

L'exigence d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du Code de procédure civile*

Danielle PINARD**

INTRODUCTION	631
1. SA RAISON D'ÊTRE	632
2. SON CHAMP D'APPLICATION	641
A. Les objets contestés	641
a. Les arguments invoqués dans les cas de contestation des règlements municipaux	642
b. Les arguments invoqués dans les cas de contestation des règles de pratique	645
c. Discussion générale	646
B. Les déclarations visées	650
a. Le caractère final de la déclaration	651
b. Le contentieux administratif et constitutionnel	653
c. Les déclarations fondées sur le droit constitutionnel, y compris sur celui relatif aux droits et libertés constitutionnellement protégés	654
d. Les sanctions d'inconstitutionnalité visées	657
i. les déclarations d'invalidité	657
ii. les déclarations d'inapplicabilité constitutionnelle	658
iii. les déclarations d'inopérabilité	660
iv. l'exclusion des réparations accordées en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés ou de l'article 49 de la Charte des droits et libertés de la personne	661

* Cette recherche a été réalisée grâce à une subvention accordée par le Comité d'attribution des fonds internes de recherche (C.A.F.I.R.) de l'Université de Montréal. L'auteure remercie Claudine Baril, étudiante au baccalauréat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour son excellent travail d'assistance de recherche.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

C. Les déclarations par un « tribunal du Québec »	663
D. Le procureur général à aviser	664
3. SA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE	666
A. Son caractère véritable	666
B. Ses effets accessoires constitutionnellement permis	667
C. La question de l'action autonome de la constitution	669
D. La protection constitutionnelle du principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois	672
a. Le droit antérieur à la réforme constitutionnelle de 1982	672
b. L'effet de la réforme constitutionnelle de 1982	679
CONCLUSION	687

INTRODUCTION

L'article 95 du *Code de procédure civile*¹ impose une obligation d'avis préalable au procureur général pour tous les cas de contestation de la constitutionnalité ou de la légalité d'une loi ou d'un règlement. Son texte prévoit que :

Sauf si le Procureur général a reçu préalablement un avis conformément au présent article, une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, d'un décret, arrêté en conseil ou proclamation du lieutenant-gouverneur, du gouverneur général, du gouvernement du Québec ou du gouverneur général en conseil ne peut être déclarée inapplicable constitutionnellement, invalide ou inopérante, y compris en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de l'annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982) ou de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., chapitre C-12), par un tribunal du Québec.

L'avis doit, de façon précise, énoncer la prétention et exposer les moyens sur lesquels elle est basée. Il doit être accompagné d'une copie des actes de procédure et être signifié par celui qui entend soulever la question au moins 30 jours avant la date de l'audition.

Le tribunal ne peut se prononcer que sur les moyens exposés dans l'avis.

Cette disposition, loin d'être unique en droit canadien², soulève plusieurs problèmes d'interprétation que je tenterai d'élucider ici à la lumière de considérations d'ensemble.

1. L.R.Q., c. C-25. La modification la plus récente y a été apportée par L.Q. 1985, c. 29, art. 6.
2. *Règles de la Cour suprême du Canada*, (1983) 117 *Gaz. Can.* II, 380, art. 32, modifiées par (1983) 117 *Gaz. Can.* II, 1554, art. 5, (1984) 118 *Gaz. Can.* II, 3998, art. 1, et (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 2153, art. 2; *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., c. 663, Règle 1101 (ne prévoient qu'une simple possibilité d'un tel avis préalable), bientôt remplacées par la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-38, 2^e session, 34^e législature, adopté par la Chambre des communes le 15 février 1990, art. 19; Terre-Neuve: *The Judicature Act 1986*, S.N. 1986, c. 42, art. 57; Nouveau-Brunswick: *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, art. 22, modifié par 1980, c. 28, art. 5, et 1982, c. 3, art. 39(1); Nouvelle-Écosse: *An Act to Amend Chapter 51 of the Revised Statutes, 1967, The Constitutional Questions Act*, S.N.S. 1985, c. 15, art. 1, modifiant la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1967, c. 51; Manitoba: *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, art. 7; Colombie-Britannique: *Constitutional Questions Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 5, art. 1, modifiant R.S.B.C. 1979, c. 63, art. 8; Saskatchewan: *An Act to Amend the Constitutional Questions Act*, S.S. 1983-84, c. 31, art. 2, modifiant R.S.S. 1978, c. C-29, art. 8; Ontario: *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, art. 122; Alberta: *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, art. 25.

Après avoir analysé ce qui me semble être la raison d'être de cette exigence d'avis préalable au procureur général (première partie), j'étudierai la question de son champ d'application (deuxième partie), puis celle de sa validité constitutionnelle (troisième partie). Essentiellement, j'avancerai ici que la raison d'être de cette exigence, relevant à la fois du principe de la *Rule of Law*, de la présomption de constitutionnalité et de l'équité procédurale, en justifie un champ d'application considérable. Je tenterai enfin de démontrer la conformité de cette exigence, tant aux règles élémentaires qu'aux principes généraux de droit constitutionnel canadien.

1. SA RAISON D'ÊTRE

Un jugement d'inconstitutionnalité d'une loi a pour effet d'empêcher la mise en oeuvre de choix législatifs démocratiquement faits³. C'est une conclusion grave, qui ne peut être rendue que par une autorité compétente adéquatement saisie du problème. J'ai fait référence ailleurs à une certaine théorie de la décision judiciaire en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, voulant que cette conclusion ne puisse être élaborée qu'à l'intérieur d'un cadre juridictionnel et procédural préalablement défini. À défaut de respect de ces contraintes, la présomption de constitutionnalité jouera, c'est-à-dire que l'on présumera la constitutionnalité de la loi qui n'aura pas été correctement contestée⁴. La présomption de constitutionnalité est en fait une manifestation particulière du principe de la *Rule of Law*.

3. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit en effet que: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Deux remarques évidentes s'imposent peut-être (étant donné une certaine confusion occasionnellement rencontrée dans la doctrine et la jurisprudence relatives à la question qui m'intéresse dans cet article): d'abord, cette disposition exprime la suprématie de toute la Constitution canadienne (définie au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et porte donc autant sur le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les provinces que sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ensuite ce texte nouveau que l'on retrouve au paragraphe 52(1) n'est que le fondement textuel moderne du principe de la suprématie de la constitution en droit canadien. Jusqu'au rapatriement de la constitution du début des années 1980, ce principe existait déjà, mais découlait plutôt de celui de la prépondérance du droit impérial: voir l'article 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, 1865 (R.-U.), 28-29 Vict., ch. 63, et le paragraphe 7(2) du *Statut de Westminster*, 1931 (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4.

4. «Ces contraintes imposées à la mise en cause de la constitutionnalité des lois font d'une certaine façon contrepois au considérable pouvoir judiciaire en matière de contrôle de constitutionnalité. Le débat ne peut avoir lieu et la sanction ne peut être imposée que dans un cadre procédural particulier. Hors de celui-ci, il n'y aura pas de débat judiciaire et la constitutionnalité de la loi sera présumée, dans un sens générique, tout comme le sont la bonne foi et la normalité.» Danielle PINARD, «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*», (1990) 35 *Revue de droit de McGill* 305, 311.

La Cour suprême du Canada a récemment énoncé certaines caractéristiques de la *Rule of Law*. Dans le *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution*⁵, elle en a rappelé l'aspect «ordre» en ces termes:

La «règle de droit» est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale.⁶

La Cour est allée beaucoup plus loin, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*⁷, lorsqu'elle a justifié une déclaration de validité temporaire de lois par ailleurs jugées inconstitutionnelles à l'aide de ce même principe de la *Rule of Law*. Selon la Cour, ce principe impliquerait l'existence d'un ordre de droit positif, et ne saurait s'accommoder du chaos et de l'arbitraire. Voici certains passages pertinents du jugement:

En l'espèce, déclarer les lois de la législature du Manitoba invalides et inopérantes aurait pour effet, sans plus, de miner le principe de la primauté du droit. La primauté du droit, qui constitue un principe fondamental de notre Constitution, doit signifier au moins deux choses. En premier lieu, que le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire. [...] En second lieu, la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée.

[...] C'est ce second aspect de la primauté du droit qui est en cause dans la présente situation. La conclusion que les lois de la législature du Manitoba sont invalides et inopérantes signifie que l'ordre de droit positif qui est censé avoir réglementé les affaires des habitants du Manitoba depuis 1890 se trouvera détruit et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces règles de droit seront invalides et non exécutoires. [...] Une telle conséquence serait certainement contraire à la primauté du droit. [...] Il ne peut y avoir de primauté du droit dans une province qui n'a aucune règle de droit positif. [...] La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative: une société soumise à la primauté du droit.⁸

5. [1981] 1 R.C.S. 753.

6. *Id.*, p. 805-806.

7. [1985] 1 R.C.S. 721.

8. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 749, 750, 751, 752.

Si le principe de la *Rule of Law* présuppose l'existence d'un ordre légal de droit positif certain et accessible, il doit aussi impliquer l'existence de contraintes strictes à la remise en question de cet ordre de droit devant les tribunaux. Sinon, c'est le chaos, l'incertitude dans le droit. Découle donc de la *Rule of Law* le principe voulant que la constitutionnalité de l'ordre de droit positif ne peut être remise en question n'importe où, devant n'importe qui et de n'importe quelle façon⁹.

La présomption de constitutionnalité et l'équité procédurale constituent en fait les justifications théoriques de l'exigence imposée par le *Code de procédure civile* d'informer le procureur général de toute contestation de la constitutionnalité d'une loi¹⁰. C'est en effet une forme de reconnaissance du nécessaire respect, par les juges comme par l'ensemble de la population, des choix législatifs élaborés dans un contexte démocratique. Le jugement d'inconstitutionnalité est une conclusion grave à laquelle on ne peut arriver que si l'autorité publique a eu la possibilité de venir justifier devant le tribunal le bien-fondé de la loi contestée¹¹. On reconnaît ici le principe d'équité procédurale qui veut essentiellement qu'ait le droit d'être entendue la partie dont les droits ou intérêts sont en cause, principe qu'exprime la maxime *audi alteram partem*¹².

9. « It must be remembered that judicial review is always hedged by procedural rules: a proper proceeding must be brought within the proper time by a proper party before a proper court. The raising of a constitutional issue, however plausible, will not cure a procedural infirmity, even though the infirmity will (unless corrected) preclude judicial review. » Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 346; voir, dans le même sens, J.E. MAGNET, « Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality », (1980) 11 *Manitoba Law Journal* 21, 29.
10. En fait, la raison d'être de cette règle est telle que l'exigence pourrait être de mise même en l'absence d'un fondement statutaire comme l'article 95 du *Code de procédure civile*: voir J.A.C. GRANT, « Judicial Review in Canada: Procedural Aspects », (1964) 42 *R. du B. can.* 195, 218-219; C.S.S.T. c. C.A.S., [1983] C.S. 20, où une telle exigence semble avoir été imposée à un tribunal administratif, en l'absence même de tout fondement statutaire.
11. On pourrait d'ailleurs se demander si une éventuelle intervention du procureur général ne modifierait pas l'effet même de chose jugée d'un jugement d'inconstitutionnalité, par exemple en liant l'ensemble de l'électorat. Voir, pour une réponse négative: Stéphane LÉTOURNEAU, « L'autorité d'un jugement prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi », (1989) 23 *R.J.T.* 173, 180.
12. Ce principe est d'ailleurs expressément reconnu au *Code de procédure civile*, qui prévoit, à son article 5: « Il ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée. » Dans C.S.S.T. c. C.A.S., [1983] C.S. 20, la Cour supérieure du Québec a considéré que, même en l'absence d'obligation statutaire, le défaut d'avis au procureur général, préalablement à un prononcé d'inconstitutionnalité par un tribunal administratif, constituait une violation de *audi alteram partem*. C'est aussi ce dernier principe qui veut que tous les motifs de contestation soient allégués dans l'avis, et que « [l]e tribunal ne [puisse] se prononcer que sur les moyens

C'est en 1882 que le législateur québécois exprime pour la première fois une préoccupation à l'égard de la pertinence d'aviser le procureur général de l'existence de litiges constitutionnels¹³. Il s'agissait en fait d'une réaction à la décision, ou plutôt à la procédure ayant mené à la décision du Conseil Privé dans l'arrêt *Russell*¹⁴. Dans cette affaire, la validité constitutionnelle de l'*Acte de tempérance du Canada* de 1878 a été mise en cause dans un contexte où ni le procureur général fédéral ni les procureurs généraux des provinces n'étaient présents. Le litige impliquait un poursuivant privé et une personne accusée d'avoir contrevenu à la loi. C'est sur la base des prétentions de ces parties privées que fut décidée l'importante question de la validité constitutionnelle de la loi¹⁵. Afin d'empêcher la répétition d'un tel processus, le législateur québécois a donc adopté un *Acte pour faciliter l'intervention de la couronne dans les causes civiles où la constitutionnalité des lois fédérales ou provinciales est mise en question*¹⁶, dont le préambule s'énonçait comme suit:

Attendu que depuis l'union fédérale, il s'est soulevé et se soulève chaque jour devant les tribunaux, dans les causes mues entre particuliers, entre corporations, ou entre corporations et particuliers, des questions de conflit législatif entre le parlement fédéral et les législatures provinciales, et notamment celle de cette province, sans qu'il existe de mode légal pour permettre au gouvernement d'intervenir, et de défendre les attributions législatives et les droits de la province, ce qui constitue une omission préjudiciable à l'intérêt public [...].

- exposés dans l'avis » (article 95 du *Code de procédure civile*, *in fine*). Le procureur général ne doit pas être éventuellement pris par surprise par la présentation d'arguments constitutionnels dont il n'a pas préalablement été avisé. Voir, sur la question générale de la suffisance de l'avis préalable au procureur général: Robert G. RICHARDS, « The Notice Provisions in The Constitutional Questions Act », (1989) 53 *Saskatchewan Law Review* 153, 159; *Office de la construction du Québec c. Érection Tremblay Inc.*, [1986] R.J.Q. 661 (C.P.); *Raiche c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1989] R.J.Q. 1495 (C.S.) et *Commission du salaire minimum c. Ville de St-Hubert*, [1980] C.P. 68.
13. Il fut d'ailleurs rapidement imité en cela par les autres législateurs canadiens, et d'abord par celui de l'Ontario: *An Act for the Better Administration of Justice in this Province*, S.O. 1883, c. 6, art. 6. Voir Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e édition, Toronto, Butterworths, 1988, p. 74.
14. *Russell c. R.*, (1882) 7 A.C. 829.
15. Pour une discussion critique de cet aspect de l'arrêt *Russell*, voir Barry L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 73; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 203; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 376, note 34; Gil RÉMILLARD, avec la collaboration de Guylaine BÉRUBÉ, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au lendemain de la Loi constitutionnelle de 1982 », (1982) 42 *R. du B.* 565, 589.
16. S.Q. 1882, c. 4.

On ne doit en effet pas perdre de vue une caractéristique du litige constitutionnel, qui est de mettre en cause bien plus que les intérêts des parties immédiates¹⁷, et ce pour au moins deux raisons.

Premièrement, la détermination de la constitutionnalité d'une loi exige la considération et la pondération d'éléments extérieurs à ces intérêts immédiats. Par exemple, la démonstration de la validité constitutionnelle d'une loi, au regard du partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, pourra souvent dépendre d'éléments de preuve difficiles d'accès pour des parties privées, et souvent extérieurs à leurs propres intérêts. Il suffira pour s'en convaincre de penser aux chefs de compétence législative dont la disponibilité dépend de l'existence de certains faits législatifs¹⁸, comme la compétence fédérale pour faire des lois relatives à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, dans les cas d'urgence ou de situations présentant des dimensions nationales¹⁹. Dans *Northern Telecom Ltd. c. Communications Workers of Canada*²⁰ la Cour suprême du Canada a reconnu l'ampleur des intérêts en cause dans une affaire constitutionnelle, et l'importance corrélative de la contribution des procureurs généraux :

Je suis donc enclin à penser qu'en l'absence de preuve des faits essentiels, cette Cour serait malavisée de tenter de résoudre la question d'ordre constitutionnel sous-entendue dans la question sur laquelle l'autorisation d'appel a été accordée. Il ne faut pas oublier qu'un litige constitutionnel ne s'arrête pas aux intérêts privés des deux parties devant la Cour. Par définition, les intérêts des deux paliers de gouvernement sont également concernés. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que la question constitutionnelle soit arrêtée en conformité de la règle 17 des *Règles de la Cour suprême*. Si l'appelante avait l'intention de contester l'applicabilité constitutionnelle du *Code canadien du travail*, elle devait s'assurer que la question constitutionnelle soit valablement soulevée. Or comme aucune question

constitutionnelle n'a été définie et comme les procureurs généraux respectifs n'ont pas été avisés du débat, la Cour n'a pas les garanties qu'offre la procédure qui accompagne habituellement ce genre de litiges ni le bénéfice des interventions des gouvernements concernés.²¹

De la même façon, la justification de limites raisonnables aux droits et libertés constitutionnellement protégés dépendra la plupart du temps d'une preuve factuelle considérable²². Elle devra mettre en lumière les différents intérêts pondérés par le législateur lors de l'élaboration des choix législatifs jugés incompatibles avec les droits et libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Deuxièmement, un jugement portant sur la constitutionnalité d'une loi présente aussi des conséquences qui vont bien au-delà des intérêts immédiatement en cause. Il détermine en fait la capacité pour un État de procéder à certains choix de réglementation et, en ce sens, intéresse le public dans son ensemble. Eu égard à l'importance de ces conséquences, la contribution de l'expertise et des ressources humaines et matérielles du bureau du procureur général s'avère essentielle à l'alimentation d'une décision judiciaire éclairée²³.

En fait, l'exigence d'un avis préalable au procureur général lors de la contestation de la constitutionnalité d'une loi procède de la même logique que la tendance de certains tribunaux à accorder plus facilement la qualité pour intervenir dans l'intérêt public²⁴ : il s'agit dans les deux cas d'une ouverture à une information factuelle plus complète et nécessaire, compte tenu de l'importance de la décision

17. Voir, pour une discussion de cet aspect du contentieux constitutionnel comme justification de l'exigence de l'avis préalable au procureur général en droit canadien : Robert G. RICHARDS, « The Notice Provisions in the Constitutional Questions Act », (1989) 53 *Saskatchewan Law Review* 153, 153; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 79; J.A. GRANT, *loc. cit.*, note 10, p. 214; *McGillivray c. Manitoba*, (1990) 61 Man. R. (2d) 290 (M.C.Q.B.), p. 293.

18. Les faits législatifs sont les faits généraux, pertinents pour l'évaluation de l'existence d'une compétence constitutionnelle. On les oppose généralement aux faits adjudicatifs, relatifs, ceux-là, à l'espèce particulière. Voir Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *Les Cahiers de droit* 137, 169 et s.

