

Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien

Marc-Antoine Gervais

Volume 66, Number 3, March 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1088287ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1088287ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gervais, M.-A. (2021). Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 66(3), 509–564. <https://doi.org/10.7202/1088287ar>

Article abstract

This article proposes a new interpretation of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. It argues that the legal effect of this provision depends on the type of unconstitutionality at issue. On the one hand, subsection 52(1) governs substantive conflicts between constitutional and legislative norms by rendering inoperative legislation that is incompatible with the supreme law. On the other hand, subsection 52(3) requires the observance of the procedural rules prescribed by the Constitution. Legislative measures that contravene this procedural criterion are *ultra vires* and, as a result, invalid. This article further attempts to clarify the effects of declarations of unconstitutionality on third parties as well as their temporal operation. It contends that declaratory judgments of unconstitutionality are *in rem* in nature. Such declarations bind parties to the litigation and third parties alike by virtue of the principle of *res judicata*, subject to rare exceptions. The general scope of declarations of unconstitutionality allows courts to adjust the temporal operation of the law deemed unconstitutional, notably to maintain the security and stability of legal relationships.

LES IMPASSES THÉORIQUES ET PRATIQUES DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ CANADIEN

*Marc-Antoine Gervais**

Ce texte propose, dans un premier temps, une nouvelle lecture du régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il avance que l'effet juridique de cette disposition dépend du type d'inconstitutionnalité en cause. D'une part, le paragraphe 52(1) régit les conflits de fond entre les normes constitutionnelle et ordinaire en sanctionnant d'inopérabilité la mesure législative incompatible avec la loi suprême. D'autre part, le paragraphe 52(3) exige l'observance des règles procédurales inscrites dans la Constitution. Les lois contrevenant à ce critère procédural sont frappées de nullité pour cause d'excès de pouvoir. Dans un second temps, ce texte tente d'expliquer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard des tiers et dans le temps. Il maintient que le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité vaut *in rem* de manière à lier tant les parties au litige que les tiers par application de la *res judicata*, sous réserve de rares exceptions. La portée générale des déclarations d'inconstitutionnalité permet aux tribunaux d'aménager l'effet de la loi jugée inconstitutionnelle dans le temps afin, notamment, de maintenir la sécurité et la stabilité des rapports juridiques.

This article proposes a new interpretation of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. It argues that the legal effect of this provision depends on the type of unconstitutionality at issue. On the one hand, subsection 52(1) governs substantive conflicts between constitutional and legislative norms by rendering inoperative legislation that is incompatible with the supreme law. On the other hand, subsection 52(3) requires the observance of the procedural rules prescribed by the Constitution. Legislative measures that contravene this procedural criterion are *ultra vires* and, as a result, invalid. This article further attempts to clarify the effects of declarations of unconstitutionality on third parties as well as their temporal operation. It contends that declaratory judgments of unconstitutionality are *in rem* in nature. Such declarations bind parties to the litigation and third parties alike by virtue of the principle of *res judicata*, subject to rare exceptions. The general scope of declarations of unconstitutionality allows courts to adjust the temporal operation of the law deemed unconstitutional, notably to maintain the security and stability of legal relationships.

* Marc-Antoine Gervais, B.C.L./J.D. (McGill). L'auteur est auxiliaire juridique auprès de la juge Côté à la Cour suprême du Canada. Cet article a été rédigé avant l'entrée en fonction de l'auteur, et il n'engage nullement son employeur. L'auteur est redevable au professeur Fabien Gélinas, à David D'Astous et à Fabian Bargout, sans qui le texte n'aurait pas vu le jour. Il tient aussi à remercier les professeurs Johanne Poirier et Grégoire Webber pour leurs précieux commentaires.

| | |
|--|-----|
| Introduction | 511 |
| I. Des fondements du contrôle de constitutionnalité en droit canadien | 513 |
| <i>A. Les fondements théoriques du contrôle de constitutionnalité des lois de 1867 à aujourd'hui</i> | 513 |
| <i>B. Le contrôle de constitutionnalité des lois en pratique de 1867 à 1982</i> | 515 |
| <i>C. Le régime de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982</i> | 519 |
| 1. Les failles conceptuelles de la théorie admise | 520 |
| 2. Le double fondement du contrôle de constitutionnalité sous le régime de l'article 52 | 524 |
| II. De l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité | 529 |
| <i>A. La nature de la déclaration d'inconstitutionnalité</i> | 530 |
| 1. Une abrogation judiciaire? | 531 |
| 2. La nature judiciaire de la déclaration d'inconstitutionnalité | 535 |
| <i>B. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard des tiers</i> | 540 |
| 1. Les principes de la <i>res judicata</i> et du <i>stare decisis</i> | 542 |
| 2. Les limites à la portée des déclarations d'inconstitutionnalité <i>in rem</i> | 547 |
| <i>C. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps</i> | 553 |
| 1. L'opposition entre les sanctions d'invalidité et d'inopérabilité | 553 |
| 2. L'aménagement judiciaire de l'effet d'une loi inconstitutionnelle dans le temps | 555 |
| <i>D. Les conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité</i> | 558 |
| 1. Le pouvoir exécutif et l'hypothèse de la convention constitutionnelle | 558 |
| 2. Le pouvoir judiciaire et la quête de cohérence et de certitude | 560 |
| Conclusion | 563 |

Introduction

La jurisprudence et la doctrine regorgent de déclarations voulant que les tribunaux « invalident » ou « annulent » les lois contraires à la Constitution¹. Ce pouvoir repose sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, aux termes duquel les règles de droit incompatibles avec la Constitution du Canada sont « inopérantes »². Malgré le libellé de cette disposition, la Cour suprême du Canada a confirmé tôt après la révision constitutionnelle de 1982 que le contrôle judiciaire des lois était toujours fondé sur « le principe de l'invalidité »³. Le plus haut tribunal a également statué que le paragraphe 52(1) a pour corollaire « l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité »⁴. Ce sont les cours supérieures (au sens large⁵) qui peuvent « se prononcer de façon définitive sur la constitutionnalité d'une loi »⁶.

Cette rationalisation du contrôle judiciaire de constitutionnalité, élégante à première vue, se heurte néanmoins à plusieurs difficultés. Conceptuellement, la conséquence d'invalidité se prête mal aux cas où les lois sont incompatibles avec des normes constitutionnelles de rang ordinaire. Il nous paraît incongru qu'une disposition non enchâssée de la Constitution puisse invalider les lois d'une législature par ailleurs compétente pour abroger la norme constitutionnelle en cause. Le mécanisme de dérogation semble aussi supposer l'inopérabilité — plutôt que l'invalidité — des lois incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »)⁷, car il permet au législateur de donner temporairement effet à sa loi pourtant contraire à la Constitution. Enfin, l'invalidation judiciaire, censée être « définitive », ne permet pas d'expliquer l'existence de

¹ Voir par ex *Vancouver (Ville) c Ward*, 2010 CSC 27 au para 1 [*Ward*]; Gérald-A Beaudoin, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois » (2003) 48 RD McGill 325 à la p 338.

² Art 52, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

³ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 à la p 746, 19 DLR (4^e) 1.

⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, 2014 CSC 21 au para 89 [*Renvoi sur la Cour suprême*].

⁵ Nous incluons dans cette catégorie les cours visées à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ((R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5), dont font partie les cours d'appel et la Cour suprême du Canada. Bien que cette position mériterait une démonstration plus étendue, la déclaration d'inconstitutionnalité constitue selon nous un pouvoir inhérent ressortissant exclusivement aux cours visées à l'article 96 (et, par voie de conséquence nécessaire, aux cours siégeant en appel de leurs décisions), ce qui exclut les cours fédérales (voir *Strickland c Canada (PG)*, 2015 CSC 37 au para 53)).

⁶ *Ontario (PG) c G*, 2020 CSC 38 au para 88.

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

décisions constitutionnelles contradictoires ni les circonstances dans lesquelles une déclaration d'inconstitutionnalité peut être écartée, qu'elle ait été prononcée dans la même province ou ailleurs au pays.

Nous proposons de réexaminer le contrôle de constitutionnalité à la lumière des particularités liées au fédéralisme et à l'organisation judiciaire de l'État canadien. Ce texte remettra doublement en question la thèse de l'invalidation judiciaire des lois et proposera une nouvelle manière d'appréhender le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'une part, nous soutiendrons que les jugements déterminent l'effectivité judiciaire des lois sans toutefois affecter leur existence. D'autre part, nous proposerons qu'une loi incompatible sur le fond avec la Constitution n'est pas de ce fait invalide, mais plutôt inopérante.

Notre étude du contrôle de constitutionnalité visera à clarifier la nature des conséquences juridiques qui accablent les lois inconstitutionnelles. Dans la Partie I, nous tenterons de rationaliser le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en prenant appui sur les fondements historiques du contrôle de constitutionnalité au Canada. Nous avancerons que le régime actuel maintient la distinction entre l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes » et celle de type « excès de pouvoir » qui existait sous le régime du *Colonial Laws Validity Act, 1865* (« CLVA »)⁸. À la différence de l'ancien régime, cependant, l'article 52 ne rend pas systématiquement nulle toute loi inconstitutionnelle. À notre avis, l'effet juridique de cette disposition dépend de la nature de l'inconstitutionnalité en cause : la sanction d'inopérabilité s'applique à la loi en conflit avec la Constitution sur le fond, tandis que la sanction d'invalidité frappe la loi excédant les pouvoirs conférés au législateur.

L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps et à l'égard des tiers sera étudié dans la Partie II. D'abord, nous traiterons de la nature du jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité en droit canadien. Celui-ci, croyons-nous, détermine l'effectivité judiciaire de la mesure législative visée en réfutant la présomption de constitutionnalité dont elle jouissait, sans toutefois induire son extinction. Ensuite, nous présenterons les doctrines et concepts évoqués pour expliquer le traitement réservé à la loi inconstitutionnelle à l'échelle provinciale et, dans le cas des lois fédérales, à l'échelle interprovinciale. Selon nous, il est possible d'expliquer le vaste effet de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard des tiers et dans le temps en admettant sa nature *in rem*. Le jugement déclaratoire fixe l'état d'inconstitutionnalité indépendamment du contexte litigieux de manière à lier tous les justiciables au sens de la *res judi-*

⁸ (R-U), 28 & 29 Vict, c 63 [CLVA].

cata, sous réserve de deux limites. D'une part, la portée territoriale de la décision est circonscrite au territoire sur lequel le tribunal a compétence et, d'autre part, la *res judicata* peut être écartée dans certaines circonstances exceptionnelles.

I. Des fondements du contrôle de constitutionnalité en droit canadien

Notre lecture de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appuie sur la distinction conceptuelle entre l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes » et celle de type « excès de pouvoir ». Cette première partie vise à démontrer l'existence continue des deux fondements du contrôle de constitutionnalité depuis l'édiction du *CLVA* et décrira les conséquences juridiques qui s'y rattachent.

A. Les fondements théoriques du contrôle de constitutionnalité des lois de 1867 à aujourd'hui

La *Loi constitutionnelle de 1867* est muette au sujet du contrôle de constitutionnalité. Le pouvoir judiciaire de déclarer les lois invalides était plutôt fondé, jusqu'en 1982, sur les articles 2 et 5 du *CLVA*. Sur le plan théorique, ces dispositions jetaient les bases du contrôle de constitutionnalité canadien de deux manières différentes. En premier lieu, l'article 2 établissait la suprématie des lois impériales dites *proprio vigore*, qui « *consis[t] of statutes which were passed by the Imperial Parliament at Westminster and intended by that Parliament to be in force in the colony* »⁹. Cette disposition rendait « absolument nulle et inopérante » [notre traduction] toute loi coloniale en conflit sur le fond avec de telles lois impériales, dont fait partie la *Loi constitutionnelle de 1867* :

*Any colonial law which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate [...] shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.*¹⁰

Le *CLVA* affirmait à l'article 2 la primauté des lois *proprio vigore*, en sanctionnant de nullité la législation coloniale y étant incompatible (*repugnant*) dans la mesure de cette incompatibilité.

En second lieu, le *CLVA* instituait à l'article 5 un fondement procédural au contrôle de constitutionnalité des lois. Cette disposition exigeait des législatures coloniales qu'elles observent les obligations de manière et de forme prescrites, entre autres, par les lois impériales ou coloniales :

⁹ JE Côté, « The Reception of English Law » (1977) 15 *Alta L Rev* 29 à la p 31.

¹⁰ *CLVA*, *supra* note 8, art 2.

[E]very representative legislature shall, in respect to the colony under its jurisdiction, have [...] full power to make laws respecting the constitution, powers, and procedure of such legislature; provided that such laws shall have been passed in such manner and form as may from time to time be required by any Act of Parliament, letters patent, Order in Council, or colonial law for the time being in force in the said colony.¹¹

Le législateur qui ne s’y conformait pas agissait alors *ultra vires*, et ses lois issues d’une procédure législative irrégulière étaient en conséquence frappées de nullité¹².

La théorisation du *CLVA* n’a suscité l’intérêt des auteurs canadiens qu’à compter des années 1980, mais certains constitutionnalistes anglais se sont affairés à cette tâche bien plus tôt¹³. Notamment, Sire Henry Jenkyns a souligné dans sa synthèse du *CLVA* l’existence des deux fondements du contrôle de constitutionnalité : « *an enactment of a colonial legislature may be treated [...] as of no effect either because it is beyond the competence of the legislature to enact, or because, though within the competence of that legislature, it is repugnant to an imperial statute which applies to the colony* »¹⁴. La conséquence juridique du manquement à l’un ou l’autre des articles 2 et 5 du *CLVA* est l’invalidité de la loi, ce qui explique peut-être l’attention limitée consacrée à ce sujet dans la doctrine canadienne.

En 1931, le Parlement impérial a édicté le *Statut de Westminster*¹⁵. Cette loi stérilise le *CLVA* en permettant aux dominions de modifier les lois *proprio vigore* les visant, à une exception notoire près au Canada : « Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l’abrogation ou à la modification des *Actes de l’Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930*, ou d’un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdits *Actes*. »¹⁶ Le *Statut de Westminster* a donc spécifiquement maintenu la suprématie de la *Loi constitutionnelle de 1867* consacrée aux articles 2 et 5 du *CLVA*. Cette exception a été abrogée lors de la révision constitutionnelle de 1982¹⁷.

¹¹ *Ibid*, art 5.

¹² Voir *New South Wales (AG) v Trethowan*, [1932] AC 526 (PC) [*Trethowan*].

¹³ Voir par ex Sir Henry Jenkyns, *British Rule and Jurisdiction Beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902 aux pp 69–84; AV Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd, Londres, Macmillan, 1915 aux pp 59–61.

¹⁴ Jenkyns, *supra* note 13 à la p 69.

¹⁵ Voir *Statut de Westminster de 1931* (R-U), 22 & 23 Geo V, c 4.

¹⁶ *Ibid*, art 7(1).

¹⁷ Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2, annexe, art 17.

Désormais, le contrôle judiciaire des lois repose sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui se lit comme suit :

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

(2) La Constitution du Canada comprend :

- a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;
- b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
- c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.¹⁸

À notre avis, le régime de l'article 52 maintient le double fondement du contrôle de constitutionnalité énoncé aux articles 2 et 5 du *CLVA*. Nous soutiendrons dans la section I.C de cet article que les paragraphes 52(1) et 52(3) régissent respectivement l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes » et l'inconstitutionnalité de type « excès de pouvoir »¹⁹.

B. Le contrôle de constitutionnalité des lois en pratique de 1867 à 1982

Bien qu'il ait constitué la source législative du contrôle de constitutionnalité entre 1867 et 1982, le *CLVA* n'a que rarement été mentionné dans les jugements prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi durant cette période²⁰. Cette omission tient possiblement au fait que, avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, les questions de constitutionnalité des lois étaient principalement tranchées dans des litiges relatifs au fédéralisme. Or, le contrôle de constitutionnalité fondé sur la répartition des compétences législatives peut être décrit comme inhérent à toute loi fédérative, car le législateur ne peut excéder les pouvoirs lui étant accordés par la loi dont il tire son autorité²¹. À ce sujet, A.V. Dicey a soutenu que tout système fédéral requiert l'existence d'une constitution suprême répartissant les com-

¹⁸ *Ibid*, art 52.

¹⁹ Voir le texte correspondant aux notes 66–80.

²⁰ Voir L'honorable Barry L Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd, Toronto, Butterworths, 1988 à la p 7; Brian Bird, « The Unbroken Supremacy of the Canadian Constitution » (2018) 55:3 *Alta L Rev* 755 à la p 759.

²¹ Voir *Northern Telecom c Travailleurs en communication*, [1983] 1 RCS 733 aux pp 741–42, 147 DLR (3^e) 1.

pétences législatives et d'un organe investi du rôle d'interpréter et d'arbitrer les conflits constitutionnels²².

La jurisprudence antérieure à la réforme constitutionnelle de 1982 s'appuyait généralement sur la théorie de l'*ultra vires* pour déclarer l'invalidité d'une loi, quelle que soit la nature de l'inconstitutionnalité. Le cas classique d'excès de pouvoir est celui de la loi portant sur une matière qui sort du champ de compétence du législateur, comme l'explique éloquemment le juge Taschereau dans l'arrêt *Lenoir v. Ritchie* :

[A] *Provincial statute, passed on a matter over which the Legislature has no authority or control, under the British North America Act, is a complete nullity, a nullity of non esse. Defectus potestatis, nullitas nullitatum. No power can give it vitality. [...] If [the Legislatures] pass an Act ultra vires, this Act is null [...]*.²³

Bien entendu, le raisonnement du juge Taschereau s'applique également aux lois du Parlement du Canada²⁴.

En plus de la répartition « positive » des compétences législatives, la Constitution du Canada contient aussi des dispositions enchâssées qui circonscrivent le pouvoir législatif des ordres fédéral et provincial. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont l'objet est de protéger le rôle que jouaient les cours supérieures au moment de la Confédération, présente un exemple de limite « négative » de la compétence législative du Parlement et des législatures des provinces²⁵. En effet, la Cour suprême a reconnu que les législatures des provinces agissaient *ultra vires* en accordant à des tribunaux inférieurs une juridiction réservée aux cours mentionnées à l'article 96²⁶.

Même dans les cas d'incompatibilité sur le fond entre la loi contestée et la norme constitutionnelle, la constitutionnalité de la mesure législative était abordée sous l'angle du *vires* du législateur. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Blaikie* de 1979, la Cour suprême du Canada devait décider

²² Voir Dicey, *supra* note 13 à la p 140.

²³ [1879] 3 RCS 575 aux pp 624–25, 1879 CarswellNS 7 (WL Can).

²⁴ Voir *Canada (AG) v Ontario (AG)*, [1937] UKPC 6, [1937] AC 355; *Canadian Federation of Agriculture v Quebec (AG)*, [1950] UKPC 31, [1951] AC 179.

²⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art 96. Pour plus d'exemples de dispositions enchâssées circonscrivant les champs de compétences des ordres fédéral et provincial, voir par ex *ibid*, arts 93(1), 97–100, 121, 133.

