

DROIT CONSTITUTIONNEL - RAPPORT NATIONAL : CANADA

Concepts, intérêts et valeurs dans
l'interprétation du droit positif

Prof. Mirja A. Trilsch
Rapporteure nationale

Université du Québec à Montréal (UQÀM)
Case postale 8888 Centre-ville,
Montréal, Qué., H3C 3P8, CANADA
(+1) (514) 987-3000 poste 2439
trilsch.mirja@uqam.ca

Table des matières

Introduction.....	3
I. Les droits fondamentaux	4
1. L'interprétation des droits garantis par la <i>Charte canadienne</i>	4
2. La méthode d'analyse des droits garantis par la Charte	5
a) Le constat d'une atteinte	5
b) La justification de l'atteinte.....	6
3. La dimension positive des droits garantis par la <i>Charte</i>	7
II. Les concepts, intérêts et valeurs sous-tendant l'organisation de l'État	9
1. La notion des « principes sous-jacents » de la Constitution	9
2. La séparation des pouvoirs dans un régime de souveraineté parlementaire	11
3. Le fédéralisme.....	12
a) Le partage des compétences législatives.....	12
b) Le fédéralisme coopératif.....	13
4. La démocratie.....	14
5. La primauté du droit.....	15

Introduction

Le présent rapport fait état des concepts, intérêts et valeurs qui sont mobilisés dans l'interprétation du droit constitutionnel canadien. Sa structure est basée sur le questionnaire fourni aux rapporteurs nationaux pour la rédaction de leurs rapports par le rapporteur général. Il répond à toutes les questions, mais l'organisation des sections proposée dans ce dernier a été légèrement modifiée par souci de clarté.

Le Canada est membre du *Commonwealth of Nations* et le droit public canadien, fédéral et provincial, relève de la tradition de la *common law*. La Constitution du Canada (« La Constitution ») est la « loi suprême du pays »¹ et englobe la *Loi de 1982 sur le Canada*², quatorze textes portant le titre « Loi constitutionnelle », onze autres textes législatifs ainsi que toute modification apportée aux diverses composantes de la Constitution. Ce rapport fera quasiment exclusivement référence à deux composantes : la *Loi constitutionnelle de 1867*³ (« LC 1867 ») et la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴ (« LC 1982 »).

Tel qu'enchâssé dans le préambule de la *LC 1867*, la Constitution « repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Le droit constitutionnel canadien est en grande partie inspiré du droit constitutionnel britannique, notamment quant aux types de sources et aux principes le régissant. La Constitution se distingue néanmoins à certains égards de la Constitution britannique, notamment en raison de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux dans la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ (« la Charte ») et du fédéralisme canadien.

La Cour suprême du Canada (« la Cour ») est le tribunal d'appel de dernier ressort pour tous les différends juridiques, qu'ils émanent des tribunaux fédéraux ou provinciaux⁶. Elle n'est pas une cour constitutionnelle, sa compétence couvrant toutes les matières. Dans le cadre de la procédure de « renvoi », elle peut également, à la demande du gouvernement fédéral, être appelée à émettre un avis consultatif concernant, notamment, l'interprétation des *Lois constitutionnelles*⁷.

* La Rapporteuse nationale souhaite remercier Elise Hansbury, doctorante en droit au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, pour son aide dans l'élaboration du présent rapport.

¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, [*Loi constitutionnelle de 1982*], art 52.

² *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

⁴ *Supra* note 1.

⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982 [*Charte canadienne*].

⁶ Les arrêts de la Cour suprême du Canada peuvent être consultés sous « Jugements de la Cour suprême du Canada », en ligne : <<http://scc-csc.lexum.com>>. Pour les fins de la présente étude, nous référerons en priorité aux décisions de la Cour suprême du Canada puisqu'elle est l'interprète ultime de la Constitution du Canada.

⁷ *Loi sur la Cour suprême*, LRC (1985), ch S-26, art 53.

I. Les droits fondamentaux

En 1982, le Canada s'est doté d'un catalogue de droits fondamentaux possédant un statut supérieur à toute autre loi. Ces droits se trouvent dans la Partie I la *LC 1982* englobant les articles 1 à 34 et porte le titre *Charte canadienne des droits et libertés*. Il convient de noter qu'aux niveaux fédéral et provincial, d'autres instruments législatifs régissent la protection des droits fondamentaux⁸. Ceux-ci possèdent un statut quasi constitutionnel⁹ qui leur a, soit, été conféré par le législateur, soit en raison de l'importance particulière de leur objet¹⁰.

1. L'interprétation des droits garantis par la *Charte canadienne*

La Constitution, incluant la *Charte*, reçoit une interprétation qui leur est propre¹¹ et qui tient compte de leur suprématie. Dès ses premiers arrêts portant sur la *Charte*, la Cour a souligné la nécessité de donner à ses dispositions une interprétation « libérale plutôt que formaliste » qui doit « viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* »¹². Ce faisant, les tribunaux doivent s'assurer que celle-ci « ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés »¹³. Enfin, la Cour considère que la *Charte* est fondée sur le respect de la dignité humaine qui éclaire l'interprétation de l'ensemble des droits protégés¹⁴.

De plus, la Cour prône une interprétation téléologique de la *Charte* qui tient compte des intérêts que chaque droit vise à protéger¹⁵. Ainsi, l'objet du droit est déterminé « en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* »¹⁶. Enfin, la Cour insiste sur le fait que la *Charte* constitue un ensemble cohérent et que chaque article doit être interprété à la lumière des autres articles de manière à contribuer au sens du texte lu dans son ensemble¹⁷ (interprétation corrélative).

