

« La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada : les mesures d'atténuation prises à l'égard de leur rétroactivité et de leur caractère immédiatement exécutoire »

Danielle Pinard*
Décembre 2021

Introduction p.3

1. Des contraintes constitutionnelles relatives à la temporalité des jugements ? Le silence équivoque du texte de la Constitution canadienne p. 6

1.1. Une limite constitutionnelle organique inhérente au pouvoir judiciaire et imposant la rétroactivité comme attribut nécessaire de tout jugement ? p. 7

1.2. D'autres constitutions plus explicites sur la question p. 12

1.3. La Constitution canadienne p. 15

1.3.1. L'absence de prescriptions explicites p. 15

* Professeure, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Pour mon frère. Le présent texte est principalement rédigé au féminin. Il fait suite à : Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », 42 *Revue nationale de droit constitutionnel* 64. La Cour suprême du Canada a rendu le 19 novembre 2021 un important jugement portant sur la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité, dans *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, et ce dans des circonstances fort particulières. Cette affaire s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, dans lequel la Cour avait prononcé l'inconstitutionnalité de la règle de droit criminalisant le fait de vivre des produits du travail du sexe, pour cause de portée excessive, en ce qu'elle s'appliquait à tort aux personnes assurant sans exploitation la sécurité des personnes travaillant dans l'industrie du sexe. La déclaration d'inconstitutionnalité y avait été suspendue. La Cour s'est intéressée dans *Albashir* aux effets de cette règle de droit criminel pendant la période de suspension du jugement d'inconstitutionnalité. Plus précisément, il s'agissait de s'interroger sur la validité d'accusations criminelles portées en vertu de cette règle contre « des proxénètes parasites et exploités » (*Albashir* par. 5 : conclusion de fait du juge du procès) après la fin de la période de suspension mais pour des actes commis pendant cette dernière. C'est dans ce contexte précis que la Cour s'est prononcée sur la temporalité de la déclaration d'inconstitutionnalité et sur l'effectivité de la règle de droit déclarée inconstitutionnelle pendant la période de suspension. L'histoire nous dira si et jusqu'à quel point les spécificités contextuelles de la cause limitent la portée des énoncés qu'elle contient sur la temporalité des déclarations d'inconstitutionnalité. Pour le moment, considérant les délais, je n'ai pu intégrer à la présente étude que certains éléments de ce jugement qui me sont apparus immédiatement incontournables.

1.3.2. Le par. 52(1) L.C. 1982 interprété p. 16

1.3.2.1. Le principe de la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité p. 16

1.3.2.2. Le principe du caractère immédiatement exécutoire du jugement d'inconstitutionnalité p. 17

1.3.3. Une protection constitutionnelle d'une discrétion dans la détermination de la temporalité du jugement d'inconstitutionnalité ? p. 18

2. Des mesures d'atténuation mises en place par la Cour p. 19

2.1. L'objet de ces mesures : le droit objectif ou les droits subjectifs (les *remedies*) ? p. 20

2.2. Des jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs p. 35

2.2.1. Considérations générales p. 35

2.2.2. Les critères élaborés dans l'arrêt *Hislop* p. 36

2.2.3. De rares exemples de non-rétroactivité p. 38

2.2.4. Des exceptions à la non-rétroactivité p. 43

2.2.5. Conclusion p. 47

2.3. Des jugements d'inconstitutionnalité suspendus p. 50

2.3.1. Considérations générales p. 51

2.3.1.1. L'état du droit pendant la période de suspension p. 55

2.3.1.2. La prétendue origine : le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* p. 59

2.3.2. Des exceptions à la suspension p. 64

2.3.2.1. L'héritage du juge Lamer 68

2.3.2.2. Un bénéfice immédiat du prononcé d'inconstitutionnalité p. 73

Accordé à la demanderesse
Implicitement
Explicitement

Refusé à la demanderesse

Étendu à d'autres

2.3.3. La suspension : un terme ou une condition ? Les réponses législatives p. 81

2.3.4. Conclusion p. 90

Conclusion p. 92

Introduction

Les jugements d'inconstitutionnalité au Canada peuvent avoir plusieurs temps. Si l'on présume en silence qu'ils sont rétroactifs *erga omnes*, ils peuvent en réalité n'être rétroactifs ou immédiatement exécutoires qu'à l'égard de certaines personnes. Une considération attentive de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada¹ révèle un traitement incertain des effets dans le temps des jugements d'inconstitutionnalité qui, comme l'enfer, semble pavé de bonnes intentions. On se préoccupe des conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité, on souhaite rendre justice à la demanderesse et parfois à des personnes placées dans des situations similaires, mais on veut aussi, à tort ou à raison, faciliter la tâche de l'État dans l'inévitable transition juridique mise en place. La pondération de ces divers intérêts donne lieu à des résultats ponctuels parfois étonnants et bien souvent imprévisibles.

Je ne prétends pas avoir de direction à proposer à ce qui apparaît comme une pratique relativement erratique. Je me rallie finalement à la position selon laquelle la gestion de la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité se préoccupe essentiellement de leurs conséquences et ne répond pas à la logique d'un droit transitoire élaboré en amont. Je dois de plus avouer mon ignorance complète de ce que serait en la matière une approche progressiste ou conservatrice, ou encore de l'activisme ou de la retenue². D'autres y consacrent leur attention. Je souhaite tout simplement plus d'intelligibilité dans la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité. Mon but est de mettre en lumière l'impact de chacune des options de temporalité disponibles à l'égard de l'ordonnancement juridique et des droits subjectifs qui en découlent normalement.

Une étude précédente a analysé ce que l'on a dit être la rétroactivité de principe d'un jugement d'inconstitutionnalité au Canada³. Le présent texte s'intéresse aux mesures d'atténuation de cette rétroactivité immédiate qui ont été apportées par la Cour suprême du Canada. L'attention sera portée sur la méthode utilisée.

¹ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985 c. S-26, art. 3. On y fera souvent référence dans le texte comme « la Cour ».

² Danielle PINARD, « Activisme ou retenue dans la méthode : démarche en quête de points de repères » dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 213

³ Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*. On s'intéresse au phénomène tel qu'il se manifeste au Canada mais, s'agissant de considérations d'ordre méthodologique, on puisera autant dans des sources de *common law* que dans des sources droit écrit. Si les règles relatives à la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité peuvent varier selon les systèmes juridiques et les juridictions, on peut quand même emprunter certains outils conceptuels qui y sont développés afin d'en mieux comprendre la problématique.

Après avoir considéré le silence équivoque de la Constitution canadienne sur la temporalité des jugements, on observera les deux principaux procédés mis en œuvre par la Cour suprême du Canada afin de tempérer ce qu'elle a estimé être des conséquences iniques de la rétroactivité immédiate des jugements d'inconstitutionnalité, soit la non-rétroactivité ou encore le report dans le temps de certaines de leurs conclusions.

Si la rétroactivité immédiate des jugements d'inconstitutionnalité des lois est incontestablement la règle au Canada, la Cour a *de facto* mis en place des mesures d'atténuation circonscrites afin d'en éviter certains effets indésirables. À cet égard, des outils juridiques existant ont été ponctuellement utilisés⁴. On pense par exemple à la doctrine *de facto*⁵, à l'autorité de la chose jugée⁶, aux règles de prescription⁷, à la doctrine

⁴ Le même phénomène se manifeste en droit américain. Fisch fait référence à l'utilisation de ce qu'elle décrit comme de simples « principes of adjudication » : Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055. Elle écrit : « [M]ost judicially created rules are only somewhat retroactive; long established principles of adjudication limit the degree to which nominally retroactive rules impact prior events », *id.*, p. 1079. Elle en donne comme exemples, à la note 148, le principe de la chose jugée et les règles de prescription. Voir, dans le même sens : Elizabeth Earle BESKE, « Rethinking the Nonprecedential Opinion », (2018) 65 *UCLA Law Review* 808, 851. Certains ont même avancé que ces diverses doctrines juridiques existantes suffisent à contrer les éventuelles injustices causées par la rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité et que la création judiciaire d'une non-rétroactivité en la matière constituait une regrettable erreur. Voir en ce sens Paul J. MISHKIN, « Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law », (1965) 79-1 *Harvard Law Review* 56, 66, et Kermit III ROOSEVELT, « A Retroactivity Retrospective, with Thoughts for the Future: What the Supreme Court Learned from Paul Mishkin, and What It Might », (2007) 95 *California Law Review* 1677, 1680.

⁵ La Cour écrit, dans *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 (ci-après : « *Renvoi du Manitoba* »), 755 : « Ainsi, le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés, des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics »; d'autres développements sur ce principe se retrouvent aux pages 756 et 757 de cette même affaire. Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10 (ci-après « *Hislop* »), par. 101.

⁶ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 757 : « [L]e principe de la chose jugée empêcherait de rouvrir des dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois invalides ». Voir aussi : *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, par. 51; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 101. Voir aussi, du côté de la doctrine : Robert LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 107.

⁷ Voir : *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 101; *Kingstreets Investments Ltd c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 59. Voir aussi Peter HOGG,

de nécessité⁸ ou encore à l'immunité restreinte en vertu de laquelle la responsabilité délictuelle du gouvernement n'est en principe pas engagée par l'adoption d'une loi plus tard jugée inconstitutionnelle⁹.

Constitutional Law of Canada, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-48.2.

⁸ La Cour écrit dans *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, nouvelle audition, [1998] 1 R.C.S. 3 (ci-après : « *Renvoi relatif à la rémunération des juges* (nouvelle audition) »), par. 4, en réponse à un argument voulant qu'une déclaration d'inconstitutionnalité antérieurement énoncée par la Cour dans cette même affaire avait rendu les juges provinciales rétroactivement inhabiles : « La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. En effet, le droit reconnaît que, dans certaines situations, il est préférable d'avoir un juge qui n'est ni indépendant ni impartial plutôt que de ne pas avoir de juge du tout »; et elle ajoute, au par. 8 : « Comme cette règle s'applique à la situation en litige, en l'absence de démonstration d'une injustice concrète et substantielle dans les circonstances particulières d'un cas donné, la doctrine de la nécessité aura pour effet d'empêcher le réexamen des décisions passées des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard sur le seul fondement de l'absence d'indépendance de ces tribunaux qu'a constatée notre Cour dans son jugement du 18 septembre 1997 ». Voir aussi *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, par. 106.

⁹ Cette immunité restreinte s'applique tant dans le cadre du régime général de responsabilité civile délictuelle que dans le contexte d'une demande de réparation financière faite en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], ci-après « L.C. 1982 », (ci-après « *Charte canadienne des droits et libertés* »). Cette dernière prévoit en effet que : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances », *id.* par. 24(1). Voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 79; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102. Certains interprètent en ce sens les propos tenus dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 720, selon lesquels « [i]l y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la Charte en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 », comme limités à la question de l'octroi de dommages-intérêts lors de contestations de lois fondées sur le par. 52(1) de la L.C. 1982 : voir *Mackin, id.*, par. 80 et 81, et l'opinion du juge LeBel dans *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 98. Le par. 52(1) L.C. 1982 se lit comme suit : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

Outre l'occasionnel recours à ces doctrines, deux procédés ont principalement été développés afin de tempérer l'impact d'une rétroactivité immédiate, soit le report dans le temps (ou suspension¹⁰) des effets d'un prononcé d'inconstitutionnalité (2.3.) et l'octroi de ce que l'on a dit être des réparations non-rétroactives, soit en fait l'élaboration de conclusions non-rétroactives dans certains jugements d'inconstitutionnalité. (2.2.).

Mais les tribunaux ont-ils réellement le pouvoir de gérer la temporalité de leurs jugements? Ces libertés prises avec la rétroactivité immédiate des jugements d'inconstitutionnalité sont-elles interdites par la Constitution ? Autorisées, ou plus encore protégées par elle (1.) ?

Si un tel pouvoir judiciaire existe, porte-t-il sur la détermination du moment de l'effectivité du changement opéré dans le droit positif par le jugement d'inconstitutionnalité ou donne-t-il plutôt lieu à la disponibilité de réparations discrétionnaires accordées ou refusées sur une base individuelle (2.1.)¹¹?

1. Des contraintes constitutionnelles relatives à la temporalité des jugements ? Le silence équivoque du texte de la Constitution canadienne

Une limite constitutionnelle inhérente à la nature du pouvoir judiciaire a été invoquée pour justifier la rétroactivité obligatoire de tout jugement ; l'argument est peu convaincant, surtout au Canada (1.1.). Alors que certains textes de loi étrangers prévoient non seulement les effets dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité mais accordent aussi expressément aux juges le pouvoir de prévoir des ajustements à cet égard (1.2.), la Constitution canadienne est quant à elle silencieuse sur la question (1.3.). Le texte du par. 52(1) L.C. 1982 ne donne en effet aucune indication ni quant à la temporalité du jugement d'inconstitutionnalité ni quant à un éventuel pouvoir judiciaire en la matière (1.3.1.). La Cour suprême du Canada a à ce jour interprété la suprématie de la Constitution qu'il énonce (1.3.2.) comme faisant en sorte que le jugement d'inconstitutionnalité doive en principe être rétroactif (1.3.2.1.) et immédiatement exécutoire (1.3.2.2.).

¹⁰ On utilisera indistinctement les termes « report dans le temps » ou « suspension » des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité.

¹¹ La Cour a fait référence il y a longtemps à la nécessité d'une marge de manœuvre dans le traitement des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité en principe rétroactif. Elle a écrit, dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, 1195 : « Il y a une différence manifeste entre le fait de déclarer une loi inconstitutionnelle et la détermination des conséquences d'ordre pratique et juridique qui découlent de cette déclaration ». Ce propos a été repris dans *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 121. La Cour oppose ainsi le droit et les effets ou conséquences du droit. D'autres contestent cette distinction, arguant que les réalistes ont mis en lumière que le droit et ses effets ne font qu'un, et que remettre en question les effets de la rétroactivité revient à remettre en question la rétroactivité elle-même : « This concern is consistent with one of the central insights of legal realism : legal rules should not be defined in the abstract, but by their practical effects », Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, 1084, note 173.

Mais la Cour a exercé *de facto* un pouvoir d'atténuation à l'égard de ces deux aspects (2.2. et 2.3.). Elle utilise peut-être ainsi une marge de manœuvre constitutionnellement protégée dans les interstices de la Constitution (1.3.3.).

1. 1. Une limite constitutionnelle organique inhérente au pouvoir judiciaire et imposant la rétroactivité comme attribut nécessaire de tout jugement ?

Dans la problématique de la temporalité juridique, on associe traditionnellement l'exécutif au présent, le législatif au futur et le judiciaire au passé¹². Ces temps sont-ils constitutionnellement prescrits? La rétroactivité des jugements, notamment en matière constitutionnelle, est-elle de ce fait inéluctable ?

À propos de cette singulière temporalité des jugements, un argument a été invoqué relatif à une limite inhérente à la nature même du pouvoir judiciaire¹³. Il s'agirait d'un impératif organique, essentiel¹⁴. On parle ici d'une contrainte qui serait liée, non pas au contenu des règles que peuvent développer les juges, mais bien à une question de forme, soit leur

¹² Voir André-Jean ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. revue et corrigée, L.G.D.J., 1993, Paris, « Temporalité juridique », p. 608, où l'on évoque une thèse selon laquelle « chacun des trois pouvoirs constitutifs de l'État moderne s'inscrit spécifiquement dans une des trois dimensions classiques du temps : l'exécutif se produit dans le temps présent, le judiciaire s'inscrit dans le passé, tandis que le temps du législateur est celui du futur ».

¹³ Eva STEINER, « Judicial Ruling with Prospective Effect – from Comparison to Systematisation », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 1, à la p. 3 : « Today prospective overruling is a much debated issue in so far as it questions the constitutional limits of the judicial function ». Précisons qu'on a utilisé en droit américain le vocable de *prospective overruling* pour faire référence de façon générale à la non-rétroactivité d'un jugement, qu'il y ait ou non renversement de précédent : voir Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 199.

¹⁴ Voir, pour une expression de l'argument : Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, 1057 : « The general principle that statutes operate prospectively and judicial decisions apply retroactively is a matter of black letter law »; voir aussi François OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », dans François OST et Mark VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 91, à la p. 132 : « Longtemps on a cru que l'avenir appartenait en exclusivité au législateur, tandis que le passé était réservé au juge. [...] Derrière cet arbitrage temporel se profilait la doctrine de la séparation des pouvoirs et, en amont encore de celle-ci, se dessinait la théorie juridique selon laquelle au législateur revenait la fonction politique de modifier le droit (tâche orientée vers l'avenir...) tandis que le juge était censé « déclarer » le droit [...] (une telle « déclaration » est par nature rétroactive, mais cette rétroactivité n'est pas dommageable, disait-on, puisqu'elle se borne à répéter ce qui a toujours été) ».

application temporelle ; on fait donc référence à un encadrement constitutionnel de leurs effets dans le temps, qui serait propre à la nature de la fonction judiciaire.

On peut noter d'entrée de jeu que les propos doctrinaux ou jurisprudentiels sur la question s'intéressent essentiellement à la possibilité d'une mise en place d'exceptions ou de limites à la rétroactivité judiciaire et non pas à la constitutionnalité même de cette rétroactivité. La chose peut paraître surprenante, considérant les inconvénients réels de cette dernière¹⁵.

Certains ont défendu cette thèse d'une rétroactivité judiciaire constitutionnellement prescrite en invoquant qu'il est de l'essence de la fonction judiciaire de statuer sur des faits antérieurs et d'en déterminer le régime juridique¹⁶. Une décision judiciaire énonçant une règle pour l'avenir équivaudrait à une usurpation du pouvoir législatif¹⁷. L'exercice de cet acte juridictionnel de décider en l'espèce est ici considéré comme le fondement

¹⁵ Voir la conclusion de Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*. Selon Fisch, le fait que le développement jurisprudentiel des exigences de *due process* se soit réalisé à une époque où la rétroactivité judiciaire était déjà la pratique établie explique en partie le fait que cette dernière soit tenue pour acquise et apparemment à l'abri de contestations constitutionnelles : Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, 1075. Elle ajoute : « Indeed, the constitutionality of retrospective adjudication is so well established that constitutionally based objections have been raised instead against the prospective adjudication experiment », *id.*

¹⁶ Voir l'opinion de Lord Nicholls of Birkenhead dans *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, pour une présentation fort élégante de l'argument d'une limite constitutionnelle organique contraignant les juges à la rétroactivité au Royaume-Uni. Il y écrit par exemple, au par. 28 : « Courts exist to decide the legal consequences of past events ». Voir aussi Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, 1075: « The most prominent objection [à l'expérience des jugements non-rétroactifs] is based on principles of separation of powers and constitutional conceptions of the judicial power ». Steiner écrit : « Today the principle of separation of powers between the legislature and the judiciary prevails over the declaratory theory in the discussion of judicial rulings with prospective effects. Thus, it is often argued that prospective overruling is outside the constitutional limits of the judicial function », Eva STEINER, « Judicial Ruling with Prospective Effect – from Comparison to Systematisation », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 1, à la p. 13.

¹⁷ « The essence of the principled argument against prospective overruling is that in this country [U.K.] prospective overruling is outside the constitutional limits of the judicial function. It would amount to the judicial usurpation of the legislative function. [...] Making new law in this fashion gives a judge too much the appearance of a legislator. Legislation is a matter for Parliament, not judges », *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, par. 28, Lord Nicholls of Birkenhead.

paradigmatique de la fonction judiciaire¹⁸. Le juge Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis, par exemple, s'est éloquemment opposé à toute forme de non-rétroactivité des jugements¹⁹ qui serait selon lui étrangère à la nature du pouvoir judiciaire et à une tradition établie²⁰. La rétroactivité serait ainsi un élément définitionnel de la fonction judiciaire, classiquement préoccupée par la résolution de litiges fondés sur des situations passées, qui la distingue du pouvoir législatif chargé quant à lui de statuer pour l'avenir. Le pouvoir créateur de droit de la juge, dans la mesure où on le reconnaît, ne serait qu'accessoire à son pouvoir de décision, donc tourné vers le passé²¹. Dès lors, cette insistance sur une rétroactivité intrinsèque et nécessaire des jugements résiste même à une candide reconnaissance du pouvoir créateur de droit des juges²². Une juge déclarant une règle de droit applicable pour l'avenir seulement agirait ainsi *ultra vires*, son pouvoir de déclaration

¹⁸ « Prospective overruling robs a ruling of its essential authenticity as a judicial act », *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, par. 28, Lord Nicholls of Birkenhead, toujours à l'occasion de la présentation de l'argument.

¹⁹ Voir par exemple *Harper v. Virginia Dept. Of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), j. Scalia, p. 106 : « The true *traditional* view is that prospective decision making is quite incompatible with the judicial power, and that courts have no authority to engage in the practice ».

²⁰ La non-rétroactivité des jugements serait par ailleurs fortement associée à un activisme judiciaire selon lui inopportun : *Harper v. Virginia Dept. Of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), j. Scalia, p. 105 : « Prospective decisionmaking is the handmaid of judicial activism, and the born enemy of *stare decisis*. It was formulated in the heyday of legal realism and promoted as a "techniqu[e] of judicial lawmaking" in general, and more specifically as a means of making it easier to overrule prior precedent ».

²¹ On peut ajouter ici à l'argument le fait que les caractéristiques institutionnelles de la fonction judiciaire, orientées vers la résolution d'un litige passé, ne l'habilitent pas à statuer pour l'avenir. Mishkin écrit : « The essential function of courts which requires that the normal mode of judicial operation be retroactive has implications for our present problem. For that function also requires that the structure of judicial institutions be built so as to respond effectively to demands for retroactive adjudication of past disputes. Adaptation to any other role must be secondary. Thus, the severe limits on and the restricted forms of participation in the judicial process (parties must have specific interests in a particular actual dispute, and may present only formal evidence and arguments of counsel), the modes of the process itself (insulation from political pressure; reasoned argument and opinions), and the nature of available relief (responding to the past history of the parties) all make most sense in the context of resolving past disputes. The relevance of this observation to our present concern lies in the limited adaptability of these institutions to a regime of prospective lawmaking », Paul J. MISHKIN, « Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law », (1965) 79-1 *Harvard Law Review* 56, 60.

²² Peter Hogg écrit par exemple : « [B]ut when a court makes new law, it makes it for the past as well as for the future », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-2. Voir aussi : *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council*, [1999] 2 AC 349, Lord Browne-Wilkinson, à la p. 358 : « But whilst the underlying myth [que les juges ne font pas de droit mais ne font que déclarer un droit pré-existant] has been rejected, its progeny--the retrospective effect of a change made by judicial decision—remains ».

de droit étant intimement lié à la résolution de litiges reliés au passé. Le pouvoir judiciaire s’immiscerait donc dans le domaine législatif et ferait injure à sa nature essentielle par toute forme de non-rétroactivité qu’il mettrait de l’avant.

Cet argument constitutionnel organique qui vise à contraindre le pouvoir judiciaire à une action rétroactive, s’il est celui le plus généralement invoqué à l’encontre de toute tentative d’apporter des sanctions d’inconstitutionnalité tournées vers l’avenir, a cependant été dénoncé comme étant circulaire²³. Dans sa forme la plus rudimentaire, il va en effet comme suit : un jugement est nécessairement rétroactif parce que la rétroactivité est le propre de l’activité du pouvoir judiciaire. Or, de la même façon que les fonctions gouvernementales se sont transformées, le rôle joué par le pouvoir judiciaire, particulièrement en matière constitutionnelle, est en constante évolution²⁴. D’ailleurs, s’il peut à la rigueur être plus convaincant aux États-Unis en raison de la disposition de la constitution américaine qu’il est convenu d’appeler la *Case and Controversy Clause*²⁵ et qui confirme une séparation des pouvoirs plus développée²⁶, cet argument d’une essence judiciaire circonscrite à la

²³ Fisch écrit: « If [...] the judicial power were defined to include prospective adjudication, the constitutionally derived lawmaking power of the courts could not be subjected to temporal limitations on the grounds that the judicial power is « inherently » retrospective. This patent circularity is one of the most striking logical weakness of the separation of powers approach to retroactivity », Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, p. 1080. L’argument est repris dans Charles SAMPFORD, *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 217-218.

²⁴ « The nature of the judicial power has also changed over time, further weakening the notion that the definition of judicial power can serve as an objective benchmark for limits on retroactive lawmaking », Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, p. 1081. Voir, dans le même sens: Charles SAMPFORD, *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 218.

²⁵ U.S. CONST. ART. III, § 2 : « The judicial Power shall extend to all *Cases*, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to *Controversies* to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects » (mes soulignés).

²⁶ La Cour suprême du Canada fera référence à cette disposition de la constitution américaine comme une : « limite expresse (...) qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux « causes » (« *cases* ») ou « différends » (« *controversies* ») concrets », *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 13. La Cour ajoute : « Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. », *id.* ; puis : « [L]a Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte

résolution de litiges passés perd de la pertinence au Canada où une quelconque séparation des pouvoirs n'est que relative et où, notamment, la validité des avis consultatifs a été confirmée à plusieurs reprises²⁷. Et même aux États-Unis, certains ont remarqué que souvent les litiges constitutionnels sont bien plus un moyen permettant aux tribunaux de développer des normes générales qu'un simple lieu d'exercice juridictionnel²⁸. Lord Nicholls, de la Chambre des Lords britannique, a souligné de son côté la souplesse de la tradition juridique britannique qui permet que soient occasionnellement rendues des opinions non directement nécessaires à la résolution du litige²⁹. Il a même reconnu la possibilité théorique de renversements jurisprudentiels non-rétroactifs, puisque le principe des précédents, incluant sa temporalité afférente, est selon lui au Royaume-Uni une règle de *common law* modifiable par les juges³⁰.

Toute considération d'une éventuelle exigence constitutionnelle organique de rétroactivité des jugements est éminemment absente des discussions de la Cour suprême du Canada qui

des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques », *id.*, par. 15.

²⁷ Voir par exemple *References by the Governor in Council (Re)*, [1912] A.C. 571; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Hogg écrit : « Either Parliament or the Legislatures may by appropriate legislation confer non-judicial functions on the courts », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 7-38.

²⁸ « [T]here exists a substantial body of case law, rising almost to the level of a general tradition, in which adjudication, and constitutional adjudication in particular, functions more as a vehicle for the pronouncement of norms than for the resolution of particular disputes », Richard H. FALLON, Jr. et Daniel J. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies », (1991) 104 *Harvard Law Review* 1731, 1800.

²⁹ *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, Lord Nicholls, par. 16 : « This illustrates how the House has been prepared to depart from a strict and narrow interpretation of the judiciary's adjudicative role. From time to time situations occur where a point of law of general importance is raised by court proceedings but the outcome will have no practical effect in the particular case. The general principle is that the court will not entertain such proceedings. Nevertheless, when there is good reason for doing so, the House, in the cautious exercise of its discretion, may proceed to decide the point of law ».

³⁰ *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, Lord Nicholls, par. 39 : « The objections in principle and difficulties in practice mentioned above have substance [les objections à la non-rétroactivité des jugements], particularly in respect of the traditional interpretation of statutes. These objections are compelling pointers to what should be the normal reach of the judicial process. But, even in respect of statute law, they do not lead to the conclusion that prospective overruling can never be justified as a proper exercise of judicial power. In this country the established practice of judicial precedent derives from the common law. Constitutionally the judges have power to modify this practice ».

ont, explicitement ou implicitement, pris des libertés certaines avec cette temporalité particulière³¹.

1.2. D'autres constitutions plus explicites sur la question

Certains textes constitutionnels étrangers ont expressément déterminé les effets dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité et même aménagé à cet égard une marge de manœuvre judiciaire. On en évoquera ici trois exemples³².

Depuis l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, dans la procédure de la Question prioritaire de constitutionnalité³³, la Constitution française prévoit que la disposition déclarée inconstitutionnelle est *abrogée*³⁴ mais que le Conseil constitutionnel

³¹ Lovell prône une plus grande liberté judiciaire quant aux effets dans le temps des jugements d'inconstitutionnalité : John LOVELL, « From Now On : Temporal Issues in Constitutional Adjudication », (2005) 18 *National Journal of Constitutional Law* 17. Il écrit, par exemple : « The disabling assumption is that courts, unlike legislatures, must perceive and portray themselves as lacking the capacity to control the temporal application of their own pronouncements », *id.* p. 21. Il ajoute : « Instead of treating the retroactive operation of judicial pronouncements as a judge-made rule, susceptible like other such rules to exceptions and incremental modification over time, we tend to postulate it as an immutable element of the adjudicative process itself », *id.* p. 22.

³² Dans les trois cas, les dispositions pertinentes sont postérieures à la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après appelée « L.C. 1982 ») en vigueur au Canada. D'autres exemples sont discutés dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015 et dans Patricia POPELIER, Sarah VERSTRAELEN, Dirk VANHEULE et Beatrix VANLERBERGHE (dir.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, Intersentia, 2014.

³³ La Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été mise en place en France par une révision constitutionnelle de 2008 : *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*, J.O. 24 juil. 2008, p. 11890. Le Conseil constitutionnel la définit ainsi : « La question prioritaire de constitutionnalité est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Qu'est-ce que la QPC*, en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>. La disposition constitutionnelle pertinente est la suivante : Constitution du 4 octobre 1958, art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

³⁴ La disposition se lit ainsi : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel

« détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause »³⁵. La règle est donc ici celle de la non-rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité, assortie d'un pouvoir judiciaire de décider de certains effets rétroactifs de cette déclaration d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel peut ainsi donner des effets rétroactifs à son jugement à l'égard de faits antérieurs, dont évidemment ceux de la demanderesse victorieuse³⁶. Réservant par ailleurs l'intégrité de son pouvoir de modulation, le Conseil a formellement énoncé un principe voulant que « la déclaration d'inconstitutionnalité [doive] bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité » et que « la disposition déclarée contraire à la Constitution ne [puisse]

détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause », Constitution du 4 octobre 1958, art. 62, al. 2. Il semble que le choix de cette sanction d'abrogation n'ait surprénamment été l'objet d'aucun débat dans les travaux préparatoires, « as if the *ex nunc* annulment was the only natural option » : François-Xavier MILLET, « Temporal Effects of Judicial Decisions in France », dans Patricia POPELIER, Sarah VERSTRAELEN, Dirk VANHEULE et Beatrix VANLERBERGHE (dir.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, Intersentia, 2014, 111, à la p. 114. Selon Benzina, « Ce choix de l'abrogation comme effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité procède de l'idée que remettre en cause les effets passés d'une disposition législative qui, par nature, à (sic) une portée générale et impersonnelle, perturberait de manière trop conséquente la sécurité juridique et l'ordre public », Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 250. Si le choix d'une sanction d'abrogation permet d'éviter les inconvénients d'une annulation rétroactive, il donne quand même lieu à des questions de transition; voir par exemple Dominique ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », (2017) 54 *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges>. De plus, l'abrogation pure et simple ferait en sorte que ni la demanderesse victorieuse ni les parties impliquées dans les instances en cours ne pourraient bénéficier du prononcé d'inconstitutionnalité, leurs faits étant par définition antérieurs à l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel. Dominique Rousseau écrit : « Lorsque le Conseil déclare contraire à la Constitution la disposition législative litigieuse, elle est abrogée avec effet *erga omnes*; elle n'existe plus, elle sort de l'ordre juridique et ne peut plus à l'avenir produire d'effets juridiques. Mais l'abrogation n'a pas vocation à s'appliquer au cas d'espèce : elle n'est ni annulation ni mise à l'écart de la loi et le justiciable qui a soulevé victorieusement une QPC pourrait n'en point bénéficier », Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 291, p. 268.

³⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 62 al. 2, libellé précité, *supra*, note 34.

³⁶ Rousseau précise, à propos de ce pouvoir d'accommodement expressément autorisé par la Constitution française : « Autrement dit, le Conseil peut faire produire à sa décision d'abrogation des effets au cas présent et, le cas échéant, aux situations juridiques passées fondées sur la disposition déclarée inconstitutionnelle », Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 268.

pas être appliquée dans les instances en cours »³⁷. La doctrine française utilise l'expression « effet utile » pour désigner ces exceptions de principe à la décision d'abrogation³⁸. Fait important, le Conseil peut aussi reporter dans le temps l'abrogation de la disposition qu'il déclare inconstitutionnelle³⁹.

La Constitution d'Afrique du Sud de 1996 précise de son côté qu'une cour peut déclarer l'invalidité d'une loi jugée inconstitutionnelle, mais l'autorise aussi à limiter de façon juste et équitable la rétroactivité inhérente à une telle invalidité, ou encore à suspendre sa déclaration⁴⁰.

