

L'UNITÉ JURIDICTIONNELLE ET SES CONSÉQUENCES SUR LES MODALITÉS DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ AU QUÉBEC ET AU CANADA

Patrick TAILLON
Amélie BINETTE¹

Elles sont nombreuses les différences entre le droit public québécois et canadien, d'un côté, et les institutions de la V^e République de l'autre. Figurent parmi les facteurs à l'origine de plusieurs des contrastes entre les deux systèmes, la forme fédérale et monarchique de l'État au Canada, par opposition à la forme républicaine et centralisée en France, mais aussi les modalités du contrôle de constitutionnalité et, plus généralement, l'organisation des organes juridictionnels responsables d'interpréter et d'appliquer le droit. En fait, le fédéralisme canadien s'accompagne d'une fragmentation du pouvoir politique et d'un éparpillement des compétences législatives². Alors que la France dispose d'un seul Parlement, dépositaire d'une pleine souveraineté, il existe au Canada onze parlements spécialisés dans des domaines constitutionnellement protégés³.

Cette fragmentation n'a toutefois pas son équivalent dans le domaine judiciaire. Fidèle au modèle britannique d'unité juridictionnelle, la Cour suprême du Canada (et, en première et en deuxième instances, les tribunaux de droit commun que sont les cours supérieures et les cours d'appel) concentre de vastes compétences dans ce que plusieurs appellent un « système intégré »⁴. Elle dispose d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'ensemble des juridictions. Qu'il s'agisse d'interpréter le droit fédéral ou le droit provincial, le droit privé, le droit administratif ou le droit constitutionnel, la Cour suprême du Canada cumule, conformément à une conception intégrée et unifiée du pouvoir judiciaire, l'ensemble des compétences interprétatives.

On a donc parfois l'impression d'être en présence d'un reflet inversé : là où le pouvoir législatif se fragmente au Canada en fonction d'un partage des compétences, souvent complexe, entre le fédéral et les dix provinces, les institutions de la V^e République offrent le portrait unitaire et cohérent d'un

1 Les auteurs sont respectivement professeur et candidate au doctorat à la Faculté de droit de l'Université Laval et membres du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ). Ils tiennent à remercier Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Caterina Severino et toute l'équipe de l'Institut Louis Favoreu pour leur invitation à participer à cette réflexion.

2 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91-92. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 405-618.

3 En vérité, au Parlement fédéral et aux dix parlements des provinces s'ajoutent potentiellement ceux des territoires, dont l'autonomie n'est toutefois pas, dans leur cas, garantie par la Constitution supralégislative.

4 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 830, par. X.67.

Parlement centralisé disposant, en quelque sorte, du monopole de la volonté générale. De même, pendant que l'organisation du pouvoir juridictionnel en France s'articule autour d'un agencement complexe de juridictions spécialisées (Conseil d'État, Conseil constitutionnel, Cour de cassation), chacune étant suprême dans son domaine de compétences, le pouvoir judiciaire au Québec et au Canada se concentre plutôt autour d'un seul tribunal de dernière instance. Bref, le Canada connaît l'unité juridictionnelle, mais sans unité sur le plan des organes politiques alors que la France mise sur une forte unité politique (un seul législateur et un exécutif fort et centralisé), mais sans unité juridictionnelle.

Au Québec et au Canada, les cours supérieures⁵ (Cour supérieure, Cour d'appel et Cour suprême) peuvent évidemment contrôler les décisions prises par l'ensemble des autres instances juridictionnelles. Il s'agit d'un contrôle concret exercé par n'importe quel justiciable disposant d'un intérêt à agir. Ce contrôle est d'autant plus « naturel » qu'il est, en quelque sorte, un pouvoir inhérent à tous les tribunaux de droit commun lesquels, par conséquent, peuvent procéder à la révision judiciaire de l'ensemble des décisions qui leur sont soumises.

Le contraste avec la France est, encore une fois, saisissant. Certes, à la lecture de certaines décisions⁶, on peut timidement entrevoir le début d'un contrôle par un Conseil constitutionnel qui, subtilement, examine la manière dont est interprétée la Constitution par les tribunaux judiciaires ou par les juridictions administratives. Il n'en demeure pas moins que l'étendue de ce contrôle reste sans commune mesure à ce que l'on peut observer au Québec et au Canada.

Évidemment, comparaison n'est pas raison et nous n'oserions en aucun temps trancher entre ces deux types d'organisation du contrôle de constitutionnalité qui comportent, à leur façon, des avantages et des inconvénients. Cela dit, il est important de bien prendre la mesure des contrastes qui existent entre ces deux systèmes. Pour ce faire, nous procéderons en deux temps en examinant d'abord la manière dont le modèle britannique d'unité juridictionnelle, combiné à un contrôle concret et diffus⁷, a favorisé un rôle accru et pratiquement sans limites pour la Cour suprême du Canada dans le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice (I) pour, ensuite, analyser, à l'aide de quelques illustrations, toute l'étendue ou l'ampleur de la marge de manœuvre dont disposent les tribunaux à l'occasion de ce type de contrôle (II).

5 Au Canada, chaque province dispose d'une cour supérieure, tribunal de droit commun doté d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'ensemble des tribunaux spécialisés (cours inférieures, tribunaux administratifs, etc.).

6 Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010; Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.

7 Patrick TAILLON et François HÉNAULT, « Des faits décisifs! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », dans *l'Annuaire international de justice constitutionnelle (AIJC)*, vol. 29, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, p. 25.

I. L'unité juridictionnelle, ses sources et ses effets

La Cour suprême du Canada est en mesure de contrôler la constitutionnalité de toute décision de justice dont elle est saisie. S'il en est ainsi, c'est en grande partie en raison du principe d'unité juridictionnelle, hérité de la tradition britannique (A) et dont les avantages (B) et les inconvénients (C) influencent le fonctionnement du pouvoir judiciaire au Québec et au Canada.

A. Les origines de l'unité juridictionnelle

Malgré l'existence d'une union fédérale, le Canada, contrairement aux États-Unis, n'a jamais pratiqué le fédéralisme judiciaire⁸. À une exception près⁹, le Québec et le Canada disposent d'un système intégré de cours supérieures qui ne sont ni entièrement fédérales ni entièrement provinciales¹⁰. En effet, en vertu du partage des compétences législatives prévues à la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'administration de la justice relève des provinces¹¹, mais la nomination et la rémunération des juges des cours supérieures dépendent des autorités fédérales¹². Cette emprise limitée du fédéral et des provinces sur certains aspects précis et circonscrits du fonctionnement des cours supérieures permet, en quelque sorte, d'accroître leur indépendance à l'endroit des organes politiques.

Dotées d'une compétence de droit commun, les cours provinciales « franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale »¹³, comme le veut la formule du juge Estey. Il en résulte un système intégré comme le définissait déjà, en 1879, le juge en chef Ritchie :

[Traduction] Ces tribunaux [les cours supérieures] sont certainement tenus d'appliquer toutes les lois en vigueur au Canada, qu'elles soient édictées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales. Ce ne sont pas de simples tribunaux locaux chargés de l'application des lois locales adoptées par les législatures locales des provinces où ils ont été constitués. Ce sont les

8 « While the Canadian founders adopted the logic of federalism for the distribution of legislative authority, they did not apply it to the judiciary. They created a single judicial system to interpret and to apply both federal and provincial laws. » Frederick L. MORTON, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 3^e éd., Calgary, University of Calgary Press, 2002, p. 93 ; Ian GREENE, *Canadian Democratic Audit: The Courts*, Vancouver, UBC Press, 2014, p. 8 ; Gil RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, vol. 1, Montréal, Québec/Amérique, 1983, p. 168 ; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 337 ; Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Le fédéralisme canadien : sources, pratiques et dysfonctionnement », dans *Le fédéralisme : du droit public au droit privé*, Lausanne, Association Henri-Capitant et Institut suisse de droit comparé [à paraître en 2017], p. 41 de 42.