⁸ Au niveau fédéral : *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, ch 44 et *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC (1985), ch H-6. Au niveau provincial, en ordre alphabétique des provinces : *Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-255, *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210 (Colombie Britannique), *Human Rights Act*, RSPEI 1988, c H-12 (Île-du-Prince-Édouard), *The Human Rights Code*, CCSM c H175 (Manitoba), *Human Rights Act*, RSNB 2011, c 171 (Nouveau-Brunswick), *Human Rights Act*, RSNS 1989, c 214 (Nouvelle-Écosse), *Human Rights Code*, RSO 1990, c H19 (Ontario), *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, ch C-12 (Québec), *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-241, *Human Rights Act*, SNL 2010, c H-131 (Terre-Neuve-et-Labrador).

⁹ *Battlefords and District Co-operative Ltd. c Gibbs*, [1996] 3 RCS 566 au para 18.

¹⁰ *Winnipeg School Division No. 1 c Craton*, [1985] 2 RCS 150 au para 8.

¹¹ La Cour ayant d'ailleurs confirmé que les lois d'interprétation fédérale et provinciales ne s'appliquent pas à la *Charte*, voir *Law Society of Upper Canada c Skapinker*, [1984] 1 RCS 357 au para 10.

¹² *R. c Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295 au para 117 [*Big M Drug Mart*]; voir aussi *Hunter c Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145.

¹³ *R. c Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 RCS 713 au para 141.

¹⁴ *R. c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 227.

¹⁵ *Big M Drug Mart*, *supra* note 12 au para 116.

¹⁶ *Ibid* au para 117.

¹⁷ *Dubois c La Reine*, [1985] 2 RCS 350 au para 43.

Aussi, l'interprétation progressiste et évolutive permet à la Constitution de s'adapter et de répondre aux réalités de la vie moderne¹⁸.

Quant à l'influence du droit international des droits humains, la Cour a affirmé que les obligations internationales du Canada en la matière devraient informer l'interprétation de la *Charte*¹⁹. Autrement dit est créée une « présomption interprétative » selon laquelle la *Charte* accorde au moins le même niveau de protection que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne²⁰.

Enfin, la *Charte* contient des règles pour sa propre interprétation. L'article 27 prévoit que toute interprétation de la *Charte* « doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine culturel »; l'article 28 rappelle que les droits « sont garantis également aux hommes et aux femmes ». Fait curieux, ces dispositions interprétatives ne sont que rarement mobilisées par les tribunaux, qui insistent surtout sur le fait que ces dispositions ne sont pas créatrices de droits²¹.

2. La méthode d'analyse des droits garantis par la Charte

L'examen de la conformité d'une loi ou d'un acte gouvernemental aux droits fondamentaux suit une méthode d'analyse en deux étapes. Tel qu'expliqué dans l'arrêt *Sauvé c. Canada*²², il y a d'abord lieu de déterminer s'il y a eu atteinte à un droit protégé. Le cas échéant, la deuxième étape consiste à évaluer si la restriction causant cette atteinte est justifiée.

a) Le constat d'une atteinte

La première étape exige que le plaignant démontre, selon la prépondérance des probabilités, que ce qui est reproché à l'État est couvert par le champ de protection du droit en question et que cette même action constitue véritablement une limitation de ce dernier²³. Le fardeau de preuve quant à la possible atteinte à un droit garanti incombe donc à la personne alléguant une violation.

Par conséquent, la vérification d'une atteinte nécessite d'abord d'identifier le champ de protection du droit. À ce stade de l'analyse, les tribunaux se servent des approches interprétatives mentionnées ci-haut afin d'identifier les intérêts et les activités auxquels s'applique la protection offerte par la *Charte*. Plus particulièrement, une interprétation

¹⁸ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698 au para 22. Cette méthode remonte à l'affaire *Edwards v Attorney-General for Canada*, [1930] AC 124. Le Comité judiciaire du Conseil privé pour le Royaume-Uni qui, jusqu'en 1949 était le tribunal de dernier ressort, y a comparé la Constitution à « un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles ».

¹⁹ *Slaight Communications Inc c Davidson*, [1989] 1 RCS 1038 à la p 1057 [*Slaight Communications*].

²⁰ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313 au para 59.

²¹ Mélanie Samson, « L'interprétation en droit constitutionnel » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *Droit constitutionnel* (JurisClasseur Québec. Collection Droit public), Montréal, LexisNexis Canada, 2012, Fascicule 2 au para 26.

²² *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 RCS 519 au para 10.

²³ Alexandre Morin, « Charte canadienne : application et structure d'une cause » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *Droit constitutionnel* (JurisClasseur Québec. Collection Droit public), Montréal, LexisNexis Canada, 2012, Fascicule 5 au para 59.

large et libérale est mobilisée, notamment pour permettre à l'individu de bénéficier d'une protection maximale de ses droits²⁴.

De surcroît, la Cour, avant de définir ce champ, procède souvent à l'identification des valeurs sous-jacentes à la protection du droit. Par exemple, afin de démontrer qu'une activité tombe dans le champ de protection de la liberté d'expression²⁵, celle-ci doit avoir un lien avec une des valeurs sous-jacentes suivantes : (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social ou politique et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels²⁶.

Au fil du temps, les tribunaux ont développé une méthode d'analyse spécifique à chaque droit protégé. Par exemple, la démonstration d'une atteinte à la liberté de religion garantie par l'article 2a) de la *Charte* se fait sur la base du test établi dans l'arrêt *Amsalem*²⁷ : une mesure contrevient à l'article 2a) lorsque (1) le plaignant entretient une croyance sincère ayant un lien avec la religion et (2) la mesure gouvernementale contestée nuit d'une manière plus que négligeable à la capacité de cette personne de respecter ses croyances religieuses²⁸.