19. Voir le texte du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

20. [1980] 1 R.C.S. 115.

21. P. 139-140.

22. Certains juges de la Cour suprême du Canada ont ouvertement exhorté les plaideurs à leur apporter une meilleure preuve factuelle dans les litiges impliquant la *Charte canadienne des droits et libertés* : voir Morris MANNING, « Proof of Facts in Constitutional Cases », dans Gerald-A. BEAUDOIN (dir.), *Causes invoquant la Charte 1986-1987*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1987, p. 271, aux pages 292 et 293.

23. « The purpose of that procedural step is not to impede judicial review, but to facilitate it by ensuring that the constitutional issue is fully argued, not only by the private litigants, but by the appropriate Attorney General, who has the resources and the interest to mount an argument in support of the legislation. » Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 346.

24. « Pour ce qui est des questions d'ordre constitutionnel, et plus particulièrement des questions relatives à la *Charte*, les tribunaux ont donné une interprétation libérale de l'« intérêt » que doit avoir un tiers pour obtenir le statut d'intervenant, afin de permettre les interventions portant sur des questions relatives à l'intérêt public. » *Rothmans, Benson and Hedges Inc. c. P.G. Canada*, Division de première instance de la Cour fédérale du Canada, 19 mai 1989 (décision confirmée en appel le 17 août 1989). Voir cependant, pour une approche plus restrictive, en matière d'intérêt pour ester en justice : *Imperial Tobacco Limited c. P.G. Canada*, [1989] R.J.Q. 367 (C.S.) et *Conseil du Patronat du Québec Inc. c. P.G. Québec*, [1988] R.J.Q. 1516 (C.A.).

à rendre. La Cour suprême du Canada a plus d'une fois exprimé à cet égard son intérêt à être informée par des points de vue contradictoires. Par exemple, dans *R. c. Board of Transport Commissioners*²⁵, la Cour a rappelé que :

It is undesirable that this Court should be obliged to rule upon constitutional issues without the benefit of argument for both sides and the hope is expressed that, in the future, whenever the constitutional validity or application of federal legislation is in issue, this Court will always have the benefit of argument by counsel on behalf of the Attorney-General of Canada.²⁶

La présence du procureur général est en fait essentielle à la présentation adéquate et informée de considérations d'intérêt public²⁷. Les parties à un litige privé, Dieu leur pardonne, sont en effet rarement motivées par une conscience sociale les incitant à défendre l'intérêt public, par-delà leurs intérêts personnels immédiats. Hogg rappelle qu'en fait, en dehors des renvois gouvernementaux, la plupart des contestations constitutionnelles ont lieu à l'initiative d'une partie privée qui cherche à éviter l'application d'une réglementation étatique²⁸. Il s'entend avec Mallory pour dire que, dans la plupart des cas :

[...] the force that start our interpretive machinery in motion is the reaction of a free economy against regulation.²⁹

Cette tendance des parties privées à la protection de leur liberté et à la résistance face à l'action étatique façonne la structure du débat constitutionnel et s'avère encore plus manifeste dans le contexte des litiges mettant en cause la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte* est un document libéral, qui protège la liberté individuelle et limite d'autant l'action étatique. Petter et Hutchinson l'expliquent ainsi :

25. [1968] R.C.S. 118.

26. *Id.*, p. 129, cité dans John CAVARZAN, « Legislation, Judicature Act, R.S.O., 1980, c. 223, s. 35, Notice of Constitutional Issue », (1984) 62 *R. du B. can.* 75, 77.

27. Ian G. SCOTT, « The Role of the Attorney General and the Charter of Rights », (1986-1987) 29 *Crim.L.Q.* 187, pour une présentation du procureur général comme protecteur de l'intérêt public. On peut reprocher à cette conception de manquer de réalisme, de laisser dans l'ombre le fait que souvent le procureur général voudra d'abord et avant tout protéger le *statu quo* et défendre la constitutionnalité des lois. Il se peut donc fort bien que la présence des groupes d'intérêt soit aussi essentielle afin que les juges puissent se faire une meilleure image des exigences de l'intérêt public. Cependant, pour les fins du présent texte, je présumerai que le procureur général est un défenseur privilégié de ce dernier.

28. P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 310.

29. MALLORY, (1944) 10 *Can. J. Ec. & Pol. Sci.* 165, cité dans P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 311.

The Charter is, at root, a liberal document. Its enactment was a constitutional affirmation of liberal faith. The framework and tenor of the Charter reflect traditional liberal values; it arms individuals with a negative set of formal rights to repel attempts at government interference.³⁰

Aujourd'hui, en droit canadien, chacun des choix législatifs, fédéral ou provincial, est susceptible de contestation devant les tribunaux, au nom d'une atteinte à des droits ou libertés constitutionnellement protégés³¹. En partie à cause de l'interprétation que lui a donnée la Cour suprême du Canada³², la *Charte* opère comme un instrument de libéralisme, notamment économique, de façon à restreindre la capacité d'action de l'État³³. Il s'avère donc plus essentiel encore que soit donnée à ce même État la possibilité

30. Allan C. HUTCHINSON et Andrew PETTER, « Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter », (1988) 38 *U. of T. L.J.* 278, 283.

31. Voir la citation de M. MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thompson, 1989, p. 3, dans le texte, *infra*, note 104. Qui plus est, les contours définitionnels des droits et libertés constitutionnellement protégés seront modelés par les arguments d'individus matériellement en mesure de s'adresser aux tribunaux: voir Andrew PETTER, « The Politics of the Charter », (1986) 8 *Supreme Court Law Review* 473, 486: « The institutional barrier created by money not only denies the disadvantaged access to the courts; in doing so, it serves to shape the rights themselves. [...] If the issues raised in non-criminal *Charter* cases tend to represent the interests of those with economic resources in society, the interpretation of rights will necessarily respond to and, over time, will reflect those interests. »

32. Je pense ici, entre autres choses, à la définition de l'intervention étatique que l'on a dit nécessaire pour déclencher l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*: voir *S.G.D.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Dans cette affaire la Cour a décidé que la *Charte* ne s'appliquait qu'aux seules interventions gouvernementales positives. Il serait possible d'en conclure que la Cour a ainsi vraisemblablement exclu, en matière de droits et libertés, la possibilité de contestations constitutionnelles justement fondées sur une absence d'intervention gouvernementale, en matière de sécurité sociale ou de protection de l'environnement, par exemple. « In the Charter vision, the main enemy of freedom is not disparity in wealth or concentration of private power, but the state. », A. PETTER et A. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 30, p. 283.

33. « Une Charte des droits est un instrument juridique particulièrement conservateur: elle fixe et fige certaines valeurs, pour un temps considérable. [C]es droits de la Charte doivent recevoir une interprétation qui n'empêche pas les parlements d'adopter des lois sociales, culturelles et économiques de nature à favoriser dans les faits l'accession aux droits fondamentaux. Cette proposition postule une interprétation retenue des droits de la Charte, c'est-à-dire une interprétation incarnée, qui tienne compte du poids concret des valeurs véhiculées par les législations contestées. » Henri BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans C. BECKTON et A.W. MACKAY, coordonnateurs de la recherche, *Les tribunaux et la Charte*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 1 à la p. 7.

d'expliquer et de justifier, dans le forum judiciaire, ses politiques normatives de portée générale³⁴.

La raison d'être de la nécessité d'un avis préalable au procureur général lors de toute contestation de la constitutionnalité d'une loi est donc d'en faciliter le contrôle judiciaire en permettant la tenue d'un débat éclairé, c'est-à-dire en ménageant l'occasion de la présentation de toute l'information pertinente³⁵, et non pas de l'empêcher ou de l'entraver. C'est un peu l'admission que le débat constitutionnel ne peut avoir correctement lieu qu'en présence d'une représentation de l'intérêt public³⁶. À défaut d'une telle représentation, il sera préférable de ne pas tenir ce débat, et la présomption de constitutionnalité jouera. Dans un système démocratique, en termes d'opportunité, il est plus souhaitable de présumer la constitutionnalité d'une loi, même si elle est mise en cause par au moins une partie, que de permettre la moindre possibilité d'un prononcé d'inconstitutionnalité qui pourrait ne pas avoir l'intelligence de toutes les considérations pertinentes.

Dès lors, la sanction d'un défaut d'avis au procureur général sera donc l'application de la présomption de constitutionnalité, et le débat constitutionnel ne pourra en principe avoir lieu³⁷. Le texte de l'article 95 du *Code de procédure civile* est à cet égard précis :

34. Je ne voudrais surtout pas être comprise comme entérinant le lourd fardeau de preuve imposé à l'État par le test de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Mais puisque tel est l'état du droit, mieux vaut alors assurer la plus grande possibilité de représentation étatique dans les litiges constitutionnels.
35. Voir, au même effet : R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 153 ; P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 346 ; *McGillivray c. Manitoba*, (1990) 61 Man. R. (2d) 290 (M.C.Q.B.) ; *R. c. Fraser*, (1983) 21 S.R. 227 (Sask. C.Q.B.).
36. Pour une discussion du procureur général comme représentant de l'intérêt public, voir I.G. SCOTT, *loc. cit.*, note 27.
37. Voir généralement, pour une discussion de cette sanction, relativement la même dans toutes les juridictions canadiennes : G. RÉMILLARD et G. BÉRUBÉ, *loc. cit.*, note 15, p. 590 ; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 79-80 ; André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, les Éditions Thémis, 1982, p. 130 ; J.A.C. GRANT, *loc. cit.*, note 10, p. 218 ; P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 346 ; R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 160 ; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e édition, tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1989, p. 1000 ; *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Syndicat canadien de la Fonction publique*, J.E. 89-1066 (C.S.) ; *Tremblay c. P.G. Québec*, [1986] R.J.Q. 577 (C.P.) ; *Devlin-Allard c. Commission scolaire Ste-Croix*, [1983] C.S. 508 ; *Richard c. Falardeau*, [1985] C.S. 1141 ; *Gagné c. Boulianne*, J.E. 88-1032 (C.S.) ; *Protection de la Jeunesse — 261*, [1988] R.J.Q. 1690 (C.S.) ; *M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare*, (1988) 61 Alta. L.R. (2d) 206 (C.A.) ; *Re Butler and Board of Governors of York University*, (1984) 3 D.L.R. (4th) 763 (Ont. H.C.J.) ; *Todosichuk c. Marchenski Lumber Co. Ltd.*, (1985) 40 S.R. 200 (Sask. C.Q.B.) ; *R. c. Lavoie*, (1987) 56 S.R. 116 (Sask. C.Q.B.) ; *Brodby c. Director of Vital Statistics*, (1983) 23 Alta. L.R. (2d) 77 (C.A.) ; *Chaussé c. Ville de Baie Comeau*, [1972] C.A. 385 ; *Vadeboncoeur c. Landry*, [1973] C.A. 351 ; *R. c. Régie des alcools*, [1970] C.A. 561.

«Sauf si le Procureur général a reçu préalablement un avis conformément au présent article, [...] une disposition d'une loi [...] ne peut être déclarée [...]»³⁸. Mais peut-on vraiment parler ici d'une sanction ? N'est-ce pas plutôt le simple exercice de la normalité ? La présomption de constitutionnalité, comme toute présomption, jouera jusqu'à ce que renversée. L'avis préalable au procureur général est une simple condition procédurale préalable à la possibilité de ce renversement.

Ces considérations générales relatives à la raison d'être et aux justifications de l'exigence d'un avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile* devraient permettre de mieux comprendre les enjeux relatifs à son champ d'application (partie 2) et à sa validité constitutionnelle (partie 3).

2. SON CHAMP D'APPLICATION

A. Les objets contestés

Le texte de l'article 95 du *Code de procédure civile* prévoit l'obligation d'envoyer un avis au procureur général dans les cas où :

38. Les autres lois canadiennes relatives à l'avis préalable au procureur général sont formulées de façon similaire : «it shall not be heard until...» (Terre-Neuve : *The Judicature Act 1986*, S.N. 1986, c. 42, art. 57) ; «the court shall not adjudge...until...» (Nouvelle-Écosse : *An Act to Amend Chapter 51 of the Revised Statutes, 1967, The Constitutional Questions Act*, S.N.S. 1985, c. 15, art. 1, modifiant la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1967, c. 51) ; «the law [ou «enactment»] shall not be held to be...» (Manitoba : *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, art. 7 ; Colombie-Britannique : *Constitutional Question Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 5, art. 1, modifiant la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63, art. 8 ; Alberta : *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, art. 25) ; «the Act shall not be adjudged to be...» (Ontario : *Courts of Justice Act 1984*, S.O. 1984, c. 11, art. 122) ; «the court shall not adjudge the law to be...» (Saskatchewan : *An Act to Amend the Constitutional Questions Act*, S.S. 1983-1984, c. 31, art. 2, modifiant *The Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, c. C-29, art. 8). Le texte de la loi du Nouveau-Brunswick ne prévoit que l'obligation de l'avis préalable, sans préciser la sanction du défaut (*Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, art. 22, modifiée par 1980, c. 28, art. 5 et 1982, c. 3, art. 39(1)). Les règles de la Cour fédérale ne formulent à ce jour qu'une simple possibilité offerte d'aviser les procureurs généraux, et ce uniquement au niveau de la division d'appel (*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., c. 663, Règle 1101), mais le projet de réforme de la loi sur la Cour fédérale contient maintenant une obligation générale à cet effet, dont la sanction est aussi le respect de la présomption de constitutionnalité (*Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-38, 2^e session, 34^e législature, adopté par la Chambre des communes le 15 février 1990, art. 19). Les règles de pratique de la Cour suprême du Canada (*Règles de la Cour suprême du Canada*, (1983) 117 *Gaz. Can.* II, 380, art. 32, telles que modifiées) imposent plutôt aux parties l'obligation de demander la formulation d'une question constitutionnelle, dont la signification aux procureurs généraux sera ensuite ordonnée par le juge de la Cour y ayant procédé. Voir *infra*, la note 223, à propos d'une nécessaire souplesse dans l'application de cette sanction.

[...] une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, d'un décret, arrêté en conseil ou proclamation du lieutenant-gouverneur, du gouverneur général, du gouvernement du Québec ou du gouverneur général en conseil [...]

fait l'objet de la contestation y décrite. La question des paramètres précis du champ d'application de cette disposition s'est posée en jurisprudence, et il ne se dégage de cette dernière qu'une image générale de confusion. Si l'assujettissement des lois ne fait évidemment aucun doute, d'importantes questions se posent cependant à propos de la législation déléguée³⁹. Par exemple, on a parfois jugé que relevait du champ d'application de 95 la contestation des règlements municipaux⁴⁰ et des règles de pratique des tribunaux⁴¹, mais on a aussi parfois jugé le contraire⁴².

J'exposerai ici les principaux arguments discutés dans la jurisprudence, et qui sont souvent défavorables à l'application de l'exigence d'avis préalable. Je considérerai d'abord le cas des règlements municipaux, puis celui des règles de pratique des tribunaux. Je tenterai enfin de présenter, de façon plus générale, des critères qui devraient servir à l'identification des objets pour la contestation desquels l'avis préalable au procureur général devrait être requis.

a. Les arguments invoqués dans les cas de contestation des règlements municipaux

Pour justifier la non-application de la disposition dans les cas de contestation des règlements municipaux, on a présenté les arguments suivants.

39. Il faudra s'assurer, dans chaque cas, de bien identifier l'objet de la contestation, c'est-à-dire la loi habilitante, ou encore le règlement lui-même. Car on sait qu'une loi ne peut pas déléguer le pouvoir d'adopter un règlement inconstitutionnel. En présence d'un tel règlement, deux possibilités se présenteront. Dans un cas, on pourra invoquer l'invalidité administrative du règlement, fondée sur l'absence d'habilitation législative. En présence d'une telle habilitation, cependant, l'article 95 s'appliquera alors certainement, puisque c'est la loi qui sera alors contestée. Voir, dans le même sens R. G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 157, note 13.

40. *Montréal c. Cie américaine de fer et métaux*, J.E. 86-169 (C.S.); *Paradis c. Ville de Laval*, J.E. 88-949 (C.S.); *Oka c. Simon*, J.E. 88-70 (C.S.).

41. *Sacchitelle c. P.G. Québec*, [1983] C.S. 166.

42. Voir, pour l'approche selon laquelle l'exigence d'avis préalable serait inapplicable dans les cas de contestation de règlements municipaux : *Association des chirurgiens dentistes du Québec c. Montréal*, [1989] R.J.Q. 666 (C.S.); *Roy c. Ville de Lemoyne*, J.E. 88-68 (C.S.); quant à l'inapplicabilité de cette exigence dans les cas de contestation de règles de pratique *Gestion Auzo Ltée c. Beaudin*, [1988] R.J.Q. 2311 (C.P.).

On a d'abord invoqué un argument apparemment fondé en partie sur une interprétation de l'arrêt *Blaikie* (n° 2)⁴³ de la Cour suprême du Canada. On sait que, dans cette affaire, la Cour a jugé que les règlements municipaux et scolaires n'étaient pas assujettis à l'obligation de bilinguisme prévue à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce quel que soit le degré d'intervention gouvernementale requis pour leur approbation ou leur désaveu⁴⁴. Cette décision semble cependant intimement liée à la question précise alors posée à la Cour, et apparaît difficilement transposable dans le contexte auquel on s'intéresse ici. Dans cette affaire, la Cour a en effet accordé beaucoup d'importance au contexte historique d'adoption de l'article 133, et, considérant le fait que les institutions municipales et scolaires étaient déjà très bien connues en 1867, au point où l'on y faisait expressément référence, ailleurs, dans la loi constitutionnelle alors adoptée, la Cour a conclu que le silence à leur égard, dans la disposition prévoyant le bilinguisme institutionnel, ne pouvait qu'être délibéré. Ces motifs précis ne sont d'aucune utilité pour comprendre l'étude du champ d'application de l'article 95 du *Code de procédure civile*, et la Cour n'a pas tenté ici, dans sa discussion de la question des règlements municipaux⁴⁵, de définir, de façon générale, la portée de l'expression « règlement ».

On a aussi invoqué le texte anglais de l'article 95 qui contient l'expression « regulation », et non « by-law ». Cela impliquerait, dit-on, l'exclusion des règlements municipaux qui ne sont que des « by-laws » en vertu du vocabulaire consacré, et l'obligation ne porterait donc que sur la contestation de la « regulation », c'est-à-dire des règlements adoptés par le gouvernement pour la mise en oeuvre des politiques législatives⁴⁶. Cet argument semble peu fondé en droit québécois, qui n'utilise pas de telles distinctions, et prévoit plutôt le concept général de « règlement ». Je reviendrai plus loin sur cette question⁴⁷.

