu quelque peu dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*¹⁹. Dans *Canada (Ministre de la Justice) c. Borowski*²⁰, le juge Martland écrit au nom de la majorité : «[I] suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour»²¹.

C'est ce dernier arrêt qui établit le *locus standi* pour l'action déclaratoire en inconstitutionnalité. Il est à noter qu'une compagnie peut aussi soulever l'inconstitutionnalité d'une loi²². Par ailleurs, même lorsque la qualité pour agir de l'une des parties est mise en cause, la cour conserve le pouvoir de trancher le débat. En effet, selon l'avis du juge Sopinka : «Quand la qualité pour agir d'une des parties est contestée, les cours de justice conservent le pouvoir discrétionnaire de trancher les questions de fond qui ont fait l'objet de plaidoiries complètes»²³.

Mentionnons enfin que les règles des tribunaux et certaines règles législatives obligent la partie qui soulève l'inconstitutionnalité à en donner avis aux procureurs

¹⁵ L.R.C. 1985, c. C-46.

¹⁶ Voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385 [*Morgentaler*].

¹⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4^e) 321 [*Big M Drug Mart*] («nul ne peut être déclaré coupable d'infraction à une loi inconstitutionnelle» à la p. 313).

¹⁸ [1975] 1 R.C.S. 138, 43 D.L.R. (3^e) 1. Le juge Laskin écrit à la p. 161 : «À mon avis, la qualité pour agir d'un contribuable fédéral qui cherche à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice [...]».

¹⁹ [1976] 2 R.C.S. 265, (1975) 55 D.L.R. (3^e) 632. La Cour remarque à la p. 271 : «Puisqu'il ne semble pas y avoir pratiquement aucun autre moyen de soumettre la loi contestée à l'examen judiciaire, cela suffit, à mon avis, à appuyer la demande de l'intimé à savoir que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en sa faveur et lui reconnaisse la qualité pour agir.»

²⁰ [1981] 2 R.C.S. 575, 130 D.L.R. (3^e) 588 [*Borowski*].

²¹ *Ibid.* à la p. 598.

²² Voir *Big M Drug Mart*, *supra* note 17.

²³ *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 à la p. 400, 72 D.L.R. (4^e) 1.

généraux concernés²⁴. De plus, la Cour suprême peut permettre, à sa discrétion, l'intervention d'autres parties intéressées au débat²⁵.

Le troisième moyen est le renvoi ou la demande d'opinion consultative. Un gouvernement provincial peut ainsi référer à sa Cour d'appel une question de droit constitutionnel pour avis consultatif. Le gouvernement fédéral peut quant à lui s'adresser directement à la Cour suprême du Canada pour obtenir pareil avis. L'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*²⁶ prévoit en effet que le gouverneur général en conseil peut soumettre à la Cour suprême une question importante de droit ou de fait qui intéresse la Constitution pour audition et examen. La Cour a alors le devoir de l'entendre, de l'étudier et d'y répondre. La Cour transmet ensuite au gouverneur général son opinion certifiée avec raisons à l'appui. Notons que cette question peut aussi porter sur une loi ou un projet de loi.

À ce sujet, l'article 56 de la *Loi sur la Cour suprême* déclare que la Cour suprême, ou deux de ses juges, doit également examiner tout projet de loi privé fourni pour opinion à la Cour, par le Sénat ou la Chambre des communes²⁷. Ce privilège surprend d'ailleurs fort peu, puisque dans l'affaire *Ontario (P.G.) v. Canada (P.G.)*²⁸, le Comité judiciaire du Conseil privé confirma que le Parlement du Canada avait la compétence législative voulue pour légiférer sur la demande d'avis consultatif à la Cour suprême. Enfin, l'article 37 de la *Loi sur la Cour suprême* permet d'en appeler de l'opinion consultative d'une Cour d'appel provinciale consultée par le gouvernement de la province concernée, seulement toutefois si la province a prévu dans l'une de ses loi qu'un tel avis est susceptible d'appel à la Cour suprême²⁹.

Même si théoriquement, l'opinion consultative de la Cour ne lie pas les parties³⁰, on considère généralement qu'elle a la force d'un jugement³¹. Ainsi, dans un litige réel

²⁴ Voir un article de Gil Rémillard, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois au lendemain de la Loi constitutionnelle de 1982» (1982) 42 R. du B. 565. Voir aussi Danielle Pinard, «L'exigence d'avis préalable au procureur général prévu à l'article 95 du Code de procédure civile» (1990) 50 R. du B. 629.

²⁵ Comme par exemple dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 68 D.L.R. (3^e) 452 [*Renvoi anti-inflation*] et le célèbre *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2. Voir aussi l'affaire *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R. (4^e) 634 (où la Cour suprême a permis aux groupes pro-choix et pro-vie de faire valoir leurs arguments en matière d'avortement). Voir, en matière de *Charte*, l'article de Sharon Lavine, «Advocating Values: Public Interest Intervention in Charter Litigation» (1993) 2 R.N.D.C. 27.

²⁶ L.R.C. 1985, c. S-26, art. 55.

²⁷ *Ibid.*, art. 56.

²⁸ [1912] A.C. 571, 3 D.L.R. 509 (P.C.).

²⁹ *Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 26, art. 37.

³⁰ Voir les notes du juge Taschereau dans l'affaire *Re Certain Statutes of the Province of Manitoba Relating to Education* (1894), 22 R.C.S. 577, à la p. 678.