Enfin, dans l'organisation constitutionnelle britannique, les lois de dévolution de pouvoirs vers l'Écosse, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord énoncent quant à elles qu'un tribunal qui juge qu'une loi adoptée en vertu d'une telle dévolution excède la compétence du parlement concerné pourra retirer ou limiter tout effet rétroactif de cette décision ou encore

³⁷ Cons. const. 25 mars. 2011, n° 2010-108 QPC; Cons. const. 25 mars. 2011, n° 2010-110 QPC .

³⁸ Voir par exemple Marthe FANTIN-ROUGE STÉFANINI et Karine ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité. Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », dans Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 311, p. 333.

³⁹ Constitution du 4 octobre 1958, art. 62 al. 2, libellé précité, *supra*, note 34. Rousseau estime qu'il s'agit là d'un « redoutable pouvoir » : « Depuis 2008, le Conseil constitutionnel détient donc un redoutable pouvoir : il peut transformer, tordre la temporalité des dispositions législatives invalidées en déplaçant le curseur de l'abrogation et en gommant plus ou moins la ligne de vie de la loi censurée », Dominique ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », (2017) 54 *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges> .

⁴⁰ *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, c. 8, § 172, (1) : « When deciding a constitutional matter within its power, a court (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency; and (b) may make any order that is just and equitable, including (i) an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and (ii) an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect. »

suspendre cette dernière⁴¹. S'agissant d'un contrôle de compétence législative, la rétroactivité de l'annulation judiciaire est ici logiquement présumée⁴².

1.3. La Constitution canadienne

La Constitution canadienne prévoit tout simplement sa propre supériorité hiérarchique dans l'ordre du droit positif et le caractère inopérant des règles de droit incompatibles⁴³. C'est à partir de cette prescription laconique que l'on doit aborder la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité au Canada⁴⁴.

1.3.1. L'absence de prescriptions explicites

⁴¹ *Government of Wales Act 1998*, c. 38 (R.-U.), art. 110; *Northern Ireland Act 1998*, c. 47 (R.-U.), art. 81; *Scotland Act 1998*, c. 46 (R.-U.), art. 102. À titre d'exemple, la disposition pertinente de cette dernière loi se lit comme suit : « (1) This section applies where any court or tribunal decides that—(a) an Act of the Scottish Parliament or any provision of such an Act is not within the legislative competence of the Parliament, [...] (2) The court or tribunal may make an order— (a) removing or limiting any retrospective effect of the decision, or (b) suspending the effect of the decision for any period and on any conditions to allow the defect to be corrected. (3) In deciding whether to make an order under this section, the court or tribunal shall (among other things) have regard to the extent to which persons who are not parties to the proceedings would otherwise be adversely affected ».

⁴² En effet, la rubrique pertinente de la *Scotland Act 1998*, c. 46 (R.-U.), se lit par exemple ainsi : « Powers of courts or tribunals to vary retrospective decisions », alors que nulle part n'est-il expressément prévu dans cette loi que la nullité rétroactive est la sanction d'une loi écossaise *ultra vires*. Par ailleurs, Lord Nicholls voit dans ces dispositions la preuve que le parlement britannique ne conçoit pas la non-rétroactivité comme étant incompatible avec la fonction judiciaire : *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, au par. 17 in fine.

⁴³ Voir *supra*, note 9 in fine, le libellé du par. 52(1) L.C. 1982 y est reproduit. Il s'agit d'une règle générale et abstraite énonçant strictement la place de la Constitution canadienne dans la hiérarchie des normes. L'existence même d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité n'y est pas mentionnée, apparemment tenue pour acquise vu sa réalité incontestée dans l'histoire constitutionnelle du Canada.

⁴⁴ Des auteurs ont souligné l'écart souvent considérable entre les dispositions prévoyant la suprématie constitutionnelle ou encore le pouvoir de sanction des juges en matière d'inconstitutionnalité et la pratique de ces dernières. Voir par exemple Leckey qui fait allusion au « gap that develops between authoritative text and practice as judges apply a bill of rights », Robert LECKEY, « Remedial Practice Beyond Constitutional Text », (2016) 64 *American Journal of Comparative Law* 1, p. 2. Voir aussi Maartje DE VISSER, *Constitutional Review in Europe, A comparative Analysis*, 2014, Hart Publishing, Portland, pp. 319-320 et Olivier LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France – Espagne – Italie » dans Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 287.

La Constitution canadienne ne prévoit expressément qu'une seule règle relative à la temporalité juridique, soit l'interdiction de création rétroactive d'infractions criminelles⁴⁵. On doit se demander si elle n'impose pas par ailleurs et implicitement une quelconque forme de temporalité des jugements, particulièrement en matière constitutionnelle. Or, si elle énonce en des termes non équivoques sa propre suprématie, la Constitution canadienne est silencieuse sur la question des effets dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité⁴⁶.

1.3.2. Le par. 52(1) L.C. 1982 interprété

La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité au Canada a essentiellement été déterminée par l'interprétation que la Cour a donnée au par. 52(1) L.C. 1982. Elle se décline en deux temps : le jugement d'inconstitutionnalité est en principe rétroactif et immédiatement exécutoire.

1.3.2.1. Le principe : la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité

La Cour suprême a interprété le principe de la suprématie de la Constitution prévu au par. 52(1) L.C. 1982 comme prescrivant une modification rétroactive de l'ordonnement juridique. Dès lors, le jugement d'inconstitutionnalité qui met en œuvre ce principe commande la reconsidération du droit du passé, il impose qu'on le comprenne dorénavant comme ayant été autre chose que ce qu'il était en réalité et qu'à raison on le croyait être.

La sanction d'inconstitutionnalité est donc rétroactive⁴⁷. On a vu que la Cour suprême a interprété le par. 52(1) comme imposant le caractère inopérant des règles de droit incompatibles non pas au jour du jugement mais bien avant, dès leur coïncidence formelle avec la Constitution. L'inconstitutionnalité et sa conséquence, le caractère inopérant de la loi qui fait l'objet du jugement, doivent être considérées comme ayant existé dès ce moment.

Cette rétroactivité de la sanction d'inconstitutionnalité emporte nécessairement la rétroactivité de la norme constitutionnelle prépondérante issue du jugement, puisque c'est cette norme telle qu'interprétée au jour du jugement qu'on doit considérer avoir joui de la suprématie constitutionnelle depuis son édicton et avoir ainsi rendu invalide *ab initio* la

⁴⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], par. 11 g).

⁴⁶ La Constitution canadienne ne prévoit en fait expressément aucune forme de temporalité des jugements.

⁴⁷ Voir Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*.

règle de droit incompatible⁴⁸. Cette rétroactivité de principe a fait l'objet de certaines atténuations (2.2.).

1.3.2.2. Le principe : le caractère immédiatement exécutoire du jugement d'inconstitutionnalité

L'application dans le temps des normes énoncées dans un jugement d'inconstitutionnalité est une chose, le moment où ce jugement devient exécutoire en est une autre⁴⁹. Alors que la Cour a interprété le par. 52(1) L.C. 1982 comme imposant la rétroactivité des déclarations d'inconstitutionnalité, elle a reconnu que le libellé de cette disposition semblait de prime abord indiquer que « toute déclaration d'invalidité ne peut avoir qu'un effet immédiat »⁵⁰.

⁴⁸ Voir Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*.

⁴⁹ L'étude de l'effet des lois dans le temps a permis depuis longtemps de distinguer la question de la vie de la loi en tant que telle de celle de la temporalité des règles qu'elle énonce. Voir, sur cette question : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, n° 344, p. 108. Alors que les règles de droit d'origine législative peuvent être d'application prospective ou rétroactive (*id.*, p. 128), la vie de la loi fait plutôt appel à des notions telles que la sanction et l'entrée en vigueur. Ainsi, le législateur peut retarder l'entrée en vigueur d'une loi sanctionnée, de telle sorte que les règles de droit qu'énonce cette dernière ne deviendront exécutoires, ne produiront leurs effets qu'ultérieurement : *id.*, p. 108. Il s'agit là d'une question distincte de celle de l'application de ces règles dans le temps: *id.* p. 127. Pour Pierre-André Côté, la période d'observation est la période pendant laquelle une règle de droit d'origine législative est exécutoire, alors que sa période d'application est en fait la période à l'égard de laquelle elle est applicable (*id.*, p. 116). La même distinction est pertinente et surtout fort utile à l'égard des jugements d'inconstitutionnalité, entre le caractère exécutoire du jugement et l'application dans le temps des règles qu'il énonce.

⁵⁰ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (ci-après : « *Renvoi relatif à la rémunération des juges* »), par. 99. La Cour utilise les termes « effet immédiat » (« *immediate effect* » dans la version originale anglaise) pour nommer le caractère immédiatement exécutoire de la déclaration d'invalidité, par opposition au possible report de ses effets dans le temps. Elle traite en fait du début de la période d'observation du jugement (selon Héron, « le concept d'observation de la norme [développé en matière statutaire par Pierre-André Côté] s'applique aussi bien au jugement qu'à la loi » : Jacques HÉRON, « L'application des jugements dans le temps », dans Pierre-André CÔTÉ et Jacques Frémont (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du 4^e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 237, pp. 238-239). Dans le contexte de cette affaire, le choix des termes « effet immédiat » est cependant malheureux, en ce que ces derniers ont déjà une tout autre signification établie en droit transitoire, trouvant sa source dans les travaux du doyen Paul Roubier, en vertu de laquelle ils font référence à

C'est d'ailleurs le principe général au Canada, un jugement prend en principe effet le jour où il est rendu⁵¹. Le jugement qui déclare l'inconstitutionnalité d'une loi prend donc lui aussi effet dès qu'il est prononcé, et c'est en principe à partir de ce moment que devient exécutoire la modification rétroactive de l'ordonnancement juridique à laquelle il donne lieu⁵².

Ce principe du caractère immédiatement exécutoire des jugements d'inconstitutionnalité a souvent fait l'objet de dérogations communément appelées reports ou suspensions (2.3.).

1.3.3. Une protection constitutionnelle d'une discrétion dans la détermination de la temporalité du jugement d'inconstitutionnalité ?

La Cour suprême a dans les faits pris des libertés certaines à l'égard de la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité (2.2. et 2.3.). Peut-être a-t-elle ainsi exercé une marge de manœuvre constitutionnellement protégée. En effet, en plus d'y lire le principe d'une rétroactivité et d'un caractère immédiatement exécutoire, on pourrait voir dans la Constitution canadienne la protection d'une discrétion judiciaire en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, considérée comme une composante de la structure constitutionnelle au Canada⁵³. Ou encore peut-on estimer qu'un pouvoir discrétionnaire de détermination des effets dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité constitue une caractéristique

l'application d'une loi « à l'égard d'une situation juridique en cours au moment où elle [la loi] prend effet », Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 176. On ne s'intéressera dans le présent texte qu'à la signification retenue par la Cour, privilégiant tout de même l'expression « caractère immédiatement exécutoire ».

⁵¹ Voir par exemple les *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156 (Gaz. Can. II), art. 80 : « Sauf ordonnance contraire de la Cour, tout jugement prononcé oralement prend effet à la date à laquelle il est prononcé à l'audience, qu'il y ait ou non motifs à suivre, et tout jugement pris en délibéré prend effet à la date à laquelle il est déposé auprès du registraire ».

⁵² Avec égard, et contrairement à ce qu'affirme la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 82, le fait banal que le jugement d'inconstitutionnalité, comme d'ailleurs tout jugement, ne puisse produire ses effets qu'à compter de son prononcé, soit le début de sa période d'observation, ne fait pas en sorte que : « The nullification of a law is thus prospective ». On ne doit pas confondre le début du caractère exécutoire d'un jugement et les effets dans le temps des conclusions qu'il élabore.

⁵³ Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, la Cour a établi qu'une structure constitutionnelle fondamentale au Canada jouissait d'une valeur supra-législative. Les éléments de cette structure demeurent relativement incertains. Roach prétend qu'une discrétion judiciaire en matière de sanctions et de réparations d'inconstitutionnalité en fait partie : Kent ROACH, « Enforcement of the Charter – Subsections 24(1) and 52(1) », dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC. (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., 2013, LexisNexis Canada, 1123, 1127. Il propose un certain nombre de principes devant encadrer l'exercice de cette discrétion. S'inspirant en partie des travaux de Roach, la Cour a récemment prôné une approche fondée sur les principes en matière de sanctions d'inconstitutionnalité : *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38.

essentielle de la Cour suprême, jouissant à ce titre d'une protection constitutionnelle⁵⁴. Si la Cour a récemment affirmé l'existence d'une discrétion judiciaire dans l'élaboration des sanctions d'inconstitutionnalité, notamment en ce qui concerne leur temporalité, elle n'est cependant pas allée jusqu'à reconnaître une assise constitutionnelle à cette discrétion^{54A}.

2. Des mesures d'atténuation mises en place par la Cour

Quoiqu'il en soit de ces considérations de principe, le fait est que la Cour suprême exerce déjà *de facto* une certaine discrétion dans la détermination de la portée temporelle de ses jugements d'inconstitutionnalité⁵⁵. Par le report dans le temps des effets de ces derniers (2.3.) ou encore par le jeu de ce qu'elle a à l'occasion appelé les réparations constitutionnelles non-rétroactives accordées en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 (2.2.). La Cour a d'ailleurs récemment et explicitement affirmé pour la première fois l'existence d'une discrétion judiciaire fondée sur des principes en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, en ce qui concerne tant leur ampleur que leur temporalité^{55A}. Sauf dans le cas d'une exception notable, la Cour n'a cependant pas discuté formellement d'éventuelles limites ou habilitations constitutionnelles à ce faire⁵⁶.

La Cour a en effet pris d'incontestables libertés avec le principe du caractère immédiatement exécutoire du jugement d'inconstitutionnalité, et ce depuis longtemps : elle en reporte régulièrement les effets. Quoique ne touchant pas en soi au principe même de la rétroactivité, ce type de suspension est parfois présenté comme un moyen de limiter les effets déstabilisants que pourrait avoir la déclaration d'une inconstitutionnalité rétroactive et immédiate.

⁵⁴ Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, par. 94, la Cour a précisé que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême du Canada jouissaient d'une protection constitutionnelle, au nombre desquelles elle a inclus « la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel de dernier ressort pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et [de] son indépendance ».

^{54A} P.G. Ontario c. G., 2020 CSC 38.

⁵⁵ L'exercice de cette discrétion est d'ailleurs régulièrement critiquée. Voir par exemple Robert LECKEY, « The Harms of Remedial Discretion », (2016) 14-3 *International Journal of Constitutional Law* 584.

^{55A} P.G. Ontario c. G., 2020 CSC 38, par. 92. La Cour y a déterminé en ces termes ce qu'elle estime être les principes constitutionnels devant guider l'exercice de cette discrétion judiciaire en matière de sanctions d'inconstitutionnalité : « A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces. B. Il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution. C. Le public a droit au bénéfice de la loi. D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents », *id.*, par. 94. Elle précise qu'une cour de justice qui élabore une sanction doit pondérer ces principes parfois contradictoires et justifier la priorité qu'elle accorde à certains d'entre eux, *id.* par. 92.

⁵⁶ Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aux pp.747 et suiv., la Cour s'est expressément autorisée du principe de la primauté du droit pour conférer une validité temporaire à des lois pourtant déclarées inconstitutionnelles. Voir *infra*, 2.3.1.2.

Une autre forme d'aménagement temporel semble aussi présente, plus incertaine celle-là, portant cette fois non pas sur un quelconque report du caractère exécutoire du jugement d'inconstitutionnalité, mais bien sur la rétroactivité même de certaines de ses conclusions.

Les conclusions du jugement dont la temporalité peut ainsi être altérée sont celle relative à la signification de la norme constitutionnelle prépondérante et celle déclarant le caractère inconstitutionnel et inopérant de la loi contestée⁵⁷.

Avant d'analyser ces mesures d'atténuation, il est cependant nécessaire d'explorer une ambiguïté présente dans le développement de ce que la Cour a appelé les réparations constitutionnelles non-rétroactives. Cet examen devrait à tout le moins démontrer l'importance de mettre à l'avant-plan la distinction fondamentale entre le droit objectif et les droits subjectifs, tant pour l'étude du mécanisme de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité que pour celle de son éventuelle non-rétroactivité.

2.1. L'objet de ces mesures : le droit objectif ou les droits subjectifs (les *remedies*) ?

Les principes en matière de temporalité des jugements d'inconstitutionnalité, qu'il s'agisse de leur rétroactivité ou encore de leur caractère immédiatement exécutoire, intéressent incontestablement l'ordre de droit positif. C'est cet ordre de droit positif qui est immédiatement et rétroactivement modifié par l'élaboration d'une norme constitutionnelle nouvelle et par la déclaration du caractère inopérant d'une loi jugée inconstitutionnelle. L'objet de la liberté exercée par les juges à l'égard de cette temporalité est cependant plus indéterminé.

L'étude des moyens mis en œuvre par les juges afin d'éviter certains effets considérés indésirables de la rétroactivité immédiate des jugements d'inconstitutionnalité, qu'il s'agisse de la non-rétroactivité de certaines conclusions ou encore d'une suspension des effets du jugement, requiert en premier lieu un examen de l'arrêt *Hislop*. En effet, malgré son côté obscur, cette décision demeure fondamentale en ce qu'elle a donné lieu à de rares prononcés de la Cour sur la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité. Les affirmations de la Cour y sont complexes. Elle y rappelle néanmoins, quoique de façon incertaine et fort indirectement, l'existence d'un principe de rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité fondé sur le par. 52(1) L.C. 1982. Elle y confirme cependant aussi l'existence d'un pouvoir judiciaire de modulation de cette rétroactivité. Or, à la lumière des termes utilisés par la Cour dans *Hislop*, la question première et fondamentale qui se pose est la suivante: les modalités de l'aménagement de cette rétroactivité proposé par la Cour portent-elles sur la reconfiguration de l'ordre de droit positif mise en place par le jugement d'inconstitutionnalité ou ne relèvent-elles pas plutôt d'une forme de discrétion dans la reconnaissance des droits subjectifs qui devraient normalement en découler, pour la partie victorieuse et *erga omnes*, discrétion jugée nécessaire en vue de limiter l'impact déstabilisant d'une inévitable rétroactivité judiciaire ? Dans le premier cas, on peut prévoir

⁵⁷ Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*.

que les normes constitutionnelles nouvelles ou encore le caractère inopérant de la loi jugée inconstitutionnelle ne seront pas pleinement rétroactifs et d'application immédiate; c'est alors le droit positif d'application générale issu du jugement dont on modifie la temporalité. Dans le second cas, la rétroactivité immédiate de ce droit positif est acceptée mais l'intervention judiciaire porte sur la disponibilité des droits subjectifs devant logiquement en découler, particulièrement pour la demanderesse.

Un rappel des notions de méthodologie juridique fondamentale relatives à l'incidence normale d'un jugement d'inconstitutionnalité d'une loi sur le droit objectif et sur les droits subjectifs est nécessaire à la compréhension de la question. Il met en lumière l'impact d'un jugement d'inconstitutionnalité dont l'effet dans le temps ne fait l'objet d'aucune mention, soit le droit supplétif en la matière. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi faite en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 opère en principe une réorganisation de l'ordre de droit positif, que l'on doit dorénavant considérer avoir été présente dans le passé. Elle n'intervient pas directement sur les droits personnels⁵⁸. En principe, les seuls droits subjectifs dont on peut pertinemment discuter dans le contexte d'un recours fondé sur le par. 52(1) L.C. 1982 sont tout simplement ceux qui découlent du droit objectif rétroactivement modifié par la déclaration de l'inconstitutionnalité de règles de droit. La rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité porte ainsi sur l'ordonnement du droit objectif, sur l'organisation des règles de droit, et se conjugue en deux volets : i) la loi déclarée inconstitutionnelle et inopérante doit être tenue pour l'avoir été dans le passé et ii) on doit considérer que l'interprétation judiciaire de la règle constitutionnelle prépondérante représente sa teneur originale. Les droits subjectifs issus du droit objectif rétroactivement réaménagé par la déclaration d'inconstitutionnalité sont à l'avenant et se déclinent par exemple ainsi, selon les cas : les droits et obligations que l'on a cru nés sous le régime d'une loi jugée inconstitutionnelle perdent leur validité *ab initio*, les droits inconstitutionnellement refusés par une telle loi naissent rétroactivement⁵⁹ et les droits constitutionnels reconnus par l'interprétation nouvelle sont réputés exister depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les droits subjectifs générés par la réorganisation rétroactive du droit objectif que met en place un prononcé judiciaire d'inconstitutionnalité ne sont pas en soi des réparations constitutionnelles. En vertu d'une logique juridique élémentaire, la possibilité de s'en prévaloir va de soi, comme toute revendication d'un droit subjectif reconnu par le droit objectif ; la réclamation de leur respect n'est pas une demande de réparation constitutionnelle. Chacune peut désormais et normalement se prévaloir des droits subjectifs reconnus par le droit positif rétroactivement modifié. Cela vaut pour les demanderesse dans la cause comme pour toutes les autres titulaires de ces droits. La sanction judiciaire de l'inconstitutionnalité s'étant opérée sur le droit positif, nul besoin en principe d'une réparation individuelle spécifiquement constitutionnelle, la réparation nécessaire, s'il en est une, consiste en la disponibilité des

⁵⁸ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 59 : « L'article 52 ne crée pas un recours personnel. »

⁵⁹ Cette conséquence peut être considérable dans le cas de l'inconstitutionnalité d'une disposition excluant une catégorie de personnes de certaines prestations étatiques, en ce qu'elle peut rendre ces dernières universelles alors que leurs modalités auraient certes été différentes si l'État les avait initialement attribuées dans le respect des exigences énoncées dans le jugement.

simples droits subjectifs auparavant niés par une règle de droit inconstitutionnelle⁶⁰. De la même façon, chacune peut se prévaloir de la rétroactivité des nouveaux droits constitutionnels issus d'un jugement d'inconstitutionnalité, et ainsi contester d'autres règles de droit contraires à ces derniers, et ce même à l'égard de situations antérieures à l'interprétation créatrice leur ayant donné lieu.

On note d'ores et déjà l'ampleur de ces droits subjectifs issus de la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité et le fait que toute modulation de cette rétroactivité ne peut qu'avoir pour effet, sinon pour objet, une diminution de ces droits. On comprend qu'il serait alors paradoxal d'utiliser le terme *réparation* pour faire référence à une telle modulation.

Une marge de manœuvre à l'égard de la rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité peut se décliner de deux façons conceptuellement distinctes. La décision de donner un effet non-rétroactif à la reconfiguration du droit objectif qui en est issue est une chose, celle d'atténuer l'impact de cette rétroactivité acceptée comme inévitable en intervenant directement sur les droits subjectifs qui devraient logiquement en découler en est une autre. Mais dans un cas comme dans l'autre, un affaiblissement des droits subjectifs normalement issus de la rétroactivité s'ensuivra.

La distinction est importante. La déclaration de l'inconstitutionnalité non-rétroactive d'une loi, soit la déclaration judiciaire qu'une loi est inconstitutionnelle mais ne l'est qu'à compter du jugement, emporte une réorganisation de l'ordre de droit positif pour l'avenir seulement, a une portée *erga omnes*, fait en sorte que ni la demanderesse ni d'autres personnes dans la même situation ne peuvent en principe s'en prévaloir du jugement (à cause de l'antériorité de leurs faits) et contrevient enfin à une importante tradition de rétroactivité juridictionnelle et jurisprudentielle⁶¹. L'exercice d'une discrétion dans la reconnaissance de droits subjectifs qui devraient normalement découler d'une déclaration rétroactive d'inconstitutionnalité d'une loi est une tout autre question. Si la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité en assure alors l'orthodoxie, la limitation discrétionnaire de ces droits subjectifs est cependant éminemment problématique. Refuser de reconnaître un droit subjectif qui devrait normalement découler de la rétroactivité d'un jugement

⁶⁰ Dans le même sens, le juge Lamer, dissident dans la décision *Rodriguez c. Colombie britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, semble présumer que les droits subjectifs issus d'un droit positif réaménagé par la sanction d'inconstitutionnalité d'une règle de droit imposée en vertu du par. 52(1) L.C. 1982, constituent en principe les redressements individuels requis. Il écrit : « [L]a présente déclaration d'invalidité, dont l'effet est suspendu, [offre] un redressement à ceux qui sont visés par la disposition après la période de suspension », *Rodriguez c. Colombie britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 571. Il pourra cependant arriver que les droits subjectifs issus du droit objectif rétroactivement modifié par le jugement d'inconstitutionnalité ne suffisent pas et qu'une réparation individuelle doive être accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir *infra*, note 97.

⁶¹ Danielle PINARD, « La temporalité des jugements d'inconstitutionnalité des lois au Canada: ce que l'on dit être leur *rétroactivité* », publié dans un numéro précédent de la *Revue nationale de droit constitutionnel*.

d'inconstitutionnalité est un acte grave qui appelle une justification. L'utilisation d'expressions telles « réparation pour l'avenir »⁶² ou encore *prospective remedy*⁶³ est dans ce contexte regrettable et trompeuse. Il s'agit en fait d'une absence de réparation. Une ambiguïté est à cet égard omniprésente dans l'arrêt *Hislop*.

La contestation de la constitutionnalité de dispositions législatives, fondée sur le principe de la suprématie de la Constitution énoncé au par. 52(1) L.C. 1982, est au cœur de cet arrêt. Les demandeurs réclamaient tout simplement les droits subjectifs dont ils se prétendaient titulaires en vertu de l'inconstitutionnalité rétroactive de leur exclusion d'un régime de prestations de conjoints survivants⁶⁴. S'agissant de questions de droits à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, plus spécifiquement dans le cas des conjoints de même sexe, la rétroactivité invoquée remontait dans le temps à 1985, année de l'entrée en vigueur des droits à l'égalité⁶⁵, bien que la reconnaissance de l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination par la Cour n'ait été formulée qu'en 1999⁶⁶. Tout au long des motifs du jugement, alors qu'elle semble s'interroger sur l'à-propos de reconnaître ce droit aux prestations revendiquées, la Cour utilise cependant les termes réparations / *remedies* dans la discussion des sanctions qui peuvent être imposées en vertu du paragraphe 52(1) L.C. 1982⁶⁷. On fait référence dans le jugement à « la réparation fondée sur le par. 52(1) »⁶⁸. Mais on y retrouve aussi une mention des « réparations pouvant *faire*

⁶² *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80.

⁶³ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80.

⁶⁴ Il s'agissait dans cette affaire d'un recours collectif intenté par un groupe de conjoints survivants ayant invoqué une violation de leurs droits à l'égalité (appelé dans le jugement « le groupe *Hislop* »). On fera tout simplement référence à *Hislop* comme étant le demandeur, afin d'alléger le texte. La demande présentée par ce dernier et refusée par la Cour est exprimée ainsi dans le jugement : « [L]e droit à la pension devrait rétroagir à la date, postérieure à l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la Charte le 17 avril 1985, à laquelle est décédé le conjoint cotisant », *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 68 et 69.

⁶⁵ Ces droits sont exceptionnellement entrés en vigueur 3 ans après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* le 17 avril 1982, soit le 17 avril 1985. Voir le par. 32(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁶⁶ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁶⁷ Voir par exemple *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 78 : « Nous abordons maintenant la question de la réparation. En contestant le par. 72(1) du [Régime de pension du Canada qui limite la disponibilité des prestations de conjoint survivant à 12 mois précédant la demande], les appelants visent l'obtention d'une *réparation entièrement rétroactive*. Ils soutiennent qu'une *déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52* de la *Loi constitutionnelle de 1982* rétroagit nécessairement à l'entrée en vigueur de l'art 15 de la *Charte*. Pour juger du bien-fondé de cette prétention, il faut d'abord considérer la nature de la *réparation constitutionnelle* et les circonstances dans lesquelles le tribunal peut *limiter sa portée rétroactive* et la rendre uniquement valable pour l'avenir » (mes italiques).

⁶⁸ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 83, 88 et 93. En anglais : les « s. 52(1) remedies ».

suite à une déclaration de nullité » (mes soulignés)⁶⁹. La Cour emploie également l'expression « accorder une réparation pour l'avenir »⁷⁰ pour faire allusion aux moyens permettant de tempérer la rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité d'une loi. Le langage utilisé est source de confusion : discute-t-on de la temporalité de la déclaration d'inconstitutionnalité de règles de droit en tant que telle ou plutôt de la reconnaissance des droits subjectifs qui devraient logiquement découler de l'inconstitutionnalité rétroactive de ces règles?

Le texte de la Constitution canadienne de 1982 traite séparément la suprématie constitutionnelle dans l'ordre du droit positif et les réparations individuelles pour les victimes de violation de leurs droits, dans celui des droits subjectifs⁷¹. La Cour a d'ailleurs insisté à plusieurs reprises sur la distinction entre le par. 52(1) L.C. 1982 qui fonde une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui permet l'octroi discrétionnaire de réparations pour un individu victime de violation de ses droits ou libertés⁷². La Cour a précisé que, contrairement au par. 24(1),

⁶⁹ Les « remedies which may flow from a declaration of nullity », *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80.

⁷⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80, « fashioning prospective remedies » en anglais. Voir aussi : « to issue a prospective remedy », *id.*, par. 86; ou encore « l'octroi d'une réparation pour l'avenir », la traduction de « the crafting of judicial prospective remedies », *id.*, par. 86 *in fine*.

⁷¹ Le libellé des par. 52(1) L.C. 1982 et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est reproduit *supra*, à la note 9. Les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet utilisent correctement le terme *sanction* d'inconstitutionnalité à propos du par. 52(1) L.C. 1982: Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n° IV-32 à IV.42, p. 191 à 194. Ils réservent la notion de *réparation* pour la discussion du par. 24 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *id.*, par. XII-4.42, p. 1053. Pour ces auteurs, les sanctions d'inconstitutionnalité des lois imposées en vertu du par. 52(1) de la L.C. 1982 et les réparations pour les victimes accordées en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* constituent ainsi deux moyens distincts de mise en œuvre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *id.*, n° XII-4.27 p. 1048, XII-4.42 p. 1053.

⁷² Voir par exemple *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 61 : « Il devient donc évident que les [par. 52\(1\)](#) et [24\(1\)](#) visent des objets réparateurs différents. Le [paragraphe 52\(1\)](#) offre une réparation lorsque des dispositions législatives violent des droits garantis par la [Charte](#), que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le [par. 24\(1\)](#) offre un recours pour les actes gouvernementaux qui violent des droits garantis par la Charte ». Si la jurisprudence a en effet longtemps limité le recours offert par le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux violations émanant d'actes gouvernementaux, par opposition aux lois, la coexistence possible, mais exceptionnelle, de recours fondés sur les par. 52(1) de la L.C. 1982 et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et liberté* semble maintenant admise. Voir *infra*, la note 97.

le par. 52(1), qui prévoit le caractère inopérant des règles de droit incompatibles avec la constitution, ne confère « aucun pouvoir discrétionnaire aux juges »⁷³.

L'existence de ces deux dispositions prévoyant respectivement la nécessaire sanction des règles de droit déclarées inconstitutionnelles et le droit à la réparation pour une victime de violation de ses droits caractérise la Constitution canadienne et la distingue de la Constitution américaine dont le texte est muet sur la question des sanctions et des réparations⁷⁴. En l'absence de disposition expresse relative à la mise en œuvre judiciaire de la Constitution, la jurisprudence et la doctrine américaines ont développé des approches, sophistiquées mais non exemptes de puissantes contradictions, à propos de ce que l'on y nomme les *constitutional remedies*⁷⁵. Ainsi, depuis que la Cour suprême des États-Unis a

⁷³ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 35. La Cour ajoute, dans cette même affaire : « Par contre [contrairement à la discrétion prévue au par. 24(1)], le par. 52(1) cible l'inconstitutionnalité des dispositions législatives d'une manière directe et non discrétionnaire. Ces dispositions sont inopérantes dans la mesure où elles sont inconstitutionnelles », *id.* par. 64. Dans le même sens, voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3. Ce propos doit en fait être nuancé. Si l'imposition même de la sanction d'inconstitutionnalité prévue au par. 52(1) ne peut faire l'objet d'aucune discrétion, la détermination de l'ampleur de cette inconstitutionnalité, et donc du caractère inopérant, pourra faire appel à une certaine discrétion. Le texte anglais du par. 52(1) LC 1982 est à cet égard plus éloquent, prévoyant un caractère inopérant « to the extent of the inconsistency ». Voir, par exemple, *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38 par. 86; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3 et 40-4; Robert LECKEY, « Remedial Practice Beyond Constitutional Text », (2016) 64 *American Journal of Comparative Law* 1, et Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 14.45.