9 L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, prévoit la possibilité pour le Parlement fédéral d'« établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». C'est en vertu de cette disposition qu'ont été créées, en 1875, la Cour de l'Échiquier (*Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11), devenue la Cour fédérale en 1970, puis la Cour fédérale d'appel en 2003. Dans *Québec North Shore Paper Company c. Canadian Pacifique Limited* ([1977] 2 R.C.S. 1054), la Cour suprême a précisé qu'il ne s'agissait pas d'établir des cours dans les *matières* de compétences fédérales, mais plutôt pour l'administration de *lois* fédérales spécifiquement mentionnées, puis de la réglementation et de la *common law* associées (*ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 776-777). Jusqu'à présent, leurs compétences s'étendent notamment au droit de la propriété intellectuelle et industrielle, de l'amirauté, de la fiscalité fédérale et du régime de responsabilité civile applicable à la Couronne. En plus, la Cour fédérale dispose du pouvoir de contrôler la légalité de l'action gouvernementale fédérale, compétence dont la constitutionnalité est parfois mise en doute (H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, par. X.71). Dérogation au système judiciaire « intégré », certes, ces deux institutions demeurent toutefois sous le contrôle ultime de la Cour suprême du Canada, laquelle entend les appels de la Cour d'appel fédérale (art. 35.1, 37.1, 38 et 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26). Pour un historique détaillé de l'institution, voir : Frank IACOBUCCI, « Federal Court of Canada: Some Comments on Its Origin, Traditions and Evolution », (1989) 11 *The. Advoc. Q.* 318.

10 La première reconnaissance jurisprudentielle du principe de l'unité juridictionnelle se trouve dans l'arrêt *Valin c. Langlois*, [1879] 3 R.C.S. 1, 19 et 20, motifs juge en chef Ritchie. Voir aussi *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 695, 707 ; *Proc. Gén. Can. c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, 327.

11 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, par. 92 (14).

12 *Id.*, art. 96 et 100.

13 *Proc. Gén. Can. c. Law Society of B.C.*, préc., note 10, 327.

tribunaux qui existaient dans les provinces respectives avant la Confédération [...] Ce sont les tribunaux de la Reine, tenus de prendre connaissance de toutes les lois et de les appliquer, soit qu'elles aient été adoptées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales¹⁴.

Même s'il est une entorse au principe du fédéralisme, ce choix de l'unité juridictionnelle demeure en définitive la conséquence logique d'un attachement « loyaliste » aux traditions et aux institutions britanniques¹⁵. Cela peut sembler étrange aux yeux de certains de nos contemporains, mais le Canada est en grande partie le résultat d'une expérience coloniale qui — à l'exception de la Conquête de la Nouvelle-France par les Britanniques en 1760 — s'est le plus souvent inscrite sous le signe de la continuité, de la fidélité et de la loyauté à l'endroit du colonisateur.

Au Québec, la double influence coloniale — française et anglaise — se traduit notamment dans la mixité de son système juridique de tradition civiliste pour tout ce qui concerne le droit privé et de *common law* pour le droit public¹⁶. Dans le reste du Canada, majoritairement anglophone, la perception de cet héritage se distingue par la manière dont les Canadiens anglais se sont longtemps considérés à la fois comme étant des colonisateurs, tout en étant colonisés¹⁷. Bien évidemment, cette fidélité à l'héritage britannique trouve de nombreux échos dans le fonctionnement des institutions politiques et judiciaires¹⁸.

14 *Valin c. Langlois*, préc., note 10. C'est en vertu de ce même raisonnement que les tribunaux administratifs, constitués par une loi provinciale, peuvent appliquer le droit fédéral : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 21 ; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, 208-209.

15 La défaite des loyalistes, au lendemain de la Guerre d'indépendance des États-Unis, encouragea près de 40 000 d'entre eux à s'établir dans les colonies britanniques de l'Amérique du Nord, toujours fidèles à l'Empire, bouleversant ainsi l'équilibre démographique, dont celui de la *Province of Québec*. Pour apaiser les tensions qui en résultèrent avec la population canadienne-française, une colonie distincte, le Haut-Canada, fut créée par l'*Acte constitutionnel de 1791*, L.R.C. 1985, app. II, n° 3. Or, l'influence loyaliste persista à travers le temps quant à la conservation des valeurs impériales au Canada et à un ferme attachement aux institutions britanniques. Voir : David V. J. BELL, « The Loyalist Tradition in Canada », (1970) 5 *Journal of Canadian Studies* 22; Rod PREECE, « The Anglo-Saxon Conservative Tradition », (1980) 13(1) *Canadian Journal of Political Science* 3. La composition du Sénat canadien fixée en 1867 est un exemple significatif, où les « Pères » de la Confédération ont « copié » le mauvais modèle, soit celui de la Chambre des Lords britannique propre au fonctionnement d'un État unitaire, attaché à ses traditions aristocratiques et fortement centralisé. Ainsi, le Sénat canadien ne constitue pas une véritable chambre fédérale, dont le premier rôle serait de représenter les entités fédérées, et ses membres demeurent formellement nommés par le gouverneur général sur proposition du premier ministre fédéral. Réjean PELLETIER, « Le principe fédératif et les institutions fédérales : le Sénat canadien correspond-il au "modèle" d'une Chambre haute dans une fédération ? », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 5. Voir, plus généralement : David E. SMITH, « Empire, Crown and Canadian Federalism », (1991) 24 (3) *Canadian Journal of Political Science* 451 et Marc CHEVRIER, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens » dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 18.

16 « Introduction », dans Mariève LACROIX et Benoit MOORE (dir.), *Le droit québécois*, coll. « Bibliothèque de l'Association Henri Capitant », Paris, LGDJ/Lextenso, 2016. Cela dit, contrairement à ce qui est généralement admis en France, le droit criminel et pénal est considéré au Québec comme étant une branche du droit public.

17 Cette distinction se note dans la manière de nommer les deux peuples coexistant sur le territoire, à l'exception des Autochtones. L'expression « Canadiens » ou, plus familièrement, « Canayens » devint un ethnonyme réservé, au lendemain de la prise de Québec en 1759, aux habitants franco-catholiques, descendants des colons venus s'établir en Nouvelle-France. Par opposition, les anglo-protestants, attachés à la Couronne et à l'Empire britanniques, conservèrent l'appellation d'« Anglais ». Alexis de Tocqueville en fait d'ailleurs mention dans *Regards sur le Bas-Canada* : « Les Anglais et les Français se fondent si peu que les seconds gardent exclusivement le nom de Canadiens, les autres continuant à s'appeler Anglais. » (Montréal, Typo, 2003, p. 163) À partir de l'union du Bas et du Haut-Canada en 1840 en une seule colonie, le Canada-Uni, le terme « Canadiens » fut remplacé par « Canadiens français », pour bien marquer l'attachement à la langue et à la religion, alors que, beaucoup plus lentement toutefois, l'expression « Canadiens anglais » prit progressivement son sens actuel. Voir : Jean TOURNON, « The Uneasy Relationship of Ethnicity and Nationalism: The French-Speaking Populations of North America », (2006) 12 (2) *Nationalism and Ethnic Politics* 239, note 2 ; Chantal BOUCHARD, « De la "langue du grand siècle" à la "langue humiliée" : les Canadiens français et la langue populaire (1879-1970) », (1988) 29 (1) *Recherches sociographiques* 7 ; Ralph SARKONAK, « Accentuating the Differences », (1983) 65 *Yale French Studies* 3 et *supra* note 15.

18 Par exemple, Peter Russel écrit : « On the whole, Canadians, professionals and non-professionals alike, have been inclined to regard their courts as one of the unqualified benefits of Canada's British heritage-to be praised rather than examined. » Peter H. RUSSEL, « The jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present policies and a programme for reform », (1968) 6 *Osgoode Hall L. J.* 1, 2.

C'est le cas de l'unité juridictionnelle, bien établie en droit anglais¹⁹. Conséquence logique du système britannique de *rule of law*, qui suppose l'application d'un même droit pour tous²⁰, l'unité juridictionnelle découle aussi de la logique monarchique de concentration du pouvoir. Fontaine de justice²¹, le Roi délègue à des cours royales ses pouvoirs de surveillance et de contrôle que ces dernières exercent, en son nom, sur l'ensemble des juridictions.

Pour des raisons qui tiennent à leur structure constitutionnelle respective, l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle a cependant une portée plus restreinte au Royaume-Uni qu'au Canada. Encadrés par le principe de suprématie législative (ou de souveraineté du Parlement), les tribunaux britanniques ont traditionnellement limité leur pouvoir de révision judiciaire (*judicial review*) à un contrôle de légalité, soit à un contrôle de la conformité aux lois qui s'applique tant aux décisions des tribunaux inférieurs qu'aux actes de l'Administration. Sans normes supralégislatives, du moins à l'exception des engagements européens et du *Human Rights Act 1998*²², le contrôle ne peut aller jusqu'à s'étendre à une remise en question des lois adoptées par la « Reine en son Parlement ».