³¹ Voir, sur cette question, Yves-Marie Morissette, *Le renvoi sur la sécession du Québec : bilan provisoire et perspectives*, Montréal, Varia, 2001. À la p. 17 l'auteur rappelle justement qu'il «n'existe

subséquent, la Cour n'aurait d'autre choix que de suivre l'avis donné. Ces renvois ont par ailleurs considérablement fait avancer le droit constitutionnel au Canada, permettant de sauver un temps inestimable pour la résolution de multiples problèmes épineux³².

Il demeure cependant que la Cour, en droit strict, peut refuser de répondre à une ou plusieurs questions, ou peut choisir de n'y répondre qu'en partie³³. Il arrive même qu'elle fasse certaines critiques à l'égard des questions qui lui sont soumises³⁴, et peut également se contenter d'«interpréter» la question³⁵. Par exemple, dans l'arrêt *Borowski*, la Cour a refusé de se prononcer sur les droits du fœtus en l'absence d'une loi sur la question³⁶, l'article 251 du *Code criminel*³⁷ sur l'avortement ayant été entre-

pas de précédent en droit constitutionnel canadien d'un gouvernement refusant de se conformer à un avis consultatif de la Cour suprême».

³² À cet égard, voir notamment *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 25 ; *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2 ; *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 125 D.L.R. (3^e) 1 [*Renvoi sur le rapatriement avec renvois aux R.C.S.*] ; *Renvoi relatif à l'opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 140 D.L.R. (3^e) 385 ; *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 4.

³³ *Ontario (P.G.) v. Hamilton Street Railway*, [1903] A.C. 524, 7 C.C.C. 326 (P.C.). Sur les questions trop abstraites voir *Ontario (P.G.) v. Canada (P.G.)*, [1916] 1 A.C. 598 (P.C.). Dans l'affaire *McEvoy c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1983] 1 R.C.S. 704, 148 D.L.R. (3^e) 25 [*McEvoy* avec renvois aux R.C.S.], la Cour déclare à la p. 714 :

Dans deux cas, soit le *Renvoi relatif au Sénat* et l'affaire de l'énergie hydraulique, la Cour a refusé de répondre à des questions soumises par le gouvernement fédéral; dans un autre cas, l'affaire *des écoles montréalaises*, la Cour a refusé de répondre à une question qu'un gouvernement provincial avait soumise à la Cour d'appel de la province; dans le quatrième exemple, la Cour a refusé de répondre à une question dont elle avait été saisie par la Commission des chemins de fer.

³⁴ Voir par ex. *McEvoy*, *ibid.* aux pp. 714-15 : «Bien que désapprouvant la pratique qui consiste à soumettre à la Cour, sur le fondement d'éléments extrêmement maigres, des questions constitutionnelles aussi importantes que celles soulevées en l'espèce, nous ne rejeterions pas le pourvoi pour ce motif».

³⁵ Dans le *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 32, une majorité de juges écrivent, aux pp. 875-76 :

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par un oui ou un non. Si elle estime qu'une question est trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question [...] ou de nuancer à la fois la question et la réponse [...].

Et la Cour fait remarquer à la p. 768 :

Le pouvoir défini dans chaque cas a une portée suffisamment large pour imposer aux différentes cours de trancher des questions qui ne peuvent pas être justiciables des tribunaux et il ne fait aucun doute que ces cours, et cette Cour dans un pourvoi, ont le pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à de telles questions.

³⁶ *Supra* note 20.

³⁷ *Supra* note 15, art. 251.

temps déclaré incompatible avec la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*³⁸. Mentionnons enfin que selon la tradition, la Cour ne donne pas d'opinion à des particuliers, réservant ce privilège aux gouvernements seulement.

II. L'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois

Dans certains pays, comme en France, le contrôle de la constitutionnalité des lois ne peut s'exercer en principe que sur les projets de loi. Cela implique donc qu'une fois votée, la loi devient inattaquable. Dans notre système judiciaire, au contraire, ce contrôle peut porter sur un projet de loi, une loi, une résolution, un arrêté en conseil, un décret, ou même une convention constitutionnelle ; il est donc *a priori* et *a posteriori*.

D'abord, on a vu que si le gouvernement entretient des doutes sur la constitutionnalité d'un projet de loi, il peut en saisir la Cour suprême (s'il s'agit du gouvernement fédéral) ou la Cour d'appel (dans le cas d'un gouvernement provincial) pour obtenir une opinion. Cette demande se fait par décret. La jurisprudence a également joué un rôle non négligeable au niveau de l'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois. Ainsi, dans le *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution*³⁹, la Cour suprême en est venue à la conclusion qu'elle avait la faculté de se prononcer sur la validité d'une résolution des deux Chambres fédérales. Puis, dans l'affaire des missiles de croisière, la Cour suprême a étendu ce contrôle à la branche exécutive de l'État, également liée par la *Charte*⁴⁰. Sont donc assujettis à la *Charte* les décrets et règlements émanant de l'exécutif, ainsi que l'exercice de sa prérogative royale.

Cependant, les cas les plus fréquents d'inconstitutionnalité portent sur les lois. C'est à la demande d'un particulier, d'une personne morale, d'un procureur général ou d'un gouvernement que la Cour statue sur la constitutionnalité d'une loi. Il n'y a d'ailleurs pas de limite dans le temps pour se prévaloir de ce moyen. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Switzman c. Elbling*⁴¹, une loi québécoise fut annulée après vingt ans d'existence, et que dans l'affaire *Forest c. Manitoba (P.G.)*⁴², jugée en 1979, la Cour suprême du Canada prononça l'invalidité d'une loi manitobaine datant de 1890 qui faisait de l'anglais la seule langue parlementaire, législative et judiciaire au Manitoba. Le temps seul ne peut donc rendre valide une loi qui va à l'encontre de la Constitution.