⁷⁴ « The Constitution is almost completely silent concerning the remedies to be employed for its implementation », Alfred HILL, « Constitutional Remedies », (1969) 69-7 *Columbia Law Review* 1109, 1118. Dans le même sens, voir Richard H. FALLON, Jr. et Daniel J. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies », (1991) 104 *Harvard Law Review* 1731, 1779. Ces derniers ajoutent : « To the framers, special provision for constitutional remedies probably appeared unnecessary, because the Constitution presupposed a going legal system, with ample remedial mechanism, in which constitutional guarantees would be implemented », *id.*

⁷⁵ On retiendra aux fins du présent texte une définition minimale de cette notion de *remedy*: « Remedy is the means by which the violation of a right is prevented, redressed, or compensated », Henry CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary*, 2^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1910, « Remedy », p. 1014. Hill a défini ainsi les *constitutional remedies* : « By "constitutional remedies" is meant remedies that are available as a matter of constitutional right for the redress of constitutional wrongs », Alfred HILL, « Constitutional Remedies », (1969) 69-7 *Columbia Law Review* 1109, 1111. Il ajoutait que la question demeurerait alors relativement inexplorée : *id.*

semble-t-il renoncé aux *prospective overrulings*⁷⁶, il existe en effet en droit américain un débat portant sur l'à-propos du recours à une *remedial discretion* afin de tempérer l'impact déstabilisant d'un jugement d'inconstitutionnalité désormais nécessairement rétroactif⁷⁷. Certains y sont en principe favorables⁷⁸, d'autres en dénoncent les abus éventuels⁷⁹. Il s'agit d'un sujet dont on a dit qu'il était extraordinairement riche⁸⁰, présentant plusieurs aspects donnant lieu à des controverses profondes et fondamentales⁸¹. Mais il s'agit clairement d'une discussion portant sur le recours au monde complexe des *remedies*, des réparations individuelles et des droits subjectifs, qui tient pour acquise l'inévitable rétroactivité inhérente de la réorganisation du droit positif opérée par les jugements d'inconstitutionnalité.

Il est dès lors déroutant de voir le terme *remedy*, classiquement reconnu dans la tradition de *common law* comme intimement associé à la réparation individuelle de la violation d'un droit, utilisé au Canada anglais en référence tant aux réparations individuelles accordées en

⁷⁶ Préoccupée par les inconvénients inhérents à une modification rétroactive du droit, la Cour suprême des États-Unis a développé au cours des années '60 et '70 la possibilité de rendre des jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs dits *prospective overrulings*. Consciente aussi de la nécessité de permettre par ailleurs à la demanderesse victorieuse et parfois à des personnes se trouvant dans des situations semblables d'obtenir justice, elle a de plus développé des cas de *selective prospectivity* dans lesquels elle leur a permis de bénéficier de la rétroactivité du jugement. Ces pratiques n'ont apparemment plus cours et la règle serait aujourd'hui redevenue celle de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité. À ce sujet, voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-2 et 58-3.

⁷⁷ Voir, pour une présentation de la question, Bradley. S. SHANNON, « The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions », (2003) 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 811, 842 et 843: « Apparently because retroactivity again has become the dominant rule [...] some have argued that the issue of the “applicable” rule of law should be separated from the issue of the appropriate remedy ultimately awarded to the prevailing party ».

⁷⁸ Voir Richard H. FALLON, Jr. et Daniel J. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies », (1991) 104 *Harvard Law Review* 1731.

⁷⁹ Voir Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach », (1997) 110 *Harvard Law Review* 1055, 1083; Bradley. S. SHANNON, « The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions », (2003) 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 811, 845.

⁸⁰ John GREABE, « Constitutional Remedies and Public Interest Balancing », (2013) 21 *William & Mary Bill of Rights Journal* 857, 860.

⁸¹ John GREABE, « Constitutional Remedies and Public Interest Balancing », (2013) 21 *William & Mary Bill of Rights Journal* 857, 861.

vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸² qu'aux sanctions d'inconstitutionnalité des lois imposées en vertu du par. 52(1) L.C. 1982⁸³.

En fait, un examen plus attentif permet de réaliser que cette confusion entourant l'utilisation du vocable *remedy* en contexte d'inconstitutionnalité est amplifiée par ce qui semble être l'exceptionnelle polysémie du terme. *Remedy* est employé pour désigner à la fois la simple déclaration d'inconstitutionnalité en vertu du par. 52(1) L.C. 1982⁸⁴, la rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité⁸⁵, la non-rétroactivité d'un jugement

⁸² Voir par exemple *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 60, 61 et 70, où les termes *remedy* et « réparation » sont utilisés à propos du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁸³ Cette utilisation du terme *remedy* dans le contexte d'une sanction d'inconstitutionnalité issue du par. 52(1) de la L.C. 1982 est le fait de la Cour suprême du Canada, dans les versions originales anglaises de ses jugements, et de la doctrine anglo-canadienne. La Cour fait par exemple référence au par. 52(1) de la L.C. 1982 comme à une « remedial provision » ou en français à une disposition régissant « les réparations pouvant être accordées », *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 35. Dans *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, la Cour a analysé les “remedial options under Section 52”, p. 702 et ss. (les « mesures correctives en vertu de l'article 52 » dans la traduction française). Voir aussi *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, par. 100 : « With respect to remedy, Lamer C.J. considered the means available to cure a breach of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. One such remedy involves reading in; another involves the suspension of the declaration for a period of time »; on retrouve les termes « réparation » et « mesure » dans la version française de ce dernier passage. Du côté de la doctrine, Kent Roach, l'auteur anglo-canadien le plus prolifique en matière de sanctions et de réparations constitutionnelles, fait référence aux « Remedies Involving Legislation », Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 14.30, p. 14-1, et aux « Section 52(1) remedies », *id.* Il écrit : « A textual examination of s. 52(1) does not readily reveal the variety of remedies that are available under this section », *id.*, n° 14.40. Voir aussi Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3 et 40-4, qui fait référence aux « remedies » disponibles sous le régime du par. 52(1) de la L.C. 1982.

⁸⁴ Voir *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 36 : « The usual remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* », le terme *remedy* est traduit par “réparation”; *id.*, par. 61: « Section 52(1) provides a remedy for laws that violate *Charter* rights either in purpose or in effect », le terme *remedy* est traduit par “réparation”. Voir aussi Hogg qui décrit « a holding of invalidity as a remedy », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3.

⁸⁵ Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 14.70 : « The Court has recognized that retroactivity is the traditional remedial norm ».

d'inconstitutionnalité⁸⁶, la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité⁸⁷, le *reading in*⁸⁸, le *reading down*⁸⁹ ou encore tout simplement un recours⁹⁰. Ainsi, pour Hogg, un renvoi, une action pour jugement déclaratoire ou encore une exception d'inconstitutionnalité dans un procès civil ou criminel sont des *remedies* qui étaient disponibles pour contester la constitutionnalité d'une loi avant 1982 et qui le demeurent depuis⁹¹.

Cette imprécision sémantique crée une incertitude souvent délétère pour l'analyse des effets dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité, notamment lorsqu'il s'agit de discerner si une intervention judiciaire vise en réalité la portée dans le temps du droit positif nouveau ou encore l'aménagement des droits subjectifs en principe issus de la rétroactivité acceptée de ce dernier.

Ni la sanction d'inconstitutionnalité imposée en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 ni l'interprétation créatrice donnée aux règles constitutionnelles prépondérantes ne sont des *remedies*, des réparations discrétionnaires pour la victime. Il s'agit plutôt, dans l'ordre du droit positif, du régime juridique obligatoire d'une loi jugée incompatible avec la Constitution dans le premier cas et de l'expression de la portée d'une règle de droit à valeur constitutionnelle dans le second.

⁸⁶ Roach présente la possibilité « to provide relief from the retroactive effects of a declaration of invalidity » comme un *remedy* disponible en vertu du par. 52(1) de la L.C. 1982 : Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 14.40. On serait alors en droit de se demander qui est bénéficiaire de cette « réparation ».

⁸⁷ Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 14.40. Voir aussi le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 99, où la Cour présente la suspension prononcée dans *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 comme une « remedial innovation », traduit par « réparation novatrice »; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 56, où la déclaration d'inconstitutionnalité suspendue est décrite comme le « remedy of choice under the circumstances », traduit par « réparation ». On peut se demander ici aussi qui est bénéficiaire de cette « réparation ».

⁸⁸ La Cour écrit dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 49 : « Examples of alternative remedies under s. 52 include severance, reading in and reading down », *remedies* traduit cette fois par « solutions ». Voir aussi Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3 et 40-4.

⁸⁹ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 49. Voir aussi : *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, par. 92; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3 et 40-4.

⁹⁰ Dans l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, le terme *remedy* est parfois traduit par « recours », voir par exemple les par. 34, 59.

⁹¹ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-2.

Rappelons-le, « le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges »⁹². La juge *doit* prononcer le caractère inopérant de la règle de droit incompatible. Il s'agit d'une *sanction* obligatoire. À la rigueur, la seule *réparation* à laquelle on peut procéder en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 est celle de la loi contestée, lorsque le prononcé judiciaire du caractère inopérant d'une exclusion ou d'une inclusion jugée inconstitutionnelle équivaut logiquement à une inclusion ou à une exclusion de cas d'application dans la loi, les fameux « reading in » et « reading down », ce qui a pour effet de la *réparer* constitutionnellement⁹³. Et c'est à cet égard que les juges jouissent d'une certaine liberté d'action dans le cadre d'une déclaration d'inconstitutionnalité à laquelle elles procèdent. Mais on demeure incontestablement dans l'ordre du droit positif. Le par. 52(1) L.C. 1982 nous parle en effet de l'ordonnancement juridique, de l'état du droit positif, de la hiérarchie des normes, fait la part du droit qui est opérant et de celui qui ne l'est pas, du droit qui a préséance et de celui qui doit lui céder le pas.

Peter Hogg, s'il distingue en principe et avec à-propos la *Supremacy clause* retrouvée au par. 52(1) L.C. 1982 de la *Remedy clause* qu'est l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁴, utilise lui aussi le terme *remedy* en lui octroyant des significations diverses. Mais il éclaire peut-être le débat en faisant référence aux *remedies* auxquels peut prétendre celle qui a contesté avec succès la constitutionnalité d'une loi en vertu du par. 52(1) L.C. 1982. En effet, Hogg précise que cette partie victorieuse bénéficiera généralement du prononcé d'inconstitutionnalité en se prévalant tout simplement du droit positif tel que rétroactivement réorganisé par ce prononcé d'inconstitutionnalité, en obtenant par exemple un acquittement suite au prononcé d'inconstitutionnalité de la disposition législative créant l'infraction pour laquelle elle était poursuivie⁹⁵. Le par. 52(1) L.C. 1982 autorise une déclaration d'invalidité, écrit-il, laissant en principe par la suite le champ des réparations individuelles au droit positif reconfiguré par la déclaration d'inconstitutionnalité⁹⁶. En ce sens, les *remedies* du par. 52(1) L.C. 1982 sont donc en réalité et tout simplement les droits subjectifs qui sont reconnus par l'ordre de droit positif *réparé* par le jugement rétroactif d'inconstitutionnalité d'une loi⁹⁷.

⁹² *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 35.

⁹³ Danielle PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) mars (no spécial) *R. du B.* 421.

⁹⁴ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-2 et 40-27.

⁹⁵ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-28. Il aborde les cas dans lesquels « a holding of invalidity is all that the applicant needs in order to obtain an appropriate *remedy* that is available under the general law » (mes italiques), *id.*

⁹⁶ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-3: « [S.] 52(1) appears to authorize only a holding of invalidity, leaving it to the general law to authorize the particular remedy ».

⁹⁷ Hogg évoque la possibilité de recourir au par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les seuls cas où le droit objectif rétroactivement modifié par la déclaration d'inconstitutionnalité faite en vertu du par. 52(1) de la L.C. 1982 ne fournirait pas de

Revenons à l'arrêt *Hislop*. À la lumière de ces considérations, on serait tenté de conclure que la discussion qu'on y retrouve de la possibilité de non-rétroactivité dans les jugements d'inconstitutionnalité traite du réaménagement du droit positif auquel ils donnent lieu et non pas de la question distincte de la reconnaissance relative des droits subjectifs qui devraient normalement en découler. La Cour semble en réalité y accepter que les droits à l'égalité des conjoints de même sexe en matière de pensions, quoique se rattachant à une disposition constitutionnelle en vigueur depuis 1985, ne sont nés qu'ultérieurement, avec le jugement de la Cour qui les a reconnus dans l'affaire *M. c. H.* rendue en 1999⁹⁸, et que ce dernier jugement n'a en fait donné lieu à de nouvelles obligations constitutionnelles pour l'État que pour l'avenir⁹⁹. La Cour écrit ne pas pouvoir accéder à la demande de Hislop de «déclarer qu'en 1985 l'état du droit correspondait à celui issu de l'interprétation de ces droits à ce jour»¹⁰⁰, une demande pourtant fondée sur la conception classique de la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité. La temporalité qui intéresse la Cour concerne donc, dans l'ordre du droit positif, l'interprétation non-rétroactive des droits à l'égalité reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard des conjoints de même sexe en matière de prestations étatiques. Il est remarquable qu'elle ait dû, pour en arriver à ce résultat, affirmer que l'arrêt *M. c. H.*¹⁰¹ avait donné lieu à une «réparation uniquement pour l'avenir»¹⁰², alors que rien dans ce dernier arrêt n'indiquait une telle conclusion, et qu'au contraire il avait été compris comme un simple jugement d'inconstitutionnalité normalement rétroactif mais assorti d'une suspension¹⁰³. Par ailleurs, à propos de la non-rétroactivité, la Cour souligne l'importance qu'une cour de justice détermine parfois à quel moment précis opérera le changement dans le droit apporté par le jugement d'inconstitutionnalité, et ce afin de protéger les intérêts de celles et ceux, y compris les législatures, qui se sont fiés à l'état antérieur du droit¹⁰⁴. La Cour reconnaît par

réparation appropriée à la partie victorieuse. Il écrit: « Section 24(1) is needed only where a remedy provided by the general law is not available for some reason, or will not provide satisfactory redress », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-28. La Cour suprême a fait référence à une telle possibilité dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 63 : « La jurisprudence de notre Cour permet d'associer une réparation fondée sur le par. 24(1) à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) dans les cas exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur ». Sur la question particulière des exemptions à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité, que l'on considère parfois comme des réparations au sens du par. 24(1), voir *infra*, 2.3.2.

⁹⁸ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁹⁹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

¹⁰⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

¹⁰¹ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

¹⁰² *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116 : « Par contre, dans l'affaire *M. c. H.*, une réparation uniquement pour l'avenir n'était pas sans effet », « a purely prospective remedy » dans la version originale anglaise.

¹⁰³ Voir la discussion de la décision *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, *infra*, 2.2.3.

¹⁰⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 103.

exemple dans son examen de la métaphore de l'arbre vivant qu'il est opportun, dans certains cas, que « la nouvelle règle ou la nouvelle interprétation d'un principe juridique s'applique à compter d'un moment déterminé [par le tribunal]»¹⁰⁵, ce qui démontre encore une fois qu'elle s'intéresse à l'impact du par. 52(1) L.C. 1982 sur le droit objectif. C'est donc sur la possibilité qu'une déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité et que la norme constitutionnelle nouvelle qui la fonde ne soient pas rétroactives que s'interroge la Cour dans son étude des « *s. 52(1) remedies* »¹⁰⁶, et qu'elle développe des critères devant guider une décision judiciaire d'en modifier ainsi la temporalité normale¹⁰⁷. Dès lors, quand elle énonce que Hislop réclame « *a fully retroactive remedy* »¹⁰⁸, elle fait référence au fait que ce dernier souhaite en réalité se prévaloir de la rétroactivité de l'interprétation judiciaire des droits à l'égalité et ainsi du droit objectif rétroactivement modifié par la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions législatives¹⁰⁹. Et, fait remarquable, l'expression « *prospective remedy* »¹¹⁰ qu'utilise la Cour renvoie donc dans ce contexte et paradoxalement à une déclaration d'inconstitutionnalité non-rétroactive qui laisse la partie victorieuse *sans* réparation individuelle, puisqu'elle ne peut en principe se prévaloir du jugement d'inconstitutionnalité, ce dernier ne régissant que les situations à venir.

Si l'interprétation la plus plausible de l'arrêt *Hislop* est qu'il porte sur une éventuelle non-rétroactivité de la modification de l'ordonnancement juridique opérée par le jugement d'inconstitutionnalité, un doute demeure cependant. D'autres indices peuvent mener à conclure que la Cour fait plutôt référence à une possible marge de manoeuvre dans la reconnaissance des droits subjectifs devant normalement découler d'une inévitable rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité. Des expressions telles que « réparations pouvant faire suite à une déclaration de nullité »¹¹¹ ou encore « restreindre la portée d'une

¹⁰⁵ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 95.

¹⁰⁶ L'expression « *s. 52(1) remedies* » est notamment utilisée dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 83.

¹⁰⁷ C'est aussi, semble-t-il, la compréhension de Peter Hogg : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-3 et suiv.

¹⁰⁸ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 78, traduit par « une réparation entièrement rétroactive ».

¹⁰⁹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 78, passage précité *supra*, à la note 67; *id.* par. 79 : « Les appelants prétendent qu'une déclaration de nullité leur donne droit au bénéfice de la loi dans son intégralité, selon une interprétation de la Constitution qui est réputée n'avoir jamais varié », ce dernier passage se lit ainsi dans le texte original anglais de la décision : « As a consequence of the declaration of nullity, the appellants claim that they are entitled to the full benefits of the law, in conformity with an understanding of the Constitution, which is deemed to have never changed ».

¹¹⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 78 : « Nous estimons qu'il y a lieu d'accorder en l'espèce une réparation pour l'avenir »; « une réparation pour l'avenir », « *prospective remedy* » dans le texte original anglais.

¹¹¹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par 80 : « remedies which may flow from a declaration of nullity ».

déclaration de nullité et [accorder] une réparation pour l'avenir »¹¹² se retrouvent aussi dans le jugement et entretiennent quand même une certaine ambiguïté. De plus, on doit mentionner que la Cour a par ailleurs et *de facto* reconnu dans ce même jugement une certaine rétroactivité à la reconnaissance de l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination, puisqu'elle a déclaré l'inconstitutionnalité rétroactive d'une autre disposition aussi contestée par Hislop sur le fondement de ce motif¹¹³. Finalement, l'exigence que la pondération des divers facteurs devant guider la décision de limiter ou non la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité doive se réaliser à la lumière des faits de l'espèce¹¹⁴ et le caractère apparemment subjectif et discrétionnaire de l'exercice¹¹⁵ semblent plus compatibles avec le traitement de réparations individuelles qu'avec la détermination du champ d'application d'ensemble d'un droit positif nouveau.

L'équivoque caractérise les propos de la Cour sur l'objet des atténuations qu'elle souhaite permettre à l'égard de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité. Il est difficile d'établir avec certitude si elle se préoccupe de la temporalité du droit objectif modifié par la déclaration d'inconstitutionnalité ou si, en acceptant l'inévitable rétroactivité, elle ne considère pas plutôt la possibilité de moduler la reconnaissance des droits subjectifs qui devraient normalement en découler. La preuve ultime en est le rapprochement qu'établit la Cour entre la revendication de prestations étatiques inconstitutionnellement refusées par une loi, fondée sur le par. 52(1) L.C. 1982, et une demande de dommages-intérêts présentée contre le gouvernement, fondée celle-là sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour l'adoption d'une loi jugée inconstitutionnelle suite à un revirement jurisprudentiel¹¹⁶. Dans ce dernier cas, selon la Cour, une immunité restreinte fait en sorte que la demande est généralement refusée, pour des considérations de bonne foi et d'efficacité de l'action gouvernementale¹¹⁷. Elle estime que ces mêmes considérations

¹¹² *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80: « limiting the retroactive effect of a declaration of nullity and [of] fashioning prospective remedies in appropriate circumstances ».

¹¹³ Il s'agissait de la disposition qui limitait l'admissibilité aux prestations de conjoints survivants aux seuls conjoints homosexuels devenus conjoints survivants le 1^{er} janvier 1998 ou après. La Cour accepte en effet la prétention selon laquelle « le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé après le 17 avril 1985 devrait être admissible à la pension de survivant », *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 6; voir aussi les par. 34-55.

¹¹⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 107 : « Une fois remplie la condition première, soit la « modification fondamentale » de la règle de droit, il peut alors convenir de limiter la portée rétroactive de la réparation à l'issue d'une *mise en balance* de ces autres éléments, toujours selon les faits en l'espèce ».

¹¹⁵ On fait référence à l'*opportunité* d'apporter des limites à la rétroactivité : *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 104, ou encore au caractère *approprié* de l'exercice, selon les cas : *id.*, par. 105.

¹¹⁶ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102 et 103.

¹¹⁷ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102. La Cour écrit : « Lorsque, par suite d'un revirement jurisprudentiel, une disposition législative est jugée

s'appliquent lorsqu'il s'agit de réclamer non pas des dommages-intérêts mais bien des prestations niées par des dispositions législatives jugées discriminatoires suite à un revirement jurisprudentiel¹¹⁸. Elle ajoute : « Peu importe que l'art. 52 ou le par. 24(1) soit invoqué à l'appui, on peut y voir une demande d'indemnité pour la portée trop limitative de la loi »¹¹⁹. Alors que l'on a traditionnellement insisté sur le caractère discrétionnaire de la réparation accordée à un individu dans l'ordre des droits subjectifs et sur le fait que le par. 52(1) L.C. 1982 impose la suprématie constitutionnelle dans l'ordre du droit positif et « ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges »¹²⁰, l'amalgame auquel procède la Cour n'éclaire pas la réflexion sur la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité.

La Cour refusera finalement les prestations réclamées par Hislop. Il n'est pas clair que ce soit parce qu'elle a considéré que le droit des conjoints de même sexe à des prestations étatiques n'était pas rétroactif, ou encore parce qu'elle a estimé que, malgré cette rétroactivité acceptée, il était inopportun de reconnaître en l'espèce les droits subjectifs en découlant. Elle conclura laconiquement que « le droit applicable aux réparations constitutionnelles [faisait] obstacle à l'octroi de la réparation rétroactive demandée par le groupe Hislop »¹²¹.

Malgré cette ambiguïté conceptuelle, ou peut-être grâce à elle, l'examen critique de l'arrêt *Hislop* permet la mise en lumière de l'importance de la distinction entre le droit objectif et les droits subjectifs, autant pour l'intelligence de la rétroactivité et du caractère immédiatement exécutoire des jugements d'inconstitutionnalité que pour celle des limites que la jurisprudence leur a à l'occasion apportées.

Les principes acceptés de temporalité des jugements d'inconstitutionnalité qui feront l'objet de mesures d'atténuation sont donc les suivants. Le jugement d'inconstitutionnalité modifie rétroactivement l'ordonnement du droit positif de deux façons : il déclare qu'une loi était inopérante *ab initio* et donne par interprétation une signification à la norme constitutionnelle que l'on doit considérer avoir toujours été. Les droits subjectifs issus de ce droit objectif rétroactivement modifié sont disponibles à l'avenant.

inconstitutionnelle, il ne convient généralement pas d'imposer une responsabilité civile au gouvernement », *id.*

¹¹⁸ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102 *in fine* : « Les mêmes principes s'appliquent à une demande de prestations rétroactives fondée sur l'art. 15 de la Charte ».

¹¹⁹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 102 *in fine*. Elle conclut sur cette question, au par. 114 *in fine* : « Lorsque le gouvernement s'est raisonnablement fondé sur une règle de droit inconstitutionnelle en s'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour, l'invalidation subséquente de cette règle de droit est moins susceptible de conférer le droit à une réparation rétroactive ».

¹²⁰ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 35.

¹²¹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 118. « [T]he retroactive relief sought by the Hislop class is unavailable under the law applicable to constitutional remedies ».

Ainsi, chacune pourra en principe se prévaloir des droits qui sont reconnus par l'interprétation des normes constitutionnelles, et ce même à l'égard de faits antérieurs au jugement d'inconstitutionnalité ayant donné lieu à cette interprétation. Ces droits pourront dès lors être invoqués même dans des procédures intentées avant le jugement qui les a développés. Le juge Mackin a ainsi pu contester avec succès une mesure législative en s'autorisant des aspects de l'indépendance judiciaire élaborés dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*¹²² pourtant rendu après le début de ses propres procédures¹²³. Nombre d'accusées ont pu se prévaloir de l'interprétation judiciaire créatrice donnée au droit d'être jugé dans un délai raisonnable dans les arrêts *Askov*¹²⁴ puis *Jordan*¹²⁵, alors que les poursuites dont elles faisaient l'objet étaient déjà engagées au moment de ces jugements.

La demanderesse victorieuse trouvera en général justice dans ces droits subjectifs issus de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité¹²⁶. Ainsi, monsieur Appunolapa a pu bénéficier du jugement d'inconstitutionnalité rétroactive de certaines dispositions de la loi sur l'immigration puisque la Cour a renvoyé les accusations le concernant au tribunal de première instance afin qu'il soit jugé en vertu d'un droit objectif expurgé de ses vices constitutionnels par le jugement de la Cour¹²⁷. De même, l'acquittement initial de monsieur Smith a été confirmé par la Cour en application de son jugement d'inconstitutionnalité rétroactive des dispositions législatives en vertu desquelles il avait été poursuivi¹²⁸.

De plus, on l'a vu, le jugement d'inconstitutionnalité produisant en principe ses effets dès qu'il est prononcé, les droits subjectifs issus de la rétroactivité du jugement sont dès lors immédiatement exigibles.

Afin de comprendre la liberté concrètement exercée par la Cour à l'égard des effets dans le temps des jugements d'inconstitutionnalité, on abordera successivement les jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs et les jugements d'inconstitutionnalité suspendus. À l'occasion de jugements d'inconstitutionnalité, les juges peuvent en effet rendre des conclusions non-rétroactives (2.2.), ou encore reportées dans le temps (2.3.). Dans chaque cas, une considération particulière des impacts de la décision sur les droits subjectifs pourra être requise. On verra en effet que si le report dans le temps de conclusions d'inconstitutionnalité ou encore leur non-rétroactivité portent sur la réorganisation du

¹²² *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3.

¹²³ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13 (ci-après : « *Mackin* »). Voir *infra*, 2.2.4. pour une discussion de cette affaire.

¹²⁴ *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

¹²⁵ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27.

¹²⁶ Voir *supra*, le texte accompagnant la note 97.

¹²⁷ *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59.

¹²⁸ *R. c. Smith*, 2015 CSC 34.

droit objectif opérée par le jugement, la Cour y a souvent adjoint des mesures particulières de protection à l'égard de certains droits subjectifs. Alors que certains propos de la Cour dans *Hislop* semblent accepter une réduction des droits subjectifs issus de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité comme moyen de réduire les impacts de cette dernière, des droits subjectifs ont au contraire été protégés dans les cas où la Cour a dans les faits reporté des conclusions d'inconstitutionnalité ou encore élaboré des conclusions d'inconstitutionnalité non-rétroactives. On ne doit pas confondre la non-rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité et le report de ses effets dans le temps. Les deux mécanismes peuvent à l'occasion être jumelés : un jugement non-rétroactif peut faire l'objet d'un report dans le temps. Mais, en principe, la suspension (ou report) ne modifie pas le caractère rétroactif du jugement qui devrait à terme produire tous ses effets, y compris ses effets rétroactifs¹²⁹.

2.2. Des jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs

La Cour a formellement reconnu dans l'arrêt *Hislop* le pouvoir des cours de justice de déroger au principe de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité¹³⁰.

La non-rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité entraîne de graves conséquences à l'égard des droits des personnes les plus directement concernées. Or l'étude des rares exemples où la Cour a choisi cette temporalité, des critères qu'elle a élaborés pour ce faire et de l'occasionnelle protection des droits subjectifs à laquelle elle a procédé laissent malheureusement l'impression d'un regrettable flou.

2.2.1. Considérations générales

La rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité intéresse deux conclusions : l'élaboration de la norme constitutionnelle prépondérante et l'inconstitutionnalité, donc le caractère inopérant de la règle de droit jugée incompatible avec cette norme. Une décision de rendre un jugement non-rétroactif peut donc théoriquement porter sur l'une ou l'autre de ces conclusions. Logiquement, la non-rétroactivité de la norme constitutionnelle devrait cependant entraîner la non-rétroactivité de la conclusion d'inconstitutionnalité de la règle de droit jugée incompatible, cette incompatibilité ne pouvant qu'être le fait de deux normes concomitantes¹³¹. Il ne faudra donc pas se surprendre que les rares cas de non-rétroactivité

¹²⁹ Voir, dans le même sens Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-11 : « A suspended declaration of invalidity is not to be confused with a prospective ruling. A suspended declaration of invalidity is delayed in coming into force, but if and when it comes into force it has the normal retroactive effect of a court order. It operates to invalidate the unconstitutional statute from the time of its enactment ».

¹³⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 80.

¹³¹ Voir cependant l'approche singulière de la Cour sur cette question dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, discutée *infra*, parties 2.2.3. et 2.2.4.

retrouvés dans la jurisprudence discutent au premier chef de la temporalité de la norme constitutionnelle prépondérante.

Sans atténuation, la non-rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité va donc en principe comme suit : la norme constitutionnelle élaborée dans le jugement ne vaut que pour l'avenir, n'est applicable qu'aux situations factuelles qui se produiront postérieurement au jugement qui l'énonce. C'est donc au jour du jugement seulement que la règle de droit contestée devient inconstitutionnelle et inopérante.

2.2.2. Les critères élaborés dans l'arrêt *Hislop*

Après avoir sommairement reconnu dans l'arrêt *Hilsop* le principe de la rétroactivité des déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité¹³², la Cour y a formellement mais tout aussi laconiquement affirmé qu'une cour de justice a néanmoins le pouvoir d'atténuer cette rétroactivité et a élaboré un test pour ce faire. La Cour ne traite à cet égard ni d'habilitation ni de limite constitutionnelle. Elle associe la possibilité de décisions constitutionnelles non-rétroactives à la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire de création de droit. Selon la Cour, la chose est simple : lorsqu'une cour de justice élabore une règle de droit nouvelle ou modifie une règle existante, elle se retrouve en marge du modèle de la théorie déclaratoire et se pose alors la question d'une possible discrétion dans l'application temporelle de sa décision¹³³. La Cour considère que sa pratique antérieure démontre l'existence d'un tel pouvoir et que la seule question qui se pose dès lors est de savoir « pour quels motifs et de quelle manière [le tribunal] peut statuer ainsi [accorder une réparation pour l'avenir] ou restreindre la portée rétroactive de ses décisions en matière constitutionnelle »¹³⁴.

La Cour reconnaît ainsi en toutes lettres et pour la première fois dans l'arrêt *Hislop* l'existence d'un pouvoir judiciaire de rendre des jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs. Plus précisément, la Cour fait référence à la possibilité de rendre des jugements d'inconstitutionnalité qui soient non-rétroactifs ou encore d'en tempérer les effets rétroactifs¹³⁵.

Le critère élaboré par la Cour pour la détermination de l'à-propos de ce faire exige comme condition première l'existence d'une modification fondamentale du droit apportée par le

¹³² Alors que le juge Bastarache y reconnaît expressément ce principe de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité : *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 140, la majorité de la Cour dans cette affaire n'y fait qu'indirectement allusion, par exemple aux par. 78 à 80.

¹³³ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par 86.

¹³⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 96, "The question is no longer the legitimacy of prospective remedies, but rather when, why and how judges may rule prospectively or restrict the retroactive effect of their decisions in constitutional matters", dans la version originale anglaise.

¹³⁵ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 96.

jugement constitutionnel¹³⁶. Selon les circonstances, une « rupture nette avec le passé », la définition du contenu d'une norme constitutionnelle ou encore de son champ d'application peuvent justifier la non-rétroactivité¹³⁷. Il s'agit d'une condition nécessaire mais cependant non-suffisante¹³⁸. On compte ensuite, parmi les facteurs pertinents, le fait que le gouvernement se soit fié raisonnablement et de bonne foi à l'état antérieur du droit¹³⁹, la question de l'équité de la non-rétroactivité à l'égard des parties¹⁴⁰, et celle de l'impact de la rétroactivité sur le rôle constitutionnel des parlements et des gouvernements démocratiques dans la répartition des ressources publiques¹⁴¹. La Cour estime que cette pondération de facteurs peut parfois mener à une sanction d'inconstitutionnalité qui vise plus à orienter les actions étatiques futures qu'à corriger les violations constitutionnelles passées¹⁴². On ne peut taire ici que les intérêts étatiques sont une fois encore considérés dans la détermination de la temporalité du jugement d'inconstitutionnalité, eux qui l'ont largement été dans l'analyse du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés¹⁴³. Mais l'objet de cette considération diffère : l'État cherche dans le débat fait en vertu de l'article premier à établir le caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés, alors qu'il tentera à l'étape de la discussion des sanctions d'expliquer les contraintes trop lourdes et les conséquences déstabilisantes qu'imposerait la rétroactivité de la conclusion d'inconstitutionnalité.

