
Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels

Danielle Pinard*

L'auteure s'interroge sur le pouvoir des tribunaux administratifs de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels, lorsque telle inconstitutionnalité est soulevée de façon incidente. Notant d'abord que les considérations d'opportunité appellent à la reconnaissance d'un tel pouvoir, elle fait état des incohérences de la jurisprudence québécoise sur la question. Ayant passé en revue les considérations d'ordre légal et constitutionnel, l'auteure conclut que les tribunaux ont non seulement le pouvoir, mais également le devoir de refuser de donner effet à des textes contraires à la Constitution, en autant que tel pouvoir est exercé à l'intérieur de paramètres précis.

The author examines the question of whether administrative tribunals have the authority to refuse to give effect to legislation that they deem to be unconstitutional, where such unconstitutionality has been raised as a collateral issue. She notes that while considerations of efficiency suggest that this authority should be recognized, the courts in Quebec have not been consistent on this question. The author then reviews constitutional and other issues and concludes that administrative tribunals have not only the authority but also the obligation to refuse to apply legislation if it is contrary to the Constitution, provided that the authority to refuse to apply legislation is strictly confined.

*Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie Pierre-André Côté, Réal A. Forest et Yves-Marie Morissette pour leurs commentaires relatifs à une version antérieure de ce texte, version réalisée alors qu'elle était Assistant Visiting Professor à la Faculté de droit de l'Université McGill.

Si un tribunal judiciaire *ou administratif* juge une loi incompatible avec la Constitution, ce tribunal a, en vertu du caractère prédominant de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévu au par. 52(1), non seulement le pouvoir mais encore l'obligation de considérer comme « inopérantes » les dispositions incompatibles de cette loi [...]¹. [nos italiques]

Cet énoncé n'était qu'*obiter* quant à son application aux tribunaux administratifs. Il exprime néanmoins l'état du droit.

En effet, au cours d'un litige dont il est *prima facie* valablement saisi en vertu des règles lui attribuant sa compétence principale, et qui met en jeu les droits et obligations d'une justiciable, un tribunal administratif doit pouvoir considérer des arguments d'inconstitutionnalité² soulevés de façon incidente et, pour les fins de la résolution de ce litige particulier, refuser de donner effet³ à un texte jugé non conforme aux prescriptions constitutionnelles. Ce principe est présent dans les règles constitutionnelles et législatives régissant l'activité des tribunaux administratifs au Québec, et il découle

¹R. c. *Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 353, 18 D.L.R. (4th) 321, 18 C.C.C. (3d) 385, M. le juge Dickson [ci-après *Big M Drug Mart* cité aux R.C.S.].

²« Inconstitutionnalité » réfèrera, tout au long de ce texte, à toute forme d'incompatibilité interdite par la Constitution canadienne telle que définie par l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*], notamment en matière de partage des compétences et en matière de droits et libertés, et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, [ci-après *Charte québécoise*], qui édicte à son article 52 :

Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

En pratique cependant, il est permis de croire que les problèmes de constitutionnalité rencontrés par les tribunaux administratifs concernent principalement la question des chartes, québécoise et canadienne. Le terme « Constitution » comprend donc dans cette note la Constitution du Canada telle que définie *supra*, et la *Charte québécoise* dans la mesure de son effet prépondérant.

³On le verra, l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prescrit que

La Constitution du Canada [...] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Pierre-André Côté s'est interrogé sur la cause de cette sanction d'ineffectivité, qui pourrait être ou l'invalidité, ou encore le simple effet prépondérant de la Constitution sur une disposition valide mais incompatible. Voir P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 R.J.T. 105. La *Charte québécoise* ne prévoit nulle part expressément la sanction imposée aux dispositions incompatibles, elle se contente d'énoncer une interdiction de dérogation (voir le texte de l'article 52, *supra*, note 2). Il semble que les tribunaux aient déclaré inopérantes les dispositions contraires à la *Charte québécoise*, sans cependant se prononcer sur la cause de cette ineffectivité. Voir J.-Y. Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987) 21 R.J.T. 25 à la p. 38. Il n'est toutefois pas nécessaire de régler ces questions pour les fins de cette note. La seule distinction importante pour notre propos est qu'on ne suggère *pas* que les tribunaux administratifs puissent déclarer l'*invalidité* d'une disposition, le cas échéant. Seule nous préoccupe ici la question de l'absence d'effets pour les fins d'un litige particulier, quel qu'en soit le fondement théorique.

d'une saine considération des avantages et inconvénients en présence. Mais il n'est nulle part écrit noir sur blanc, ni dans la Constitution, ni dans les lois. La Cour suprême du Canada, si elle en a esquissé certains paramètres, ne s'est pas encore prononcée directement sur l'existence de ce principe, mis à part, bien sûr, l'*obiter* cité en exergue. Les positions doctrinales et jurisprudentielles sur le sujet, remarquables d'une part par leur rareté⁴, le sont aussi par leur laconisme. Dans ce contexte d'absence d'autorités clairement habilitantes, qu'elles soient constitutionnelles, législatives ou jurisprudentielles, l'hésitation des tribunaux administratifs à assumer un rôle en matière constitutionnelle ne surprend pas. Un argument de philosophie spontanée, de l'ordre de l'intuition, semble omniprésent bien que difficile à cerner, tant en raison de son évanescence que de son caractère prétendument évident. Cet argument fait appel à des notions de hiérarchie, d'autorité : les tribunaux administratifs ne seraient pas de taille pour discuter, ni, *a fortiori*, pour trancher les questions relevant de la loi suprême du pays, la Constitution. Cet argument fait appel à l'intuition, et il présente à cet égard un indéniable attrait. Mais, pour le meilleur ou pour le pire, notre système juridique ne fonde pas ses règles de compétence sur des considérations d'intuition. On doit donc aller au-delà de ces réactions premières.

L'examen du débat relatif aux rôles et pouvoirs des tribunaux administratifs quant aux questions d'ordre constitutionnel révèle de prime abord une confusion certaine dans la caractérisation du problème. On a souvent traité de la question sans faire la distinction entre la déclaration d'invalidité absolue et *ab initio* d'un texte législatif⁵ et le simple refus de donner effet à une disposition particulière, pour motif d'inconstitutionnalité, et pour les seules fins d'un litige particulier⁶. Il se peut, comme c'est souvent le cas, qu'une confusion conceptuelle ait freiné la reconnaissance et l'exercice d'un pouvoir par ailleurs existant.

Il nous semble qu'une fois les distinctions pertinentes dûment considérées, il ressort clairement que notre droit reconnaît à un tribunal administratif le pouvoir de considérer des arguments d'inconstitutionnalité soulevés de façon incidente et, pour les fins de la résolution d'un litige particulier, de refuser de donner effet à un texte jugé non conforme à la

⁴Postérieurement à la rédaction de cette note, mais antérieurement à sa publication, la Revue du Barreau a publié une chronique du professeur Gilles Pépin portant directement sur notre objet d'étude : G. Pépin, « La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer » (1987) 47 R. du B. 509.

⁵C'est probablement essentiellement de la crainte d'une telle conclusion que naît l'intuition d'impossibilité pour cause de hiérarchie.

⁶On doit cependant noter qu'il est possible que tout jugement d'inconstitutionnalité, et même une déclaration explicite d'invalidité, n'ait qu'un effet *inter partes*. Voir S. Létourneau, « La loi est *ultra vires*, vive la loi » [à paraître].

Constitution. Seront étudiés successivement les considérations d'opportunité, l'état de la jurisprudence, puis, dans l'ordre prescrit par la hiérarchie des normes, les considérations d'ordre constitutionnel et enfin d'ordre légal.

I. Les considérations d'opportunité

Avant d'aborder les données constitutionnelles et législatives pertinentes, si d'ailleurs il en est, il s'avère essentiel de considérer les arguments de politique qui sous-tendent la question, de manière à pouvoir interpréter les incertitudes de celles-là à la lumière de ceux-ci. En d'autres termes, est-il souhaitable de reconnaître une telle juridiction aux tribunaux administratifs? Il semble bien que ce soit le cas.