Or, même si le système canadien a tenté initialement d'épouser le principe de souveraineté du Parlement²³, la primauté des lois britanniques sur celles de la colonie ou du dominion²⁴ a irrésistiblement favorisé le développement du contrôle de constitutionnalité. Comme aux États-Unis, la colonisation britannique, bien qu'elle s'accompagnait d'une part d'autonomie politique bien réelle, a toujours impliqué une hiérarchisation des normes ayant pour effet de placer l'action des institutions politiques et judiciaires canadiennes sous la tutelle d'un droit britannique doté d'un rang supérieur. Si les États américains ont rompu avec cette tutelle à l'occasion de la Déclaration d'indépendance, le Canada est, encore aujourd'hui, constitué pour l'essentiel par une série de lois du Parlement de Westminster dotées, en droit interne, d'un caractère hiérarchiquement supérieur²⁵.

C'est donc au nom de la primauté des lois britanniques que s'est développé un contrôle de constitutionnalité des lois, des actes de l'Administration et de l'ensemble des décisions de justice au Canada. Ce contrôle s'est mis en place à partir des tribunaux existants, calqués sur le modèle britannique d'unité juridictionnelle, et, pendant longtemps, avec pour tribunal de dernière instance,

19 Sabino CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, coll. « clefs politiques », Paris, Montchrestien, 2000.

20 Et ce, même à la Couronne, sous réserve des droits, privilèges et immunités de cette dernière.

21 J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 8, p. 390.

22 En 1998, le Parlement de Londres adopta la *Human Rights Act 1998* (1998 c. 42), laquelle est entrée en vigueur en 2000 et incorpore en droit britannique plusieurs aspects de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953). Dès lors, il existe une forme atténuée de contrôle de la conformité de la loi à la Convention par le biais de la *Human Rights Act* qui permet aux juges de prononcer une déclaration d'incompatibilité des lois anglaises (art. 4) qui demeure toutefois non contraignante (art. 6). Stephen GARDBAUM, « Le nouveau modèle de constitutionnalisme du Commonwealth : théorie et pratique », 13 *Jus Politicum*; Jean-François FLAUSS, « HumanRightsAct. 1998 : kaléidoscope », (2001) 48 (4) *Revue française de droit constitutionnel* 695.

23 Ce principe fut admis dès 1854 par la jurisprudence dans l'arrêt *Ex parte Gould*, (1854) 2 R.J.R.Q. 376 (C.S.), puis suivi, entre autres, dans *Hodge c. La Reine*, (1883-84) 9 A.C. 117; *A.-G. Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542, 547 et *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156, 163-164. Voir aussi : Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law and the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1967, p. 39; Karl DELWAIDE, « La législature québécoise peut-elle implanter un système complet d'initiative et de référendum », (1981) 22 *C. de D.* 695; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 653-662.

24 *Colonial Laws Validity Act 1865*, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U.).

25 La capacité du Parlement britannique de légiférer pour le Canada a pris fin lors de l'adoption de l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, c. 11 [R.-U.]) : « No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the Constitution Act, 1982 comes into force shall extend to Canada as part of its law. » Dorénavant, toute modification formelle à la Constitution canadienne est soumise aux procédures contenues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (*supra*). Cela dit, même si le Canada a désormais la possibilité de modifier sa Constitution, cette dernière demeure composée pour l'essentiel de normes adoptées par les Britanniques « pour le Canada ».

une cour suprême étrangère, soit le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Responsable d'entendre en appel les litiges issus des colonies, cette juridiction impériale fut, jusqu'en 1949²⁶, en mesure de contrôler les décisions rendues par l'ensemble des tribunaux du Québec et du Canada.

Outre la primauté des lois impériales sur celles des colonies, d'autres considérations ont également renforcé le développement du contrôle de constitutionnalité. Premièrement, le choix en 1867 d'opter pour une union fédérale impliquait forcément l'existence de normes supralégislatives établissant un partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement autonomes que sont le fédéral et les provinces²⁷. Deuxièmement, le caractère plurinational de la fédération et la nécessité de protéger les droits des minorités qui en découle ont, eux aussi, favorisé le développement d'un contrôle de conformité aux droits collectifs constitutionnellement protégés²⁸. Enfin, troisièmement, l'adoption en 1982 d'un catalogue des droits et libertés individuels²⁹, constitutionnellement garantis, a résolument confirmé le passage du modèle britannique de souveraineté du Parlement à celui de primauté de la Constitution sur l'ensemble des décisions ou des actes pris par les différents organes de l'État. Cela d'autant plus que le principe de primauté de la Constitution de même que le rôle du juge comme gardien de cette primauté ont été renforcés par l'adoption de dispositions expresses à valeur supralégislative³⁰ dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. Les forces du système intégré d'unité juridictionnelle

L'un des traits importants du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures réside dans son caractère inhérent et non écrit. En effet, au Québec et au Canada, le contrôle de constitutionnalité s'est développé bien longtemps avant que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vienne confirmer en des termes explicites le rôle du juge comme gardien de la primauté du droit. Or, par les sources constitutionnelles non écrites, les tribunaux se sont reconnus une compétence inhérente, fondée sur des règles non écrites de *common law*. Ainsi, ils ont pu refréner toutes les tentatives des législateurs fédéraux et provinciaux de limiter leur pouvoir de surveillance et de contrôle pour se définir une compétence qui transcende la contingence des textes législatifs.

26 L'adoption du *Statut de Westminster de 1931* (L.R.C. 1985, ann. II, n° 27) — lequel supprimait l'obligation de compatibilité des lois canadiennes adoptées après 1931 avec les lois impériales — a permis au Canada d'abolir, dès 1933, les appels en matière criminelle au Comité judiciaire du Conseil privé (*Criminal Code Amendment Act*, SC 1932-33, c. 53, art. 17) responsable d'entendre les causes en provenance des colonies britanniques (*Judicial Committee Act*, [1833], 3 & 4 Will. IV, c. 41; 39. *Judicial Committee Act*, [1844], 7 & 8 Vict., c. 69). Les appels en matière civile furent toutefois maintenus jusqu'en 1949 (*An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 [2nd Sess.], c. 37, art. 3), moment où la Cour suprême du Canada devint le tribunal de dernière instance au pays, ce que le C.J.C.P. avait d'ores et déjà déclaré valide (*Avis sur les appels au Conseil privé*, [1947] A.C. 127). Comme le Comité judiciaire termina les causes dont il avait été saisi avant 1949, il rendit son dernier jugement pour le Canada en 1959 (*Ponoka-Calmar Oils c. Wakefield*, [1960] A.C. 18).

27 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, art. 91 et suiv.

28 Au sujet de la minorité anglophone du Québec, voir : *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312; *PG (Qué.) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66. Concernant l'éducation confessionnelle : *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, 995; quant aux droits garantis aux Autochtones, voir : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. v. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483.

29 *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 25.

30 *Id.*, préambule et par. 52. (1), lequel se lit ainsi : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

Le raisonnement à l'appui de cet affranchissement des tribunaux est le suivant : à titre d'héritières des cours royales anglaises séculaires³¹, les cours supérieures sont dotées d'un pouvoir de surveillance et de contrôle qui n'a pas besoin de s'appuyer sur une habilitation législative expresse, puisqu'il repose, en définitive, sur des règles non écrites de *common law*. En ce sens, les tribunaux canadiens sont non seulement les interprètes de leur propre compétence, mais ils ont aussi l'avantage d'utiliser des règles non écrites d'origine jurisprudentielle pour faire obstacle à toutes tentatives des parlements du fédéral et des provinces de limiter leur pouvoir en matière de révision judiciaire par le biais d'une clause privative de compétence³².

Le pouvoir judiciaire est donc en position de force dans un tel système intégré. La Cour suprême est par défaut compétente en toute matière. Les normes constitutionnelles non écrites qui servent de fondement au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures sont suffisamment flexibles pour offrir, lorsque les circonstances l'exigent, des voies de recours inédites. C'est, dès lors, tout le prestige et toute l'autorité de la fonction judiciaire qui en sortent grandis dans la mesure où les cours supérieures voient leur existence protégée par la Constitution écrite³³, mais sans que leurs pouvoirs, leurs compétences et leurs attributions soient limités par cette dernière. Elles sont donc en mesure d'agir comme les seules interprètes de leurs compétences, le silence des textes étant comblé par des normes constitutionnelles non écrites³⁴ qui, dans la tradition de *common law*, sont jurisprudentiellement reconnues par les tribunaux eux-mêmes.