La Cour précise que cette pondération de critères doit se faire à la lumière des faits particuliers d'une espèce¹⁴⁴. L'affirmation est déconcertante, dans la mesure où la Cour prétend établir « le moment où la règle de droit a changé »¹⁴⁵, le moment à compter duquel la nouvelle règle s'applique¹⁴⁶. On voit mal en quoi les faits particuliers d'une espèce

¹³⁶ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 99. La Cour ayant en principe limité la possibilité de moduler la rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité aux seuls cas marqués par une telle modification du droit, l'imposition de la sanction d'inconstitutionnalité, si elle constitue indéniablement une modification on ne peut plus drastique du droit, ne peut certes pas être considérée à cet égard comme une modification donnant ouverture à la non-rétroactivité, sauf à y faire entrer par le fait même tous les jugements d'inconstitutionnalité.

¹³⁷ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 99.

¹³⁸ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 99.

¹³⁹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 100.

¹⁴⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 100.

¹⁴¹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 100.

¹⁴² *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 117.

¹⁴³ Roach écrit, à propos de ce test proposé par la Cour pour décider de la temporalité du jugement d'inconstitutionnalité : « Most of these factors relate to concerns about the role of the government and concerns about effective government », Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 3.940.

¹⁴⁴ La Cour fait référence à une pondération des facteurs devant toujours être réalisée « selon les faits de l'espèce », *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 107 (« This balance must be struck on a case-by-case basis » dans la version originale anglaise).

¹⁴⁵ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 103.

¹⁴⁶ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 95.

devraient déterminer la temporalité d'un état de droit objectif nouveau généré par un jugement d'inconstitutionnalité¹⁴⁷.

L'approche proposée est essentiellement contingente et pragmatique. La Cour affirme que la non-rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité peut être déterminée lorsque opportune ou appropriée¹⁴⁸. Il est étonnant de voir autant de latitude acceptée pour l'élaboration d'une décision qui devrait en principe appeler plus de rigueur, soit la détermination du moment d'application d'une règle constitutionnelle nouvelle et d'un nouveau droit objectif corrigé de ses anciennes imperfections constitutionnelles. On ne peut s'empêcher d'entendre encore une fois l'écho des propos d'Oliver Wendell Holmes selon lesquels la vie du droit relève de l'expérience bien plus que de la stricte logique¹⁴⁹.

2.2.3. De rares exemples de non-rétroactivité

Malgré l'affirmation de la Cour selon laquelle elle a déjà et souvent limité le caractère rétroactif d'une déclaration d'inconstitutionnalité¹⁵⁰, les exemples concrets de jugements constitutionnels non-rétroactifs sont relativement rares¹⁵¹.

L'arrêt *M. c. H.*¹⁵² requiert ici une attention particulière, en ce qu'il a initialement été compris comme étant normalement rétroactif mais a ultérieurement été interprété par son auteure, la Cour suprême du Canada, comme ne l'étant pas. La Cour y a déclaré que la disposition de la loi ontarienne sur le droit de la famille qui refusait le droit à une pension alimentaire aux conjoints de même sexe violait les droits à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour reconnaissait ainsi à la majorité, expressément et pour la première fois, que l'orientation sexuelle constituait un motif interdit de discrimination au sens de cette *Charte*. La disposition a été jugée inconstitutionnelle mais l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité a été suspendu pour une période de six mois¹⁵³. À défaut d'autres indications dans le texte du jugement, on devait normalement en conclure qu'il s'agissait d'un jugement d'inconstitutionnalité rétroactif, quoique assorti de cette suspension. Or, près de huit ans plus tard, dans l'arrêt *Hislop*, la Cour suprême a décrit

¹⁴⁷ Voir *supra*, 2.2.1., sur l'imprécision entourant l'objet de cette atténuation de la non-rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité. On l'a dit, dans le contexte de cette affaire *Hislop* où le terme *remedy* souvent associé à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est omniprésent, le doute subsiste, on se demande encore si on y discute vraiment de la mise en place d'un nouveau droit objectif d'application générale ou si on ne songe pas plutôt à une réparation individuelle ponctuelle et circonstanciée.

¹⁴⁸ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 96.

¹⁴⁹ « The life of the law has not been logic: it has been experience », Oliver WENDELL HOLMES JR., *The Common Law*, Boston, Little Brown and Company, 1923, p. 1.

¹⁵⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 88.

¹⁵¹ On ne discutera ici que les cas de non-rétroactivité, et non les cas plus nombreux de suspension qui seront vus *infra*, 2.3.

¹⁵² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

¹⁵³ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 152. Voir *infra*, 2.3. sur la question des suspensions.

M. c. H. comme ayant octroyé une « réparation uniquement pour l'avenir »¹⁵⁴. Selon la Cour, *M. c. H.* a défini les obligations constitutionnelles de l'État, mais ce dernier arrêt « ne confère pas de droit automatique à toute prestation publique qui aurait pu être versée si notre Cour avait toujours interprété la Constitution comme elle le fait désormais »¹⁵⁵. La Cour a donc étonnamment lu *M. c. H.* comme ayant mis en place une définition des droits à l'égalité ne valant que pour l'avenir, comme guide à l'action de l'État et non pas en vue de réparer des injustices passées. C'est semble-t-il la compréhension qu'avait aussi retenue le législateur ontarien qui a adopté, pendant la période de suspension annoncée dans *M. c. H.*, une loi visant à protéger, mais pour l'avenir seulement, les droits des couples homosexuels¹⁵⁶. Madame M., partie victorieuse dans cette affaire constitutionnelle, n'a donc retiré aucun avantage concret, ni du jugement ni de la loi qui lui a donné suite, ses faits leur étant par définition antérieurs¹⁵⁷. On peut légitimement se demander ce qui serait advenu en l'absence d'intervention législative pendant la période de suspension. Le plein effet rétroactif du jugement se serait réalisé, de telle sorte que madame M. et bien d'autres auraient pu en bénéficier ? Ou encore cette interprétation plus tard dite non-rétroactive des droits à l'égalité aurait-elle donné lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité elle aussi non-rétroactive ? Le parlement compétent étant intervenu, on ne peut que spéculer sur la question. Mais quoiqu'il en soit, la conclusion singulière et incontournable est que, depuis *Hislop*, on doit considérer que *M. c. H.* est un exemple de jugement d'inconstitutionnalité non-rétroactif¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116. « [A] purely prospective remedy » est l'expression utilisée et soulignée dans la version originale anglaise.

¹⁵⁵ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

¹⁵⁶ *Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H. Act*, S.O. 1999, c. 6. Voir *infra*, 2.3.3. sur l'impact des lois adoptées en réponse à un jugement d'inconstitutionnalité pendant la période de suspension annoncée.

¹⁵⁷ On doit cependant noter qu'en l'espèce M avait conclu avec son ex-conjointe un règlement sur les questions financières avant l'audition de la cause devant la Cour (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 18), qui a écrit au par. 43 : « Les parties originaires n'ont donc plus d'intérêt acquis quant à l'issue du litige, et pour elles, le pourvoi est théorique ». La Cour a noté en ces termes, dans l'arrêt *Hislop*, que l'arrêt *M. c. H.* avait quand même donné lieu à des effets considérables : « L'arrêt de notre Cour a entraîné au pays la modification sur une vaste échelle des lois fédérales et provinciales afin de reconnaître le droit des conjoints de même sexe aux différentes prestations publiques. Qui plus est, il a favorisé une conception nouvelle du droit à l'égalité et à la dignité humaine des conjoints de même sexe. Nul ne peut prétendre qu'il leur a accordé une victoire à la Pyrrhus », *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

¹⁵⁸ Juratowich écrit : « The practical result was that the holding in *M v H*, by virtue of its temporary suspension and the consequent legislation approved in *Hislop*, was given limited temporal effect », Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 208. Dans le même sens: Robert LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 108 : « While on its face *Hislop* addresses the remedial law from 2000, the judgment effectively characterizes the Court's major decision from 1999 [*M. c. H.*] as prospective ». Il demeure que l'arrêt *Hislop*, n'étant pas exempt de certaines contradictions, a quand même considéré rétroactive

La Cour a *de facto* prononcé un jugement en partie non-rétroactif dans l'arrêt *Hislop*. La réclamation des pensions de conjoint survivant intégralement dûes selon *Hislop* pour une période antérieure au jugement se fondait en réalité sur l'interprétation jurisprudentielle ayant inclus dans *M. c. H.* l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination interdits par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵⁹. *Hislop* prétendait que cette interprétation devait rétroagir à 1985, soit l'année de l'entrée en vigueur des droits à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est sur ce fondement qu'était contestée une disposition législative qui limitait à douze mois les prestations dûes au moment du dépôt d'une demande. Estimant que la jurisprudence ayant reconnu l'inconstitutionnalité de l'exclusion des conjoints de même sexe du droit à certaines pensions avait apporté une modification fondamentale dans le droit¹⁶⁰, et après avoir pondéré les facteurs pertinents qu'elle venait d'énoncer¹⁶¹, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'accorder la « réparation constitutionnelle rétroactive » selon elle réclamée par *Hislop*, et a décidé qu'elle n'avait donc pas à se prononcer sur la validité de la disposition contestée¹⁶². Il semble donc que la Cour ait en partie refusé dans cette affaire la rétroactivité de l'interprétation ayant donné lieu aux droits à l'égalité pour les conjoints de même sexe en matière de pensions. On doit remarquer que ce qu'elle a dit être le refus d'octroyer la réparation constitutionnelle rétroactive demandée par *Hislop*¹⁶³, ou encore la décision de n'accorder qu'une réparation constitutionnelle non-rétroactive, correspond concrètement dans son cas à une absence totale de réparation pour une période de temps antérieure au jugement.

Les effets dans le temps du *Renvoi relatif à la rémunération des juges* sont à tout le moins complexes¹⁶⁴. Mais une des conclusions qu'on y retrouve est clairement non-rétroactive. La Cour y a interprété l'indépendance judiciaire constitutionnellement protégée de manière à y inclure l'exigence de commissions de la rémunération des juges qui soient indépendantes, efficaces et objectives. Considérant l'effet déstabilisant de cette nouvelle contrainte pour l'administration de la justice, la Cour a précisé, suite à une nouvelle audition, que l'exigence

l'interprétation des droits à l'égalité donnée dans *M. c. H.* aux fins de déclarer inconstitutionnelle la disposition de la loi contestée qui limitait l'admissibilité aux seuls conjoints de même sexe devenus survivants après le 1^{er} janvier 1998 : voir *supra*, texte accompagnant la note 113.

¹⁵⁹ Pour la reconnaissance progressive de ce motif analogue par la Cour, voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 55-80 et suiv.

¹⁶⁰ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 110 et 111.

¹⁶¹ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 112 à 117.

¹⁶² *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 118.

¹⁶³ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 119.

¹⁶⁴ On y prononce en effet la suspension d'une interprétation constitutionnelle non-rétroactive (voir *infra*, 2.3.2., sur la question de la suspension), mais on y élabore néanmoins une conclusion d'inconstitutionnalité rétroactive, voir *infra*, 2.2.4.

constitutionnelle de ces commissions ne s'appliquerait que pour l'avenir, et ce non pas immédiatement mais à l'expiration d'un délai de transition¹⁶⁵.

La Cour a donc renoncé ici à la rétroactivité de la nouvelle norme d'indépendance judiciaire. Dans le même contexte délicat de l'indépendance judiciaire et de la rémunération des juges, alors cependant que l'exigence constitutionnelle des commissions était bel et bien en vigueur, la Cour a récemment refusé dans *Conférence des juges de paix magistrats du Québec* de prononcer l'inconstitutionnalité d'un ensemble de décrets pourtant logiquement touchés par la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité. La Cour a tout simplement estimé que la réparation demandée à cet égard était « exagérée »¹⁶⁶.

Les deux autres décisions de la Cour considérées comme ayant élaboré une conclusion non-rétroactive en matière constitutionnelle avaient été rendues dans le contexte de demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans lesquelles la suprématie constitutionnelle sur des règles de droit n'était pas en jeu. En 1990, dans *Brydges*¹⁶⁷, la Cour a inclus dans le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat une obligation faite aux policiers de mentionner la possibilité de recourir à l'aide juridique ou encore à un avocat de garde. Après avoir reconnu le changement dans le droit apporté par sa décision, la Cour a précisé que la présentation de cette nouvelle information ne serait constitutionnellement requise que 30 jours après le

¹⁶⁵ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmeçic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18.

¹⁶⁶ La Cour a en effet rejeté dans *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, la prétention fort logique des appelants selon laquelle la rétroactivité de la sanction exigeait que « toute action gouvernementale fondée sur [les textes de loi invalides] se trouve aussi invalide », COUR SUPRÊME DU CANADA, *Mémoires relatifs à un appel. Mémoire des appelants*, n° 36165, par. 131, en ligne : https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/36165/FM010_Appelant_Conf%C3%A9rence-des-juges-de-paix-magistrats-du-Qu%C3%A9bec.pdf. La Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de certaines dispositions législatives et des conséquences en ayant découlé pendant une certaine période de temps, mais elle a estimé qu'au-delà de cela, « la réparation demandée par les appelants [était] exagérée », au par. 102. Il semble que le Conseil constitutionnel français ait à l'occasion eu recours à un tel motif de « conséquences manifestements excessives » pour différer une déclaration d'inconstitutionnalité ou encore pour en moduler les effets : Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 259.

¹⁶⁷ *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

jugement¹⁶⁸. De même, dans *Feeney*¹⁶⁹, la Cour a estimé que la protection constitutionnelle contre les fouilles et les perquisitions abusives interdisait en principe les fouilles sans mandat dans des résidences privées et modifiait en conséquence les règles de *common law* en vigueur. Elle a précisé, suite à une seconde audition, que cette nouvelle exigence de mandat ne s'appliquerait que pour l'avenir, et ce uniquement après un délai de six mois suivant la date du jugement l'ayant élaborée¹⁷⁰. Dans ces deux dernières décisions, la non-rétroactivité portait sur l'interprétation nouvelle donnée à la norme constitutionnelle prépondérante. On y a aussi reporté dans le temps le caractère exécutoire de ces interprétations nouvelles, autre procédé qui sera abordé plus loin¹⁷¹.

Ces rares exemples de non-rétroactivité concernent donc expressément l'interprétation donnée aux normes constitutionnelles. Dans les cas où ces conclusions sont élaborées dans le contexte de la contestation de la constitutionnalité d'une loi, elles devraient logiquement entraîner une conséquence d'inconstitutionnalité non-rétroactive de cette dernière, l'incompatibilité ne pouvant logiquement qu'être le fait de normes concomitantes. Il s'avère pourtant difficile de confirmer cette hypothèse fort plausible. Dans l'affaire *M. c. H.*, la temporalité de la sanction d'inconstitutionnalité imposée est incertaine. On ne peut que rappeler les pièces du casse-tête. Le libellé du jugement laissait croire que ses conclusions étaient normalement rétroactives. Or le législateur compétent a adopté pendant la période de suspension une loi donnant effet aux exigences énoncées dans le jugement mais pour l'avenir seulement¹⁷², et la Cour a par la suite décidé que l'interprétation donnée aux droits à l'égalité dans *M. c. H.* n'était pas rétroactive¹⁷³. La temporalité d'une sanction d'inconstitutionnalité ne serait donc pas définitivement déterminée par le jugement qui la prononce, mais pourrait étrangement être aussi tributaire des suites législatives et des interprétations judiciaires dont elle peut faire l'objet. Du côté de l'arrêt *Hislop*, la Cour a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition contestée, ayant rejeté ce qu'elle estimait être une demande de réparation rétroactive¹⁷⁴. Seul le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* a rendu une conclusion d'inconstitutionnalité de dispositions

¹⁶⁸ La Cour écrit, dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, 217 : « Avant de conclure, j'estime qu'en raison de l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers relativement aux renseignements à donner dans le cadre de la mise en garde visée à l'al. 10b) [de la *Charte canadienne des droits et libertés*] il convient de fixer une période de transition. Cette période de transition est nécessaire pour permettre aux policiers de remplir adéquatement leur nouvelle obligation et, plus précisément, pour tenir compte de ce que les policiers ont souvent des cartons imprimés dont ils se servent pour lire la mise en garde aux personnes détenues. À mon avis, un délai de trente jours depuis la date du présent jugement laissera aux corps de police suffisamment de temps pour réagir et préparer de nouvelles mises en garde ».

¹⁶⁹ *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

¹⁷⁰ *R. c. Feeney (Demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117.

¹⁷¹ *Infra*, 2.3.

¹⁷² Voir *supra*, note 156.

¹⁷³ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

¹⁷⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 118.

législatives contraires à une interprétation constitutionnelle ne valant que pour l'avenir. La Cour a étonnamment conclu à leur inconstitutionnalité rétroactive¹⁷⁵.

Il n'y a par ailleurs pas eu, à notre connaissance, de jugements dans lesquels, en cas de rétroactivité de l'interprétation donnée à la norme constitutionnelle prépondérante, on a conclu à l'inconstitutionnalité non-rétroactive de la loi contestée¹⁷⁶.

Dans l'affaire *Albashir*^{176A}, une récente décision de la Cour suprême, rendue bien après la conception générale de la présente étude, la Cour semble créer une nouvelle catégorie de déclarations d'inconstitutionnalité non-rétroactives. Il s'agirait des cas où un jugement d'inconstitutionnalité est suspendu et où l'objectif de la suspension « exige par voie de conséquence nécessaire, une déclaration avec effet purement prospectif »^{176B}. De prime abord, le raisonnement surprend. La temporalité de la sanction d'inconstitutionnalité serait ici déterminée *a posteriori*, par l'étude d'un accessoire qui l'assortit, soit la suspension. À suivre.

2.2.4. Des exceptions à la non-rétroactivité

Théoriquement et en soi, l'impact de la non-rétroactivité d'un jugement d'inconstitutionnalité sur les droits subjectifs est considérable. Personne ne peut se prétendre titulaire des droits constitutionnels issus de l'interprétation nouvelle à l'égard de situations antérieures au jugement. De plus, les faits de la partie victorieuse et toute autre situation factuelle semblable antérieure au jugement demeurent régis par une loi pourtant jugée contraire à la Constitution, mais ne devenant formellement inconstitutionnelle et inopérante qu'à compter du jugement¹⁷⁷. Malgré une contestation constitutionnelle fructueuse, la demanderesse ne profite pas de sa victoire. L'équité à l'égard des parties comptant au nombre des critères devant être pondérés au moment de la décision de ne donner qu'un effet non-rétroactif à un jugement d'inconstitutionnalité¹⁷⁸, c'est donc en principe délibérément qu'on prive la demanderesse du bénéfice de ce dernier qu'elle a pourtant elle-même sollicité et obtenu. De plus, à terme, l'intérêt à contester la constitutionnalité des lois risque de s'estomper, faute de bénéfice concret à escompter.

¹⁷⁵ Voir *infra*, 2.2.4.

¹⁷⁶ La Cour a reporté dans le temps les effets de jugements d'inconstitutionnalité rétroactifs, voir *infra*, 2.3. Mais encore une fois, la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité ne doit pas être confondue avec sa non-rétroactivité.

^{176A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{176B} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 46.

¹⁷⁷ Ce caractère inopérant de la loi jugée non-rétroactivement inconstitutionnelle peut de plus être reporté dans le temps, voir *infra*, 2.3.

¹⁷⁸ Voir les facteurs de décision élaborés dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, *supra*, 2.2.2.

Contrairement à l'idée acceptée selon laquelle toute violation d'un droit doit être réparée¹⁷⁹, un postulat voulant qu'une telle violation puisse parfois être tolérée fonde inexorablement la décision de rendre non-rétroactif un jugement d'inconstitutionnalité. On retrouve des considérations de cet ordre dans la réflexion sur les *constitutional remedies* en droit américain¹⁸⁰. Fallon et Meltzer, par exemple, estiment que ces *remedies* ont une fonction double, soit apporter une réparation pour des atteintes aux droits et consolider des valeurs structurelles comme celles sous-tendant la séparation des pouvoirs et la primauté du droit¹⁸¹. Pour ces auteurs, si la protection des intérêts individuels est l'aspect de ces *remedies* le plus familier, s'assurer que le gouvernement agira dans le respect du droit et de la constitution, sans en être la fonction la plus fondamentale, en est certainement la plus inexorable¹⁸². L'interprétation judiciaire des droits constitutionnels est ainsi vue autant sinon plus comme un guide pour l'action étatique que comme une réparation pour des événements passés.

Malgré tout, organiquement animée d'une préoccupation d'équité à l'égard de la partie victorieuse, la Cour peut parfois lui reconnaître le droit de bénéficier d'un jugement d'inconstitutionnalité pourtant dit non-rétroactif. Il s'agit d'une forme d'exception, d'exemption de la non-rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité en faveur de la demanderesse victorieuse. En fait, cette dernière profite alors à titre exceptionnel de ce qui aurait dû être la règle, soit de la rétroactivité du jugement. Par exemple, la Cour a concrètement fait en sorte que Brydges¹⁸³ et Feeney¹⁸⁴ bénéficient de la règle constitutionnelle nouvelle par ailleurs dite non-rétroactive.

La protection des demandeurs (en l'espèce les trois accusés de l'Alberta¹⁸⁵) a pris une forme singulière dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* (nouvelle audition). Après y avoir déterminé que l'interprétation novatrice du droit à un tribunal indépendant ne serait pas rétroactive et ne prendrait même effet qu'un an après le prononcé du

¹⁷⁹ Voir par exemple le propos du juge Lamer dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 196 : « Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la Charte qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution »; voir aussi *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 34 : « Le tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la Charte a l'obligation d'accorder une réparation efficace ».

¹⁸⁰ *Supra*, texte accompagnant les notes 75 et ss.

¹⁸¹ Richard H. FALLON, Jr. et Daniel J. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies », (1991) 104 *Harvard Law Review* 1731, 1787.

¹⁸² Richard H. FALLON, Jr. et Daniel J. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies », (1991) 104 *Harvard Law Review* 1731, 1789.

¹⁸³ La Cour a confirmé dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p.128, l'acquittement du demandeur prononcé en 1^{ère} instance.

¹⁸⁴ Dans *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, p. 71, la Cour a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

¹⁸⁵ Sujit CHOUDHRY et Kent ROACH, « Putting the Past behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, 223.

jugement¹⁸⁶, la Cour a étonnamment déclaré l'inconstitutionnalité rétroactive des dispositions législatives contestées et jugées contraires à ce droit tel qu'interprété dans le jugement¹⁸⁷. Elle a expressément justifié cette rétroactivité par ce qu'elle a présenté comme une pratique selon laquelle « [d]ans les rares cas où [la] Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité »¹⁸⁸. Si les demandeurs victorieux dans cette affaire ont ainsi pu profiter de la rétroactivité du caractère inopérant des dispositions législatives jugées inconstitutionnelles, d'autres aussi ont pu en bénéficier, vu le caractère essentiellement *erga omnes* d'un prononcé d'inconstitutionnalité rétroactive. Considérant la décision de rendre non-rétroactive l'interprétation nouvelle donnée aux normes constitutionnelles dans cette affaire, une déclaration d'inconstitutionnalité elle aussi non-rétroactive, mais assortie d'exemptions à la non-rétroactivité en faveur des demandeurs, aurait peut-être assuré une plus grande cohérence à la décision.

Les demandeurs dans l'affaire *Mackin*¹⁸⁹ ont contesté des dispositions législatives en invoquant l'interprétation du droit d'être jugé par un tribunal indépendant élaborée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*. Les dispositions contestées et les procédures intentées devant les tribunaux dans *Mackin* étaient antérieures à la prise d'effet de cette interprétation constitutionnelle¹⁹⁰. La Cour a décidé que les demandeurs dans cette affaire devaient être autorisés à se prévaloir de la norme constitutionnelle nouvelle au même titre

¹⁸⁶ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)* nouvelle audition, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18, passage précité, *supra*, à la note 165.

¹⁸⁷ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 20 : « Je souligne que le caractère prospectif de l'exigence relative à la rémunération des juges ne modifie pas la rétroactivité des déclarations d'invalidité prononcées ». Hogg souligne aussi le caractère paradoxal de l'exercice : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-3, note 8e.

¹⁸⁸ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)* nouvelle audition, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 20. La Cour a donné comme exemples les décisions *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190 et *R. c. Feeney (Demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117.

¹⁸⁹ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13.

¹⁹⁰ On l'a vu, la Cour avait décidé dans le *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)* nouvelle audition, [1998] 1 R.C.S. 3, que l'interprétation nouvelle du droit d'être jugé par un tribunal indépendant à laquelle elle avait procédé ne serait pas rétroactive et serait même reportée dans le temps (par. 18).

que les demandeurs dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*. Elle a estimé que leur situation était similaire et qu'ils ne devraient pas être pénalisés « sur la seule base de la séquence des événements »¹⁹¹. On a ainsi fait bénéficier les demandeurs de la rétroactivité de la nouvelle norme d'indépendance judiciaire en déclarant l'inconstitutionnalité rétroactive de certaines dispositions législatives les régissant¹⁹². Analysée à la lumière du *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, la décision exprime ainsi une préoccupation d'équité dans l'élaboration d'exceptions à la non-rétroactivité de nouvelles règles constitutionnelles, non seulement à l'égard de la demanderesse victorieuse mais aussi à l'égard des instances en cours¹⁹³.

La Cour a donc été soucieuse de protéger les droits des demanderesse victorieuses et des parties aux instances en cours dans les rares jugements d'inconstitutionnalité dans lesquels elle a élaboré des normes constitutionnelles nouvelles et non-rétroactives. On retrouve une préoccupation semblable dans les procédures françaises de Question prioritaire de constitutionnalité, où la règle étant l'abrogation de la loi jugée inconstitutionnelle, donc la non-rétroactivité, le Conseil constitutionnel a rapidement affirmé le principe d'une nécessaire exception de rétroactivité en faveur de la demanderesse et des instances en cours¹⁹⁴.

L'affaire *Mackin* illustre le fait que la protection de la demanderesse victorieuse par une exception à la non-rétroactivité d'une norme constitutionnelle nouvelle, aussi louable ou nécessaire qu'elle puisse être, soulève cependant un problème d'équité horizontale. Pourquoi ne protéger qu'elle, et non pas des personnes se trouvant dans une situation

¹⁹¹ La Cour écrit : « Une solution similaire est appropriée en l'espèce. Les intimés ont commencé leurs procédures judiciaires avant la décision dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. Il serait injuste de ne pas leur permettre de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité au même titre que les parties dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, sur la seule base de la séquence des événements. [...] Aussi, en toute équité, je suis d'avis que la déclaration d'invalidité doit profiter aux intimés, qui se trouvent, à toutes fins pratiques, dans la même situation que les parties ayant eu gain de cause dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* », *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 76.

¹⁹² *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 74 à 76.

¹⁹³ La Cour a aussi suspendu la déclaration d'inconstitutionnalité mais a exempté les demandeurs de cette suspension : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par 88. Voir *infra*, 2.3. sur les suspensions.

¹⁹⁴ Le 8^e considérant de la Décision Cons. const. 25 mars. 2011, n° 2010-110 QPC est devenu la position de principe du Conseil constitutionnel. La partie pertinente va comme suit : « [E]n principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel », *id.* Voir Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, 66.

semblable¹⁹⁵? La Cour l'a bien exprimé, pourquoi cette prime à celle qui arrive en premier devant la Cour¹⁹⁶? Mais on peut aller plus loin et se demander quel devrait être ce critère de similarité de situation. Être déjà impliquée dans des procédures judiciaires visant à faire reconnaître le même droit ? Être activement dans l'exercice de ce droit, dans sa réclamation? Ce type d'incertitude, ou d'arbitraire, dans la détermination des exceptions équitables à une éventuelle non-rétroactivité de jugements d'inconstitutionnalité compte au nombre des facteurs qui ont mené à l'abandon de cette pratique américaine appelée la *selective prospectivity*¹⁹⁷.

Les nouveaux cas de non-rétroactivité tout récemment créés par la Cour dans l'affaire *Albashir*^{197A} ne seront pas exempts de cette incertitude. La Cour s'y est interrogée sur le régime juridique des infractions commises en vertu de la disposition déclarée non-rétroactivement inconstitutionnelle et ce pendant la période de suspension. Après avoir admis l'incertitude juridique inhérente à la question^{197B}, la Cour a affirmé qu'un arrêt de procédure pourrait théoriquement être ordonné à titre de réparation individuelle au sens de l'article 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard de personnes en mesure de démontrer qu'une déclaration de culpabilité porterait atteinte à leurs propres droits^{197C}. On peut concevoir que ces personnes jouiraient ainsi exceptionnellement de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité du texte créateur d'infraction.

2.2.5. Conclusion

¹⁹⁵ Leckey souligne que ce souci d'une équité horizontale est le propre du droit public : Robert LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 99.

¹⁹⁶ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, passage précité, note 190. Cette question trouve aussi une expression en doctrine, voir Charles SAMPFORD, *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 220 : « Selective prospectivity, which allows courts to apply the new ruling in the case in which it is announced but to make the holding otherwise prospective, is particularly problematic from a fairness / equality perspective because it treats similarly situated litigants differently depending on who gets to the courts first ».

¹⁹⁷ La *selective prospectivity* est cette forme de non-rétroactivité de jugements qui prévoit des exceptions pour la demanderesse ou encore pour d'autres personnes placées dans des situations similaires. Voir par exemple *Harper v. Virginia Dept. Of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), p. 114. Juratowitch écrit: « All forms of prospective overruling other than pure prospective overruling involve arbitrariness in the application of a new legal rule. Arbitrariness is the antithesis of the rule of law »: Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 214.

^{197A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{197B} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 58.

^{197C} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 67.

La pratique de la non-rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité au Canada a été relativement rare et est peut-être en voie de disparition^{197D}.

Il semble que le même phénomène se soit manifesté dans plusieurs juridictions¹⁹⁸. Après une période de *prospective overruling*¹⁹⁹ et de *selective prospectivity*²⁰⁰, la Cour suprême des États-Unis est vraisemblablement revenue à l'orthodoxie de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité²⁰¹. Si le Conseil Privé de Londres a évoqué la possibilité de jugements non-rétroactifs, il n'y a semble-t-il pas eu recours, pas plus d'ailleurs que la Cour suprême britannique²⁰².

On a dit de la pratique canadienne en matière de non-rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité qu'elle ne reposait apparemment sur aucun fondement théorique ou

^{197D} Il faudra bien sûr suivre l'impact de *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48 où la Cour innove en décidant que l'objectif de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité peut en dicter la non-rétroactivité. Voir *supra*, texte accompagnant la note 176A.

¹⁹⁸ Voir par exemple Eva STEINER, « Judicial Ruling with Prospective Effect – from Comparison to Systematisation », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 1, p. 3 : « [W]hilst attempts have been made to introduce prospective effect in appropriate cases, it remains a limited practice across jurisdictions »; elle ajoute, à la p. 20 : « In recent years many jurisdictions have retreated in part from prospective overruling after having introduced it in their judicial practice ».

¹⁹⁹ Voir *supra*, note 13.

²⁰⁰ Voir *supra*, note 197.

²⁰¹ Voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-2 et 58-3.

²⁰² Voir, pour une évocation de la possibilité de jugements non-rétroactifs : *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*, [2005] UKHL 41, par. 40, Lord Nichols : « Instances where this power has been used in courts elsewhere suggest there could be circumstances in this country where prospective overruling would be necessary to serve the underlying objective of the courts of this country: to administer justice fairly and in accordance with the law. There could be cases where a decision on an issue of law, whether common law or statute law, was unavoidable but the decision would have such gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings that this House would be compelled to depart from the normal principles relating to the retrospective and prospective effect of court decisions »; il ajoute, au par. 41: « If, altogether exceptionally, the House as the country's supreme court were to follow this course I would not regard it as trespassing outside the functions properly to be discharged by the judiciary under this country's constitution. Rigidity in the operation of a legal system is a sign of weakness, not strength. It deprives a legal system of necessary elasticity. Far from achieving a constitutionally exemplary result, it can produce a legal system unable to function effectively in changing times. 'Never say never' is a wise judicial precept, in the interest of all citizens of the country ». La Cour suprême britannique a confirmé cette possibilité théorique en 2017 dans *R (on the application of Black) v. Secretary of State for Justice*, [2017] UKSC 81, par. 35.

juridictionnel²⁰³. Pour la Cour, la décision de donner un effet non-rétroactif à un jugement d'inconstitutionnalité en est une d' « opportunité »²⁰⁴. Elle a en effet suggéré à cette fin une pondération de facteurs *ad hoc*²⁰⁵. Encore une fois, la Cour paraît en cela être en phase avec la pratique de bon nombre de juridictions qui semblent procéder d'une façon pragmatique et ponctuelle. Le phénomène transcende la distinction traditionnelle entre les systèmes de droit civil et de *common law*²⁰⁶.