Le cas le plus célèbre est évidemment le *Renvoi Manitoba*⁴³. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada déclara invalides toutes les lois du Manitoba qui n'avaient

³⁸ *Supra* note 16.

³⁹ *Supra* note 32.

⁴⁰ *Operation Dismantle Inc. c. Canada*, [1985] 1 R.C.S. 441, 18 D.L.R. (4^e) 481.

⁴¹ [1957] R.C.S. 285, 7 D.L.R. (2^e) 337 [Switzman].

⁴² [1979] 2 R.C.S. 1032, 101 D.L.R. (3^e) 385.

⁴³ *Supra* note 2.

pas été adoptées dans les deux langues officielles. Elle ajouta toutefois qu'en vertu de la théorie de la primauté du droit, qui écarte le chaos juridique, ainsi que de la théorie *de facto*⁴⁴, ces lois seraient réputées opérantes pour le temps minimal requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier dans les deux langues. C'est ainsi que le 4 novembre 1985, à la suite d'un accord conclu entre les parties et les différents intervenants, le délai minimal fut fixé par la Cour à trois ans pour les lois non abrogées et non désuètes, et à cinq ans pour les autres lois⁴⁵. Voilà sans doute l'exemple le plus extraordinaire du contrôle de la constitutionnalité des lois au Canada. Bien que ce ne soit pas la première décision du genre au pays (il y avait eu un précédent au niveau de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Joyal c. Air Canada*⁴⁶) l'ampleur du litige manitobain était d'un tout autre ordre de grandeur.

III. Les effets du contrôle de la constitutionnalité des lois

Une mesure législative frappée d'inconstitutionnalité devient invalide ; elle cesse d'avoir effet dès que les délais d'appel sont expirés. En principe, le jugement n'a pas d'effet rétroactif.

L'effectivité des décisions en matière d'inconstitutionnalité est grande⁴⁷. Le législateur, bien qu'il puisse parfois maugréer, doit s'incliner devant les décisions rendues à cet égard. Par exemple, suite à l'arrêt *Blaikie I*⁴⁸, dans lequel la Cour suprême prononça l'inconstitutionnalité des lois québécoises qui n'avaient été adoptées et publiées qu'en français, la législature québécoise, dans la nuit même qui suivit l'arrêt, adopta de nouveau dans les deux langues les lois frappées d'inconstitutionnalité⁴⁹. C'est là une bonne illustration du respect du pouvoir judiciaire. Cette loi québécoise, qui palliait un vice fondamental, fut jugée valide par la suite⁵⁰.

Nous ne relevons aucun cas où le législateur aurait passé outre à un jugement de la Cour suprême. Cependant, il est malheureusement arrivé que le législateur et le gouvernement du Manitoba aient ignoré deux jugements d'une cour inférieure

⁴⁴ Cette théorie permet de sauver des droits et des obligations qui découlent d'actes accomplis en vertu de lois invalides en reconnaissant les attentes des gens qui se sont liés à ceux qui sont responsables de ces actes.

⁴⁵ *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347, 26 D.L.R. (4^e) 767.

⁴⁶ [1976] C.S. 1211, inf. pour d'autres motifs par [1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3^e) 410.

⁴⁷ L'honorable L.-P. Pigeon, Allocution, Conférence au cinquantenaire de la fondation de l'Association Henri Capitant, Paris et à Aix, mai 1985. Voir Louis-Philippe Pigeon, «L'effectivité des décisions de justice en droit public interne [constitutionnel]» (1985) 26 C. de D. 995.

⁴⁸ *Blaikie c. Québec (P.G.)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 101 D.L.R. (3^e) 394 [*Blaikie I*].

⁴⁹ *Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et la justice au Québec*, L.R.Q. 1979, c. J-1.1.

⁵⁰ *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'Amiante*, [1980] C.S. 331 aux pp. 334-35, le juge en chef Deschênes.

déclarant invalide une loi de 1890 qui contrariait l'article 23 de l'*Acte du Manitoba 1870*⁵¹ en édictant que les lois ne pourraient dorénavant être adoptées qu'en anglais et que les procès se dérouleraient en langue anglaise uniquement⁵².

Mentionnons toutefois qu'en vertu de l'article 33 de la *Charte*, le législateur peut écarter légalement l'effet d'un jugement basé sur la *Charte* s'il s'agit d'un cas relié aux articles 2 ou 7 à 15. Le Québec l'a fait en décembre 1988 avec la *Loi 178*⁵³ portant sur l'affichage commercial unilingue français, afin de suspendre l'application de l'alinéa 2b) de la *Charte*. Par contre, en 1993, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la *Loi 86*⁵⁴, qui a eu pour effet d'écarter le recours à l'article 33 de la *Charte* afin de permettre le bilinguisme dans l'affichage commercial selon certaines modalités.

En rendant leurs décisions en matière d'inconstitutionnalité, les tribunaux utilisent diverses expressions pour qualifier la loi sous examen : *ultra vires*, invalide, inopérante⁵⁵. C'est d'ailleurs ce dernier mot qui est employé au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».

Les mots «inopérants» et «invalides» sont-ils interchangeables ? L'ancien juge Pigeon écrivait :

D'après le texte français précité du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au Canada, une loi inconstitutionnelle est déclarée «inopérante» plutôt qu'invalide [le texte anglais dit : «*of no force or effect*»]. En règle générale cela équivaut à une déclaration d'invalidité. Les seuls cas où il peut y avoir une distinction à établir sont ceux où, exceptionnellement, une loi fédérale subséquente peut rendre entièrement ou partiellement inopérante, une loi provinciale valide à l'origine. Mais, dans tous les cas, il s'agit, à l'égard de la loi

⁵¹ (R.-U.), 33 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1970, app. II, n° 8.