Cette grande marge de manœuvre dans l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle permet aux cours supérieures d'assurer l'unité et la cohésion à l'intérieur de l'ordre juridique³⁵. Devant la pluralité des sources et des traditions juridiques (droit fédéral, droit provincial, droit coutumier des peuples autochtones, *common law*, droit civil), devant les difficultés terminologiques que suppose le fait de concevoir un même droit dans les deux langues officielles (en anglais et en français), bref devant une certaine fragmentation et diversification des sources du droit, l'existence d'un système intégré d'unité juridictionnelle permet aux cours supérieures d'éviter bien des conflits

31 Initialement proposée par W.R. Lederman, cette théorie suivant laquelle les cours supérieures seraient les héritières des cours royales anglaises est loin d'être évidente à démontrer sur le plan historique. Cependant, comme le souligne à juste titre Marc Chevrier, la réalité historique semble avoir peu d'importance à partir du moment où les cours supérieures ont repris cette théorie à leur compte de manière à l'officialiser en droit positif, ce qui n'est pas sans rappeler la dimension « performative » du droit. Marc CHEVRIER, « Le juge et la conservation du régime politique au Canada », (2000) 19 (2-3) *Politiques et sociétés* 65, 68 ; W.R. LEDERMAN, *The Supreme Court of Canada and the Canadian Judicial System*, Mémoires de la Société royale du Canada, 1975, série IV, 13, p. 209-225.

32 Une clause privative vise à soustraire au contrôle des cours de justice les décisions rendues par un tribunal spécialisé. La jurisprudence est toutefois venue atténuer les effets d'une telle clause en l'assimilant plutôt à un indice, parmi d'autres (mentionnons l'expertise du tribunal, l'objet de la loi et la nature du problème), pour dégager l'intention du législateur concernant le « continuum du degré de retenue judiciaire approprié » que doit suivre le juge. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 27. Voir aussi : *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 ; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 et Patrice GARANT, *La justice invisible ou méconnue. Propos sur la justice et la justice administrative*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 793. *Infra*, p. 17.

33 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, art. 96-101.

34 Le premier paragraphe du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*id.*) se lit d'ailleurs ainsi : « Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » [nos italiques].

35 *R. c. Saskatchewan Federation of Labour*, 2013 SKCA 43, par. 28-29. S'exprimant à propos du *stare decisis*, la Cour d'appel de la Saskatchewan pose clairement cette recherche d'unité et de cohérence que procure l'unité juridictionnelle. Elle écrit : « [T]he purpose or rationale of this approach is well understood. It promotes several important values including consistency, certainty and predictability in the law. »

juridictionnels et de préserver, si cela est encore possible, un peu de cohérence à l'intérieur de l'ordre juridique³⁶.

La concentration de l'ensemble des fonctions juridictionnelles dans un seul système intégré a aussi l'avantage de la simplicité : la primauté du droit se trouve, en un certain sens, renforcée dans la mesure où elle s'appuie sur un juge capable d'agir en toute circonstance et en toute matière comme gardien de la hiérarchie des normes. Un tel système comporte néanmoins ses désavantages.

C. Les inconvénients du système intégré d'unité juridictionnelle

L'unité juridictionnelle s'accompagne de certains effets pervers. Elle entraîne la concentration et la centralisation du pouvoir dans une structure intégrée et dominée par une seule Cour suprême dont les compétences connaissent bien peu de limites, si ce n'est l'autolimitation que constitue le principe de la retenue judiciaire³⁷.

L'unité appauvrit le dialogue interjuridictionnel³⁸ dès lors que ce sont toujours les neuf juges de la Cour suprême qui ont le dernier mot. Ils ne sont concurrencés ni par d'autres juridictions suprêmes de droit interne (comme il peut en être le cas en France dans les rapports entre le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel) ni par un juge supranational (comme celui de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne). Les membres de la Cour suprême du Canada sont seuls au sommet. Certes, ces derniers s'expliquent et se justifient dans de longs motifs et le contrôle diffus amène plusieurs autres juridictions inférieures à se prononcer, mais, en définitive, ce sont essentiellement les mêmes juges qui dictent les solutions définitives pour l'ensemble des tribunaux.

36 À cet égard, Frederick L. Mortons écrit : « This unitary character of the Canadian judicial system is politically significant because it can mitigate the centrifugal forces of federal-provincial politics [... and] it promotes a continuity and uniformity of legal policy across the nation. » F. L. MORTONS, préc., note 8, p. 93. Voir aussi Peter MCCORMICK and Ian GREENE, *Judges and Judging: Inside the Canadian Judicial System*, Toronto, Lorimer, p. 212 et Adryan JW TOTH, « Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis », (2013) 22 *Dal J. Leg. Stud.* 34. Au sujet de la tâche unificatrice de la Cour suprême du Canada, voir : John WILLIS, « Securing uniformity of law in a federal system—Canada », (1944) 5 *U.T.L.J.* 352, 356; Bora LASKIN, « The Supreme Court of Canada: A final court of and for Canadians », (1951) 29 *R. du B. can.* 1038, 1053 et Luc HUPPÉ, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & La fleur, 2000, p. 31.

37 « Susceptible de favoriser l'équilibre entre la démocratie parlementaire et l'intervention des tribunaux », la retenue judiciaire est, selon Brun, Tremblay et Brouillet, composée de différentes facettes : préc., note 2, p. 188-191. Sur la retenue quant aux questions constitutionnelles devenues théoriques, voir : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, 354 et suiv. Sur l'importance d'un cadre contextuel dans l'analyse d'une question : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des Petites et moyennes Entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 46 et P. TAILLON et F. HÉNAULT, préc., note 7. Sur l'étendue de la décision à rendre, laquelle doit être strictement nécessaire pour résoudre le conflit ou pour répondre à la question, voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, 490-492. Le juge Cory de la Cour suprême, dans l'arrêt *M. c. H.*, en 1999, conclut que : « De façon générale, le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre. » [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78. Il s'attarde, dans les paragraphes suivants de sa décision, aux différents facteurs qui influencent le degré de retenue judiciaire à adopter.

38 Burkhard HESS et Séverine MENÉTREY (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014; Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing Europe HumanRights Acquis », (2006) 43 *Common Market Law Review* 629; Arnaud DERRIEN, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », (2003) 105 (2) *Pouvoirs* 4 et, plus généralement, Louis FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 1049 et suiv. ; Didier MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », (2009) 80 (4) *Revue française de droit constitutionnel* 675; Xavier MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », dans Marthe Fatin-Rouge STÉFANINI et Guy SCOFFONI (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n° 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 61.

En outre, dans un système de droit non écrit et de *common law*, la Cour suprême dispose d'un pouvoir ultime, non seulement sur l'interprétation des normes, mais aussi sur la formulation de certaines d'entre elles. En s'appuyant sur le droit constitutionnel non écrit, de même que sur certaines normes écrites formulées en des termes très généraux, comme celles que l'on retrouve dans les catalogues de droits et libertés, le juge peut dégager de nouvelles normes implicites³⁹. Il peut, dès lors, en préciser le contenu et ainsi s'imposer comme un organe agissant à la fois comme interprète, mais aussi comme corédacteur de certaines des normes constitutionnelles⁴⁰.

L'unité juridictionnelle, dans le cadre d'une fédération plurinationale, constitue également une entorse au principe du fédéralisme. En effet, sur le plan de l'organisation des tribunaux, l'absence de fédéralisme judiciaire, privilégié par fidélité au modèle britannique d'unité juridictionnelle combiné au pouvoir du premier ministre fédéral de nommer unilatéralement l'ensemble des juges des tribunaux supérieurs⁴¹, jettent évidemment un doute sur l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire à l'endroit des autorités fédérales. Or, « l'autonomie réciproque du fédéral et des provinces est particulièrement dépendante de l'interprétation judiciaire »⁴². Nommés unilatéralement par l'exécutif fédéral, et ce, sans aucune participation des provinces, les juges des cours supérieures sont indirectement porteurs de la vision idéologique des autorités fédérales qui les ont choisis. Appelés à trancher les litiges entre le fédéral et les provinces, ils peuvent difficilement projeter la nécessaire image d'indépendance lorsqu'ils doivent leur nomination à l'une des deux parties au litige. En ce sens, le processus de nomination des juges au Canada alimente un biais structurel en faveur d'une conception centralisatrice du fédéralisme canadien⁴³.