L'incertitude qui règne en matière de temporalité des jugements d'inconstitutionnalité rend nécessaire le recours aux garanties traditionnelles que procure en droit un processus contradictoire et équitable.

Puisque la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité relève de l'orthodoxie en la matière, toute limite à cette temporalité ne devrait en principe être accordée par une cour de justice que suite à une demande motivée. Un clair fardeau de justification devrait être imposé à la partie qui souhaite obtenir une exception au principe de la rétroactivité des jugements. Des considérations d'équité minimale l'exigent. On comprend que la demande viendra en règle générale du gouvernement, qui invoquera des arguments relatifs aux impacts néfastes d'un changement rétroactif dans le droit. Le débat contradictoire devra être tenu. Les tribunaux devront pondérer ces coûts de transition et les avantages évidents d'un changement rétroactif pour la partie victorieuse et toutes les autres placées dans les mêmes circonstances²⁰⁷. Et ils devront nommer, expliquer et justifier un éventuel choix de rendre non-rétroactives certaines conclusions du jugement d'inconstitutionnalité. L'affaire

²⁰³ Lionel SMITH, « Canada: The Rise of Judgments with Suspended Effect », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 247, p. 259.

²⁰⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 96.

²⁰⁵ Voir *supra*, texte accompagnant les notes 132 et ss.

²⁰⁶ Voir la systématisation à laquelle procède Steiner : Eva STEINER, « Judicial Ruling with Prospective Effect – from Comparison to Systematisation », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 1, à la p. 5 : « In fact, the decision as to the backward or forward application of judicial rulings is primarily dependent on the nature and factual circumstances of the case at hand and is mainly based on considerations of convenience or sentiment of justice; and most of the time the outcome of a particular dispute rests on the balancing of the diverse interests involved rather than on a rigorous application of established criteria ».

²⁰⁷ Leckey évoque l'idée d'un fardeau de justification des limites qu'on souhaite apporter à la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité, de la nature de celui imposé à l'égard des limites imposées aux droits : Robert LECKEY, « The Harm of Remedial Discretion », (2016) 14 *International Journal of Constitutional Law* 584, pp. 606, 607. Roach suggère aussi avec à-propos qu'une considération de proportionnalité pourrait ajouter une forme de structure aux facteurs de pondération présentés dans *Hislop* – le gouvernement devant démontrer que la non-rétroactivité (en partie ou totale) qu'il demande imposerait à la sanction d'inconstitutionnalité une limite proportionnée : Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, n° 3.960.

Albashir^{207'} franchit un pas dans la direction de cette transparence : les juges majoritaires recommandent l'explicitation des jugements d'inconstitutionnalité non-rétroactifs, alors que les juges dissidents l'auraient quant à eux ordonnée^{207''}.

2.3. Des jugements d'inconstitutionnalité suspendus

Permettant d'éviter certaines conséquences d'un prononcé d'inconstitutionnalité avec effet immédiat, parfois considérées non souhaitables, la suspension reporte dans le temps le moment où une conclusion énoncée dans la déclaration d'inconstitutionnalité prendra effet. Le texte de la Constitution canadienne ne prévoit pas la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité. Quoique l'ayant déjà utilisé abondamment, la Cour suprême du Canada n'a que récemment précisé que le pouvoir de suspendre un tel jugement résultait de la pondération de divers principes constitutionnels et était en fait inclus dans le pouvoir de déclarer une loi inconstitutionnelle^{207A}. Donnant suite à des critiques exprimées à l'égard de cette pratique jugée laxiste et erratique par certains, la Cour a alors tenté d'en limiter et d'en systématiser les cas d'utilisation, affirmant qu'une analyse appropriée des principes constitutionnels pertinents ne devrait mener à une suspension que dans de rares circonstances^{207B}. La Cour a conclu qu'une suspension ne devrait être prononcée que dans les cas selon elle peu communs où, en regard de ces principes, les avantages qu'elle procure l'emportent sur son coût, soit le maintien en place d'une loi déclarée inconstitutionnelle^{207C}. Il s'agirait en fait de considérer d'un côté les termes impératifs du par. 52(1) L.C. 1982, l'importance de la conformité des lois avec la Constitution et la nécessité de protéger efficacement les droits des personnes touchées, et de l'autre la capacité de réaction

^{207'} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{207''} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 49 et 90.

^{207A} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 121.

^{207B} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 83. C'est à l'occasion du jugement où elle a confirmé l'existence d'un pouvoir discrétionnaire balisé par des principes en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, voir supra note 55A, que la Cour a tenté d'établir le régime juridique des suspensions, par. 117 à 139. La Cour a surenchéri l'année suivante en parlant de « cas exceptionnellement rares » : *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 1.

^{207C} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 117 et 132.

immédiate du parlement concerné²⁰⁸. Il faudra voir l'impact de ces propos de la Cour sur le développement des suspensions de jugements d'inconstitutionnalité^{208A}.

Quoiqu'il en soit, la suspension des jugements d'inconstitutionnalité a eu lieu depuis longtemps et a jusqu'à tout récemment été chose courante au Canada. Après avoir évoqué la mécanique temporelle de la suspension des jugements d'inconstitutionnalité (2.3.1.), en s'intéressant notamment à la question de l'état de droit précaire qu'elle met en place (2.3.1.1.) et à ce qu'on présente comme son origine jurisprudentielle (2.3.1.2.), on abordera les temps multiples des jugements d'inconstitutionnalité auxquels elle peut donner lieu (2.3.2.). En effet, il se peut que les effets du jugement d'inconstitutionnalité soient immédiats pour certaines, et reportés pour les autres. On devra enfin considérer en quoi les lois adoptées en réponses à des jugements d'inconstitutionnalité suspendus peuvent avoir le dernier mot sur la temporalité des réparations constitutionnelles (2.3.3.).

2.3.1. Considérations générales

²⁰⁸ *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 129 et 132. Encore une fois, on s'intéressera essentiellement dans le présent texte à l'aspect temporel de la question. D'autres sujets, dont la justification parfois apportée à l'utilisation des suspensions, ne seront abordés qu'accessoirement. Notons simplement ici que selon la Cour, le gouvernement qui souhaite obtenir la suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité devrait notamment démontrer que l'effet immédiat de cette dernière entraverait « la capacité du législateur à mettre en place des politiques », (*id.* par. 130). Selon les juges Côté et Brown, seule une atteinte au principe de la primauté du droit pourrait justifier la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité (*id.*, motifs conjoints en partie dissidents, par. 225 et ss.). Le juge Rowe a enfin énoncé des motifs distincts dans cette affaire, préférant réitérer l'état du droit en matière de suspensions énoncé dans *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, pp. 715-717 (*id.*, par. 186). Il semble que du côté de la France les reports des déclarations d'inconstitutionnalité soient généralement justifiés, lorsqu'ils le sont, par le souci d'éviter les « conséquences manifestement excessives » qui seraient créées par une abrogation immédiate : voir par exemple Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, p. 68, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions> et François-Xavier MILLET, « Temporal Effects of Judicial Decisions in France », dans Patricia POPELIER, Sarah VERSTRAELEN, Dirk VANHEULE et Beatrix VANLERBERGHE (dir.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, Intersentia, 2014, 111, 118.

^{208A} La Cour a déjà tenté sans grand succès d'encadrer l'usage des suspensions dans *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, pp. 715-717. Le juge en chef Lamer, pour la Cour, y a recommandé de n'en faire usage que lorsqu'un jugement immédiat mettrait en péril la sécurité publique ou la primauté du droit, ou encore lorsque la mesure n'était déclarée inconstitutionnelle qu'en vertu de son champ d'application trop restreint. Cette recommandation a été largement ignorée par la suite, y compris par la Cour, les critères énoncés n'ayant été que sporadiquement discutés et mis en œuvre.

Comme tout jugement, celui qu'on nomme de façon générique jugement d'inconstitutionnalité peut énoncer plusieurs normes, contenir plusieurs conclusions. Il détermine certes l'issue de la cause pour les parties et peut aménager à leur égard des conclusions particulières, mais il élabore aussi de nouvelles normes constitutionnelles prépondérantes et procède au prononcé du caractère inopérant de la règle de droit déclarée inconstitutionnelle. La discussion classique de la rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité, lorsqu'elle a lieu, porte sur ces deux dernières conclusions : on dit que l'interprétation de la règle constitutionnelle nous en révèle la teneur initiale et que la loi est inconstitutionnelle *ab initio*. C'est à l'égard de la rétroactivité de ces conclusions que la Cour a élaboré des modulations et a mis en place certaines exceptions²⁰⁹.

Par ailleurs, et dans un tout autre ordre de temporalité, un jugement prend en principe effet au Canada le jour où il est rendu. C'est notamment le cas des jugements de la Cour suprême du Canada²¹⁰. Ces derniers jugements et les conclusions qu'ils élaborent deviennent exécutoires dès leur prononcé. Le libellé du par. 52(1) L.C. 1982, qui énonce le principe de la suprématie de la Constitution²¹¹, ne contient aucune indication particulière sur la question. La Cour a donc interprété cette disposition à la lumière du principe général et a déclaré que les conclusions d'un jugement d'inconstitutionnalité sont aussi et en principe exécutoires dès le prononcé de ce dernier²¹². C'est donc à partir de ce moment que prennent effet les conclusions du jugement d'inconstitutionnalité rétroactif selon lesquelles l'interprétation donnée à la norme constitutionnelle en exprime la teneur initiale et la loi déclarée inconstitutionnelle est et doit être considérée comme ayant été inopérante dès le début de sa coexistence formelle avec la Constitution. De la même façon, les conclusions non-rétroactives que contient le jugement d'inconstitutionnalité, le cas échéant, sont en principe exécutoires dès le prononcé du jugement. Il est important de distinguer cette prise d'effet du jugement et des conclusions qu'il élabore de l'application dans le temps de ces dernières, de la même façon que l'on différencie l'entrée en vigueur d'une loi des effets dans le temps des règles de droit qu'elle énonce²¹³.

La Cour a cependant créé des exceptions à ce principe du caractère immédiatement exécutoire des jugements d'inconstitutionnalité. En effet, et ce bien avant d'en discuter explicitement dans les arrêt *Hislop* et *P.G. Ontario c. G.*²¹⁴, la Cour suprême avait déjà pris des libertés à l'égard de la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité. Elle l'a d'abord fait sans en modifier la rétroactivité, mais en en reportant plutôt la prise d'effet²¹⁵. Elle a

²⁰⁹ *Supra*, 2.2.

²¹⁰ *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156 (Gaz. Can. II), art. 80, libellé reproduit *supra*, à la note 51.

²¹¹ Le libellé de ce paragraphe est reproduit *supra*, à la note 9.

²¹² Sur cette question, voir *supra*, 1.3.2.2.

²¹³ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 107 à 229.

²¹⁴ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10 (ci-après « *Hislop* »); *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38.

²¹⁵ On utilisera ici indistinctement les termes « suspension » ou « report », en ne précisant que lorsque nécessaire la conclusion particulière qui en fait l'objet. D'autres termes ont été utilisés en

ainsi développé un mécanisme de suspension permettant de reporter dans le temps le caractère exécutoire de certaines des conclusions de ces jugements²¹⁶. Il s'agit en fait de prévoir un délai entre le moment où le jugement d'inconstitutionnalité est rendu et celui où certaines de ses conclusions produiront leurs effets. En réalité, si on fait référence de façon générale à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité comme si cette suspension portait sur l'ensemble des conclusions du jugement, une lecture attentive de la

jurisprudence. On retrouve les expressions « period of temporary validity » - « période de validité temporaire » dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p.1021. Les termes « a suspended declaration of invalidity » – « une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu » sont utilisés dans l'arrêt *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 66. Les juges dissidents dans l'affaire *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, font référence à un « délai de grâce » - « grace period » (par. 227). On lit, dans *Carter c. Canada*, 2015 CSC 5, les expressions « le jugement déclaratoire suivant, dont la prise d'effet est suspendue » / « the following declaration, which is suspended », par. 147; les mêmes expressions sont utilisées dans *Carter c. Canada*, 2016 CSC 4, par. 7. Enfin, dans l'affaire *P.G. Canada c. Bedford*, 2013 CSC 62, la Cour emploie les termes : « l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat » - « The choice between suspending the declaration of invalidity and allowing it to take immediate effect » (par. 169).

²¹⁶ On estime généralement que la Cour a développé cette possibilité de suspendre les jugements d'inconstitutionnalité sans habilitation expresse pour ce faire; voir par exemple Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-4. Il semble que la Cour soit loin d'être la seule haute instance judiciaire à avoir fait preuve de créativité en la matière; voir Maartje DE VISSER, *Constitutional Review in Europe, A comparative Analysis*, 2014, Hart Publishing, Portland, pp. 319-320, qui écrit : « Although the constitutional courts in the other countries under study have not been attributed the competence to defer the date on which annulment takes effect, they have accepted this possibility in their caselaw. Doing so has at times required some judicial creativity, given that the applicable legal rules do not always allow room for manoeuvre in determining the date on which judgments come into force ». S'il est vrai que d'autres textes constitutionnels autorisent expressément les juges à reporter dans le temps les effets de leurs jugements (voir l'art. 62 al. 2 de la Constitution française, dont le texte est reproduit, *supra*, à la note 34 et l'article 172 par. 1 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud dont le texte est reproduit, *supra*, à la note 40), on pourrait cependant prétendre que la règle qui permet à la Cour suprême du Canada d'émettre une ordonnance prévoyant le moment de la prise d'effet de ses jugements (Règles de pratique de la Cour suprême, art. 80, libellé reproduit *supra*, note 51) peut légitimement servir de support textuel à l'exercice. C'est en effet en s'appuyant sur une disposition similaire (« A judgment or order takes effect from the day when it is given or made, or such later date as the court may specify », Civil Procedure Rules, Rules and Practice Directions, Rule 40.7, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part40#40.7>) que la Cour suprême britannique a tenu pour acquise l'existence de son propre pouvoir de suspendre les effets des conclusions de ses jugements. Voir *Ahmed c. HM Treasury* (no 2), [2010] UKSC 5, par. 4 et par. 16, où les juges majoritaires ont cependant décidé qu'il serait inopportun d'y procéder en l'espèce. Voir aussi Ben JURATOWITCH, « The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom », dans Patricia POPELIER et al, (sous la direction de), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Intersentia, Cambridge, 2014, 159, 170: « It is clear that the United Kingdom Supreme Court has the power to suspend the effects of its orders if it sees fit to do so ».

jurisprudence révèle que la suspension peut n'assortir qu'une seule de ces conclusions. À cet égard, si les suspensions ont généralement eu pour objet la conclusion du jugement prononçant le caractère inconstitutionnel et inopérant de la loi contestée, il est aussi arrivé que la Cour décide que la norme constitutionnelle nouvelle née de l'interprétation judiciaire rendue en l'espèce ne deviendrait exécutoire qu'après un délai déterminé²¹⁷. Lorsque la suspension ne porte que sur une des conclusions du jugement, les autres sont immédiatement exécutoires. Ainsi, si la suspension ne concerne que la conclusion d'inconstitutionnalité de la loi contestée, la norme constitutionnelle nouvelle issue de l'interprétation judiciaire et ayant donné lieu à cette inconstitutionnalité prend normalement effet dès le prononcé du jugement. Dans la mesure où elle est normalement rétroactive, où la Cour ne l'a pas expressément rendue non-rétroactive, cette norme constitutionnelle nouvelle peut dès lors être immédiatement invoquée à l'égard de toute situation, antérieure ou à venir.

La suspension ou le report d'un jugement d'inconstitutionnalité ne modifie pas en soi le caractère rétroactif ou non de ses conclusions, il ne fait qu'en retarder la prise d'effet²¹⁸. Le report d'un jugement ou d'une de ses conclusions n'en altère pas la teneur. Ainsi, une conclusion d'inconstitutionnalité ne perd pas son caractère rétroactif parce que sa prise d'effet est retardée. Assimiler une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue à un jugement non-rétroactif est donc une erreur²¹⁹. En principe, à l'expiration du délai de suspension, la déclaration d'inconstitutionnalité prend rétroactivement effet, autant pour la période précédant le jugement que pour la durée du délai de suspension²²⁰. Le rare

²¹⁷ L'expression « période de transition » est à l'occasion utilisée pour faire référence à la suspension de la prise d'effet d'une norme constitutionnelle nouvelle et non-rétroactive née d'une interprétation judiciaire; voir par exemple *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18 et *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 217.

²¹⁸ Voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-13. Les termes utilisés dans la version originale anglaise de l'opinion de la Cour dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, sont à cet égard éloquentes, la suspension porte sur l'*effectivité* de la déclaration d'inconstitutionnalité : « [I]t is appropriate to suspend the *effectiveness* of the declaration ... » - « suspendre l'effet du jugement » (je souligne), par. 96.

²¹⁹ Voir les propos du juge Bastarache dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, au par. 161 : « [L]imiter la rétroactivité de la réparation et suspendre la déclaration d'invalidité ne sont pas deux mesures équivalentes. Les mêmes considérations ne s'appliquent pas ». Dans le même sens : CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 217 et Lionel SMITH, « Canada: The Rise of Judgments with Suspended Effect », dans Eva STEINER (dir.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, Springer, 2015, 247, 254.

²²⁰ Hogg écrit : « A suspended declaration of invalidity is delayed in coming into force, but if and when it comes into force it has the normal retroactive effect of a court order », Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-13.

jugement d'inconstitutionnalité non-rétroactif ne prend quant à lui effet qu'à la fin de la période de suspension^{220A}.

2.3.1.1. L'état du droit pendant la période de suspension

On affirme généralement au Canada que la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité a pour effet de conférer une période de validité temporaire à la loi qui en fait l'objet²²¹; la loi est déclarée inconstitutionnelle mais on reporte dans le temps les effets de cette inconstitutionnalité. On devra entretemps considérer que la loi est valide^{221A}. La Cour a exprimé une première fois cette idée d'une validité temporaire dans le *Renvoi : Droits*

^{220A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

²²¹ Voir par exemple Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, pp. 40-4, 40-4.1, ou encore Brian Bird qui décrit ainsi ces suspensions, à la première ligne d'une récente étude qu'il leur consacre : « court orders in Canada that temporarily prolong the life of laws that courts have found unconstitutional » : Brian BIRD, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity », (2019) 42 *Man. L.J.* 23. En vertu du régime français de la Question prioritaire de constitutionnalité (voir *supra*, note 33), en cas de report dans le temps de la décision d'abrogation, la loi inconstitutionnelle survit aussi pendant la période de suspension, « [a]vec comme conséquence, le risque que des dispositions jugées inconstitutionnelles soient appliquées, en connaissance de cause, par les juges et les autorités administratives » : Dominique ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », (2017) 54 *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, manuscrit p. 7, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges>. À l'opposé, la Cour suprême britannique considère que la suspension d'un prononcé *d'ultra vires* d'arrêtés en conseil ne confère aucune validité à ces derniers, qui demeurent donc invalides pendant la période de suspension : voir *Ahmed c. Her Majesty* (no. 2), 2010 U.K.S.C. 5. Tous les juges ont reconnu dans cette affaire l'existence d'un pouvoir de retarder la prise d'effet de leurs jugements, mais un seul d'entre eux aurait prononcé une telle suspension en l'espèce. Ils s'entendaient cependant tous sur l'absence d'effet juridique d'une telle suspension à l'égard de la validité des dispositions déclarées *ultra vires* (voir l'opinion majoritaire au par. 4 et l'opinion dissidente au par. 16). Les juges majoritaires craignaient qu'une telle suspension ne donne la fausse impression que les dispositions déclarées inconstitutionnelles demeuraient en vigueur durant la période de suspension (par. 5), alors que le juge dissident, affirmant lui aussi que la suspension ne pouvait donner aucune validité même temporaire aux dispositions *ultra vires* (par. 19; il y cite même avec approbation le propos suivant d'une cour d'appel de Hong Kong : « there is no shield from legal liability for functioning pursuant to what has been declared to be ultra vires during the period of suspension », et ajoute que la suspension « would have no effect whatever on remedies for what had happened in the past or during the period of suspension »), aurait plutôt mis l'accent sur l'effet pratique d'une telle suspension pour l'autoriser.

^{221A} La loi pourtant déclarée inconstitutionnelle continue de produire ses effets juridiques durant la période de suspension : *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 132.

*linguistiques au Manitoba*²²², dans lequel elle a affirmé qu'« il était nécessaire, dans le contexte de cette affaire, de considérer les lois [inconstitutionnelles] comme temporairement valides »²²³.

La suspension du jugement d'inconstitutionnalité fait donc en sorte que la loi jugée inconstitutionnelle demeure pour un temps et en principe dans l'ordre du droit positif, crée des droits et obligations. On doit y obéir²²⁴. Cette singulière validité n'est cependant que précaire et relative.

D'une part, à l'expiration du délai de suspension, l'inconstitutionnalité rétroactive devrait normalement produire ses effets²²⁵. À l'échéance, on sera donc tenu de considérer que cette loi est et a toujours été inconstitutionnelle et inopérante, y compris durant la période de suspension. La légalité des actes posés durant cette période devra à partir de ce moment être évaluée à l'aune de cet état de droit rétroactivement modifié. L'incertitude ainsi créée est considérable. Preuve en est, s'il en faut, l'apparente mise en œuvre erratique de textes créateurs d'infractions pendant la période de suspension du jugement d'inconstitutionnalité dont ils ont fait l'objet²²⁶. Le caractère explicitement temporaire de la validité d'une loi pendant la période de suspension est notoire et lui ravit dans les faits une grande part de son effectivité.

On peut d'autre part douter de la force normative réelle de la loi jugée inconstitutionnelle pendant la période de suspension. La Cour d'appel du Québec a en effet décidé en 2015 que, pendant la période de suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale, cette dernière n'a plus la valeur juridique lui permettant de rendre inopérante une loi provinciale incompatible²²⁷. La doctrine de la prépondérance fédérale met en œuvre la

²²² *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; ci-après dans le texte « *Renvoi du Manitoba* ».

²²³ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 758. Voir *infra*, 2.3.1.2., pour l'expression d'un doute à l'égard d'un lien entre ce *Renvoi* et les suspensions telles qu'on les connaît aujourd'hui.

²²⁴ Hogg fait référence à un « duty to obey an unconstitutional law during the period of suspension »: Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, pp. 58-4.2 et 4.3.

²²⁵ Voir cependant sur cette question les remarques de la section 2.3.3., *infra*.

²²⁶ Robert LECKEY, « The Harms of Remedial Discretion », (2016) 14-3 *International Journal of Constitutional Law* 584, 594, cité avec approbation dans *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 132 et Robert LECKEY, « Assisted Dying, Suspended Declarations, and Dialogue's Time », (2019) *UTLJ* 64, 80. Il donne comme exemples les affaires d'aide médicale à mourir et de travail de prostitution. Dans *Albashir*, la Cour a pourtant confirmé la validité d'accusations criminelles portées en vertu d'une disposition jugée inconstitutionnelle pour des actes posés pendant la période de suspension. Les accusations avaient été portées après l'échéance de cette dernière. Dans le contexte de cette affaire, on doit remarquer que la réponse législative adoptée dans les suites du jugement d'inconstitutionnalité criminalisait encore ces actes : *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

²²⁷ *P.G. Québec c. D'Amico*, 2015 QCCA 2138.

primauté d'une loi fédérale *valide* en cas de conflit avec une loi provinciale valide, et ce que l'on dit être la validité temporaire d'une loi inconstitutionnelle pendant la période de suspension est dans ce contexte insuffisante. La Cour d'appel s'est autorisée dans cette affaire de propos visionnaires tenus par le juge Lamer dans une opinion dissidente énoncée dans l'affaire *Rodriguez*²²⁸, où il a notamment écrit que lors d'une période de suspension, « la disposition est à la fois invalidée et temporairement maintenue (...) »²²⁹, et que « la loi qui fait l'objet d'une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu ne s'applique pas nécessairement dans tous ses aspects inconstitutionnels »²³⁰.

On doit enfin noter la possibilité que les juges décident que la loi inconstitutionnelle ne s'appliquera pas telle quelle durant la période de suspension et déterminent à cette fin un régime juridique transitoire²³¹. Toujours selon le juge Lamer, dissident dans *Rodriguez*, « sous le régime de l'art. 52, la Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire assorti des conditions qu'elle estime justes et nécessaires pour annuler l'effet de la violation au cours de la période de suspension »²³². De tels régimes ont à l'occasion été mis en place²³³. Des exemptions de la période de suspension ont par exemple été élaborées, notamment à la faveur des demanderesse victorieuses²³⁴. Dans l'arrêt *Albashir*^{234A}, la Cour a rendu jugement dans le contexte particulier de la suspension du jugement d'inconstitutionnalité non-rétroactif d'une disposition créant une infraction criminelle. À la lumière de l'énoncé de *Big M Drug Mart*^{234B} selon lequel nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle, la Cour a précisé qu'un accusé poursuivi pour un acte commis avant l'échéance de la période de suspension serait en mesure d'invoquer le droit à la réparation de l'article 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, afin de demander l'arrêt des procédures, dans la mesure où il pourrait démontrer qu'une déclaration de culpabilité porterait atteinte à ses propres droits constitutionnels^{234C}.

C'est alors et en réalité ce régime juridique transitoire judiciairement élaboré qui constitue l'état du droit pendant la période de suspension, et non pas la loi dont l'inconstitutionnalité a été prononcée et suspendue. Cette dernière ne jouit donc pas alors et en tant que telle d'une période de validité temporaire.

²²⁸ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

²²⁹ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 577.

²³⁰ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 571.

²³¹ Voir *infra*, 2.3.2.2.

²³² *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 572.

²³³ Voir *infra*, 2.3.2.2.

²³⁴ Voir *infra*, 2.3.2.2.

^{234A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{234B} *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

^{234C} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 60 et 67.

La suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité n'est pas anodine. La prolongation du délai de suspension initial l'est encore moins²³⁵. Elle autorise la perpétuation de situations d'inconstitutionnalité connues et déclarées, elle permet la continuation de violations de droits avérées. Le jugement a en effet mis un terme à la période d'incertitude au cours de laquelle l'inconstitutionnalité n'était qu'objet de controverse et d'argumentation. Il en a confirmé la réalité. En soi et non nuancée, la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité est en fait une atteinte aux droits délibérée et judiciairement autorisée. Alors qu'une dérogation législative à la suprématie de certains droits, pourtant expressément autorisée par la *Charte canadienne des droits et libertés*, soulève l'indignation, la suspension de jugements d'inconstitutionnalité, sans assise claire, a souvent fait l'objet d'une indulgence complaisante²³⁶.

²³⁵ De telles prolongations ont à l'occasion été accordées par la Cour. Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la durée de la période de suspension a été prolongée à deux reprises, pour être finalement laissée à la discrétion des parties : 1^{ère} fixation de délai : *Ordonnance: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 RCS 347; 2^e : *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; 3^e : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, où on retrouve, à la p. 234 : « La période de validité temporaire des lois de l'Assemblée législative du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel est prorogée d'une période qui sera déterminée par accord entre les parties. La période de validité temporaire est par les présentes prorogée de trois mois à partir de la date du présent arrêt. Les parties doivent, avant l'expiration de ce délai de trois mois, parvenir à un accord sur la durée de la prorogation supplémentaire du délai ou demander à notre Cour de rendre une décision à ce sujet » (je souligne). Des prolongations de suspension ont été accordées dans l'affaire *R. c. Feeney (Demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117, et prolongation de délai : *R. c. Feeney* [1997] 3 R.C.S. 1008; dans l'affaire relative à la rémunération des juges : 1^{ère} suspension : *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmeçic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, 2^e suspension : *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmeçic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 2 R.C.S. 443; dans l'affaire *Mackin*, la période de suspension initiale a fait l'objet de deux prolongations : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 88 et note *in fine*; la suspension énoncée dans l'arrêt *Carter* a été prolongée : *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5 par. 128 et *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4.

²³⁶ Voir *infra*, le texte accompagnant les notes 385 et 386. On a comparé la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité à une dérogation législative faite en vertu de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], ci-après « *Charte canadienne des droits et libertés* » : voir Sarah BURNINGHAM, « A Comment on the Court's Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* », (2015) 78 *Saskatchewan Law Review* 201. Elle écrit, à la p. 204 : « Though the suspension is the judicial equivalent of s 33, it is not thought of in this manner, leading to its unrestrained and unprincipled use ». Voir aussi Brian BIRD, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity », (2019) 42 *Man L.J.* 23.

Des considérations relatives aux coûts de la transition juridique pour l'État fonderont bien souvent le recours aux suspensions, comme elles l'ont fait dans les rares cas de non-rétroactivité. Puisqu'il s'agit en quelque sorte alors de faciliter la tâche de l'État dans la gestion du changement dans le droit provoqué par le jugement d'inconstitutionnalité, il peut paraître surprenant de retrouver en jurisprudence l'appellation « réparation » ou « *remedy* » en référence à ce procédé de suspension²³⁷. La suspension n'accorde de réparation à personne, elle ne fait qu'offrir un avantage certain à l'État, soit du temps.

On considère généralement que la Cour a pour la première fois mis en place une telle suspension dans le *Renvoi du Manitoba*²³⁸. Elle y a par la suite et occasionnellement eu recours dans des causes fondées sur des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³⁹ et en fait régulièrement usage lors de jugements fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴⁰.

2.3.1.2. La prétendue origine : le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*

Le *Renvoi du Manitoba* est généralement considéré comme la première expérience de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité au Canada. Il serait inutile de procéder ici encore à une analyse mille fois réalisée de cette cause phare. Mais avec le recul, plus de

La chose est plus grave encore quand on compare une suspension judiciaire à une dérogation législative faite en amont, en vue d'éviter la contestation constitutionnelle. Dans ce dernier cas, on suspend la suprématie de certains droits à l'égard d'une loi qui serait peut-être jugée attentatoire aux droits, tandis que la suspension judiciaire survient alors que l'atteinte non-justifiée aux droits a déjà été judiciairement prononcée. Il apparaît erroné de voir dans l'utilisation préventive de la disposition de dérogation prévue à la *Charte* une reconnaissance législative de violation de droits. Dans l'affaire *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, deux juges dissidents ont vu dans la disposition dérogatoire de la *Charte canadienne des droits et libertés* la preuve du fait que la suspension des droits est essentiellement législative et y ont lu une incitation à restreindre le recours aux suspensions des jugements d'inconstitutionnalité (par. 239-241). Pour la réponse des juges majoritaires sur cette question, voir les par. 137 et 138.

²³⁷ Voir par exemple le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 99, où l'on retrouve, à propos du mécanisme de suspension et de validité temporaire élaboré dans le *Renvoi du Manitoba* : « La Cour a conçu cette réparation novatrice (...) » - « The Court developed this remedial innovation (...) ». On écrira, dans *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, que la suspension du prononcé d'inconstitutionnalité était la réparation convenable en l'espèce (par. 100 et 102).

²³⁸ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

²³⁹ Voir par exemple *Re Succession Eurig*, [1998] 2 R.C.S. 565, p. 586 par. 44 et *Conférence des syndicats nationaux c. P.G. Canada*, 2008 CSC 68 par. 94.

²⁴⁰ Voir par exemple *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, par.128; *P.G. Canada c. Bedford*, 2013 CSC 72, par. 169; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 103.

trente ans plus tard et après plusieurs dizaines de suspensions prononcées depuis, principalement en matière de droits et libertés, il semble opportun de revoir certains aspects peut-être oubliés de ce *Renvoi* que l'on invoque encore aujourd'hui comme l'autorité justifiant cette création judiciaire qu'est la suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité.

En effet, quoique la Cour n'y utilise jamais le terme, on attribue généralement les origines et la justification de la suspension des jugements d'inconstitutionnalité à ce *Renvoi du Manitoba*. La Cour y a d'abord déclaré l'inconstitutionnalité rétroactive de toutes les lois manitobaines adoptées en anglais seulement²⁴¹, a considéré le chaos qu'engendrerait inévitablement cette déclaration²⁴² et a conclu que la province du Manitoba se trouvait dans une situation d'urgence²⁴³. La Cour a estimé que la Constitution exigeait qu'elle déclare ces lois temporairement valides afin de préserver le principe de la primauté du droit²⁴⁴. C'est là la création réelle à laquelle la Cour a procédé dans le *Renvoi* : l'attribution d'une validité temporaire mais véritable à des lois jugées inconstitutionnelles. L'expression utilisée dans la version originale anglaise – « to deem temporarily valid and effective » – semble mieux traduire l'idée d'une validité décidée et attribuée par la Cour, que ses traductions françaises plus incertaines²⁴⁵. Jamais la Cour n'utilise-t-elle dans le *Renvoi* l'expression « validité fictive ». La validité temporaire attribuée aux lois par la Cour en vertu des exigences de la primauté du droit en est une réelle.