²⁶ Voir *Séminaire de Chicoutimi c Chicoutimi (Cité de)*, [1973] RCS 681 aux pp 685–86, 27 DLR (3^e) 356 [*Chicoutimi*]; *Québec (PG) c Farrah*, [1978] 2 RCS 638 aux pp 647 (juge en chef Laskin), 654 (juge Pratte), 86 DLR (3^e) 161. L'arrêt *McEvoy c Nouveau-Brunswick (PG)* confirme que cette limite s'applique aussi au Parlement ([1983] 1 RCS 704 à la p 720, 148 DLR (3^e) 25).

de la validité des articles 7 à 13 de la *Charte de la langue française*²⁷ au regard de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸. Le plus haut tribunal du pays a tranché que la législature du Québec ne pouvait pas modifier unilatéralement cette disposition constitutionnelle au motif qu'elle était « intangible » (*entrenched*)²⁹. Ainsi, les articles 7 à 13 de la *Charte de la langue française* ont été déclarés *ultra vires* de la législature du Québec du fait de leur incompatibilité avec l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁰. À nouveau, le *CLVA* a brillé par son absence dans le raisonnement de la Cour suprême.

Quant aux exigences de manière ou de forme visant le processus législatif, une seule décision a sanctionné un manquement à une telle obligation procédurale avant 1982. Il s'agit de l'affaire *Gallant v. the King*, dans laquelle le lieutenant-gouverneur de l'Île-du-Prince-Édouard avait, en fin de mandat, refusé la sanction du projet de loi modifiant le *Prohibition Act* alors en vigueur³¹. Son successeur est revenu sur cette décision quelques mois plus tard en décidant d'y accorder la sanction royale. Le juge en chef Campbell a tranché que, par le jeu des articles 55 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la décision initiale rendait le lieutenant-gouverneur *functus officio* à l'égard du projet de loi. Ce dernier « *never became law* » en raison de sa sanction irrégulière et, partant, le *Prohibition Act* n'a jamais été dûment modifié³².

Bien qu'aucune décision canadienne ne se soit appuyée sur l'article 5 du *CLVA*, l'arrêt *Trethowan* de 1932 décrit avec justesse ce fondement procédural du contrôle de constitutionnalité³³. Le Conseil privé y a décidé que la législature du Nouveau Pays de Galles avait agi *ultra vires* en omettant de soumettre son projet de loi à un référendum, comme l'exigeait la constitution :

Again, no question of repugnancy here arises. It is only a question whether the proposed enactment is intra vires or ultra vires s. 5. A Bill [...] which received the Royal assent without having been ap-

²⁷ RLRQ c 11.

²⁸ Voir *Québec (PG) c Blaikie*, [1979] 2 RCS 1016, 101 DLR (3^e) 394 [*Blaikie*].

²⁹ *Ibid* aux pp 1026–27.

³⁰ Voir *ibid*. Voir aussi *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3.

³¹ (1948), [1949] 2 DLR 425, 1948 CanLII 316 (PEISC (TD)) [*Gallant*], cité avec approbation dans *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 881, 125 DLR (3^e) 1, juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer.

³² *Gallant*, *supra* note 31 à la p 431.

³³ *Supra* note 12.

*proved by the electors [...] would not be a valid Act of the legislature. It would be ultra vires s. 5 of the [CLVA].*³⁴

Le Conseil privé a conclu sans ambages que l'article 5 du *CLVA* constitue un fondement procédural autonome du contrôle de constitutionnalité. Celui-ci s'ajoute au fondement énoncé à l'article 2 régissant l'incompatibilité sur le fond (*repugnancy*).

Le portrait que nous avons brossé de la jurisprudence entre 1867 et 1982 montre que peu d'attention était accordée à la source législative du contrôle de constitutionnalité en droit canadien, à savoir le *CLVA*. Les cas d'inconstitutionnalité étaient le plus souvent traités par les tribunaux comme des problèmes de *vires*. Les fondements du contrôle de constitutionnalité étaient méconnus au point tel que, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême semble avoir ignoré l'existence de l'article 5 du *CLVA*, lequel s'applique pourtant précisément à l'inobservance des obligations de modalités et de forme. Ainsi, le plus haut tribunal du pays a erronément conclu que l'article 2 du *CLVA* régissait ce type d'inconstitutionnalité. Le raisonnement à l'appui de cette conclusion mérite d'être exposé au long :

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la disposition applicable était, conformément au *Statut de Westminster, 1931*, l'art. 2 de la *Loi de 1865* relative à la validité des lois des colonies [...].

La théorie juridique en matière constitutionnelle, établie sous le régime de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, était fondée sur le principe de l'invalidité. Si le Parlement ou une législature provinciale outrepassait les pouvoirs que lui conférait la Constitution en adoptant une loi donnée, alors l'incompatibilité de cette loi avec les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* faisait en sorte que la loi en question était « absolument nulle et inopérante ».

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot « inopérantes » signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.³⁵

Il est inexact d'attacher le principe de la sanction d'invalidité au seul article 2 du *CLVA*, lequel régit les problèmes d'incompatibilité (*repugnancy*) avec les lois impériales *proprio vigore*. Comme l'explique le Conseil privé dans l'arrêt *Trethowan*, l'article 5 de la même loi pose des limites à

³⁴ *Ibid* à la p 541.

³⁵ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 à la p 746.

la compétence (*jurisdiction*) du législateur. À défaut de suivre les exigences de manière et de forme dans sa procédure, le législateur agit *ultra vires* et ses lois sont conséquemment invalides, sans qu'il faille recourir à nulle autre justification. Le Conseil privé précise dans l'arrêt *Trethowan* que « *no question of repugnancy here arises* » : seul l'article 5 du *CLVA* régit les manquements aux exigences de modalités et de forme³⁶. Cette disposition établit le principe de nullité pour cause d'excès de pouvoir indépendamment de l'article 2 de la même loi.

Avant 1982, la théorisation limitée du contrôle de constitutionnalité n'entraînait aucune conséquence pratique, car la sanction de nullité était systématiquement imposée aux lois inconstitutionnelles. Nous croyons que le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* commande de réévaluer la théorie constitutionnelle qui avait cours jusqu'alors afin de déterminer les conséquences juridiques appropriées s'attachant aux différents types d'inconstitutionnalité.

C. *Le régime de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982*

Si le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* portait sur une question de manquement à des exigences de modalités et de forme, le passage cité ci-haut a été repris dans le contexte des conflits sur le fond entre des lois ordinaires et la Constitution. Dans l'arrêt *Tranchemontagne*, les motifs majoritaires du juge Bastarache contrastent les déclarations d'invalidité prononcées en vertu du paragraphe 52(1) avec les déclarations d'inopérabilité résultant des lois quasi-constitutionnelles :

[U]ne disposition déclarée invalide sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a jamais été validement adoptée. Elle n'a jamais existé en tant que disposition valide parce que le législateur qui l'a adoptée n'a jamais eu le pouvoir de le faire. Mais lorsqu'une disposition est déclarée inapplicable en vertu du par. 47 du Code [des droits de la personne], il n'est pas question de sa validité. Le législateur avait le pouvoir d'adopter la disposition incompatible; il se trouve seulement qu'il a également édicté une autre règle de droit qui prévaut.³⁷

Cette position se heurte à un certain nombre de défis conceptuels qui seront exposés dans cette section. Nous y opposerons la théorie selon laquelle le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* attache la sanction d'inopérabilité à l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes » et la sanction d'invalidité à l'inconstitutionnalité de type « excès de pouvoir ».

³⁶ *Trethowan*, *supra* note 12 aux pp 540–41.

³⁷ *Tranchemontagne c Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14 au para 35.

1. Les failles conceptuelles de la théorie admise

Il y a lieu de croire que le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rompt avec le principe de nullité tiré du *CLVA*, du moins en ce qui concerne les cas d'incompatibilité sur le fond avec la loi suprême³⁸. À notre avis, le libellé du paragraphe 52(1), le mécanisme de dérogation à la *Charte* et la définition même de « loi suprême » s'accordent mal avec l'application de la sanction d'invalidité à l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes ».

Le libellé des deux lois marque la différence entre les notions auxquelles elles réfèrent : l'article 2 du *CLVA* rend « absolument nulle et inopérante » toute loi coloniale en conflit avec les lois impériales *proprio vigore*, alors que le paragraphe 52(1) se limite à déclarer « inopérante » la mesure législative incompatible avec la loi suprême. Or, la distinction entre les notions de nullité et d'inopérabilité était déjà bien établie dans la jurisprudence portant sur des questions de fédéralisme et de conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*³⁹.

Il ne convient pas non plus de présumer que le législateur ignorait la différence entre l'invalidité et l'inopérabilité d'une loi. De fait, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait la possibilité qu'une loi valide soit inopérante. L'article 94 permet notamment au Parlement d'édicter des lois visant l'uniformité du droit privé en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick⁴⁰. Une telle loi fédérale « aura [...] effet dans une province » seulement si elle est ratifiée par la législature de ladite province⁴¹. En d'autres termes, la mesure législative résultant de l'article 94 est *valide* dès son édicition par le Parlement, mais son *opération* est assujettie à la condition de ratification. S'il en était autrement, la loi fédérale ratifiée dans une seule province serait simultanément valide dans cette province et invalide dans les deux autres.

Dans la version anglaise, le libellé « *of no force or effect* », d'apparence neutre, a été choisi par le législateur au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴². Une analyse attentive de cette loi révèle toutefois

³⁸ Voir Fabien Gélinas, « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988) 67:3 R du B can 455 à la p 462. Voir aussi Pierre-André Côté, « La présence de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 RJT 105 aux pp 114–16.

³⁹ LC 1960, c 44. Voir par ex *Reference as to the Validity of the Wartime Leasehold Regulations*, [1950] RCS 124 à la p 140, 2 DLR 1 [*Reference Re Wartime Leasehold Regulations*]; *R c Drybones*, [1970] RCS 282 aux pp 294–95, 9 DLR (3^e) 473.

⁴⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art 94.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Supra* note 2, art 52(1).

que ces termes se rapportent à l'opérabilité, et non à la validité, des mesures législatives. En effet, « *in force* » et « *effect* » sont traduits par « en vigueur » et « effet » ailleurs dans la loi, des termes liés au caractère exécutoire de lois ailleurs valides et pleinement existantes⁴³. Les propos du professeur Pierre-André Côté sont éclaircissants à cet égard :

Le texte de la loi naît dès qu'il est édicté par le Parlement. [...] [C]'est la sanction du projet par le représentant du Souverain, gouverneur général ou lieutenant-gouverneur, qui marque le début de l'existence d'un texte de loi.

Le texte n'est toutefois pas nécessairement exécutoire dès sa sanction : sanction et mise en vigueur peuvent souvent coïncider dans le temps, mais ce sont deux faits conceptuellement distincts. Le texte de la loi sanctionnée doit, en principe, entrer en vigueur pour produire ses effets.⁴⁴

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle* détermine, non pas la validité, mais plutôt le caractère exécutoire et l'effet des dispositions incompatibles avec la Constitution — autrement dit, leur opérabilité. Cette interprétation permet d'harmoniser les deux versions linguistiques de la disposition sans devoir présumer le manque de finesse du législateur⁴⁵.

À l'argument textuel s'ajoutent des indices d'ordre structurel révélant que la notion d'inopérabilité se prête mieux au conflit de normes que le concept de la validité. Le mécanisme permettant de déroger à la *Charte* fait obstacle à l'application de la sanction de nullité aux lois violant les droits qui y sont garantis. À l'article 33, la *Charte* autorise le Parlement et les législatures des provinces à déroger aux droits énoncés aux articles 2 et 7 à 15, sous réserve de certaines conditions de forme⁴⁶. Si le paragraphe 52(1) s'inscrit dans la continuité de l'article 2 du *CLVA*, il faut admettre que le législateur peut, par le biais d'une déclaration de dérogation, rendre opérante sa loi dérogatoire, encore que celle-ci soit « absolument nulle »⁴⁷. Or, le législateur ne peut pas remédier à l'invalidité d'une loi entièrement nulle par le moyen d'une simple modification législative⁴⁸.

⁴³ Voir par ex *ibid.*, arts 6(3)(a), 32(2), 33(1)–(3), 38(3), 41(b), 58–59.

⁴⁴ Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009, n^o 347–48.

⁴⁵ Une loi inopérante peut fort bien s'avérer valide; en revanche, une loi invalide doit nécessairement être inopérante (*of no force or effect*) (voir P-A Côté, *supra* note 38 aux pp 108–10).

⁴⁶ *Supra* note 7, art 33.

⁴⁷ *CLVA*, *supra* note 8, art 2.

⁴⁸ Voir la discussion sur le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* (*supra* note 3) aux notes 216–18 du présent article. Oliver P Field maintient, jurisprudence états-unienne à l'appui, que l'impossibilité de modification législative est une conséquence nécessaire de la position selon laquelle la loi inconstitutionnelle est nulle *ab initio* (voir Oliver P

Nous préférons à cette conclusion saugrenue la thèse selon laquelle une loi dérogeant à la *Charte* est *intra vires* (et donc valide), mais opérante seulement dans la mesure où le permet l'article 33⁴⁹.

En outre, la définition de « loi suprême » énoncée au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'harmonise difficilement avec la sanction d'invalidité pour toute mesure lui étant incompatible, car plusieurs normes constitutionnelles peuvent être modifiées suivant une procédure législative ordinaire⁵⁰. La Constitution du Canada, loi suprême du pays, comprend des dispositions enchâssées (ou supralégislatives) ainsi que des dispositions ordinaires. L'enchâssement réfère ici à la procédure de modification formelle, par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, qui exige à divers degrés la participation des ordres fédéral et provincial⁵¹. Il s'ensuit que le caractère « suprême » de la Constitution renvoie simplement à la primauté que lui accorde le paragraphe 52(1) en cas de conflit de normes.

La Cour suprême a statué qu'en l'absence d'une modification claire et non ambiguë, l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — une disposition non enchâssée — prime toute loi ordinaire en vertu du paragraphe 52(1)⁵². Cette disposition constitutionnelle, qui s'applique aux provinces par le jeu de l'article 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, exige des projets de loi établissant de nouvelles taxes qu'ils émanent de la législature. Dans l'arrêt *Eurig*, la législature de l'Ontario avait édicté une loi déléguant au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements régissant le paiement de frais d'homologation⁵³. Cette loi habilitante était muette au sujet du pouvoir de créer des taxes. En conséquence, la majorité de la Cour suprême du Canada a jugé que les frais d'homologation établis en vertu d'un règlement, qui constituaient une taxe indirecte, étaient contraires à l'article 53 de la *Loi constitutionnelle*

Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1935 aux pp 281–82). Les déclarations n'ont cependant pas un effet abrogatoire en droit canadien (à ce sujet, voir la section II-A, ci-dessous).

⁴⁹ Voir P-A Côté, *supra* note 38 à la p 111.

⁵⁰ Voir Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996 aux pp 49, n 141, 53, n 153.

⁵¹ Voir *ibid* à la p 53, n 153.

⁵² Voir *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 RCS 565 aux para 34–42, 165 DLR (4^e) 1 [*Eurig*]; *Ontario English Catholic Teachers' Assn c Ontario (PG)*, 2001 CSC 15 aux para 67–79; *Confédération des syndicats nationaux c Canada (PG)*, 2008 CSC 68 aux para 81–94 [*CSN c Canada*]; *620 Connaught Ltd c Canada (PG)*, 2008 CSC 7 aux para 4–6.

⁵³ *Supra* note 52.

de 1867 en raison de l'absence de délégation claire et non ambiguë du pouvoir de taxation⁵⁴.

Nous proposons de décrire l'effet du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la lumière de la définition élargie de la « Constitution du Canada » plutôt qu'en ignorant les dispositions de rang ordinaire qui la composent. D'abord, le paragraphe 52(1) attribue une « primauté relative »⁵⁵ aux dispositions constitutionnelles non enchâssées en affirmant leur préséance sur les lois ordinaires, sous réserve d'une dérogation expresse. Ensuite, il protège les parties non enchâssées contre une abrogation tacite lors d'une révision constitutionnelle formelle⁵⁶. Dans cette optique, le législateur demeure libre de modifier ces normes constitutionnelles à sa convenance, sans devoir recourir à une procédure spéciale. Toutefois, les principes d'interprétation des lois favorisent leur application en cas de conflit implicite avec des lois ordinaires⁵⁷. Les motifs majoritaires de l'arrêt *Eurig* mettent l'accent sur la nécessité d'*interpréter strictement* la loi habilitante au regard de la disposition constitutionnelle non enchâssée⁵⁸. Par opposition, la thèse de la nullité conduit à un résultat incongru : le paragraphe 52(1) rendrait invalide une loi implicitement incompatible avec une disposition non enchâssée de la Constitution, encore que le législateur puisse modifier unilatéralement la norme constitutionnelle en cause.

De fait, lorsque les tribunaux ont tranché des litiges dont la résolution exigeait de préciser l'effet du paragraphe 52(1), c'est la théorie de l'inopérabilité qui a été retenue. L'arrêt *R v. J.P.* de la Cour d'appel de l'Ontario est éclairant à cet égard⁵⁹. Le prévenu y était accusé d'avoir contrevenu à la prohibition de possession de cannabis énoncée à l'article 4 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*⁶⁰. Trois ans plus tôt, la Cour d'appel de l'Ontario avait déclaré inconstitutionnelle

⁵⁴ Voir *ibid* au para 36.

⁵⁵ *Béliveau-St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 RCS 365 au para 116, 136 DLR (4^e) 129. L'effet du paragraphe 52(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982* (*supra* note 2) est analogue à celui de l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (RLRQ c C-12, art 52 [*Charte québécoise*]).

⁵⁶ Voir par ex *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2, art 53(1).

⁵⁷ Voir par ex *Winnipeg School Division No 1 c Craton*, [1985] 2 RCS 150 à la p 156, 21 DLR (4^e) 1; *Insurance Corporation of British Columbia c Heerspink*, [1982] 2 RCS 145 à la p 158, 137 DLR (3^e) 219 (juge Lamer, motifs concordants).

⁵⁸ *Supra* note 52 au para 40 (il n'y était pas réellement question de la validité de la loi dûment édictée par la législature, mais plutôt de la constitutionnalité du règlement sous-jacent instituant la taxe).

⁵⁹ (2003), 231 DLR (4^e) 179 aux para 29–33, 177 CCC (3^e) 522 (Ont CA) [*R v JP CA*].

⁶⁰ LC 1996, c 19, art 4.

cette disposition au motif que son application à la consommation médicale de cannabis violait l'article 7 de la *Charte*⁶¹. En réponse, le gouverneur en conseil a promulgué un règlement autorisant exceptionnellement la consommation médicale de cannabis. La Cour d'appel de l'Ontario a précisé qu'aucune modification législative n'était nécessaire pour que l'article 4 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* prenne effet à compter de la promulgation du règlement :

*There was no need to amend or re-enact s. 4 of the CDSA to address the constitutional problem in Parker. That problem arose from the absence of a constitutionally adequate medical exemption. [...] [T]he prohibition against possession of marihuana in s. 4 is in force when there is a constitutionally acceptable medical exemption in force.*⁶²

Plusieurs arrêts ont reconnu que l'article 4 est redevenu opérant dès l'entrée en vigueur du nouveau règlement, et ce, malgré l'absence de modification législative⁶³.

Suivant la théorie de la nullité, la disposition en question serait pourtant « *ultra vires, invalid, void, a nullity* »⁶⁴. Le raisonnement de l'arrêt *R v. J.P.* implique que cette thèse doit échouer, car la promulgation d'un règlement ne saurait suffire pour corriger l'état d'inconstitutionnalité d'une loi nulle. Pour reprendre effet, une disposition invalide devrait nécessairement être modifiée par la législature de manière à faire disparaître l'incompatibilité avec la norme constitutionnelle ou, le cas échéant, être rééditée après des modifications à la loi suprême elle-même⁶⁵.