Lorsque les critères du test applicable sont remplis, le plaignant a réussi à démontrer qu'un certain acte étatique a porté atteinte à un de ses droits.

b) La justification de l'atteinte

Lors de la deuxième étape, il revient au gouvernement de prouver, toujours selon la prépondérance des probabilités, que cette atteinte est justifiée en vertu de la clause limitative générale de la *Charte* s'appliquant à tous les droits. Elle prévoit que ces droits ne peuvent être restreints que (1) par une règle de droit, (2) dans des limites raisonnables et (3) « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »²⁹.

Pour assurer que la société canadienne soit « libre et démocratique »,

[I]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société³⁰.

Afin d'opérationnaliser les exigences de l'article premier, la Cour a développé une grille d'analyse connue comme le « test de Oakes ». Élaboré dans l'arrêt portant le même nom

²⁴ *Ibid* au para 61.

²⁵ *Charte canadienne*, art 2 al b.

²⁶ *Irwin Toy Ltd. c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 à la p 976.

²⁷ *Syndicat Northcrest c Amsalem*, [2004] 2 RCS 551. Quoique la Cour Suprême applique, dans les faits, l'art. 3 de la *Charte Québécoise* plutôt que l'art. 2 al. a) de la *Charte canadienne*, étant donné qu'il s'agit d'un litige entre personnes privées, le test applicable pour vérifier s'il y a atteinte à la liberté de religion sous la *Charte* est le même.

²⁸ *Ibid* aux paras 51 et 59.

²⁹ *Charte canadienne*, art 1.

³⁰ *R. c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 au para 64 [*Oakes*].

datant de 1986³¹ et légèrement modifié en 1994 dans l'arrêt *Dagenais*³², il requiert qu'une restriction, nécessairement introduite par une « règle de droit », satisfasse à deux critères. D'une part, elle doit viser un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles. D'autre part, les mesures choisies pour atteindre cet objectif doivent être raisonnables, c'est-à-dire respecter trois conditions cumulatives. Premièrement, il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures choisies et l'objectif à atteindre. Autrement dit, ces mesures ne doivent être « ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles »³³. Deuxièmement, l'atteinte causée doit être minimale, c'est-à-dire que les mesures doivent porter le moins possible atteinte au droit en question. Puis troisièmement, il doit y avoir un lien de proportionnalité à deux égards : les effets préjudiciables des mesures attentatoires doivent être proportionnels (1) à l'objectif visé et (2) à leurs effets bénéfiques³⁴.

Le test de Oakes a donné lieu à des remarques supplémentaires de la part de la Cour précisant sa portée³⁵. De manière générale, notons que l'application du test de Oakes, malgré son apparente rigidité, requiert des juges un travail délicat. Non seulement faut-il soupeser les intérêts de l'individu dont les droits ont été atteints versus les intérêts de la société dans son ensemble, mais encore faut-il que le tout soit fait dans une démarche contextuelle tenant compte des circonstances du cas d'espèce³⁶.

Lorsque toutes les étapes du test de Oakes sont franchies, il est possible d'affirmer qu'une mesure restrictive est sauvegardée par l'article premier. En d'autres termes, si une seule des conditions précitées fait défaut, la mesure est contraire à la *Charte*, déclarée inconstitutionnelle et devient inopérante en vertu de l'article 52 (1) de la *LC 1982*.

3. La dimension positive des droits garantis par la *Charte*

La question de déterminer si les droits garantis par la *Charte canadienne* créent des obligations positives pour l'État n'est pas entièrement résolue. Ainsi, faute d'une affirmation explicite de la part de la Cour à cet égard, il n'est pas possible d'affirmer que tous les droits de la *Charte* possèdent une dimension positive. Dans certains cas, la Cour a même expressément nié l'existence de telles obligations. Par exemple, dans l'affaire *Haig*, la Cour a conclu que le gouvernement n'est pas obligé « de fournir une tribune particulière destinée à faciliter la liberté d'expression »³⁷, ajoutant que celle-ci « interdit les bâillons, mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix »³⁸.

Nous pouvons également affirmer que la Cour est réticente à donner aux droits une dimension positive lorsqu'ils concernent des choix relevant du gouvernement en matière de politique sociale. Ce constat s'impose particulièrement à la lecture de l'arrêt *Gosselin*³⁹

³¹ *Ibid* aux paras 69-71.

³² *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835 [*Dagenais*].

³³ *Oakes*, *supra* note 30 au para 70.

³⁴ *Dagenais*, *supra* note 32 à la p 843.

³⁵ Voir les références jurisprudentielles dans Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, *Chartes des droits de la personne – Législation, Jurisprudence, Doctrine*, 27^e éd, Montréal, Wilson&Lafleur, 2014 aux pp 72-81.

³⁶ *Edmonton Journal c Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326 aux pp 1352 et ss.

³⁷ *Haig c Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 RCS 995 à la p 1035.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *Gosselin c Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429.

traitant de la constitutionnalité d'une loi québécoise réduisant de façon draconienne le montant des prestations d'aide sociale versée aux personnes de moins de 30 ans. La Cour a écarté, compte tenu du cadre factuel de l'affaire, l'existence d'une obligation positive de l'État de pourvoir au maintien de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, notamment en assurant la subsistance des citoyens⁴⁰.

L'affaire *Auton* constitue un autre exemple de retenue judiciaire quant à l'identification d'obligations positives en matière de politique sociale⁴¹. Devant trancher si le gouvernement était dans l'obligation de financer une thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme, la Cour a soutenu que la décision du législateur de ne pas accorder un tel avantage ne contrevient pas au droit à l'égalité. Elle a par ailleurs ajouté que « le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire »⁴². La Cour a donc clairement établi que le droit à l'égalité n'impose pas une obligation positive à l'État de fournir des services sociaux pour combler des besoins spéciaux, sinon d'assurer qu'il n'y ait pas de discrimination lorsque le législateur choisit de fournir des services⁴³.