⁵² Voir *Bertrand c. Dussault*, (30 janvier 1909) (C.S. Man.), reproduit dans *Re Forest and Court of Appeal (Man.) (Registrar)* (1977), 77 D.L.R. (3^e) 445 aux pp. 458-62 (Man. C.A.), 35 C.C.C. (2^e) 497 ; *Pellant c. Hébert* (9 mars 1892) (C.S. Man.), reproduit dans (1981) 12 R.G.D. 242. Ces deux arrêts sont cités dans *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2.

⁵³ P.L. 178, *Loi modifiant la Charte de la langue française*, 2^e sess., 33^e lég., Québec, 1988 (sanctionné le 22 décembre 1988), L.Q. 1988, c. 54 [*Loi 178*].

⁵⁴ P.L. 86, *Loi modifiant la Charte de la langue française*, 2^e sess., 34^e lég., Québec, 1993 (sanctionné le 18 juin 1993), L.Q. 1993, c. 40 [*Loi 86*].

⁵⁵ Au sujet de la légitimité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et de la justification du constitutionnalisme au Canada, voir notamment Phillip Zylberberg, «The Problem of Majoritarianism in Constitutional Law : A Symbolic Perspective» (1992) 37 R.D. McGill 27 ; Karim Benyekhlef, «Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1993) 38 R.D. McGill 91 ; Luc Huppé, «L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain», (1995) 55 R. du B. 171 ; Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991.

en cause, d'une privation complète d'effet juridique et non pas d'effet pratique [notre traduction]⁵⁶.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est un article capital de notre Constitution y assujettissant toutes les lois sous peine d'invalidité. C'est dans l'arrêt *Schachter c. Canada*⁵⁷ que la Cour suprême révéla la portée de cet article. Elle estima d'abord que l'article 52 confère une certaine latitude aux tribunaux quant aux mesures correctives qu'ils peuvent apporter à l'égard d'une disposition incompatible avec la *Charte*. Le juge en chef Lamer s'exprimait ainsi : «Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large»⁵⁸. Il poursuit ensuite en donnant la mesure de l'article 52 :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet de restreindre le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 ne précise pas que les *termes* d'une loi qui sont incompatibles avec la Constitution sont inopérants. Il précise que la Constitution rend inopérantes les *dispositions* incompatibles de toute autre règle de droit. Par conséquent, l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort⁵⁹.

Autrement dit, lorsqu'une disposition est jugée inconstitutionnelle ou contraire à la *Charte*, le tribunal doit alors déterminer l'*étendue* de l'incompatibilité. Il s'agit de la première étape. Cette étendue peut être qualifiée de trois façons : large, étroite ou avec souplesse⁶⁰. Ces trois façons correspondent généralement aux trois grands critères de l'arrêt *R. c. Oakes*⁶¹ : le critère de l'objet, le critère du lien rationnel, et le critère de l'atteinte minimale⁶². En principe, la partie incompatible de la loi ou de la disposition doit être interprétée largement ; il y a une présomption à l'effet que la loi sera invalide dans sa totalité si l'objectif qui la sous-tend est inconstitutionnel⁶³. Ensuite, dans l'étude du critère du lien rationnel, la partie à invalider sera seulement celle ne respectant pas ce critère, et non pas toute la loi ou toute la disposition donnée,

⁵⁶ Pigeon, *supra* note 47 à la p. 999. Voir aussi Pierre-André Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984) 18 R.J.T. 105 ; Pierre-André Côté, «La recevabilité des arguments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs» (1989) 49 R. du B. 455. Voir aussi Hugo Cyr, «L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme» (1998) 43 R.D. McGill 565.

⁵⁷ [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4^e) 1 [*Schachter* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 695.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 699.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 718.

⁶¹ [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [*Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

⁶² Le juge La Forest et le juge L'Heureux-Dubé ne sont pas d'accord avec cette qualification. Voir *Schachter*, *supra* note 57 à la p. 729.

⁶³ *Ibid.* à la p. 703.

selon le cas. Le tribunal possède toutefois plus de latitude si la disposition contestée ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale. Il pourra alors l'annuler, la dissocier ou l'interpréter de façon large, selon le cas⁶⁴.

Il faudra ainsi, en deuxième étape, déterminer laquelle de ces solutions privilégier. À cet égard, plusieurs facteurs seront pris en considération: la mesure corrective, l'ingérence dans l'objectif législatif, le changement de sens du reste du texte et le sens de la portion restante⁶⁵. Cependant, il faut bien préciser que ces critères ne sont pas fixes ou rigides. Comme l'écrit l'ancien juge en chef Lamer :

Je tiens à préciser que ces propositions ne sont que des lignes directrices destinées à aider les tribunaux à déterminer quelle sera la solution la plus appropriée en vertu de l'art. 52 ; elles ne se veulent pas des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits⁶⁶.

Enfin, à la troisième étape, le tribunal devra se demander s'il est approprié ou non de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité, mesure qui, comme on le verra plus loin⁶⁷, ne peut être exercée que dans des cas bien précis.

A. Le caractère inopérant des dispositions incompatibles avec la Charte

Une disposition jugée incompatible avec la *Charte* est déclarée inopérante conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême a eu l'opportunité, à plusieurs reprises, de répondre de cette façon à des problèmes constitutionnels qui lui étaient soumis. En fait, le paragraphe 52(1) autorise explicitement le contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce contrôle ne conduit cependant pas à des décisions arbitraires, car les tribunaux peuvent moduler leurs décisions de différentes façons et selon diverses doctrines d'interprétation, lesquelles vont de l'interprétation large à l'interprétation atténuée, en passant par la dissociation et l'exemption constitutionnelle.