L'argument fondamental en faveur de la reconnaissance d'une certaine juridiction des tribunaux administratifs pour décider de questions de constitutionnalité consiste en ce que les justiciables sont bénéficiaires de droits constitutionnels⁷ qu'elles devraient être en mesure d'exercer à chaque interpellation de l'État. En principe, l'intérêt des individus dans la reconnaissance efficace de leurs droits constitutionnels milite fortement en faveur de la possibilité d'une mise en oeuvre de ceux-ci devant les tribunaux administratifs. Refuser à ces derniers toute juridiction en la matière imposerait un recours constant au contrôle judiciaire, multipliant ainsi les coûts de l'exercice des droits, qu'il s'agisse de délais, ou encore de coûts strictement financiers. Cette considération des droits individuels doit prévaloir sur l'intérêt d'une administration de la justice sans histoires, où tous les organismes se contenteraient d'appliquer le droit qu'on leur présente : l'efficacité administrative justifiera rarement des limitations aux droits des individus⁸.

Certains traits relatifs à l'instance administrative même plaident aussi en faveur d'une juridiction en matière constitutionnelle. Tout d'abord, les tribunaux administratifs possèdent une compétence, une expertise et une connaissance d'un milieu particulier qu'ils pourraient avantageusement

⁷L'importance particulière des droits et libertés pour notre propos, par opposition aux autres prescriptions constitutionnelles, s'exprime ici. On peut remarquer cependant que certains juges ont aussi référé à l'existence d'un *droit*, pour les individus, au respect du partage constitutionnel des compétences législatives par les parlements fédéral et provinciaux. Voir *P.G. Nouvelle-Écosse c. P.G. Canada* (1950), [1951] R.C.S. 31 à la p. 34, [1951] 4 D.L.R. 369.

⁸Dans le cadre de leur discussion des limites aux droits et libertés constitutionnelles permises par l'article 1 de la *Charte canadienne*, certains juges de la Cour suprême ont opiné en ce sens. Voir, par exemple, *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act* [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 518, 24 D.L.R. (4th) 536, 23 C.C.C. (3d) 289, 48 C.R. (3d) 289, M. le juge Lamer ; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* [1985] 1 R.C.S. 177 à la p. 218, 17 D.L.R. (4th) 422, Mme la juge Wilson ; *R. c. Big M Drug Mart*, *supra*, note 1 à la p. 353, M. le juge Dickson.

mettre au service de la mise en oeuvre de la primauté de la Constitution⁹. Leur position privilégiée quant à l'appréhension des faits pertinents leur permet d'élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés tout comme des préceptes constitutionnels généraux. Au demeurant, on doit se rappeler que cette expertise est déjà, sans conteste¹⁰, mise au service de décisions d'ordre constitutionnel. Par exemple, certains tribunaux administratifs prennent régulièrement des décisions relatives à des faits dont la qualification déterminera leur compétence constitutionnelle, à des « faits constitutionnels »¹¹. C'est le cas particulièrement en matière de relations de travail, où les organismes ont à décider de leur propre compétence selon que l'activité industrielle concernée sera qualifiée comme relevant de la compétence constitutionnelle fédérale ou provinciale¹². De la même façon, les tribunaux administratifs doivent généralement s'astreindre à interpréter en conformité avec la Constitution les textes qui leur sont soumis¹³. Le vaste mandat conféré aux tribunaux administratifs, leur expérience et leur connaissance spécialisées qu'ils mettent déjà au service de la résolution de certaines questions constitutionnelles devraient faire échec à toute mise en doute de leur aptitude à assumer correctement une juridiction en la matière¹⁴. Par ailleurs, l'exercice de cette juridiction faciliterait la réalisation d'un éventuel contrôle judiciaire, le tribunal de juridiction supérieure tirant alors profit des conclusions factuelles, légales et constitutionnelles émises par un organisme expert. L'uniformité d'application de la Constitution, fondée sur une certaine notion d'égalité, dépend en partie de la possibilité de

⁹Il s'agit, pour s'en convaincre, de penser à la pertinence de la connaissance du monde des relations de travail pour une définition éclairée et fonctionnelle de la liberté d'association dans ce contexte. Voir les décisions citées *infra*, note 51. Voir, au même effet, la décision du Conseil canadien des relations de travail dans *Société canadienne des postes c. Divers syndicat* (7 octobre 1986), décision 590, où l'on retrouve la remarque suivante, à la p. 17 du jugement : « [i]l appartient de bon droit au Conseil d'examiner les faits et la preuve produite à la lumière des normes constitutionnelles, pour ainsi contribuer à l'élaboration de ces normes suivant sa propre perspective et son expertise. » Enfin, la décision du Labour Board de Colombie-Britannique dans *Chevron Canada Ltd and Teamsters, Local Union 213* [1978] 2 C.L.R.B.R. 316 est un bel exemple d'une discussion éclairée de questions constitutionnelles par un tribunal administratif.

¹⁰Pour une analogie avec le droit américain, voir Note, « The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes » (1976-77) 90 Harv. L. Rev. 1682.

¹¹Voir J.E. Magnet, « Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality » (1980) 11 Man. L.J. 21 à la p. 24.

¹²Voir, par exemple, *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada* [1983] 1 R.C.S. 733, 147 D.L.R. (3d) 1.

¹³Voir, par exemple, *Tripur Inc. c. Vitriers travailleurs du verre, local 1135* [1985] T.T. 431 [ci-après *Tripur*].

¹⁴Certaines craintes de cet ordre sont parfois exprimées, sans toutefois qu'on les justifie explicitement. Par exemple, dans *Johnson c. Commission des affaires sociales* [1984] C.A. 61 à la p. 70 [ci-après *Johnson (no 2)*], le juge Bisson réfère à un danger d'arbitraire, sans cependant en expliquer le fondement.

contrôle judiciaire des décisions administratives rendues en matière constitutionnelle. Les tribunaux administratifs occupent une position privilégiée qui leur permet de constituer de façon éclairée un dossier complet en première instance. Ils devront remplir cette tâche de façon particulièrement attentive lors de décisions constitutionnelles, et ainsi permettre un contrôle judiciaire efficace.

La reconnaissance de cette juridiction serait également propice à une plus grande intégrité du processus administratif même, que l'on souhaite spécialisé, efficace, diligent. Soustraire à la compétence des tribunaux administratifs la résolution de questions constitutionnelles, essentielle à l'exercice légal de leur mandat, c'est participer à la fragmentation du processus administratif par la multiplication des occasions de recours à l'exercice d'un contrôle judiciaire, préalable à la constitution d'un dossier de première instance complet par l'organisme le plus apte à le faire.

L'argument d'intuition, à saveur hiérarchique, selon lequel les tribunaux administratifs ne seraient pas de taille à prendre des décisions en matière constitutionnelle, concerne en fait l'aspect *conclusion* de la décision à rendre, et non pas ses considérants. Personne ne s'opposera à ce que les tribunaux administratifs « pensent » à la Constitution, interprètent et appliquent le droit dans un esprit conforme aux directives constitutionnelles¹⁵. Ce qui inquiète ici, c'est la sanction, la conclusion : comment une créature de l'État peut-elle se retourner contre son maître et déclarer l'invalidité des actes des législatures démocratiquement élues ? C'est là que le bât blesse. Mais ce qui est préconisé, c'est le pouvoir de *refuser de donner effet* à un texte jugé incompatible avec la Constitution, et ce *pour les fins d'un litige particulier*. Il n'est pas question ici de déclarations d'invalidité absolue¹⁶. Il ne s'agit que de la constatation¹⁷ d'une incompatibilité, et de l'exécution de l'ordre énoncé aux articles 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte québécoise*¹⁸.

Certains se sont interrogés sur la sagesse de conférer à des tribunaux inférieurs le pouvoir de rendre des décisions constitutionnelles de dernier

¹⁵Voir « The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes », *supra*, note 10 à la p. 1684.

¹⁶Sur l'effet *inter partes* voir *supra*, note 6.

¹⁷Voir Y. Duplessis, « Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires* » (1984) 15 R.G.D. 126 à la p. 131. En matière de règlement municipal *ultra vires*, cet auteur oppose « constatation » à « déclaration ».