Outre le caractère exceptionnel de l'exercice auquel la Cour s'est livrée, soit l'invalidation de toutes les lois manitobaines adoptées en anglais seulement²⁴⁶, ce *Renvoi* se distingue notamment par un effort de justification théorique et pratique de cette création qu'était la validation temporaire de lois inconstitutionnelles. La motivation pratique relève de l'impact possiblement catastrophique d'un prononcé d'inconstitutionnalité immédiat²⁴⁷, et fonde la justification théorique reliée aux exigences de la primauté du droit²⁴⁸. Le *Renvoi* se

²⁴¹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747.

²⁴² *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747.

²⁴³ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 766.

²⁴⁴ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 767.

²⁴⁵ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 758. L'expression est traduite par « considérer les lois (...) comme temporairement valides » (p. 758), ou encore par « réputées temporairement valides et opérantes » (p. 767) et (p. 758).

²⁴⁶ Il s'agissait en fait de presque toutes les lois adoptées par la législature du Manitoba depuis 1890 : *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747.

²⁴⁷ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747 : « Le problème que pose le fait que les lois unilingues de la législature du Manitoba doivent être déclarées invalides et inopérantes est, sans plus, le vide juridique que cela engendrera et le chaos qui s'ensuivra en la matière dans la province du Manitoba ».

²⁴⁸ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 749 : « 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 ».

démarque aussi par la fine précision de la sanction d'inconstitutionnalité qu'il élabore et impose.

Tout d'abord, si la Cour confirme sans pourtant la nommer la rétroactivité de son jugement d'inconstitutionnalité²⁴⁹, soit le fait que les lois contestées « sont et ont toujours été invalides et inopérantes »²⁵⁰, la période de validité temporaire qu'elle leur confère ne commence qu'à la date du jugement, et non au moment antérieur du début de leur coexistence avec une norme constitutionnelle prépondérante²⁵¹. Cette validité temporaire ne vaut dès lors que pour l'avenir, ne sera effective qu'à compter de la date du jugement et jusqu'à la fin de la période dont la Cour remet à plus tard la détermination de l'échéance²⁵². En toute logique, on accepte ainsi qu'un jugement ne devient exécutoire qu'au moment où il est rendu. Avant le jugement, la loi qui sera plus tard déclarée inconstitutionnelle jouissait tout simplement de la présomption de constitutionnalité et on devait s'y conformer comme à toute autre règle de droit. Si la rétroactivité du prononcé judiciaire d'inconstitutionnalité force à reconsidérer les effets produits par une loi dans le passé, elle ne peut dicter la façon dont on aurait alors dû concevoir cette dernière.

La Cour ne se prononce pas expressément sur les effets juridiques créés par les lois au cours de la période où elles jouiront de la validité que leur a conférée le *Renvoi*. La validité temporaire de ces dernières s'étend logiquement aux effets auxquels elles donneront lieu. On comprend de plus, à la lumière du sort réservé par la Cour aux effets déjà mis en place par ces lois au moment du jugement, que les effets juridiques générés ne vaudront, comme les lois elles-mêmes, que pour la durée de cette période²⁵³.

Quant au passé, c'est plutôt à l'égard des effets juridiques qu'on a cru produits avant le jugement d'inconstitutionnalité que la Cour se prononcera. La rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité à laquelle procède la Cour relève de la tradition en la matière au Canada et n'est pas le propre du *Renvoi*. En principe, cette rétroactivité retire leur fondement aux effets juridiques apparemment créés par la loi avant son prononcé d'inconstitutionnalité. La protection énoncée par la Cour à l'égard des effets juridiques sauvegardés par certains principes, dont celui de la validité *de facto*, de la chose jugée ou encore de l'erreur de droit, à propos desquels la Cour écrit qu'ils seront « exécutoires et à tout jamais incontestables »²⁵⁴, n'est pas non plus propre à la démarche exceptionnelle de la Cour dans cette affaire. L'impact spécifique du *Renvoi* à l'égard de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité est la validité que la Cour confère à ces autres effets juridiques non protégés par de tels principes et à propos desquels la Cour écrit qu'ils seront

²⁴⁹ Il est remarquable que la Cour confirme en effet cette rétroactivité sans jamais utiliser le terme mais en décrivant le phénomène.

²⁵⁰ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.767.

²⁵¹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.767.

²⁵² *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 768 et ss. Il s'agit du « délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois unilingues de la législature du Manitoba », *id.*, pp. 768-769.

²⁵³ *Infra*, paragraphe suivant.

²⁵⁴ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.767.

quant à eux « réputés temporairement avoir été pleinement exécutoires et incontestables et continuer à l'être à compter de la date où ils ont commencé à exister jusqu'à l'expiration du délai [requis pour la traduction des lois]... »²⁵⁵. La Cour ajoute : « À l'expiration de ce délai minimum, ces droits, obligations et autres effets cesseront d'être opérants à moins que les lois dont ils découlent n'aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues »²⁵⁶. La validité temporaire des lois jugées inconstitutionnelles, qui débute au moment de leur déclaration d'inconstitutionnalité, emporte donc avec elle une validité des effets qu'elles ont créés et qui rétroagit, celle-là, au moment de la survenance de ces derniers. La survie de ces effets au-delà de la période de validité temporaire dépend enfin de la réponse législative apportée au *Renvoi*.

On ne retrouve pas le terme « suspension » dans le *Renvoi du Manitoba* parce que la Cour n'y suspend rien. Toutes ses conclusions sont d'application immédiate. Elle prononce l'inconstitutionnalité rétroactive des lois manitobaines, reconnaît que s'ensuit l'absence de validité de tous les effets juridiques créés ou à être créés par ces lois, et pose un acte judiciaire exceptionnel s'il en est un, requis selon elle par le principe constitutionnel de la primauté du droit, soit l'octroi d'une validité temporaire à ces lois et à leurs effets. La période de validité temporaire commence à la date du *Renvoi* pour les lois et à la date de leur création pour les effets juridiques, et couvre le délai nécessaire à la traduction des lois.

Une caractéristique fondamentale de cette cause est que l'inconstitutionnalité concernait la forme des lois, leur expression en anglais seulement, et nullement leur contenu. Les effets juridiques validés par la Cour n'étaient pas en soi porteurs ou créateurs d'inconstitutionnalité, n'amenait pas, par exemple, d'atteinte à des droits ou à des libertés. L'inconstitutionnalité tolérée par l'attribution judiciaire d'une validité temporaire, indéniable, était limitée au mode d'expression d'un contenu normatif, et n'en marquait pas la substance.

De plus, on ne peut lire le *Renvoi du Manitoba* qu'à la lumière d'un présupposé rationnel qui le fonde : considérant la nature et l'ampleur de l'inconstitutionnalité prononcée, la Cour est assurée que le législateur manitobain donnera suite au jugement et adoptera à nouveau toutes ses lois dans le respect des exigences constitutionnelles. Il ne s'agit pour la Cour que d'une question de temps.

Le procédé mis en place par la Cour assure la continuité dans le droit. La validité que la Cour confère aux effets juridiques produits par les lois avant et après leur prononcé d'inconstitutionnalité ne vaut que jusqu'à l'adoption de nouvelles lois constitutionnellement valides. Fondée sur la certitude d'une telle adoption, et justifiée par elle, l'élaboration à laquelle procède la Cour fait en sorte de maintenir une continuité dans le droit, les effets juridiques créés par les lois inconstitutionnelles étant successivement validés par i) le jugement pour la période lui étant antérieure, ii) les lois déclarées

²⁵⁵ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.768.

²⁵⁶ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.768. Selon les termes utilisés par la Cour, la fin de la validité de ces effets juridiques, à l'expiration du délai requis pour la traduction des lois et en cas d'inaction législative, serait non-rétroactive.

temporairement valides et iii) des lois nouvelles adoptées au plus tard à la fin de la période de validité temporaire.

Cette continuité escomptée par la Cour et protégée par elle n'était de plus possible que parce que les exigences constitutionnelles à respecter étaient de pure forme, le législateur manitobain n'ayant qu'une seule obligation : adopter à nouveau toutes ses lois, cette fois en anglais et en français. Aucune modification du contenu des lois n'était prescrite, requise ou prévisible. On était ainsi assuré que les effets juridiques maintenus temporairement valides pourraient naturellement se rattacher aux lois nouvelles et y puiser dorénavant leur validité.

L'hypothèse d'une inaction législative n'étant pas en l'espèce réaliste, on considère à peine dans le *Renvoi* l'impact d'une éventuelle absence de réponse aux prescriptions énoncées. La Cour précise cependant que la validité temporaire des effets juridiques des lois temporairement valides cessera à « l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter, imprimer et publier ces lois »²⁵⁷. Si elle la présuppose, la validité temporaire conférée par la Cour aux lois jugées inconstitutionnelles et à leurs effets juridiques n'est donc pas conditionnelle à l'adoption d'une réponse législative adéquate. Elle n'est qu'assortie d'un terme. L'inaction législative n'entraînerait *pas* la rétroactivité de l'inconstitutionnalité et du caractère inopérant des lois manitobaines et de l'invalidité de leurs effets juridiques. Elle mettrait tout simplement un terme à leur validité temporaire – le chaos redouté serait mis en place, mais non-rétroactivement, à l'expiration du délai imposé par la Cour.

Avec le recul, on comprend que le lien que l'on tente d'établir entre ce qu'on appelle aujourd'hui les suspensions de jugements d'inconstitutionnalité pour incompatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple, et le *Renvoi du Manitoba* est éminemment fragile. Il est même abusif de s'autoriser du second pour justifier les premières.

On doit rappeler au premier chef que le *Renvoi du Manitoba* n'a procédé à aucune suspension. On y a clairement et immédiatement prononcé l'inconstitutionnalité rétroactive des lois contestées. Cette affaire ne se caractérise pas par une simple modalité, soit une temporalité particulière, mais bien par un acte juridique exceptionnel, soit l'attribution judiciaire d'une validité temporaire à des lois jugées inconstitutionnelles et à leurs effets juridiques. La Cour a clairement expliqué et justifié sa décision et en a assumé la pleine responsabilité.

Les suspensions auxquelles procèdent aujourd'hui les cours de justice au Canada sont tout autre chose. On n'y retrouve d'ailleurs pas le même raffinement conceptuel. Par exemple, on ne semble pas avoir expressément distingué les effets des suspensions selon qu'il s'agit de la période antérieure ou postérieure au jugement d'inconstitutionnalité. On a vraisemblablement estimé que la suspension s'y appliquait également et indistinctement. De même, la position doctrinale contemporaine selon laquelle la pleine rétroactivité du

²⁵⁷ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 768.

jugement d'inconstitutionnalité se produit à l'expiration de la période de suspension en cas d'inaction législative²⁵⁸ ignore la possible survie des effets juridiques produits par la loi inconstitutionnelle avant le jugement et pendant la période de transition, pourtant mise en place dans le *Renvoi du Manitoba*. On ne semble pas non plus avoir mesuré l'impact de l'incertitude à l'égard de la réalisation ou encore du contenu d'une réponse législative sur l'à-propos d'une suspension. On a finalement et surtout mis en place des suspensions dans le contexte pourtant tout autre de règles de droit dont l'inconstitutionnalité ne marquait pas la seule forme mais était bien le propre de la substance.

La Cour a pris dans le *Renvoi du Manitoba* une décision très grave : elle a conféré une validité temporaire à des lois déclarées inconstitutionnelles et à leurs effets. Elle a réfléchi pendant un an avant d'émettre son opinion²⁵⁹. Elle a procédé dans un contexte singulier. Elle était en effet saisie d'une situation unique qui justifiait, ou à tout le moins expliquait, son intervention exceptionnelle : la contestation de tout un ordre juridique alliée à la certitude d'une réponse législative et d'une continuité dans le droit, et ce en l'absence d'inconstitutionnalité inhérente aux effets juridiques créés par les lois contestées. Elle a de plus procédé à l'exercice en démontrant un souci de précision méthodologique remarquable.

Les suspensions de jugements d'inconstitutionnalité décidées par la suite ne peuvent s'autoriser du *Renvoi du Manitoba* compris dans toutes les nuances qui le fondent.

Il est dommage que ces suspensions soient devenues un phénomène courant, une conclusion bien souvent affirmée sans motivation aucune. Une progéniture peu digne de ce qu'elle prétend être son ancêtre.

2.3.2. Des exceptions à la suspension

Le jugement d'inconstitutionnalité d'une loi concerne le droit objectif, l'ordonnement juridique. Il en va de même de sa suspension. Cette dernière remet à plus tard la prise d'effet de la correction du droit apportée par la sanction d'inconstitutionnalité. À l'occasion, la suspension peut aussi retarder le caractère exécutoire de l'interprétation donnée à la norme constitutionnelle prépondérante²⁶⁰. Le sort des droits subjectifs est à l'avenant. Le

²⁵⁸ Voir *supra*, note 229.

²⁵⁹ La cause a été entendue les 11, 12 et 13 juin 1984 et le *Renvoi* a été prononcé le 13 juin 1985 : *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 721.

²⁶⁰ Dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*, par exemple, on a prévu en ces termes un délai de transition pour l'entrée en vigueur des exigences processuelles nouvelles dans la détermination de la rémunération des juges : *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18 : « [L]a Cour a décidé de suspendre tous les aspects de l'exigence concernant le processus indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitement, pendant une année à compter de la date du jugement initial. Autrement dit, il y aura une période de transition

droit objectif déclaré rétroactivement inconstitutionnel demeurant en vigueur jusqu'à la fin de la période de suspension, seuls existent encore au lendemain du jugement les droits et obligations reconnus par ce droit objectif pourtant déclaré inconstitutionnel. Si la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité diminue pour l'État les coûts de la transition juridique, on comprend qu'elle n'est pas sans créer de sérieux effets inéquitables au plan des droits individuels. La demanderesse par ailleurs victorieuse ne peut en principe pas bénéficier d'un prononcé d'inconstitutionnalité dans la cause qu'elle a menée à bien devant les tribunaux²⁶¹. Ainsi, si la demanderesse a obtenu dans *M. c. H.* un important prononcé d'inconstitutionnalité de dispositions législatives qui excluaient les couples de même sexe d'un régime d'obligations alimentaires, elle ne pouvait en profiter personnellement, la déclaration d'inconstitutionnalité ayant été suspendue²⁶². Si la Cour a précisé plus tard que cette cause avait constitué une étape majeure dans la reconnaissance des droits des conjointes de même sexe au Canada et qu'on ne pouvait prétendre qu'il s'était agi d'une « victoire à la Pyrrhus »²⁶³, il demeure qu'un jugement d'inconstitutionnalité dont ne peut bénéficier la partie victorieuse est inéquitable à son égard et risque de décourager la mise en œuvre d'autres contestations constitutionnelles parfois essentielles. Personne ne peut en fait bénéficier d'un prononcé d'inconstitutionnalité pendant la période de suspension. Ainsi, Roger Bilodeau, dont la cause avait pourtant donné lieu au *Renvoi du Manitoba*²⁶⁴, a été déclaré coupable d'une infraction à la sécurité routière prévue par des dispositions législatives dont l'inconstitutionnalité avait été déclarée mais suspendue²⁶⁵.

Or des préoccupations de justice à l'égard des victimes de l'inconstitutionnalité ont quand même trouvé une voie d'expression dans le contexte des suspensions de jugements

d'un an avant l'entrée en vigueur de cette exigence ». Voir aussi les affaires *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190 et *R. c. Feeney (demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117, où l'on a reporté dans le temps les nouvelles exigences constitutionnelles judiciairement déclarées.

²⁶¹ Avec ironie, Leckey compare à cet égard les suspensions de jugements d'inconstitutionnalité au Canada et les déclarations d'incompatibilité permises au Royaume-Uni par la *Human Rights Act 1998*, 1998 c. 42 (UK) : dans les deux cas, la demanderesse victorieuse n'en reçoit aucun bénéfice immédiat. Or, il est clairement établi dans ce *Human Rights Act* que la déclaration d'incompatibilité d'une loi britannique avec la *Convention européenne des droits* n'affecte pas la validité de cette loi et ne lie pas les parties au litige ayant donné lieu à cette déclaration (art. 4[6]) : Robert LECKEY, « Enforcing Laws That Infringe Rights », (2016) *Public Law* 206.

²⁶² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Mais voir *supra*, note 157 : le pourvoi était devenu théorique à son égard vu qu'elle avait conclu une entente avec son ex-conjointe avant même l'audition à la Cour suprême du Canada.

²⁶³ *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, par. 116.

²⁶⁴ Voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-20 et CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 243.

²⁶⁵ *Bilodeau c. P.G. Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449. Hogg évoque l'idée que le long délai du délibéré dans cette cause exprime peut-être le malaise de la Cour face à la décision rendue : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-24.

d'inconstitutionnalité. Exerçant en cela et encore une fois une liberté dans la détermination de la temporalité des jugements d'inconstitutionnalité, la Cour, ou parfois certains de ses juges, ont à l'occasion autorisé la demanderesse victorieuse et parfois même certaines autres personnes à se prévaloir immédiatement du prononcé d'inconstitutionnalité rétroactif suspendu, soit du bénéfice immédiat de la modification de l'ordonnancement juridique apportée par ce prononcé. Certains jugements font à cet égard référence à l'octroi d'exemptions constitutionnelles²⁶⁶. Il s'agit d'exempter la demanderesse du délai de suspension. Le plus souvent, ce pouvoir est tout simplement exercé sans qu'on invoque une quelconque habilitation constitutionnelle à ce faire. Il pourrait en fait s'agir d'un aménagement équitable à une déclaration d'inconstitutionnalité faite en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 ou encore d'un complément à cette déclaration prenant la forme d'une réparation individuelle relevant du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶⁷. Quoiqu'il en soit, on peut présumer que la tradition de rétroactivité des jugements a créé chez les juges une préoccupation organique à l'égard de l'équité nécessaire pour les parties²⁶⁸.

²⁶⁶ Voir par exemple le juge Lamer dans une opinion dissidente dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 577, la Cour dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6 au par. 46 et tous les juges dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23 et 122. L'utilisation de ces termes « exemption constitutionnelle » pour faire référence à la protection immédiate des droits subjectifs de la demanderesse (ou, à l'occasion, d'autres personnes placées dans une situation similaire) malgré la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité requiert une explication. Ce sont des termes qui ont d'abord été utilisés en droit constitutionnel canadien lorsqu'était sollicitée une inapplicabilité constitutionnelle ponctuelle d'une loi dont on disait qu'elle n'amènerait de résultats inconstitutionnels que dans des circonstances précises, dont celles de la demanderesse. Il s'agissait alors d'une réparation constitutionnelle individualisée, la loi demeurant valide et applicable sauf dans ces cas particuliers. La Cour a expressément rejeté la possibilité de telles exemptions dans le contexte de la contestation de lois prévoyant des peines minimales dans l'affaire *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, et on peut croire que de telles exemptions seront généralement refusées (Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-23). Or l'octroi d'une exemption constitutionnelle accordée lors de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité est autre chose. Il s'agit d'une exemption de l'application d'une loi jugée inconstitutionnelle *erga omnes* mais que l'on doit par ailleurs considérer valide pendant la période de suspension du jugement d'inconstitutionnalité. En termes de temporalité, il nous semble préférable de considérer qu'il s'agit en fait d'une exemption du délai de suspension, d'une exception à cette suspension, qui permet à celle qui en bénéficie de se prévaloir immédiatement du prononcé d'inconstitutionnalité.

²⁶⁷ Voir par exemple la dissidence du juge Lamer dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 571 et ss., CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 246, Kent ROACH, « Enforcement of the Charter – Subsections 24(1) and 52 (1) », dans Errol MENDES et Stéphane Beaulac, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, LexisNexis, 5^e édition, 1123, 1148 et Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, par. 14.940.

²⁶⁸ Choudhry et Roach font référence à un « natural impulse for courts working within the retroactive mold (...) to provide a judicial remedy for the successful litigant », CHOUDHRY et

Il était cependant difficile de trouver dans la jurisprudence la logique justifiant que de telles exemptions de la période de suspension soient parfois accordées à la demanderesse et même à d'autres, ou encore tout simplement refusées. La lecture de la jurisprudence ne permettait pas non plus de déterminer si un quelconque fardeau de preuve était imposé à cet égard. Encore une fois, en matière de temporalité des jugements, on avait l'impression que la logique cédait le pas à l'expérience, et l'uniformité à l'équité ponctuelle. Le jugement d'inconstitutionnalité pouvait donc avoir deux temps, un pour la demanderesse et d'autres aussi exemptées du délai de suspension et un autre *erga omnes*.

La Cour a récemment tenté de faire le point sur cette question des exemptions à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité^{268A}. Elle a proposé à cet égard une voie dont seul l'avenir nous dira la portée réelle^{268B}. Après avoir affirmé qu'une pondération des principes constitutionnels pertinents devrait rarement mener à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité d'une loi^{268C}, la Cour a cependant précisé que la discrétion judiciaire prévue par le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour l'octroi de réparations constitutionnelles devrait *souvent* donner lieu à une exemption de la suspension en faveur de la demanderesse victorieuse^{268D}. Selon la Cour, cette exemption de la période de suspension constituera en effet souvent la réparation convenable et juste, en autant qu'elle ne mette pas en péril la raison d'être la suspension ou ne soit pas par ailleurs inopportune pour d'autres raisons d'économie judiciaire. Sans aller jusqu'à nommer l'existence d'un fardeau de preuve en la matière, la Cour souligne toutefois qu'il devra « y avoir une raison impérieuse de refuser au demandeur une réparation avec effet immédiat »^{268E}. De plus, selon la Cour, seule la demanderesse victorieuse qui a mené la contestation constitutionnelle devant les tribunaux peut se prévaloir d'une exemption de la

ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 243.

^{268A} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38. Il s'agit de cette affaire, évoquée plus haut, où la Cour a présenté l'octroi de sanctions d'inconstitutionnalité comme un exercice discrétionnaire balisé par des principes (*supra*, note 55A) et où elle a discuté plus spécifiquement la question des suspensions (*supra*, note 208).

^{268B} On se souvient de la systématisation du recours aux suspensions proposée par la Cour dans l'arrêt *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, et qui n'a pas vraiment eu d'impact structurant par la suite.

^{268C} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 83.

^{268D} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 142. Les juges Côté, Brown et Rowe auraient quant à eux limité la disponibilité des exemptions de la suspension aux très rares cas dans lesquels cette exemption serait nécessaire pour offrir à la demanderesse une réparation efficace, *id.*, par. 273 et ss. Après une longue période d'hésitation, la Cour avalise donc ainsi formellement une possible coexistence de sanctions fondées à la fois sur la suprématie de la Constitution et sur le droit à la réparation pour une victime de violation de ses droits. Elle tente de plus de rattacher formellement les exemptions à la suspension au monde des réparations prévues au par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^{268E} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 149.

suspension^{268F} L'octroi d'une réparation individuelle sous la forme d'une exemption d'une éventuelle suspension représente ainsi, selon la Cour, un appui à l'intérêt public dans un contrôle de constitutionnalité, encourageant celles et ceux qui souhaitent à bon droit mener le débat devant les tribunaux^{268G}.

De façon à mieux comprendre le contexte à partir duquel la Cour a ainsi tenté de préciser l'encadrement normatif des exemptions à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité, et la viabilité de la proposition qu'elle élabore, il importe de considérer la source et la pratique de ces exemptions. Après un retour nécessaire sur l'approche du juge Lamer, qui a souvent été pris à partie sur la question, on verra quel type d'exemptions ont été apportées à la suspension d'un prononcé d'inconstitutionnalité de façon à en permettre pour certaines un bénéfice immédiat.

2.3.2.1. L'héritage du juge Lamer²⁶⁹

Des propos tenus par le juge Lamer dans l'affaire *Schachter*²⁷⁰ ont été la source d'une certaine confusion à l'égard d'une éventuelle considération immédiate des intérêts de la demanderesse victorieuse dans les cas de suspension de jugements d'inconstitutionnalité. Une parenthèse sur la question s'impose d'emblée.

Une approche chronologique est ici à-propos afin de mieux saisir la position du juge Lamer sur la question de la protection de droits individuels pendant la période de suspension ainsi que le contexte précis d'énonciation d'une proposition controversée qu'il a faite à ce sujet dans l'arrêt *Schachter*²⁷¹. Il avait d'ailleurs lui-même rapidement fait le point sur la question dans une opinion dissidente rendue dans l'arrêt *Rodriguez*²⁷².

Dès 1991, le juge Lamer a mis en place dans l'arrêt *Swain*²⁷³ une première protection des droits individuels pendant la période de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité rendu en vertu du par. 52(1) L.C. 1982²⁷⁴. Il s'agissait notamment dans cette affaire de la

^{268F} La Cour rejette l'argument d'équité à l'égard des personnes qui se trouvent dans une situation semblable; selon elle, leur situation n'est justement pas semblable, la demanderesse ayant mené la contestation devant les tribunaux, ayant en cela investi temps et ressources dans l'intérêt public, *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 148, 152.

^{268G} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 152.

²⁶⁹ L'Honorable Antonio Lamer a été juge à la Cour suprême du Canada de 1980 à 1990, puis juge en chef de cette même Cour de 1990 à 2000. J'ai agi comme auxiliaire juridique auprès de lui de septembre 1984 à août 1985. J'ose espérer que cette expérience ne teinte pas l'objectivité des passages du présent texte qui soulignent le caractère visionnaire de certains propos du juge Lamer en matière de temporalité des jugements d'inconstitutionnalité.

²⁷⁰ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²⁷¹ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 720. Le propos est cité *infra*, à la note 280.

²⁷² *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, pp. 571-581.

²⁷³ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

²⁷⁴ Il y a écrit un jugement majoritaire où la validité d'une loi a été discutée en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 et dans lequel l'élaboration d'un régime de protection des droits individuels pendant la

disposition du *Code criminel* prévoyant alors la détention automatique d'une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale²⁷⁵. Le juge Lamer a déclaré l'inconstitutionnalité de cette disposition et a prévu un régime juridique transitoire applicable pendant la période de suspension et limitant la durée des détentions pouvant être imposées²⁷⁶. Il a aussi ordonné en l'espèce l'arrêt des procédures, permettant dès lors au demandeur de bénéficier immédiatement de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité²⁷⁷. Ces aménagements ont été apportés en vertu du par. 52(1) L.C. 1982²⁷⁸.

Encore une fois pour la Cour, le juge Lamer a cependant affirmé dans *Schachter*²⁷⁹ qu'il y aurait rarement lieu d'accorder des réparations individuelles en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les cas d'inconstitutionnalité de règles de droit prononcée en vertu du par. 52(1) L.C. 1982, et ce que la conclusion d'inconstitutionnalité soit suspendue ou non²⁸⁰.

Ces derniers propos ont été l'objet de diverses interprétations, notamment en ce qui concerne leur impact sur la possibilité d'exempter la demanderesse victorieuse de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité. Il se peut qu'un certain *quiproquo* entourant le rattachement d'une telle exemption à une réparation personnelle accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou encore tout simplement à une condition assortissant une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) L.C. 1982 ait alimenté une confusion sur la question. On a vu dans l'affirmation du juge Lamer une manifestation importante de la réticence judiciaire à reconnaître

période de suspension du jugement d'inconstitutionnalité ne fait nullement mention du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

²⁷⁵ Il s'agissait à l'époque du par. 542(2) du *Code criminel*.

²⁷⁶ Le régime transitoire mis en place couvre toute la période de suspension imposée de 6 mois. Le juge Lamer peut ainsi utiliser indistinctement les expressions période de validité temporaire et période de transition : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, pp. 1021-1022.

²⁷⁷ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1022.

²⁷⁸ Le juge Lamer dissident, dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, interprétera l'arrêt *Swain* comme ayant établi qu'en vertu du par. 52(1) L.C. 1982, « la Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire assorti des conditions qu'elle estime justes et nécessaires pour annuler l'effet de la violation au cours de la période de suspension », pp. 571-572.

²⁷⁹ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²⁸⁰ Il a écrit : « Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la Charte en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 . [. . .] Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24 . Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaldrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité », *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, p.720.

immédiatement les droits de la demanderesse victorieuse pendant une suspension²⁸¹. La majorité de la Cour dans l'arrêt *Corbiere*²⁸² y a au contraire et étrangement lu la reconnaissance d'un principe d'exemption de la période de suspension en faveur de la demanderesse victorieuse²⁸³. Ces mêmes propos du juge Lamer ont été invoqués pour refuser l'octroi d'une réparation financière dans une affaire où on a par ailleurs et laconiquement exempté le demandeur de la période de suspension²⁸⁴. Dans un contexte de droit criminel où elle a refusé l'arrêt des procédures demandé, la majorité de la Cour s'est autorisée de l'affirmation du juge Lamer qu'elle a comprise comme établissant une *règle* interdisant « aux tribunaux d'octroyer une réparation fondée sur le par. 24(1) pendant la période de suspension de la déclaration d'invalidité »²⁸⁵, mais ne faisant nullement obstacle à l'octroi de réparations non-rétroactives à l'expiration de la période de suspension²⁸⁶. On s'est demandé si cette interdiction d'octroyer une réparation individuelle dans le contexte d'un prononcé fait en vertu du par. 52(1) L.C. 1982 n'était pas limitée à la question des réparations financières, ou encore plus largement aux cas de mauvaise foi gouvernementale²⁸⁷. Somme toute, on a pris appui sur les propos énoncés par le juge Lamer dans l'affaire *Schachter*²⁸⁸ pour justifier des positions diverses et parfois contradictoires sur la question de la protection de certains droits individuels pendant la période de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité.

Or un peu plus d'une année après *Schachter*²⁸⁹, dans une opinion dissidente rendue dans *Rodriguez*²⁹⁰, le juge Lamer avait lui-même nuancé son affirmation litigieuse. Il y a rappelé que la loi attentatoire ayant été abrogée puis remplacée avant même l'audition dans *Schachter*, il n'avait pas été nécessaire de s'y prononcer sur la disponibilité d'une éventuelle réparation individuelle accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans un cas de suspension et que la question ne se posait réellement à la Cour pour

²⁸¹ CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2nd) 205, p. 244: “The high-water mark of the judicial resistance to providing relief for successful litigants is *Schachter*”.

²⁸² *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

²⁸³ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 22 et 23. On retrouve, au par. 23 : « Nous ne sommes pas d'avis d'accorder une exemption constitutionnelle à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, contrairement à ce qui est normalement le cas suivant la règle établie dans *Schachter* » (je souligne). Les juges McLachlin et Bastarache ont écrit cette opinion pour une majorité de juges, au sein de laquelle on ne peut malheureusement taire la présence du juge Lamer.

²⁸⁴ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 80, 81 et 88.

²⁸⁵ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 62 (les juges Iacobucci et Bastarache pour la majorité).

²⁸⁶ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 66.

²⁸⁷ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, opinion majoritaire par. 62, opinion du juge LeBel par. 98.

²⁸⁸ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²⁸⁹ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²⁹⁰ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

la première fois que dans *Rodriguez*²⁹¹. Cette précision pourtant fondamentale a malheureusement reçu moins d'attention que le propos original tenu dans *Schachter*²⁹². Le juge Lamer s'appuiera donc dans *Rodriguez*²⁹³ sur l'autorité de *Swain*²⁹⁴ pour affirmer que la Cour jouit d'une marge de manœuvre pour protéger immédiatement certains droits subjectifs lors d'une suspension des effets d'une conclusion d'inconstitutionnalité²⁹⁵. Ainsi, il y aurait déclaré l'inconstitutionnalité de la criminalisation de l'aide au suicide²⁹⁶, suspendu son jugement²⁹⁷, permis à la demanderesse de se prévaloir immédiatement du jugement d'inconstitutionnalité²⁹⁸ et autorisé pour la durée de la suspension l'octroi d'exemptions constitutionnelles personnelles sur ordonnance d'une cour supérieure pour d'autres personnes « physiquement incapables de se donner la mort sans aide », et ce à certaines conditions²⁹⁹.

Lorsque directement saisi de la question, le juge Lamer a donc pris soin de protéger certains droits individuels pendant la période de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité³⁰⁰. Se réclamer des propos qu'il a tenus dans *Schachter*³⁰¹ pour nier de tels droits est à tout le moins discutable³⁰².

Une dernière remarque s'impose ici. Alors qu'il était juge en chef, le juge Lamer a affirmé dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*³⁰³ que la Cour avait toujours permis à la demanderesse de se prévaloir des rares jugements d'inconstitutionnalité *non-rétroactifs*

²⁹¹ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 572. Le juge Lamer avait déjà protégé des droits individuels pendant la période de suspension dans l'affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, *supra*, mais il l'avait fait en vertu du par. 52(1) L.C. 1982.