Dans le contexte où les juges des cours supérieures sont tous nommés unilatéralement par l'exécutif fédéral, l'unité juridictionnelle joue en défaveur de l'autonomie des entités fédérées ainsi que de la défense du pluralisme et de la diversité, pourtant inhérents au fédéralisme. Comme le démontre José Woehrling, ce choix en faveur d'un système intégré a des effets uniformisateurs. Il y a, d'une part, le transfert d'un certain pouvoir de décision des organes représentatifs fédérés vers des organes judiciaires dont les membres sont unilatéralement désignés par l'exécutif fédéral et, d'autre part, la consolidation de l'identité pancanadienne au détriment de celle des États membres de la fédération. En ce sens, l'unité juridictionnelle participe au *nation building* canadien⁴⁴.

39 Voir : Patrick TAILLON, « Le gardien ou la plume ? Le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'interprétation de la Constitution », dans Genevieve VRABIE (dir.), *La Cour constitutionnelle — garant de la suprématie de la Constitution*, Iasi, Institutul European, 2014, p. 25.

40 *Id.*

41 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, art. 96.

42 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 411. Comme le souligne Nicole Duplé, cela fait craindre que « les juges du plus haut tribunal soient, en fait, nommés en raison d'une "qualité" première, soit leur adhésion à la doctrine du parti gouvernemental » qui, au niveau fédéral, est généralement centralisatrice. Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 366. Voir également : Eugénie BROUILLET, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 5; Eugénie BROUILLET et Yves TANGUAY, « The legitimacy of the constitutional arbitration process in a multinational federativeregime: the case of the Supreme Court of Canada », (2012) 45 *U.B.C.L.R.* 47.

43 E. BROUILLET et Y. TANGUAY, *id.*; E. BROUILLET, *id.*; Andrée LAJOIE, « Réformer le processus de nomination des juges de la Cour suprême », dans Nadia VERRELLI (dir.), *The Democratic Dilemma : Reforming Canada's Supreme Court*, Kingston/Montréal, McGill-Queen's Press-MQUP, 2013, p. 145; « Le fédéralisme canadien : science politique fiction pour l'Europe », (2005) 10 (1) *LexElectronica*, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/lajoie.pdf>>.

44 José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000-2001) 46 *McGill L. J.* 21, 49-50.

Cette volonté d'uniformisation et d'aplanissement des différences juridictionnelles est par ailleurs assumée et saluée par plusieurs auteurs canadiens-anglais⁴⁵. Après tout, l'unité permet d'édifier et de consolider l'État central. Cela dit, il y a toujours deux revers à une même médaille⁴⁶. Or, l'interprétation uniforme des droits constitutionnels comme étant « insusceptibles de variations à l'intérieur du territoire d'un même État va à l'encontre des objectifs de diversité et de pluralisme que sous-tend le fédéralisme »⁴⁷.

Dans le cas particulier du Québec, cela est évidemment très problématique, dans la mesure où les tentatives d'uniformiser la manière de penser et d'interpréter le droit représentent le plus souvent une menace à l'intégrité du droit civil québécois. Dans un contexte où la majorité des juges de la Cour suprême n'ont pas de formation en droit civil, plusieurs d'entre eux étant par ailleurs unilingues anglophones, il va de soi que ces juges travaillent avec des méthodes et des catégories conceptuelles qui sont celles de la *common law*. C'est d'ailleurs pour cette raison que bien des députés québécois se sont opposés, à l'origine, à la création de la Cour suprême du Canada, et ce, jusqu'à ce qu'un compromis soit trouvé afin d'assurer une représentation significative du Québec et de la tradition civiliste au sein de ce tribunal⁴⁸.

Des efforts importants ont donc été déployés pour atténuer ce problème. D'une part, la composition de la Cour suprême garantit qu'un tiers de ses membres doit provenir du Québec. Dans un important avis de 2014, la majorité des juges de la Cour suprême ont considéré que l'objectif de cette surreprésentation du Québec au sein de la Cour avait pour but « (i) de garantir une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec à la Cour, et (ii) de renforcer la confiance du Québec envers la Cour. »⁴⁹

D'autre part, les autorités fédérales ont mis sur pied, en 1997, la Commission du droit du Canada⁵⁰ responsable d'entreprendre une vaste étude sur les lois fédérales pour mieux refléter dans le droit « les concepts et les institutions des deux systèmes juridiques — le droit civil et la *common law* — »⁵¹, et pour, à terme, proposer des réformes et une modernisation de l'ordre juridique canadien qui se

45 Comme l'affirme Peter Hogg : « [T]he position of the Supreme Court of Canada, with its plenary jurisdiction, at the top of each provincial hierarchy, has the effect of melding the ten provincial hierarchies into a single national system. » Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Ed., Toronto, Carswell, 2014, p. 7.1 (a) ; F. L. MORTONS, préc., note 8, p. 93. Au sujet de la tâche unificatrice de la Cour suprême du Canada, voir : J. WILLIS, préc., note 36, 356 ; B. LASKIN, préc., note 36, 1053.

46 Encore une fois, José Woehrling témoigne de cette double perspective propre à la recherche d'un équilibre des pouvoirs au sein d'une fédération : « Selon les positions de chacun, on pourra estimer un tel résultat souhaitable ou nuisible. Cependant, on devra reconnaître que la centralisation et l'uniformisation vont à l'encontre de certains objectifs traditionnellement poursuivis par l'entremise du fédéralisme : l'autonomie des entités fédérées et la défense de la diversité. » J. WOEHRLING, préc., note 44.

47 *Id.*

48 *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 48-56 ; Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, Information Canada, 1969, p. 8.

49 *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, *id.*, par. 18, 49, 56, 57, 59 et 69, motifs de la juge en chef pour la majorité.

50 *Loi sur la Commission du droit du Canada*, L.C. 1996, c. 9, 7 (3). Les commissaires devaient représenter les intérêts socio-économiques et culturels divers du Canada, provenir de disciplines variées et avoir collectivement une connaissance des deux systèmes juridiques au Canada, le droit civil et la *common law*.

51 À son article 7 (3), la *Loi sur la Commission du droit*, *id.*, énonçait d'ailleurs comme condition de nomination de ses membres : « Les commissaires devraient représenter les intérêts socio-économiques et culturels divers du Canada, provenir de disciplines variées et avoir collectivement une connaissance des deux systèmes juridiques au Canada, le droit civil et la *common law*. »

voulait équitable et représentatif⁵². Il n'empêche que ces nobles efforts ne suffisent pas toujours à contrebalancer le poids démographique et structurel des juristes de *common law*.

II. Un contrôle sans limites des décisions de justice

L'unité juridictionnelle, avec ses avantages et ses inconvénients, a bien des conséquences sur la manière dont est organisé et pratiqué le contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada. En effet, du moment que l'ensemble des tribunaux ne forme qu'un seul corps, qu'un seul ordonnancement, qu'un seul pouvoir judiciaire, chapeauté par des cours supérieures et une Cour suprême, dont les pouvoirs reposent en grande partie sur des règles constitutionnelles non écrites, il devient difficile de concevoir quelque forme de restriction à la capacité de cette dernière de contrôler la constitutionnalité des décisions de justice. L'étendue de cette compétence, aux contours indéfinis, ne peut aisément faire l'objet d'une description, si ce n'est que par des exemples emblématiques. Nous en mentionnerons trois : premièrement, le sort réservé aux « clauses privatives » édictées par le législateur dans le but d'écarter le pouvoir de surveillance des cours supérieures (A) ; deuxièmement, la manière dont la Cour suprême a imposé — contre la volonté expresse du législateur — le contrôle des avis consultatifs rendus par les cours d'appel des provinces (B) et, enfin, troisièmement, les conditions relativement souples dans lesquelles les tribunaux de première instance peuvent pratiquer « l'overruled » et, à leur tour, contrôler l'interprétation de la Constitution préconisée par les tribunaux de dernière instance (C). À travers ces trois exemples, nous comptons démontrer que la capacité des cours supérieures de définir leur propre compétence connaît bien peu de limites au Canada.