¹⁸Voir ci-dessous, section III.B., où il est avancé qu'il existe en fait un obligation constitutionnelle, imposée aux tribunaux administratifs, de refuser de donner effet à des textes inconstitutionnels.

ressort et sans appel¹⁹. Qu'il suffise de rappeler la constante disponibilité du contrôle judiciaire en matière d'absence ou d'excès de juridiction : un tribunal administratif refusant erronément de donner effet à une disposition législative pour cause d'incompatibilité avec la Constitution s'arrogerait une juridiction qu'il n'a pas. Enfin, un argument important, relevant aussi de l'ordre de l'opportunité, pourrait être développé à l'encontre d'une juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle. Il met en jeu la récente décision de la Cour suprême du Canada, *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd*²⁰. Dans cette affaire, un employeur avait engagé devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba une procédure visant à faire déclarer invalides, parce que contrevenant à la *Charte canadienne*, certaines dispositions du *Labour Relations Act*²¹ permettant au Manitoba Labour Board d'imposer une première convention collective, lors de circonstances définies dans la loi. Dans le cadre de cette action, l'employeur avait ensuite présenté une requête pour obtenir une suspension d'instance devant la Commission, en attendant que la question de la validité de la loi puisse être entendue au fond. C'est dans ce contexte que le juge Beetz, au nom de la majorité, a notamment rappelé les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pendant la contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative. Il a tout d'abord précisé les trois critères traditionnels élaborés par les tribunaux en matière d'injonction interlocutoire, soit une apparence de droit suffisante révélée par une évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige, la possibilité d'existence d'un préjudice irréparable, puis enfin une considération de la prépondérance des inconvénients. Ce dernier critère revêt une forme particulière dans un cas où l'on conteste la constitutionnalité d'une disposition législative, soit la nécessité de prise en considération de l'intérêt public, eu égard à l'incertitude dans laquelle un tribunal se trouve au stade interlocutoire et à la gravité des conséquences d'une suspension d'instance. En ce qui concerne la gravité des conséquences, le juge Beetz a affirmé que les lois, contestées ou non, sont adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun, et qu'une suspension d'instance, qu'elle consiste en une suspension de l'application des dispositions attaquées en tant que telle ou en une exemption, pour une situation particulière, de l'application de la loi attaquée, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun. Le juge Beetz a ainsi expliqué pourquoi il tendait à assimiler, pour les fins de son analyse, les cas d'exemption aux cas de suspension :

¹⁹Voir, par exemple, *Association canadienne des employés(es) de bureau de la Cie canadienne d'oxygène à Montréal (Division Canox) c. Canox* (18 avril 1984), Montréal 500-38-000103-846, D.T.E. 84T-503 (T.T.) [ci-après *Canox*].

²⁰[1987] 1 R.C.S. 110 [ci-après *Metropolitan Stores*].

²¹L.M. 1972, c. 75, C.C.S.M. L10.

[C]ela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme de suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instances et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à une suspension de la loi²².

Quant à l'incertitude dans laquelle un tribunal se trouve au stade interlocutoire, le juge Beetz a notamment écrit :

Les litiges constitutionnels se prêtent particulièrement mal à la procédure expéditive et informelle d'une cour des sessions hebdomadaires où les actes de procédure et les arguments écrits sont peu nombreux ou même inexistantes et où le procureur général du Canada ou de la province peut ne pas avoir encore reçu l'avis qu'exige généralement la loi [...]²³.

Il faut toutefois souligner que cette décision de la Cour suprême du Canada ne portait pas directement sur la question soulevée ici. Le jugement était rendu dans une affaire où l'une des parties avait saisi la Cour du Banc de la Reine du Manitoba d'une action principale pour jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. La question de la juridiction du tribunal administratif était donc étrangère au débat devant la Cour, et n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune remarque.

L'argumentation que l'on pourrait être tenté de présenter à l'encontre d'une juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle n'aurait d'autorité que par analogie. Tout d'abord, en ce qui concerne le contexte de prise de décision des tribunaux administratifs, on dira qu'il présente un caractère d'incertitude trop grand pour permettre de judicieuses décisions en matière constitutionnelle, « les litiges constitutionnels se [prêtant] particulièrement mal à la procédure expéditive et informelle [d'un tribunal administratif] où les actes de procédure et les arguments écrits sont peu nombreux ou même inexistantes [...]. » Pour ce qui est des conséquences du refus d'un tribunal administratif de donner effet à un texte inconstitutionnel, on dira qu'elles sont graves et fort dommageables pour l'intérêt du public dans la mise en oeuvre régulière des lois visant le bien commun. À cet égard, on considérera comme non pertinent le caractère relatif, limité au litige particulier, de la constatation d'ineffectivité, à cause de la « valeur jurisprudentielle » et de l'« effet exemplaire » de la décision.

On doit tout d'abord mettre en garde contre le danger de l'argumentation analogique : elle laisse de côté les différences, les particularités. La faiblesse de l'argument par analogie réside dans le nombre des dissimilarités

²²*Supra*, note 20 à la p. 146.

²³*Ibid.* à la p. 130.

pertinentes pour l'argument²⁴. Quant aux incertitudes du contexte de prise de décision, d'importantes nuances s'imposent. La décision administrative, contrairement à l'injonction interlocutoire, en est une finale et complète, elle présente un caractère d'intégralité et ne constitue nullement un incident interlocutoire se produisant au cours d'une instance plus englobante. La décision administrative en est une au fond. À ce trait de finalité est reliée une autre caractéristique qui distingue la décision administrative de la décision judiciaire interlocutoire, soit l'assujettissement de la première à l'ordre constitutionnel des articles 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte québécoise*²⁵. La décision judiciaire interlocutoire n'est pas directement interpellée par cet ordre : elle a pour objet incontesté le choix de ce qu'il est souhaitable de faire en attendant une décision au fond sur une possible inconstitutionnalité, et personne ne prétend qu'elle porte ou doive porter de quelque façon sur l'existence même de cette inconstitutionnalité. Enfin, il est vrai que la procédure régissant les tribunaux administratifs est plus expéditive que celle que l'on retrouve devant les cours de justice, mais ce caractère ne saurait, en soi, être déterminant, et ne devrait surtout pas amener à sous-évaluer la capacité des tribunaux administratifs de consacrer le temps et l'attention nécessaires à la résolution de questions délicates.

Enfin, le critère de la gravité des conséquences prend aussi un sens différent dans le contexte des décisions finales des tribunaux administratifs. Il est vrai que le refus de donner effet à un texte inconstitutionnel est un acte grave, et que, même si l'effet du refus est en principe limité au litige particulier pour les fins duquel il est prononcé, il peut présenter une valeur jurisprudentielle et avoir un effet exemplaire. Cette même gravité des conséquences est cependant présente lorsque la décision est prise par une cour de justice. Si elle souligne l'importance de la considération de l'intérêt public lors de l'exercice de décisions discrétionnaires, comme l'émission d'une injonction interlocutoire, elle est toutefois un outil moins utile lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un mandat constitutionnel et, faut-il le préciser, obligatoire²⁶. La décision de la Cour suprême dans *Metropolitan Stores*, contrairement à ce que certains pourraient être tentés de croire, ne règle donc d'aucune façon la question de la juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle.

²⁴M.J. Blais, *La logique, une introduction*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1985 à la p. 165.

²⁵Voir ci-dessous, section III.B.

²⁶*Ibid.*

II. La jurisprudence

A. Les tribunaux judiciaires

On ne retrouve, dans la jurisprudence des tribunaux judiciaires, que des informations, parfois contradictoires, ne présentant souvent qu'une pertinence marginale pour notre propos. Des arguments d'autorité jurisprudentielle en sont cependant tirés, de part et d'autre²⁷.