On a aussi utilisé le texte précis de l'article 95 qui prévoit son application dans les cas de contestation « d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi » (je souligne). Une fois habilitées à réguler

43. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; voir *Gestion Auzo Ltée c. Beaudin*, précité, note 42, pour une discussion de l'argument.

44. *Id.*, p. 325.

45. On reviendra, un peu plus loin, à d'autres aspects pertinents, ceux-là, de la décision de la Cour suprême, dans cette affaire.

46. *Association des chirurgiens dentistes du Québec c. Montréal*, précité, note 42; *Roy c. Ville de Lemoyne*, précité, note 42.

47. Voir *infra*.

par un texte de loi, les municipalités adopteraient des règlements en vertu de leurs propres pouvoirs administratifs, et ces règlements ne seraient alors pas *adoptés en vertu d'une loi*⁴⁸. L'argument m'apparaît spécieux, et pourrait d'ailleurs servir à vider la notion de tout contenu. En effet, en vertu de cette logique, ne pourrait-on pas *toujours* dire qu'une fois que la loi habilitante a délégué le pouvoir de faire des règlements, les règlements sont alors adoptés en vertu du pouvoir administratif ainsi créé, et non plus en vertu de la loi ayant autorisé la délégation? Je ne crois pas que le simple texte de l'article 95 permette une telle distinction. Un règlement adopté par un organisme qui a reçu une délégation législative pour ce faire me semble toujours adopté en vertu de cette loi habilitante.

On a aussi donné comme justification l'absence d'intérêt du procureur général dans ce type de règlements⁴⁹. Ce manque d'intérêt étant notamment déduit de l'absence de toute intervention du gouvernement dans leur processus d'adoption, le régime juridique de la contestation d'un règlement varierait donc selon le mode d'adoption ou d'entrée en vigueur du règlement contesté. Cet argument rappelle certaines remarques de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Blaikie* (n° 2)⁵⁰. On sait que, dans cette affaire, la Cour a décidé que n'étaient assujettis à l'obligation de bilinguisme prévue à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que les règlements de l'Administration et des organismes parapublics (excepté les organismes municipaux et scolaires⁵¹) soumis à une quelconque approbation du gouvernement⁵². À ce sujet, la Cour s'est expliquée comme suit :

C'est parce que dans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées

par la Législature qu'elles sont régies par l'art. 133. À notre avis, les autres règlements doivent être considérés sous le même angle quand on peut dire à bon droit que ce sont des mesures édictées par le gouvernement. [...] Lorsqu'il les approuve, le gouvernement légifère de la même façon que le fait une chambre dans un régime bicaméral lorsqu'elle adopte un projet de loi [...].⁵³

Il demeure cependant que le gouvernement peut quand même avoir un intérêt dans la contestation de normes adoptées en vertu d'une habilitation législative, et ce en l'absence même de toute approbation formelle. Par exemple, la déclaration d'invalidité d'un règlement pourra influencer sur la définition de l'habilitation législative. Si l'existence d'une participation gouvernementale directe dans l'élaboration ou l'approbation de normes démontre certainement un intérêt gouvernemental, elle n'épuise cependant pas la notion. L'absence d'une telle participation ne devrait pas, en soi, être déterminante de la non-application de l'exigence d'avis préalable.

*b. Les arguments invoqués dans les cas de contestation des règles de pratique*⁵⁴

Pour contrer l'application de l'avis de l'article 95 dans les cas de contestation des règles de pratique des tribunaux, on a d'abord invoqué le caractère judiciaire plutôt que législatif ou gouvernemental (au sens étroit) de ces dernières⁵⁵. On ne peut s'empêcher de référer ici encore à l'affaire *Blaikie* (N° 2)⁵⁶, dans laquelle la Cour suprême du Canada a justement expliqué l'assujettissement des règles de pratique des tribunaux judiciaires et quasi judiciaires à l'obligation de bilinguisme prévue à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* par le caractère judiciaire de leur objet :

La question n'est pas tellement que les règles de pratique participent de la nature législative du Code dont elles sont le complément. Une

48. Voir *Association des chirurgiens dentistes du Québec c. Montréal*, précité, note 42, p. 667: «L'article 95 C.P. n'a pas d'application en l'espèce. Le règlement (by-law) qu'adopte une municipalité selon les pouvoirs qui lui sont délégués et en vue d'opérations qui la concernent est distinct du règlement («*regulation*» au texte anglais de l'article 95 C.P.) qu'adopte un gouvernement en vertu d'une loi de sa législature.»; *Roy c. Ville de Lemoyne*, précité, note 42, p. 6: «Le règlement qu'adopte une municipalité selon les pouvoirs qui lui sont délégués, et pour sa régie particulière en vue de ses opérations municipales, est distinct du règlement ou «*regulation*» du texte anglais qu'adopte le législateur dans le cadre d'une loi de la législature.»; voir aussi *C. Battison & Sons Inc. c. Mauti*, (1985) 50 O.R. (2d) 599 (H.C.J.), pour un raisonnement similaire, à propos de la loi ontarienne: «When a municipal council enacts by-laws properly within its authority, it is not enacting a by-law under a statute of the province, but is enacting a by-law within its own jurisdictional power.» (p. 602).

49. Voir, par exemple, *Gestion Anzo Ltée c. Beaudin*, précité, note 42.

50. *Supra*.

51. *Supra*.

52. *Blaikie c. P.G. Québec*, précité, note 43, p. 326.

53. *Blaikie c. P.G. Québec*, précité, note 43, p. 329. La Cour a ajouté que l'obligation de bilinguisme ne s'appliquait qu'aux règlements constituant de la «*législation déléguée*», et a donc expressément exclu de sa portée les règles ou directives de régie interne: *id.*, p. 333.

54. Le pouvoir de la Cour du Québec d'adopter des règles de pratique découle d'habilitations législatives: *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 47, et *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 146; les cours supérieures adoptent apparemment leurs règles de pratique en vertu de leur juridiction inhérente. Voir, pour une discussion, en droit anglais: I.H. JACOB, «The Inherent Jurisdiction of the Court», (1970) 23 *Current Legal Problems* 23, 33 et s. Cette juridiction inhérente qui permet d'adopter des règles de pratique est cependant législativement confirmée: *Code de procédure civile*, précité, art. 47. Seules les règles de pratique de la Cour du Québec semblent soumises à l'approbation du gouvernement: *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 147.

55. *Gestion Anzo Ltée c. Beaudin*, [1988] R.J.Q. 2311 (C.P.).

56. *Supra*.

raison plus impérieuse est le caractère judiciaire de leur objet que l'art. 133 vise expressément. [...] Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l'anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.⁵⁷

Puisque l'obligation constitutionnelle de bilinguisme institutionnel s'applique expressément tant en matière judiciaire que législative⁵⁸, ce caractère judiciaire des règles était évidemment, dans ce contexte, fort pertinent. Il l'est cependant beaucoup moins pour leur qualification comme «règlements adoptés en vertu d'une loi», au sens de l'article 95 du *Code de procédure civile*.

On a par ailleurs présenté la nécessaire approbation de certaines règles de pratique, par décret ou arrêté en conseil du lieutenant-gouverneur en conseil, comme motif justifiant leur assujettissement à l'obligation d'avis préalable au procureur général⁵⁹.

c. Discussion générale

L'étude des arguments invoqués en jurisprudence, si elle nous révèle la considération *ad hoc* de certains critères vraisemblablement pertinents, ne nous permet cependant pas de découvrir une réponse de principe à la question du champ d'application de l'obligation d'avis préalable. Il semble qu'au-delà de certaines préoccupations immédiates, la définition de la portée de l'obligation prévue à l'article 95 devra tenir compte de son histoire législative, de sa raison d'être et des éléments contextuels pertinents.

L'histoire législative des dispositions que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 95 du *Code de procédure civile* est instructive. Tout d'abord, on remarque que les premières versions ne réfèrent qu'à la contestation constitutionnelle «d'une loi de la province, ou du Parlement fédéral»⁶⁰. Le texte de 1945 ajoute pour la première fois, et dans un paragraphe distinct, une référence expresse à la question d'actes délégués :

Les dispositions qui précèdent s'appliquent lorsque l'illégalité ou la nullité d'une proclamation du lieutenant-gouverneur ou d'une

proclamation ou d'un arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil est soulevée [...].⁶¹

Ce n'est qu'en 1985, avec la version du *Code de procédure civile* qui nous intéresse ici, qu'apparaît en ces termes une référence expresse aux règlements :

[...] une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, d'un décret, arrêté en conseil ou proclamation du lieutenant-gouverneur, du gouverneur général, du gouvernement du Québec ou du gouverneur général en conseil [...].⁶²
(Je souligne)

La signification de ces modifications législatives doit être comprise à la lumière de la raison d'être générale de la disposition⁶³. Si cette obligation d'aviser préalablement le procureur général vise à protéger le droit de l'État de défendre ses politiques et ses choix normatifs de portée générale, dans les cas de contestation devant les tribunaux, et ce pour les raisons que l'on a vues plus haut, il est tout à fait cohérent que l'on ait voulu élargir la portée de la disposition de façon à couvrir les nouvelles formes d'action de l'État. En 1882, dans un contexte de libéralisme, la simple référence aux «lois» suffisait vraisemblablement à couvrir l'essentiel des interventions de ce dernier. Ce n'est plus le cas avec l'accroissement considérable des actions de l'Administration, d'où les modifications législatives de 1945 et de 1985. Ce que fait la nouvelle version de l'article 95 est donc de traduire en termes modernes le principe premier que l'on a voulu protéger dès le début, c'est-à-dire le droit de l'État de défendre ses politiques normatives à portée générale lorsque ces dernières sont contestées dans le forum judiciaire.

Cette évolution du texte législatif n'est pas seulement liée à l'évolution du contexte socio-économique ayant entraîné une modification du mode d'intervention de l'État. Elle l'est aussi à celle du contexte juridique pertinent. En effet, l'enchâssement, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁴ a imposé de nouvelles

57. *Blaikie c. P.G. Québec*, précité, note 43, p. 332.

58. Voir le texte de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

59. *Sacchitelle c. P.G. Québec*, [1983] C.S. 166; voir l'argument développé dans l'arrêt *Blaikie c. P.G. Québec*, précité, note 43, discuté plus haut dans le texte.

60. *Acte pour faciliter l'intervention de la couronne dans les causes civiles où la constitutionnalité des lois fédérales ou provinciales est mise en question*, S.Q. 1882, c. 4; *Des amendements au Code de procédure civile*, S.R.Q. 1888, art. 5856; *Loi modifiant le Code de procédure civile relativement aux règles générales de la plaidoirie écrite*, S.Q. 1929, c. 80.

61. *Loi modifiant le Code de procédure civile*, S.Q. 1945, c. 68, art. 2; cette référence sera ensuite intégrée dans le corps même du texte prévoyant l'exigence d'avis préalable: *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 95.

62. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'administration de la justice*, L.Q. 1985, c. 29, art. 6.

63. Voir le texte de la partie I, portant sur la raison d'être d'une telle exigence d'avis préalable; voir aussi, pour une interprétation large et téléologique d'une disposition de la loi de la Saskatchewan prévoyant une obligation semblable: R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 156.

64. Je dois remarquer que je ne traite pas directement ici de l'application de l'exigence prévue à l'article 95 aux contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte*

limites constitutionnelles à l'action de l'État, ce qui a entraîné une multiplication des litiges judiciaires à fondement constitutionnel. La Cour suprême du Canada a précisé le champ d'application de la *Charte* en se fondant sur le texte du paragraphe 32(1) de cette dernière⁶⁵: toute action des organes législatif ou exécutif de chacun des paliers de gouvernement au Canada sera assujettie au régime juridique de la *Charte*⁶⁶. Dès lors, de plus en plus d'actes gouvernementaux sont remis en question devant les tribunaux au nom de valeurs constitutionnellement protégées de plus en plus nombreuses⁶⁷.

La *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁸ assure aussi, au Québec, une protection supralégislative à certains droits et libertés. Elle prévoit expressément sa supériorité hiérarchique à l'égard des autres lois du Québec⁶⁹, et définit ces dernières comme incluant un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi⁷⁰.

Ces éléments d'objet et de contexte devraient nous éclairer sur le sens des expressions utilisées dans la version de 1985 de l'article 95 du *Code de procédure civile*. On a certes voulu couvrir les modes actuels de réglementation étatique, surtout eu égard aux nouvelles possibilités de contestations constitutionnelles permises par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par la suprématie progressivement acquise de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷¹. Cependant, on n'a de toute évidence voulu viser

canadienne des droits et libertés. J'y reviendrai plus loin. Je me préoccupe plutôt du champ d'application de l'article 95 en termes d'intervention gouvernementale, et l'adoption de la *Charte* constitue à cet égard un important élément du contexte socio-légal.

65. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 32(1) «La présente charte s'applique : a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.»

66. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 598 : «[...]l'article 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative.»

67. Les champs d'application de la *Charte* et de l'article 95 ne seront cependant pas nécessairement identiques, ce dernier ne portant que sur les actes de réglementation à portée générale ; voir *supra* et *infra*.

68. L.R.Q., c. C-12.

69. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, 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*.»

70. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 68, art. 56(3) ; on remarquera la similitude de langage avec celui utilisé à l'article 95 du *Code de procédure civile*.

71. Voir, pour une description de cette évolution : Jacques-Yvan MORIN, «La constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne*», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, p. 25.

que les actes de réglementation générale, par opposition à des actes gouvernementaux de portée individuelle, qui pourraient par ailleurs être aussi visés par les *Chartes*⁷².

Quant au contexte de langage plus immédiat, l'expression «règlement», si elle n'est pas étrangère en droit québécois, présente toutefois des contours flous. Les auteurs Dussault et Borgeat la définissent ainsi :

Le pouvoir réglementaire étant aujourd'hui toujours autorisé par les termes précis d'une loi, le procédé le plus logique pour parvenir à en déterminer les caractéristiques fondamentales consiste à étudier les dispositions législatives qui le confèrent. De ce point de vue, le pouvoir réglementaire peut se définir comme étant la possibilité pour une autorité administrative d'imposer, dans des cadres prévus par une loi, des normes légales de comportement ayant une portée générale. [...] Le règlement est [donc] un acte à la fois normatif, de portée générale, et subordonné.⁷³

Selon Garant :

[...] de façon générale, les auteurs et la jurisprudence sont à l'effet que le règlement est un acte normatif pris en vertu d'une habilitation législative, qui dispose par voie générale et impersonnelle.⁷⁴

Selon les professeurs Pépin et Ouellette :

Le pouvoir réglementaire prend normalement sa source dans une loi (origine) ; il autorise son titulaire à édicter des normes de comportement, à caractère général et impersonnel (contenu) ; ces normes ont force obligatoire tout comme une loi (effet). Le règlement est bien entendu une mesure décisionnelle qui découle de l'exercice d'un tel pouvoir.⁷⁵

La *Loi sur les règlements*⁷⁶ prévoit aussi, à ses propres fins cependant, une définition comparable du mot règlement :

un acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi.⁷⁷

72. Comme l'arrestation par un policier, par exemple. Voir notamment, pour la *Charte canadienne des droits et libertés*, *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, note 66 ; Gérard-A. BEAUDOIN, (dir.), *Vos clients et la Charte, Liberté et égalité*, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1987, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988 ; pour la *Charte des droits et libertés de la personne*, voir *infra*, note 125.

73. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e édition, Québec, Les Presses de l'Université Laval, tome I, 1984, p. 402-403.

74. Patrice GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1987, p. 105.

75. Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 84.

76. *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1. Cette loi est postérieure à la version de 1985 de l'article 95, mais peut quand même servir comme élément du contexte législatif, si l'on présume un législateur stable et cohérent.

77. *Id.*, article 1.

De façon générale, le droit québécois semble donc reconnaître une portée large à la notion de règlement, qui ignore la distinction entre « regulation » et « by-law ».

La référence aux décrets, arrêtés en conseil et proclamations, que l'on retrouve aussi à l'article 95, doit se lire à la lumière de l'objet de la disposition : ces instruments juridiques pourraient n'y être assujettis que dans la mesure où ils véhiculeront du contenu réglementaire⁷⁸.

Considérant l'histoire législative et la raison d'être de la disposition, ainsi que les éléments pertinents du contexte, il semble donc que l'article 95 du *Code de procédure civile* vise, en plus des lois *stricto sensu*, tous ces actes à caractère normatif⁷⁹, de portée générale⁸⁰ et tirant leur validité et leur force de loi d'une habilitation législative.

L'intérêt réel du procureur général se justifierait donc par le rattachement des normes contestées à une habilitation législative, plutôt qu'au critère formel d'une quelconque participation ou approbation gouvernementale directe.

Il est dès lors difficile de donner une réponse de principe à la question de l'assujettissement de la contestation des règlements municipaux et des règles de pratique à l'exigence d'avis préalable prévue par l'article 95 du *Code de procédure civile*. Cela dépendra, dans chaque cas, du fait que seront ou non rencontrés les critères d'habilitation législative, de caractère normatif et de portée générale.

B. Les déclarations visées

L'article 95 prévoit notamment que :

Sauf si le Procureur général a reçu préalablement un avis conformément au présent article, une disposition d'une loi [...] *ne peut être déclarée inapplicable constitutionnellement, invalide ou inopérante*, y compris en

78. Il s'agirait cependant ici du sens exceptionnel de ces expressions : « Exceptionnellement, cependant, le gouvernement, au lieu d'édicter dans un règlement les nouvelles normes qu'il entend introduire dans un secteur d'activité, le fait directement dans un décret ou un arrêté en conseil. Il s'agit alors de textes qui participent véritablement de la nature d'un règlement, même s'ils n'en ont pas le nom. » René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e édition, tome I, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 416.

79. C'est-à-dire ayant « [...] pour rôle de créer des normes légales de comportement et non pas de prendre des décisions de gestion. » P. GARANT, *op. cit.*, note 74, p. 105.

80. « La norme générale et impersonnelle est celle qui s'applique à un nombre indéterminé de personnes ou de situations, ce qui revient à dire que le règlement est une norme objective qui n'est pas actualisée. » P. GARANT, *op. cit.*, note 74, p. 106.

regard de la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de l'annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982) ou de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12), par un tribunal du Québec. (je souligne)

Quelles sont donc ces déclarations qui ne peuvent être faites en l'absence d'un avis préalable au procureur général ?

a. Le caractère final de la déclaration

Ce texte de l'article 95 interdisant toute « déclaration » par un tribunal du Québec n'apparaît que dans la version de 1985⁸¹. La règle contenue aux textes législatifs antérieurs semblait s'adresser plutôt aux plaideurs qu'aux tribunaux. La première version de 1882 prévoyait en effet qu' « aucune question sur la constitutionnalité [...] ne sera[it] soulevée »⁸², celle de 1899 que : « l'inconstitutionnalité [...] ne p[ouvait] être soulevée »⁸³, et celle de 1965 que : « ne p[ouvait] être mise [] en question [...] la constitutionnalité [...] »⁸⁴. Alors qu'à défaut d'avis, le texte précédent interdisait une simple « mise en question », le texte actuel n'interdit maintenant qu'une « déclaration ».