A. L'impossibilité pour le législateur de limiter la compétence des cours supérieures

N'étant concurrencées par aucun autre ordre juridictionnel, pouvant s'appuyer sur des règles constitutionnelles non écrites dont elles sont les principales interprètes, les cours supérieures au Canada disposent d'une marge de manœuvre considérable dans l'exercice de leurs compétences. Elles peuvent ainsi s'opposer à toutes tentatives des parlements du fédéral ou des provinces de limiter leurs attributions. C'est d'ailleurs ce qu'elles ont fait à quelques reprises.

La création des tribunaux spécialisés⁵³, dotés d'une expertise particulière sur des questions précises et circonscrites, s'accompagne généralement de dispositions restreignant la compétence des cours supérieures. Le législateur manifeste alors son intention ferme de faire de ces tribunaux spécialisés

52 En 2006, le gouvernement conservateur de Stephen Harper annonça toutefois des coupes budgétaires drastiques dans le budget de la Commission qui ferma ses portes quelques mois plus tard. Pour une revue plus exhaustive des mandats de la Commission, voir Nathalie DES ROSIERS, « In Memoriam : La Commission du droit du Canada/The Law Commission of Canada, 1997–2006 », (2007) 22 *Canadian Journal of Law and Society* 145.

53 Au Québec, on note, entre autres, le Tribunal des droits de la personne (*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. 12, art. 100), le Tribunal administratif du Québec (*Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 14) et le Tribunal des professions (*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 162). Au Canada, on peut mentionner la Cour canadienne de l'impôt (*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2), le Tribunal de la concurrence (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 [2e suppl.]) et le Tribunal canadien des droits de la personne (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6).

des juridictions de dernier ressort, c'est-à-dire d'écarter toute forme d'appel ou de révision judiciaire. Mieux connues sous leur appellation anglaise, *statutory privative clauses*⁵⁴ (ou clauses privatives), ces dispositions restrictives de compétence prévoient que le tribunal spécialisé a le pouvoir d'entendre et de disposer de certaines affaires à l'exclusion de tout tribunal et que ses décisions sont finales, sans appel et sans autre recours possible.

Par l'adoption de ces dispositions privatives, l'objectif du législateur est de restreindre ou d'écarter le contrôle par les cours supérieures des décisions rendues par les tribunaux spécialisés. Or, les cours supérieures qui ont été amenées à interpréter les « clauses privatives » en ont très rapidement détourné le sens⁵⁵. Refusant d'y donner suite, elles ont tout simplement fait fi des termes de la loi pour préserver leur pouvoir, et ce, en s'appuyant sur des règles non écrites de *common law* et sur les fondements constitutionnels de leur pouvoir de surveillance et de contrôle. Elles ont, dès lors, considéré que ces dispositions limitatives de compétence ne sont qu'un « indice » — parmi d'autres — qui guide l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » de la Cour. Cette dernière vise à déterminer le degré de retenue ou de déférence (ce que l'on désigne, en droit administratif canadien, comme la « norme de contrôle ») qui s'impose au cas par cas, selon le contexte et les circonstances. Autrement dit, en interprétant une intention claire et manifeste du législateur d'écarter leur pouvoir de surveillance et de contrôle et en faisant des clauses restrictives de compétence de simples indications du législateur en faveur d'une plus grande retenue à l'endroit des tribunaux spécialisés, les cours supérieures ont su maintenir et préserver leur capacité à contrôler la conformité de l'ensemble des tribunaux administratifs et des cours spécialisés, lesquels se trouvent ainsi dans une position « inférieure » par rapport aux tribunaux de droit commun.

Plus fondamentalement, c'est la possibilité même pour le législateur de créer des tribunaux spécialisés qui a été remise en question par la jurisprudence. En effet, à force de multiplier, sur des sujets précis et limités, des cours inférieures et des tribunaux administratifs, des contestations judiciaires ont été entreprises pour déclarer inconstitutionnelles ces juridictions. Ces dernières sont apparues potentiellement comme un moyen pour les provinces de vider peu à peu les cours supérieures de leurs compétences. Il faut dire que les provinces disposent de la compétence législative sur l'administration de la justice⁵⁶, mais que cette dernière s'exerce sous réserve du pouvoir de nommer et de rémunérer les juges des cours supérieures⁵⁷. En multipliant ainsi les juridictions spécialisées, les provinces limitent indirectement le domaine d'action des juges nommés par le fédéral au profit de juges provinciaux. Or, à travers toute une série de critères permettant de déterminer si les juridictions spécialisées remettent en question l'équilibre historique que le constituant avait cherché à établir au moment de la Confédération de 1867⁵⁸, la Cour suprême du Canada est venue poser des

54 La Cour suprême a défini ces termes, entre autres, dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Worker's Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17.

55 *Crevier c. Québec (PG)*, [1981] 2 R.C.S. 220.

56 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 2, art. 92 (14).

57 *Id.*, art. 96 et 101.

58 Le test élaboré par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* est composé de trois étapes : (1) est-ce que la compétence attaquée correspond généralement à celle qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération ? ; (2) La fonction du tribunal provincial dans son cadre institutionnel est-elle une fonction judiciaire ? ; (3) Le cas échéant,

limites à la capacité des législateurs provinciaux de créer des juridictions spécialisées susceptibles de faire concurrence à la compétence large et supplétive des cours supérieures.

En somme, tant pour la création de tribunaux spécialisés que pour les clauses restrictives de compétence que le législateur a édictées en faveur de ces derniers, les cours supérieures ont su préserver leur pouvoir de surveillance et de contrôle en atténuant la portée des mesures législatives susceptibles de compromettre, de près ou de loin, l'unité juridictionnelle.

B. Le contrôle des avis consultatifs

Une seconde illustration pour témoigner de l'étendue des pouvoirs de surveillance et de contrôle réside, cette fois, dans les activités « consultatives » de la Cour suprême du Canada. Il s'agit en fait de la manière dont, encore une fois, des dispositions législatives explicites visant à écarter le contrôle par le plus haut tribunal des avis consultatifs rendus par les cours d'appel des provinces ont été surmontées. En effet, il existe au Canada une procédure par laquelle les exécutifs peuvent saisir, par renvoi, le juge de questions de droit⁵⁹. C'est une prérogative de la Couronne héritée des tribunaux anglais⁶⁰ et qui permet à Sa Majesté, ou à ses représentants (gouverneur général et lieutenant-gouverneur), de demander aux tribunaux un « avis consultatif ». Cette prérogative a été codifiée en droit canadien en 1833, au moment de la création du Comité judiciaire du Conseil privé⁶¹ qui a agi comme tribunal de dernier ressort pour le Canada jusqu'en 1949. De même, en 1875, lorsqu'on a mis en place la Cour suprême du Canada, une disposition a été insérée afin de reconnaître à l'exécutif fédéral le pouvoir de saisir la nouvelle cour générale d'appel d'une demande d'avis consultatif⁶².

Loin d'être anecdotique, le recours aux avis consultatifs a toujours été très important dans les dossiers constitutionnels. Cette procédure permet aux gouvernements de contester la validité d'une loi avant⁶³ ou après⁶⁴ son adoption, sans être en présence d'un litige concret, ce qui représente une exception par rapport au modèle anglo-américain de contrôle de constitutionnalité⁶⁵.

est-ce que la fonction globale du tribunal provincial dans tout son contexte institutionnel enfreint l'article 96? ([1981] 1 R.C.S. 714, 734-736, précisé dans *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, 253-255) Ces questions ont pour effet de figer les caractéristiques des cours visées à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au temps de la Confédération pour éviter qu'elles soient vidées de leur juridiction. Ainsi, « seuls les transferts de compétences jugées complémentaires d'un régime administratif valide ou nécessairement accessoire à la réalisation d'un objectif législatif par ailleurs constitutionnel sont permis. » *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, 232; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, 268-269.

59 P. TAILLON et F. HÉNAULT, préc., note 7.

60 Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and The Courts. The Function and Scope of Judicial Review*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 272. In *ReCriminal Code*, [1910] S.C.R. 434, 451, propos du juge Duff.