Dans *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*²⁸, la Cour suprême a jugé *ultra vires* de la législature de la province les dispositions législatives accordant à la Cour provinciale la juridiction d'entendre des requêtes en annulation de règlements municipaux, mais a reconnu, en *obiter*, que cette même Cour provinciale pouvait se prononcer, à titre incident, sur la constitutionnalité de la loi lui conférant une compétence contestée. En 1979, dans *Emms c. R.*²⁹ le juge Pigeon, dans un *obiter*, a semblé référer avec approbation à un passage d'un jugement de la Cour fédérale³⁰, rendu dans une autre instance, et en vertu duquel un tribunal administratif ne pourrait pas décider du caractère *ultra vires* d'un règlement. Dans *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*³¹, la Cour référerait à l'existence d'un pouvoir d'adjudication constitutionnelle pour les « cours de juridiction inférieure » agissant à l'intérieur des limites de leur juridiction, et ce, au cours d'une discussion des pouvoirs de la Cour fédérale. Enfin, certaines décisions récentes rendues dans des affaires relatives à la *Charte* canadienne présentent un intérêt. Dans *Big M Drug Mart*³², la Cour a affirmé que « les cours provinciales ont toujours eu la possibilité de déclarer une loi invalide dans les affaires criminelles »³³ et que « nul ne doit être reconnu coupable d'infraction à une loi inconstitutionnelle »³⁴. Dans *R. c. Mills*³⁵, la Cour a conclu que le magistrat président à l'enquête préliminaire dans une procédure criminelle ne constituait pas un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la *Charte* canadienne, qui prévoit

²⁷Devant la dissimilitude d'objet des décisions judiciaires, seule une brève présentation des plus importantes, selon un ordre hiérarchique et chronologique, s'avère être de mise, et ce, malgré le caractère d'inventaire de l'exercice.

²⁸[1973] R.C.S. 681 [ci-après *Séminaire de Chicoutimi*]. La décision sera analysée plus en détail dans une autre section. L'impact considérable de cette décision serait apparemment sur son déclin : voir Y. Ouellette, « La Charte canadienne et les tribunaux administratifs » (1984) 18 R.J.T. 295 à la p. 326.

²⁹[1979] 2 R.C.S. 1148 à la p. 1160 et s.

³⁰*Ouimet c. R.* (1977), [1978] 1 C.F. 672, 77 C.L.L.C. 14,109.

³¹*Supra*, note 12.

³²*Supra*, note 1. La décision sera aussi considérée plus loin dans le texte.

³³*Ibid.* à la p. 316.

³⁴*Ibid.* à la p. 313.

³⁵[1986] 1 R.C.S. 863, 52 C.R. (3d) 1.

un recours pour toute personne victime de violation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*. Enfin, dans trois récentes affaires d'extradition³⁶, la Cour décidait qu'un juge siégeant en matière d'extradition n'est pas, non plus, un tribunal compétent au sens de ce paragraphe 24(1).

Certaines décisions de la Cour d'appel du Québec sont plus directement pertinentes. En 1980, dans *Johnson c. Commission des affaires sociales*³⁷, la Cour d'appel a confirmé la juridiction de la Commission des affaires sociales de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative, eu égard aux prescriptions de la *Charte* québécoise. Le juge Lamer s'est alors dit lié par « une jurisprudence établie par la Cour d'appel du Québec et qui reconnaît aux tribunaux inférieurs, quoique soumis aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure, le pouvoir de statuer sur la légalité et la constitutionnalité des lois qu'on les invite à appliquer [...] »³⁸. On a remarqué ultérieurement que la jurisprudence citée par le juge Lamer mettait en jeu des tribunaux judiciaires, soit la Cour des sessions de la paix et la Cour provinciale. Il semble que l'arrêt ait été suivi d'un certain flottement³⁹ et, en 1981, madame la juge L'Heureux-Dubé écrivait, dans *Commission des accidents du travail de Québec c. Valade*⁴⁰ que le *ratio* de l'arrêt *Johnson (no 1)* avait plutôt été exposé dans les motifs du juge Mayrand, lorsque ce dernier écrivait :

L'appelant a choisi de saisir du litige la Commission des affaires sociales. Il ne conviendrait pas de lui permettre de l'en dessaisir pas voie d'évocation avant même que la Commission n'ait pu rendre la décision sollicitée⁴¹.

Mais on doit remarquer que, même si tel était le cas, personne ne pourrait prétendre qu'il était loisible à la Cour d'appel de conférer à la Commission des affaires sociales, pour des motifs de pure opportunité propres à un cas particulier, une compétence par ailleurs illégale et inconstitutionnelle.

Dans l'affaire *Johnson (no 2)*⁴², quatre ans après l'arrêt *Johnson (no 1)*, la Cour d'appel du Québec avait encore à se prononcer sur la même question, et la réponse formulée l'a été à l'intérieur de paramètres fort précis. La Cour

³⁶*États-Unis c. Allard* [1987] 1 R.C.S. 564, 75 N.R. 260 ; *Canada c. Schmidt* [1987] 1 R.C.S. 500, 76 N.R. 12, 39 D.L.R. (4th) 18 ; *Argentine c. Mellino* [1987] 1 R.C.S. 536, 76 N.R. 51, 52 Alta L.R. (2d) 1 [ci-après cité aux R.C.S.].

³⁷[1980] C.A. 22 [ci-après *Johnson (no 1)*].

³⁸*Ibid.* à la p. 23.

³⁹Voir par exemple, pour des remarques à cet effet, G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1982 à la p. 206 ; *Cie d'ingénierie Brock c. Burns* [1986] R.J.Q. 182 (C.S.) ; *Aide Sociale — 35* [1981] C.A.S. 158 (C.A.S.) ; *Canox*, *supra*, note 19.

⁴⁰[1981] C.A. 37 à la p. 40.

⁴¹*Supra*, note 37 à la p. 24.

⁴²*Supra*, note 14.

d'appel a considéré que la disposition législative contestée (toujours en vertu d'une incompatibilité avec la *Charte* québécoise) n'était pas invalide de façon générale, mais que, considérée dans le contexte de certains autres énoncés de principe contenus dans la *Charte*, son application aux faits particuliers de l'espèce causait des effets injustes non prévus par le législateur, et qu'elle devait donc être tenue pour inapplicable et inopposable aux appelants. C'est dans ce contexte que le juge Bisson a écrit, de façon fort énigmatique :

[L]es instances supérieures administratives ou quasi judiciaires (bureau de révision, C.A.S.) peuvent difficilement corriger des injustices non prévues dans un texte de loi sans elles-mêmes risquer l'arbitraire.

Ce rôle appartient aux tribunaux de droit commun [...]⁴³.

Enfin, il est intéressant de remarquer qu'en décembre 1983, la Cour d'appel a confirmé le pouvoir d'un tribunal d'arbitrage de refuser de donner effet à une disposition d'une convention collective pour cause d'incompatibilité avec la *Charte* québécoise⁴⁴.

La jurisprudence de la Cour supérieure est hésitante. En décembre 1985, lors de l'audition d'une requête en évocation, le juge André Deslongchamps de la Cour supérieure de Montréal a décidé que le Tribunal du travail n'était pas compétent pour décider de la constitutionnalité (en vertu de la *Charte* québécoise) d'une disposition dite non attributive de juridiction⁴⁵. Le juge André Savoie, de la Cour supérieure de Québec, a rendu en avril 1986 un jugement dans le même sens à propos, cette fois, de la Commission des affaires sociales⁴⁶. On retrouve enfin dans deux jugements rendus en juin 1986⁴⁷ des *obiter* des juges Louise Mailhot et Ivan Bisailon de la Cour supérieure, selon lesquels un tribunal administratif pourrait considérer inopérante une disposition incompatible avec la *Charte* canadienne.

B. Les tribunaux administratifs

Étant donné l'incertitude de la jurisprudence des tribunaux judiciaires, il n'est pas surprenant de constater une hésitation certaine du côté des tribunaux administratifs. La jurisprudence du Tribunal du travail du Québec

⁴³*Ibid.* à la p. 70.

⁴⁴*Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.* (19 décembre 1983), Québec 200-09-000709-821, J.E. 84-65 (C.A.) (autorisation d'appeler à la C.S.C. refusée, [1984] 1 R.C.S. v).

⁴⁵*Cie d'ingénierie Brock Ltée c. Burns, supra*, note 39.

⁴⁶*Mackprang c. Commission des affaires sociales* [1986] C.A.S. 258, [1986] D.L.Q. 416 (C.S.) (jugement porté en appel, 500-09-000546-861).