Il existe toutefois certains arrêts dans lesquels la Cour reconnaît que le gouvernement n'a pas respecté une obligation positive lui incombant en vertu de la *Charte*. Ainsi, dans l'arrêt *Eldridge*, il est décidé que des services d'interprètes gestuels doivent être offerts aux personnes sourdes lors de la prestation de services médicaux⁴⁴. Ce raisonnement découle de l'interprétation du droit à l'égalité comme garantissant non pas simplement une « égalité formelle », mais bien une « égalité réelle »⁴⁵.

Toujours en matière de santé, la Cour a reconnu le droit d'avoir accès aux soins de santé dans des délais raisonnables comme étant couvert par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne⁴⁶. Elle s'est néanmoins abstenue de définir avec précision le contenu des obligations étatiques qui en découlent. Finalement, dans une affaire impliquant des parents sans ressources qui faisaient face à une ordonnance judiciaire visant à leur retirer la garde de leurs enfants, la Cour a reconnu, dans ces circonstances particulières, une obligation constitutionnelle⁴⁷ de fournir les services d'un avocat, rémunéré par l'État⁴⁸.

Cette courte revue jurisprudentielle illustre bien le flou qui existe présentement en matière d'obligations positives découlant des droits garantis par la *Charte*. Tandis que la Cour réitère régulièrement qu'elle n'exclut pas l'existence de telles obligations, les juges se montrent rarement enclins à les identifier de manière concrète. Bien que cette situation

⁴⁰ *Ibid* au para 83.

⁴¹ *Auton (Tutrice à l'instance de) c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 RCS 657.

⁴² *Ibid* au para 41.

⁴³ James Hendry, « The Current Nature and Measure of the Charter Equality Right » (2012) 31:1 National Journal of Constitutional Law 25 à la p 28.

⁴⁴ *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624.

⁴⁵ *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 [Andrews]; *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 ; *R c Kapp*, 2008 CSC 41; Emily Grabham, « Law v Canada: New Directions for Equality Under the Canadian Charter? » (2002) 22:4 Oxford J Legal Studies 641.

⁴⁶ *Charte canadienne*, art 7; *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791.

⁴⁷ En vertu de l'art 7 de la *Charte canadienne*, garantissant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

⁴⁸ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G. (J.)*, [1999] 3 RCS 46.

puisse s'expliquer de plusieurs manières, nous tenons ici à en souligner deux. D'une part, la retenue de la Cour quant aux choix reliés à la politique sociale constitue une façon pour le pouvoir judiciaire de manifester son respect quant au principe de la séparation des pouvoirs⁴⁹. D'autre part, le fait que la Cour décide au cas par cas si les « circonstances particulières » se prêtent à la reconnaissance d'une obligation positive reflète l'approche plus prudente généralement adoptée en *common law*. Afin d'éviter la création d'un précédent susceptible de dicter pour l'avenir l'interprétation des droits, la Cour se prononce dans la seule mesure de ce qui est nécessaire pour trancher le litige soumis à examen⁵⁰.

II. Les concepts, intérêts et valeurs sous-tendant l'organisation de l'État

Les règles constitutionnelles encadrant l'organisation de l'État canadien se trouvent davantage dans la *LC 1867*. Dans le style typique des « vieilles » constitutions, ces règles sont formulées de manière technique et ne révèlent pas de façon explicite les principes fondamentaux régissant cette organisation. Les concepts, intérêts et valeurs implicitement à l'œuvre dans la création de pouvoirs et d'institutions étatiques doivent donc être déduits par voie d'interprétation.

La Cour a explicitement reconnu l'existence de certains « grands principes constitutionnels » qu'elle appelle d'ailleurs parfois « principes fondamentaux » ou « principes sous-jacents » (« PSJ »)⁵¹. Pour les fins de ce rapport, nous nous limiterons à l'analyse de quatre principes jouant un rôle particulier dans l'organisation de l'État: la séparation des pouvoirs, le fédéralisme, la démocratie et la primauté du droit. Par ailleurs, notons d'une part, que la Cour a reconnu l'existence d'autres PSJ⁵² et, d'autre part, que la doctrine constitutionnelle a également identifié certains principes qui pourraient être considérés comme tels⁵³.

1. La notion des « principes sous-jacents » de la Constitution

C'est à l'occasion du *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵⁴ que la Cour s'est attardée à préciser la notion des PSJ. Ce faisant, elle les a d'abord identifiés comme étant « les prémisses inexprimées » de la Constitution qui en « inspirent et nourrissent le texte »⁵⁵.

⁴⁹ Voir *infra* section II.2 à la p 10.

⁵⁰ Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1998] 2 RCS 443 au para 301 [*Renvoi sur la rémunération des juges*].

⁵¹ *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 [*Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*]; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvoi relatif à la sécession du Québec*].

⁵² Par exemple, la protection des minorités, voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 51 aux para 79 et ss ainsi que l'indépendance judiciaire, voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* note 50 aux paras 63-64.

⁵³ Voir, par ex, l'article de Patricia Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle » (1999) 22 Dalhous La J 5, dans lequel elle propose la reconnaissance du principe de « l'égalité réelle », tel qu'élaboré par la Cour Suprême dans *Andrews*, *supra* note 45, comme principe sous-jacent de la Constitution.

⁵⁴ *Supra*, note 51. Un renvoi est un avis consultatif rendu par la Cour Suprême suite à une ou plusieurs questions soumises à la Cour par le gouvernement fédéral, voir *supra* note 7 et texte accompagnant.

⁵⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 51 au para 49.

Elle a ensuite précisé que la Constitution dispose d'une « architecture interne » dont les PSJ ont dicté des aspects majeurs, tout en étant sa « force vitale »⁵⁶.