2. Le double fondement du contrôle de constitutionnalité sous le régime de l'article 52

À notre avis, les sanctions de nullité et d'inopérabilité coexistent sous le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faut se tourner vers la nature de l'inconstitutionnalité pour déterminer laquelle de ces sanctions s'applique.

⁶¹ Voir *R v Parker* (2000), 188 DLR (4^e) 385 aux para 153, 203, 146 CCC (3^e) 193 (Ont CA).

⁶² *R v JP CA*, *supra* note 59 au para 33.

⁶³ Voir *ibid* aux para 28–29; *R v Turmel* (2003), 231 DLR (4^e) 190 aux para 5–6, 177 CCC (3^e) 533 (Ont CA); *R v Stavert*, 2003 PESC 85 aux para 17, 21; *Hitzig v Canada* (2003), 231 DLR (4^e) 104 aux para 169–75, 177 CCC (3^e) 449 (Ont CA).

⁶⁴ Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Vol 2, 5^e éd, Toronto, Carswell, (feuilles mobiles mises à jour en 2019) à la p 58-1.

⁶⁵ Voir la sous-section II-C.1, ci-dessous, au sujet de la différence entre l'invalidité et l'inopérabilité.

Plusieurs auteurs notent qu'une distinction peut être dressée entre l'inconstitutionnalité de type « excès de pouvoir » et l'inconstitutionnalité de type « conflit de normes »⁶⁶. Selon le professeur Pierre-André Côté, le premier type « résulte du fait qu'un texte n'est pas conforme aux exigences de forme ou de fond édictées par le texte dont il tire son autorité », alors que le second type découle de l'impossibilité d'appliquer concomitamment la loi suprême et la loi ordinaire⁶⁷. Dans cette optique, le professeur Côté évoque la possibilité que, depuis 1982, « notre droit constitutionnel prescrive [...] des sanctions différenciées selon que la loi en litige a été édictée en excès de pouvoir (sanction de nullité) ou qu'elle se trouve contraire à une loi de fond qui a effet prépondérant (sanction de privation d'effet) »⁶⁸.

Le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut donc être appréhendé comme traitant distinctement les « excès de pouvoir » et les « conflits de normes » par l'établissement des deux règles à la base du système juridique canadien. Dans un premier temps, le paragraphe 52(3) formule la règle procédurale fondamentale gouvernant la création de l'ordre de droit positif : « La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle. »⁶⁹ Autrement dit, « *law may be made according to law, and not otherwise* »⁷⁰. Les règles procédurales se déclinent en deux catégories : les *autorisations*, qui confèrent à certains organes une compétence législative définie, et les *instructions* prescrivant les modalités et la forme requises dans l'exercice du pouvoir législatif⁷¹. La validité des lois tient au respect de ces deux catégories de règles procédurales énoncées dans la Constitution. D'une part, l'autorité du législateur y est délimitée à la fois *positivement*, par la désignation du champ de compétence du Parlement et des législatures provinciales⁷², et *négativement*, par le retranchement de certaines matières relevant plutôt

⁶⁶ Voir P-A Côté, *supra* note 38 à la p 115; Jenkyns, *supra* note 13 à la p 69; Norman Siebrasse, « The Doctrinal Origin of Judicial Review and the Colonial Laws Validity Act » (1993) 1:1 R études const 75 aux pp 91–92; Gélinas, *supra* note 38 aux pp 463–64. Voir aussi Field, *supra* note 48 à la p 292 (aux États-Unis); Sushila Rao, « The Doctrine of Eclipse in Constitutional Law: A Critical Reappraisal of its Contemporary Scope and Relevance » (2006) 18 :1 Student Bar Rev 45 à la p 62 (en Inde).

⁶⁷ P-A Côté, *supra* note 38 à la p 115.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2, art 52(3).

⁷⁰ Stephen A Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982) 20:2 UWO L Rev 247 à la p 261.

⁷¹ Voir Scott J Shapiro, *Legality*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2011 aux pp 226–30.

⁷² Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, arts 91–95, 101.

de la compétence constituante⁷³. D'autre part, le législateur jouissant de l'autorité requise doit encore respecter les modalités et la forme « exprimée[s] dans l'instrument qui [le] constitue »⁷⁴.

À défaut de respecter les règles procédurales, le législateur excède les pouvoirs que lui confèrent la Constitution; sa loi est alors nulle pour cause d'*ultra vires*⁷⁵. La nullité s'applique *ab initio*, car c'est au moment de l'exercice du pouvoir législatif que la conformité procédurale est évaluée⁷⁶. Soulignons par ailleurs qu'un excès de pouvoir peut survenir sans que la loi entre en conflit avec une norme constitutionnelle. Par exemple, une loi provinciale visant une matière relevant du champ de compétence du Parlement est invalide, et ce, indépendamment de toute législation fédérale⁷⁷. Enfin, bien que la Constitution prescrive au législateur d'observer toutes les règles procédurales imposées par la loi dont il tire ses pouvoirs, il ne s'ensuit pas que ce législateur puisse *s'auto-imposer* de nouvelles instructions conditionnant la validité de ses lois⁷⁸.

Dans un second temps, le paragraphe 52(1) régit les conflits entre les dispositions ordinaires (valides) et les normes composant la Constitution du Canada. Successeur fonctionnel de l'article 2 du *CLVA*, ce paragraphe consacre la règle du *lex superior* en rendant inopérantes les mesures législatives incompatibles avec les normes constitutionnelles, du moins en principe. L'existence de normes conflictuelles valides, même de rangs hiérarchiques différents, n'est en rien une contradiction conceptuelle⁷⁹, et fait d'ailleurs partie du droit de plusieurs ressorts de common law⁸⁰.

⁷³ Il s'agit des matières couvertes par les procédures des articles 38 et 41 à 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra* note 2). Les modifications à « l'architecture constitutionnelle » ou à la « structure fondamentale » relèvent également de la compétence constituante (*Renvoi sur la Cour suprême*, *supra* note 4 aux para 100–01; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 au para 27; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 aux para 104–09, 150 DLR (4^e) 577).

⁷⁴ *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234 à la p 279, 48 DLR (4^e) 1 [*Mercure*].

⁷⁵ Voir P-A Côté, *supra* note 38 à la p 115.

⁷⁶ Voir la sous-section II-C.1, ci-dessous.

⁷⁷ Voir *Québec (PG) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, où la Cour suprême a appliqué la doctrine de l'exclusivité des compétences en l'absence de conflit entre la disposition québécoise et la législation fédérale.

⁷⁸ Voir Maxime St-Hilaire et Patrick Baud, « Legal Roadblocks to Proposals for a Quebec Constitution » dans Richard Albert et Léonid Sirota, dir, *Does Quebec Need a Written Constitution?*, Montréal, McGill-Queen's University Press (à paraître); David D'Astous, « À la recherche des limites procédurales à la souveraineté parlementaire en droit canadien » (2021) 101 SCLR (2^e) aux pp 233, 237–38.

⁷⁹ Voir Mathieu Carpentier, « Kelsen on Derogation and Normative Conflicts: An Essay in Critical Reconstruction » dans Matthias Jestaedt, Ralf Poscher et Jörg Kammer-

La jurisprudence relative au bilinguisme législatif — une règle procédurale énoncée dans diverses dispositions enchâssées⁸¹ et non enchâssées⁸² de la Constitution — illustre les complexités du régime de l'article 52. En abordant ce « carrefour litigieux en droit constitutionnel »⁸³, nous montrerons l'interaction entre les concepts d'enchâssement et de suprématie, d'une part, et les notions d'excès de pouvoir et de conflit de normes, d'autre part. Un tableau récapitulatif présentera une synthèse de notre analyse.

Pour bien cerner l'effet du régime l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans le contexte du bilinguisme législatif, il faut d'abord distinguer deux scénarios de base : (1) la loi unilingue et (2) la loi bilingue portant à éliminer l'obligation de bilinguisme législatif. Entachée d'un vice procédural, la première loi est nulle *ab initio*. Cette conséquence s'attache au manquement procédural en vertu du paragraphe 52(3), et ce, que l'obligation de bilinguisme législatif soit enchâssée — comme dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*⁸⁴ — ou non — à l'instar de l'arrêt *Mercurie*⁸⁵. En contraste, le sort de la seconde loi dépend du statut supralégislatif (2.1) ou ordinaire (2.2) de la règle procédurale prescrite par la Constitution. Si l'obligation de bilinguisme législatif est enchâssée, alors toute tentative d'abrogation unilatérale sera *ultra vires* puisqu'elle contournerait la procédure de modification formelle de la Constitution, comme en témoignent les arrêts *Blaikie*⁸⁶ et *Forest*⁸⁷. Une telle tentative de modification constitutionnelle contrevient à nouveau au paragraphe 52(3). Si toutefois l'obligation de bilinguisme législatif peut être

hofer, dir, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020, 125 aux pp 143–47.

⁸⁰ Voir *CLVA*, *supra* note 8, art 3. Aux États-Unis, les lois fédérales font partie de la « loi suprême » et rendent inapplicables les lois étatiques par ailleurs valides (voir Jonathan F Mitchell, « The Writ-of-Erasure Fallacy » (2018) 104:5 Va L Rev 933 aux pp 952–53). En Inde, les lois existantes à l'entrée en vigueur de la constitution sont « éclipsées », mais pas invalidées, par les droits fondamentaux constitutionnalisés (voir Rao, *supra* note 66 aux pp 50–52).

⁸¹ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art 133; *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2, art 18; *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict, c 3, art 23, reproduite dans LRC 1995, ann II, no 21.

⁸² Concernant l'obligation de bilinguisme législatif maintenue par la *Loi sur la Saskatchewan* (SC 1905, c 42, arts 14, 16), voir *Mercurie*, *supra* note 74 aux pp. 270–71.

⁸³ *Caron c Alberta*, 2015 CSC 56 au para 1 [*Caron*].

⁸⁴ *Supra* note 3 aux pp 746–47.

⁸⁵ *Supra* note 74 aux pp 279–81.

⁸⁶ *Supra* note 28 aux pp 1026–27.

⁸⁷ *Manitoba (PG) c Forest*, [1979] 2 RCS 1032 aux pp 1038–39, 101 DLR (3^e) 385 [*Forest*].

modifiée unilatéralement, la seconde loi sera valide, et un véritable conflit de normes l'opposera à la règle procédurale constitutionnelle.

C'est à ce stade qu'entre en jeu le paragraphe 52(1). La jurisprudence enseigne que le conflit de normes sera résolu en faveur de la disposition constitutionnelle, sauf indication claire et non ambiguë dans le sens contraire. En conséquence, il faut encore différencier deux cas de figure : (2.2.1) la loi expressément contraire à la norme constitutionnelle (« l'obligation de bilinguisme législatif ne s'applique pas à la province ») et (2.2.2) la loi implicitement incompatible (« les lois peuvent être édictées en anglais »). Le premier cas de figure (2.2.1) était à l'étude dans l'arrêt *Caron*⁸⁸. La Cour suprême y a reconnu qu'une législature peut se désencombrer explicitement d'une obligation non enchâssée de bilinguisme législatif. Quant au second cas de figure (2.2.2), les langues française et anglaise resteront obligatoires dans la législation, vu la prépondérance de la norme constitutionnelle en l'absence de disposition expresse à l'effet contraire. Une règle procédurale constitutionnelle ne saurait être écartée implicitement, suivant l'arrêt *Mercur*⁸⁹.

En définitive, les concepts d'enchâssement et de suprématie ne sont pas consubstantiels. Bien qu'une partie des normes constitutionnelles ne soit pas enchâssée, la Constitution du Canada demeure suprême dans son ensemble sous le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁰. La question préliminaire de la validité des lois dépend du paragraphe 52(3), lequel exige l'observance des règles procédurales. Les mesures législatives contrevenant aux autorisations ou instructions énoncées dans la Constitution sont frappées de nullité pour cause d'excès de pouvoir. Pour sa part, le paragraphe 52(1) s'intéresse aux conflits entre les normes constitutionnelles et les normes ordinaires valides. Il pose que la Constitution prime les lois ordinaires en conflit avec elle sur le fond. Cette primauté peut être décrite comme *absolue* ou *relative* selon que le législateur peut ou non déroger à la règle constitutionnelle en cause⁹¹. Dans tous les cas, le paragraphe 52(1) donne lieu à la sanction d'inopérabilité.

⁸⁸ *Supra* note 83 aux para 75–79.

⁸⁹ Voir *supra* note 74 aux pp 264–68; *Paquette v Canada*, 46 DLR (4^e) 4 à la p 55, 38 CCC (3^e) 333 (Alta CA), conf par [1990] 2 RCS 1103, 73 DLR (4^e) 575.

⁹⁰ Voir Pelletier, *supra* note 50 à la p 49, n 141.

⁹¹ La primauté des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte* est absolue à terme, mais il demeure possible pour le législateur d'y déroger temporairement suivant le mécanisme de l'article 33 (*supra* note 7, arts 2, 7–15, 33).

Tableau récapitulatif : Régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

| | <i>Paragraphe 52(1)</i> | <i>Paragraphe 52(3)</i> |
|----------------------------|--|--|
| <i>Effet</i> | Affirme la primauté des règles de droit de la Constitution en conflit avec les lois ordinaires valides (<i>lex superior</i>) Protège les dispositions non enchâssées d'une modification implicite | Affirme l'obligatorité des règles procédurales (autorisations et instructions) de la Constitution Enchâsse les dispositions constitutionnelles modifiables par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada |
| <i>Force obligatoire</i> | Relative (normes non enchâssées ou susceptibles d'une dérogation formelle) Absolue (normes enchâssées non susceptibles d'une dérogation formelle) | Absolue (sans égard à la nature enchâssée ou non de la norme constitutionnelle) |
| <i>Sanction applicable</i> | Inopérabilité de la loi dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution | Invalidité <i>ab initio</i> de la loi excédant les pouvoirs du législateur |
| <i>Exemples cités</i> | <ul style="list-style-type: none"> • Conflit entre des règles de fond : <i>R v. J.P.</i>; <i>Ontario (PG) c. G</i> • Conflit entre des règles procédurales : <i>Caron c. Alberta</i>; <i>Eurig</i>; <i>CSN c. Canada</i> | <ul style="list-style-type: none"> • Défaut d'autorisation (fédéralisme) : <i>Lenoir c. Ritchie</i>; <i>Canada (AG) v. Ontario (AG)</i> • Défaut d'autorisation (matière relevant de la compétence constituante) : <i>Renvoi sur la Cour suprême</i>; <i>Chicoutimi</i>; <i>Blaikie</i>; <i>Forest</i> • Manquement procédural à une instruction : <i>R c. Mercure</i>; <i>R c. Paquette</i>; <i>Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba</i>; <i>Gallant v. R</i> |

II. De l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité

L'inconstitutionnalité d'une loi existe dans l'abstrait, en l'absence de tout jugement à cet effet : en théorie, la magistrature ne fait que constater le conflit de normes ou l'excès de pouvoir qui existe déjà. Le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité s'avère toutefois décisif en pratique, car il réfute la présomption de constitutionnalité de la mesure législative en cause. Or, dans un système où le contrôle de constitutionnalité est réalisé *a posteriori*, la loi peut entraîner des conséquences bien réelles avant d'être jugée inconstitutionnelle. Cette partie entreprendra de clarifier la nature de la déclaration d'inconstitutionnalité et la manière dont celle-ci

aménagement l'effet de la loi inconstitutionnelle à l'égard des tiers et dans le temps.

A. La nature de la déclaration d'inconstitutionnalité

Aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, toute disposition incompatible avec la loi suprême est de ce fait inopérante; aucune déclaration d'inconstitutionnalité n'est requise du pouvoir judiciaire. Le jugement ne fait que constater l'incompatibilité qui existe en principe depuis l'édition de la disposition, comme le souligne le juge Gonthier au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Martin* :

L'invalidité d'une disposition législative incompatible avec la *Charte* découle non pas d'une déclaration d'inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l'application du par. 52(1). [...] En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1).⁹²

En contraste, la constitution de certains pays européens investit la cour constitutionnelle d'un pouvoir d'abrogation ou d'annulation des lois jugées inconstitutionnelles⁹³. Il s'agit, dans les mots de Kelsen, d'un acte législatif « négatif »⁹⁴. Le jugement d'inconstitutionnalité éteint alors la loi inconstitutionnelle plutôt que de simplement la paralyser dans la sphère judiciaire.

Le pouvoir d'annulation des lois existe au Canada, bien qu'il soit tombé en désuétude. Seulement, il est réservé à la Reine ou au gouverneur en conseil, à qui est conféré un pouvoir discrétionnaire de désaveu des lois fédérales ou provinciales nouvellement édictées⁹⁵. Aux termes de l'article 56 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le désaveu « annul[e] la loi à compter du jour de [sa] signification »⁹⁶. Notons par ailleurs que le pouvoir de désaveu n'affecte pas les effets juridiques de la loi qui précèdent son annulation⁹⁷. Un tel pouvoir d'annulation peut être confié aux cours supérieures par une loi ordinaire, mais uniquement à l'égard de la législation

⁹² *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c Martin*, 2003 CSC 54 au para 28 [*Martin*].

⁹³ Voir les notes 150–51 du présent article.

⁹⁴ Hans Kelsen, « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution » (1942) 4:2 *J Politics* 183 à la p 187.

⁹⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, arts 56, 90.

⁹⁶ *Ibid*, art 56.

⁹⁷ Voir *Wilson v Esquimalt & Nanaimo Railway Co* (1921), 61 DLR 1 aux pp 5–6, [1922] 1 AC 202.

déléguée⁹⁸. Par opposition, le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité n'affecte pas l'existence des lois : « de par sa nature, le jugement déclaratoire énonce simplement le droit applicable sans rien changer », rappelle le juge La Forest dans l'arrêt *Kourtessis*⁹⁹.

Néanmoins, les déclarations d'inconstitutionnalité entraînent une lourde conséquence en droit canadien, à savoir la réfutation de la présomption de constitutionnalité dont bénéficiait la loi contestée. Une jurisprudence abondante de la Cour suprême du Canada reconnaît que les cours supérieures possèdent le pouvoir exclusif de prononcer des déclarations d'inconstitutionnalité de nature « générale » ou « formelle » en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁰. Les autres cours de justice et tribunaux administratifs venant à une conclusion d'inconstitutionnalité, par opposition, doivent se limiter à juger inapplicable la disposition inconstitutionnelle pour les fins du litige.

Il appert de ce qui précède que les décisions constitutionnelles appliquant l'article 52 peuvent revêtir un caractère universel (la déclaration d'inconstitutionnalité valant *erga omnes*) ou un caractère individuel (la conclusion d'inconstitutionnalité valant *inter partes*). La cause de la portée générale des déclarations d'inconstitutionnalité, cependant, fait l'objet de multiples controverses.

1. Une annulation judiciaire?

Aussi important le pouvoir judiciaire soit-il dans la résolution du contentieux constitutionnel, la Constitution canadienne ne lui confère pas

⁹⁸ Voir par ex *Loi sur les cités et villes*, RLRQ c C-19, art 404. Dans *Chicoutimi*, la Cour suprême du Canada reconnaît le pouvoir exclusif des cours supérieures de casser les règlements municipaux (*supra* note 26 aux pp 684–85).

⁹⁹ *Kourtessis c MNR*, [1993] 2 RCS 53 à la p 86, 102 DLR (4^e) 456. Voir aussi Strayer, *supra* note 20 à la p 148; Lazar Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 4^e éd, Toronto, Thomson Reuters, 2016 à la p 158.