⁴⁷*Houle c. Union des employés de commerce, local 504* (4 juin 1986), Montréal 500-05-000906-865 (C.S.), Mme la juge Louise Mailhot ; *T.N.T. Québec Inc. c. Conseil canadien des relations de travail* [1986] D.L.Q. 441 (C.S.) (jugement porté en appel, 500-09-000873-869).

servira d'illustration. Monsieur le juge Marc Brière a rendu à cet égard deux arrêts de principe⁴⁸ dans lesquels il est catégoriquement affirmé ne pas être de la juridiction du Tribunal du travail, comme tribunal administratif, de décider de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, tout tribunal de cet ordre devant plutôt présumer la validité des lois et les appliquer⁴⁹. Cependant, malgré cette position de principe, on retrouve dans certaines décisions ultérieures du tribunal des prises de position, souvent à peine voilées, quant à la compatibilité de certaines dispositions du *Code du travail*⁵⁰ avec, par exemple, le droit d'association⁵¹. L'expression de ces prises de position est facilitée par le fait que l'on conclut justement à la compatibilité plutôt qu'à l'incompatibilité. Plusieurs artifices sont utilisés pour justifier ces considérations : on « harmonise » avec la Constitution, par exemple, plutôt que de discuter de constitutionnalité en tant que tel⁵². Ce qui inquiète, c'est qu'il ressort de la nature de ces décisions une impression que le tribunal a juridiction pour prononcer la compatibilité des dispositions législatives qu'il applique, mais non pas pour en prononcer l'incompatibilité. Une telle juridiction tronquée étonne dans un système de droit administratif soucieux de chercher à « régler et équilibrer les rapports entre la puissance publique et les administrés⁵³. » Notons enfin la décision du tribunal dans *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Contenants industriels Ltée*⁵⁴ où, en l'absence même de toute discussion de l'existence d'une juridiction quelconque pour ce faire, comme si cela allait de soi, le juge Bernard Lesage s'est prononcé sans hésitation sur la constitutionnalité de certaines dispositions législatives qu'il était appelé à appliquer, et ce tant en ce qui concerne le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces qu'en matière de droits et libertés. On doit toutefois souligner qu'il s'agissait alors d'une cause pénale. Cela a pu justifier la discussion

⁴⁸*Magasins Hart Inc. c. Demers* [1984] T.T. 119 ; *Canox*, *supra*, note 19.

⁴⁹Ce principe est notamment repris dans *Tripur*, *supra*, note 13 ; *Perrault c. Syndicat des salariés de Blanchard-Ness* [1986] T.T. 171. Il est intéressant de comparer cette position de principe avec celle sous-tendant la décision dans *Lagacé c. Union des employés de commerce, local 504* [1985] T.T. 417, où le juge Marc Brière a considéré comme nuls les statuts et règlements d'un syndicat rédigés en anglais seulement, donc non conformes aux prescriptions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11. Cette dernière décision a été cassée dans *Union des employés de commerce, local 504 c. Brière* [1987] R.J.Q. 569. (C.S.), M. le juge Melançon.

⁵⁰L.R.Q. c. C-27.

⁵¹Voir, par exemple, *Gaylor c. Vitriers travailleurs du verre, local 1135 de la Fraternité internationale des peintres* [1986] T.T. 183 ; *Tripur*, *supra*, note 13 ; *De Sousa c. Syndicat des ouvriers unis de l'électricité, radio et machinerie d'Amérique, local 568* [1986] T.T. 17 ; *Perrault c. Syndicat des salariés de Blanchard-Ness*, *supra*, note 49.

⁵²Voir en particulier *Tripur*, *supra*, note 13.

⁵³Ouellette, *supra*, note 28 à la p. 298.

⁵⁴(23 avril 1987). Montréal 500-29-000605-863 (T.T.).

de *tout* argument soulevé en défense, qu'il soit ou non d'ordre constitutionnel⁵⁵.

Sans d'aucune façon prétendre à l'exhaustivité, cette revue des décisions judiciaires et administratives ne vise qu'à démontrer l'existence d'un malaise, d'une incohérence certaine. Le texte qui suit tentera d'en trancher le noeud ou, à tout le moins, de mettre en ordre les arguments⁵⁶.

III. Les considérations d'ordre constitutionnel

A. *La Constitution de 1867 et les tribunaux supérieurs*

Le seul argument d'ordre constitutionnel invoqué à l'encontre de la juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle est celui relatif à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les auteurs Pépín et Ouellette le formulent ainsi :

On s'est interrogé sur le pouvoir d'un tribunal inférieur ou d'un organisme administratif de prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi ou la nullité d'un règlement. Il apparaît, depuis l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi c. Procureur général du Québec*, qu'un tribunal dont les membres ne sont pas nommés suivant l'article 96 de la constitution n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer la nullité d'un texte. Exceptionnellement cependant, lorsque le texte est attributif de juridiction et que son invalidité est soulevée comme moyen incident ou collatéral, le tribunal peut et doit opiner sur sa validité, car il doit statuer préliminairement sur les limites de sa propre juridiction. Sa décision pourra faire l'objet du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. Si le texte dont la validité est soulevée n'est pas attributif de juridiction le tribunal inférieur doit le présumer valide et l'appliquer.

⁵⁵Il est intéressant de comparer cette attitude du Tribunal du travail du Québec avec celle, beaucoup plus agressive, du Conseil canadien des relations de travail. Ce dernier a directement rendu jugement sur des allégations d'incompatibilité entre certaines dispositions du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1, et la *Charte* canadienne. Il s'est parfois prononcé sans discussion aucune de sa juridiction pour le faire : voir *Syndicat des employés de banque, local 2104 c. Banque de commerce canadienne impériale* (1985), 60 D.I. 19, décision 499 ; *Clerical employees of Nordair Ltd c. Nordair Ltée* (4 mars 1986), décision 560 ; *Syndicat des employés de banque (Ontario), local 2104 c. Banque de commerce canadienne impériale* (26 mars 1986), décision 564. Dans d'autres décisions, il a explicitement justifié cette juridiction : voir *Syndicat des employés de banque (Ontario), local 2104 c. Banque de Montréal* (1985), 61 D.I. 83, décision 518 ; *Société canadienne des postes c. Divers syndicats, supra*, note 9 ; *contra, Association des membres de la division « C » c. Gendarmerie royale du Canada* (26 août 1986), décision 587.

⁵⁶La doctrine américaine s'est aussi penchée sur la question. Voir, par exemple, « The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes », *supra*, note 10 ; C.R. Myers, « Administrative Invalidation of Statutes » (1978) 66 Calif. L. Rev. 180. Dans la considération des arguments et solutions qui y sont suggérés, une extrême prudence est cependant de rigueur : les importantes distinctions, tant de droit constitutionnel que de culture politique, proscrivent une importation mécaniste.

Ce serait donc prendre l'exception pour la règle que d'affirmer catégoriquement et sans faire les nuances appropriées qu'un tribunal inférieur a compétence pour statuer sur la constitutionnalité ou la légalité des textes qu'il est invité à appliquer⁵⁷.

On se rappellera que dans l'affaire *Séminaire de Chicoutimi*⁵⁸, la Cour suprême du Canada avait jugé *ultra vires* de la législature de la province, parce que contrairement aux prescriptions de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁹, les dispositions de la *Loi des cités et villes*⁶⁰ accordant à la Cour provinciale la juridiction pour entendre des requêtes en cassation de règlements municipaux allégués *ultra vires*. Cependant, dans cette même décision, la Cour suprême avait aussi convenu d'une certaine juridiction de la Cour provinciale, en matière de constitutionnalité, lorsque sa propre compétence *ratione materiae* est en jeu. Le juge en chef Fauteux, au nom de la Cour, s'exprimait ainsi :

[J]e ne vois guère comment le tribunal pouvait, en l'espèce, comme il en avait le devoir, s'assurer de sa compétence *ratione materiae* et disposer ainsi de l'objection de la Cité, sans se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qui lui confère cette compétence. Ces deux questions sont ici inextricablement liées puisque la compétence du tribunal est inéluctablement conditionnée par la constitutionnalité des dispositions législatives qui prétendent la lui conférer⁶¹.