B. Les doctrines d'interprétation

1. L'interprétation large

L'interprétation large permet au tribunal d'étendre la portée d'une loi par interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Vriend c. Alberta*⁶⁸, la Cour suprême a constaté que les mots «orientation sexuelle» n'apparaissaient pas dans la loi albertaine sur les

⁶⁴ *Ibid.* à la p. 705.

⁶⁵ *Ibid.* aux pp. 705-15.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 719.

⁶⁷ Voir la Partie III.B.4, ci-dessous.

⁶⁸ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 156 D.L.R. (4^e) 385 [*Vriend*].

droits de la personne, et qu'il y avait par conséquent discrimination sous ce motif (analogue). Afin de corriger cette situation et de remédier à l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse, elle déclara donc que la loi comprenait les mots «orientation sexuelle» en vertu d'une interprétation large de celle-ci.

L'interprétation large est donc utile pour assurer le respect des objets de la *Charte*, et elle sert à réduire l'ingérence judiciaire dans les parties d'une loi qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci⁶⁹.

2. L'interprétation atténuée

C'est en présence de deux interprétations possibles d'une loi, l'une incompatible avec la *Charte* et l'autre compatible avec celle-ci, que l'interprétation atténuée entrera en jeu. Le tribunal favorisera alors l'interprétation compatible avec la *Charte*, d'où la doctrine de «l'interprétation atténuée», qui est en fait une forme de retenue judiciaire. La Cour suprême a eu l'occasion de recourir à l'interprétation atténuée notamment dans les arrêts *Egan c. Canada*⁷⁰ (droits à l'égalité) et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*⁷¹ (liberté d'association).

3. La dissociation

Il s'agit d'une pratique courante en matière constitutionnelle, qui consiste à retrancher une disposition inconstitutionnelle d'une loi plutôt que d'invalider complètement celle-ci. Cette doctrine de la dissociation diffère selon qu'elle est employée en matière de partage des pouvoirs ou de *Charte*, précisément parce qu'elle s'applique de façon plus circonscrite en ce dernier cas :

⁶⁹ *Schachter*, *supra* note 57 à la p. 702. Ainsi, selon le juge en chef Lamer (*ibid.*) :

[L]'interprétation large devait être reconnue comme une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

Voir, par exemple, les arrêts *Vriend*, *ibid.* et *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, 120 D.L.R. (4^e) 175.

⁷⁰ [1995] 2 R.C.S. 513, 124 D.L.R. (4^e) 609 [*Egan*]. Dans l'arrêt *Egan*, la Cour suprême du Canada a, à la majorité, interprété la notion de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (L.R.C. 1985, c. O-9) de façon atténuée en la limitant aux conjoints mariés ou vivant en union de fait tout en excluant les conjoints vivant en union homosexuelle. Une telle distinction est constitutionnelle et ni brime pas les valeurs de *Charte*, selon le juge La Forest.

⁷¹ [1999] 2 R.C.S. 989, 176 D.L.R. (4^e) 513 [*Delisle*]. Dans l'arrêt *Delisle*, en estimant que l'alinéa 2d) de la *Charte* ne permet pas de former un type particulier d'association (en l'espèce, les policiers de la Gendarmerie royale du Canada), la Cour suprême a pu conclure, à la majorité, que l'exclusion des policiers de la GRC de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (L.R.C. 1985, c. P-35) ne contrevient pas à la *Charte*.

[I] est logique de s'attendre que la technique de la dissociation soit utilisée plus fréquemment dans les différends fondés sur la *Charte* que dans ceux portant sur le partage des compétences. En matière de partage des compétences, la question de la constitutionnalité nécessite souvent un examen global du caractère véritable de la loi sur les droits individuels. Lorsqu'une loi porte atteinte au partage des compétences, l'atteinte se retrouve généralement dans l'ensemble de la loi. La situation n'est pas la même dans le cas des violations de la *Charte*, la partie fautive se trouvant généralement plus circonscrite⁷².

La dissociation est elle aussi une forme de retenue judiciaire, puisque le tribunal n'invalide que la disposition fautive, tentant ainsi de préserver autant que possible l'objectif législatif⁷³. La mesure de l'incompatibilité doit donc être soigneusement effectuée⁷⁴. C'est ce que fit la Cour suprême notamment dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*⁷⁵ et dans l'arrêt *Libman c. Québec (P.G.)*⁷⁶ (loi référendaire). Enfin, le changement de sens du reste du texte et de la portion restante, peuvent aussi être pertinents lorsque la doctrine de la dissociation est en cause.

4. La suspension d'invalidité

Un tribunal qui déclare inopérante une disposition donnée peut suspendre temporairement l'effet de cette déclaration. Il ne peut cependant le faire que dans les trois cas suivants : (1) l'annulation de la disposition présenterait un danger pour le public⁷⁷ ; (2) l'annulation de la disposition porterait atteinte à la primauté du droit⁷⁸ ; (3) la disposition en cause serait limitative plutôt que trop large⁷⁹.

La suspension temporaire est une question fort importante qu'il ne faut pas prendre à la légère car, pendant la durée de la suspension, le tribunal permet que se poursuive la violation de la *Charte*. Pour cette raison, l'interprétation large devrait lui être préférée dans les cas appropriés, car elle permet l'harmonisation immédiate de la disposition avec la *Charte*⁸⁰. De plus, la suspension temporaire constitue une forme d'empiètement sur le pouvoir législatif. L'ancien juge en chef Lamer écrivait sur ce point :

⁷² *Schachter*, *supra* note 57 aux pp. 696-97.