61 *An Act for better administration of Justice in his Majesty's Privy Council*, 3 & 4 Will. 4, c. 41 (1833), art. 4 : « It shall be lawful for His Majesty to refer to the said Judicial Committee for hearing or consideration any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit; and such Committee shall thereupon hear or consider the same, and shall advise His Majesty thereon in manner aforesaid. ». (Nous soulignons).

62 *Supreme and Exchequer Court Act*, préc., note 9, art. 52.

63 *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 48; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

64 *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

65 *Supra*, note 8.

Jacques-Yvan Morin et José Woehrling ont recensé que, durant le premier siècle ayant suivi l'adoption de la Constitution de 1867, « un tiers des décisions portant sur la Constitution furent rendues sous forme d'avis consultatifs »⁶⁶. Or, cette procédure de « renvoi » suscita de vifs désaccords parmi les provinces. Selon Barry L. Strayer⁶⁷, les critiques des provinces étaient confortées par le libellé de la version initiale du projet de loi constitutive de la Cour suprême du Canada. Ce dernier heurtait de front les intérêts des provinces en définissant le renvoi comme une procédure permettant une contestation accélérée de la constitutionnalité des lois provinciales⁶⁸. L'opposition des provinces résidait donc dans le déséquilibre des pouvoirs qui résulte du fait que l'un des membres de la fédération, en l'occurrence le fédéral, puisse être le seul à « obtenir promptement une détermination judiciaire de la validité des lois »⁶⁹. S'appuyant sur ces avis, qui ne sont officiellement que consultatifs, le fédéral risquait ensuite de mobiliser les arguments de la Cour dans les différends politiques et juridiques qui l'opposeraient aux autres membres de la fédération, en l'occurrence les provinces.

Pour bien marquer leur désaccord, les provinces contestèrent la procédure du renvoi jusqu'au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Celui-ci confirma néanmoins la constitutionnalité de la loi fédérale qui habilite encore aujourd'hui les demandes d'avis consultatif⁷⁰. Ne pouvant empêcher les autorités fédérales de se doter d'une procédure de renvoi auprès de la Cour suprême du Canada⁷¹, les provinces décidèrent de faire de même et de prévoir des procédures équivalentes leur permettant de saisir leur cour d'appel d'une même demande⁷². Au Québec, une telle loi fut adoptée en 1898⁷³.

Cette loi québécoise avait cependant une particularité importante : elle empêchait, par son article 4, que l'opinion de la Cour d'appel — rendue dans un simple avis consultatif — ne puisse faire l'objet d'un appel. Ainsi, jusqu'en 1987⁷⁴, le contrôle par la Cour suprême d'un avis consultatif rendu

66 J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 8, p. 354.

67 Il écrit : « [T]he provinces apparently regarded this reference system as a sinister device intended primarily to enable the federal authorities to attack the provincial legislation in a federally created court before which the province had no automatic right to appear. » B. L. STRAYER, préc., note 60, p. 274.

68 « Dans le premier projet de loi portant création de la Cour suprême et déposé aux Communes par le gouvernement fédéral le 21 mai 1869, la procédure de l'avis consultatif était prévue, mais, fait remarquable, uniquement en rapport avec la validité des lois provinciales et afin d'éclairer le gouvernement fédéral sur le point de savoir s'il devait exercer sur elles son pouvoir de désaveu. On fit circuler ce projet parmi les juges du pays, espèce d'avis consultatif informel et populaire. La réaction des juges fut fort tiède et de ce projet de loi il ne fut plus question. » Grégoire WEBBER et François CHEVRETTE, « L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du Canada : Essai de typologie », (2003) 82 (3) *Canadian Bar Review* 757, 762.

69 G. RÉMILLARD, préc., note 8, p. 190.

70 *Attorney General for Ontario c. Attorney General for Canada*, [1912] A.C. 571.

71 *Id.*

72 Dès 1887, lors de la Conférence interprovinciale tenue à Québec, cinq des sept provinces représentées signèrent une résolution en ce sens : *Official Proceedings of the Inter-Provincial Conference*, Québec, 1887, p. 28. Toutefois, il fallut attendre plusieurs années avant qu'une majorité de provinces donnent suite à cette résolution. James L. HUFFMAN et Mardilyn SAATHOFF, « Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction », (1989-1990) 74 *Minn. L. Rev.* 1251, 1259. Aujourd'hui, ce sont toutes les provinces qui disposent d'une procédure d'avis consultatif devant leur cour d'appel : *The Constitutional Questions Act*, 2012, S.S. 2012, c. C-29.01, art. 2 (Saskatchewan); *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 26 (Alberta); *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, art. 1 (Colombie-Britannique); *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, art. 13 (Terre-Neuve et Labrador); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, art. 8 (1) (Ontario); *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, art. 3 (Nouvelle-Écosse); *Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-2.1, art. 7 (1) (Île-du-Prince-Édouard); *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, art. 23 (1) d) (Nouveau-Brunswick); *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M. c. C180, art. 1 (Manitoba).

73 *Loi autorisant la soumission de certaines questions par le lieutenant-gouverneur en conseil, à la Cour du Banc de la Reine*, S.Q. 61, Vict., c. 11. Son article 1 se lit ainsi : « Le lieutenant-gouverneur en conseil peut soumettre à la cour du banc de la reine, juridiction d'appel, pour audition ou examen, toutes questions quelconques qu'il juge à propos, et sur ce, la cour les entend et les examine. »

74 Depuis 1987, par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur les renvois à la Cour d'appel* (1987, c. 99.), l'article 5.1 précise que : « L'opinion certifiée de la cour sur les questions ainsi soumise doit être considérée comme un jugement de cette cour et il peut en être interjeté appel à la Cour suprême du Canada comme d'un jugement dans une action. » *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, RLRQ, c. R -23.

par la Cour d'appel du Québec était exclu. Malgré cela, le contrôle par la Cour suprême, facilité par une modification à la loi fédérale⁷⁵, s'est néanmoins imposé.

Ce contrôle des avis consultatifs rendus par les cours d'appel des provinces est, à bien des égards, révélateur. Même pour de simples « renvois » qui n'ont pas, dans la tradition anglo-canadienne, de valeur juridique officielle, la Cour suprême conserve encore la possibilité d'intervenir. Pourtant, s'il y a un domaine pour lequel l'intervention du plus haut tribunal n'était pas indispensable, c'est bien celui-là. Comme l'écrivent à l'unanimité les juges du plus haut tribunal, « [d]ans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif »⁷⁶. Le renvoi est une exception dans l'univers juridique au Québec et au Canada. Or, en institutionnalisant la possibilité d'en appeler des avis rendus par les cours d'appel des provinces, on a réduit les différences entre l'avis consultatif et la décision exécutoire ce qui a contribué à dénaturer graduellement les avis consultatifs pour en faire, en définitive, une forme non officielle de décision produisant *de facto* les effets d'un jugement⁷⁷.

C. Le « réexamen » des décisions judiciaires

Conformément à la règle du *stare decisis* qui caractérise les systèmes de *common law*, les tribunaux sont en principe liés par leurs précédents et par ceux des tribunaux supérieurs⁷⁸. Cela s'explique par un souci de cohérence, de certitude et de prévisibilité qui doit guider les tribunaux dans leur interprétation et dans leur application de la *common law*⁷⁹. Par exception à cette règle, la Cour suprême peut néanmoins s'émanciper de sa propre jurisprudence⁸⁰. C'est ce qu'on appelle « l'overruled » ou le réexamen des décisions. La Cour se trouve ainsi à opérer une forme de contrôle de sa jurisprudence antérieure. Cela montre, encore une fois, que, lorsque les circonstances s'y prêtent, il n'y a pratiquement aucune limite à la capacité de la Cour suprême d'examiner l'ensemble des décisions de justice.

Cela dit, le plus étonnant réside ailleurs. Au-delà des revirements à la Cour suprême, il y a de plus en plus de réexamens judiciaires pratiqués par les tribunaux de première instance, et ce, surtout dans des dossiers qui touchent à des questions de constitutionnalité. On assiste en fait à une forme de renversement hiérarchique : ce sont soudainement les tribunaux situés au bas de l'ordonnement judiciaire qui examinent la conformité à la Constitution de la jurisprudence élaborée par la Cour suprême du Canada, pourtant censée dominer la « pyramide » judiciaire.