Il nous semble que les limites constitutionnelles imposées aux provinces par l'article 96 ne remettent nullement en cause la compétence des tribunaux administratifs discutée ici. Dans l'affaire *Séminaire de Chicoutimi*, c'est une compétence sur une demande *principale* requérant une déclaration d'*invalidité* qu'on a dit relever des cours créées en vertu de l'article 96. Il n'était nullement question de la compétence d'un organisme, par ailleurs valablement saisi, pour entendre de façon incidente⁶² des arguments d'inconstitutionnalité, et déclarer inopérantes, pour les fins d'un litige particulier, les dispositions jugées incompatibles. Au Canada, antérieurement à 1867, le contentieux constitutionnel en était un d'invalidité⁶³, et le texte clair à cet

⁵⁷Pépin et Ouellette, *supra*, note 39 aux pp. 205-06.

⁵⁸*Supra*, note 28.

⁵⁹(R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁶⁰S.R.Q. 1964, c. 193, art. 411.

⁶¹*Séminaire de Chicoutimi*, *supra*, note 28 aux pp. 685-86.

⁶²On a déjà souligné la pertinence de cette distinction entre une action principale en nullité d'une ordonnance municipale et une défense fondée sur l'illégalité d'un règlement, donc présentée de façon incidente, pour les fins d'une analyse de l'article 96 ; voir P.-A. Côté, « La Cour municipale doit-elle appliquer un règlement illégal ? » (1970) 5 R.J.T. 281 à la p. 283.

⁶³Pour une discussion générale des divers types de contentieux constitutionnels et de leurs implications respectives, voir Côté, *supra*, note 3.

effet de la *Colonial Laws Validity Act* de 1865⁶⁴ n'a fait que confirmer la pratique judiciaire établie. Ce n'est que plus tard qu'apparurent des déclarations d'ineffectivité, avec la théorie de la prépondérance fédérale en cas de conflit entre deux dispositions législatives valides, l'une fédérale et l'autre provinciale, puis avec la prépondérance de la *Déclaration canadienne des droits*⁶⁵ sur les lois fédérales. Il est donc difficile de soutenir qu'une pratique établie en 1867 conférerait aux cours créées en vertu de l'article 96 la juridiction exclusive pour considérer l'ineffectivité de dispositions inconstitutionnelles, particulièrement lorsque la question constitutionnelle n'était qu'un incident d'une action principale.

Il est vrai cependant que la jurisprudence relative à l'article 96 a proposé un test analogique en vertu duquel on doit considérer le type d'attribution plutôt que l'activité particulière⁶⁶. Mais le contexte institutionnel de l'activité particulière sera toujours pertinent, tout comme son caractère accessoire ou incident⁶⁷. Telle que définie ici, la reconnaissance du pouvoir incident des tribunaux administratifs de décider de questions constitutionnelles satisfait aux exigences de l'article 96.

On a généralement interprété le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Séminaire de Chicoutimi* comme ayant établi une règle et une exception, la règle étant qu'un tribunal dont les membres ne sont pas nommés suivant l'article 96 n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer la *nullité* d'un texte⁶⁸, et l'exception étant qu'il peut prononcer la nullité lorsque le texte est attributif de juridiction et que son invalidité est soulevée de façon incidente⁶⁹.

De prime abord, il est difficile de réconcilier cette formulation de la règle et de l'exception avec la hiérarchie des normes : si l'article 96 prescrit une attribution constitutionnelle de juridiction exclusive, le simple devoir légal d'un tribunal inférieur de statuer préliminairement sur les limites de sa propre juridiction ne devrait pas suffire à créer une exception, devant plutôt céder le pas à la règle constitutionnelle. Il ne peut logiquement exister

⁶⁴(R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63, qui énonce notamment à son article 2 :

Any Colonial Law which is [. . .] repugnant to the Provisions of any Act of Parliament extending to the Colony [. . .] shall be read subject to such Act [. . .] and shall to the Extent of such Repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

⁶⁵S.C. 1960, c. 44, reproduit dans S.R.C. 1970, app. III.

⁶⁶P. Garant, *Droit administratif*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 1985 à la p. 653.

⁶⁷*Ibid.* aux pp. 661-64.

⁶⁸Pépin et Ouellette, *supra*, note 39 à la p. 205. Relative à un pouvoir de prononcer la *nullité*, cette règle n'empêcherait donc pas l'exercice de la juridiction reconnue ici.

⁶⁹*Ibid.* aux pp. 205-06, note 57.

d'exception strictement légale à une règle constitutionnelle. Avec égard, il nous apparaît plutôt que l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi* énonce tout simplement que les législateurs ne peuvent conférer à des autorités autres que les cours créées en vertu de l'article 96 la juridiction d'entendre, *en action principale*, une demande de déclaration de nullité d'un texte. Ce qui y est prononcé à propos du pouvoir des tribunaux inférieurs ne constitue pas une « exception » à cette règle constitutionnelle, il s'agit plutôt d'une référence à des cas tout simplement différents, à des cas étrangers à cette règle, où la question de la conformité d'un texte à une norme hiérarchique supérieure n'est soulevée que de façon incidente, devant un organisme par ailleurs valablement saisi. Dans ce contexte, la qualification du texte contesté comme « attributif de juridiction » prête à confusion. Tout texte que l'organisme est appelé à appliquer n'est-il pas « attributif de juridiction » à un quelconque degré, qu'il s'agisse ou non de l'habilitation générale à entendre certains litiges ?

En ce qui concerne la Constitution du Canada, il ne nous semble pas que l'arrêt *R. c. Mills*⁷⁰, ou encore les récentes décisions de la Cour suprême du Canada relatives à l'application de la *Charte* canadienne en matière d'extradition⁷¹ aient élaboré une limite constitutionnelle à la juridiction des tribunaux administratifs décrite ici. On y a décidé qu'un magistrat devant qui se tient une enquête préliminaire et un juge d'extradition ne sont pas des tribunaux compétents au sens du paragraphe 24(1) de la *Charte* canadienne, et ne peuvent donc accorder une réparation à une victime de violation de ses droits constitutionnels. D'une part, on doit éviter de confondre l'exercice du recours prévu à l'article 24 de la *Charte* canadienne et les exigences découlant du principe général de la suprématie de la Constitution prévue à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit de recours distincts⁷². En refusant de donner effet à une disposition inconstitutionnelle, un tribunal administratif n'agit pas en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*, il donne tout simplement effet à la préséance de la Constitution. D'autre part, l'enquête préliminaire et la procédure dont est responsable le juge d'extradition ne présentent pas le caractère de finalité de la décision administrative⁷³.

⁷⁰*Supra*, note 35.

⁷¹*Supra*, note 36.

⁷²Voir l'opinion du juge Dickson pour la majorité dans *Big M Drug Mart*, *supra*, note 1 à la p. 353.

⁷³Voir à cet effet les propos du juge Laforest, au nom de la majorité, dans *Argentine c. Mellino*, *supra*, note 36 aux pp. 538-39, où il écrit notamment :

Le rôle du juge d'extradition est modeste : en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition. Cette procédure s'apparente en bien des points à une enquête préliminaire et les pouvoirs du juge ont des similarités avec ceux d'un magistrat qui préside une telle enquête.

Pour les fins qui nous intéressent, une limite aux pouvoirs des tribunaux administratifs, si elle existe, ne relève donc pas de l'ordre constitutionnel.