⁷³ *Ibid.* à la p. 697.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Supra* note 11.

⁷⁶ [1997] 3 R.C.S. 569, 151 D.L.R. (4^e) 385. En l'espèce, la contestation des dépenses réglementées de la *Loi sur la consultation populaire* (L.R.Q. c. C-64.1, ann. Z) équivalait en pratique à contester l'ensemble de la loi. La Cour suprême a pris soin de n'invalider que les dispositions portant sur l'interdiction des dépenses des tiers.

⁷⁷ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 63 C.C.C. (3^e) 481.

⁷⁸ *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2.

⁷⁹ *Schachter*, *supra* note 57 à la p. 715.

⁸⁰ *Ibid.* à la p. 716.

Suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité entraîne un renvoi de la question au législateur à un moment qu'il n'a pas choisi et lui impose de prendre des mesures à l'intérieur de délais qui ne seraient normalement pas les siens. Il s'agit là d'un grave empiètement sur l'institution qu'est le corps législatif⁸¹.

5. L'exemption constitutionnelle

La doctrine de l'exemption constitutionnelle entre en jeu lorsqu'une disposition donnée a été déclarée inconstitutionnelle et que la Cour, pour des raisons pratiques, suspend temporairement sa déclaration d'invalidité. Ainsi, un individu accusé d'une infraction subséquemment à une loi jugée inconstitutionnelle mais temporairement maintenue en vigueur, pourrait demander une exemption constitutionnelle afin de ne pas être poursuivi.

Cette solution a été envisagée par la juge McLachlin (tel qu'elle l'était à l'époque) dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*⁸², mais elle fut jugée inappropriée, notamment parce qu'elle aurait eu pour effet de modifier la loi de façon importante, et parce qu'elle était tout simplement difficile d'application. La juge McLachlin a néanmoins laissé la porte ouverte à l'application de cette doctrine dans les cas appropriés⁸³.

Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*⁸⁴, l'ancien juge en chef Lamer semble toutefois restreindre la portée de la doctrine de l'exemption constitutionnelle :

[Les exemptions constitutionnelles] peuvent être accordées uniquement pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Dans ce cas, la disposition est à la fois invalidée et temporairement maintenue, ce qui rend l'exemption constitutionnelle particulièrement opportune et limite son

⁸¹ *Ibid.* à la p. 717. La Cour suprême a eu recours à la suspension d'invalidité dans quelques décisions dont : *Renvoi Manitoba*, *supra* note 2 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* note 4 ; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 146 D.L.R. (4^e) 609 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 125 N.R. 1. Au sujet de la portée de l'arrêt *Schachter*, voir Jacques Frémont, «La sanction des lois inconstitutionnelles et la fonction législative des tribunaux à la lumière de l'arrêt *Schachter*» dans *Droit de la personne : l'émergence de droits nouveaux : aspects canadiens et européens : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 545 ; Nitya Duclos, «A Remedy for the Nineties : *Schachter v. R. and Haig and Birch v. Canada*» (1992) 4 Const. Forum Const. 22 ; Ryan Rempel, «The Possibilities of *Schachter* : A Response to Professor Duclos» (1993) 4 Const. Forum Const. 106 ; R. Tassé et L. Tassé, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés» dans Gerald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 75 ; Debra M. McAllister, «*Schachter* and its Application in Sexual Orientation Cases» (1993) 2 R.N.D.C. 226 ; Peter W. Hogg, «Judicial Amendment of Statutes to Conform to the Charter of Rights» dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 497.

⁸² [1991] 2 R.C.S. 577, 83 D.L.R. (4^e) 193 [*Seaboyer* avec renvois aux R.C.S.].

⁸³ *Ibid.* à la p. 629.

⁸⁴ [1993] 3 R.C.S. 519, 107 D.L.R. (4^e) 342 [*Rodriguez* avec renvois aux R.C.S.].

application aux cas de nécessité absolue. L'exemption n'est en vigueur que pour une période limitée [...]⁸⁵.

Pour conclure, malgré l'élaboration de ces diverses doctrines d'interprétation, il reste néanmoins beaucoup à faire avant de déterminer la portée exacte de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est aussi l'opinion de la juge en chef McLachlin qui, dans un article de doctrine, affirme : «À titre d'exemple, jusqu'ou un pouvoir large et discrétionnaire peut-il être restreint au moyen de notions telles l'interprétation atténuée ou l'interprétation large?» [notre traduction]⁸⁶.

Conclusion

Nos juges sont depuis longtemps rompus au système du contrôle de la constitutionnalité des lois, et plusieurs règles et principes ont pu être développés au cours des années en cette matière. Par exemple, tant au Comité judiciaire du Conseil privé qu'à la Cour suprême, les juges ont déclaré vouloir maintenir une grande réserve, c'est-à-dire ne pas décider plus qu'il n'est nécessaire pour disposer de l'affaire devant eux⁸⁷. Ou encore, on a jugé que chaque cas, en principe, devait être considéré comme un cas d'espèce⁸⁸ ; que les juges ne devaient pas prendre l'initiative en matière d'inconstitutionnalité, mais plutôt n'intervenir que si la question est soulevée devant eux⁸⁹, sans juger dans l'abstrait⁹⁰. Il existe également une règle de présomption de la constitutionnalité des lois⁹¹, en vertu de laquelle il incombe à celui

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 577.