On peut s'interroger sur l'objet de cette modification qui, de prime abord, semble limiter l'obligation d'avis préalable au procureur général aux déclarations formelles et définitives portant sur les objets visés par l'article 95. Il est vraisemblable que le changement législatif ait été fait afin d'éviter tout préjudice dans les cas d'urgence, notamment dans les cas de requête en suspension d'instance, ou en injonction provisoire ou interlocutoire. Dans ces cas, la question de validité ou de constitutionnalité n'est pas définitivement tranchée, et la requête est accueillie ou rejetée sur la base d'une apparence de droit et de la prépondérance des intérêts et sous condition de confirmation par un jugement au fond⁸⁵.

81. Si l'on considère les autres dispositions législatives canadiennes portant sur ce sujet, la formulation retenue en 1985, par le droit québécois, semble relativement originale : voir *supra*, note 38.

82. Précitée, note 60.

83. MARTINEAU et DELFAUSSE, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*, Montréal, C. Théorêt éditeur, 1899, art. 114.

84. Précitée, note 61.

85. Dans *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (M.T.S.)*, [1987] 1 R.C.S. 110, la Cour suprême du Canada a récemment précisé les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une injonction interlocutoire, qui consistent en l'évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige eu égard à une apparence de droit suffisante, l'évaluation du préjudice et de la prépondérance des intérêts, avec, dans ce dernier cas, dans les affaires constitutionnelles, une considération particulière de l'intérêt public. Dans cet arrêt, le juge Beetz a aussi écrit, pour la majorité, ce passage fort pertinent : « Premièrement, l'étendue et le sens exact des droits garantis par la *Charte* sont souvent loins d'être clairs et la procédure interlocutoire permet rarement à un juge saisi d'une requête de trancher ces questions capitales. Les litiges constitutionnels se prêtent particulièrement mal

Dans une décision rendue en vertu de la version de 1965 de l'article 95 du *Code de procédure civile* du Québec⁸⁶, le juge Charles Gonthier, alors juge à la Cour supérieure du Québec, a appliqué l'exigence d'avis préalable au procureur général dans le cadre d'une requête pour injonction interlocutoire. On retrouve dans son jugement le passage suivant, très éclairant quant à la question qui nous préoccupe ici :

L'exigence de l'article 95 s'applique à une requête pour injonction interlocutoire « puisqu'il vise la mise en question de la validité du règlement sur les aliments et que la présente requête met en question cette validité même si elle n'a pas à être tranchée ».⁸⁷

À la lumière d'un tel précédent jurisprudentiel, il est plausible de conclure que le législateur québécois a effectivement choisi de limiter la portée de l'obligation d'avis préalable au procureur général aux cas où une décision est vraiment rendue au fond quant à la question de la validité ou de la constitutionnalité de l'objet contesté.

Cette intention législative, qui se dégage du texte utilisé et de l'histoire jurisprudentielle antérieure, est aussi tout à fait conforme à l'objet de la disposition. Les choix législatifs et gouvernementaux ne sont réellement mis en péril que par une déclaration judiciaire formelle et définitive⁸⁸. Ne pas aviser le procureur général dans les cas d'urgence où l'on ne les suspend que temporairement et jusqu'à décision au fond à laquelle il aura, cette fois, l'occasion de participer, ne viole en rien l'esprit de cette obligation d'avis préalable⁸⁹.

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 [...]», p. 130.

86. Qui prévoyait l'exigence d'avis, on s'en rappelle, pour les simples cas de « mise[s] en question » de constitutionnalité ou de validité : voir *supra*.

87. *M.D.J. Ltée c. Ministre de l'agriculture et de la colonisation*, [1975] C.S. 1039, 1042.

88. Le fait que cette déclaration ait fait l'objet de la demande principale ou qu'elle ne soit prononcée que de façon incidente au litige semble non pertinent quant à la qualification comme « déclaration ». *Contra* : voir *Ville de Lachine c. Poirier*, C.S., chambre criminelle et pénale, Montréal, le 4 avril 1990, le juge Yves Mayrand, jugement sur appel sur exposé de cause.

89. Il est intéressant de remarquer ici, à simple titre de droit comparé, la solution identique expressément retenue en droit australien qui, tout en imposant une exigence d'avis préalable au procureur général dans les affaires constitutionnelles, permet cependant aux tribunaux de procéder entre-temps en matière interlocutoire. Voir le paragraphe 78B (5) de la *Judiciary Act 1903*, ajouté par *The Judiciary Act, 1976*, 1976, Australia Statutes, c. 164 : « Nothing in sub-section (1) [interdisant à la cour de procéder en matière constitutionnelle jusqu'à l'expiration d'un délai raisonnable postérieur à l'envoi d'un avis préalable aux procureurs généraux] prevents a court from proceeding without delay to hear and determine proceedings, so far as they relate to the grant of urgent relief of an interlocutory nature, where the court thinks it necessary in the interest of justice to do so. »

D'ailleurs, le délai de trente jours qu'impose l'article 95 du *Code*, s'il est de rigueur, semble incompatible avec l'urgence d'une procédure sommaire fondée sur une apparence de droit.

L'importance cependant réelle des décisions constitutionnelles rendues dans ce dernier contexte, et la nécessaire considération de l'intérêt public qu'elles impliquent⁹⁰, font peut-être en sorte que, même à défaut d'une stricte application de l'obligation statutaire à cet effet, il serait quand même souhaitable d'aviser le procureur général.

b. Le contentieux administratif et constitutionnel

La seconde question qui se pose ici est de savoir si la disposition se limite aux cas de contestation fondés sur des arguments constitutionnels, ou si elle s'applique aussi en matière de contentieux strictement administratif. En fait, il s'agit de savoir si elle s'applique encore dans ce dernier cas, puisque la question ne se pose apparemment qu'à propos de la version de 1985 de l'article 95 du *Code de procédure civile*. En effet, le texte de 1965 était à cet égard très clair en énonçant à la fois les cas de contestation de constitutionnalité de lois et de validité de certains actes administratifs⁹¹. La première référence à l'applicabilité de l'avis préalable en matière administrative avait même été prévue par un paragraphe distinct ajouté par une modification législative de 1945⁹².

C'est donc le texte nouveau de 1985 qui a soulevé des doutes à propos de l'exigence d'avis en matière administrative. À la lecture des expressions : « [...] inapplicable constitutionnellement, invalide ou inopérante [...] », on s'est demandé si le « constitutionnellement » ne colorait pas en fait l'ensemble de la disposition de manière à ne la faire jouer qu'en matière constitutionnelle⁹³.

On peut remarquer tout de suite qu'une telle analyse ne respecte pas les règles élémentaires de la syntaxe. Il semble plutôt que la référence nouvelle à cette question d'applicabilité constitutionnelle a été ajoutée pour viser des problèmes particuliers de contestation constitutionnelle⁹⁴, et qu'on n'ait nullement voulu, par le texte de

90. *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (M.T.S.)*, [1987] 1 R.C.S. 110.

91. « Ne peuvent être mises en question devant les tribunaux de cette province, si le procureur général n'en a pas été avisé [...] ni la constitutionnalité d'une loi [...] ni la validité d'une proclamation ou d'un arrêté [...] », *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 95. Voir par exemple, pour une application en matière de droit administratif : *Lacoursière c. Bourbonnais*, [1970] C.A. 1004.

92. Précitée, note 61.

93. Voir, pour une discussion de l'argument : *Montréal c. Cie américaine de fer et métaux*, J.E. 86-169 (C.S.).

94. Voir discussion, *infra*.

1985, évacuer du champ d'application de l'article 95 les cas de contestation de validité administrative⁹⁵.

Il est vrai que l'étude de lois provinciales similaires au Canada révèle que, dans au moins quatre d'entre elles, on a pris la peine de prévoir expressément l'exigence d'avis préalable au procureur général dans les cas de contestation de validité ou d'applicabilité fondés sur des motifs autres que constitutionnels⁹⁶, mais l'histoire législative de la disposition québécoise nous empêche de conclure que l'absence d'une telle mention expresse y est déterminante.

L'exigence d'avis prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile* s'applique donc encore tant aux contestations constitutionnelles qu'à celles fondées sur les principes traditionnels de droit administratif⁹⁷.

c. Les déclarations fondées sur le droit constitutionnel, y compris sur celui relatif aux droits et libertés constitutionnellement protégés

Le texte actuellement en vigueur de l'article 95, la version de 1985, prévoit expressément son application dans les cas où la constitutionnalité d'une loi est remise en question en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. On peut se demander en quoi une telle mention était nécessaire, étant donné que cette *Charte* fait incontestablement partie de la constitution canadienne, et ce depuis 1982⁹⁸. Par définition, donc, depuis 1982, en droit canadien, une déclaration d'inapplicabilité constitutionnelle, d'invalidité ou d'inopérabilité pourra théoriquement être aussi fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une loi contraire à la *Charte* est tout aussi inconstitutionnelle qu'une loi contraire au partage des compétences législatives, par exemple⁹⁹. Ce qui pourra différer, ce sera, éventuellement, la sanction de cette inconstitutionnalité¹⁰⁰. Mais

l'inconstitutionnalité, dans le simple sens de l'incompatibilité avec la constitution, est présente dans les deux cas. Cette mention de la *Charte*, à l'article 95, a donc été faite pour plus de certitude, afin d'éviter toute confusion possible. Car il semble que, malgré ce qui précède, la confusion aurait effectivement été possible. En effet, on a parfois soutenu, au Canada anglais, qu'une exigence d'avis préalable formulée en termes généraux¹⁰¹ ne s'appliquait pas dans les cas où l'inconstitutionnalité alléguée reposait sur une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés par la *Charte*¹⁰².

Non seulement le texte de la loi québécoise fait-il expressément référence aux cas de contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte*, et non seulement cela était-il, en théorie, superflu, étant donné que cette dernière fait incontestablement partie de la constitution canadienne, mais, plus encore, les justifications de l'obligation d'avis préalable au procureur général s'appliquent *a fortiori* lorsque l'inconstitutionnalité alléguée se fonde sur une violation des droits et libertés garantis par la *Charte*¹⁰³. En effet, si cette obligation se justifie principalement par l'exigence d'équité voulant que l'État soit invité à venir justifier devant les tribunaux ses choix de réglementation qui font l'objet de contestations constitutionnelles, cette exigence semble encore plus essentielle

95. La consultation de certains travaux parlementaires ayant précédé l'adoption des modifications pertinentes de 1985 semble confirmer cette interprétation: Assemblée nationale, Journal des débats, Commission permanente des institutions, 5^e session, 32^e législature, 1984-85, p. 687-688.

96. Nouvelle-Écosse: *An Act to Amend Chapter 51 of the Revised Statutes, 1967, The Constitutional Questions Act*, S.N.S. 1985, c. 15, art. 1, modifiant la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1967, c. 51; Manitoba: *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, art. 7; Colombie-Britannique: *Constitutional Question Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 5, art. 1, modifiant R.S.B.C. 1979, c. 63, art. 8; Saskatchewan: *An Act to Amend the Constitutional Questions Act*, S.S. 1983-84, c. 31, art. 2, modifiant R.S.S. 1978, c. C-29, art. 8.

97. Voir, dans le même sens, *Montréal c. Cie américaine de fer et métaux*, J.E. 86-169 (C.S.).

98. Voir la définition de la « Constitution du Canada », au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

99. Voir, dans le même sens, B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 80.

100. Voir *infra*.

101. C'est la formulation qui a été retenue dans les quatre provinces suivantes: Terre-Neuve: « Where [...] the constitutional validity [...] is brought into question [...] »: *The Judicature Act 1986*, S.N. 1986, c. 42, art. 57; Nouveau-Brunswick: la *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, art. 22, modifiée par 1980, c. 28, art. 5, et 1982, c. 3, art. 39(1), réfère, de façon générale, à des contestations de validité ou d'applicabilité constitutionnelle, ou à des cas d'interprétation des *Lois constitutionnelles*, sans mentionner expressément la *Charte canadienne des droits et libertés*; Ontario: « Where the constitutional validity or constitutional applicability [...] is in question [...] »: *Court of Justice Act 1984*, S.O. 1984, c. 11, art. 122; Alberta: « If [...] the constitutional validity [...] is brought into question [...] »: *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, art. 25.

102. Voir, pour une discussion de l'argument: J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 78 et s.; voir *R. c. Oakes*, (1983) 38 O.R. (2d) 598 (Ont. P.C.), et *R. c. Fraser*, (1983) 21 S.R. 227 (Sask. C.Q.B.), où l'on a décidé que l'exigence d'avis prévue respectivement dans les lois de l'Ontario et de la Saskatchewan ne s'appliquait pas dans des cas de contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

103. Voir *supra*, partie 1; pour Strayer, il semble que les mêmes raisons jouent tout simplement de la même manière: B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 80: « The Charter is as much a part of the constitution as is the distribution of powers and its imperatives are equally important. The same reasons, the same interests, which have justified notice requirements for distribution of powers questions apply equally to Charter issues. It is important that the Attorney General's position be put to the court for its assistance and for the protection of the public interest in support of the legislation or of its application. These considerations apply whether the contention is that the legislation is invalid, or that it cannot validly apply, because of conflict with the Charter. »

quand la *Charte* en constitue le motif de contestation. En effet, ce document constitutionnel est jeune, invoqué de façon chaotique et souvent insouciant, et donne lieu à une jurisprudence parfois hésitante, et dont la cohérence conceptuelle reste à améliorer. Le temps se chargera évidemment du défaut passager qu'est la jeunesse du document. En attendant, il demeure que la *Charte* est un peu invoquée à toutes les sauces, et semble devenir l'argument de dernier recours à la mode. Mandel a très bien illustré, en ces termes, le danger déjà réalisé d'une utilisation abusive et aveugle de la *Charte* :

Nowadays it is virtually impossible to open a newspaper or turn on a television or radio without being told that this or that judge, lawyer, or law professor has decided or advised that this or that law or proposed law is or is not contrary to the Charter. From the cruise missile, abortion, and Meech Lake, to tobacco advertising, children's advertising, lawyers', dentists', and doctors' advertising, doctors' extra-billing, girls' hockey, the language of signs, the language of schooling, the funding of schooling, anti-union laws, pro-union laws — you name it and somewhere in this great country of ours some lawyer or court has said something about the application of the Charter to it. And ultimately they not only *say* something about the issues but they actually *decide* them.¹⁰⁴

Quant à la jurisprudence à laquelle a donné lieu la *Charte*, on ne peut lui reprocher de n'avoir répondu, de façon ponctuelle, qu'aux questions posées aux tribunaux. Il demeure cependant qu'elle en est encore aux premières étapes de systématisation conceptuelle, notamment en ce qui concerne la question de la sanction de l'inconstitutionnalité¹⁰⁵.

En théorie, toutes ces raisons militent, me semble-t-il, en faveur d'une plus grande possibilité d'intervention des procureurs généraux chargés de la protection de l'intérêt public et de la justification de choix de sociétés qui peuvent permettre des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés dans toute société libre et démocratique.

Cette justification apparaît tout aussi pertinente en ce qui concerne les déclarations fondées sur la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰⁶. L'article 95 prévoit en effet aussi, expressément, l'exigence d'avis préalable pour les cas de déclarations fondées sur ce dernier document. La *Charte* québécoise ne fait pas partie de la

constitution canadienne, mais elle est certes un instrument fondamental de protection des droits et libertés au Québec. Au nom de valeurs semblables à celles protégées par la *Charte* canadienne, elle limite aussi les possibilités d'action étatique en ce qu'elle édicte sa propre supériorité hiérarchique à l'égard des autres lois québécoises¹⁰⁷. Les motifs invoqués ici pour justifier le bien-fondé de l'avis préalable au procureur général jouent donc de la même manière dans les cas de contestation fondés sur la *Charte des droits et libertés de la personne*.

d. Les sanctions d'inconstitutionnalité visées

Quelles sont donc ces sanctions d'inconstitutionnalité¹⁰⁸ pour la déclaration desquelles l'avis préalable de l'article 95 du *Code de procédure civile* est exigé¹⁰⁹ ?

i. les déclarations d'invalidité¹¹⁰

L'application de l'exigence de l'article 95 aux déclarations d'invalidité constitutionnelle fondée sur le partage des compétences entre le fédéral et les provinces et aux déclarations d'invalidité d'actes subordonnés, en vertu des règles de droit administratif, relève de l'évidence et ne pose aucun problème. Dans ces cas, on peut, à juste titre, parler d'actes *ultra vires*, c'est-à-dire d'actes qui sont au-delà des pouvoirs de l'autorité qui les a adoptés.

La question se pose encore, me semble-t-il, de la sanction d'une loi inconstitutionnelle parce qu'incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹¹. Notons tout simplement ici qu'il est possible qu'un tel conflit donne lieu à une déclaration d'invalidité au sens de l'article 95 du *Code de procédure civile*.

107. Article 52, dont le texte est cité, *supra*.

108. L'utilisation du terme « inconstitutionnalité », dans cette discussion de l'article 95 du *Code de procédure civile*, inclura fictivement, la plupart du temps, la sanction d'une incompatibilité avec la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

109. Les règles de la Cour suprême du Canada prévoient aussi ces trois cas d'inconstitutionnalité : l'invalidité ou l'inapplicabilité constitutionnelle, et le caractère inopérant : *Règles de la Cour suprême du Canada*, (1983) 117 *Gaz. Can.* II, 380, art. 32, telles que modifiées, précitées, note 2 ; la loi manitobaine est aussi formulée de la même façon, quant aux sanctions possibles : *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, art. 7.

110. Deux dispositions provinciales ne prévoient l'obligation d'avis préalable au procureur général que dans ces seuls cas d'invalidité : Terre-Neuve : *The Judicature Act 1986*, S.N. 1986, c. 42, art. 57 ; et Alberta : *Judicature Act*, R.S.A., 1980, c. J-1, art. 25.

111. Voir, par exemple : Pierre-André CÔTÉ, « La préséance de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1984) 18 *R.J.T.* 105.

104. Michael MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thompson, 1989, p. 3.

105. Voir *infra*.

106. L.R.Q., c. C-12.

ii. les déclarations d'inapplicabilité constitutionnelle¹¹²

Ces déclarations d'inapplicabilité constitutionnelle concernent certaines applications seulement de lois constitutionnellement valides¹¹³. Dans ces cas, l'inconstitutionnalité ne frappe que ces applications particulières, sans aucune remise en cause globale de la capacité constitutionnelle de l'autorité ayant adopté la loi. Par exemple, les lois provinciales générales et valides sont parfois déclarées constitutionnellement inapplicables à des entreprises ou à des terres fédérales¹¹⁴. Ces déclarations reposeront à l'occasion sur des preuves de faits législatifs et constitutionnels¹¹⁵.