Quant à leur rôle, la Cour a soutenu que « [c]es principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques »⁵⁷. Il en résulte qu'ils ont pour fonction de combler les lacunes potentielles de la Constitution et sont investis d'une « force normative puissante », pouvant notamment donner naissance à des obligations juridiques substantielles⁵⁸.

Les enseignements du renvoi précité ont laissé en suspens de nombreuses questions sur l'origine, les caractéristiques et les fonctions des PSJ. Premièrement, si tant est que ces principes puissent combler les lacunes potentielles de la Constitution écrite, la Cour n'a néanmoins pas précisé ce qu'elle entend par un vide ou une lacune. Malgré certaines différences d'opinions, un consensus doctrinal semble se dégager indiquant qu'il s'agit, dans tous les cas, d'un exercice d'interprétation des dispositions existantes de la Constitution⁵⁹. Ainsi, il est possible de constater un vide lorsque ces dernières ne permettent pas de dégager une solution pour une situation particulière⁶⁰. Un vide peut également exister lorsqu'une solution prévue par la Constitution ne correspond pas - ou plus- aux valeurs exprimées par les PSJ⁶¹.

Deuxièmement, il existe un débat doctrinal quant à la possibilité de les invoquer pour attaquer la validité d'une loi⁶². Jusqu'à ce jour, la Cour ne s'est pas basée de manière exclusive sur un PSJ pour invalider une loi ou une disposition législative. Toutefois, il lui est arrivé de rattacher une déclaration d'invalidité à une disposition constitutionnelle qui ne prévoyait pas de solution au conflit, mais qui servait plutôt comme « véhicule » exprimant de façon plus spécifique un PSJ⁶³. Ceci a suscité de la résistance à l'intérieur même de la Cour dans l'affaire *Trial Lawyers Association*. Dans une forte opinion dissidente, le Juge Rothstein a soutenu que le raisonnement de la majorité s'appuyant sur un « principe nébuleux pour invalider un texte de loi en raison de son contenu introduit de l'incertitude dans le droit constitutionnel et mine notre système de droit positif »⁶⁴.

En conclusion, nous pouvons constater que l'existence même des PSJ est aujourd'hui bien établie. Cependant, leurs fonctions exactes demeurent incertaines, ce qui suscite parmi plusieurs la crainte qu'ils puissent permettre aux tribunaux de créer de nouvelles normes constitutionnelles plutôt que d'interpréter le texte existant de la Constitution⁶⁵.

⁵⁶ *Ibid* aux paras 50-51.

⁵⁷ *Ibid* au para 52.

⁵⁸ *Ibid* aux paras 53-54.

⁵⁹ Voir, par ex, Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au paras IV. 94-95 [Brun, Tremblay, Brouillet]; Patrick J Monahan, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference » 11 NJCL 65 à la p 75.

⁶⁰ Monahan, *supra* note 59 à la p 77.

⁶¹ Luc B Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits » (2012) 17:1 Rev Const Stud 16 aux pp 22-23.

⁶² Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2012 Student, Toronto, Thomson/Carswell, 2012 aux pp 15-53 [Hogg]; Jean Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles » (2001) 27 Queens Law J 389 au para 37.

⁶³ *Mackin c New Brunswick*, [2002] 1 RCS 405; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2014] 3 RCS 31 [*Trial Lawyers Association of British Columbia*].

⁶⁴ *Trial Lawyers Association of British Columbia*, *ibid* au para 102.

⁶⁵ Hogg, *supra*, note 62 aux pp 15-54; Brun, Tremblay, Brouillet, *supra*, note 59 au para IV.95.

2. La séparation des pouvoirs dans un régime de souveraineté parlementaire

Dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*, la Cour a reconnu le principe de la séparation des pouvoirs comme étant un PSJ⁶⁶, même si le raisonnement de la Cour en l'espèce portait davantage sur un autre principe, celui de l'indépendance judiciaire, « inextricablement lié » à la séparation des pouvoirs⁶⁷. Contrairement à l'indépendance judiciaire, le texte de la Constitution ne fait aucune mention explicite de la séparation des pouvoirs⁶⁸ : elle ressort du préambule de la *LC 1867*⁶⁹. Il s'agit donc d'un des nombreux principes de droit constitutionnel britannique « importés » en droit canadien.

La *LC 1867* contient des dispositions expresses concernant chacun des trois pouvoirs⁷⁰, mais ne se prononce pas sur les relations les régulant. Or, dans le renvoi précité, la Cour a soutenu que :

Le principe de la séparation des pouvoirs exige, à tout le moins, que certaines fonctions soient réservées exclusivement à des organismes particuliers [...]. Toutefois, ce principe comporte aussi un autre aspect -- savoir que les trois pouvoirs de l'État ne doivent, autant que possible, interagir que de certaines façons. Autrement dit, les rapports qu'ils entretiennent devraient revêtir un caractère particulier. [...] Ces rapports devraient être dépolitisés. [...] [L]a législature et l'exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant, et [...], à l'inverse, les membres de la magistrature devraient faire montre de réserve lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des questions touchant des politiques générales d'intérêt public susceptibles d'être soumises aux tribunaux, qui font l'objet de débats politiques et qui ne concernent pas la bonne administration de la justice⁷¹.

On peut en déduire qu'il y a séparation stricte entre les pouvoirs quant à l'exercice de la fonction judiciaire. Toutefois, il n'existe aucune séparation nette entre les pouvoirs exécutif et législatif concernant leurs compositions et fonctions, menant à une séparation caractérisée comme étant souple⁷². Ainsi, les membres du gouvernement doivent être membres du parlement et les deux organes disposent de moyens de contrôle et de contrainte à l'égard de l'autre⁷³.