¹⁰⁰ Voir *R c Lloyd*, 2016 CSC 13 au para 15 [*Lloyd*]. Voir aussi *Okwuobi c Commission scolaire Lester-B-Pearson*, 2005 CSC 16 aux para 43–44 [*Okwuobi*] (où la Cour suprême emploie les deux qualificatifs); *Cuddy Chicks Ltd c Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 RCS 5 à la p 17, 81 DLR (4^e) 121 [*Cuddy Chicks*]; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn c Douglas College*, [1990] 3 RCS 570 aux pp 596–98, 77 DLR (4^e) 94 [*Douglas*]; *Martin*, *supra* note 92 aux para 27–32; *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 au para 153 [*Saguenay*]. La Cour suprême a employé les termes « *erga omnes* » pour spécifier l'effet de la suspension de sa déclaration d'invalidité dans *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13 au para 77 [*Mackin*].

l'autorité d'exercer un rôle législatif négatif¹⁰¹. Les termes parfois utilisés pour décrire la déclaration d'inconstitutionnalité — invalidation, annulation ou *striking down* — relèvent de l'abus de langage puisque le jugement déclaratoire n'a aucune incidence sur l'existence des lois¹⁰². Dans cette optique, nous ne pouvons passer sous silence la tendance jurisprudentielle et doctrinale à concevoir les lois comme étant susceptibles d'être annulées (*voidable*) par les tribunaux en cas d'incompatibilité avec la Constitution.

Par exemple, la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada semble parfois réduire l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux réparations accordées par les tribunaux en vertu de cette disposition. La juge en chef McLachlin a ainsi affirmé, dans l'arrêt unanime *R c. Ferguson*, que c'est la réparation qui *rend* la disposition inconstitutionnelle inopérante et annulée « de fait » :

[L]a réparation accordée est celle prévue par l'art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n'est pas simplement inapplicable dans l'affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif [*effectively removed from the statute books*].¹⁰³

La juge en chef McLachlin a souligné la distinction avec l'exemption constitutionnelle accordée en vertu du paragraphe 24(1), suivant laquelle « la disposition législative demeure intacte dans le corpus législatif. »¹⁰⁴ Dans l'arrêt *R c. Nur*, à nouveau sous la plume de la juge en chef McLachlin, la majorité de la Cour suprême a précisé que, en l'absence d'une déclaration d'inconstitutionnalité, « des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment » (« *bad laws might remain on the books indefinitely* »)¹⁰⁵. D'autres arrêts du plus haut tribunal du pays suggèrent que la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne l'annulation (*nullification*) de la loi¹⁰⁶.

¹⁰¹ Voir *Martin*, *supra* note 92 au para 28; *Cooper c Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 RCS 854 au para 83, 140 DLR (4^e) 193 [*Cooper*] (juge McLachlin, dissidente, mais dont le raisonnement a été adopté dans *Martin*).

¹⁰² Voir Arthur Peltomaa, *Understanding Unconstitutionality: How a Country Lost its Way*, Toronto, Teja Press, 2018 aux pp 3–4, 28; Richard H Fallon Jr, « Making Sense of Overbreadth » (1991) 100:4 Yale LJ 853 à la p 854. La Cour suprême a admis l'impropriété du terme « invalidation » dans l'arrêt *R c Ferguson*, 2008 CSC 6 au para 35.

¹⁰³ *Supra* note 102 au para 65. Voir aussi *R c Nur*, 2015 CSC 15 aux para 51–52, 64; *Windsor (City) c Canadian Transit Co*, 2016 CSC 54 au para 70 [*Windsor*].

¹⁰⁴ *R c Ferguson*, *supra* note 102 au para 70.

¹⁰⁵ *Supra* note 103 au para 51. Voir aussi *Lloyd*, *supra* note 100 au para 19.

¹⁰⁶ Voir *Canada (PG) c Hislop*, 2007 CSC 10 aux para 82–83 [*Hislop*]; *Ward*, *supra* note 1 au para 1 (la version française du jugement traite de l'invalidation des lois plutôt que

Pour plusieurs, ces décisions signifient qu'une mesure législative déclarée inconstitutionnelle doit donc être considérée comme étant annulée, encore qu'elle se retrouve toujours dans les recueils de lois. La thèse de l'annulation judiciaire est articulée adroitement par l'auteur Mark Mancini, selon qui la déclaration *déclenche* l'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

*According to the Supreme Court's own doctrine, section 52 has independent meaning that supersedes the particular declaration of a court. A court declaration merely triggers the operation of section 52. [...] Once triggered by operation of law, section 52 invalidate[s] statutes retrospectively and prospectively. Courts, who themselves are bound by the Constitution, cannot transgress it.*¹⁰⁷

Dans la même veine, la juge Spies note dans l'affaire *R v. McCaw* qu'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour supérieure de l'Ontario élimine la discrétion dont disposent ordinairement les tribunaux de cette province pour réaliser une analyse indépendante de la constitutionnalité de la disposition contestée¹⁰⁸. La juge Spies opine que la loi est « *invalid for all future cases — it is “off the books”* »¹⁰⁹. De multiples décisions adoptent cette position en affirmant que la mesure législative déclarée inconstitutionnelle cesse d'exister¹¹⁰.

Une nouvelle variante plus restrictive de la thèse de l'annulation judiciaire a été proposée par la Cour d'appel de l'Ontario dans son récent arrêt *R v. Sullivan*, qui sera examiné sous peu par la Cour suprême du Canada¹¹¹. Cette affaire porte à nouveau sur la constitutionnalité de l'article 33.1 du *Code criminel*¹¹². Le juge Paciocco, soutenu unanimement

de leur annulation, ce que nous considérons être une simple divergence de traduction). Voir aussi *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679 aux pp 715–16, 93 DLR (4^e) 1 [Schachter].

¹⁰⁷ Mark Mancini, « Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019) 28:3 Const Forum Const 31 à la p 33.

¹⁰⁸ 2018 ONSC 3464 au para 76.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Voir *R v Sarmales*, 2017 ONSC 1869 au para 20; *R v Ali*, 2017 ONSC 4531 au para 14; *R v Boodhoo and others*, 2018 ONSC 7207 au para 14 [Boodhoo]; *R v M*, 2018 ONSC 746 au para 46; *R v Alamy*, 2018 ONCJ 649 au para 10; *R v Haniffa*, 2017 ONCJ 844 au para 9; *R v Dinardo*, 2015 ONSC 1804 aux para 133–34; *R v Masse*, 2003 BCPC 328 aux para 64–65; *R c Semrau*, 2010 CM 1004 aux para 12–15; *R c RJ Middlemiss (Matelot-chef)*, 2008 CM 1025 aux para 14-15, 21–22; *R v JP* (2003), 227 DLR (4^e) 184 aux para 8–10, 15, 174 CCC (3^e) 566 (Ont CS) (motifs rejetés en appel sur ce point : voir *R v JP CA*, *supra* note 59 aux para 29–33).

¹¹¹ 2020 ONCA 333 au para 35 [Sullivan]. La Cour suprême a accueilli la demande d'autorisation d'appeler (voir *ibid*, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 39270 (23 décembre 2020)).

¹¹² LRC 1985, c C-46.

sur ce point, a rejeté le raisonnement de l'affaire *McCaw* en précisant que seules les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour suprême du Canada pouvaient produire un effet annulatoire. Les décisions des cours supérieures des provinces, pour leur part, ne seraient protégées que par le principe du *stare decisis*. Conséquemment, les lois déclarées inconstitutionnelles peuvent continuer d'être appliquées puis contestées dans différentes instances jusqu'à ce que le plus haut tribunal du pays se prononce¹¹³.

À première vue, la solution proposée dans l'arrêt *Sullivan*, consistant à limiter l'effet annulatoire aux déclarations d'inconstitutionnalité de la Cour suprême du Canada, paraît attrayante, car elle évacue le problème des décisions contradictoires rendues dans différentes provinces. Le juge Paciocco note que, des trois arrêts de la Cour suprême cités par l'appelant, aucun n'indique expressément que les cours supérieures des provinces peuvent déclarer la loi « *invalid "for all future cases"* » ou « *null and void* »¹¹⁴.

Cependant, la méthode proposée dans l'arrêt *Sullivan* ne tient pas compte d'importants jugements de la Cour suprême du Canada. Une jurisprudence abondante confirme sans ambages que les cours supérieures peuvent rendre des déclarations formelles d'invalidité ayant exactement cet effet¹¹⁵. Plus précisément, l'arrêt *Lloyd* a statué que le caractère universel des réparations accordées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle* se rattachait aux pouvoirs inhérents des cours supérieures¹¹⁶. Au surplus, nous avons de sérieux doutes concernant le fondement législatif sur lequel reposeraient les pouvoirs supplémentaires de la Cour suprême du Canada en regard de ceux dont disposent les cours mentionnées à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁷.

¹¹³ Voir *Sullivan*, *supra* note 111 aux para 38–39.

¹¹⁴ *Ibid* au para 35.

¹¹⁵ Voir notamment *Lloyd*, *supra* note 100 au para 15; *Martin*, *supra* note 92 au para 31; *Cuddy Chicks*, *supra* note 100 à la p 17. Voir aussi *Okwuobi*, *supra* note 100 au para 44; *Saguenay*, *supra* note 100 au para 153; *Douglas*, *supra* note 100 aux pp 596–98.

¹¹⁶ *Supra* note 100 au para 15.

¹¹⁷ Rejetant la thèse accordant des pouvoirs variables aux différentes cours fédérales états-uniennes en matière de contrôle de constitutionnalité, Thomas W Merrill a souligné que « *a court is a court* » (voir Thomas W Merrill, « Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments » (1993) 15:1/2 *Cardozo L Rev* 43 aux pp 59–60). Sur la protection des « pouvoirs inhérents » de la Cour supérieure en matière constitutionnelle par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1995] 4 RCS 725 aux para 28–38, 137 DLR (4^e) 633; *Conseil canadien des relations du travail c Paul L'Anglais Inc*, [1983] 1 RCS 147 aux pp 160–63, 146 DLR (3^e) 202; *Canada (PG) c Law Society of British Columbia*, [1982] 2 RCS 307 aux pp 326–27, 137 DLR (3^e) 1.

2. La nature judiciaire de la déclaration d'inconstitutionnalité

Nous croyons, comme beaucoup d'auteurs, qu'il est inexact d'affirmer que la Constitution canadienne institue un pouvoir judiciaire permettant d'annuler les lois inconstitutionnelles ou de les rayer de fait des recueils — qu'il s'agisse d'une cour supérieure d'une province ou de la Cour suprême du Canada¹¹⁸. Cette assertion ne correspond pas à la réalité : le jugement déclaratoire, à lui seul, ne produit aucun effet autonome sur les recueils de lois¹¹⁹. La thèse contraire se heurte à plusieurs embûches pratiques et théoriques qu'il convient maintenant d'exposer.

Du point de vue pratique, la jurisprudence portant sur l'article 159 du *Code criminel* révèle que, aussi souvent une disposition puisse-t-elle être déclarée inconstitutionnelle, son existence effective dépend uniquement du pouvoir législatif. L'article 159 prohibait les relations sexuelles anales hors mariage avant l'âge de la majorité jusqu'à son abrogation en 2019¹²⁰. Il a été déclaré inconstitutionnel en 1995 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R c. M(C)*¹²¹. En dépit de ce précédent, non moins de quatre personnes ont été condamnées en Ontario, du moins initialement, en ver-

¹¹⁸ Voir Gélinas, *supra* note 38 à la p 473; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014, n^o I.54–80; Stéphane Létourneau, « L'autorité d'un jugement prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi » (1989) 23:1 RJT 173 à la p 199; Strayer, *supra* note 20 à la p 148; Sarna, *supra* note 99 à la p 158; Peltomaa, *supra* note 102 aux pp 36–39. Voir aussi, en droit états-unien, Mitchell, *supra* note 80; Field, *supra* note 48 à la p 10; Merrill, *supra* note 117 à la p 64; Melville B Nimmer, « A Proposal for Judicial Validation of a Previously Unconstitutional Law: The Civil Rights Act of 1875 » (1965) 65:8 Colum L Rev 1394 aux pp 1415–17; Earl T Crawford, « The Legislative Status of an Unconstitutional Statute » (1951) 49:5 Mich L Rev 645 à la p 651; Mark Graham, « State v. Douglas: Judicial “Revival” of an Unconstitutional Statute » (1974) 34:4 La L Rev 851 à la p 853; David L Shapiro, « State Courts and Federal Declaratory Judgments » (1979) 74:5 Nw UL Rev 759 à la p 767; Fallon Jr, *supra* note 102 à la p 854; Erica Frohman Plave, « The Phenomenon of Antique Laws: Can a State Revive Old Abortion Laws in a New Era? » (1989) 58:1 Geo Wash L Rev 111 à la p 124; Anthony Yturri, « Effect of an Unconstitutional Statute—Reversal of Previous Decision by United States Supreme Court » (1937) 16:4 Or L Rev 397 à la p 405.

¹¹⁹ Voir *Martin*, *supra* note 92 au para 28; Strayer, *supra* note 20 à la p 148. La *Loi d'interprétation* dispose que « vaut aussi abrogation du texte sa cessation d'effet par caducité ou autrement » (LRC 1985, c I-21, art 2(2) [*Loi d'interprétation* (Canada)]). Cette disposition, qui n'a aucun équivalent dans les lois d'interprétation provinciales, pourrait possiblement accorder un effet abrogatoire à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale prononcée par la Cour suprême après un certain temps.

¹²⁰ Voir *Code criminel*, *supra* note 112, art 159, abrogé par *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, LC 2019, c 25, art 54.

¹²¹ (1995), 23 OR (3^e) 629, [1995] OJ No 1432 (Ont CA).

tu de cette disposition jugée discriminatoire¹²². Quelques années plus tard, la Cour d'appel du Québec a fait sienne la déclaration de son homologue ontarienne¹²³, mais d'autres verdicts de culpabilité reposant sur l'article 159 ont été prononcés par les tribunaux québécois¹²⁴.

Le bien-fondé de la thèse de l'annulation judiciaire s'avère d'autant plus douteux dans le contexte du droit criminel, où la déclaration d'une cour supérieure d'une province n'a aucun effet sur l'application du *Code criminel* dans les autres provinces et territoires¹²⁵. Par exemple, dans l'affaire *R v. D.J.L.*, la chambre de la jeunesse de la Cour provinciale de l'Alberta a alerté les parties sur la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans l'arrêt *R c. M(C)*¹²⁶. La Cour s'est toutefois dite contrainte d'appliquer l'article 159 du *Code criminel* dans la mesure où la défense choisissait de ne pas invoquer son incompatibilité avec la *Charte* dans les procédures qui allaient suivre¹²⁷. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans plusieurs provinces et territoires où la disposition n'avait pas été déclarée inconstitutionnelle. En l'absence de débat constitutionnel, l'article 159 a continué d'être appliqué dans de nombreuses instances¹²⁸, y compris dans un dossier entendu par la Cour suprême¹²⁹.

La thèse de l'annulation judiciaire ne résiste pas non plus à l'analyse du point de vue théorique. Si, comme nous l'avons soutenu, la loi incompatible sur le fond avec la Constitution s'avère seulement inopérante, il s'ensuit que la déclaration d'inconstitutionnalité n'a aucun impact sur

¹²² Voir *R v Bogue*, [1997] OJ No 1910, 1997 CanLII 441 (CA); *R v Charbonneau*, [1998] OJ No 5958 (Ct J (Gen Div)); *R v K(CP)* (2002), 62 OR (3^e) 487, [2002] OJ 4929 (CA); *R v M(L)* (2003), 65 OR (3^e) 158, [2003] OJ No 2212 (Ct J).

¹²³ Voir *R c Roy* (1998), 161 DLR (4^e) 148; [1998] RJQ 1043 (CA Qc).

¹²⁴ Voir *R c Lamy*, [2000] JQ No 2267, 2000 CanLII 7370 au para 4 (CA) (l'accusé n'a pas porté en appel son verdict de culpabilité rendu en vertu de l'article 159 du *Code criminel*); *Fournier c La Reine*, REJB 2003-41862, 2003 CanLII 75075 (CA Qc) (infirmité pour d'autres motifs le verdict de culpabilité en vertu de l'article 159 rendu par la Cour du Québec); *LSJP — 1356*, 2013 QCCA 1999 (infirmité la décision de la Cour du Québec ayant prononcé un arrêt conditionnel relativement au chef fondé sur l'article 159).

¹²⁵ Voir les notes 192–97 du présent article.

¹²⁶ 1998 ABPC 107 au para 4.

¹²⁷ Voir *ibid* au para 37.

¹²⁸ Voir par ex *R v Sterling*, [1995] 137 Sask R 1, SJ No 612 (CA); *R v SEG*, [1998] YJ No 76 (SC (TD)); *R v Morin*, [1998] 173 Sask R 101, SJ No 716 (QB); *R v Van Schaik*, 1999 BCCA 111; *R v CJT*, [2001] 239 NBR (2^e) 69, NBJ No 257 (QB); *R v JMS*, 2003 NSFC 7; *R v Blake*, 2003 BCCA 525 (infirmité le verdict de culpabilité rendu en première instance au regard de l'article 159 et déclarant cet article inconstitutionnel); *Robichaud c R*, 2014 NBCA 1 (confirmant le verdict de culpabilité rendu en première instance au regard de l'article 159).

¹²⁹ Voir *R c J-LJ*, 2000 CSC 51 aux para 15, 62.

l'existence de la mesure législative. Autrement, la déclaration de dérogation faite en vertu de l'article 33 de la *Charte* viserait une loi non seulement invalide, mais encore effacée « de fait » des recueils de lois¹³⁰! Qui plus est, il arrive que l'inconstitutionnalité d'un régime législatif puisse être corrigée au moyen d'un simple règlement, comme l'a reconnu la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R v. J.P.*¹³¹. Un tel résultat ne pourrait être atteint suivant la thèse de l'annulation judiciaire, qui implique que la déclaration d'inconstitutionnalité *rend* la disposition inconstitutionnelle « *ultra vires, invalid, void, a nullity* »¹³².

En tant qu'acte législatif négatif, l'annulation judiciaire d'une loi inconstitutionnelle ne peut pas non plus être qualifiée de « pouvoir inhérent » des cours supérieures. Le jugement portant annulation dépasse largement les frontières de la sphère judiciaire, car il assujettit la législation au droit prétorien. Les tribunaux possèdent un mandat beaucoup plus étroit, ainsi que le remarque Lord Simmons dans son passage souvent repris de *John East Iron Works* :

[T]he judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties, whether between Crown and subject or between subject and subject, and that it is the duty of the Court to decide the issue between those parties, with whom alone it rests to initiate or defend or compromise the proceedings.¹³³

La juge McLachlin, plus tard juge en chef, a mis l'accent sur le caractère purement judiciaire du contrôle de constitutionnalité dans l'arrêt *Cooper* :

La *Charte* n'investit pas les juges [...] du pouvoir d'invalider des lois. [...] Les dispositions législatives ne sont pas inopérantes du fait d'ordonnances judiciaires mais en raison de l'opération de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [...] La *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait pas mention d'organismes qui auraient le pouvoir d'invalider des lois. Elle déclare inopérantes les lois incompatibles avec la *Charte*.¹³⁴

Certes, la séparation des pouvoirs n'est pas étanche au Canada¹³⁵. C'est ce qui permet aux cours d'appel de se prononcer sur l'état du droit *in abstracto* à l'occasion de renvois, une pratique notoirement interdite par

¹³⁰ Voir P-A Côté, *supra* note 38 à la p 120.