On peut s'interroger sur la possibilité que ces déclarations d'inapplicabilité constitutionnelle comprennent aussi les exemptions constitutionnelles qui pourraient être prononcées par les tribunaux en matière de droits constitutionnellement ou quasi constitutionnellement protégés. La Cour suprême du Canada a en effet déjà fait référence à la possibilité théorique de telles exemptions, dans des cas où la violation de droits et libertés ne serait le fruit que de la rencontre précise d'une disposition législative et d'un ensemble factuel tout à fait particularisé, de telle sorte qu'une déclaration générale d'inconstitutionnalité serait disproportionnée et qu'une seule exemption suffirait à solutionner le problème constitutionnel¹¹⁶. Ce procédé n'est en fait qu'une application particulière d'un prononcé

d'inconstitutionnalité limité à certaines applications seulement d'un texte législatif¹¹⁷.

J'ai soulevé dans un autre contexte la difficulté, et pourtant l'importance d'identifier la technique exacte utilisée par les tribunaux pour en arriver à prononcer l'inapplicabilité constitutionnelle d'une loi¹¹⁸. Il peut en fait s'agir d'une déclaration d'inconstitutionnalité de ces seules applications problématiques, justifiée par le principe de la suprématie de la constitution. C'est alors un prononcé d'inconstitutionnalité, limité, soit, mais quand même réel. Il peut encore s'agir de l'interprétation conciliatrice de la loi, lorsqu'il est possible, par exemple, de limiter la portée de cette loi contestée, par simple interprétation réalisée en conformité avec l'intention du législateur (on parle alors souvent d'interprétation atténuée, ou de *reading down*). Dans ce dernier cas, il n'y aura eu qu'interprétation statutaire soucieuse du respect de la constitution, et non pas de prononcé d'inconstitutionnalité.

L'article 95 du *Code de procédure civile* réfère simplement à la notion d'inapplicabilité constitutionnelle, et il me semble qu'ici, la voie empruntée pour en arriver à cette déclaration, que ce soit le prononcé d'inconstitutionnalité de certaines applications seulement ou encore l'interprétation conciliatrice, n'est pas déterminante¹¹⁹. En effet, dans les deux cas, on aura interprété les dispositions constitutionnelles pertinentes, et c'est pour permettre sa participation à cet exercice judiciaire porteur de conséquences fondamentales que l'on doit aviser le procureur général¹²⁰.

117. Voir D. PINARD, *loc. cit.*, précité, note 4.

118. *Ibid.*

119. Voir STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 80, qui semble utiliser l'expression «reading down» pour tous les cas d'inapplicabilité constitutionnelle pour des motifs reliés à la *Charte canadienne des droits et libertés*, sans égard à la technique particulière; dans *Broddy c. Director of Vital Statistics*, (1983) 23 Alta. L.R. (2d) 77 (C.A.), la Cour d'appel d'Alberta a appliqué une exigence d'avis préalable, dont le texte ne prévoyait que les cas de contestation de validité constitutionnelle, à une demande d'interprétation atténuée fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*: «In my view, a proposal to read down in the light of the Charter is also an attack on validity [...]» (p. 88); *contra*: R. c. *Stranger*, (1983) 23 Alta. L.R. (2d) 264 (Q.B.), où la cour a considéré comme un des motifs de non-applicabilité de l'exigence d'avis préalable le fait qu'il ne s'agissait en l'espèce que d'une demande de «reading down».

120. Certaines dispositions législatives imposant l'obligation d'avis préalable au procureur général prévoient d'ailleurs expressément leur application dans les cas d'interprétation de la constitution: Nouveau-Brunswick: «Dans tous les cas où la question soulevée est [...] b) à propos de l'interprétation des *Lois constitutionnelles* [...]»: *Judicature Act*. R.S.N.B. 1973, c. J-2, art. 22(3), modifiée par 1980, c. 28, art. 5, et 1982, c. 3, art. 39(1). En droit australien, le fait de l'interprétation de la constitution est le critère d'application de l'obligation d'avis

112. Pour une discussion de la distinction entre invalidité et inapplicabilité constitutionnelles, voir: Danielle PINARD, «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*», (1990) 35 *Revue de droit de McGill* 305, 315 et s.

113. Voir *Devlín-Allard c. Commission scolaire Ste-Croix*, [1983] C.S. 508, pour une application de l'article 95 dans un cas où l'on ne contestait que certaines applications d'un arrêté en conseil, pour des motifs constitutionnels, alors que la formulation de l'article 95 ne référerait qu'aux cas de contestation de la «validité» d'un tel arrêté: «Les demandeurs répondent qu'ils ne contestent pas la validité de l'arrêté en conseil mais se limitent à une demande d'inapplicabilité. La distinction m'apparaît spacieuse. En effet, les demandeurs soutiennent que cet arrêté ne vaut pas quant à eux, pour des motifs d'ordre constitutionnel, dont la portée s'étend à toutes les commissions scolaires de la province qui sont dans la même situation que la défenderesse. La décision de la Cour aurait en fait pour objet la validité de cet arrêté quant à la majorité sinon la totalité des personnes ou des institutions auxquelles il peut s'appliquer.» (p. 515).

114. Voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 329 et s.; voir aussi, pour un exemple récent d'inapplicabilité constitutionnelle de la réglementation québécoise relative à la santé et sécurité au travail à des entreprises fédérales, *Bell Canada c. C.S.S.T.*, [1988] 1 R.C.S. 749.

115. Voir, par exemple, *Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, précité, note 20, pour une discussion de l'importance de ces faits dans la détermination de l'applicabilité des lois relatives aux relations de travail.

116. R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 315; R. c. *Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 784.

iii. les déclarations d'inopérabilité

Cette notion de loi rendue inopérante renvoie à la problématique plus générale des conflits entre des lois valides et du sort de celle qui doit cesser de produire ses effets, dans la mesure et tant que durera le conflit avec une autre loi qui lui aura été jugée supérieure¹²¹. L'article 95 du *Code de procédure civile* ne vise de toute évidence pas tous les cas d'inopérabilité législative fondés sur un conflit de lois. Par exemple, il ne couvre certainement pas le cas d'une loi rendue inopérante par l'adoption ultérieure, par le même auteur législatif, d'une autre loi qui lui est contraire. L'objet, le texte et le contexte de cette disposition en limitent en effet la portée à certains cas particuliers.

La notion d'inopérabilité a traditionnellement été connue en droit constitutionnel canadien, en matière de partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales : lorsqu'une loi fédérale valide et une loi provinciale valide sont en conflit¹²², le principe de la prépondérance fédérale veut que l'on donne effet à la loi fédérale et que la loi provinciale soit inopérante dans la mesure du conflit. Il s'agirait donc vraisemblablement ici du premier type de déclaration d'inopérabilité prévu par l'article 95 du *Code de procédure civile*.

Il semble que la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²³ impose le même sort à la loi provinciale incompatible avec ses dispositions, et dépourvue d'une clause dérogatoire. En effet, la *Charte* québécoise prévoit ce qui suit, 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.

préalable: « When a cause [...] involves a matter arising under the Constitution or involving its interpretation, it is the duty of the court not to proceed in the cause unless and until the court is satisfied that notice of the cause [...] has been given to the Attorneys-General [...] and a reasonable time has elapsed since the giving of the notice [...] » *Judiciary Act 1903*, art. 78B(1), ajouté par *The Judiciary Amendment Act, 1976*, 1976 Australia Statutes, c. 164.

121. Cette problématique est maintenant classique, en interprétation des lois; voir, par exemple, Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 298 et s., qui discute la question des conflits de lois et de la nécessaire hiérarchisation.

122. Par exemple, lorsque les lois fédérale et provinciale réglementent chacune l'aspect du problème qui relève de leur compétence. Voir, pour un énoncé récent de cette théorie du double aspect, *Bell Canada c. C.S.S.T.*, précité, note 114, p. 766.

123. L.R.Q., c. C-12.

La *Charte* québécoise prévoit donc sa propre supériorité hiérarchique à l'égard des lois québécoises, et ces dernières, en cas d'incompatibilité, seront donc inopérantes. Il s'agit ici du second cas de déclaration d'inopérabilité pour lequel l'avis au procureur général est requis.

Il est fort possible de conceptualiser dans les mêmes termes le sort d'une loi incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agirait d'un contentieux de conflit, et la loi incompatible et inférieure ne serait pas invalide, mais bien plutôt inopérante dans la mesure du conflit¹²⁴.

Quoi qu'il en soit, un prononcé d'inconstitutionnalité d'une loi fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* ne pourra être fait qu'après l'envoi d'un avis au procureur général, parce qu'il s'agira inévitablement, soit d'une déclaration d'invalidité, soit d'une déclaration d'inapplicabilité ou d'inopérabilité, les trois cas étant couverts par l'article 95 du *Code de procédure civile*.

iv. l'exclusion des réparations accordées en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés ou de l'article 49 de la Charte des droits et libertés de la personne

On ne retrouve nulle mention, à l'article 95 du *Code de procédure civile*, dans l'énumération de ses cas d'application, de l'octroi de réparations, en vertu des articles 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, pour une violation de droits et libertés constitutionnellement ou quasi constitutionnellement protégés. Dans les cas où cette violation a été causée par une loi ou un autre des objets mentionnés à l'article 95 et discutés plus haut, l'inévitable déclaration d'invalidité, d'inapplicabilité ou d'inopérabilité constitutionnelle fera en sorte d'exiger l'avis préalable au procureur général.

Mais le type d'interventions gouvernementales assujetties à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Charte des droits et libertés de la personne* est plus large que la panoplie d'actes normatifs prévue à l'article 95¹²⁵. Il se peut donc fort bien qu'une demande

124. Voir Pierre-André CÔTÉ, *loc. cit.*, note 121.

125. À propos de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada nous a dit que le paragraphe 32(1) en définissait exhaustivement le champ d'application, de telle sorte que cette Charte s'applique à tous les actes des organes législatif et exécutif de l'État: voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, précité, note 32; la *Charte des droits et libertés de la personne*, quant à elle, contient, outre l'article 52 qui prévoit son application à l'égard des lois québécoises (précité, note 69), un article 54 qui édicte que: « La Charte lie la Couronne. » Voir André MOREL, « La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative

de réparation pour une violation des droits ou libertés n'implique nullement la contestation d'un texte à portée normative.

Ainsi, dans les lois d'au moins quatre provinces canadiennes, on a expressément prévu l'application de l'exigence d'avis préalable au procureur général dans les cas de demandes de réparation formulées en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁶. Par l'ajout d'une telle disposition, on s'est assuré que, dans tous les cas de contestations constitutionnelles fondées sur cette *Charte*, le procureur général serait avisé¹²⁷.

canadienne», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1989, p. 1 : «[...] l'État provincial est soumis aux dispositions de la Charte et tenu de les respecter dans ses relations avec les membres de la société. Aussi toute personne qui estime avoir été victime d'une atteinte à ses droits ou libertés de la part d'un ministre, d'un agent du gouvernement ou d'un organisme gouvernemental peut-elle intenter contre eux les recours ordinaires prévus, tout comme si l'atteinte avait été le fait d'une personne physique ou morale, et obtenir une injonction et le paiement de dommages. [...] Mais c'est surtout par l'effet de l'article 52 que la Charte protège contre les actes de la puissance publique, puisque cet article, sous sa forme actuelle, pose le principe qu'aucune disposition d'une loi ou d'un règlement, même postérieur à la Charte, ne peut déroger à celle-ci, exception faite des droits économiques et sociaux qu'elle énonce.» (p. 20).

126. Manitoba : *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, art. 7; Colombie-Britannique : *Constitutional Question Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, c. 5, art. 1, modifiant R.S.B.C. 1979, c. 63, art. 8; Nouvelle-Écosse : *An Act to Amend Chapter 51 of the Revised Statutes, 1967, the Constitutional Questions Act*, S.N.S. 1985, c. 15, art. 1, modifiant la *Constitutional Questions Act*, S.S. 1983-84, c. 31, art. 2, modifiant R.S.S. 1978, c. C-29, art. 8. Dans chacun de ces cas, on a pris soin de préciser que les demandes de réparation pour lesquelles l'avis est nécessaire ne comprennent cependant pas les demandes d'exclusion de preuve.
127. Voir, à propos de la loi de la Saskatchewan, R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 157 : «It [the reference to a Charter «remedy» in section 8] serves to supplement whatever arguable deficiencies there are in the definition of «law». The section requires notice whenever a remedy is sought pursuant to section 24 of the Charter. That approach makes the Act entirely comprehensive in the Charter context.» Il est intéressant de remarquer, à cet égard, l'histoire législative des dispositions contenues aux *Règles de la Cour suprême du Canada*. On se rappellera que ces règles imposent, dans certaines circonstances, l'obligation pour les parties de demander à la Cour la formulation de questions constitutionnelles, qui seront ensuite signifiées aux procureurs généraux. Alors que le texte de 1983 prévoyait notamment cette obligation pour les cas où une partie : «entend plaider qu'elle est victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*» [(1983) 117 *Gaz. Can.* II, 380, art. 32 (1)c)], la version de 1984 [(1984) 118 *Gaz. Can.* II, 3998, art. 1], ne retenant que les cas de contestation de validité, d'applicabilité ou de caractère opérant des lois, laisse clairement voir que seules des attaques constitutionnelles dirigées vers des textes législatifs pourront amener la formulation de questions constitutionnelles. Voir *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Tétrault-Gadoury*, [1989] 2 R.C.S. 1110, pour une explication du fait que la version de 1984 n'a fait que refléter l'approche de principe préconisée par la Cour.

Il faut donc conclure que le champ d'application des Chartes canadienne et québécoise n'est pas entièrement visé par cette règle d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile*, et que l'octroi de réparations en vertu de ces dernières ne devra obligatoirement être précédé d'un avis au procureur général que si l'acte gouvernemental ayant violé les droits ou libertés est un acte législatif ou réglementaire au sens de cette disposition¹²⁸. Cette situation semble conforme à l'objet de l'article 95, qui est essentiellement de permettre à l'État de défendre ses choix normatifs de portée générale en démontrant l'intérêt public qu'ils visent à protéger¹²⁹.

C. Les déclarations par un « tribunal du Québec »

On peut aussi s'interroger sur la nature des tribunaux qui ne peuvent procéder aux déclarations prévues à l'article 95 du *Code de procédure civile* en l'absence de l'avis préalable. En fait, la question ne se pose vraiment qu'à propos des tribunaux administratifs¹³⁰. En effet, les tribunaux judiciaires du Québec sont évidemment assujettis au régime juridique prévu par l'article 95. Ils sont expressément désignés, par le *Code de procédure civile*, comme tribunaux relevant de l'autorité législative du Québec¹³¹.

En supposant, pour les fins de la discussion, que les tribunaux administratifs ont juridiction à l'égard des déclarations prévues à l'article 95¹³², on peut légitimement s'interroger sur leur assujettissement aux prescriptions de l'article 95. La raison d'être de la disposition nous incite certainement à répondre par l'affirmative¹³³. Si l'on veut donner à l'État la possibilité de défendre ses choix

128. Voir, pour une telle approche, à propos, respectivement, des lois ontarienne et albertaine : *R. c. Dickson*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 164 (Cour générale des sessions de la paix de l'Ontario), et *R. c. Leggo*, (1983) 69 C.C.C. (2d) 443 (C.P. Alta.).

129. Voir *supra*.

130. Le projet de réforme de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit expressément l'applicabilité de l'exigence d'avis préalable à une contestation devant un tribunal administratif fédéral : *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, précitée, note 2, art. 19.

131. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 22.

132. Voir, pour un résumé de la problématique : Jean-François JOBIN, « Les tribunaux administratifs peuvent-ils se prononcer sur des questions soulevant l'application des Chartes des droits et libertés », dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*, Formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, p. 1.

133. « Clearly the Legislature intended that the Attorneys General receive notice of all significant constitutional questions. », R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 156, à propos de la loi de la Saskatchewan.

normatifs mis en cause, on doit le faire dans le cas de chaque forum de contestation où une déclaration prévue à l'article 95 est possible. Le texte de la disposition, cependant, soulève plus d'incertitude. On peut en effet fort bien prétendre que l'expression «tribunal du Québec» ne couvre que les tribunaux judiciaires par ailleurs réglementés par le *Code de procédure civile*¹³⁴. Elle peut cependant aussi être comprise comme comprenant une réalité beaucoup plus vaste. En effet, l'expression «tribunal» est aussi utilisée, ailleurs, dans le *Code de procédure civile*, de façon à couvrir les tribunaux administratifs¹³⁵. L'ambiguïté de l'expression devrait être résolue en faveur de la réalisation de l'objet de la disposition, et l'expression «tribunal du Québec», à l'article 95, devrait être comprise comme référant à tous les tribunaux, judiciaires ou administratifs, par ailleurs habilités à prononcer les déclarations prévues à cet article. La vraie question est celle de la compétence des tribunaux administratifs à cet égard. L'interprétation de l'article 95 découlera de la réponse qui y sera apportée.

Quoi qu'il en soit, l'importance de l'objet de l'exigence d'avis préalable est telle qu'à défaut même de fondement statutaire, un avis devrait peut-être être envoyé, pour de simples motifs d'opportunité¹³⁶ et de respect de la règle *audi alteram partem*¹³⁷.

D. Le procureur général à aviser

Le texte de cet article 95 prévoit l'obligation d'envoyer un avis au « procureur général », sans préciser s'il s'agit du procureur général fédéral ou du procureur général provincial, ou même des deux.

On doit noter que cette ambiguïté dans le texte semble délibérée¹³⁸. D'une part, un coup d'oeil indiscret aux travaux

parlementaires ayant précédé l'adoption de la version de 1985 de l'article 95 nous apprend que, si l'opinion des représentants au pouvoir semblait favoriser l'application de la disposition au seul procureur général de la province, le terme non qualifié de « procureur général » a délibérément été retenu¹³⁹. D'autre part, on remarque aussi que toutes les autres lois canadiennes portant sur le même sujet ont précisé les procureurs généraux à aviser, soit ceux représentant le fédéral et la province dans tous les cas¹⁴⁰, sauf un, où l'on ne prévoit que l'obligation d'informer le procureur général provincial¹⁴¹.

De quelle façon, donc, interpréter le « procureur général » prévu à l'article 95 du *Code de procédure civile*?