⁸⁶ Beverley McLachlin, «Rules and Discretion in the Governance of Canada» (1992) 56 Sask. L. Rev. 167 à la p. 176. Voir aussi Gérard-A. Beaudoin, «De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial» dans Gérard-A. Beaudoin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés : actes des journées strasbourgeoises, 1988*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989, 23 ; Gérard-A. Beaudoin, «La constitutionnalisation de l'ordre juridique» dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, *Droit contemporain 1998 : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Bristol, 1998, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, 399.

⁸⁷ *Proprietary Articles Trade Association v. Canada (P.G.)*, [1931] A.C. 310 à la p. 316, [1931] 2 D.L.R. 1 (P.C.).

⁸⁸ *Alberta (P.G.) v. Canada (P.G.)*, [1939] A.C. 117 à la p. 129, [1938] 4 D.L.R. 433 (P.C.).

⁸⁹ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 173 D.L.R. (4^e) 193, dans lequel la majorité a invoqué l'article 16 de la *Charte*, bien que cette disposition n'ait pas été plaidée, constitue une exception notable à ce principe.

⁹⁰ *R. c. Borowski*, [1989] 1 R.C.S. 342, 57 D.L.R. (4^e) 231.

⁹¹ *Severn v. R.* (1878), 2 R.C.S. 70 à la p. 103, 1 Cart. B.N.A. 414 ; *Hewson v. Ontario Power Company of Niagara Falls* (1905), 36 R.C.S. 596 à la p. 603 ; *Renvoi relatif à l'Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, [1955] 3 D.L.R. 721 ; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662 aux pp. 687-88, 84 D.L.R. (3^e) 1.

qui soulève l'inconstitutionnalité de l'établir⁹². Enfin, l'interprétation de la Constitution n'obéit pas aux règles ordinaires d'interprétation⁹³ ; on fait effectivement une nette différence entre l'interprétation d'une loi ordinaire et celle d'une loi constitutionnelle⁹⁴.

Les juges n'ont de plus nul besoin d'être unanimes dans leur décision, comme c'était le cas au Comité judiciaire du Conseil privé. Les opinions peuvent ainsi être partagées : un juge dissident écrira toujours les motifs de sa dissidence, alors qu'un juge qui ne l'est pas pourra toujours se déclarer d'accord avec la majorité ou la minorité, et juger bon, le cas échéant, d'écrire également ses propres notes à l'appui⁹⁵. Un jugement unanime peut quant à lui être rendu par la Cour sans mention de noms, ou alors un juge peut rédiger le jugement au nom de la Cour, et ses collègues déclarer qu'ils souscrivent à ses motifs et conclusions.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois a également évolué au fil des années. Ainsi, pendant longtemps, comme en fait foi l'arrêt *Canada (P.G.) v. Reader's Digest liée*.⁹⁶, la Cour suprême ne permettait pas que l'on invoque les débats parlementaires pour interpréter une loi. Cependant, en matière constitutionnelle, on admet de plus en plus le recours aux preuves extrinsèques, notamment dans les cas où la Cour examine des lois adoptées dans un contexte d'urgence nationale⁹⁷ ou autre⁹⁸. Un autre exemple de l'évolution du contrôle de la constitutionnalité des lois consiste en la création par la

⁹² À cause de la présomption de constitutionnalité, le demandeur a le fardeau de la preuve: cette règle a été confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 à la p. 125, 38 D.L.R. (4^e) 321.

⁹³ Voir Beaudoin, *Fédéralisme*, *supra* note 5 aux pp. 406-19.

⁹⁴ Voir *Edwards v. Canada*, [1930] A.C. 124 à la p. 136, [1930] 1 D.L.R. 98, Lord Sankey (P.C.). Voir aussi *Minister of Home Affairs v. Fisher* (1979), [1980] A.C. 319, [1979] 2 All E.R. 21 (P.C.).

⁹⁵ Le professeur Martin écrit à ce sujet que : «Étant donné la confusion entourant la multiplication des opinions majoritaires et dissidentes produites par la Cour, il devrait être évident que les juges jouissent d'une marge de manœuvre considérable lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions» [notre traduction] (Robert Martin, «Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada», (1988) 26 Osgoode Hall L.J. 797 à la p. 802).

Selon la juge L'Heureux-Dubé, les jugements longs et complexes constituent l'exception plutôt que la règle à la Cour suprême. Claire L'Heureux-Dubé, «The Length and Plurality of Supreme Court of Canada Decisions» (1990) 28 Alta. L. Rev. 581. Voir aussi : Peter McCormick, «Birds of a Feather: Alliances and Influences on the Lamer Court 1990-1997» (1998) 36 Osgoode Hall L.J. 339.

⁹⁶ [1961] R.C.S. 775, 30 D.L.R. (2^e) 296.

⁹⁷ Voir *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 27, juge en chef Laskin aux pp. 422-423. Voir *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 à la p. 722, 123 D.L.R. (3^e) 554, juge Dickson. Voir enfin *Re Upper Churchill Falls Water Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297 aux pp. 317-19, 8 D.L.R. (4^e) 1.

⁹⁸ Il fut aussi question de preuves extrinsèques sous la *Charte*, comme le démontre les arrêts *Big M Drug Mart*, *supra* note 17 et *Renvoi relatif à la B.C. Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 24 D.L.R. (4^e) 536. Voir aussi Danielle Pinard, «Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés» (1989) 30 C. de D. 137.

Cour de la théorie de la dissociation⁹⁹, par laquelle la Cour n'invalide dans une loi que les articles qui violent la Constitution¹⁰⁰. Cependant, si la loi ne peut continuer à tenir en l'absence des articles déclarés inconstitutionnels, c'est alors toute la mesure législative qui sera frappée d'inconstitutionnalité¹⁰¹.