¹³¹ *R v JP* (CA), *supra* note 59 aux para 32–33.

¹³² Hogg, *supra* note 64 à la p 58-1.

¹³³ *Labour Relations Board of Saskatchewan v John East Iron Works Ltd*, [1948] 4 DLR 673 à la p 680, [1949] AC 134 (PC).

¹³⁴ *Supra* note 101 au para 83.

¹³⁵ Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux para 15, 28, 161 DLR (4^e) 385 [*Renvoi relatif à la sécession*].

la Constitution des États-Unis¹³⁶. Toutefois, sans reconnaissance expresse de l'annulation judiciaire dans la Constitution du Canada, il serait incongru que la magistrature s'arroge une telle fonction législative en qualifiant ce pouvoir d'« inhérent » à son mandat.

Dans divers ressorts de common law possédant une loi supralégislative, le consensus veut que les tribunaux ne soient pas investis du pouvoir d'invalider des lois inconstitutionnelles¹³⁷, à moins qu'une disposition constitutionnelle leur confère explicitement cette tâche¹³⁸. La sagesse de l'opinion du juge Collins dans l'affaire new-jersiaise *Allison v. Corker* résonne au nord de la frontière :

*Neither of the three great departments to which the constitution has committed government by the people can encroach upon the domain of another. [...] The Supreme Court cannot set aside a statute as it can a municipal ordinance. It simply ignores statutes deemed unconstitutional. [...] The solemn act of the legislature is a fact to be reckoned with. Nowhere has power been vested to expunge it or remove it from its proper place among statutes.*¹³⁹

Aussi est-il pertinent de souligner que, dans les constitutions européennes attribuant un pouvoir d'annulation à la cour constitutionnelle, la décision abrogatoire doit être publiée officiellement dans la gazette officielle du ressort au même titre que les autres mesures législatives¹⁴⁰.

Le pouvoir d'annulation des lois par les tribunaux n'est ni énoncé dans la Constitution canadienne ni inhérent au rôle des cours supérieures. Partant, il est tout à fait admissible pour un tribunal de « raviver » une mesure législative autrefois jugée inconstitutionnelle, et ce, sans intervention législative. C'est ce qu'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R v. Alton*¹⁴¹ en jugeant constitutionnel l'article 255(5) du *Code criminel* pourtant déclaré contraire à la *Charte* par cette même Cour quelques années plus tôt¹⁴². Ce revirement s'imposait puisque, entre temps, la Cour

¹³⁶ Voir *ibid*; *Muskrat v United States*, 219 US 346 (1910).

¹³⁷ Voir Peltomaa, *supra* note 102 aux pp 76–91.

¹³⁸ Voir par ex Ga Const art I, § 2, cl 5.

¹³⁹ 67 NJL 596 à la p 601 (NJ Ct Err & App 1902). Voir aussi Nimmer, *supra* note 118 aux pp 1415–17; *Shepherd v Wheeling (City of)*, 4 SE 635 aux pp 637–39 (W Va Sup Ct App 1887) [*Shepherd*].

¹⁴⁰ Concernant les exigences de publication officielle en Autriche, en Belgique, en Allemagne et en France, voir la note 150 du présent article. Similairement, la *Loi sur les cités et villes* permet au tribunal d'ordonner la publication du jugement portant cassation d'un règlement municipal dans le journal où sont consignés les avis publics de la municipalité (*supra* note 98, art 404).

¹⁴¹ [1989] 53 CCC (3^e) 252, 1989 CarswellOnt 115 (Ont CA).

¹⁴² Voir *R v Hamilton* (1986), 57 OR (2^e) 412, 30 CCC (3^e) 257 (CA).

suprême du Canada a rejeté le raisonnement sous-tendant cette déclaration d'inconstitutionnalité en statuant que la province de résidence ne constitue généralement pas un motif de discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la *Charte*¹⁴³. Plusieurs décisions canadiennes¹⁴⁴ et états-uniennes ont similairement « ravivé » des lois autrefois déclarées inconstitutionnelles¹⁴⁵. Ainsi, une loi jugée inconstitutionnelle aujourd'hui pourrait fort bien redevenir opérante dans l'avenir, car les déclarations d'inconstitutionnalité demeurent toujours susceptibles d'être infirmées par les tribunaux au gré de l'évolution de la jurisprudence¹⁴⁶.

Nous sommes d'avis que les décisions constitutionnelles prononcées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déterminent l'effectivité judiciaire des lois, et non leur existence¹⁴⁷. La déclaration d'inconstitutionnalité envahit la mesure législative d'une torpeur potentiellement définitive, sans toutefois induire son extinction¹⁴⁸. En conséquence, l'assimilation de la déclaration d'inconstitutionnalité à une annulation judiciaire relève avant tout de l'abus de langage en droit canadien. Il faut selon nous recourir aux principes traditionnels de la *res judicata* et

¹⁴³ *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296 aux pp 1333–34, 48 CCC (3^e) 8.

¹⁴⁴ Voir les décisions citées aux notes 62–63 du présent article, où la disposition déclarée inconstitutionnelle dans *R v Parker*, *supra* note 61, a été appliquée à partir de la promulgation du règlement corrigeant la source d'inconstitutionnalité. Voir aussi *Libman c Québec (PG)*, [1997] 3 RCS 569 aux para 55–56, 79, 151 DLR (4^e) 385 [*Libman*] (répudiant la déclaration d'inconstitutionnalité rendue dans *Somerville v Canada (AG)* (1996), 136 DLR (4^e) 205, 39 Alta LR (3^e) 326 (Alta CA)); *Saltspring Island Water Preservation Society v Canada (AG)*, [1993] 4 WWR 601 aux para 7–10, 22–24, 76 BCLR (2^e) 247 (BCCA) [*Saltspring Island*].

¹⁴⁵ Voir *Legal Tender Cases*, 79 US (12 Wall) 457 (1870), où la Cour suprême des États-Unis a jugé valide une loi qu'elle avait déclarée inconstitutionnelle deux ans plus tôt dans *Hepburn v Griswold*, 75 US (8 Wall) 603 (1869). Similairement, dans *West Coast Hotel Co v Parrish*, 300 US 379 (1937), la Cour suprême des États-Unis a répudié l'arrêt *Adkins v Children's Hospital*, 261 US 525 (1923), où une loi sur le salaire minimum du District of Columbia avait été jugée invalide. Cette loi « ravivée » en 1937 a dès lors été appliquée de nouveau par l'exécutif, puis jugée valide dans *Jawish v Morlet*, 86 A (2d) 96 à la p 97 (DC Mun Ct App 1952). Voir aussi *Pait v Ford Motor Company*, 500 So (2d) 743 (Fla Dist Ct App 1987); *Pullum v Cincinnati, Inc*, 476 So (2d) 657 aux pp 659–60 (Fla Sup Ct 1985); *State ex rel Gillespie v County of Bay*, 112 Fla 687 à la p 722 (Fla Sup Ct 1933); *Pierce v Pierce*, 46 Ind 86 à la p 95 (Sup Ct 1874).

¹⁴⁶ Voir *Mitchell*, *supra* note 80 aux pp 941–42.

¹⁴⁷ Voir *R v JP CA*, *supra* note 59 aux para 29–32; *R v Turmel*, *supra* note 63 aux para 5–6; *R v Hitzig*, *supra* note 63 aux para 169–75; *R v Voss*, 2013 ABCA 38 au para 5. Voir aussi les textes cités à la note 118 du présent article.

¹⁴⁸ La Cour Suprême de la Floride a dit des déclarations d'inconstitutionnalité qu'elles rendaient la loi visée « *dormant but not dead* », soulignant qu'un revirement jurisprudentiel pouvait « réveiller » cette loi (*State ex rel Badgett v Lee*, 156 Fla 291 à la p 295 (Sup Ct 1945)). Voir aussi *Jawish v Morlet*, *supra* note 145 à la p 97).

du *stare decisis* pour expliquer l'effet produit par la décision constitutionnelle au-delà du cadre du litige qu'elle tranche.

B. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard des tiers

En droit comparé, les modèles européen et états-unien sont traditionnellement opposés pour décrire l'effet du contentieux constitutionnel à l'égard des tiers¹⁴⁹. Dans plusieurs systèmes d'Europe, le contrôle de constitutionnalité est centralisé ou concentré en ce qu'il ressortit à une juridiction spéciale, souvent nommée « cour constitutionnelle ». Les décisions de ces cours constitutionnelles valent *erga omnes* de manière à lier tant les parties au litige que les tiers. Cette portée générale s'explique soit par l'exercice du pouvoir d'annulation attribué à cette juridiction spéciale¹⁵⁰, soit par l'autorité de la chose jugée qu'acquiescent ses décisions envers et contre tous¹⁵¹. La loi déclarée inconstitutionnelle se trouve alors éteinte par la décision annulatoire ou stérilisée définitivement par le jugement entré en force de chose jugée.

Suivant le modèle de contrôle de constitutionnalité décentralisé des États-Unis, la déclaration d'invalidité vaut *inter partes* puisqu'elle statue uniquement sur le litige concret dans lequel elle est prononcée¹⁵². La *res judicata* ne s'applique qu'aux parties au conflit judiciaire donnant lieu à la conclusion d'inconstitutionnalité. Le pouvoir exécutif demeure conséquemment libre de continuer d'appliquer et de défendre la loi frappée

¹⁴⁹ Voir Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1971 aux pp 85–88. Servant avant tout de point de départ, cette comparaison entre les deux modèles fait grossièrement ressortir les caractéristiques du contentieux constitutionnel.

¹⁵⁰ Voir par ex, en Autriche, *La constitution autrichienne de 1934*, JO de l'État fédéral d'Autriche, 1 mai 1934, art 170; en Belgique, *Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle*, MB 7 janvier 1989, 315, arts 1, 8–9; en Allemagne, *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, JO fédéral, 23 mai 1949, arts 93–94 et *Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale*, JO fédéral, 12 mars 1951, 1473, art 31(2). En France, lorsque le contrôle est exercé *a priori*, la déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel empêche la promulgation de la loi; lorsque le contrôle est exercé *a posteriori*, la déclaration d'inconstitutionnalité abroge la disposition inconstitutionnelle à compter du jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel (*Constitution du 4 octobre 1958*, JO, 5 octobre 1958, 9151, arts 61–62).

¹⁵¹ Voir notamment *Constitution de la République italienne*, *Gazette Officielle de la République Italienne*, 27 décembre 1947, art 136; *Constitution espagnole*, Bulletin officiel de l'État, 29 décembre 1978, no 311.1, art 164; *Constitution de la République portugaise de 1976*, VII^e révision, *Journal de la République* n° 155, 12 août 2005, 4642, arts 281–82 (dans le cas du contrôle abstrait de constitutionnalité).

¹⁵² Voir *Allison v Corker*, *supra* note 139 à la p 601; *Shepherd*, *supra* note 139 aux pp 637–39; *Foster v Commissioners of Wood County*, 9 Ohio St 540 (Sup Ct 1859) aux pp 543–44; Kelsen, *supra* note 94 à la p 193; Cappelletti, *supra* note 149 aux pp 85–88.

d'inconstitutionnalité dans d'autres circonstances¹⁵³. En pratique, le *stare decisis*, principe de common law assurant le respect des précédents, a dans une large mesure estompé les différences théoriques relatives à la portée des déclarations à l'égard des tiers entre les systèmes concentrés et diffus de contentieux constitutionnel. Au reste, dans le système états-unien moderne, il n'est plus exact d'affirmer que les contestations de constitutionnalité se limitent toujours aux parties au litige en raison du recours maintenant commun aux injonctions de portée nationale. Souvent critiquées dans la doctrine, ces réparations restreignent l'application des lois par l'exécutif, et ce, à l'égard de tous¹⁵⁴.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada pose que les déclarations formelles d'inconstitutionnalité ont une portée générale en droit canadien. Il faut néanmoins se garder d'importer aveuglément la théorie européenne de la décision *erga omnes* vu les différences fondamentales qui opposent le contrôle de constitutionnalité canadien à celui des systèmes centralisés d'Europe. On peut aisément appréhender la paralysie d'une loi inconstitutionnelle lorsque le contrôle de constitutionnalité ressortit exclusivement à une cour constitutionnelle nationale située à l'apex de la hiérarchie judiciaire¹⁵⁵. En contraste, au Canada, le contrôle de constitutionnalité est diffus et généralement incident; de plus, les limites territoriales des déclarations prononcées par les cours supérieures des provinces rendent pratiquement impossible la stérilisation absolue des lois fédérales.

En conséquence, seules les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour suprême du Canada revêtent une autorité semblable à celle des décisions des cours constitutionnelles d'Europe. Quant aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les cours supérieures, nous soutenons qu'elles constituent des jugements *in rem* réfutant la présomption de constitutionnalité de la loi visée au bénéfice de tous les justiciables, sous réserve de deux limites. D'une part, la décision constitutionnelle est circonscrite au territoire sur lequel le tribunal a compétence. D'autre part, bien que le jugement *in rem* fasse intervenir la *res judicata* de common law à l'égard des tiers, cette doctrine accorde un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux leur permettant de reconsidérer des questions tranchées définitivement.

¹⁵³ Voir *United States v Mendoza*, 464 US 154 (1984).

¹⁵⁴ Voir Samuel L. Bray, « Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction » (2017) 131:2 Harv L Rev 417 aux pp 442–45.

¹⁵⁵ Voir les notes 150–51 du présent article.

1. Les principes de la *res judicata* et du *stare decisis*

Un débat doctrinal et jurisprudentiel persiste concernant la manière dont les décisions constitutionnelles affectent les tiers. Les auteurs sont déchirés sur cette question : certains posent que les déclarations d'inconstitutionnalité affectent les tiers directement, en vertu du principe de la *res judicata*¹⁵⁶, alors que d'autres maintiennent que l'effet est plutôt indirect, résultant de la convention judiciaire du *stare decisis*¹⁵⁷. Pour leur part, les tribunaux d'instance inférieure se sont montrés fort hésitants à cet égard. Plusieurs décisions affirment que l'effet général des déclarations s'explique par le principe du *stare decisis*¹⁵⁸; d'autres emploient le

¹⁵⁶ Voir Strayer, *supra* note 20 aux pp 193–95; Maxime St-Hilaire, « The Codification of Human Rights in Canada » (2012) 42:3 RDUS 505 aux pp 554–55; Robert E Charney et Josh Hunter, « Tort Lite?: *Vancouver (City) v. Ward* and the Availability of Damages for Charter Infringements » (2011) 54 SCLR (2^e) 393 aux pp 419–22; H Scott Fairley, « Private Law Remedial Principles and the Charter: Can the Old Dog Wag this New Tail? » dans Jeffrey Berryman, dir, *Remedies: Issues and Perspectives*, Scarborough, Carswell, 1991 à la p 323; Nicolas Lambert, « The Charter in the Administrative Process: Statutory Remedy or Refounding of Administrative Jurisdiction? » (2007) 13:1 R études const 21 aux pp 31–35; Dianne Pothier, « Not So Simple After All: A Comment on *Ravndahl v. Saskatchewan* » (2009) 41:1 RD Ottawa 139 aux pp 156–59; Han-Ru Zhou, « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts' Constitutional Judgments » (2019) 97:2 R du B can 275; Garry D Watson, « Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990) 69:4 R du B can 623 aux pp 661–62 (Watson discute de la préclusion non réciproque (« *non-mutual preclusion* ») en droit public, suivant laquelle le gouvernement est préclus de rouvrir le débat contre quiconque lorsqu'il a été partie au litige ayant mené à une déclaration d'inconstitutionnalité. Cependant, la préclusion est dite non réciproque en ce que les tiers ne sont pas liés par un tel jugement déclaratoire, à la différence du jugement *in rem*).

¹⁵⁷ Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 118, n° I.54–55; Louis-Philippe Pigeon, « L'effectivité des décisions de justice en droit public interne [constitutionnel] » (1985) 26:4 C de D 995 à la p 999; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018 aux pp 329–30; Létourneau, *supra* note 118 aux pp 181, 200–01; Gélinas, *supra* note 38 aux pp 473–74; Peltomaa, *supra* note 102 aux pp 54–65; Hugo Cyr et Monica Popescu, « The Supreme Court of Canada » dans András Jakab, Arthur Dyevre et Giulio Itzcovich, dir, *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 à la p 164.

¹⁵⁸ Voir *Sullivan*, *supra* note 111 aux paras 31–40 (juge Paciocco), 190 (juge Lauwers); *Auer v Auer*, 2018 ABCA 409 au para 9; *Saltspring Island*, *supra* note 144; *R v AM*, 2020 ONSC 8061 aux para 42–45; *R v Doucette*, 2021 ONSC 371 au para 35; *R v Gardner*, 2020 ONSC 5954 aux para 61–62; *R v KS*, 2018 ONSC 5678 au para 37; *Bilodeau-Massé c Canada (PG)*, 2017 FC 604 aux para 104–08; *R v Hussein*, 2017 ONSC 4202 aux para 28–29; *Withler v Canada (AG)*, 2002 BCSC 820 aux para 48–50 [Withler]; *Coquitlam (Ville de) v Construction Aggregates Ltd* (1998), 65 BCLR (3^e) 275 au para 17, 1998 CanLII 1910 (SC) [Coquitlam]; *L'Hirondelle v Alberta (Sustainable Resource Development)*, 2013 ABCA 12 au para 31. Voir aussi *R v HL*, 2018 ONSC 1026 au para 48.

principe de la *res judicata* à l'égard de tous¹⁵⁹; enfin, quelques jugements confondent les deux notions en les appliquant conjointement¹⁶⁰.

Le débat revêt une grande importance lorsque des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par des cours supérieures des provinces passent en force de chose jugée. Si la décision constitutionnelle est protégée uniquement à titre de précédent, la mesure législative en cause pourrait très bien faire l'objet d'une décision contradictoire dans une autre instance. Cette conséquence découlerait de la flexibilité du *stare decisis* horizontal, qui accorde une certaine discrétion pour revisiter les précédents¹⁶¹. Par opposition, si la *res judicata* trouve application à l'égard des tiers, la déclaration d'inconstitutionnalité serait alors opposable à tous, bloquant ainsi la réouverture du débat constitutionnel. Ce faisant, la Cour suprême du Canada n'aurait plus l'occasion, en principe, de se prononcer sur la constitutionnalité de la mesure.

La jurisprudence du plus haut tribunal du pays, ambiguë à ce sujet, semble de prime abord permettre de soutenir l'une et l'autre positions. Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, les motifs majoritaires du juge La Forest suggèrent que la déclaration d'inconstitutionnalité fait seulement intervenir le principe du *stare decisis* à l'égard des tiers, comme la réparation constitue un « précédent judiciaire impératif » (« *binding legal precedent* »)¹⁶². Cependant, les jugements plus récents de la Cour suprême du Canada indiquent que la déclaration d'inconstitutionnalité consiste dans une conclusion *in rem*, ce qui signifie que la *res judicata* la rend opposable à tous¹⁶³. Selon nous, cette dernière approche fournit une explication plus

¹⁵⁹ Voir *Laverick v Alberta (AG)*, 2018 ABCA 390 aux para 21–25, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38484 (9 mai 2019) [*Laverick*]; *R v WG*, 2019 ONSC 1146 aux para 17–23; *Borowski v Canada (Minister of Justice)* (1980), [1981] 1 WWR 1 aux para 47–48, 1980 CarswellSask 132 (SK CA), conf par [1981] 2 SCR 575, 57 DLR (4e) 231; *Nielsen c Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1997] 3 FC 920 aux para 15–16, 1997 CanLII 5298 [*Nielsen*]; *Gingras c Canada (PG)*, 2018 QCCS 5647 aux para 49–52 [*Gingras*]; *LeBar c Canada* (1988), [1989] 1 FC 603 aux para 6–14, 46 CCC (3e) 103; *Gould c Canada (PG)*, [1984] 1 FC 1133 au para 17, 13 DLR (4e) 485, conf par [1984] 2 RCS 124, 1984 CarswellNat 1145 (WL Can). Voir aussi *R v Ball*, 2019 ONSC 7162; *R v McCaw*, *supra* note 108 au para 76.