On peut l'interpréter comme signifiant le seul procureur général de la province¹⁴². En effet, la *Loi d'interprétation*¹⁴³ du Québec prévoit que, dans une loi du Québec, les mots désignant un ministère ou un officier public se rapportent au ministère ou à l'officier de la même dénomination pour le Québec¹⁴⁴. De plus, l'intérêt du législateur québécois, dans l'édiction d'une norme comme celle prévue à l'article 95, réside dans son information personnelle des litiges constitutionnels et administratifs. Ce serait peut-être constitutionnellement gentil de prévoir aussi l'obligation d'aviser le procureur général fédéral, mais ce n'est rendu nécessaire ni par l'objet de la disposition ni par le langage utilisé.

La *Loi d'interprétation* du Québec ne s'applique cependant qu'à moins que l'objet ou le contexte de la disposition interprétée ne s'y oppose¹⁴⁵. Or, on peut très bien plaider qu'il serait logique d'aviser

134. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 22. Cette approche serait conforme au principe voulant que les dispositions du *Code de procédure civile* ne s'appliquent aux tribunaux administratifs que dans la mesure où le prévoit expressément leur loi constitutive.

135. À l'article 846 du *Code de procédure civile*, on réfère, à propos de la cour supérieure, à: «[...] un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle [...]» (je souligne). La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, définit aussi largement la notion de «tribunal», évidemment à ses seules fins: «Dans les articles [...] le mot «tribunal» inclut [...] et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires.» (art. 56.1).

136. La raison d'être de la règle fait en sorte que l'avis devrait être donné même en l'absence d'obligation statutaire: J.A.C. GRANT, *loc. cit.*, note 10, p. 218-219.

137. Dans *C.S.S.T. c. C.A.S.*, [1983] C.S. 20, on semble avoir assimilé l'absence d'un avis préalable au procureur général, dans un cas de contestation de la constitutionnalité d'une loi devant un tribunal administratif, à une violation de la règle *audi alteram partem*.

138. À tout le moins, cette ambiguïté marque le texte québécois depuis sa première version de 1882, précitée, note 60. Dès 1883, la loi ontarienne prévoyait

expressément l'obligation d'aviser les procureurs généraux, provincial et fédéral: *An Act for the Better Administration of Justice in this Province*, S.O. 1883, c. 6, art. 6, discutée dans J.A.C. GRANT, *loc. cit.*, note 10, p. 218.

139. Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 5^e session, 32^e législature, 1984-85, p. 687-688.

140. Il s'agit des lois de Terre-Neuve, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de l'Ontario et de l'Alberta, précitées, note 2. Peter Hogg semble interpréter ces références comme ne visant, concrètement, que le procureur général de la juridiction ayant adopté la loi contestée: P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 311. Il me semble plutôt que le principe de l'exhaustivité du partage des compétences législatives et la portée du champ d'application des limites apportées par la *Charte canadienne des droits et libertés* militent en faveur d'une interprétation de ces dispositions comme requérant l'avis aux deux procureurs généraux expressément mentionnés.

141. Il s'agit de la loi de Nouvelle-Écosse, précitée, note 2.

142. Voir B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 77; Denis LEMIEUX, «La Charte des droits et libertés de la personne et le contentieux administratif», (1986-1987) 7 *C.F.P.B.Q.*, 237, 243.

143. L.R.Q., c. I-16.

144. *Id.*, article 61(14).

145. *Id.*, article 1.

le procureur général fédéral, au moins dans les cas de contestation de lois fédérales¹⁴⁶. En effet, si l'objet fondamental de la disposition est vraiment de permettre à l'État de défendre ses choix législatifs remis en cause par des individus devant les tribunaux, qui, mieux que le procureur général de cette juridiction, saurait justifier les choix législatifs fédéraux? Et peut-on vraiment s'attendre à ce que le procureur général de la province représente magnaniment l'intérêt public au point de défendre les politiques fédérales à l'encontre d'attaques individuelles? Dans un litige mettant en question la constitutionnalité d'une loi fédérale, par exemple, l'avis au procureur général de la province protège-t-il vraiment le principe exprimé par la maxime *audi alteram partem*?

Il demeure que relève de la responsabilité du Parlement fédéral, s'il le désire, d'imposer une exigence d'avis préalable au procureur général fédéral pour les cas de contestation de lois fédérales.

D'excellentes raisons permettent en effet d'interpréter l'article 95 comme ne visant que le procureur général du Québec.

3. SA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE

Des doutes ont été émis, non pas vraiment à propos de la constitutionnalité même des dispositions provinciales prévoyant l'obligation d'aviser le procureur général préalablement à toute contestation de la constitutionnalité des lois devant les tribunaux de la province, mais plutôt quant à leur champ d'application constitutionnellement permis. Je traiterai, dans cette partie, de la validité constitutionnelle de l'article 95 du *Code de procédure civile*, c'est-à-dire de son caractère véritable, de ses effets incidents et de sa conformité aux principes supérieurs de droit constitutionnel canadien.

A. Son caractère véritable

Les législatures provinciales ont hérité d'une importante compétence législative exclusive relativement à « l'administration de

la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux »¹⁴⁷. Le Parlement fédéral jouit d'une compétence législative exclusive relativement au droit criminel, y compris quant à la procédure en matière criminelle¹⁴⁸. Le Parlement fédéral peut confier l'administration du droit fédéral à des tribunaux fédéraux¹⁴⁹, ou encore s'en remettre implicitement, à cet égard, aux tribunaux provinciaux de droit commun; il peut aussi, de façon incidente, régler la procédure relative à la mise en oeuvre des lois qu'il élabore par ailleurs en vertu de ses autres chefs de compétence législative, ou encore s'en remettre, à cet égard, à la réglementation provinciale généralement applicable devant les tribunaux de la province¹⁵⁰.

L'objet et les justifications de l'exigence provinciale d'avis préalable au procureur général, étudiés plus haut, nous aident à qualifier constitutionnellement la disposition qui la prévoit. De par son caractère véritable, il s'agit d'une disposition relative à l'administration de la justice dans la province¹⁵¹. Elle a pour objet de faciliter le débat constitutionnel en favorisant le respect de la règle *audi alteram partem*. Elle vise à permettre un contentieux constitutionnel plus éclairé, plus équitable, et respectueux du principe démocratique. Elle relève indiscutablement des pouvoirs constitutionnels provinciaux.

B. Ses effets accessoires constitutionnellement permis

L'application de cette exigence provinciale d'avis préalable au procureur général dans les affaires mettant en cause la constitutionnalité de lois provinciales ne soulève aucune difficulté d'ordre constitutionnel.

Le texte même de l'article 95 prévoit cependant expressément son application dans les cas de contestation de lois fédérales¹⁵². Au-

146. Grant semble interpréter la disposition québécoise comme exigeant aussi un avis au procureur général fédéral dans les cas de contestation de lois fédérales, et trouve en cela appui dans *P.G. Québec c. Bérubé*, [1945] B.R. 77, affaire dans laquelle l'avis de 95 avait été envoyé au procureur général de la province entendait contester la constitutionnalité d'une loi fédérale: J.A.C. GRANT, *loc. cit.*, note 10, p. 217, note 116: «It seems strange, today, that the Dominion Minister of Justice should have objected to the inclusion in a provincial Act of provision for intervention when the validity of a Dominion statute is at stake, unless he feared that the act would be construed to permit intervention only by the provincial attorney general.»

147. Paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

148. Paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

149. Article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

150. Voir la discussion dans FINKELSTEIN, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5^e édition, Toronto, Carswell, 1986, volume I, p. 184 et s.

151. Paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir, dans le même sens: R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 154-155; J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 81; P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 346; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 83; *R. c. Stanger*, (1983) 26 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. c. Lucas*, (1986) 14 O.A.C. 124 (Ont. C.A.); *McGillivray c. Manitoba*, (1990) 61 Man. R. (2d) 290 (M.C.Q.B.).

152. C'est le cas depuis la première version de la loi québécoise, l'*Acte pour faciliter l'intervention de la couronne dans les causes civiles où la constitutionnalité des*

delà d'une possible impression première à l'effet contraire, l'intérêt de la province est à cet égard réel, et même double: d'abord, en matière de partage constitutionnel des compétences législatives, le principe de l'exhaustivité justifie un intérêt provincial certain à chaque fois que l'on conteste la constitutionnalité d'une loi fédérale; ensuite, dans le contexte d'un litige constitutionnel fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la province a un intérêt à intervenir afin de participer à l'exercice de définition de droits et libertés constitutionnellement protégés qui limitent aussi son champ d'intervention¹⁵³.

En ce qui concerne l'administration des lois fédérales autres que criminelles, le problème n'est pas réel. L'administration de la justice dans la province implique certainement l'administration du droit tant provincial que fédéral, en autant que le Parlement fédéral ne confie pas exclusivement l'administration de ce dernier à des cours qu'il crée en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou encore ne légifère pas expressément relativement à la procédure d'administration du droit fédéral devant les tribunaux provinciaux. En effet, le Parlement fédéral pourrait certes légiférer relativement à la procédure d'administration du droit fédéral, et ce même devant les tribunaux provinciaux¹⁵⁴. Le Parlement fédéral pourrait, par exemple, exiger un avis préalable au procureur général fédéral dans les cas de contestation du droit fédéral, ou encore interdire dans ces cas toute exigence d'avis préalable. Son droit ainsi élaboré jouirait même de la prépondérance fédérale en cas de conflit avec du droit provincial par ailleurs valide¹⁵⁵. En l'absence d'une telle législation fédérale, cependant, le recours implicite aux tribunaux provinciaux, pour l'application du droit fédéral, implique une acceptation tacite de ces tribunaux tels qu'assujettis à la réglementation provinciale générale en matière d'administration de la justice dans la province¹⁵⁶.

Le problème se pose peut-être différemment en ce qui concerne l'administration du droit criminel fédéral devant les tribunaux provinciaux¹⁵⁷. Certaines décisions judiciaires québécoises ont en

lois fédérales ou provinciales est mise en question, S.Q. 1882, c. 4. C'est aussi le cas de toutes les autres dispositions législatives provinciales relatives à cet avis préalable, précitées, note 2.

153. Voir dans le même sens, à propos du partage, R.G. RICHARDS, *loc. cit.*, note 12, p. 157.

154. Voir FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 150; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 84.

155. Voir, au même effet, J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 82.

156. Voir FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 150.

157. On pourrait peut-être aussi remettre en question l'opportunité, sinon la constitutionnalité (au sens du droit à la présomption d'innocence prévu au paragraphe 11d de la *Charte canadienne des droits et libertés*), d'une telle exigence d'avis préalable au procureur général, dans un contexte de droit criminel où

effet remis en question l'applicabilité de l'exigence d'avis prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile* lors de contestations de lois criminelles fédérales¹⁵⁸. En effet, le Parlement fédéral jouit cette fois d'une compétence législative exclusive et expresse en ce qui concerne la procédure en matière criminelle¹⁵⁹. Une législature provinciale ne pourrait donc adopter une loi relative à la procédure en matière criminelle. Mais la logique du droit constitutionnel canadien opère ici comme ailleurs. Une fois la validité constitutionnelle d'une loi provinciale générale établie, cette loi pourra affecter incidemment des matières relevant de catégories de sujets exclusivement assignées au Parlement fédéral¹⁶⁰. Le partage constitutionnel des compétences législatives ne crée en principe pas d'enclaves, et la théorie acceptée du caractère véritable et des effets incidents permet une souplesse nécessaire au fonctionnement efficace d'un système fédéral. À défaut de dispositions législatives fédérales relatives à la question des avis préalables au procureur général dans les cas de contestation du droit criminel fédéral devant les tribunaux de la province, le droit provincial s'applique incidemment à cet égard. Le droit provincial demeure relatif à l'administration de la justice dans la province, même s'il a des effets incidents sur la procédure criminelle¹⁶¹.

C. La question de l'action autonome de la constitution

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit en ces termes le principe de la suprématie de la constitution :

la défense ne devrait en principe pas être contrainte à dévoiler ses moyens à l'avance. Cette objection ne résiste cependant pas à l'analyse. En effet, les arguments d'inconstitutionnalité dont l'article 95 impose le dévoilement préalable consistent essentiellement en des questions de droit d'intérêt public, dont l'accusé n'a donc pas une connaissance privilégiée. De plus, la pondération des intérêts en cause justifie amplement le caractère raisonnable des limites ainsi apportées aux droits de la défense, s'il en est.

158. *Gagnon et Vallières c. R.*, [1971] C.A. 454; *R. c. Rémillard*, J.E. 89-441 (C.Q.); *Protection de la jeunesse — 94*, J.E. 83-628 (T.J.); dans le même sens, voir: A TREMBLAY, *op. cit.*, note 37, p. 129. Les dispositions législatives ontariennes portant sur l'obligation d'avis préalable présentent à cet égard une caractéristique particulière: alors que la disposition actuellement en vigueur prévoit expressément son application dans les procédures fondées sur le *Code criminel* («Sections 122 and [...] also apply to proceedings under the *Criminal Code* (Canada), except in so far as they are inconsistent with that Act.», *Courts of Justice Act 1984*, S.O. 1984, c. 11, par. 108(2)), la version antérieure niait expressément toute application de la disposition dans ces mêmes procédures (*Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, art. 152). Avec le sourire, on peut finalement se demander si l'article 95 du *Code de procédure civile* s'appliquerait à la contestation de sa propre applicabilité constitutionnelle en matière criminelle!

159. Paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

160. Voir, par exemple, P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 318 et s.

161. Voir, dans le même sens: *R. c. Stranger*, (1983) 26 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *McGillivray c. Manitoba*, (1990) 61 Man. R. (2d) 290 (M.C.Q.B.); J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 81; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 84.

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

S'appuyant sur cette disposition, on peut se demander comment il se fait que l'absence d'avis préalable au procureur général puisse agir de façon à non seulement empêcher une déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité, mais, plus encore, à permettre la mise en oeuvre par les tribunaux de dispositions législatives que la Constitution elle-même considère inopérantes¹⁶². Les propos du juge en chef Marshall, dans la célèbre affaire américaine *Marbury c. Madison*¹⁶³, n'ont-ils pas expliqué qu'une loi contraire à la Constitution n'en est pas vraiment une, et ne peut donc pas être appliquée par les tribunaux?

Dans le même ordre d'idées, on a invoqué le fait que l'inconstitutionnalité d'une loi est une question de droit qui n'a donc même pas à être plaidée¹⁶⁴, et qui peut, de surcroît, être considérée d'office par les tribunaux¹⁶⁵.

La réponse à ces préoccupations est d'abord que l'obligation d'avis préalable au procureur général n'empêche pas le débat constitutionnel d'avoir lieu. Elle impose tout simplement une

condition procédurale, comme le font les règles bien connues relatives à la compétence des tribunaux ou encore à la qualité nécessaire pour présenter une question constitutionnelle dans l'intérêt public. Elle a au contraire pour objet de permettre la tenue d'un débat constitutionnel qui a plus de chance d'être informé, et prévoit que, lorsque les conditions essentielles pour ce faire ne sont pas réunies, il est préférable de respecter la présomption de constitutionnalité et de remettre à plus tard une détermination éclairée de la question¹⁶⁶. À cause, justement, de son importance fondamentale, une déclaration d'inconstitutionnalité ne peut être décidée de n'importe quelle façon¹⁶⁷.

Quant au point de vue selon lequel l'action autonome de la Constitution aurait déjà, de toute façon, rendu inopérantes les dispositions incompatibles que l'on cherche à contester devant les tribunaux, il semble positiviste à outrance¹⁶⁸. Magnet explique fort bien le caractère relatif, plutôt qu'absolu, de l'inconstitutionnalité:

Government action cannot be said to be unconstitutional in the sense that it has no existence at law. Those who are affected by such action certainly conceive of and experience it differently. For them, and in reality, such governmental behaviour persists until a suit at law successfully results in a ruling of *ultra vires* or inoperability. But there is many a slip twixt cup and lip. The plaintiff seeking a ruling of unconstitutionality might fail for lack of standing. He might fail for lack of adequate proof, for procedural defect or otherwise. If he does so fail, the unconstitutional action remains unconstitutional, theoretically, but it continues to have legal effect. So too, with the presumption of constitutionality, which is but part of the evidentiary machinery of an action taken on constitutional grounds. In other words, although in theory certain governmental action may be unconstitutional, the action will nevertheless persist unless the right person

162. Voir, pour une formulation de la question: P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 345: «If the Constitution operates of its own force, how are we to explain the efficacy of the notice requirements enacted by most Canadian jurisdiction?» Voir aussi, pour une opinion voulant que l'avis préalable ne serait pas requis si le tribunal se saisit *proprio motu* de la question constitutionnelle: *Commission scolaire Outaouais-Hull c. Dubois*, [1980] R.P. 50 (C.S.): «L'article 164 précité permet au juge, saisi d'un litige, de s'interroger lui-même sur sa juridiction quant à la matière. Cela peut même devenir son devoir, comme c'est le cas en l'instance. S'il le fait *proprio motu*, il ne peut être exigé de lui qu'il mette en cause le procureur général puisqu'il agit de sa propre autorité.» (p. 51).

163. (1803) 5 U.S. 137.

164. Voir, par exemple, S.A. SCOTT, «Note on the Nature of Legal Interest in Constitutional Litigation», (1966-67) 12 *Revue de droit de McGill* 136, 138: «[...] the invalidity of the enactment, being matter of law and not of fact, need not be — indeed ought not to be — pleaded.»

165. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 15, p. 204-205: «Il semble bien que le tribunal peut soulever d'office une question constitutionnelle, bien qu'en pratique le principe de la retenue judiciaire le rendra le plus souvent hésitant à le faire.» *Valin c. Langlois*, (1879) 5 Qué. L.R. 1, 16; *contra*: A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 37, p. 126: «[...] un tribunal ne peut se prononcer sur la constitutionnalité d'un texte législatif sans qu'il ne soit saisi de la question. En d'autres termes, il n'y a pas de jugement d'inconstitutionnalité sans saisine judiciaire. L'inconstitutionnalité doit être spécialement plaidée et le tribunal ne peut d'office se prononcer sur la question constitutionnelle à moins que celle-ci ne lui soit soumise.» *Bureau des écoles protestantes du Grand Montréal c. P.G. Québec*, [1980] C.A. 476, où la Cour d'appel du Québec a rejeté un argument voulant qu'il existe des cas d'invalidité absolue, plutôt que relative, pour lesquels l'avis préalable ne serait pas nécessaire.

166. Cela semble justement avoir été l'attitude retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, précitée, note 20, dans laquelle la Cour a conclu ainsi, faute, notamment, d'avis aux procureurs généraux et d'une preuve des faits constitutionnels pertinents: «[...] la Cour n'est pas en mesure de trancher nettement la question constitutionnelle. Ce sera donc pour une autre fois [...]» (p. 140).