La Cour peut également accepter de préciser une décision qu'elle a rendue. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a accepté dans l'affaire *Blaikie II*¹⁰² de déclarer si le mot «règlements» tel qu'interprété dans l'affaire *Blaikie I* comprenait les règlements municipaux et scolaires dans le contexte donné, ce qu'elle a conclu par la négative. Ce fut aussi le cas dans le *Renvoi Manitoba*¹⁰³, rendu en 1985, dont l'effet sur les décrets de nature législative fut précisé en 1992¹⁰⁴. Elle fit de même dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* lorsqu'elle se prononça sur l'application du concept de nécessité¹⁰⁵, ainsi que dans l'arrêt *R. c. Marshall*¹⁰⁶ en matière de droit de pêche des autochtones de la Nouvelle-Écosse. Mentionnons enfin que la Cour suprême peut également accepter la réouverture d'une affaire.

Gardienne de la Constitution, la Cour suprême ne se sentira pas liée par des mesures qui écartent son contrôle de la constitutionnalité des lois ou par des dispositions législatives qui l'empêchent d'appliquer une loi, sauf quand l'interdiction est expressément prévue dans la Constitution, tel qu'en fait foi l'article 33 de la *Charte*. D'ailleurs, depuis 1975, la Cour suprême se voit reconnaître par le Parlement canadien la faculté d'accepter la très grande partie des pourvois sur permission. Le critère principal réside dans «l'importance nationale» du litige. Sont en principe considérés d'importance nationale les litiges entre gouvernements ou entre particuliers et gouvernements portant sur les articles 91 à 95 de la *Loi*

⁹⁹ Beaudoin, *Fédéralisme*, supra note 5 aux pp. 437-39.

¹⁰⁰ Voir *Quebec Protestant School Boards*, supra note 11.

¹⁰¹ Voir *Switzman*, supra note 41. Voir aussi *Renvoi relatif à Alberta Bill of Rights Act*, [1947] A.C. 503 à la p. 519, [1947] 4 D.L.R. 1 (P.C.).

¹⁰² *Québec (P.G.) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, 123 D.L.R. (3^e) 15 [*Blaikie II*].

¹⁰³ Supra note 2.

¹⁰⁴ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 88 D.L.R. (4^e) 385.

¹⁰⁵ Dans une première décision, rendue le 18 septembre 1997 (*Renvoi relatif à la rémunération des juges*, supra note 4), la Cour suprême jugeait inconstitutionnelles les réductions de salaires des juges des cours provinciales de l'Île-du-Prince-Édouard, de l'Alberta et du Manitoba. Le 10 février 1998, elle déclara que sa décision du 18 septembre 1997 n'avait pas pour effet d'annuler les décisions antérieures rendues par des juges qui n'étaient pas «impartiaux» parce qu'ils ne jouissaient pas de la sécurité financière, un élément fondamental de l'indépendance judiciaire. La Cour suprême invoqua alors la «doctrine de la nécessité», afin de rendre valides les décisions qui ont été prononcées par des juges qui n'étaient pas «indépendants» (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 à la p. 14, 155 D.L.R. (4^e) 1).

¹⁰⁶ [1999] 3 R.C.S. 456, 177 D.L.R. (4^e) 513 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, 179 D.L.R. (4^e) 193.

constitutionnelle de 1867¹⁰⁷ et ses amendements. Depuis l'avènement de la *Charte*, cependant, la Cour ne choisit que d'entendre les litiges les plus appropriés.

Si le contrôle de la constitutionnalité des lois en vertu de la *Charte* participe de la même nature que celui sur le partage des compétences, il n'en demeure pas moins qu'en raison de l'article 1 de la *Charte*, la Cour se voit conférer un rôle bien particulier : il lui revient d'apprécier, en fonction de la preuve qui lui est présentée, si une règle de droit qui restreint indûment un droit ou une liberté énoncé dans la *Charte* se justifie dans une société libre et démocratique. Jusqu'ici elle s'est montrée fort prudente, avec raison. Elle a d'abord avancé la théorie de la «proportionnalité» entre les moyens employés dans une loi et le but poursuivi par cette loi¹⁰⁸, pour ensuite énoncer, dans l'arrêt *Oakes*, un critère plus exigeant comportant plusieurs volets¹⁰⁹.

En terminant, je dois admettre que je suis très favorable au contrôle de la constitutionnalité des lois. Il s'agit d'un rôle important. Comme le disait le président de la France, Monsieur Jacques Chirac, au sujet des juges et de leur devoir :

Votre tâche, votre mission au-delà [...] des différences de nos systèmes juridiques, s'analyse comme une contribution vigilante à la définition et au renforcement de l'état de droit. N'est-ce pas une des aspirations essentielles de nos sociétés fondées sur la conviction que l'État doit en toute chose être soumis au droit ; que sa toute puissance doit être limitée par la reconnaissance d'un corps de principes fondamentaux ; que le rôle du juge chargé de contrôler, au-delà de la diversité des techniques utilisées, la conformité des normes inférieures aux normes supérieures doit être affirmé et préservé¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91-95, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

¹⁰⁸ *Big M Drug Mart*, *supra* note 17 aux pp. 351-53, juge en chef Dickson.

¹⁰⁹ *Supra* note 48 aux pp. 135-42.

¹¹⁰ Jacques Chirac, Discours, Réception offerte en l'honneur des participants en premier congrès des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Palais de l'Élysée, Paris, 10 avril 1997 [non publié]. Transcription disponible en ligne : Présidence de la République <http://www.elysee.fr/cgi-bin/auracom/aurweb/search/file?aur_file=discours/1997/COURCONS.html>.