¹⁶⁰ Voir *R v Sarmales*, *supra* note 110 aux para 12–21; *R v Scarlett*, 2013 ONSC 562 aux para 41–44; *Boodhoo*, *supra* note 110 aux para 13–15; *R v Jupiter*, 2015 ONCJ 376.

¹⁶¹ En effet, il est loisible d'écarter un précédent établi par une cour de même rang pour des raisons impérieuses (voir *Canada c Craig*, 2012 CSC 43 aux para 24–27).

¹⁶² *Supra* note 100 à la p 17. Voir aussi *Emms c La Reine*, [1979] 2 RCS 1148 à la p 1161, 102 DLR (3e) 193, juge Pigeon [*Emms*].

¹⁶³ Voir *Ravndahl c Saskatchewan*, 2009 CSC 7 au para 27 [*Ravndahl*]; *R c Ferguson*, *supra* note 102 au para 65; *Lloyd*, *supra* note 100 au para 15; *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203 aux para 119–21, 173 DLR (4e) 1 [*Corbiere*].

convaincante de la portée générale des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle.

L'arrêt unanime *Ravndahl c. Saskatchewan* de la Cour suprême du Canada introduit succinctement la notion de jugement *in rem* pour qualifier l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des lois¹⁶⁴. La Cour a statué que la demanderesse pouvait instituer une action fondée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, même si ses demandes personnelles reposant sur l'article 24 de la *Charte* étaient prescrites. En effet,

[i]l est important d'établir une distinction entre les réparations personnelles — ou *in personam* — sollicitées par l'appelante en tant qu'individu, et les réparations *in rem* qui découlent de l'application de l'art. 52 et qui permettent d'accorder une prestation à l'appelante et à toutes les personnes touchées au même titre qu'elle.¹⁶⁵

Vu la brièveté des motifs de l'arrêt *Ravndahl*, il faut se tourner vers d'autres sources pour saisir la nature des jugements dits *in rem*. Le juge King, s'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Law v. Hansen*, a dit de ceux-ci qu'ils étaient « *conclusive against all the world, not only as to the rem itself but also as to the ground on which the tribunal professes to decide, or may be presumed to have decided* »¹⁶⁶. En fixant le statut juridique d'une chose indépendamment du contexte litigieux, la conclusion *in rem* entraîne une préclusion (*estoppel*) opposable aux tiers selon le principe de la *res judicata*¹⁶⁷.

La première décision constitutionnelle *in rem* a été prononcée en 1637 par la Court of Exchequer Chamber dans la fameuse affaire *Rex v. Hampden*, dans laquelle Hampden contestait la légalité de la taxe appelée « *ship money* »¹⁶⁸. Une majorité de sept juges sur douze a conclu à la constitutionnalité de la taxe levée par le roi Charles I en vertu de sa prérogative royale, et ce, malgré l'opposition du Parlement¹⁶⁹. Peu après, Lord Say a soulevé la question de la légalité de la taxe dans un nouveau

¹⁶⁴ *Supra* note 163 au para 27. Voir aussi *Laverick*, *supra* note 159 au para 21; *Winnipeg Videon Inc v Manitoba Telephone System*, [1986] MJ No 655 au para 22, 43 Man R (2^e) 288 (CA); *R v Sarmales*, *supra* note 110 au para 17; *Nielsen*, *supra* note 159 aux para 15–16; *Starz (Re)*, 2015 ONCA 318 au para 103.

¹⁶⁵ *Ravndahl*, *supra* note 163 au para 27.

¹⁶⁶ [1895] 25 RCS 69 à la p 73, [1895] SCJ No 75.

¹⁶⁷ Voir Gélinas, *supra* note 38 à la p 472; *Strayer*, *supra* note 20 à la p 195. Les jugements *in rem* ont émergé au XV^e siècle en droit anglais (voir Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, vol 9, Londres, Methuen, 1926 aux pp 150–52).

¹⁶⁸ Voir *R v Hampden* (1637), 3 St Tr 826.

¹⁶⁹ Le Parlement a rapidement répliqué en édictant une loi portant à infirmer la décision (voir *Ship Money Act 1640* (R-U), 16 Cha I, c 14).

litige, auquel le procureur général s'est opposé au motif que la décision dans *Rex v. Hampden* liait tous les justiciables¹⁷⁰. Rejetant l'action de Lord Say, la Court of King's Bench a statué que la conclusion relative à la légalité de la taxe n'était pas susceptible de contestation, même par les tiers¹⁷¹.

En droit public canadien, la Cour suprême a souvent reconnu la nature *in rem* des déclarations de nullité visant des règlements, dont l'effet sur les tiers est décrit comme suit par le juge Rand dans l'arrêt *Dilworth* :

Une décision *in rem*, rendue selon des moyens prévus par la loi et concluant à l'illégalité, comme dans le cas de l'annulation d'un règlement, lie tous les contribuables. C'est ce qui se produit en l'espèce : les appelants agissent au nom de tous les contribuables; et une décision déclarant que l'acte contesté est *intra vires* lierait tous les contribuables vis-à-vis de la corporation et la corporation vis-à-vis des tiers dans la procédure.¹⁷²

Ce raisonnement peut être transposé sans embûche aux lois : la déclaration affirme l'incompatibilité de la mesure législative avec la loi suprême sans égard au contexte litigieux¹⁷³. Ainsi, ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles que la déclaration d'inconstitutionnalité peut être écartée ultérieurement par une cour de justice, encore que son rang hiérarchique soit supérieur à celle qui a prononcé la réparation¹⁷⁴.

Les caractéristiques propres aux déclarations d'inconstitutionnalité renforcent la position suivant laquelle ces décisions sont de nature *in rem*. D'abord, la Cour suprême du Canada a reconnu que les jugements déclaratoires prononcés en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquent *directement* aux tiers¹⁷⁵. La réparation bénéficie à tous les justiciables sans que le débat ne doive à nouveau être tranché. En contraste, le principe du *stare decisis* énonce plutôt que les tribunaux — et non les parties — sont liés, à des degrés variables, par les précédents

¹⁷⁰ Voir *Lord Say's Case* (1638), Cro Car 524.

¹⁷¹ Voir *ibid*; George Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, Londres, Butterworth, 1924, n° 243.

¹⁷² *Dilworth et autres c Bala (municipalité de) et autres*, [1955] RCS 284 à la p 289, 2 DLR 353 [*Dilworth*], tel que traduit dans *Emms, supra* note 162 à la p 1159. Voir aussi *Marcotte c Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43 au para 28 [*Marcotte*]; *Breslaw c Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44 aux para 7–9.

¹⁷³ Voir Strayer, *supra* note 20 à la p 195; Gélinas, *supra* note 38 à la p 472.

¹⁷⁴ Voir *Dilworth, supra* note 172 à la p 289. Nous discutons du genre de circonstances exceptionnelles permettant d'écarter le jugement d'inconstitutionnalité *in rem* dans la sous-section II-B.2, ci-dessous.

¹⁷⁵ Voir *Ravndahl, supra* note 163 au para 27; *R c Boudreault*, 2018 CSC 58 aux para 103–09; *Carter c Canada (PG)*, 2015 CSC 5 aux para 56, 126–27 [*Carter* 2015]; *Carter c Canada (PG)*, 2016 CSC 4 aux para 6–7.

jurisprudentiels¹⁷⁶. Pris isolément, le jugement produit un effet indirect et possiblement diffus à l'égard des tiers, car sa *ratio decidendi* pourra être nuancée par d'autres décisions, réduite à sa « matrice factuelle unique » ou jugée inapplicable à de nouvelles circonstances par la technique du *distinguishing*¹⁷⁷.

Ensuite, les déclarations d'inconstitutionnalité jouissent d'une sécurité juridique supérieure à celle des jugements ordinaires. C'est ce qu'indique la distinction dressée par la Cour suprême entre les déclarations « générales » ou « formelles » d'inconstitutionnalité — lesquelles inversent la présomption de constitutionnalité des lois visées au bénéfice de tous — et les simples conclusions d'inconstitutionnalité auxquelles parviennent les cours provinciales — qui peuvent aisément être repoussées dans d'autres circonstances¹⁷⁸. L'arrêt *Lloyd* est éclairant à cet égard :

Conclure qu'une règle de droit n'est pas conforme à la Constitution permet à un juge de la cour provinciale de refuser d'appliquer cette règle dans l'affaire dont il est saisi. La règle de droit n'est pas pour autant inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est loisible aux juges de la cour provinciale de refuser d'appliquer la règle de droit dans des affaires subséquentes pour les motifs déjà exposés ou pour d'autres motifs qui leur sont propres. La règle de droit demeure toutefois pleinement opérante en l'absence d'une déclaration formelle d'invalidité par une cour ayant une compétence inhérente.¹⁷⁹

Les suspensions qui accompagnent souvent les déclarations d'inconstitutionnalité nécessitent aussi ce niveau de sécurité juridique rehaussé par rapport aux décisions ordinaires¹⁸⁰. En effet, la « période de transition » perdrait son sens s'il était loisible à une autre cour de justice, quel que soit son rang hiérarchique, de parvenir à un résultat différent dans un autre litige. Au surplus, la thèse voulant que l'effet des décisions

¹⁷⁶ On distingue en effet les conventions dites horizontale et verticale du *stare decisis*. Quant à la convention horizontale, voir la note 161 et le texte correspondant. Quant à la convention verticale, beaucoup plus exigeante, elle requiert que les précédents soient suivis par les tribunaux d'instance inférieure « [s]ous réserve d'exceptions extraordinaires » (*R c Comeau*, 2018 CSC 15 au para 26. Voir *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 44 [*Bedford*]).

¹⁷⁷ L'arrêt *Orphan Well Association c Grant Thornton Ltd*, 2019 CSC 5 présente un exemple intéressant de ces techniques (voir les motifs majoritaires du juge en chef Wagner aux para 127–36, 150).

¹⁷⁸ Voir *Okwuobi*, *supra* note 100 au para 44; *Cuddy Chicks*, *supra* note 100 à la p 17; *Martin*, *supra* note 92 au para 31; *Lloyd*, *supra* note 100 au para 15; *Douglas*, *supra* note 100 aux pp 592–600. Voir aussi *Saguenay*, *supra* note 100 au para 153; *Mackin*, *supra* note 100 au para 77.

¹⁷⁹ *Supra* note 100 au para 19. Voir aussi *Windsor*, *supra* note 103 au para 70.

¹⁸⁰ Voir *Mackin*, *supra* note 100 au para 77; *Laverick*, *supra* note 159 au para 21.

constitutionnelles à l'égard des tiers se limite au *stare decisis* fait fi de la nette division entre les réparations personnelles accordées en vertu de l'article 24 de la *Charte* et celles de portée générale découlant de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁸¹.

Certains constitutionnalistes tentent tout de même d'expliquer la portée générale des décisions constitutionnelles en affirmant qu'elles « lient » les tiers en vertu du principe du *stare decisis*. Par exemple, les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet soutiennent que la déclaration d'inconstitutionnalité « ne vaut *erga omnes* qu'à titre de "précédent" susceptible de lier selon la méthode de la common law »¹⁸². C'est également l'avis formulé par le juge Paciocco de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Sullivan*, du moins en ce qui concerne les décisions des cours supérieures des provinces¹⁸³.

Avec égard, le jugement qui affecte les tiers indirectement, par application du *stare decisis*, ne peut être décrit comme produisant des effets *erga omnes*, car ce sont les tribunaux qui sont liés par les précédents, et non les justiciables. Ce raisonnement mène à la conclusion erronée selon laquelle tous les jugements de droit public rendus par une cour supérieure valent *erga omnes* puisqu'ils sont susceptibles de lier les tribunaux en vertu du principe du *stare decisis*. Il nous paraît plus conforme à la common law de reconnaître que le volet universel des déclarations d'inconstitutionnalité résulte de l'application du principe de la *res judicata* envers et contre tous. Ainsi, en fixant l'état d'inconstitutionnalité de la loi indépendamment du contexte litigieux, la conclusion constitutionnelle *in rem* lie tant les parties au litige que les tiers.

2. Les limites à la portée des déclarations d'inconstitutionnalité *in rem*

Les auteurs et les juges qui ont manifesté leur opposition à la thèse du jugement d'inconstitutionnalité *in rem* soulèvent principalement le problème de sa rigidité. Il serait inadmissible, soutient-on, que les cours d'appel soient liées par les décisions constitutionnelles des tribunaux de première instance, ou encore que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une seule cour supérieure détermine le droit applicable à l'ensemble du

¹⁸¹ Voir *Ravndahl*, *supra* note 163 au para 27; *Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 aux para 83–89.

¹⁸² Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 118, n° I.54. Voir aussi Duplé, *supra* note 157 aux pp 329–30.

¹⁸³ *Supra* note 111 au para 38.

pays¹⁸⁴. Selon nous, la *res judicata* peut être adaptée au contexte du contentieux constitutionnel canadien afin de limiter les circonstances dans lesquelles elle peut valablement être opposée aux tiers.

Notons d'entrée de jeu que la *res judicata*, dont l'origine remonte au XII^e siècle, est un principe malléable que les tribunaux de common law ont su adapter au gré des circonstances et mœurs changeantes de leur temps¹⁸⁵. Il s'agit avant tout d'une règle *de preuve* à laquelle, graduellement, certaines exceptions ont pu être opposées¹⁸⁶. L'évolution des différents types de préclusion (*estoppels*) tient en partie à l'influence du droit matériel et processuel, en partie aux « considérations de sens commun » [notre traduction], constate Holdsworth¹⁸⁷. C'est avec ces remarques historiques en tête que nous abordons le problème dénoncé de la rigidité du jugement *in rem*.

Dans l'arrêt *Emms c. R*, le juge Pigeon a reconnu la souplesse de la *res judicata* en common law : « [L]a théorie de la chose jugée n'est pas établie par une loi écrite, c'est du droit prétorien [...] et il appartient aux tribunaux d'élaborer ces principes en regard des besoins de l'époque. »¹⁸⁸ En droit canadien moderne, la *res judicata* se décline en deux branches, à savoir l'*issue estoppel* et le *cause of action estoppel*. L'évolution des règles relatives à ces préclusions doit naturellement promouvoir la finalité des décisions et l'équité envers les parties, mais les considérations pertinentes peuvent varier selon le contexte¹⁸⁹. La Cour suprême du Canada a, par exemple, apporté des ajustements à l'*issue estoppel* en droit pénal afin de l'harmoniser avec le principe de la présomption d'innocence¹⁹⁰.

En matière constitutionnelle, la *res judicata* doit mettre en équilibre deux principes fondamentaux sous-tendant l'architecture de la Constitution : le fédéralisme et la primauté du droit¹⁹¹. Du premier découle la tolérance d'une certaine diversité dans l'interprétation de la Constitution par les cours supérieures des différentes provinces, sous réserve du rôle unificateur de la Cour suprême du Canada. Du second se déduit l'impératif de certitude et de cohérence du droit, dont fait éminemment partie la loi su-

¹⁸⁴ Voir Peltomaa, *supra* note 102 aux pp 59–61; Létourneau, *supra* note 118 à la p 182; Gélinas, *supra* note 38 à la p 472; Sullivan, *supra* note 111 aux para 33–40; Withler, *supra* note 158 aux para 43–50; Coquitlam, *supra* note 158 au para 17.

¹⁸⁵ Voir Holdsworth, *supra* note 167 aux pp 146–47.

¹⁸⁶ Voir *ibid* aux pp 144–63.

¹⁸⁷ *Ibid* à la p 152.

¹⁸⁸ *Supra* note 162 à la p 1160.

¹⁸⁹ Voir *Danyluk c Ainsworth Technologies Inc*, 2001 CSC 44 au para 33 [*Danyluk*].

¹⁹⁰ Voir *R c Mahalingan*, 2008 CSC 63 aux para 57–58.

¹⁹¹ Voir *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 135 aux para 55–60, 70–78.

prême. En conséquence, il nous paraît nécessaire de spécifier deux limites à la portée des déclarations d'inconstitutionnalité à l'égard des tiers. D'une part, l'effet du jugement d'inconstitutionnalité *in rem* est circonscrit au territoire sur lequel le tribunal a compétence et, d'autre part, la *res judicata* de common law ne ferme pas définitivement la porte à la réouverture du débat en présence de circonstances exceptionnelles.

Au sujet de la portée territoriale des décisions constitutionnelles, la jurisprudence¹⁹² et la doctrine¹⁹³ s'accordent pour dire que l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité doit être limité au territoire sur lequel la cour supérieure a compétence. L'auteur Mark Mancini considère que « [i]t would be an affront to the principled federalism balance established by the Constitution Act, 1867 to argue that section 52 declarations should extend throughout the country when issued by one judge in a province »¹⁹⁴. Cette conséquence serait malvenue, car, d'ordinaire, chaque province peut développer une jurisprudence qui lui est propre, pour autant que les enseignements de la Cour suprême du Canada y soient intégrés¹⁹⁵.

Certes, le jugement *in rem* est généralement opposable au monde entier, mais il existe des exceptions à ce principe. Dans certaines situations, les tribunaux exigent qu'un avis soit signifié aux tiers ayant un intérêt dans l'issue du litige afin que le jugement *in rem* leur soit opposable¹⁹⁶. Or, le contentieux constitutionnel fait intervenir des règles de soumission d'avis particulières qui militent contre l'opposabilité des décisions constitutionnelles au-delà de la province où la cour supérieure s'est prononcée. Partout au pays, les contestations constitutionnelles de la législation fé-

¹⁹² Voir *R v Pete* (1998), 131 CCC (3^e) 233, 40 WCB (2^e) 277 (BC CA); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79 au para 70 [*Renvoi mariage*]; *R c Laba*, [1994] 3 RCS 965 aux pp 982–84, 120 DLR (4^e) 175; *Nielsen*, *supra* note 159 aux para 15–16; *Y v Swinemar*, 2020 NSCA 56 au para 42 (tranchant un litige sur le critère de la mort raisonnablement prévisible après avoir noté la déclaration d'inconstitutionnalité au Québec); *Sullivan*, *supra* note 111 au para 35; *R v EJB*, 2018 ABCA 239 aux para 72–75; *Parent c Guimond*, 2016 QCCA 159 aux para 11–18; *R c Roy*, *supra* note 123; *R v Scofield*, 2019 BCCA 3 aux para 75–89; *R v Boutilier*, 2016 BCCA 24 au para 45, juge Neilson; *R v Graham and Parks*, 2003 BCPC 369 aux para 12–16.

¹⁹³ Voir Strayer, *supra* note 20 aux pp 193–95; Mancini, *supra* note 107 aux pp 35–36; Gélinas, *supra* note 38 à la p 472; L'honorable David Stratas, « A Judiciary Cleaved: Superior Courts, Statutory Courts and the Illogic of Difference » (2017) 68 RD UN-B 54 à la p 56; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 118, n° I.54–55; Létourneau, *supra* note 118 à la p 190. Voir aussi Peltomaa, *supra* note 102 à la p 60.