167. Voir *supra*, partie I.

168. J'ai utilisé une version que j'espère nuancée de cet argument en tentant de justifier une juridiction des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle: D. PINARD, «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels», (1987) 33 *Revue de droit de McGill* 170, 187 et s. Je ne prônais cependant pas là l'inconstitutionnalité d'un texte de loi du fait d'une quelconque action autonome de la Constitution. Je donnais tout simplement un éclairage à une ambiguïté dans le droit applicable. Rien dans ce que j'y ai écrit n'est incompatible avec une réglementation statutaire des prononcés d'inconstitutionnalité.

successfully brings the right action at the right time. Unconstitutionality cannot be understood as an unqualified condition. It has to be understood in light of the plaintiff's ability to bring to fruition judgment in his favour.¹⁶⁹

Ce ne sont que les dispositions constitutionnelles telles qu'interprétées par un tribunal correctement saisi de la question qui rendront inopérantes des dispositions législatives elles aussi interprétées par ce même tribunal. L'action de la Constitution n'est pas magique, et ne se réalise pas dans l'abstrait, mais elle est bel et bien médiatisée par des intermédiaires humains, et ce pour le meilleur et pour le pire¹⁷⁰. L'exigence d'avis préalable au procureur général fait tout simplement partie de ce système à l'intérieur duquel se réalisera le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois dans une société régie par le principe de la *Rule of Law*.

D. La protection constitutionnelle du principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois

On a parfois douté de la constitutionnalité des exigences d'avis préalable aux procureurs généraux au nom du principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, ce principe jouissant, en droit canadien, d'une valeur constitutionnelle¹⁷¹. L'argument est le suivant : le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité implique une forme de droit d'accès aux tribunaux, et une disposition législative qui a ultimement pour effet d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur une question constitutionnelle n'est donc pas autorisée par le droit constitutionnel canadien.

Cet argument sera abordé en deux temps. J'examinerai d'abord le droit constitutionnel antérieur à 1982, puis je tenterai de voir si la réforme constitutionnelle qui a alors eu lieu a apporté quelques changements pertinents à cet égard.

a. Le droit antérieur à la réforme constitutionnelle de 1982

Il semble entendu que, malgré l'absence de formulation expresse à cet égard dans les textes, le droit constitutionnel canadien protège une forme de contrôle judiciaire de constitutionnalité. Les fondements et les paramètres de cette protection sont cependant difficiles à établir avec précision.

169. J.E. MAGNET, «Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality», (1980) 11 *Manitoba Law Journal* 21, 28-29.

170. Le juge Beetz, parlant au nom de la Cour dans *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (M. T. S.)*, [1987] 1 R.C.S. 110, semble aussi partager une telle vision relative de l'inconstitutionnalité des lois.

171. Au sens, ici, de supralégislative.

À un niveau abstrait, le principe de la *Rule of Law* constitue probablement le fondement ultime de cette protection constitutionnelle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité en droit canadien. Un système de droit fondé sur ce principe doit être tel que les individus aient les moyens concrets de faire respecter l'ordre juridique. La *Rule of Law* exige plus qu'un ordre de droit positif existant sur papier, elle n'est respectée que si sont mis en oeuvre les moyens concrets de le faire sanctionner. Ainsi, l'accès aux tribunaux chargés d'administrer le droit constitue-t-il un élément essentiel de ce principe de la *Rule of Law*.

Le fédéralisme a aussi été considéré comme impliquant une forme de protection du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. En effet, on a inféré du partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales l'existence de la protection constitutionnelle d'un pouvoir judiciaire chargé de veiller à l'arbitrage impartial de ce partage¹⁷². Hogg explique :

[...] the Constitution's distribution of powers has been assumed to require implicitly that the courts police the distribution to prevent usurpation by a legislative body of powers which do not belong to it.¹⁷³

Ainsi, serait inconstitutionnelle une loi, fédérale ou provinciale, visant à empêcher le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, par exemple en niant à cet égard un droit d'action¹⁷⁴.

De la même façon, la Cour suprême du Canada n'a pas permis à la couronne provinciale d'invoquer la prérogative royale afin de s'opposer à une mesure conservatoire de biens en attendant la détermination de la constitutionnalité de la loi lui conférant justement un intérêt sur ces biens. À ce propos, le juge en chef Kerwin s'est exprimé ainsi, au nom de la majorité, dans *British Columbia Power Corporation c. British Columbia Electric Company*¹⁷⁵ :

To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the

172. Voir, par exemple, FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 150, p. 151, voir aussi p. 68 : «One necessary judicial jurisdiction in a federal state is the authority to determine questions of constitutionality [...]. The case law has, quite properly, reflected the acknowledged role of the Courts as expounders of the limits of legislative powers by denying both to Parliament and provincial legislatures the power to shield their legislation from curial review of its validity [...].»

173. P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 162.

174. Voir *Ottawa Valley Power Co. c. Hydro-Electric Power Commission*, [1937] O.R. 265 (C.A.); ce principe a notamment été réaffirmé en 1983 dans *Independent Order of Foresters c. Board of Trustees of Lethbridge Northern Irrigation District*, [1938] 3 D.L.R. 89 (Alta. C.A.).

175. [1962] R.C.S. 642.

same results as if the legislation were valid. In a federal system it appears to me that, in such circumstances, the Court has the same jurisdiction to preserve assets whose title is dependent on the validity of the legislation as it has to determine the validity of the legislation itself.¹⁷⁶

Dans *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*¹⁷⁷, la Cour a déclaré *ultra vires* une disposition législative visant à interdire toute poursuite judiciaire contre la Couronne pour des actes posés par elle en vertu de lois habilitantes, que ces dernières soient ou non *ultra vires*¹⁷⁸. Le juge Dickson, pour la majorité, a notamment écrit ceci :

Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. [...]

Il est évident que si le Parlement fédéral ou une législature provinciale peuvent imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité par le biais d'une loi existante ou *ex post facto*, ils pourraient ainsi se placer dans la même situation que s'ils avaient agi en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs. Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi *ultra vires* revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.¹⁷⁹

Enfin, la Cour suprême du Canada a récemment rappelé en ces termes cette limite imposée en droit canadien au Parlement fédéral et aux législatures provinciales par le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité :

Le droit applicable à l'égard de cette question découle du principe bien établi selon lequel ni le Parlement ni une assemblée législative ne peut empêcher qu'une décision soit rendue sur la constitutionnalité d'une mesure législative.¹⁸⁰

176. *Id.*, p. 645.

177. [1977] 2 R.C.S. 576.

178. Précisément, la disposition en cause était ainsi libellée : « No proceedings lie against the Crown under this or any other section of the Act in respect of anything heretofore or hereafter done or omitted and purporting to have been done or omitted in the exercise of a power or authority under a statute or a statutory provision purporting to confer or to have conferred on the Crown such power or authority, which statute or statutory provision is or was or may be beyond the legislative jurisdiction of the Legislature [...] » *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, par. 5(7).

179. *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, précité, note 177, p. 590.

180. *Air Canada c. C.B.*, [1986] 2 R.C.S. 539, 543.

La Cour a donc conclu, dans cette affaire, qu'un pouvoir discrétionnaire devait être exercé de façon constitutionnelle, c'est-à-dire de manière à ne pas empêcher l'accès aux tribunaux de questions constitutionnelles.

Il semble que la jurisprudence ait conclu à une juridiction implicite des cours supérieures provinciales en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, tant fédérales que provinciales, juridiction dont l'existence serait à l'abri de toute intervention législative au Canada. Ainsi, dans *P.G. Canada c. Law Society of B.C.* (l'affaire *Jabour*)¹⁸¹, la Cour suprême du Canada a jugé que l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'autorisait pas le Parlement fédéral à enlever aux cours supérieures provinciales le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales¹⁸², et s'est notamment exprimée en ces termes :

S'il en était autrement, ces organismes judiciaires de base qu'a établis la Constitution de ce pays, notamment les cours supérieures des provinces, seraient dépouillés d'un pouvoir judiciaire fondamental dans un régime fédéral comme celui décrit dans la *Loi constitutionnelle*.¹⁸³

On remarquera que cette justification d'un caractère constitutionnel du contrôle judiciaire de constitutionnalité est essentiellement liée au principe fédéral¹⁸⁴.

L'existence même de ces cours supérieures provinciales serait implicitement reconnue par la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁸⁵. En effet, on retrouve dans cette loi certaines dispositions qui semblent tenir pour acquise l'existence de ces cours¹⁸⁶, et desquelles on pourrait, à la rigueur, inférer une protection constitutionnelle implicite d'une juridiction inhérente et essentielle¹⁸⁷. Cette protection a parfois été formulée en termes d'un droit d'accès aux tribunaux afin de contester la constitutionnalité d'une loi¹⁸⁸.

181. [1982] 2 R.C.S. 307.

182. Voir aussi *Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais*, [1983] 1 R.C.S. 147.

183. *P.G. Canada c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, 328.

184. « The rationale quoted above for the conclusion that provincial superior courts must have the power to declare a conflict with the constitutional distribution of powers was that this is « essential to a federal system ». Charter guarantees are not essential to a federal system. » ; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 72.

185. Voir FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 150, p. 151, et 67 : « It is at least arguable given the presence of sections 96-101 in the *Constitution Act, 1867* that the judiciary is a necessary jurisdiction and, flowing from that, that there is a protected sphere of judicial power inherent in the notion of a judiciary into which neither Parliament nor the Legislatures may enter. »

186. Voir les articles 96 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

187. Voir FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 150, p. 67.

188. A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 37, p. 125 ; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel, et supplément 1985 en annexe*, Cowansville, Éditions Yvon Blais,

Non seulement les contours de cette protection constitutionnelle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité sont-ils flous, mais on a maintes fois rappelé que ce principe n'est pas absolu, et qu'il s'accommode de nombreuses limites¹⁸⁹.

Ainsi, si elles ne peuvent empêcher le contrôle judiciaire par les cours supérieures provinciales, Strayer estime que les autorités législatives au Canada peuvent certainement le réglementer :

But some jurisdiction in this regard must surely remain. A Legislature must be able to prevent certain lower provincial courts from deciding constitutional questions, as long as some provincial court may do so. It probably cannot prevent provincial superior courts from determining the constitutional validity of provincial laws, given the recent trend toward recognition of a constitutionally guaranteed core of judicial review jurisdiction in those courts. It may surely impose procedural limitations or other conditions precedent, even in superior courts, at least as long as compliance with these is not impossible.¹⁹⁰

Le critère semble être ici encore celui de la nature véritable de la législation¹⁹¹. S'agit-il de la réglementation d'un sujet relevant de l'autorité législative ayant édicté la norme, ou n'est-ce pas plutôt une tentative, parfois déguisée, d'entraver ou même d'empêcher le contrôle judiciaire de la constitutionnalité ?

Les exigences d'avis préalables aux procureurs généraux constituent certainement une réglementation permise et acceptable du principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité¹⁹². Elles sont

1987, p. 517-518 : « Au Canada, le droit d'accès aux organes proprement judiciaires, qui se concrétise dans la compétence générale de la Cour supérieure, est reconnu comme fondamental. Même s'ils restent sujets à la suprématie législative, ce sont les tribunaux eux-mêmes qui interprètent et appliquent les lois ; le plus souvent, ils pourront ainsi préserver leur droit d'intervention au profit des justiciables. »

189. Voir, par exemple, G. RÉMILLARD et G. BÉRUBÉ, *loc. cit.*, note 15, p. 588 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 188, p. 517 : « Par ailleurs, un parlement peut poser des entraves ou interdictions au libre accès aux tribunaux dans les domaines qui relèvent de ses compétences. » ; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 114.

190. B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 102.

191. J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 82 ; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 69 : « [...] legislative bodies may not in the guise of legislating with respect to matters otherwise within their jurisdiction, in essence legislate so as to exceed their jurisdiction and prevent the courts from reviewing their actions. This is only a particular application of the general rule against colourability : legislation which on its face appears valid may be found invalid if its essential object and effect is to deal with some matter beyond the jurisdiction of the enacting Legislature. »

192. Voir par exemple, au même effet : J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 82 ; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 85.

faciles à remplir, et ne constituent donc pas un obstacle¹⁹³. En effet, il s'avère important de qualifier ici certains commentaires du juge en chef Laskin dans *Thorson c. P.G. Canada*¹⁹⁴. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer la qualité de Thorson à agir dans l'intérêt public, et a été mise en cause l'éventuelle nécessité d'obtenir le consentement préalable du procureur général avant d'intenter une action pour jugement déclaratoire en matière constitutionnelle. C'est dans ce contexte précis que l'on retrouve l'énoncé suivant :

La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice. Une tentative du Parlement ou d'une législature de fixer des conditions préalables au règlement d'une question de constitutionnalité de loi, en exigeant le consentement de certains fonctionnaires publics ou de certaines autorités publiques, ne peut empêcher l'accès aux cours de justice pour la simple raison que les conditions ne sont pas remplies.¹⁹⁵

Ces commentaires ne visent, semble-t-il, que les conditions législatives qui sont telles que le débat constitutionnel ne pourra tout simplement pas être tenu, et ce pour des raisons qui sont hors du contrôle de la partie qui allègue une inconstitutionnalité. De plus, ils sont expressément limités à un contexte de contentieux constitutionnel fondé sur le fédéralisme, comme en font foi les propos suivants, retrouvés un peu plus haut dans le jugement :

Si le droit d'un particulier d'entamer des procédures comme celles-ci de son propre chef est subordonné à une requête préalable au procureur général lui demandant d'intenter des procédures ou de consentir à une action [...] cette condition a été remplie en l'espèce. Cependant, je doute que cette condition soit applicable dans un système fédéral quand le procureur général est le représentant juridique d'un gouvernement tenu d'appliquer les lois adoptées par le Parlement et la validité d'une loi est contestée. La situation est sensiblement différente de celle de la Grande-Bretagne à régime unitaire, où aucune législation n'est inconstitutionnelle et où le procureur général, lorsqu'il agit comme gardien de l'intérêt public, le fait contre des autorités subalternes déléguées.¹⁹⁶

Au contraire, les exigences d'avis préalables sont faciles à remplir, tombent tout à fait sous le contrôle de la partie invoquant l'inconstitutionnalité, et ne demandent aucunement la collaboration

193. Ces exigences doivent donc être distinguées de conditions parfois impossibles à remplir : B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 85.

194. [1975] 1 R.C.S. 138.

195. *Id.*, p. 151.

196. *Id.*, p. 146.

des autorités publiques. En effet, on ne doit pas oublier que la condition imposée par l'article 95 du *Code de procédure civile* est le simple envoi d'un avis, et nullement une réaction quelconque du procureur général¹⁹⁷. Il est vrai que le délai imposé, soit trente jours de la date de l'audition, est considérable, si on le compare à celui prévu aux autres lois provinciales¹⁹⁸, qui est en moyenne d'une douzaine de jours. Mais la quantité de litiges constitutionnels¹⁹⁹ justifie, semble-t-il, ce délai qui n'alourdit corrélativement que peu le processus de contrôle judiciaire.

Mais surtout, on l'a déjà vu, les exigences d'avis préalable ont justement pour objet de faciliter l'exercice d'un contrôle judiciaire bien informé²⁰⁰. Hogg explique :

The purpose of that procedural step is not to impede judicial review, but to facilitate it by ensuring that the constitutional issue is fully argued, not only by the private litigants, but by the appropriate Attorney General, who has the resources and the interest to mount an argument in support of the legislation.²⁰¹

En fait, si c'est le principe de la *Rule of Law* qui justifie en partie la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire de constitutionnalité, c'est cependant aussi ce même principe qui requiert un ordre de droit positif tel que la remise en question des choix législatifs pour des motifs d'ordre constitutionnel ne puisse se faire n'importe où, devant n'importe quel forum et de n'importe quelle façon.

197. *Ville de Québec c. R.*, [1973] C.S. 205.

198. Terre-Neuve et Ontario: 10 jours; Nouvelle-Écosse, Manitoba, Colombie-Britannique, Saskatchewan et Alberta: 14 jours; lois précitées, note 2.

199. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e édition, Tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1989 p. 47-48, note 140, à propos de cette exigence de préavis de 30 jours: «Une telle exigence se comprend particulièrement bien lorsqu'on considère qu'entre le 1^{er} avril 1981 et le 31 mars 1985, par exemple, les avocats représentant le gouvernement ont dû intervenir dans plus de 28 260 litiges: voir Comité d'études sur le rôle, le statut, la rémunération et la carrière des avocats et des notaires de la fonction publique, *Rapport* (Rapport Dussault), 15 décembre 1986, p. 58-59.»

200. Voir, par exemple, dans le même sens: J. CAVARZAN, *loc. cit.*, note 26, p. 82; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 13, p. 85-86: «The practical effect of these requirements must surely be to facilitate rather than to hamper the functioning of a federal system. They do not operate as an absolute bar to adjudication, but merely create conditions precedent with which it is not difficult to comply. They ensure that the appropriate Governments have an opportunity to be represented so that the constitutional issues may be thoroughly canvassed by those having a continuing concern and interest with respect to the validity of legislation [...] through their imposition the fundamental objective of making the courts effective agents in the application of the constitution can be achieved.»

201. P. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 346.

b. L'effet de la réforme constitutionnelle de 1982

La réforme constitutionnelle de 1982 a d'abord eu pour effet principal d'enchaîner une charte des droits et libertés et une procédure canadienne de modification constitutionnelle. Hors ces nouveautés, certes considérables, on n'a pas assisté à une révolution du système constitutionnel canadien. Le principe de la suprématie de la constitution, s'il est maintenant exprimé dans une disposition de notre *Loi constitutionnelle de 1982*²⁰², n'est pas nouveau, et continue tout simplement d'exister sous une forme moderne²⁰³. La Constitution n'est pas plus suprême depuis 1982 qu'elle ne l'était avant, elle contient tout simplement plus d'éléments. Par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés* fait évidemment partie de la Constitution du Canada²⁰⁴.

Ainsi, on doit tout d'abord dissiper un malentendu: si le principe de la suprématie de la constitution s'accommodait des exigences d'avis préalables aux procureurs généraux avant 1982²⁰⁵, il doit encore le faire depuis, étant essentiellement le même. L'énoncé judiciaire suivant apparaît donc sans fondement, dans la mesure où il semble présenter la suprématie de la constitution, en droit constitutionnel canadien, comme une acquisition récente de 1982:

[...] it seems to me that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which declares that the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, does not accord well with a submission that notice must be given to invoke the supreme law of Canada. Surely, a supreme law ought to be able to be invoked without special notice.²⁰⁶

Dans ce contexte, il me semble que la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité n'a pas, elle non plus, automatiquement subi de bouleversement considérable. Et s'il est une différence qui vient spontanément à l'esprit, c'est plutôt qu'une des justifications fondamentales apportées à la protection du contrôle judiciaire de constitutionnalité, avant 1982, avait spécifiquement

202. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

203. Voir *supra*, note 3.

204. Voir la définition de «Constitution du Canada», au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les arguments discutés dans cette section du texte devraient être de nature à justifier les exigences d'avis préalable, eu égard tant à la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'à la *Charte des droits et libertés de la personne*. *Contra*: voir *Ville de Pierrefonds c. Rodimar Canada Inc.*, [1987] R.J.Q. 239 (C.M.), où l'on semble émettre des doutes quant à l'applicabilité de l'exigence d'avis préalable, à l'égard de l'une et de l'autre.