Finalement, les relations entre les trois pouvoirs sont fortement inspirées par le principe fondamental de la souveraineté parlementaire, également importé du droit constitutionnel britannique. Ainsi, la souveraineté étatique s'exprime au premier chef par l'entremise du

⁶⁶ *Renvoi sur la rémunération des juges*, *supra*, note 50, au para 138, quoique la Cour ait fait mention de la séparation des pouvoirs dans plusieurs arrêts antérieurs, voir *Operation Dismantle c La Reine*, [1985] 1 RCS 441; *R c Power*, [1994] 1 RCS 601; *Harvey c Nouveau Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 RCS 876; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 RCS 854.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Le principe de l'indépendance judiciaire est explicitement prévu à l'art. 11 al. d) de la *Charte canadienne* pour « tout inculqué », donc uniquement dans le contexte spécifique du droit pénal.

⁶⁹ Voir, *supra* à la p 3.

⁷⁰ En ce qui concerne le pouvoir exécutif, voir art 9-16 (fédéral) et art 58-68 (provincial); en ce qui concerne le pouvoir législatif, voir art 17-57 (fédéral), art 69-90 (provincial) et art 91-95 (distribution des pouvoirs législatifs); en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, voir art 96-101.

⁷¹ *Renvoi sur la rémunération des juges*, *supra* note 50 aux paras 139-140.

⁷² Brun, Tremblay, Brouillet, *supra* note 59 au para VII.10.

⁷³ En vertu de la convention constitutionnelle du « gouvernement responsable », le gouvernement doit constamment jouir de la confiance du Parlement. Inversement, le gouvernement a le pouvoir de dissoudre le Parlement.

parlement, confirmant de fait la suprématie des lois votées par ce dernier⁷⁴. Toutefois, le principe de souveraineté parlementaire n'a pas une portée aussi vaste qu'en droit constitutionnel britannique, où l'on considère que les pouvoirs du Parlement de Westminster ne connaissent d'autre limite que l'impossibilité physique⁷⁵.

Tandis que la Cour affirme régulièrement « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur »⁷⁶, cette règle se trouve limitée par la suprématie de la Constitution⁷⁷. Par conséquent, les tribunaux sont appelés à contrôler la constitutionnalité des lois, notamment en ce qui a trait à leur conformité avec la *Charte* et le partage des compétences législatives. Les limites de ce pouvoir de contrôle demeurent néanmoins floues : la Cour a été divisée, en certaines occasions, quant à la « marge d'appréciation » à laisser au législateur⁷⁸.

3. Le fédéralisme

Le fait que le Canada soit un État fédéral ressort clairement des termes du préambule de la *LC 1867*⁷⁹. De même, la Cour a affirmé que le principe du fédéralisme est « inhérent à la structure de nos engagements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début »⁸⁰. Sa raison d'être découle des « réalités politiques et culturelles » qui existaient en 1867, en ce que le fédéralisme représente, ultimement, « une reconnaissance juridique de la diversité des membres de la Confédération »⁸¹. Le fédéralisme est probablement le PSJ le plus important de la Constitution⁸². Plusieurs de ses dispositions reflètent l'organisation fédérale de l'État et sont donc potentiellement assujetties à une interprétation à la lumière de ce principe.

a) Le partage des compétences législatives

Le fédéralisme signifie que le pouvoir politique au Canada est partagé entre deux ordres de gouvernement, soient le gouvernement fédéral et les dix provinces, et que le pouvoir législatif est partagé entre deux ordres d'organes législatifs, soient le Parlement fédéral et les législatures des dix provinces. Aussi, seules les règles relatives au partage des compétences législatives entre les provinces et le Parlement fédéral sont explicitement inscrites aux articles 91 à 95 de la *LC 1867*. Néanmoins, le partage des pouvoirs exécutifs suit, dans les faits, ces mêmes règles⁸³.

⁷⁴ Brun, Tremblay, Brouillet, *supra* note 59 au para VIII.3.

⁷⁵ Tel qu'exprimé par l'adage « le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme », voir Brun, Tremblay, Brouillet, *supra* note 59 au para VIII.11.

⁷⁶ *Amax Potash Ltd. Etc. c Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 RCS 576 à la p 590.

⁷⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, art 52 al 1.

⁷⁸ Voir, par ex, *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 22, concernant le droit de vote des prisonniers. La Cour a décidé – avec 5 juges contre 4 – que le Parlement fédéral n'avait pas le droit d'enlever le droit de vote aux prisonniers purgeant une peine d'emprisonnement de plus de 2 ans.

⁷⁹ On peut notamment y lire « Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale (...) ».

⁸⁰ *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 51 au para 56.

⁸¹ *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, [2007] 2 RCS 3 au para 22 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

⁸² Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 821 [*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*]: « On peut donc dire à bon droit que le principe dominant du droit constitutionnel canadien est le fédéralisme. »

⁸³ Brun, Tremblay, Brouillet, *supra* note 59 au para VI-2.22.

Les dispositions constitutionnelles pertinentes attribuent à chaque ordre de gouvernement certaines compétences matérielles⁸⁴. Ce système de partage est caractérisé par deux principes : celui de l'exclusivité des compétences, qui signifie qu'aucun des deux ordres ne peut empiéter sur les compétences de l'autre⁸⁵, et celui de l'exhaustivité, voulant que l'ensemble des compétences matérielles soit réparti entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales⁸⁶. De même, la clause introductive de l'article 91 attribue au Parlement fédéral le pouvoir général de légiférer « relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets [...] exclusivement assignés aux législatures des provinces ». Il en résulte que toute matière ne tombant pas sous le couvert des articles 91-95 relève de la compétence résiduaire du Parlement fédéral.