¹⁹⁴ Mancini, *supra* note 107 à la p 35.

¹⁹⁵ Voir *Wolf c La Reine*, [1975] 2 RCS 107 à la p 109, 47 DLR (3^e) 741.

¹⁹⁶ Voir *Hughes c Fredericton (Ville)* (1998), 204 NBR (2^e) 153 aux para 5–10, 165 DLR (4^e) 597 (CA); *The Council of the Haida Nation v British Columbia*, 2017 BCSC 1665 aux para 22–29.

dérale sont assujetties à la soumission d'un avis aux procureurs généraux du Canada et de la province dans lequel se déroule le litige — mais il n'est nullement nécessaire d'aviser les procureurs généraux des autres provinces¹⁹⁷. Comme l'a souligné le juge Strayer, la reconnaissance d'une portée nationale à la déclaration d'inconstitutionnalité rendue dans une seule province implique de passer outre l'exigence légale de soumettre un avis aux procureurs généraux des autres provinces¹⁹⁸. Ce résultat nous paraît inadmissible.

Les particularités du système fédéral et de l'ordre judiciaire canadiens commandent de borner la portée *in rem* des décisions constitutionnelles au territoire sur lequel le tribunal a compétence. Le jugement d'inconstitutionnalité d'une cour supérieure provinciale est donc opposable à tous uniquement dans la province du litige. Autrement dit, seules les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour suprême du Canada — l'unique cour de justice nationale — s'appliquent à l'ensemble du Canada¹⁹⁹. Naturellement, les procureurs généraux de toutes les provinces sont avisés et ont l'occasion d'intervenir dans les renvois ou appels entendus par la Cour suprême lorsque l'inconstitutionnalité d'une mesure législative ou d'une règle de common law est soulevée²⁰⁰.

Aux restrictions de nature territoriale s'ajoute une seconde limite à la portée des déclarations d'inconstitutionnalité : la possibilité de rouvrir le débat constitutionnel en présence de circonstances exceptionnelles. En effet, les préclusions (*estoppels*) constituant la *res judicata* n'accordent jamais une immunité complète aux décisions passées en force de chose jugée, car le juge peut les écarter à sa discrétion. Le jugement d'inconstitutionnalité *in rem* fait intervenir l'*issue estoppel*, lequel crée

¹⁹⁷ Voir par ex *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C-43, art 109 (en Ontario); art 76 Cpc (au Québec); *Constitutional Question Act*, RSBC 1996, c 68, arts 8–9 (en Colombie-Britannique); *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2, arts 24–25 (en Alberta).

¹⁹⁸ Voir Strayer, *supra* note 20 aux pp 193–95.

¹⁹⁹ En effet, les cours fédérales ne sont pas de véritables cours supérieures au sens constitutionnel et, partant, leurs décisions doivent être traitées au même titre que celles des tribunaux inférieurs provinciaux (voir la note 5 du présent article). Aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence des cours fédérales est limitée aux « lois du Canada », c'est-à-dire du Parlement (*supra* note 5, art 101). Ainsi, les cours fédérales ne peuvent se prononcer sur la constitutionnalité des lois que de manière *incidente*, aux seules fins du litige, de la même manière que les tribunaux inférieurs. Enfin, l'attribution d'un effet *in rem* national aux déclarations des cours fédérales usurperait le rôle central des cours supérieures des provinces dans le contentieux constitutionnel. Notons que la Cour suprême du Canada est une cour nationale, et non fédérale, encore qu'elle ait été établie à l'origine par le Parlement (voir TA Cromwell, « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995) 46:5 SCL Rev 1027 à la p 1042).

²⁰⁰ Voir *Règles de la Cour suprême du Canada*, rr 33, 46.

une préclusion empêchant les justiciables de remettre en cause la conclusion d'inconstitutionnalité²⁰¹. Ainsi, après avoir conclu à la présence des conditions d'application de l'*issue estoppel*, le tribunal possède un pouvoir discrétionnaire lui permettant de repousser la doctrine s'il juge opportun de le faire²⁰². La certitude du droit commande néanmoins de réserver l'exercice de cette discrétion aux situations exceptionnelles. Il incombe alors au procureur général d'en faire la preuve s'il souhaite « raviver » la loi déclarée inconstitutionnelle dans ce ressort²⁰³.

Dans quelles circonstances les tribunaux devraient-ils tirer parti de la flexibilité caractérisant la *res judicata* pour rejeter son application aux déclarations d'inconstitutionnalité? Sans prétendre à l'exhaustivité, nous dénombrons au moins deux situations où l'*issue estoppel* mérite d'être écarté à l'égard des tiers. En premier lieu, afin de permettre aux tribunaux d'uniformiser le droit au pays, le juge saisi d'une question faisant l'objet d'une controverse jurisprudentielle entre les provinces devrait permettre la réouverture du débat, quitte à réfuter une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée antérieurement dans ce ressort. Il était donc approprié que la Cour d'appel de l'Ontario se prononce sur la constitutionnalité de l'article 33.1 du *Code criminel* dans l'arrêt *Sullivan* en raison de la controverse jurisprudentielle interprovinciale qui persiste²⁰⁴. Autrement, l'*issue estoppel* cristalliserait les divergences provinciales dans l'interprétation de la Constitution et ferait obstacle à la saisine de la Cour suprême²⁰⁵. Ici, le principe de la primauté du droit favorise la recherche de cohérence interprovinciale.

En second lieu, il serait inconcevable de pérenniser, sans y jeter un second regard, une déclaration d'inconstitutionnalité dont les motifs ont par la suite été répudiés dans la jurisprudence. Le droit canadien admet en effet que la *res judicata* peut être écartée en présence d'une modification déterminante du droit jurisprudentiel survenue après le prononcé du ju-

²⁰¹ Si le *cause of action estoppel* pouvait être opposé à tous, il ne serait plus possible de soulever de nouvelles questions de droit de nature constitutionnelle, ce qui nous paraît inadmissible (voir *Bedford*, *supra* note 176 au para 42; *Carter* 2015, *supra* note 175 au para 44).

²⁰² Voir *Danyluk*, *supra* note 189 au para 33; *Toronto (Ville) c SCFP, section locale 79*, 2003 CSC 63 au para 53. Voir aussi *Nasifoglu c Complexe St-Ambroise inc*, 2005 QCCA 559 aux para 69–70; *Timm c R*, 2014 CAF 8 aux para 21–27.

²⁰³ Voir *Schweneke v Ontario* (2000), 47 OR (3^e) 97 aux para 38–39, [2000] OJ No 298 (CA) (cité avec approbation dans *Danyluk*, *supra* note 189 au para 33).

²⁰⁴ *Supra* note 111 et le texte correspondant.

²⁰⁵ Concernant les divergences dans l'interprétation du droit entre les provinces, voir les notes 259–64 du présent article.

gement en cause²⁰⁶. L'arrêt *R c. Turpin* est aussi digne de mention : la Cour suprême du Canada a rejeté plusieurs jugements d'inconstitutionnalité en statuant que la province de résidence ne constitue pas, en règle générale, un motif de discrimination analogue au sens du paragraphe 15(1) de la *Charte*²⁰⁷. Dans ces situations, la cohérence du droit exige de réexaminer les enjeux constitutionnels ayant donné lieu à des décisions irréconciliables sur la constitutionnalité des lois.

Enfin, une mise en garde en lien avec le bijuridisme canadien s'impose. Notre discussion concernant l'effet du jugement *in rem* s'applique indifféremment au Québec, s'agissant de droit public²⁰⁸. Certains juristes pourraient tout de même être tentés d'invoquer l'autorité de la chose jugée — la forme civiliste de la *res judicata* — pour décrire l'effet de la décision constitutionnelle rendue au Québec²⁰⁹. Cependant, aux termes de l'article 2848 du *Code civil du Québec*, c'est seulement à l'égard des parties au litige que le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée²¹⁰. L'action collective constitue l'unique exception à l'effet relatif des jugements, mais les tribunaux ont condamné le recours à ce mécanisme pour le contentieux constitutionnel²¹¹.

Ainsi, malgré certains égarements jurisprudentiels²¹², il ne convient pas d'attribuer à la déclaration d'inconstitutionnalité l'autorité de la chose jugée envers et contre tous. Le jugement *in rem* ne bénéficie pas, à l'égard

²⁰⁶ Voir *Apotex Inc v Schering Corporation*, 2018 ONCA 890 aux para 25–32; *Hockin v Bank of British Columbia* (1995), 123 DLR (4^e) 538 aux para 22–36, 3 BCLR (3^e) 193 (BCCA); *Oberlander c Canada (PG)*, 2016 FCA 52 aux para 18–23.

²⁰⁷ *Supra* note 143 aux pp 1333–34.

²⁰⁸ Voir *Ligue catholique pour les droits de l'homme c Hendricks* (2003), [2004] RJQ 851 au para 25, 238 DLR (4^e) 577 (CA).

²⁰⁹ Brun, Tremblay et Brouillet font l'erreur de citer l'article 2848 CcQ en discutant de l'effet d'une décision constitutionnelle sur les tiers (voir *supra* note 118, n° I.48–56). Commettant la même erreur, Gilles Rousseau écrit que le recours en cassation permet aux tribunaux « [d']écarter[r] la règle habituelle prévue à l'article 1241 du *Code civil* et [de] substituer[r] à l'autorité relative, l'autorité absolue de la chose jugée » (Gilles Rousseau, « Le recours en cassation dans le contentieux municipal » (1980) 21:4 C de D 715 à la p 782). Pour une étude comparée des doctrines liées à la *res judicata* en droit civil et en common law, voir Edith Charbonneau, « Préclusion, *res judicata* et préclusion découlant d'une question déjà tranchée : des éclaircissements s'imposent! » (2015) 93:2 R du B can 371.

²¹⁰ Art 2848 CcQ.

²¹¹ Voir *Guimond c Québec (PG)*, [1996] 3 RCS 347 au para 20, 138 DLR (4^e) 647; *Marcotte, supra* note 172 au para 28; *Horner v Saskatchewan*, 2009 SKQB 270 aux para 6–14.

²¹² Voir *AD c Tribunal administratif du Québec*, 2010 QCCS 3982 au para 113; *Gingras, supra* note 159 au para 49 (citant l'article 2848 CcQ pour décrire l'effet *erga omnes* de la déclaration).

des tiers, de la présomption absolue de validité que procure l'article 2848 du *Code civil*. Au Québec comme ailleurs au Canada, c'est plutôt la doctrine plus souple de l'*issue estoppel* qui rend la déclaration d'inconstitutionnalité opposable à tous.

C. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps

Nous exposerons dans cette section l'importance de la distinction entre les sanctions d'invalidité et d'inopérabilité dans l'analyse de l'effet temporel de la loi frappée d'inconstitutionnalité. Quelle que soit la sanction applicable, cependant, la déclaration d'inconstitutionnalité a le potentiel de bouleverser la sécurité et la stabilité des rapports juridiques. Les techniques employées par les tribunaux pour aménager les conséquences pratiques de la loi jugée inconstitutionnelle seront aussi à l'étude.

1. L'opposition entre les sanctions d'invalidité et d'inopérabilité

En principe, l'invalidité d'une mesure législative rend celle-ci nulle *ab initio*²¹³. Le législateur qui n'observe pas les conditions enchâssées d'exercice du pouvoir législatif agit hors de sa compétence, et le produit d'une telle procédure législative ne peut être traité comme une loi à proprement parler.

L'invalidité est une conséquence irrémédiable qui empêche la mesure législative de produire tout effet ultérieur, du moins en théorie²¹⁴. À titre d'exemple, l'obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif imposée aux législatures du Québec et du Manitoba exige que les projets de loi soient produits dans les deux langues au moment de leur adoption²¹⁵. Le manquement à cette obligation procédurale ne saurait être corrigé par une traduction *a posteriori* des lois dans les recueils, comme l'a rappelé la Cour suprême²¹⁶. Par ailleurs, si une loi est déclarée *ultra vires* d'une législature et qu'une modification constitutionnelle attribue ultérieurement

²¹³ Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 aux pp 746–47; *Martin*, *supra* note 92 au para 28; *Hislop*, *supra* note 106 aux para 82–83.

²¹⁴ Il en irait toutefois autrement si la modification constitutionnelle prévoyait explicitement la renaissance de la loi auparavant invalide (voir *Field*, *supra* note 48 aux pp 288–94; P-A Côté, *supra* note 38 à la p 119). Par ailleurs, une loi abrogée par une seconde loi ne reprend pas effet lorsque cette seconde loi est elle-même abrogée (voir *Loi d'interprétation (Canada)*, *supra* note 119, art 43(a); *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16, art 9).

²¹⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art 133; *Loi de 1870 sur le Manitoba*, SC 1870, c 3, art 23, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 8.

²¹⁶ Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 aux pp 774–77.

la matière en question à l'ordre provincial, cette loi ne pourra avoir d'effet qu'après avoir été rééditée dans la province²¹⁷.

Par opposition, une loi valide peut alterner entre les états d'opérabilité et d'inopérabilité jusqu'à son extinction, selon qu'elle entre en conflit ou non sur le fond avec une norme constitutionnelle²¹⁸. Le mécanisme de dérogation prévu à l'article 33 de la *Charte* admet également la possibilité qu'une mesure législative alterne entre les états d'opérabilité et d'inopérabilité. Une loi peut ainsi être inopérante pour cause d'incompatibilité avec l'un des articles 2 ou 7 à 15 de la *Charte*, puis devenir opérante pour un maximum de cinq ans par le truchement d'une déclaration renouvelable de dérogation faite en vertu de l'article 33. Un certain temps peut s'écouler entre deux déclarations de dérogation sans pour autant empêcher la loi de redevenir opérante à compter de l'entrée en vigueur de la seconde déclaration. Le mécanisme de dérogation à la *Charte* comporte toutefois une limite temporelle importante : la Cour suprême a statué dans l'arrêt *Ford* que l'article 33 ne permet pas au législateur d'accorder un effet rétroactif à sa disposition dérogatoire²¹⁹. Une disposition inopérante pour cause d'incompatibilité avec la Constitution reprend automatiquement effet lorsque la norme constitutionnelle prépondérante est abrogée.

Prenons l'exemple de la *Loi sur la liberté des cultes* pour illustrer l'alternance entre les états d'opérabilité et d'inopérabilité²²⁰. Cette loi québécoise énonce des infractions archaïques, mais pleinement en vigueur au Québec, relatives notamment à la conduite « irrévérencieuse » ou à l'amusement près d'une église pendant le service divin²²¹. Posons l'hypothèse que ces interdictions briment les libertés fondamentales de conscience, de religion et d'opinion garanties à l'article 2 de la *Charte*. Si tel est le cas, la *Charte* a bloqué l'opération de la *Loi sur la liberté des cultes* dès son entrée en vigueur le 17 avril 1982²²². Quelques mois plus

²¹⁷ Voir Field, *supra* note 48 aux pp 288–94. Deux exceptions à cette règle générale méritent d'être soulevées : la loi *ultra vires* au moment de son édicton peut devenir valide si un amendement constitutionnel la ratifie explicitement ou si son entrée en vigueur est assujettie à une attribution ultérieure de compétence par la Constitution (voir R Perry Sentell Jr, « Unconstitutionality in Georgia: Problems of Nothing » (1973) 8:1 Ga L Rev 101 aux pp 119–21; Crawford, *supra* note 118 aux pp 652–54).

²¹⁸ Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 44, n° 376.

²¹⁹ Voir *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712 aux para 35–36, 54 DLR (4^e) 577.

²²⁰ RLRQ c L-2.

²²¹ *Ibid.*, arts 5–6.

²²² Nous laissons de côté pour les fins de cet exemple la *Charte québécoise*, entrée en vigueur en 1976, dont l'article 3 ferait également obstacle à l'application de la loi (*supra* note 53, art 3).

tard, la Législature du Québec a édicté une disposition de dérogation, de sorte que la *Loi sur la liberté de cultes* est redevenue entièrement opérante pour une période de cinq ans²²³. Depuis juin 1987, la *Charte* a de nouveau préséance sur les infractions attentatoires des libertés fondamentales de conscience, de religion et d'opinion. Advenant l'abrogation de l'article 2 de la *Charte*, les infractions retrouveraient leur plein effet, et ce, sans intervention aucune de la législature du Québec.

En somme, une loi inconstitutionnelle pour excès de pouvoir est le plus souvent nulle *ab initio* et doit théoriquement être rééditée pour produire tout effet valable. Par opposition, une loi valide mais inopérante à une certaine époque recommence à produire des effets dès l'extinction de la norme constitutionnelle faisant obstacle à son opération.

2. L'aménagement judiciaire de l'effet d'une loi inconstitutionnelle dans le temps

Étant présumées constitutionnelles, les lois sont appliquées jusqu'à ce qu'une déclaration d'inconstitutionnalité soit prononcée contre elles²²⁴. Or, en principe, une loi inconstitutionnelle est soit invalide *ab initio*, soit inopérante dès la naissance du conflit qui l'oppose à la norme constitutionnelle. Partant, la déclaration d'inconstitutionnalité comporte généralement un aspect rétroactif puisqu'elle statue sur l'état du droit remontant à l'origine de la cause d'inconstitutionnalité²²⁵.

L'effet rétroactif et immédiat des décisions en matière constitutionnelle peut mettre en péril la stabilité du droit. Lorsque l'ordre juridique est menacé par l'application stricte de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le principe de la primauté du droit milite en faveur de la sauvegarde des effets d'une loi inconstitutionnelle²²⁶. Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême du Canada a introduit la tech-

²²³ Voir *Loi concernant la loi constitutionnelle de 1982*, RLRQ c L-4.2.

²²⁴ Voir *Mackin*, *supra* note 100 au para 79; *R c Boudreault*, *supra* note 175 aux para 103–09; *R c Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58 au para 28; *Lloyd*, *supra* note 100 au para 19. Pour plus d'informations concernant la présomption de constitutionnalité, voir *Manitoba (PG) c Metropolitan Stores Ltd*, [1987] 1 RCS 110 aux pp 121–25, 38 DLR (4^e) 321.

²²⁵ Ainsi, en principe, « les personnes lésées ont droit à une réparation dont les effets remontent dans le passé » (*Hislop*, *supra* note 106 au para 83). Voir aussi *Martin*, *supra* note 92 au para 28. Les réparations rétroactives peuvent toutefois être refusées en vertu du principe de l'immunité relative de l'État, suivant lequel « en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle » (*Mackin*, *supra* note 100 au para 78).

²²⁶ Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 aux pp 747–52.

nique de la « période de transition » dans le but d'éviter que la décision ne crée un vide juridique tant dans le passé que dans l'immédiat²²⁷. Les « droits, obligations et autres effets » découlant de la loi inconstitutionnelle sont alors « réputés temporairement avoir été opérants et incontestables et continuer de l'être »²²⁸. Progressivement, la Cour suprême a élargi l'éventail de circonstances dans lesquelles la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité peut être utilisée. Outre les cas de menace à la primauté du droit, le plus haut tribunal du pays reconnaît maintenant l'opportunité de la période de transition quand l'application rétroactive et immédiate de la loi contestée « poserait un danger pour le public » ou « priverait de bénéfices les personnes admissibles »²²⁹, ou encore lorsque la Cour a jugé qu'il fallait « accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d'aborder [l]es questions [constitutionnelles] d'une façon plus globale »²³⁰.