205. Voir *supra*.

206. *R. c. Stranger*, (1983) 70 C.C.C. (2d) 247, 249 (obiter du juge Veit, renversé en appel); voir, dans le même sens: *Protection de la jeunesse* — 94, précité, note 158; *Ville de Pierrefonds c. Rodimar Canada Inc.*, précité, note 204.

trait au principe fédéral, et ne jouerait donc pas en matière de droits et libertés constitutionnellement protégés. En effet, ce principe fédéral justifiait, a-t-on dit, la nécessité d'un arbitre accessible et impartial. Cette raison d'être ne joue en principe pas dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰⁷.

Au titre des changements apportés en 1982, et qui peuvent présenter ici une quelconque pertinence, on peut mentionner la référence expresse au principe de la *Rule of Law*, dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ...

On se rappelle cependant que la *Rule of Law* justifie à la fois le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité et la nécessité d'un ordre juridique de droit positif organisé prévoyant les modalités d'exercice de ce contrôle. Sa reconnaissance expresse dans un régime constitutionnel qui la comptait déjà de façon implicite parmi ses préceptes fondamentaux ne devrait donc pas, à elle seule, affecter la validité constitutionnelle préalablement établie de l'exigence d'avis au procureur général.

La *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît aussi une foule de nouveaux droits constitutionnellement protégés, prévoit qu'on ne peut leur apporter que des limites raisonnables²⁰⁸, et confère à toute victime de violation de ses droits et libertés constitutionnellement protégés le droit d'obtenir une réparation²⁰⁹. Cela a-t-il eu un quelconque impact sur la validité des exigences d'avis préalables aux procureurs généraux ?

On a invoqué que cette constitutionnalisation de droits et libertés avait, en soi, eu pour effet de protéger un plus grand accès aux tribunaux. La décision de la Cour suprême du Canada dans *B.C.G.E.U. c. A.G. B.C.*²¹⁰ est à cet égard pertinente. Dans cette affaire, la Cour a confirmé la validité d'une ordonnance judiciaire émise *proprio motu* et *ex parte*, visant à empêcher l'exercice de piquetage aux portes des palais de justice de la province, principalement au nom de l'accès aux tribunaux rendu encore plus nécessaire depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour a notamment énoncé ce qui suit :

Pour le moment, je tiens à mettre en relief certains articles de la *Charte* qui, à mon sens, fournissent une réponse complète à quiconque cherche

à retarder, à refuser ou à empêcher l'accès aux cours de justice de ce pays [le jugement réfère alors notamment au préambule et à l'article 24 de la *Charte*, ainsi qu'au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] [...] Les droits et libertés sont garantis par la *Charte* et les tribunaux sont tenus de fournir un redressement en cas de violation [...] À quoi bon des droits et libertés garantis par la *Charte* si une personne qui veut les faire respecter se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé ? Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux ? Les garanties offertes par la *Charte* ne seraient dès lors qu'illusoire et la *Charte* toute entière s'en trouverait minée.

Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice. [...]

Je n'arrive pas à croire qu'on ait jamais eu l'intention de permettre que la *Charte* puisse être aussi facilement contournée. [...] À tout le moins, le piquetage allait certainement retarder l'administration de la justice et, comme on l'a souvent dit, avec justesse d'ailleurs, justice tardive est déni de justice.²¹¹

Ces arguments présentés par la Cour sont plutôt convaincants, mais, pour en bien saisir la portée, il ne faut surtout pas négliger le contexte précis du prononcé. La Cour nous dit, avec raison, que l'accès aux tribunaux est une condition essentielle d'efficacité de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En fait, on pourrait même aller plus loin et affirmer que l'article 24 de cette dernière, prévoyant le droit à la réparation, en constitue en fait le cœur²¹². En ce sens, il est donc vraisemblable que la constitutionnalisation des droits et libertés, en 1982, ait apporté un fondement nouveau à la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité en droit canadien²¹³. La mise en oeuvre réelle de ces droits et libertés exige un forum judiciaire disponible, compétent et accessible.

Le ton d'absolutisme que l'on retrouve à cet égard dans le jugement, comme, par exemple, la dénonciation de tout retard dans l'administration de la justice, ne s'explique cependant que par le contexte immédiat de l'affaire. C'était en fait de l'accès *de facto* aux

211. *Id.*, p. 228, 229, 230, 232.

212. « Le paragraphe 24(1) fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en oeuvre effective des droits accordés par la *Charte*. » : les juges Lamer et Dickson, dissidents dans *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, 881.

213. Voir, dans le même sens, H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 188, p. 37.

207. Voir *supra*, note 184.

208. Article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

209. Paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

210. [1988] 2 R.C.S. 214.

tribunaux, plutôt que *de jure*, dont il était question. Et le piquetage qui entravait cet accès matériel aux tribunaux ne visait en fait qu'à exprimer des intérêts privés impliqués dans un conflit de travail. La position de la cour aurait certainement été plus nuancée s'il s'était agi de conditions de droit positif régissant le mode de contestation de la constitutionnalité des lois, dans un but de protection de l'intérêt public et de l'intégrité de l'administration de la justice. Je pense évidemment ici à l'exigence statutaire d'avis préalable au procureur général. Cette exigence est d'ailleurs animée du même esprit que le jugement de la Cour suprême dans *B.C.G.E.U.* : assurer le respect du principe de la *Rule of Law* en permettant un accès efficace et ordonné à un contrôle judiciaire de constitutionnalité bien informé. Cette réglementation législative du contrôle judiciaire est d'ailleurs encore plus nécessaire depuis la constitutionnalisation des droits et libertés, qui a eu pour effet de multiplier considérablement les remises en question de choix législatifs en vertu de motifs constitutionnels²¹⁴. Si l'exigence d'avis préalable au procureur général était constitutionnellement justifiée avant 1982, c'est *a fortiori* le cas depuis, les lois étant maintenant susceptibles d'attaques constantes fondées sur des garanties constitutionnelles formulées en termes généraux. Plus que jamais, les procureurs généraux, représentant en principe l'intérêt public, doivent être informés de l'existence des litiges constitutionnels. En effet, ils devront notamment mettre en lumière les différents intérêts pondérés par le législateur lors de l'élaboration des choix législatifs jugés en conflit avec les droits de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹⁵.

Si la décision de la Cour dans *B.C.G.E.U.* nous renseigne donc quant au fait que la constitutionnalisation des droits et libertés a effectivement eu pour effet de fournir une raison d'être supplémentaire à la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire en droit constitutionnel canadien, elle ne suggère donc aucunement l'inconstitutionnalité de l'exigence d'avis préalable au procureur général.

Plus précisément, on a aussi allégué que l'exigence d'avis préalable avait pour effet de porter atteinte au droit d'obtenir une réparation prévu à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voici une formulation judiciaire de l'argument :

We are dealing here with the Constitution Act, 1982 and if I were to accede to your suggestion, it seems to me that I would be acceding

214. Voir *supra*, note 104.

215. Voir *supra*, notes 22 et 104.

to a suggestion that the situation exists that across Canada, from province to province, and perhaps by way of ordinance in the Territories, each province could make access to the Charter rights dependent on different circumstances, which seems to me to be against the spirit of a Canadian constitution.²¹⁶

Cet argument, voulant à la limite que la constitutionnalisation des droits et libertés, alliée au principe de la suprématie de la constitution, ait en fait complètement bouleversé le système de droit positif canadien régissant l'administration de la justice, a été expressément rejeté par la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mills c. R.*²¹⁷. Dans cette affaire, était en cause la compétence d'un magistrat siégeant à l'enquête préliminaire pour accorder une réparation dans un cas de violation de droits ou libertés constitutionnellement protégés. On se rappellera que le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit la possibilité de s'adresser à un « tribunal compétent » pour obtenir une telle réparation. La question était donc justement de savoir si le magistrat siégeant à l'enquête préliminaire était un tel « tribunal compétent » au sens du paragraphe 24(1). Le problème était ici de taille, car la cour devait en fait décider des rapports entre la *Charte* et la structure ancienne d'administration de la justice au Canada. En clair, la mise en oeuvre des droits et libertés nouvellement constitutionnalisés devait-elle se faire en respectant la façon alors prévue par le droit positif, ou la *Charte* n'avait-elle pas plutôt imposé une nouvelle structure d'administration de la justice? Dans *Mills*, la majorité de la Cour suprême du Canada a préféré la première réponse. Voici certains passages pertinents de ce jugement, dont la longueur me semble ici justifiée par leur pertinence :

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux. De fait le Parlement et les législatures ont délimité

216. *R. c. Stranger*, (1983) 23 Alta. L.R. (2d) 264 (Q.B.), p. 266. Voir, dans le même sens, *Lambert c. P.G. Québec*, (1983) 31 C.R. (3d) 249 (C.S.Q.), à la page 253, le passage suivant, énoncé en obiter : « Peut-on se prévaloir des dispositions de l'art. 24 de la Charte des droits et libertés pour empêcher la répétition d'une illégalité, qu'en ce faisant, on respecte ou non les dispositions du Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, c. C-25, en matière de jugement déclaratoire? Je réponds, sans hésitation, « Oui ». La Charte des droits et libertés est un code en soi ; aucune disposition de la Loi constitutionnelle de 1982 [sic] exige que, pour se prévaloir d'un remède qui s'y trouve, visant à faire respecter des droits fondamentaux, l'on doive se conformer aux prescriptions d'un code de procédure civile. »

217. [1986] 1 R.C.S. 863.

la compétence des tribunaux pour précisément les tenir en bride en limitant leurs actions aux domaines qui sont les leurs. [...] La *Charte* ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence pour entendre de telles demandes [...]. En abordant le problème de la compétence et celui de la réparation appropriée, les tribunaux font oeuvre de pionniers. [...] Leur tâche consistera simplement à insérer la demande dans le régime existant de compétence des tribunaux afin d'essayer de fournir une réparation directe conformément au par. 24(1). [...] L'absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne. Point n'est besoin de procédures et de règles particulières pour lui donner son plein et entier effet. [...] Des problèmes se sont posés quant à la procédure à suivre en ce qui concerne les réparations offertes par la *Charte* et une certaine confusion existe devant différentes juridictions. Comme il a été souligné à maintes reprises, la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide. Elle a été créée pour former une partie, une partie très importante, du système juridique canadien et, en conséquence, elle doit s'insérer dans ce système. On peut constater immédiatement que le par. 24(1) ne contient pas d'indications relatives à la compétence ou à la procédure. Il découle nettement de cette omission que les procédures présentement suivies doivent être adaptées et appliquées aux demandes de réparation fondées sur le par. 24(1).²¹⁸

Dès lors, en considérant les dispositions statutaires pertinentes, la majorité de la Cour a conclu que le magistrat président à l'enquête préliminaire n'était pas un tribunal compétent pour accorder une réparation au sens du paragraphe 24(1) de la *Charte*.²¹⁹ De la même façon, la Cour a conclu que la mise en oeuvre de la *Charte* devait s'insérer dans la structure actuelle des appels et des requêtes préalables au procès.²²⁰ En somme, la majorité de la Cour a conclu que ni le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni le paragraphe 24(1) de la *Charte* n'avaient bouleversé la structure d'administration de la justice prévue par le droit positif canadien alors en vigueur.²²¹

En vertu de ce raisonnement, la Cour prononcerait vraisemblablement la validité constitutionnelle de l'exigence statutaire d'avis

218. *Id.*, p. 952, 953, 956, 957.

219. *Id.*, p. 954.

220. *Id.*, p. 957, 958; voir, dans le même sens: *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 222; et, dans un même esprit: *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

221. *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, 960.

préalable au procureur général. En effet, il ne s'agit que d'une exigence procédurale faisant partie du contexte de droit positif d'administration de la justice à l'intérieur duquel la *Charte* doit s'appliquer, au même titre que la structure des appels. Plus encore, cette exigence ne fait qu'aménager le débat constitutionnel en en améliorant vraisemblablement la qualité, et ne constitue donc pas une entrave ou un empêchement à l'obtention de réparations en cas de violations de droits ou de libertés. Dès lors, elle échappe aussi à l'objet de préoccupation du juge La Forest, ainsi mentionné, dans des motifs distincts, dans cette même affaire *Mills*:

[...] je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'article 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Néanmoins, c'est la *Charte* qui prédomine et, si les procédures ordinaires ne répondent pas pleinement à ses exigences, on doit alors trouver un moyen de lui donner vie.²²²

L'opinion du juge La Forest semble ici apporter la nuance selon laquelle, si la *Charte* doit s'insérer dans le régime juridique canadien préexistant, il demeure qu'elle jouit de la prépondérance constitutionnelle et qu'elle rendra donc inopérante toute règle de droit qui empêche la mise en oeuvre efficace. Or, l'exigence d'avis préalable constitue justement un moyen de « donner vie », et, qui plus est, une vie informée, à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans cette perspective, l'exigence d'avis préalable doit être traitée de façon souple, en permettant des aménagements nécessaires, et en visant la réalisation du but de la disposition, plutôt que son application mécanique et rigide.²²³ C'est d'ailleurs déjà l'attitude que l'on retrouve en jurisprudence, qui semble en respecter l'esprit, plutôt que la lettre.²²⁴

222. *Id.*, p. 971.

223. Il ne faut pas oublier le principe prévu à l'article 2 du *Code de procédure civile*, qui énonce: « Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément. »

224. Cette souplesse peut se manifester, par exemple, par des ajournements visant à permettre de remédier à l'omission. Voir généralement, au même effet: P. HOGG, *op.cit.*, note 9, p. 346 note 184; R.G. RICHARDS, *loc.cit.*, note 12, p.

Cette conformité de l'exigence d'avis préalable au procureur général à l'esprit de la *Charte* a d'ailleurs été reconnue par une certaine jurisprudence²²⁵. La formulation la plus convaincante et la plus articulée me semble se retrouver dans le passage suivant d'un jugement récent de la cour du Queen's Bench du Manitoba :

The object of the section is to facilitate the smooth operation of the courts by ensuring that all parties that may have an interest, have notice of the proceedings.

The constitution, which includes the Charter, is the supreme law of Canada. The fact that notice must be given to the two levels of government when a party seeks to invoke that supreme law is reasonable. Decisions on constitutional and Charter issues have far reaching consequences. The public has a vital interest in how the constitution and the Charter are interpreted and applied. It is important to ensure that issues of this nature are properly before the courts. The federal and provincial governments both have an important role to play in the process. [...]

The section does, as well, affect access to remedies available under s. 24(1) of the Charter. The effect, however, is minimal. The notice required is only 14 days and the court is permitted to authorize a shorter period notice. The common practice of the courts is to adjourn cases where notice has not been given in order to enable a party required

to give notice to comply with the Act. In emergency situations the court does not hesitate to authorize shorter periods of notice. The legislation represents a fair and reasonable balance between the rights of a party challenging the constitutionality of a law or seeking a Charter remedy and the interests of the two levels of government.²²⁶

La même justification vaut, on l'a vu plus haut, pour l'exigence d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile*. Il semble même que, loin d'en avoir remis en question la validité, l'enchâssement de droits et libertés y ait plutôt apporté une justification nouvelle²²⁷.

CONCLUSION

J'ai proposé, dans cet article, une interprétation généreuse de l'exigence d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du *Code de procédure civile*. Il est certain qu'une telle approche présente des coûts, notamment en termes de délai. Le jeu en vaut cependant la chandelle. Le procureur général sera souvent le seul à pouvoir mettre en lumière les justifications des choix législatifs contestés. Et sinon il aura, souhaitons-le, la courtoisie d'aviser rapidement le tribunal de son intention de ne pas intervenir au litige, de façon à permettre à l'administration de la justice de suivre rapidement son cours.

161; G. RÉMILLARD et G. BÉRUBÉ, *loc. cit.*, note 15, p. 590; *Ville de Québec c. R.*, [1973] C.S. 205 (la signification du mémoire constitue un avis suffisant); *M.D.J. Ltée c. Ministre de l'agriculture et de la colonisation du Québec*, [1975] C.S. 1039 (1041-1042: «L'avis n'est donc qu'une condition de l'audition de la requête et son absence n'affecte pas la requête elle-même et n'en constitue pas un motif d'irrecevabilité. L'irrecevabilité ne peut survenir qu'à l'audition et est en conséquence susceptible d'être remédiée par un avis approprié tant et aussi longtemps que l'audition sur l'invalidité du règlement n'a pas eu lieu.»); *Ville de Pierrefonds c. Rodimar Canada Inc.*, [1987] R.J.Q. 239 (C.M.) (249: «De toute façon, l'avis prévu à l'article 95 est toujours à temps même pendant l'audition de la cause [...]»); *Oka c. Simon*, J.E. 88-70 (C.S.) (à cause de l'absence d'avis, la cour se dessaisit de la requête et ordonne que le procureur général soit informé); *Greater Victoria School District 61 c. Goudie*, (1985) 59 B.C.L.R. 176 (Co.Ct.) (pour remédier au défaut d'avis préalable, la cour suspend l'effet de son jugement d'inconstitutionnalité et en informe le procureur général en le lui signifiant, de façon à lui permettre d'intervenir); *Heagle c. R.*, (1983) 26 S.R. 173 (Sask. C.Q.B.); *R. c. Gordon Redi-Mix Ltd.*, (1989) 70 S.R. 154 (Sask. C.Q.B.) (le défaut d'avis jugé sans conséquences lorsqu'il est prouvé que le procureur général était de toute façon bien informé de la question — matière pénale et la Couronne est là); *Protection de la jeunesse — 94*, J.E. 83-628 (T.J.) (l'exigence d'avis préalable est fortement nuancée lorsque le procureur général est déjà mis-en-cause); *Raïche c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1989] R.J.Q. 1495 (C.S.) (1499: «[L]e procureur général du Québec a acquiescé à la forme et au contenu de l'avis, en ne l'attaquant pas avant la conclusion de la plaidoirie du procureur de l'appelant.»).

225. Voir notamment: *R. c. Stranger*, (1983) 26 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.).

226. *McGillivray c. Manitoba*, (1990) 61 Man. R. (2d) 290 (M.C.Q.B.), p. 293.

227. Voir *supra*, note 213. Si le principe même de la constitutionnalisation des droits et libertés et le droit exprès à la réparation n'ont pas remis en question la constitutionnalité de l'exigence d'avis préalable au procureur général, il semble que la constitutionnalisation précise des principes de justice fondamentale, à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ait pas, non plus, amené ce résultat.