Afin de déterminer la constitutionnalité d'une loi en vertu du partage des compétences, la Cour utilise la « doctrine du caractère véritable ». La recherche du caractère véritable consiste à identifier la « matière » sur laquelle porte essentiellement la loi puis à le rattacher aux sujets énumérés dans la Constitution :

Si le caractère véritable de la législation contestée peut se rattacher à une matière relevant de la compétence de la législature qui l'a adoptée, les tribunaux la déclareront *intra vires*. Cependant, lorsqu'il est plus juste d'affirmer qu'elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l'invalidation de la loi⁸⁷.

b) Le fédéralisme coopératif

Quant à l'interprétation des règles portant sur le partage des compétences, la jurisprudence a fait émerger deux conceptions assez diamétralement opposées du fédéralisme canadien. En 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé du Royaume-Uni a soutenu que les articles 91 à 95 divisaient les pouvoirs de manière à créer des « compartiments étanches »⁸⁸. Par conséquent, tout chevauchement entre les compétences fédérales et provinciales devait être évité. La Cour a rejeté cette conception à de nombreuses occasions⁸⁹, mais longtemps éprouvé des difficultés à définir sa propre conception du fédéralisme canadien⁹⁰.

Depuis l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007, il est cependant clair que la Cour prône la conception d'un « fédéralisme coopératif »⁹¹. Ce dernier se caractérise notamment par « une approche axée sur la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux »⁹², mettant ainsi l'accent sur le fait que certains chevauchements sont inévitables. Par ailleurs,

⁸⁴ L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* contient une liste d'environ 30 compétences attribuées au législateur fédéral, tandis que l'article 92 attribue environ 15 sujets à la compétence législative des provinces, dont, notamment, « La propriété et les droits civils dans la province » (al 13) et « Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » (al 15).

⁸⁵ *Hodge c La Reine*, (1883-1884) 9 AC 117 – il s'agit d'une décision du Comité judiciaire du Conseil privé du Royaume-Uni.

⁸⁶ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698 au para 34.

⁸⁷ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 81 au para 26.

⁸⁸ *Attorney-General for Canada v Attorney-General for Ontario*, [1937] AC 326 (CP) au para 354.

⁸⁹ Voir, par exemple, *Multiple Access Ltd. c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161; *SEFPO c Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 RCS 2 et, plus récemment, *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 81 ainsi que *Rogers Communications Inc. c Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 RCS 467.

⁹⁰ Johane Poirier, « Souveraineté et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? » (2015) 45 RDUS 47-131 à la p 71 [Poirier].

⁹¹ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 81 au para 24.

⁹² *Rogers Communications Inc. c Châteauguay (Ville)*, *supra* note 89 au para 85.

la Cour tenait déjà compte de ces derniers dans sa jurisprudence, en appliquant, notamment, les théories du « double aspect » et des « pouvoirs accessoires ». Seule l'existence d'un « véritable » conflit d'application⁹³ entre une loi fédérale et une loi provinciale mène à l'application de la règle de la prépondérance prévoyant la prévalence de la loi fédérale⁹⁴.

Si le principe du fédéralisme coopératif permet une application souple des règles du partage des compétences, il ne commande toutefois pas une coopération directe entre les gouvernements fédéral et provinciaux et ne peut empêcher un ordre de gouvernement d'exercer une de ses compétences législatives, même si cet exercice peut nuire à la collaboration existant entre les deux ordres de gouvernement⁹⁵. Ainsi, le fédéralisme ne crée pas d'obligation de solidarité ou de loyauté entre ceux-ci⁹⁶.

4. La démocratie

Ancré dans le préambule de la *LC 1867*, le PSJ de la démocratie s'inspire fortement de la démocratie parlementaire britannique. Ce faisant, la démocratie canadienne s'inscrit dans un contexte de monarchie constitutionnelle. Par conséquent, lorsque la Cour affirme que « la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple »⁹⁷, il faut garder à l'esprit que celle-ci doit être réconciliée avec le rôle qui incombe à la Couronne⁹⁸. De même, malgré le fait qu'il ne soit pas explicitement mentionné dans la Constitution⁹⁹, l'importance du principe de la démocratie pour le régime constitutionnel canadien a toujours paru « évidente »¹⁰⁰. Reconnu comme PSJ dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* en 1998¹⁰¹, il a notamment servi comme outil d'interprétation pour justifier l'existence de la liberté d'expression, bien avant que cette dernière ne soit inscrite dans la Constitution¹⁰².

La démocratie signifie, avant tout, que « chaque citoyen a le droit d'être représenté au sein du gouvernement »¹⁰³, incluant le droit de participer au processus politique en tant qu'électeur¹⁰⁴. Le droit de vote étant explicitement prévu à l'article 3 de la *Charte*¹⁰⁵, le

⁹³ *Alberta (Procureur général) c Moloney*, [2015] 3 RCS 327.

⁹⁴ L'article 91 prévoit notamment que le pouvoir général de légiférer du Parlement fédéral s'applique « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi ».

⁹⁵ *Québec (Procureur général) c Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 693 au para 20.

⁹⁶ Voir Poirier, *supra* note 90, aux pp 97-102 sur la possibilité de l'émergence d'une telle obligation à l'avenir.

⁹⁷ *Ibid* au para 66.

⁹⁸ La Couronne fait partie du pouvoir législatif (art. 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), tout en détenant le pouvoir exécutif (art. 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), dans le cadre duquel elle préserve certains pouvoirs originaires, désignés comme la « prérogative royale » (*Canada (Premier ministre) c Khadr*, [2010] 1 RCS 44 au para 34; voir aussi Hogg, *supra* note 62 aux pp 1-18 et ss). Aucune approbation parlementaire n'est nécessaire pour l'exercice de la prérogative royale.

⁹⁹ Tel que mentionné plus haut (p 6), l'article premier de la *Charte canadienne* fait référence à une « société libre et démocratique ».