²⁹² *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²⁹³ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

²⁹⁴ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, pp. 571-572

²⁹⁵ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 571-572, propos cité *supra*, à la note 278.

²⁹⁶ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 570.

²⁹⁷ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 570.

²⁹⁸ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 579-580.

²⁹⁹ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 579. Un modèle semblable a été utilisé par la Cour dans l'affaire *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4, voir *infra*, texte accompagnant la note 357.

³⁰⁰ Il a cependant donné son appui à des jugements majoritaires qui n'ont pas reconnu de tels droits : *Bilodeau c. P.G. Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449, *supra*, note 265 ; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, *supra*, note 262.

³⁰¹ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

³⁰² Il est vrai que le juge Lamer écrivait pour la majorité dans *Schachter* et qu'il signe seul son opinion dissidente dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, pp. 530 à 581. Il y reçoit néanmoins l'appui des juges McLachlin (p. 629) et Cory (p. 629). Il me semble que la clarification d'une affirmation par son auteur premier mérite une attention particulière.

³⁰³ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice) nouvelle audition*, [1998] 1 R.C.S. 3.

qu'elle a rendus³⁰⁴. Il a cité, pour appuyer cette affirmation, les arrêts *Brydges*³⁰⁵ et *Feeney*³⁰⁶, des causes dans lesquelles la Cour a rendu des jugements non-rétroactifs et suspendus. Cette proposition a par la suite été utilisée par quatre juges ayant rendu jugement dans *Corbiere*³⁰⁷ comme justification d'un principe de reconnaissance d'une exemption individuelle pour la demanderesse dans les cas de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité³⁰⁸. On a vu plus haut que la majorité de la Cour dans cette même affaire *Corbiere*³⁰⁹ s'est plutôt et étonnamment appuyée sur *Schachter*³¹⁰ pour l'affirmation d'un tel principe³¹¹. Finalement, en ayant pourtant affirmé le principe, l'affaire *Corbiere*³¹² a été interprété près de dix ans plus tard par la Cour dans l'arrêt *Ferguson*³¹³, comme ayant établi la possibilité de telles exemptions pendant une période de suspension³¹⁴.

C'est donc par des chemins sinueux que s'est confirmé l'héritage qu'a laissé le juge Lamer quant à l'importance de la protection de certains droits subjectifs pendant la période de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité. L'inscrire dans un mouvement de résistance judiciaire à la protection des droits des demandereses victorieuses en contexte de suspension est éminemment discutable.

³⁰⁴ *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice) nouvelle audition*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 20 : « Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir [en anglais *a prospective ruling*], elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité: (...) ».

³⁰⁵ *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 218.

³⁰⁶ *R. c. Feeney (demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117.

³⁰⁷ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

³⁰⁸ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 122 : « En général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la Charte doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue: voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, au par. 20. (...) ».

³⁰⁹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

³¹⁰ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

³¹¹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 22 et 23, passage reproduit *supra*, à la note 283.

³¹² *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

³¹³ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6.

³¹⁴ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 4 : « Toutefois, dans *Corbiere* (...) notre Cour a reconnu qu'une exemption constitutionnelle peut être accordée à titre de mesure corrective intérimaire s'ajoutant à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) et dont la prise d'effet est suspendue. (...) [p]our éviter de continuer à faire supporter au demandeur le fardeau de la loi inconstitutionnelle pendant la durée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité ».

2.3.2.2. Un bénéfice immédiat du prononcé d'inconstitutionnalité

On l'a vu, la Cour a affirmé dans *P.G. Ontario c. G.*^{314A} qu'une exemption à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité devrait souvent être accordée à titre de réparation convenable et juste pour la demanderesse victorieuse et qu'une telle exemption ne devrait d'ailleurs bénéficier qu'à cette dernière. Or la pratique de la Cour a été à ce jour plutôt variée : le bénéfice immédiat du prononcé d'inconstitutionnalité a parfois été accordé à la demanderesse, implicitement ou explicitement, lui a été refusé ou encore a été étendu à d'autres catégories de personnes. En effet, la Cour, ou à l'occasion certains de ses juges, ont permis à la demanderesse victorieuse, à des personnes se trouvant dans des situations semblables et parfois même à la population d'une province de se prévaloir immédiatement d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu.

Accordé à la demanderesse

On l'a vu, la Cour a donc fait référence à un *principe* de bénéfice immédiat du prononcé d'inconstitutionnalité suspendu en faveur de la demanderesse³¹⁵. Ce principe est plus tard présenté par la même Cour comme une simple *possibilité*³¹⁶. La pratique de la Cour à l'égard cette question est en réalité contingente. On retrouve effectivement dans sa jurisprudence des exemples d'attribution implicite ou expresse de ce bénéfice immédiat du jugement d'inconstitutionnalité à la demanderesse. Mais il est aussi arrivé que ce bénéfice lui soit refusé.

Implicitement

Cette exemption de la période de suspension accordée à la demanderesse peut très bien ne pas être expressément mentionnée dans le jugement. C'est généralement le cas en matière criminelle, où l'on confirme ou inscrit un acquittement, ou encore lorsqu'on y ordonne un arrêt des procédures ou encore un nouveau procès sur le fondement du droit positif expurgé de son inconstitutionnalité³¹⁷. Ce bénéfice immédiat du jugement d'inconstitutionnalité s'infère alors de la conclusion particulière visant la demanderesse. Encore une fois, le juge Lamer a été en cela précurseur, excluant le demandeur de la suspension du jugement d'inconstitutionnalité en prononçant l'arrêt des procédures en l'espèce, dans un jugement majoritaire rendu dans l'affaire *Swain* en 1991³¹⁸. Dans

^{314A} *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38.

³¹⁵ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23 et 122.

³¹⁶ *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 46.

³¹⁷ Voir le propos suivant du juge LeBel dans *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, au par. 103 : « Le demandeur est généralement exempté du délai car la décision s'applique à lui immédiatement, la tenue d'un nouveau procès étant ordonnée ou un verdict d'acquiescement étant inscrit en vertu du *Code criminel* (...) ».

³¹⁸ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1022.

*Brydges*³¹⁹, le demandeur a été personnellement en mesure de bénéficiaire immédiatement d'une interprétation constitutionnelle non-rétroactive et suspendue pour une période transitoire, par une confirmation de son acquittement en première instance³²⁰. Monsieur Guignard a bénéficié de son côté d'un acquittement immédiat alors que le règlement créant l'infraction pour laquelle il avait été poursuivi a fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue³²¹. D'autres demanderesse victorieuses ont aussi pu se prévaloir immédiatement d'un jugement d'inconstitutionnalité et ainsi été *de facto* exemptées de la période de suspension³²².

Explicitement

Mais ce bénéfice immédiat pour la demanderesse a aussi été nommé. Dans une opinion dissidente, on l'a vu, le juge Lamer aurait expressément exempté la demanderesse de la période de suspension du jugement d'inconstitutionnalité dans *Rodriguez*.³²³ La juge McLachlin, elle aussi dans une opinion dissidente, aurait expressément exempté madame Thibaudeau de la suspension d'un prononcé d'inconstitutionnalité des dispositions fiscales l'obligeant à inclure dans son revenu la pension alimentaire reçue par ses enfants³²⁴. Dans *Feeney*, le demandeur a été expressément exclu de la période de suspension décidée suite à une nouvelle audition³²⁵, après que le jugement initial eût annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès³²⁶. La Cour a exempté la Succession Eurig de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité de certaines taxes, lui permettant ainsi un recouvrement immédiat³²⁷. Dans *Mackin*, la déclaration d'inconstitutionnalité a été suspendue sauf à l'égard des demandeurs³²⁸. Le juge Gonthier a écrit au nom de la Cour dans *Martin Laseur* que les demandeurs étaient évidemment exemptés de la suspension du

³¹⁹ *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 218.

³²⁰ *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 218.

³²¹ *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14, par. 32.

³²² Voir par exemple *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, 2009 CSC 47, par. 46 et 47; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, 2013 CSC 62, par. 41. Quoique dans cette dernière affaire la Cour ait étonnamment écrit «ne pas confirmer l'exemption constitutionnelle décrétée par la Cour d'appel» (id.), l'annulation de l'ordonnance de l'arbitre à laquelle elle procède en l'espèce (id.) est en réalité une mise en œuvre immédiate et encore plus efficace de l'exemption du délai de suspension prononcé.

³²³ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 580.

³²⁴ *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, p. 735.

³²⁵ *R. c. Feeney (demande)*, [1997] 2 R.C.S. 117, par. 1.

³²⁶ *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, p. 71 par. 85.

³²⁷ *Re Succession Eurig*, [1998] 2 R.C.S. 565, par. 44 et 47. Il s'agit d'un rare cas de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité fondé sur des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³²⁸ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 77 et 88 : « Sauf à l'égard des intimés, cette déclaration d'inconstitutionnalité est toutefois suspendue pour une période de six mois à partir de la date du présent jugement (...) ».

jugement d'inconstitutionnalité³²⁹. Un an plus tard, le juge LeBel aurait exempté le demandeur d'une suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité d'une durée d'un an, lui reconnaissant le droit à un arrêt des procédures dans les 30 jours³³⁰. Dans *Wakeling*, les juges dissidents auraient aussi accordé au demandeur une exemption de la suspension³³¹.

Refusé à la demanderesse

Il demeure cependant que ce bénéfice immédiat du jugement d'inconstitutionnalité en faveur de la demanderesse victorieuse n'a pas toujours été reconnu. Il est arrivé que le jugement n'aborde tout simplement pas la question³³². Ce bénéfice a parfois été nié, explicitement ou implicitement, sans explication aucune³³³ ou encore en vertu d'une motivation minimale³³⁴. En l'absence d'une exemption à la suspension, une réparation pour la demanderesse victorieuse ne pourra émaner que d'une loi rétroactive adoptée par le législateur compétent à la suite du jugement d'inconstitutionnalité³³⁵. Pour qui s'intéresse à la temporalité des normes juridiques, la situation est singulière en ce que la justice à son égard dépend dans les deux cas de normes à temporalité atypique : un jugement suspendu mais assorti d'exemptions ou encore une loi rétroactive.

Étendu à d'autres

Le bénéfice immédiat d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu a parfois été étendu à d'autres personnes que la demanderesse ou encore, exceptionnellement, à la population d'une province. On retrouve alors un régime juridique transitoire mis en place pour la durée de la période de suspension³³⁶.

³²⁹ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 120 : « Il va sans dire que ce report ne change rien à la situation des appelants », « This postponement, of course, does not affect the appellants' cases ».

³³⁰ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 106 et 108.

³³¹ *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, opinion dissidente par. 149.

³³² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

³³³ Explicitement : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, par. 140 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, les juges Cory et Iacobucci dissidents, p. 624 par. 228. Implicitement : *Bilodeau c. P.G. Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449.

³³⁴ *Trociuk c. P.G. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 44 ; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23, *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 62.

³³⁵ Voir *infra*, 2.3.3.

³³⁶ Le Conseil constitutionnel français élabore aussi parfois un régime juridique transitoire applicable durant la période de report d'un jugement d'inconstitutionnalité, ce qu'on a dit être une « réserve d'interprétation provisoire » : voir exemple Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, p. 72, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions>. Selon

Si exempter la demanderesse victorieuse de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité répond à une certaine préoccupation de justice, ce traitement particulier n'est pas sans créer une injustice d'un autre ordre. On pense ici à une forme d'équité horizontale, qui exige que le droit constitutionnel, y compris ses jugements, traite de façon équitable des personnes qui se trouvent dans des situations semblables³³⁷. Pourquoi la demanderesse bénéficierait-elle seule du prononcé d'inconstitutionnalité ? Parce qu'une séquence arbitraire d'évènements a fait en sorte qu'elle soit arrivée la première devant la Cour³³⁸? Une telle préoccupation a été exprimée dans la jurisprudence³³⁹. On y a par exemple fait référence dans *Kingstreet* pour rejeter une approche qui limiterait le droit au recouvrement de taxes inconstitutionnelles aux seules contribuables ayant fait un paiement sous la contrainte et sous toutes réserves ou encore à celles ayant introduit un recours en justice³⁴⁰. La Cour y affirme que « le droit constitutionnel devrait être appliqué équitablement et uniformément, de sorte que toutes les personnes se trouvant dans une situation analogue soient traitées de la même manière »³⁴¹.

Ce souci de respecter une équité horizontale en matière d'exemption de la période de suspension ne s'est concrétisé qu'à quelques reprises dans la jurisprudence de la Cour. Il a pris la forme de périodes de suspension assorties d'un régime juridique dont pouvaient se

Dominique Rousseau, le report *requiert* l'élaboration d'un tel régime par le Conseil constitutionnel qui exerce ainsi un pouvoir jugé discutable, mais « [n]écessaire et pragmatique » : Dominique ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », (2017) 54 *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, manuscrit p. 6-7, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-maitre-des-horloges> : « Dès que le Conseil crée un écart entre le moment de la décision d'inconstitutionnalité et celui de sa mise en application, il est nécessairement conduit à définir le régime juridique applicable entre les deux ». Il ajoute : « [D]iscutable sur le strict plan du droit, cette création normative transitoire du Conseil est la conséquence nécessaire de son pouvoir de différer dans le temps l'entrée en vigueur de ses décisions d'inconstitutionnalité. Nécessaire et pragmatique » (p. 8).

³³⁷ Voir *supra*, 2.2.4. *in fine*, pour une même considération d'équité horizontale à l'égard d'exceptions à non-rétroactivité des jugements d'inconstitutionnalité.

³³⁸ Voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 76, passage reproduit *supra*, note 191, à propos de la nécessaire équité dans les exemptions à non-rétroactivité, *mutatis mutandis*.

³³⁹ Cette préoccupation a par exemple été discutée dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 179, afin de rejeter l'option d'une suspension avec exemption qui, en toute équité, aurait dû couvrir toutes les personnes dans une situation semblable à celle de la demanderesse qui s'étaient vu refuser des indemnités; on y a fait plutôt du *reading in* rétroactif (par.180).

³⁴⁰ *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, par. 56, 57.

³⁴¹ *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, par. 56.

prévaloir des personnes placées dans des situations similaires à celle de la demanderesse, parfois appelées « périodes de transition »³⁴².

C'est encore une fois le juge Lamer qui a tracé la voie. Pour la Cour dans *Swain*³⁴³ et en dissidence dans *Rodriguez*³⁴⁴, il a élaboré un régime juridique transitoire applicable aux personnes se trouvant dans une situation semblable à celle de la demanderesse exemptée durant la période de suspension. Il a prévu dans le premier cas une limite de temps à la durée des détentions pouvant être ordonnées (en vertu de la disposition jugée inconstitutionnelle) aux personnes déclarées non coupables pour cause d'aliénation mentale³⁴⁵ et il aurait mis en place dans le second cas un système d'autorisations judiciaires d'aide au suicide selon certains critères définis et correspondant à la situation de la demanderesse³⁴⁶.

Le juge LeBel aurait prévu un régime transitoire semblable dans l'opinion qu'il a écrite en 2004 dans l'affaire *Demers*³⁴⁷. Pendant l'année de suspension du jugement d'inconstitutionnalité qu'il aurait prononcée, il aurait autorisé dans les trente jours l'arrêt des procédures pour « tous les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente et qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public »³⁴⁸.

L'affaire *Carter*³⁴⁹ de 2015 est enfin une cause singulière en termes d'effets dans le temps. Le jugement initial a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* prohibant l'aide au suicide dans la mesure où elles interdisaient l'aide médicale à mourir dans certaines circonstances précisées dans le jugement³⁵⁰. La Cour a suspendu le prononcé d'inconstitutionnalité pour une période de douze mois³⁵¹. Considérant qu'aucune

³⁴² *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1021, *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 571, *R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18.

³⁴³ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

³⁴⁴ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519. Le juge Lamer y a précisé que l'élaboration de régimes transitoires applicables durant la période de suspension relevait de modalités permises par le par. 52(1) L.C. 1982, aux pp. 571-572, propos cité *supra* à la note 277.

³⁴⁵ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 102.

³⁴⁶ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 579-580.

³⁴⁷ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46.

³⁴⁸ *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 106 à 108.

³⁴⁹ *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5.

³⁵⁰ *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, par. 4 : « Nous concluons que la prohibition de l'aide d'un médecin pour mourir à une personne (« aide médicale à mourir ») est nulle dans la mesure où elle prive de cette aide un adulte capable dans les cas où (1) la personne touchée consent clairement à mettre fin à ses jours; et (2) la personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. En conséquence, la Cour accueille le pourvoi », libellé repris au par. 127.

³⁵¹ *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, par. 128 et 147.

exemption de la suspension n'était requise pour les parties en l'espèce, la Cour a laconiquement estimé qu'il ne convenait pas de créer une procédure d'exemptions personnelles pendant la période de suspension³⁵². La procureure générale du Canada a par la suite présenté une demande de prolongation du délai de suspension, À l'unanimité, la Cour a accordé une partie du délai réclamé, soit une prolongation de quatre mois³⁵³. Cinq des neuf juges ont cependant élaboré des exemptions à cette prolongation³⁵⁴. La première en est une territoriale : les juges majoritaires ont décidé que la prorogation du délai de suspension ne s'appliquerait pas au Québec, notamment en raison d'un régime juridique de soins de fin de vie prévu dans une nouvelle loi de cette province³⁵⁵. La seconde est de l'ordre des exemptions personnelles. Afin d'éviter la prolongation des souffrances de personnes répondant aux critères mentionnés dans le jugement initial, suite à une pondération d'avantages et d'inconvénients et dans un souci d'égalité à l'échelle du pays, les juges majoritaires ont autorisé les cours supérieures des provinces à émettre des ordonnances autorisant dans le cas de ces personnes et à leur demande une aide médicale à mourir pendant la prorogation du délai de suspension³⁵⁶. Le régime transitoire ainsi mis en

³⁵² *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, par. 129 : « Nous refusons d'accéder à la demande des appelants de créer une procédure d'exemption pendant la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue. Puisque M^{me} Taylor est maintenant décédée et qu'aucune des autres parties au litige ne demande une exemption personnelle, il ne s'agit pas d'un cas où il convient de créer un tel mécanisme d'exemption ».

³⁵³ *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4, par. 2.

³⁵⁴ *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4, par. 3 à 7. Les quatre autres juges n'auraient accordé aucune exemption : par. 8 et ss. Ils se sont satisfaits dans le cas du Québec d'une entente entre la ministre de la justice et le directeur des poursuites pénales et criminelles (par. 9 et 10). Ils ont refusé les exemptions personnelles de la prolongation de suspension, en invoquant des propos de *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, aux 124-125, qui ne portaient cependant pas sur cette question précise d'exemptions de la suspension mais plutôt sur la question des exemptions comme « réparations constitutionnelles autonomes », en soi (par. 12).

³⁵⁵ *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4, par. 3 et 4. Il s'agit de *La Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ c. S032.0001, sanctionnée le 10 juin 2014 et entrée en vigueur le 10 décembre 2015. Au moment de l'arrêt *Carter* de 2015, *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, cette loi était donc sanctionnée mais non encore en vigueur. Elle n'y a pas été contestée. La Cour a rappelé dans cette affaire que : « La santé est un domaine de compétence concurrente; le Parlement et les provinces peuvent valablement légiférer dans ce domaine », et a ajouté : « Ceci laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent valablement légiférer sur des aspects de l'aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l'objet du texte législatif », *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5 par. 53.

³⁵⁶ *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4, par. 6 « : (...) L'atteinte portée aux droits par la prorogation de quatre mois l'emporte sur les considérations qui font contrepoids. (...) Nous sommes donc d'avis de faire droit à la demande d'exemption de sorte que ceux qui souhaitent demander l'aide d'un médecin, dans le respect des critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*, puissent, pendant la durée de la prorogation de la suspension, s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance. Exiger l'obtention d'une autorisation judiciaire durant cette période intérimaire assure le respect de la primauté du

place n'est pas sans rappeler celui qu'avait proposé le juge Lamer dans l'opinion dissidente qu'il a rendue dans l'affaire *Rodriguez* plus de vingt ans auparavant³⁵⁷.

La portée temporelle du jugement rendu dans l'affaire *Carter* va donc comme suit. Personne n'a pu invoquer l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide au suicide dans certaines circonstances pendant un an suivant le prononcé du jugement. Au cours des quatre mois suivants, les personnes répondant aux critères prévus dans le jugement initial et ayant obtenu une ordonnance judiciaire ainsi que les résidents du Québec, dans ce dernier cas aux conditions prévues dans la loi québécoise, ont pu s'en prévaloir. À l'expiration de ces quatre mois, soit seize mois après son prononcé, le jugement initial devenait en principe exécutoire *erga omnes*, et ce rétroactivement, rien n'y laissant transparaître une intention de le rendre non-rétroactif. Ce sont donc les normes constitutionnelles rétroactives énoncées dans ce jugement qui, à compter de la fin de la dernière période de suspension, devraient en principe déterminer la validité des gestes d'aide médicale à mourir posés antérieurement au jugement, pendant et à la suite des périodes de suspension. Ces gestes posés dans le respect de ces normes deviennent ainsi rétroactivement conformes au droit, malgré leur non-respect de la loi inconstitutionnelle maintenue en vie par la suspension, et ce qu'ils aient ou non été alors protégés par une exemption à cette suspension. Sous réserve, et on arrive à cette question troublante, de la portée temporelle de la réponse législative éventuellement adoptée par le parlement compétent³⁵⁸.

droit et offre une protection efficace contre les risques que pourraient courir les personnes vulnérables ».

³⁵⁷ *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 579. Cette genèse n'est pas expressément reconnue dans *Carter c. P.G. Canada*, 2016 CSC 4. Le juge Lamer réprouvait déjà à l'époque une limite de l'aide médicale à mourir aux seules personnes en phase terminale. Il écrivait, à la p. 578 : « La restriction de la réparation aux malades en phase terminale qui souffrent d'une maladie ou d'un état incurable (...) n'est pas conforme aux principes qui sous-tendent ma décision, et pourrait même entraîner une violation des droits à l'égalité de ceux qui ne répondent pas à cette description, mais qui souhaitent se donner la mort et ne peuvent le faire sans assistance ». Encore une fois, son propos a trouvé un écho certain, cette fois-ci dans la décision de la Cour supérieure du Québec rendue dans *Truchon c. Procureur Général du Canada*, 2019 QCCS 3792, qui a prononcé l'inconstitutionnalité de dispositions qui restreignaient l'aide médicale à mourir aux personnes en fin de vie, décision dont les gouvernements fédéral et provincial ont déclaré qu'ils ne feraient pas appel (Le Devoir, 3 et 4 octobre 2019).

³⁵⁸ La *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, L.C. 2016 c. 3, a été adoptée dans les suites du jugement *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5. Les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le jour de la sanction de la loi, le 17 juin 2016, soit quelques jours après l'expiration du délai de suspension prolongé. On n'y retrouve aucune indication d'une volonté législative de rendre ces dispositions rétroactives. La temporalité de sanctions d'inconstitutionnalité en contexte d'aide médicale à mourir s'est à nouveau retrouvée dans l'actualité juridique quelques mois plus tard. Le 11 septembre 2019, la Cour supérieure du Québec a déclaré l'inconstitutionnalité du maintien, dans cette loi fédérale nouvelle, de la criminalisation de l'aide au suicide dans le cas de personnes répondant aux critères énoncés dans l'arrêt *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, mais dont la

Quelques mots enfin sur la récente affaire *Albashir*^{358A}. On a vu que la Cour y a affirmé qu'un arrêt de procédure pourrait théoriquement être ordonné à titre de réparation individuelle au sens de l'article 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard de personnes poursuivies pour des actes commis pendant la période de suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité non-rétroactif de la disposition créatrice de l'infraction^{358B}. Non seulement ces personnes se trouvent-elles ainsi exemptées de la non-rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité, mais elles sont aussi du même fait habilitées à bénéficier du jugement d'inconstitutionnalité pendant sa période de suspension.

Les exemptions à la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité font en sorte que ce jugement aura une portée temporelle complexe. La mise en œuvre de ces exemptions a jusqu'à tout récemment fait preuve d'un pragmatisme tel qu'il fait obstacle à toute prévisibilité. Si le phénomène observé est en soi préoccupant pour qui valorise uniformité

mort naturelle n'est pas raisonnablement prévisible : *Truchon c. Procureur Général du Canada*, 2019 QCCS 3792, par. 766. La Cour supérieure a suspendu son jugement pour une période de six mois (par. 767), mais a exempté de cette suspension les demandeurs dans la cause (par. 768). Le gouvernement fédéral n'en a pas appelé du jugement, mais a demandé de bénéficier de délais. Suite à des requêtes du Procureur général du Canada, la Cour supérieure du Québec a par la suite prolongé à quatre reprises le délai de suspension de sa déclaration d'inconstitutionnalité initiale, assortissant à chaque fois la période de prolongation accordée d'un régime d'exemptions individuelles en faveur des demandeurs dans la cause et en faveur des personnes répondant aux critères tels qu'élaborés dans son jugement d'inconstitutionnalité, et ce sur ordonnance judiciaire : *Truchon c. P.G. Canada*, 2020 QCCS 772, *Truchon c. P.G. Canada*, 2020 QCCS 2019, *Truchon c. P.G. Canada*, 2020 QCCS 4338, *Truchon c. P.G. Canada*, 2021 QCCS 590. Les modifications législatives fédérales pertinentes, abolissant le critère de la mort naturelle raisonnablement prévisible comme condition de décriminalisation de l'aide médicale à mourir, ont été adoptées et sont entrées en vigueur le 17 mars 2021, soit à l'intérieur de la quatrième période de suspension : *Loi modifiant le Code criminel (aide médicale à mourir)*, 2021 LC c. 2, art. 1(1). La Cour supérieure a aussi déclaré dans cette affaire l'inconstitutionnalité de la règle la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ c. S032.0001, qui limitait aux personnes en fin de vie l'accès à l'aide médicale à mourir. Le gouvernement du Québec n'en a pas appelé non plus. Lors d'une conférence de presse tenue le 21 janvier 2020, madame Danielle McCann, alors ministre responsable du dossier a précisé que : « [l]e gouvernement du Québec a pris la décision de respecter ce jugement rendant inopérant le critère de fin de vie, et ce, *sans modifier la loi* », (je souligne), <http://www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-56949.html> . La norme législative est donc déclarée inconstitutionnelle, elle est inopérante, mais son support textuel demeure : voir Danielle PINARD, « De l'incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick TAILON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, 329.

^{358A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{358B} *Supra*, texte accompagnant la note 197C.

et continuité dans le droit, il devient alarmant à la lumière de certains propos judiciaires relatifs aux lois adoptées dans les suites de ces jugements d'inconstitutionnalité suspendus.

2.3.3. La suspension : un terme ou une condition? Les réponses législatives³⁵⁹

Un jugement d'inconstitutionnalité suspendu est-il assorti d'un terme ou d'une condition?

La considération des lois éventuellement adoptées dans la foulée des jugements d'inconstitutionnalité suspendus met en lumière un autre aspect insolite de la temporalité de la résolution étatique d'un problème d'inconstitutionnalité. Il semble en effet que cette dernière puisse varier selon les aléas d'une suite législative. L'analyse des effets dans le temps de la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité requiert une considération de la réaction législative à ce jugement³⁶⁰.

Personne au Canada ne remet en question l'autorité juridique des jugements d'inconstitutionnalité. Les parties au litige y sont évidemment assujetties en vertu du principe de la chose jugée. D'autres juges seront par la suite liées par le caractère obligatoire des précédents. Mais à l'extérieur de la sphère judiciaire, par exemple à l'égard du parlement, la force contraignante du jugement d'inconstitutionnalité présente un

³⁵⁹ On ne discutera de l'impact des suites législatives sur la temporalité de la réparation constitutionnelle que dans le cas d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu. Il se peut cependant fort bien que des considérations semblables soient pertinentes lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité est immédiatement exécutoire.

³⁶⁰ On essaiera de se limiter ici aux seuls aspects temporels des rapports entre un jugement d'inconstitutionnalité suspendu et la réponse législative lui étant apportée. La comparaison de la qualité ou de l'ampleur respective de la correction législative et de la sanction judiciaire ne sera abordée que dans la mesure où elle soulève une question de temporalité. On peut cependant évoquer sommairement deux cas de figure. Le législateur peut certes reconnaître des droits plus importants et plus universels que ceux qui auraient été la conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité. Mais la Cour a déjà évoqué la possibilité que la réponse législative puisse être d'une ampleur moindre tout en respectant les exigences constitutionnelles. Ainsi, dans l'affaire *Dunmore c. P.G. Ontario*, 2001 CSC 94, la Cour a précisé qu'une réponse législative reconnaissant aux travailleuses agricoles l'essence de la liberté d'association élaborée dans le jugement pourrait satisfaire aux exigences constitutionnelles alors qu'en soi, l'effet du jugement d'inconstitutionnalité rendu en l'espèce aurait été d'inclure les travailleuses agricoles dans la totalité du régime de négociation collective existant dans la province (par. 66 à 69). Les propos de la Cour visaient à faciliter en amont l'acceptabilité d'une réponse législative décevant les attentes créées par la seule sanction judiciaire. Roach écrit : « Immediate strike downs in some cases can create entitlements and expectations that cannot easily be undone through the enactment of new legislation »: Kent ROACH, « Charter Remedies » dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (sous la direction de), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017, 673, 678.

caractère plus complexe³⁶¹. Il est indéniable que c'est telle qu'interprétée par la Cour que la règle constitutionnelle jouit d'une valeur juridique prépondérante dans la hiérarchie des normes³⁶² et qu'une loi déclarée inconstitutionnelle est en principe inopérante *erga omnes*. Ce sont des conclusions de droit qui s'imposent à toutes, y compris à tous les pouvoirs de l'État. Mais la Cour ne peut obliger directement un parlement à réagir à son jugement et à adopter une loi lui donnant suite³⁶³; *a fortiori* ne peut-elle pas lui dicter le contenu d'une telle loi ou encore sa temporalité. À l'égard de l'action future du parlement, la Cour ne peut qu'élaborer les paramètres des exigences constitutionnelles qui sont en litige dans un jugement qu'elle rend. La suite ne lui appartiendra que dans la mesure où une loi éventuellement adoptée dans la foulée d'un jugement d'inconstitutionnalité sera elle aussi, en soi et à son tour, contestée devant elle.

Les réponses législatives

D'abord quelques mots sur les réponses législatives, ces lois que les parlements peuvent éventuellement adopter pour donner suite à un jugement d'inconstitutionnalité³⁶⁴. Certains jugements peuvent mettre un terme de façon satisfaisante à une situation d'inconstitutionnalité sans qu'un suivi au plan législatif ne soit requis. D'autres cependant sont en soi insuffisants pour apporter une solution adéquate que seuls les parlements sont en mesure de mettre en place, lorsqu'il y a par exemple lieu à une nécessaire reconfiguration égalitaire d'un régime de prestations étatiques déclaré inconstitutionnel. L'impact du jugement à l'égard d'une protection efficace et équitable de la Constitution et

³⁶¹ La Constitution française est à cet égard plus explicite, prévoyant que les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », Constitution française, *supra*, note 33, art. 62 par. 3.

³⁶² En fait, pour plus de précision, on devrait plutôt dire que si le texte de la Constitution attribue expressément une valeur suprême aux règles constitutionnelles [par. 52(1) L.C. 1982], ce sont en fait ces normes telles qu'elles sont interprétées par la Cour qui jouissent de cette primauté. On fait référence en France à « l'autorité de la chose interprétée » : voir par exemple Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, 2017, LGDG, p. 148 par. 376.

³⁶³ Le Conseil constitutionnel français ne le peut pas non plus. Voir par exemple Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, 2017, LGDG, p. 149 par. 379.

³⁶⁴ On tentera ici d'éviter l'expression « loi de réparation ». On fera plutôt référence aux « réponses législatives ». Sauf un recours à la disposition dérogatoire prévue à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une loi adoptée suite à un jugement d'inconstitutionnalité a en principe pour objet de donner effet aux exigences constitutionnelles élaborées dans le jugement. Il est indéniable que si une telle loi peut et même devrait être rétroactive, de façon à *réparer* les inconstitutionnalités déclarées dans le jugement, on verra qu'elle ne l'est pas nécessairement. Juratowitch oppose ainsi avec nuance les expressions « *legislation ameliorative* » et « *legislation retroactively curative* » : Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 208. Dans *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, la Cour suprême utilisera l'expression « remedial legislation », traduite par « mesure législative correctrice ».

des droits qu'elle protège devient alors en quelque sorte tributaire de la réponse législative qui lui fera suite.

La suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité s'inscrit dans un contexte de rapports institutionnels entre les tribunaux et les parlements. La motivation de ces suspensions, lorsqu'elle est explicitée³⁶⁵, renvoie bien souvent à cette latitude que l'on souhaite laisser au législateur compétent pour la production d'une solution légiférée informée et adéquate³⁶⁶. Les tribunaux ne peuvent contraindre un parlement à agir, mais il demeure que ce dernier, quoique souverain, donne généralement suite d'une façon ou d'une autre aux jugements d'inconstitutionnalité qui appellent son intervention, dans les paramètres constitutionnels que les tribunaux ont élaborés, mais à la lumière de politiques publiques et de limites budgétaires qui lui sont propres.

Si on peut concevoir dans l'abstrait l'hypothèse d'une inaction du parlement, on a communément présumé qu'une intervention législative donnerait suite à un jugement d'inconstitutionnalité suspendu, lorsqu'elle est requise³⁶⁷. Dans le *Renvoi du Manitoba*, par

³⁶⁵ La suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité est parfois tout simplement annoncée, sans aucune motivation. Voir, par exemple : *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 103 et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, par. 158. Il faudra voir l'impact de *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, où la Cour a développé un fardeau imposant au gouvernement la démonstration du fait qu'un intérêt public impérieux justifie la suspension (par. 126).

³⁶⁶ Voir par exemple *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, par. 125: « Il faut donner au législateur l'occasion de concevoir une réparation convenable »; les juges dissidents dans *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, par. 148; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, 2013 CSC 62, par. 41; *R. c. Tse*, [2012] 1 R.C.S. 531, 2012 CSC 16, par. 11; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, 2009 CSC 47, par. 46; *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, [2008] 3 R.C.S. 511, 2008 CSC 68, par. 94; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27, par. 168; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 140. À cet égard, Robert Leckey fait référence à une attitude judiciaire de « *legislative engagement* », en vertu de laquelle les juges laissent aux parlementaires la possibilité de débattre de l'interprétation donnée aux droits et d'évaluer les diverses options de politique législative disponibles : Robert LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, 2015, Cambridge University Press. « Judges assuming this posture seek primarily to place rights issues on the legislative agenda », y écrit-il à la p.154. Peter Hogg évoque de son côté une forme de dialogue inter-institutionnel que permettrait la suspension des jugements d'inconstitutionnalité, un mécanisme utilisé lorsque « the court would prefer the legislature to design the appropriate remedy » : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 40-9.

³⁶⁷ Voir cependant, pour de rares exemples d'évocation d'une possible inaction législative suite à un jugement d'inconstitutionnalité suspendu : *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 66 *in fine* : « Si, à l'échéance, le Parlement n'a pas corrigé l'inconstitutionnalité du régime, ces accusés pourront demander l'arrêt des procédures »; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du*

exemple, l'élaboration de la période de validité temporaire des lois se fonde de toute évidence sur la certitude que la législature compétente va donner suite. Ainsi, la question considérée dans le *Renvoi* a été celle du moment de l'intervention législative³⁶⁸, et très peu celle de son éventualité³⁶⁹. La réalisation de la nécessaire suite législative y est tenue pour acquise. Si cette certitude était assurément réaliste dans le cas du *Renvoi du Manitoba*, considérant le contexte particulier de la cause, il demeure qu'elle est représentative de l'attitude judiciaire à l'égard de l'éventualité d'une réponse législative. On s'attend à son élaboration. Mais on utilise quand même des expressions empreintes de déférence pour y faire allusion³⁷⁰.

Cette synergie des pouvoirs judiciaire et législatif dans le respect et la protection de la Constitution aurait cependant pu avoir pour conséquence fortuite une atténuation de la réparation constitutionnelle. Alors qu'il est clairement établi au Canada que l'ultime contrôle de constitutionnalité relève des tribunaux et que ces derniers imposent généralement des sanctions rétroactives, la Cour a en effet accepté dans *Hislop*^{370A} qu'un parlement puisse avoir le dernier mot sur la portée temporelle de la résolution d'une inconstitutionnalité. Étrangement, il semble ainsi que l'aléa d'une suite législative aurait dans certains cas et *de facto* priver d'effet le jugement d'inconstitutionnalité à l'égard d'un espace temporel qu'il visait pourtant, soit la période de rétroactivité et celle couverte par la suspension.

Terme ou condition

Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23 *in fine* : « Nous avons tenu compte de la possibilité que l'inaction du législateur puisse créer de nouveaux problèmes. En cas de litiges de cette nature, ils seront tranchés à la lumière des faits qui leur sont propres ».

³⁶⁸ D'ailleurs, la période de cette validité temporaire y a d'abord été définie comme le « délai minimum requis pour les [les lois unilingues déclarées inconstitutionnelles] traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier », *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 767.

³⁶⁹ On n'y retrouve qu'une seule allusion, et elle est indirecte, à une possible inaction législative : *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 768, propos cité *supra*, texte accompagnant la note 256.

³⁷⁰ Voir par exemple : *R. c. Bain*, [1992] 2 R.C.S. 91, p. 104 : « Le législateur pourra ainsi remédier à la situation *s'il juge à propos de le faire* » (je souligne); *Dunmore c. P.G. Ontario*, 2001 CSC 94, par. 66: « [J]e suis d'avis de suspendre pendant 18 mois l'effet de la déclaration d'invalidité, *de façon à permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire* » (je souligne). Le propos suivant retrouvé dans l'arrêt *Hislop*, qui assimile un jugement d'inconstitutionnalité suspendu à une ordonnance de la Cour à laquelle devrait se soumettre un parlement, est fort inhabituel et relève vraisemblablement du lapsus : « Although if the legislature fails to comply with the Court's order within the period of suspension, the Court's declaration would apply retroactively (...) » : *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 92. La version française du propos est inadéquate et se lit comme suit: « Même si le législateur ne se conforme pas à l'ordonnance de notre Cour avant l'expiration du délai accordé, ce qui emporte l'application rétroactive du jugement déclaratoire (...) ».

^{370A} *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429.

La suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité ne fait que reporter à une date ultérieure le caractère exécutoire de ses conclusions³⁷¹. Elle n'en altère aucunement le contenu. En toute logique, la déclaration rétroactive d'inconstitutionnalité devrait produire ses effets à l'expiration du délai de suspension, que le législateur compétent soit entretemps intervenu ou non. Le jugement d'inconstitutionnalité dont les effets sont suspendus en est un assorti d'un délai, et non d'une condition³⁷². La loi contestée, dont l'analyse judiciaire a mené à un jugement d'inconstitutionnalité suspendu, n'est pas déclarée inconstitutionnelle à la condition que le parlement n'intervienne pas. Elle est déclarée inconstitutionnelle purement et simplement. Le sort de la loi déclarée inconstitutionnelle, les effets juridiques du jugement d'inconstitutionnalité, y compris leurs caractéristiques de temporalité, devraient en principe être distincts et indépendants de toute éventuelle intervention législative. Or la chose est traitée de façon plus complexe par la Cour.

Certes, en l'absence d'intervention du législateur compétent, la déclaration d'inconstitutionnalité reportée devient exécutoire dès l'expiration du délai de suspension³⁷³. Ses effets se produisent tel qu'initialement déterminés : on doit en principe considérer que la loi était inconstitutionnelle et inopérante à l'égard de la période antérieure au jugement (la période de rétroactivité en tant que telle) et de la période de

³⁷¹ Le terme anglais "delay" est d'ailleurs utilisé à propos de ces suspensions. Voir, par exemple, *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 118, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 140; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, par. 103 et 104; *Trociuk c. P.G. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 716.

³⁷² Hogg écrit: "[T]he statute will remain in force *until* the expiry of the period of postponement" (je souligne), Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters p. 40-4.1. Voir cependant, du même auteur: « This is not an abdication of responsibility by the Court, because, *if* the legislature chooses to take no action during the period of suspension, the Court's declaration of invalidity will take effect" (je souligne) (*id.*, pp. 40-9 et 40-10), et CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 233: "A starting point is the suspended declaration of invalidity issued by a court, which is fully retroactive *if* it comes into effect" (je souligne). Si ces auteurs semblent accepter la possibilité que la déclaration d'inconstitutionnalité suspendue ne devienne pas exécutoire, ils prônent cependant l'adoption de réponses législatives rétroactives : voir *infra*, note 379.

³⁷³ Voir par exemple *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 92, passage cité *supra* à la note 369.

suspension, et qu'elle l'est bien sûr pour l'avenir³⁷⁴. Le report n'a pas modifié le caractère rétroactif de la déclaration d'inconstitutionnalité³⁷⁵.

Logiquement, ce devrait aussi être le cas lorsqu'une réponse législative a été adoptée pendant le délai. À l'échéance de la période de suspension, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi contestée devrait produire tous ses effets, la seule nouveauté étant ici que le législateur a eu, pendant la période de suspension, l'occasion d'adopter une autre loi donnant lieu à de nouvelles règles de droit idéalement conformes, celles-là, à la Constitution.

L'unique différence pertinente devrait être la suivante : dans la mesure où une règle de droit faisant l'objet du jugement d'inconstitutionnalité n'existe plus en raison de la réponse législative apportée, le jugement devient à cet égard sans objet. Ainsi, si le législateur auteur de la réponse législative a abrogé, remplacé ou autrement modifié les règles de droit déclarées inconstitutionnelles³⁷⁶, la déclaration d'inconstitutionnalité de ces dernières demeure mais deviendra tout simplement sans objet pour l'avenir, à compter de l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles. Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité pour la période de suspension et pour celle, rétroactive, antérieure au jugement, devraient néanmoins se réaliser. À moins bien sûr que l'abrogation, le remplacement ou la modification apportés par les dispositions nouvelles ne soient aussi rétroactifs; dans ce dernier cas, les règles de droit nouvelles mises en place par la réponse législative ne modifient toujours pas le jugement d'inconstitutionnalité mais le rendent alors également sans objet à l'égard de ces périodes de temps, puisque le législateur a dans ce cas réparé rétroactivement les effets inconstitutionnels produits.

Cette orthodoxie méthodologique devrait faire en sorte que l'inconstitutionnalité soit intégralement réparée, que ce soit par la rétroactivité du jugement ou encore par la rétroactivité de la réponse législative.

³⁷⁴ Selon Choudhry et Roach, dans le cas exceptionnel d'un jugement d'inconstitutionnalité non-rétroactif et suspendu, et en l'absence d'intervention législative, le jugement ne produira son plein effet qu'à compter de la fin de la période de suspension, et non pas à compter de la date du jugement : CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2nd) 205, p. 217.

³⁷⁵ Voir l'opinion du juge Bastarache dans *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, au par. 161 : « En fin de compte, la suspension de la déclaration d'invalidité ne fait que limiter temporairement l'effet rétroactif ».

³⁷⁶ Quoique l'on fasse généralement référence à un jugement d'inconstitutionnalité d'une loi, le jugement prononce en fait l'inconstitutionnalité de règles de droit, et non de leur support formel qu'est la loi : Danielle PINARD, « De l'incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, 329.

Or, jusqu'à l'arrêt *Albashir*^{376A}, la Cour suprême ne semblait pas adhérer à cette approche classique. Loin d'exiger du législateur une réparation rétroactive des inconstitutionnalités avérées³⁷⁷, elle a plutôt et étonnamment donné un aval de principe à des réponses législatives non-rétroactives. Ainsi, après avoir pourtant reconnu que l'inaction législative suite à un jugement d'inconstitutionnalité suspendu laisserait place à la rétroactivité de la sanction judiciaire, la Cour a énoncé dans l'arrêt *Hislop* qu'une déclaration d'inconstitutionnalité reportée pouvait avoir non seulement pour effet mais bien pour *objet* de permettre l'adoption d'une réponse législative non-rétroactive³⁷⁸. Compris comme

^{376A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

³⁷⁷ Si le Conseil constitutionnel français ne peut imposer au législateur une obligation d'adopter une réponse suite à ses jugements d'inconstitutionnalité, il a cependant précisé à l'occasion qu'une telle réponse à un jugement reporté, le cas échéant, devrait rétroagir de façon à s'appliquer aux instances en cours au moment du jugement: voir Pascale DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », JCP G 2015. 361, manuscrit, p. 5; Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI et Karine ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité – Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », dans Laurence GAY (sous la direction de), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, 311, 339 et 340. Voir aussi Samy BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, 2017, LGDG, p. 149 par. 380, qui précise que cette pratique est cependant rare (p. 342 par. 824).

³⁷⁸ *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 92: « [L]e but de la suspension de la déclaration d'invalidité peut être de faciliter l'élaboration d'une réparation pour l'avenir ». Dans cette même affaire, le juge Bastarache écrit cependant, au par. 161 : « Elle [la période de suspension] n'est pas déterminante quant à savoir si le gouvernement peut écarter la rétroactivité de la réparation accordée pour remédier à l'inconstitutionnalité ». Il ajoute, au par. 164, à propos de l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 : « [N]otre Cour avait suspendu la déclaration d'invalidité afin que le gouvernement de l'Ontario jouisse d'une certaine souplesse pour remédier à l'inconstitutionnalité. Cette marge de manœuvre englobait implicitement le pouvoir de limiter l'effet rétroactif de toute disposition corrective, solution qu'a d'ailleurs retenue le législateur ontarien ». On peut comprendre de son propos que le juge Bastarache tient pour acquise la nécessaire rétroactivité de principe d'une réponse législative, mais qu'il accepte que la marge de manœuvre permise par une période de suspension puisse donner lieu à une limitation de cette rétroactivité. Cette interprétation serait compatible avec l'opinion que ce même juge a émise peu de temps auparavant au nom de la Cour dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, selon laquelle le législateur peut éviter le chaos en adoptant une « loi rétroactive apportant des améliorations » suite au jugement d'inconstitutionnalité d'une mesure fiscale (par. 12). On ne peut s'empêcher de noter que cette allusion à une possible réponse législative rétroactive a été faite dans un contexte où cette rétroactivité aurait protégé les intérêts économiques de l'État. Et de rappeler les propos de Chouhdry et Roach tenus en 2003 : « Legislatures have used the extraordinary device of retroactive legislation to protect their own interests and limit their own obligations as opposed to ensuring that minorities and others protected by the Constitution can benefit from retroactive legislative remedies »: CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 241.

autorisant à l'avance une réponse législative non-rétroactive à se substituer à toutes fins utiles à la sanction judiciaire rétroactive, voire comme prescrivant une telle réponse, cet énoncé éminemment critiquable a été critiqué³⁷⁹. Il est contraire à la logique juridique fondamentale précédemment énoncée. De plus, la règle qu'il pose sanctionne avant même sa survenance la perpétuation d'une atteinte à des droits pourtant reconnue et judiciairement déclarée, et ce sans en exiger une quelconque justification³⁸⁰. L'effet concret d'une réponse législative non-rétroactive qui se substitue à la sanction judiciaire est que ni la partie victorieuse ni aucune autre personne placée dans une situation analogue et antérieure à l'entrée en vigueur de la réponse législative ne peut se prévaloir du prononcé d'inconstitutionnalité, sauf si le jugement lui-même a initialement prévu des exemptions de la suspension à leur égard. En d'autres termes, leurs situations demeurent régies par une loi pourtant déclarée inconstitutionnelle. On fait en sorte que des violations de droit ne fassent l'objet d'aucun redressement. Le problème d'inconstitutionnalité n'est résolu que pour l'avenir. Comme si l'on cautionnait le fait que la temporalité acceptable de la résolution étatique d'un problème d'inconstitutionnalité puisse varier selon l'identité de son auteur : celle venant des tribunaux est rétroactive, et celle émanant des parlements non seulement ne l'est pas mais l'emporte sur la première. Se dessine ici une manifestation nostalgique des temporalités juridiques traditionnelles³⁸¹.

Accepter à l'avance une réponse législative non-rétroactive équivaut à rendre conditionnels les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité suspendue³⁸² : ils ne seraient exécutoires à

³⁷⁹ Peter Hogg écrit: "It would seem to follow from the retroactive effect of a declaration of invalidity (including one that is suspended) that the corrective legislation would also have to be retroactive in its effect. Otherwise the litigants who successfully asserted their constitutional rights and obtained their declaration of invalidity would be left without a remedy (or at least without a complete remedy)", Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, pp. 40-13 et 40-14. Et il ajoute, en réponse aux propos tenus dans *Hislop*: "With respect, surely the better view is that suspended declarations of invalidity should not generally be interpreted as authorizing corrective legislation that is prospective only", (*id.*, p. 58-4.1). L'étude de Choudhry et Roach, CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, a été publiée quelques années avant l'arrêt *Hislop*. Ils déploraient déjà une pratique courante de réponses législatives non-rétroactives (p. 234), et proposaient le développement d'une présomption de rétroactivité devant présider à l'interprétation des réponses législatives (p. 248).

³⁸⁰ Hogg suggère qu'une réponse législative non-rétroactive constitue une violation de droits qui devrait être justifiée selon les exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, p. 58-4.2.

³⁸¹ André-Jean ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. revue et corrigée, L.G.D.J., 1993, Paris, « Temporalité juridique », p. 608, passage cité *supra*, note 12.

³⁸² La déclaration d'inconstitutionnalité en tant que telle n'est certes assortie d'aucune condition. L'hypothèse discutée ici est celle du caractère conditionnel des *effets* de cette déclaration d'inconstitutionnalité.

l'échéance qu'en l'absence d'une quelconque réponse législative à l'intérieur du délai de suspension, et ce quelle qu'en soit la temporalité^{382A}. La condition en serait une purement formelle, toute réponse législative, rétroactive ou non, la réalisant *prima facie*³⁸³. Il semble bien qu'il se soit agi pour plusieurs de la pratique constitutionnelles en place au Canada. Ainsi, la Cour d'appel de Colombie britannique, tout comme la Couronne de cette province dans son mémoire en appel à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Albashir*^{383A}, ont adhéré à cette approche selon laquelle l'adoption d'une loi pendant la période de

^{382A} Des propos de certains auteurs semblent aller dans ce sens d'une conception des jugements d'inconstitutionnalité suspendus comme jugements conditionnels. Voir par exemple Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters p. 40-4.1: « This is not an abdication of responsibility by the Court, because, *if* the legislature chooses to take no action during the period of suspension, the Court's declaration of invalidity will take effect" (je souligne) (*id.*, pp. 40-9 et 40-10), et CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (200 3) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 233: "A starting point is the suspended declaration of invalidity issued by a court, which is fully retroactive *if* it comes into effect" (je souligne). Si ces auteurs semblent accepter la possibilité que la déclaration d'inconstitutionnalité suspendue ne devienne pas exécutoire, on doit noter qu'ils prônent cependant l'adoption de réponses législatives rétroactives : voir *supra*, note 379.

³⁸³ La Cour a certes précisé dans *Hislop* qu'une réponse législative demeurerait assujettie au contrôle judiciaire de constitutionnalité. Elle écrit : « La volonté de remédier à une invalidité constitutionnelle qui la sous-tend ne soustrairait pas cette loi à un examen fondé sur la Charte » : *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 39. Mais l'examen judiciaire d'une réponse législative n'en remettrait pas en question la temporalité, *id.*, par. 92, passage reproduit *supra*, note 378. De plus, cet examen ne serait pas une instance reliée au jugement d'inconstitutionnalité auquel la réponse législative donne suite. Il serait le fait d'une nouvelle contestation constitutionnelle, ultérieure et aléatoire. Et l'examen porterait en fait directement sur la conformité de la loi / réponse aux exigences de la Constitution et non pas sur la réalisation de la condition posée dans le jugement original suspendu. Un jugement d'inconstitutionnalité de la réponse législative, le cas échéant, ne sera jamais considéré comme une détermination de la non-réalisation de la condition permettant la prise d'effet rétroactive du premier jugement d'inconstitutionnalité. *De facto*, il semble bien que toute réponse législative adoptée pendant le délai de suspension a pour conséquence d'empêcher la prise d'effet du jugement d'inconstitutionnalité. Il n'y a pas de juge de la réalisation de la condition. Et pourtant, des propos judiciaires semblaient avoir ouvert la porte : « La seule réserve tient en ce que l'effet de la réparation soit suspendu pendant un an afin que le législateur puisse lui-même voir à ce que l'allocation de conjoint soit accordée aux couples de même sexe. *Si le législateur ne le fait pas d'une manière satisfaisante sur le plan constitutionnel dans ce délai*, l'interprétation de l'art. 2 avancée par les appelants sera intégrée à la Loi » (je souligne) », les juges Cory et Iacobucci dissidents dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 620 par. 220.

^{383A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité faisait en sorte que ce dernier n'entraîne tout simplement pas en vigueur^{383B}.

En vertu de ce raisonnement, la concrétisation des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu pourrait donc dépendre de l'existence de suites législatives lui étant éventuellement apportées. En l'absence de suivi législatif (improbable, considérant la tradition canadienne en la matière), le jugement d'inconstitutionnalité rétroactif produit tous ses effets, tant à l'égard de la période antérieure au jugement que pour l'avenir, et y compris pour la durée de la suspension. Le jugement remplit dès lors et en principe sa fonction juridictionnelle essentielle, il s'applique à la demanderesse dont les faits sont par définition antérieurs au jugement. Et le jugement répond aussi aux exigences de l'équité horizontale, en ce qu'il profite aussi aux autres personnes placées dans des situations analogues à celle de la demanderesse. À l'opposé, si le législateur intervient dans la foulée du jugement, c'est à lui seul que reviendrait la détermination non seulement du contenu de la résolution constitutionnelle requise mais aussi de son application dans le temps, la Cour en ayant même sanctionné en amont la non-rétroactivité³⁸⁴. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité aurait alors essentiellement servi de guide à l'action gouvernementale. À défaut d'une protection judiciaire mise en œuvre par une exemption à la suspension, initialement prévue à leur égard, la demanderesse victorieuse et des personnes dans une situation analogue risquent fort de se retrouver sans aucune réparation constitutionnelle.

La Cour suprême du Canada semble être revenue à une orthodoxie méthodologique en la matière dans l'arrêt *Albashir*^{384A}. Elle y a laconiquement refusé la prétention selon laquelle une réponse législative pouvait d'une quelconque façon modifier le contenu ou l'entrée en vigueur d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu^{384B}. Ici encore, il faudra surveiller avec intérêt les suites juridiques de cette décision.

2.3.4. Conclusion

^{383B} : *R. v. Mohsenipour*, 2020 BCCA 160, par. 91; mémoire de la Reine, intimée dans l'appel à la Cour suprême du Canada, https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/39277/FM030_Respondent_Her-Majesty-The-Queen.pdf.

³⁸⁴ Les réponses législatives adoptées dans les suites d'un jugement d'inconstitutionnalité suspendu sont généralement exemptes d'indices suggérant leur rétroactivité. Choudhry et Roach l'ont déploré en 2003 : CHOUDHRY et ROACH, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Remedies », (2003) 21 *S.C.L.R. (2nd)* 205, p. 234. La Cour suprême l'a constaté dans *Hislop* en 2007 : « Les lois correctives s'appliquent généralement pour l'avenir, nous en convenons » : *P.G. Canada c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 62. Un examen sommaire réalisé par l'auteur du présent texte à la fin 2018 le confirme. Et pourtant, une série de corrections législatives rétroactives avait donné suite au *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, alors que la fine construction conceptuelle du renvoi faisait en sorte qu'étaient déjà validés par la Cour les lois inconstitutionnelles et leurs effets juridiques, et ce jusqu'à l'adoption de la réponse législative : *supra*, 2.3.1.2.

^{384A} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48.

^{384B} *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, opinion majoritaire par. 48 et opinion dissidente par. 120.

Contrairement à sa non-rétroactivité, la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité a jusqu'à maintenant été un phénomène répandu. La suspension semble en effet avoir été le moyen de prédilection utilisé par la Cour en vue de faciliter la transition juridique que met en place un jugement d'inconstitutionnalité en principe rétroactif.

On peut s'inquiéter de la banalisation d'un procédé qui autorise la continuation d'une situation d'inconstitutionnalité avérée, et dont le rattachement au *Renvoi du Manitoba*³⁸⁵, l'autorité alléguée pour le justifier, est on ne plus incertain. Leckey a éloquemment dénoncé la tolérance bienveillante qui existe au Canada à l'égard des suspensions³⁸⁶. Un important courant de pensée accueille en effet favorablement ce mécanisme qui s'inscrirait selon ses adeptes dans un dialogue constitutionnel porteur et permettrait de limiter les coûts sociaux d'une transition juridique abrupte³⁸⁷.

Mais quoiqu'il en soit de sa sagesse, la suspension d'un jugement d'inconstitutionnalité, parfois assortie d'exemptions, fait en sorte que ce jugement aura plusieurs temps. Les aléas d'un suivi législatif complexifient la chose.

L'analyse de la jurisprudence ne permet pas de déceler les critères qui justifient les divers choix d'application dans le temps d'un jugement d'inconstitutionnalité. Une approche pragmatique, peut-être inévitable, est à l'œuvre. Les juges cherchent à éviter les « conséquences manifestement excessives » d'un effet immédiat, comme disent les français³⁸⁸.

Dès lors, et encore une fois, un encadrement procédural équitable s'impose. La suspension platement annoncée dans un jugement, sans plus, comme si cela allait de soi et ne soulevait aucun enjeu, n'est pas acceptable. Il faut dès lors saluer la proposition faite à cet égard dans *P.G. Ontario c. G.*³⁸⁹, selon laquelle une suspension ne devrait être accordée que suite à la démonstration faite par le gouvernement qu'un intérêt public supérieur le justifie³⁹⁰.

Si le principe en est celui du caractère immédiatement exécutoire, l'exception qu'est sa suspension devrait en effet faire l'objet d'une demande motivée. On devra convaincre la Cour que les inconvénients de l'immédiateté de l'inconstitutionnalité rétroactive l'emportent sur les avantages réels et incontestables qui en font la règle. La suspension décidée dans un jugement devrait avoir été discutée dans un débat contradictoire, être réfléchie, explicite et justifiée.

³⁸⁵ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

³⁸⁶ Voir par exemple Robert LECKEY, « Enforcing Laws That Infringe Rights », 2016 *Public Law* 206. Voir aussi l'analyse de Brian BIRD, « The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity », (2019) 42 *Man. L.J.* 23.

³⁸⁷ Voir par exemple Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles mise à jour en 2017, Thomson Reuters, pp. 36-18.1 à 36-19.

³⁸⁸ *Supra*, note 166.

³⁸⁹ *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38.

³⁹⁰ *P.G. Ontario c. G.*, 2020 CSC 38, par. 126.

Et si les parties doivent répondre à cette exigence, la Cour a aussi l'obligation correspondante de motiver toute suspension qu'elle accordera.

Conclusion

J'expliquais récemment à un ami qui s'enquêrait de mes intérêts de recherche actuels que les modalités précises des sanctions d'inconstitutionnalité recevaient malheureusement aussi peu d'attention de la part des juges que de la part des parties à un litige. Vraisemblablement, les problèmes de fond accaparent l'essentiel de leur temps et de leur énergie, de telle sorte que l'élaboration de la conclusion, en fin de parcours et dans un état de grande fatigue, ne fait pas l'objet de toute la réflexion pourtant requise³⁹¹. J'ai souri quelques jours plus tard en découvrant des propos de la juge McLachlin dans lesquels elle impute en partie un certain désintérêt à l'égard des *remedies* à la formation universitaire qui n'y consacre selon elle que l'espace et l'effort qui restent après l'analyse des questions de principe et des autres, plus populaires et jugées prioritaires³⁹². La négligence serait donc généralisée ... Elle a donné lieu à des sanctions d'inconstitutionnalité dont la temporalité est bien souvent au mieux incertaine, et au pire contestable.

La sanction d'inconstitutionnalité devrait être réfléchie, plaidée et discutée par les parties, et elle devrait être précisément énoncée³⁹³ et justifiée par la cour de justice qui l'impose.

J'espère avoir démontré en quoi cette rigueur est particulièrement nécessaire à l'égard de la temporalité de la sanction. Une lumière crue n'est généralement pas flatteuse, mais elle

³⁹¹ Ironiquement, je commets peut-être ici la même faute en élaborant la présente conclusion.

³⁹² Beverley McLachlin, "Rights and Remedies: Remarks" dans Robert SHARPE et Kent ROACH (sous la direction de), *Taking Remedies Seriously*, Ottawa, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, 21, p. 23 : "A third reason why we pay less attention to remedies may stem from our academic legal training. Big principle subjects like constitutional law and torts dominate core curricula, and newly popular subjects, such as aboriginal law, health law, legal feminism or critical race studies, fill in the space that remains. Remedies get whatever space and energy is left over. Viewed as "practical" but not necessarily "exciting," remedies are relegated to the "if I have room" or "if I must" categories of most student and teaching timetables".

³⁹³ Jeannette Ettl a publié une étude fort intéressante sur les incertitudes relatives à la sanction d'inconstitutionnalité imposée dans *Carter c. P.G. Canada*, 2015 CSC 5, et qui aurait dû être mise en œuvre en l'absence d'intervention législative fédérale à l'expiration du délai de suspension : Jeannette ETTTEL, « "To the Extent of the Inconsistency" Charter Remedies and the Constitutional Dialogue", (2018) 38 *National Journal of Constitutional Law* 279. Le débat qui a cours au Québec au moment d'écrire ces lignes à propos de l'impact du jugement de la Cour supérieure dans *Truchon c. Procureur Général du Canada*, 2019 QCCS 3792 sur l'aide médicale à mourir pour les personnes souffrant de troubles mentaux illustre on ne peut mieux la nécessité d'une réflexion approfondie sur la portée d'une sanction d'inconstitutionnalité.

dévoile une image claire de ce que l'on fait et en permet l'amélioration. La transparence facilite et oblige l'élaboration de choix informés. En matière de temporalité comme ailleurs, l'intelligence des principes applicables devrait précéder l'élaboration d'une exception. En fait, elle devrait peut être et surtout précéder le silence d'un jugement d'inconstitutionnalité sur la question. Une juge ne peut placer son jugement d'inconstitutionnalité hors du temps. En cas de silence, le jugement sera rétroactif et immédiatement exécutoire. La considération des conséquences concrètes de cette temporalité est indispensable, car cette dernière pourra donner lieu à des avantages certains mais à des inconvénients multiples. La non-rétroactivité ou encore le report dans le temps de certaines conclusions ouvrent quant à eux une autre boîte de Pandore. On y retrouve au premier chef une diminution des droits subjectifs normalement issus d'un jugement d'inconstitutionnalité. Les exceptions dont on les assortit parfois rendent la chose encore plus complexe.

Pascale Deumier affirme que le raisonnement du Conseil constitutionnel français à l'égard de la temporalité de ses décisions en matière de Questions prioritaires de constitutionnalité en est un essentiellement fondé sur une logique des conséquences³⁹⁴. Selon elle, l'exercice n'en est pas un de « déduction syllogistique à partir de principes transitoires »³⁹⁵ mais consiste plutôt en « l'intégration par le juge dans sa décision des conséquences qu'elle va produire »³⁹⁶. La conclusion semble la même dans le cas du contentieux constitutionnel canadien. La considération des effets de la décision, bien plus qu'une logique juridique abstraite, en détermine la temporalité adéquate. Un pragmatisme réaliste est alors de mise, un exercice intellectuel moins élégant et moins poétique que celui qui préside à l'analyse des idéaux juridiques abstraits³⁹⁷.

³⁹⁴ Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, p. 68, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions>

³⁹⁵ Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, p. 69, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions>

³⁹⁶ Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QCP : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », (2015) 47 *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 65, p. 69, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions>

³⁹⁷ Beverley McLachlin, "Rights and Remedies: Remarks" dans Robert SHARPE et Kent ROACH (sous la direction de), *Taking Remedies Seriously*, Ottawa, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, 21, p. 22.

On doit consacrer à la temporalité de la sanction d'inconstitutionnalité plus que le simple temps qui reste après l'analyse des questions dites de fond³⁹⁸.

Je comprends mieux pourquoi on a écrit que le sujet de la rétroactivité des jugements était recouvert d'un voile pudique³⁹⁹. À la lumière de l'analyse qui précède, on pourrait très bien être tenté d'étendre ce voile à celui de leur effet immédiat, et de leurs possibles non-rétroactivité et suspensions. Mais il est maintenant trop tard. Le chat est sorti du sac et il sera difficile de l'y faire retourner.

³⁹⁸ On a par exemple suggéré qu'une audience distincte y soit exclusivement consacrée : Carolyn MOULAND, « Remedying the Remedy: Bedford's Suspended Declaration of Invalidity », (2018) 41:3 *Manitoba Law Journal* 281.

³⁹⁹ François OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », dans François OST et Mark VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 91, à la p. 91 : « Tout se passe comme si un voile pudique recouvrait cette question [de la rétroactivité de la décision judiciaire] qu'on semble seulement redécouvrir à l'occasion de telle ou telle espèce particulièrement embarrassante ».