B. L'habilitation constitutionnelle

Mais plus encore que de ne pas limiter ces pouvoirs, la Constitution elle-même favorise, voire même prescrit à tout le moins une certaine forme de contrôle de constitutionnalité par les tribunaux administratifs. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce à son premier paragraphe que :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

De la même façon, l'article 52 de la *Charte* québécoise prévoit que :

Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

C'est donc la Constitution elle-même qui énonce sa primauté, et qui prend la décision quant aux conséquences d'une incompatibilité entre ses prescriptions et une quelconque règle de droit⁷⁴. Il s'agit en quelque sorte d'un ordre, d'une obligation imposée aux autorités publiques chargées de l'administration de la loi de s'assurer de la conformité de cette dernière avec les prescriptions constitutionnelles. Cet ordre s'adresse autant aux tribunaux administratifs dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires qu'à la Cour suprême du Canada ; et le contrôle de constitutionnalité est un devoir tout autant qu'un pouvoir. Comme l'explique Kelsen :

If the legal order does not contain any explicit rule to the contrary, there is a presumption that every law-applying organ has this power of refusing to apply unconstitutional laws. Since the organs are entrusted with the task of applying « laws, » they naturally have to investigate whether a rule proposed for appli-

⁷⁴C'est un fondement théorique qu'on retrouve dans l'opinion du juge Tyndale de la Cour d'appel du Québec dans *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*, *supra*, note 44, au soutien de sa décision de reconnaître à un arbitre la juridiction de refuser de donner effet à une disposition d'une convention collective pour cause d'incompatibilité avec la *Charte* québécoise. Il dira : « [I]t was not the arbitrator who modified the agreement, but a law of public order, which rendered null the discriminatory aspect of the clauses ; and the arbitrator was entitled to disregard them, and to decide the grievances as though they were not there. »

cation really has the nature of a law. Only a restriction of this power is in need of explicit provision⁷⁵.

Un tribunal administratif qui applique un texte inconstitutionnel agit de façon inconstitutionnelle et enfreint l'ordre des articles 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte québécoise*. C'est une fiction rassurante que de parler alors de refus de se prononcer sur la question constitutionnelle, comme si l'on se plaçait, ce faisant, sur un terrain neutre. Mais tel terrain n'existe pas : on applique ou on n'applique pas une disposition incompatible avec la Constitution, on respecte ou on ne respecte pas l'ordre de ces articles, tel est le choix. Par ailleurs, dans le même ordre logique, nier aux tribunaux administratifs toute compétence pour refuser de donner effet à des dispositions inconstitutionnelles ne revient-il pas à leur conférer un pouvoir tronqué, soit, mais réel, de décider de questions constitutionnelles, mais uniquement pour conclure à la constitutionnalité des dispositions attaquées⁷⁶ ?

Il est possible que cette approche de l'ordre constitutionnel donné aux autorités publiques, toute logique qu'elle soit, mène à des excès, et ce à un niveau plus pratique. Poussé à l'extrême, l'argument permet-il, par exemple, à une agente de police de refuser de procéder à une arrestation en situation de flagrant délit, au motif qu'elle considère inconstitutionnel le texte créateur de l'infraction ? Le problème est réel, il faut en convenir. Intuitivement, on sait qu'une administration efficace de la justice exige une certaine forme de présomption de validité des lois⁷⁷.

Mais notre propos n'est que de démontrer l'existence d'un pouvoir de contrôle de la constitutionnalité pour les tribunaux administratifs appelés à entendre des litiges et à décider des droits et obligations des justiciables. Dans ce contexte particulier, d'autres considérations interviennent, appuyant l'existence de ce pouvoir, et établissant certains paramètres nécessaires pour baliser les éventuelles conséquences de la théorie de l'ordre constitutionnel donné aux autorités publiques par les articles 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte québécoise*. Il s'agit de l'existence

⁷⁵H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. par A. Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945 à la p. 268. L'approche kelsenienne, purement positiviste, présuppose l'existence de normes préexistantes parfaitement intelligibles et nie, d'une certaine façon, l'importance de la décision concrète d'application pour la définition même de ces normes. Ainsi, selon Kelsen, l'inconstitutionnalité d'une loi préexiste au jugement la prononçant, et l'acte de juger n'est alors qu'une simple constatation. Tout en acceptant ses prémisses pour les fins de l'argumentation développée ici, on doit mettre en garde contre la simplification présente dans cette approche.

⁷⁶Voir ci-dessus, section II.B. sur la jurisprudence des tribunaux administratifs. Et pour un raisonnement similaire, en ce qui regarde la juridiction de la Cour municipale de se prononcer sur la légalité des règlements, voir Côté, *supra*, note 62 à la p. 291.

⁷⁷Voir ci-dessous, section III.C.

de certains droits, constitutionnels⁷⁸ et quasi constitutionnels⁷⁹, et qui n'existent que dans le contexte de certaines procédures, d'ordre civil ou pénal. La *Déclaration canadienne des droits* édicte que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de façon à priver une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations⁸⁰. La *Charte canadienne* confère à tout inculpé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable⁸¹. L'article 23 de la *Charte* québécoise énonce que toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal⁸² indépendant et qui ne soit préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. Enfin, l'article 35 de cette même *Charte* reconnaît à tout accusé le droit à une défense pleine et entière. On peut noter ici que l'importance des droits traditionnellement reconnus en matière pénale a depuis longtemps milité en faveur de l'existence d'une juridiction pour statuer sur l'inconstitutionnalité du texte créateur d'infraction, « nul ne [pouvant] être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle [...]»⁸³.

L'existence de ces droits individuels, constitutionnels et quasi constitutionnels, particularise indiscutablement l'ordre constitutionnel donné par les articles 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte* québécoise en imposant des obligations spécifiques aux organismes appelés à statuer sur les droits (au sens générique du terme). Le droit d'être entendu, de se défendre⁸⁴ et pour cela d'invoquer tous les arguments légaux disponibles, lorsque l'on est interpellé par le système de justice, constitue un dénominateur commun aux droits individuels mentionnés plus haut. Une fin de non-recevoir imposée à l'encontre d'un argument d'inconstitutionnalité dans un contexte de détermination de droits et obligations porte atteinte à ce droit d'être entendu.

⁷⁸Tels que définis *supra*, note 2.

⁷⁹L'expression « quasi constitutionnel » a été utilisée pour définir la nature longtemps ambiguë de la *Déclaration canadienne des droits*, *supra*, note 65.

⁸⁰*Ibid.*, art. 2(e).

⁸¹Art. 11(d). En l'absence de certitude quant à l'application des droits de l'article 11 de la *Charte* canadienne dans une procédure qui se déroule devant un tribunal administratif, on peut rappeler que traditionnellement, avant même l'entrée en vigueur de la *Charte*, on a reconnu un droit à une défense pleine et entière, en principe applicable à toute affaire à caractère pénal : voir I. Lagarde, *Droit pénal canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1974 à la p. 2668 et s. ; Côté, *supra*, note 62 ; *Big M Drug Mart*, *supra*, note 1.

⁸²Le mot « tribunal » inclut ici une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires : voir l'article 56.1 de la *Charte* québécoise.

⁸³*Big M Drug Mart*, *supra*, note 1 à la p. 313 ; voir aussi *supra*, note 81.

⁸⁴Au sens d'assurer sa propre protection, en contexte pénal ou autre.

Lorsque l'on considère, à la lumière des droits constitutionnels pertinents, la préséance que la Constitution se donne elle-même, et l'ordre qu'elle adresse aux autorités administratives de donner effet à cette préséance, la juridiction des tribunaux administratifs apparaît nettement comme prescrite par la Constitution.

C. *La présomption de constitutionnalité*

Un autre argument d'ordre constitutionnel, celui relatif à la présomption de constitutionnalité des lois, est soulevé de façon à nier juridiction aux tribunaux administratifs. En fait, il est difficile de saisir si l'argument est présenté comme une justification à l'absence de pouvoir de ces tribunaux, ou tout simplement comme une simple reformulation de cette absence de pouvoir. Quoiqu'il en soit, sa formulation classique ressemble à ceci :

[T]out tribunal administratif doit tenir pour constitutionnelle une disposition législative jusqu'à ce qu'une cour compétente la déclare inconstitutionnelle⁸⁵.

Il s'agit en fait d'une pétition de principe. La question est justement de savoir si le tribunal administratif, et ce uniquement pour les fins que nous proposons, peut être considéré comme une « cour compétente ». Présomption de constitutionnalité et juridiction pour se prononcer sur la constitutionnalité sont les côtés d'une même médaille : on doit présumer constitutionnel ce que l'on n'a pas le pouvoir de déclarer inconstitutionnel.