75 Un amendement fait en 1922 à la *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 9, a facilité les appels des avis consultatifs initiés par les provinces. L'article 37 de la *Loi sur la Cour suprême* permet à la Cour suprême de contrôler les avis des cours d'appel provinciales lorsqu'il a été déclaré par une loi de cette province que l'avis doit être considéré comme un jugement de la plus haute cour de la province et qu'on peut interjeter appel comme s'il s'agissait d'un simple jugement dans une action ordinaire. G. RÉMILLARD, préc., note 8, p. 190-191.

76 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 25.

77 La Cour suprême le reconnaît elle-même : « [B]ien qu'il ne s'agisse pas d'un arrêt au vrai sens du mot, mais simplement de ce que l'on qualifie parfois d'opinion donnée sur une question déferée à cette Cour par le gouverneur général en conseil, conformément à l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême* et à la juridiction spéciale qu'il confère à cette Cour, nous devons la considérer comme une opinion qui lie cette Cour [...] ». *R. c. Aziz*, [1981] 1 R.C.S. 188, 197.

78 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 201-202, par. I.60.

79 *R. c. Saskatchewan Federation of Labour*, préc., note 35, par. 28-29.

80 Comme l'écrit Janelle Souter : « [T]he doctrine of precedents should not require the courts to follow the wrong path until [they] fall over the edge of the cliff. Following a wrong decision blindly simply makes the law predictably unjust. » Janelle SOUTER, « Clearly the Arc Bends: Stare Decisis and *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan* », (2015) 78 *Sask. L. Rev.* 397, 404.

Pour un tribunal de première instance, il peut sembler quelque peu téméraire d'oser un tel réexamen, mais c'est un comportement qui est, en quelque sorte, encouragé par la Cour suprême. En effet, avec le temps, le plus haut tribunal de la fédération a formulé des critères permettant précisément d'encadrer et de baliser le réexamen des interprétations préconisées dans ses décisions antérieures.

D'abord, la Cour suprême considère depuis longtemps que la règle du *stare decisis* est moins contraignante en droit constitutionnel⁸¹. Commentant sa propre jurisprudence, elle écrit : « Cette Cour a affirmé clairement que les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables, et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »⁸². Dans le domaine du partage des compétences, Peter Hogg constate que la Cour « a en fait souvent changé d'avis sur cette doctrine (parfois sans distinguer explicitement ses précédents pertinents), et elle a expressément renversé un nombre disproportionné de précédents constitutionnels »⁸³. Le contentieux des droits et libertés de la personne est aussi très propice à de tels réexamens judiciaires⁸⁴.

Dans au moins trois décisions récentes, ce sont donc les tribunaux de première instance qui ont examiné, puis renversé la jurisprudence de la Cour suprême. Dans l'arrêt *Bedford*⁸⁵, la juge Himel de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a, en 2010, réexaminé l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés préconisée par la Cour suprême dans un renvoi de 1990⁸⁶. Auparavant considérées comme conformes à la Constitution, les dispositions du *Code criminel*⁸⁷ relatives à certaines activités liées à la prostitution⁸⁸ étaient soudainement déclarées *ultra vires* dès le jugement de première instance. Entretemps, le texte de la Constitution n'avait guère changé, mais le « contexte », lui, avait évolué.

Il en fut de même dans l'arrêt *Carter*, portant, cette fois, sur l'aide médicale à mourir, où la juge Smith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a, dans sa décision de première instance du mois de juin 2012⁸⁹, renversé l'interprétation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité préconisée quelques années auparavant par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Rodriguez*⁹⁰.

81 Par exemple, dans plusieurs anciennes affaires liées à des questions constitutionnelles, la Cour suprême a jeté les bases de cet abandon progressif du *stare decisis* en refusant de suivre le précédent établi par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Voir, entre autres, le *Reference re Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, 1234 et 1291, dans lequel elle s'écartera du précédent établi dans *Lower Mainland Dairy Products Board v. Crystal Dairy*, [1933] A.C. 168, de même que *Referencere The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, 212 et 213; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, 161; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, 661. B. LASKIN, préc., note 36, 1073. Voir aussi P. W. HOGG, préc., note 45, p. 8.7.

82 *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, par. 44 et 45.

83 P. W. HOGG, préc., note 45, p. 8.7. L'extrait original en langue anglaise est le suivant : « [H]as in fact often changed its mind on the constitutional doctrine (sometimes without any explicit overruling of the relevant precedents), and has explicitly overruled a disproportionate number of constitutional precedents ».

84 Par exemple, l'un des revirements jurisprudentiels les plus spectaculaires des dernières années concerne l'interprétation de la liberté d'association et la question du droit à la négociation d'une convention collective qui a fait l'objet d'importants développements depuis l'arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391. Voir : *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245.

85 *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264.

86 *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 [1] c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

87 L.R.C. 1985, c. C-46.

88 Telles que de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver, de vivre des produits de la prostitution d'autrui ou de communiquer, en public, à des fins de prostitution.

89 *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886.

90 *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Plus récemment encore, dans l'arrêt *Comeau*⁹¹, le juge Ronald Le Blanc de la Cour provinciale de Campbellton au Nouveau-Brunswick a considéré que la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* devait être écartée au profit d'une interprétation plus favorable au commerce interprovincial.

Fait étonnant, les renversements jurisprudentiels préconisés par les juges de première instance ont, dans le dossier de la prostitution en 2014 comme dans celui de l'aide médicale à mourir en 2015, été confirmés sans réserve par une majorité de juges de la Cour suprême du Canada⁹². Il n'empêche que, d'un dossier à l'autre, les juges ont tenté de préciser les circonstances ou les critères pouvant justifier le réexamen de leurs précédents par des tribunaux de première instance. Ainsi, en 2015, la Cour affirme à l'unanimité :

« Le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose ; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne⁹³ ».

Autrement dit, les tribunaux de première instance sont autorisés à renverser la jurisprudence établie par les tribunaux supérieurs si une nouvelle question de droit se pose ou s'il y a un changement de contexte (ou de preuve)⁹⁴.

Dans le cas de la prostitution et de l'aide médicale à mourir, l'interprétation des dispositions constitutionnelles mobilisées par les parties avait, certes, quelque peu évolué, mais c'est surtout le critère de l'état des connaissances scientifiques qui a été déterminant. Comme l'écrit la Cour dans l'arrêt *Carter*, « le dossier de preuve est plus étoffé et fait état de résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990 »⁹⁵ ce qui fait en sorte « que les données sociales, politiques et économiques sous-jacentes [à la décision de 1990] ne sont plus valables [...] »⁹⁶. Bref, au-delà des questions de preuve, se cachent des évolutions des mentalités auxquelles les tribunaux canadiens se montrent assez perméables lorsqu'ils réexaminent leur jurisprudence.

91 *R c. Comeau*, 2016 NBCP 3.

92 Dans le cas de l'affaire *Comeau* (*id.*), les juges du plus haut tribunal ne se sont pas encore prononcés, car cette dernière affaire est toujours en attente d'une audition à la Cour suprême du Canada.

93 *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, par. 44. Nos soulignés.

94 *Id.*

95 *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, par. 41 (motifs de la juge en chef pour la Cour).

96 *Id.*

Conclusion

À la lumière de ces quelques exemples emblématiques, il semble que le système intégré autour d'une Cour suprême unique et toute puissante a favorisé la mise en place du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada. Si ce système comporte des avantages et des inconvénients, il connaît surtout peu de limites comme en témoignent les exemples qui ont été analysés ici et qui touchaient au sort réservé par les cours supérieures aux clauses privatives et aux appels des avis consultatifs rendus par les cours d'appel des provinces, de même qu'au possible réexamen des précédents et de la jurisprudence.

La principale limite à la capacité des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des décisions de justice demeure la retenue dont font preuve les juges — à des degrés variables. En effet, les larges attributions dont disposent les tribunaux n'ont de sens que si elles sont exercées avec retenue, modération et déférence à l'endroit des décisions des instances inférieures et des autres pouvoirs constitués. Cela est d'autant plus important que l'opinion du juge canadien, contrairement à celle du juge constitutionnel français, n'est en définitive pas concurrencée par d'autres juridictions nationales ou supranationales. En somme, parce que l'unité juridictionnelle accroît les pouvoirs et l'influence de la Cour suprême, elle s'accompagne aussi d'un important risque : celui de la concentration du pouvoir qui doit inciter la Cour suprême à s'acquitter convenablement de son devoir de retenue.