¹⁰⁰ Voir *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 51 au para 62.

¹⁰¹ *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 51 aux paras 61-69.

¹⁰² *Switzman c Elbling*, [1957] 2 RCS 285; *Saumur c City of Québec*, [1953] 2 RCS 299; *Boucher c The King*, [1951] RCS 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] RCS 100.

¹⁰³ *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 RCS 158 à la p 183 (soulignement de la Cour).

¹⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵ Les articles 3 à 5 de la *Charte* sont intitulés « Droits démocratiques » et prévoient, à part le droit de vote, le droit d'être éligible aux élections législatives (art. 3), la durée maximale d'un mandat législatif (art. 4) et l'obligation de tenir au moins une séance annuelle législative (art. 5).

principe de la démocratie a été mobilisé, par exemple, pour argumenter que ce droit « ne peut être écarté à la légère »¹⁰⁶. Ainsi, le retrait du droit de vote à certains prisonniers a été jugé contraire à la Constitution :

Un gouvernement qui n'accorde le droit de vote qu'à un groupe de citoyens choisis est un gouvernement qui diminue sa capacité d'agir à titre de représentant légitime des citoyens exclus de ce groupe, contredit sa prétention à une démocratie représentative et érode son pouvoir de condamner et de punir les contrevenants.¹⁰⁷

Finalement, la démocratie a aussi joué un rôle clé dans l'analyse concernant le droit d'une province de procéder unilatéralement à la sécession¹⁰⁸. Dans ce contexte, la Cour s'est appuyée sur ce principe pour affirmer que, « [p]our être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu »¹⁰⁹. Par conséquent, seule « une majorité claire en réponse à une question claire »¹¹⁰ occasionnerait une obligation pour les autres provinces et le gouvernement fédéral de négocier un arrangement constitutionnel avec la province désirant faire sécession.

5. La primauté du droit

Les fondements juridiques du principe de la primauté du droit sont multiples. D'abord élaboré dans la jurisprudence des tribunaux britanniques, ce principe est historiquement issu de la *common law*¹¹¹. Par conséquent, il fait aussi partie des principes « importés » en droit constitutionnel canadien *via* le préambule de la *LC 1867*. Il a par ailleurs été explicitement reconnu dans le préambule de la *LC 1982* qui énonce « que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». Finalement, la Cour considère que ce principe est, sans aucun doute, « nettement implicite de par la nature même d'une Constitution »¹¹², ce qui explique le fait que la Cour aborde le constitutionnalisme et la primauté du droit de façon conjointe dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*¹¹³.

La primauté du droit exprime une règle fort simple : que l'État n'agit que par le droit et que nul n'est au-dessus de ce droit¹¹⁴ :

La «règle de droit» est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale.¹¹⁵

Par contre, tout comme son ancêtre britannique, la « *rule of law* », la primauté du droit possède de nombreuses facettes. Dans l'arrêt *Roncarelli c Duplessis*, la Cour a d'abord

¹⁰⁶ *Sauvé c Canada*, *supra* note 22 au para 9.

¹⁰⁷ *Ibid* au para 34.

¹⁰⁸ *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 51.

¹⁰⁹ *Ibid* au para 87.

¹¹⁰ *Ibid* au para 153.

¹¹¹ Brun, Tremblay, Brouillet, *supra* note 59 au para IX.5.

¹¹² *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 51 au para 64.

¹¹³ *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 51 aux paras 70 et ss.

¹¹⁴ Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6^e éd, Montréal, Wilson&Laflleur, 2014 aux pp 94-95.

¹¹⁵ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 82 aux pp 805-806.

jugé que la primauté du droit constituait l'antithèse d'un pouvoir absolu et sans entraves¹¹⁶. Ensuite, saisie d'une demande de renvoi concernant l'inconstitutionnalité de toutes les lois provinciales manitobaines, la Cour s'est servie de la primauté du droit afin de rendre temporairement valides ces lois autrement inopérantes en insistant sur le fait que « 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 »¹¹⁷.

Enfin, dans plusieurs arrêts, la Cour s'est penchée sur le lien entre la primauté du droit et l'accès à la justice. Initialement, la Cour avait reconnu l'existence d'un droit constitutionnel d'accès à la justice, notamment pour que le citoyen puisse faire valoir ses droits en vertu de la *Charte* : « Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice »¹¹⁸. Elle a ensuite relativisé cette affirmation en rejetant l'idée que la primauté du droit puisse également englober « un droit général à l'assistance d'un avocat »¹¹⁹. Quelques années plus tard, devant juger de la constitutionnalité des frais d'audience en Colombie-Britannique, la Cour est finalement revenue sur une approche plus généreuse, selon laquelle « l'accès à la justice est essentiel à la primauté du droit »¹²⁰. Elle a ensuite procédé à une interprétation de l'article 96 de la *LC 1867* (concernant la nomination des juges des cours supérieures) à la lumière de la primauté du droit pour conclure que cette disposition accorde « une certaine protection constitutionnelle à l'accès à la justice »¹²¹ : « Si les gens ne sont pas en mesure de contester en justice les mesures prises par l'État, ils ne peuvent obliger celui-ci à rendre des comptes — l'État serait alors au-dessus des lois ou perçu comme tel »¹²².

¹¹⁶ *Roncarelli v Duplessis*, [1959] RCS 121 à la p 140.

¹¹⁷ Renvoi : *Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 51 à la p 749.

¹¹⁸ *B.C.G.E.U. c British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 214 au para 25.

¹¹⁹ *Colombie-Britannique (Procureur général) c Christie*, [2007] 1 RCS 873 au para 23.

¹²⁰ *Trial Lawyers Association of British Columbia*, *supra* note 63 au para 39.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid* au para 40.