La « prétendue »⁸⁶ présomption de constitutionnalité n'est donc d'aucune utilité pour l'étude de la juridiction des tribunaux administratifs, du moins dans son sens littéral, tel que défini par le juge Beetz, dans le contexte de la *Charte canadienne* :

[U]ne disposition législative attaquée en vertu de la *Charte* doit être présumée conforme à celle-ci et, en conséquence, pleinement opérante⁸⁷.

Le juge Beetz a toutefois référé à deux autres significations susceptibles d'être attribuées à la présomption de constitutionnalité : celle imposant le fardeau de démontrer l'inconstitutionnalité à la personne qui l'allègue, et celle en vertu de laquelle une loi doit, autant que possible, être interprétée de manière à être conforme à la Constitution⁸⁸. Ces deux significations pourraient présenter une pertinence toute particulière, une fois acquise la juridiction des tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles.

⁸⁵*Canox, supra*, note 19 à la p. 16 du texte intégral.

⁸⁶La qualification est du juge Beetz dans *Metropolitan Stores, supra*, note 20 à la p. 121.

⁸⁷*Ibid.* à la p. 122.

⁸⁸*Ibid.* à la p. 124 et s.

IV. Les considérations d'ordre légal

La Constitution n'interdit nullement une certaine forme de contrôle de constitutionnalité par les tribunaux administratifs, et plusieurs de ses dispositions favorisent même au contraire l'hypothèse de l'existence d'un tel pouvoir, voire même d'un devoir de ce faire. En l'absence donc de limites constitutionnelles applicables, il s'agit maintenant de rechercher l'intention du législateur québécois, telle que manifestée dans les textes législatifs pertinents.

On doit tout d'abord remarquer que nulle part les textes législatifs ou réglementaires ne discutent explicitement la juridiction des tribunaux administratifs de statuer sur la constitutionnalité de textes et, le cas échéant, de refuser de leur donner effet pour les fins d'un litige particulier. On ne retrouve ni habilitation, ni interdiction expresses.

D'aucuns insistent pour dire que les tribunaux administratifs ne possèdent que les pouvoirs qui leur sont accordés par la loi, et que l'absence de disposition explicitement habilitante en matière de décisions constitutionnelles est par conséquent déterminante quant à l'inexistence de ce pouvoir⁸⁹. Il semble indiscutable que la nature particulière des tribunaux administratifs demande que les paramètres de leur champ d'activités soient clairement établis. Les exigences de ce postulat sont toutefois satisfaites par la détermination exacte et explicite des demandes dont peuvent initialement être saisis les tribunaux administratifs et des conclusions que ces organismes peuvent ultimement prononcer. Cette nécessité de contrôle des créatures de l'État ne va cependant pas jusqu'à exiger l'énumération de tous les actes incidents⁹⁰, *a fortiori* de ceux prescrits par la Constitution elle-même, que ces dernières sont appelées à poser au cours de l'exercice de leur juridiction principale.

On l'a vu, la Constitution ordonne aux tribunaux administratifs de refuser de donner effet à des dispositions incompatibles dans un contexte où des droits constitutionnels de justice et d'équité sont en jeu. L'étude du mandat conféré à ces tribunaux par le législateur doit se faire à la lumière de la présomption de constitutionnalité prise dans son sens de guide interprétatif, c'est-à-dire « la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée

⁸⁹Voir, par exemple, Pépín et Ouellette, *supra*, note 54 aux pp. 207 et 215 ; *Magasins Hart Inc. c. Demers*, *supra*, note 48 à la p. 123.

⁹⁰Ainsi, dans *McLeod c. Egan* (1974), [1975] 1 R.C.S. 517, 46 D.L.R. (3d) 150, 2 N.R. 443 la Cour suprême du Canada a-t-elle pu conclure à l'existence du pouvoir d'un arbitre d'interpréter ou d'appliquer un texte législatif général d'intérêt public dans la mesure où il lui était nécessaire de le faire pour décider d'un grief, et ce, en l'absence d'une habilitation statutaire explicite.

doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution⁹¹. »

On doit donc, autant que possible, interpréter le mandat législatif des tribunaux administratifs comme conforme à cette obligation constitutionnelle de ne pas donner effet à des dispositions inconstitutionnelles.

Rares sont les textes pertinents à cette question. Il nous semble opportun de nous y arrêter. Tout d'abord, la *Loi d'interprétation* québécoise⁹² rappelle que l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin. D'autre part, certains textes confèrent à des tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour exercer leur juridiction⁹³. L'interprétation et l'application des lois impliquent parfois, en cas de conflit entre deux dispositions, l'obligation de donner préséance à l'une et de rendre l'autre inopérante⁹⁴. Cette habilitation à interpréter et à appliquer une loi ou un règlement n'implique-t-elle pas, *a fortiori*, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la Constitution⁹⁵, et de rendre inopérante un texte jugé incompatible ?

Enfin, il semble que l'on ait invoqué la présence de l'article 95 du *Code de procédure civile* pour conclure à l'absence de juridiction des tribunaux administratifs en cas de contestation de constitutionnalité⁹⁶. Cet article prévoit l'obligation d'un avis préalable au Procureur général avant toute contestation de la constitutionnalité d'une loi devant les tribunaux du Québec. L'argument semble être le suivant : l'obligation de préavis ne s'appliquant pas dans le cas de contestations devant les tribunaux administratifs, il serait impensable de permettre à ce forum de décider de questions de constitutionnalité. Qu'il suffise de signaler qu'il est fort discutable qu'une règle de procédure puisse limiter une juridiction existant par ailleurs. Si les tribunaux administratifs entendent des contestations fondées sur des arguments d'in-

⁹¹*Metropolitan Stores, supra*, note 20 à la p. 125. Sans toutefois prendre position, le juge Beetz s'interroge cependant sur l'application de cette règle à la *Charte*.

⁹²L.R.Q. c. I-16, art. 57.

⁹³Par exemple, *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q. c. C-34, art. 23 ; *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27, art. 100.12(a).

⁹⁴On pense par exemple au principe de la préséance de la loi postérieure sur la loi antérieure, ou de la loi spéciale sur la loi générale. Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982 à la p. 308.

⁹⁵Voir *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc., supra*, note 44, où une application de ce principe a permis au juge Turgeon de la Cour d'appel du Québec de reconnaître la juridiction d'un tribunal d'arbitrage de refuser de donner effet à des dispositions d'une convention collective jugées incompatibles avec la *Charte* québécoise, et ce, essentiellement en application de l'article 100.12(a) du *Code du travail*. *Contra, Magasins Hart Inc. c. Demers, supra*, note 48 à la p. 125.

⁹⁶Voir *Magasins Hart Inc. c. Demers, ibid.* à la p. 124.

constitutionnalité, ils devront tout simplement respecter cette règle de l'avis préalable au Procureur général.

Il existe ensuite ce principe de droit en vertu duquel un tribunal administratif a le pouvoir et le devoir de décider et de se prononcer sur sa propre juridiction, principe qui peut difficilement cohabiter avec cette prétendue obligation de présumer constitutionnel tout texte législatif, contesté ou non, attributif de juridiction ou non.

Ces arguments de texte et de principe, alliés aux présomptions de l'existence d'un législateur respectueux des préceptes constitutionnels⁹⁷ et soucieux d'éviter des conséquences déraisonnables et inéquitables⁹⁸ appuient la position selon laquelle le législateur québécois a, de fait, conféré aux tribunaux administratifs ce pouvoir de refuser de donner effet, pour les fins d'un litige particulier, à des textes jugés inconstitutionnels.

Au Québec, l'état du droit positif quant à la juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle en est un d'incertitude. Il semble cependant que textes constitutionnels et législatifs, principes de droit et considérations d'opportunité concourent à leur reconnaître une telle juridiction, à l'intérieur, toutefois, de certains paramètres clairement définis.

⁹⁷Voir *supra*, note 91 ; Côté, *supra*, note 94 à la p. 318 et s.

⁹⁸Côté, *ibid.* à la p. 391 et s. ; ci-dessus, la section I portant sur les considérations d'opportunité, où nous avons tenté de démontrer que la reconnaissance de la juridiction discutée ici était en fait à la fois raisonnable et souhaitable.