Malgré ses fondements très précaires en droit positif, la période de transition est passée d'une mesure exceptionnelle justifiée par la primauté du droit à une réparation banale parfois accordée sans motifs à l'appui²³¹. Appelée à clarifier son approche dans l'affaire *Ontario (PG) c. G*, la Cour suprême, a spécifié que « l'effet de déclarations d'invalidité devrait être suspendu en de rares cas, seulement lorsque le risque que représente une déclaration avec effet immédiat sur un intérêt public identifiable, fondé sur la Constitution, l'emporte sur les conséquences néfastes de la suspension de l'effet de cette déclaration »²³². Écrivant pour la majorité, le juge Karakatsanis explique que les tribunaux doivent mettre en équilibre quatre principes fondamentaux susceptibles d'entrer en conflit²³³. D'une part, les principes de la protection des droits garantis par la *Charte* par l'octroi de réparations efficaces et la conformité des lois à la Constitution militent contre la suspension. D'autre part, l'intérêt public dans le maintien d'un ordre juridique positif et le respect des rôles des pouvoirs législatif et judiciaire favorisent le recours à la période de transi-

²²⁷ *Hislop*, *supra* note 106 aux para 88–90.

²²⁸ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 à la p 767.

²²⁹ *Hislop*, *supra* note 106 au para 90, citant *Schachter*, *supra* note 106 à la p 719.

²³⁰ *M c H*, [1999] 2 RCS 3 au para 147, 171 DLR (4^e) 577.

²³¹ Voir *Association de la police montée de l'Ontario c Canada (PG)*, 2015 CSC 1 au para 158; *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4 au para 103; *Carter* 2015, *supra* note 175 aux para 126–32.

²³² *Supra* note 6 au para 83.

²³³ Voir *ibid* aux para 93–94.

tion²³⁴. Enfin, c'est au gouvernement qu'il incombe de démontrer l'intérêt « impérieux » justifiant la période de transition²³⁵.

Les motifs concordants du juge Rowe et les motifs partiellement dissidents des juges Brown et Côté rejettent l'approche discrétionnaire consacrée par la majorité dans la décision de suspendre ou non une loi inconstitutionnelle²³⁶. De fait, contrairement à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le paragraphe 52(1) « ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges », rappelle la juge en chef McLachlin dans l'arrêt unanime *R c. Ferguson*²³⁷. Omettant ce précédent, l'approche adoptée par la juge Karakatsanis exige plutôt de mettre en balance la prescription explicite du paragraphe 52(1) avec de vagues « intérêts » issus de principes constitutionnels. Pour leur part, les juges Côté et Brown affirment — à juste titre selon nous — que le recours à la période de transition ne pourrait être justifié constitutionnellement que si la primauté du droit était autrement mise en péril, notamment pour cause de vide juridique ou de menace à la sécurité publique²³⁸.

À tout événement, qu'elle soit ou non suspendue, la déclaration d'inconstitutionnalité n'affecte pas la légalité de tous les actes juridiques passés, car plusieurs règles de droit pérennisent certains effets liés à la loi visée. Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême du Canada a mobilisé trois doctrines qui confirment néanmoins certains effets liés à la loi visée : la *res judicata*, la validité *de facto* et l'erreur de droit²³⁹. Ces doctrines rendent respectivement incontestables les jugements antérieurs à la déclaration, les actes posés par l'officier dont l'autorité était accordée par la loi inconstitutionnelle et les paiements entachés d'une erreur du débiteur relative au droit applicable²⁴⁰. De surcroît, les délais de prescription font obstacle aux recours fondés sur des causes d'action trop lointaines²⁴¹.

Ainsi, bien que la réparation déclaratoire rétroagisse à partir du début de l'état d'inconstitutionnalité, la jurisprudence relativise la théorie juri-

²³⁴ Voir *ibid* aux para 94–99, 126–33.

²³⁵ Voir *ibid* au para 126.

²³⁶ Voir *ibid* aux para 192–94, 205–08, juge Rowe, 236–41, juges Côté et Brown.

²³⁷ *R c Ferguson*, *supra* note 102 aux para 35, 64–65.

²³⁸ Voir *Ontario (PG) c G*, *supra* note 6 aux para 245–52.

²³⁹ *Supra* note 3 aux pp 767–68.

²⁴⁰ Voir Gélinas, *supra* note 38 aux pp 477–82. Exceptionnellement, la *res judicata* peut être écartée si la violation du droit constitutionnel perdure dans le temps et affecte toujours le justiciable après la déclaration d'inconstitutionnalité (voir *R c Boudreault*, *supra* note 175 aux para 105–09).

²⁴¹ Voir *Ravndahl*, *supra* note 163; *Hislop*, *supra* note 106 au para 101.

dique afin de protéger les attentes légitimes des citoyens se fiant à la force obligatoire d'une loi qui, par après, sera déclarée inconstitutionnelle²⁴².

D. Les conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité

En l'absence d'intervention législative, le sort réservé à la loi soupçonnée d'inconstitutionnalité dépend des pouvoirs exécutif et judiciaire. Nous étudierons successivement le traitement que réservent les procureurs généraux et les tribunaux à la loi déclarée inconstitutionnelle.

1. Le pouvoir exécutif et l'hypothèse de la convention constitutionnelle

En règle générale, la disposition déclarée inconstitutionnelle perd complètement son effectivité puisque le pouvoir exécutif accepte la validité du jugement déclaratoire. Le juge Pigeon, alors retraité de la Cour suprême du Canada, a témoigné de cette attitude respectueuse à l'égard du pouvoir judiciaire :

Au Canada, l'effectivité des décisions de justice est une question qui ne se pose pratiquement jamais en droit public interne. Au sein des pouvoirs publics, le respect des décisions des cours de justice, surtout de celles de la Cour suprême, est si grand que l'on ne se demande pas de nos jours si un arrêt est susceptible d'exécution, il suffit que la Cour ait statué pour que l'on s'incline.²⁴³

Cette révérence se manifeste aussi par l'entérinement systématique des conclusions tirées des renvois, qui, en théorie, n'ont pourtant aucune obligatorité juridique²⁴⁴.

Les auteurs Fabien Gélinas et Stéphane Létourneau posent que la déférence qu'accorde l'exécutif aux décisions judiciaires pourrait s'expliquer par l'existence d'une convention constitutionnelle²⁴⁵. L'hypothèse de la convention constitutionnelle nous semble convaincante dans la mesure où elle s'applique aux arrêts de la Cour suprême du Canada, mais également à toute déclaration d'invalidité qui est entérinée par le gouvernement. De fait, nombre de précédents montrent que, après s'être abstenu de faire appel d'une décision d'inconstitutionnalité rendue par une cour supé-

²⁴² Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 3 aux pp 756–57.

²⁴³ Pigeon, *supra* note 157 à la p 996. Voir aussi *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 aux para 31–32, 62.

²⁴⁴ Voir Johanne Poirier, « Les avis consultatifs au Canada: omniprésents, déterminants, banalisés et déroutants » (2019) 65:1 RD McGill 117; Gerald Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960) 6:3 RD McGill 168 aux pp 175–80; *Bedford*, *supra* note 176 au para 40.

²⁴⁵ Voir Gélinas, *supra* note 38 à la p 473, n 86; Létourneau, *supra* note 118 à la p 201.

rieure, le procureur général du Canada a cessé de défendre la mesure législative concernée dans les autres provinces²⁴⁶.

Cette convention constitutionnelle, si elle en est une, comporte néanmoins des limites importantes. Notamment, elle ne s'applique pas au jugement déclaratoire dont il n'existe aucun droit d'appel ou dont l'autorisation d'appel a été rejetée²⁴⁷. En outre, les procureurs généraux des provinces ne sauraient être tenus de se conformer à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale prononcée dans un litige d'une autre province auquel ils n'ont pas participé²⁴⁸. À titre d'exemple, en matière criminelle, l'autorité d'engager et de mener à bien des poursuites relève du procureur général de la province pour la plupart des infractions. Le pouvoir exécutif de chacune des provinces peut faire abstraction des jugements prononcés dans d'autres provinces et adopter des politiques qui reflètent sa propre appréciation de la constitutionnalité de la disposition en cause²⁴⁹.

Enfin, les conclusions d'inconstitutionnalité auxquelles parviennent les cours inférieures provinciales, vu leur nature *inter partes*, ne déclen-

²⁴⁶ Voir *Renvoi mariage*, *supra* note 192 au para 66 (le procureur général du Canada a admis l'inconstitutionnalité de l'interdiction de mariage aux personnes de même sexe après avoir refusé de porter en appel les décisions rendues sur le même sujet par les cours d'appel du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique); *Canada (PG) c Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7 au para 23 (où le procureur général du Canada s'est engagé, exceptionnellement, à ce que la décision en première instance ait force obligatoire partout au pays); *Canada (PG) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554 aux pp 579–80, [1993] ACS. no 20; *McIvor v Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (le procureur général du Canada s'est ensuite opposé à l'appel à la Cour suprême au motif que le Canada avait choisi de se conformer à la déclaration d'invalidité); *R v Blake*, *supra* note 128 aux para 21–25 (le procureur général du Canada a admis l'inconstitutionnalité de la disposition après avoir refusé de porter en appel une déclaration d'inconstitutionnalité visant la même disposition dans *R v M(C)*, *supra* note 121 et *R c Roy*, *supra* note 123); *Print Three Inc et al and The Queen*, [1985] 20 DLR (4^e) 586 à la p 590, 20 CCC (3^e) 392 (Ont CA); *National Citizens' Coalition Inc v Canada (AG)* (1984), 11 DLR (4^e) 481, [1984] 5 WWR 436 (QB) (le procureur général du Canada n'a pas porté en appel la déclaration d'inconstitutionnalité visant la limitation aux dépenses électorales indépendantes, et Élections Canada n'a pas appliqué les dispositions pertinentes lors des élections suivantes. À ce sujet, voir *Libman*, *supra* note 144 au para 51, 151 DLR (4^e) 385).

²⁴⁷ Dans un tel contexte, le procureur général du Canada a continué de défendre la loi déclarée inconstitutionnelle dans *Parent c Guimond*, *supra* note 192; *Nucci et al v Canada (AG)*, 2015 MBCA 122 au para 18; *Canada (AG) v Lewis*, 2015 ONCA 379 au para 24; *Fehr v Canada (AG)*, 2015 ABQB 627 aux para 10–11.

²⁴⁸ Voir *Strayer*, *supra* note 20 aux pp 193–95.

²⁴⁹ Dans *R v EJB* (*supra* note 192), la Couronne de l'Alberta a ainsi défendu avec succès la constitutionnalité de l'article 153 du *Code criminel* malgré la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R v Hood*, 2018 NSCA 18.

chent pas l'application de la convention constitutionnelle²⁵⁰. Il en va de même pour les décisions constitutionnelles des cours fédérales²⁵¹.

2. Le pouvoir judiciaire et la quête de cohérence et de certitude

Que le procureur général continue ou non de défendre une mesure législative jugée inconstitutionnelle, il reste que l'existence de la loi en question dépend uniquement du pouvoir législatif²⁵². Une loi jugée inconstitutionnelle continue d'exister tant qu'elle n'est pas abrogée par le législateur. Il convient de se pencher sur le traitement judiciaire réservé à la mesure législative frappée par une déclaration d'inconstitutionnalité. Les conséquences diffèrent selon que le litige a lieu dans le ressort du jugement déclaratoire ou au-delà de celui-ci.

À l'intérieur de la province où la déclaration d'inconstitutionnalité a force obligatoire, la mesure législative visée perd la présomption de constitutionnalité dont elle bénéficiait jusqu'alors. En effet, tous les justiciables peuvent se prévaloir de cette conclusion *in rem*, laquelle est opposable à tous par le truchement de la *res judicata*. Concrètement, la réfutation de la présomption de constitutionnalité signifie que l'exigence de soumettre un avis de contestation constitutionnelle aux procureurs généraux intéressés est levée pour toute procédure impliquant la loi frappée d'inconstitutionnalité²⁵³.

Il reste que l'effet de la déclaration n'est pas automatique à l'égard des tiers, car la *res judicata* doit être plaidée par la partie souhaitant s'en prévaloir²⁵⁴. C'est ce qui explique que certaines personnes aient été condamnées en vertu de dispositions du *Code criminel* pourtant jugées inconstitutionnelles²⁵⁵. Pour peu qu'une des parties porte la déclaration d'inconstitutionnalité à l'attention du tribunal, toutefois, la mesure légi-

²⁵⁰ Voir *Lloyd*, *supra* note 100 aux para 15–19; *Stratas*, *supra* note 193 à la p 56.

²⁵¹ Voir les notes 5, 199 du présent article.

²⁵² Voir la partie II-A, ci-dessus.

²⁵³ Voir *Precision Mechanics Ltd c Morin*, [1986] RJQ 421 à la p 428, [1986] DLQ 273 (CA). Il nous semble cependant que l'absence d'avis devrait être admise seulement si la déclaration d'invalidité s'applique dans la province où le litige est intenté. Ainsi, la Cour d'appel du Québec aurait dû, à notre avis, exiger la soumission d'un avis dans cet arrêt, car ce sont la Cour d'appel fédérale et la Cour d'appel de l'Ontario qui s'étaient prononcées sur la constitutionnalité de la disposition en litige (voir *R v Pete*, *supra* note 192 aux para 7–8; *R v Sarmales*, *supra* note 110 au para 16; *Sullivan*, *supra* note 111 aux para 35, 38).

²⁵⁴ Voir *Cooper v Molsons Bank*, [1896] 26 RCS 611 à la p 620, 14 TLR 276; *R v DJL*, *supra* note 126 au para 37; Donald J Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd, Markham, LexisNexis, 2015 aux pp 12–16.

²⁵⁵ Voir les notes 120–29 du présent article et le texte correspondant.

slative déclarée inconstitutionnelle se trouve complètement paralysée dans les limites du territoire sur lequel le jugement déclaratoire s'applique, sous réserve d'une réouverture exceptionnelle du débat. Par opposition, la conclusion d'inconstitutionnalité tirée par les tribunaux inférieurs — judiciaires ou administratifs — n'affecte nullement la présomption de constitutionnalité dont bénéficie régulièrement la loi visée. La soumission d'un avis aux procureurs généraux concernés demeure donc requise lors d'une nouvelle contestation de la mesure législative en cause.

À l'échelle interprovinciale, l'appréciation des conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité visant une loi fédérale se veut plus complexe. Les limites de la portée territoriale des décisions rendues par les cours supérieures peuvent occasionner de l'incertitude relativement à la constitutionnalité d'une mesure législative fédérale. En cas d'absence de droit d'appel ou de refus d'accorder la permission d'appeler, le dernier mot sur la constitutionnalité d'une loi fédérale appartient à une cour supérieure ou d'appel d'une province, et ce, en dépit de l'opposition du procureur général du Canada à la décision. Dans un tel contexte, la règle du *stare decisis* n'est d'aucun secours pour garantir qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité soit suivie à travers le pays, car les cours de justice des différentes provinces sont libres d'évaluer indépendamment la constitutionnalité de la mesure législative²⁵⁶ — quoique, en pratique, la « courtoisie judiciaire » invite les tribunaux à maintenir l'uniformité de la jurisprudence portant sur des matières fédérales²⁵⁷.

L'incohérence des jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure à travers le pays résulte parfois de cette absence d'obligatorité extraprovinciale. Le cas échéant, la Cour suprême peut exercer son rôle de « juridiction unificatrice » afin de résorber l'incertitude juridique entourant la constitutionnalité d'une norme²⁵⁸. Néanmoins, il arrive parfois que le plus haut tribunal du pays n'ait pas l'occasion de statuer sur une question constitutionnelle, ou encore refuse de le faire. Ce risque d'incohérence dans la jurisprudence des différentes provinces s'est d'ailleurs matérialisé au regard de la constitutionnalité de la peine d'emprisonnement mini-

²⁵⁶ Voir *Wolf c La Reine*, *supra* note 195 à la p 109; *R v Pete*, *supra* note 192; *Parent c Guimond*, *supra* note 192 aux para 11–18; *R c Roy*, *supra* note 123.

²⁵⁷ Voir par ex *Rex v Sam Jon* (1914), 24 CCC 334 aux pp 335–36, [1914] BCJ No 149 (BC CA); *BC Govt & Service Employees Union v HMTQ*, 2002 BCCA 476 aux para 18–19; *Canada (AG) v Lewis*, *supra* note 247 au para 25.

²⁵⁸ *Hunt c T&N PLC*, [1993] 4 RCS 289 à la p 318, 109 DLR (4^e) 16. Voir aussi *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art 101; *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26, art 3. Pour un exemple concret, voir *Lavallee, Rackel & Heintz c Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11.

male énoncée à l'article 153 du *Code criminel* : des cours d'appel sont parvenues à des conclusions contradictoires sur cette question²⁵⁹, et la Cour suprême a refusé d'y répondre à quelques reprises²⁶⁰. Ce n'est pas la première fois que celle-ci rejette une demande de permission d'appel malgré l'existence d'une controverse jurisprudentielle interprovinciale concernant la constitutionnalité d'une norme²⁶¹.

Cela dit, sans même que la Cour suprême n'intervienne, les cours d'appel parviennent communément à uniformiser l'état du droit à l'échelle du pays. En effet, elles ont souvent su répondre à l'unanimité à des questions constitutionnelles auxquelles les tribunaux de première instance ont proposé des solutions incompatibles. À cet égard, les contestations de constitutionnalité visant l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe²⁶², l'application rétroactive d'une disposition transitoire de la *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*²⁶³ et la peine d'emprisonnement minimale énoncée à l'article 151 du *Code criminel*²⁶⁴ illustrent la convergence des conclusions adoptées par les cours d'appel à travers le pays à la suite d'une période d'incertitude. Au fil du temps, la jurisprudence en matière constitutionnelle tend à converger, de sorte que

²⁵⁹ Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse et du Yukon ont déclaré la disposition inconstitutionnelle (voir *R v Hood*, *supra* note 249 aux para 133–56; *R v EO*, 2019 YKCA 9 aux para 34–54), alors que la Cour d'appel de l'Alberta est parvenue à la conclusion inverse (*R v EJB*, *supra* note 192 aux para 56–74). La Cour d'appel du Manitoba a refusé de se prononcer (voir *R v Dyck*, 2019 MBCA 81 au para 109), et la Cour d'appel de l'Ontario, en infirmant une décision dans laquelle une déclaration d'inconstitutionnalité visant cette disposition avait été prononcée, s'est abstenue de commenter la question constitutionnelle (voir *R v JCP*, 2018 ONCA 986).

²⁶⁰ Voir *R c Morrison*, 2019 CSC 15 aux para 154–55. Voir aussi les rejets des demandes de permission d'appeler des arrêts *R v EJB*, *supra* note 192, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38367 (23 mai 2019) et *R v EO*, *supra* note 259, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38743 (28 novembre 2019).

²⁶¹ Voir *R v Hamilton*, *supra* note 142. La Cour suprême du Canada a refusé la permission d'appeler de cette déclaration d'inconstitutionnalité (voir [1987] 1 RCS ix) alors que la Cour suprême de Colombie-Britannique avait jugé constitutionnelle la disposition en cause dans *Law v Hansen*, *supra* note 166. Le conflit a été résolu indirectement par l'arrêt *R c Turpin* (voir le texte accompagnant les notes 139–41).

²⁶² Voir *Renvoi mariage*, *supra* note 192 au para 66.

²⁶³ LC 2011, c 11. Voir *Parent c Guimond*, *supra* note 192 aux para 11–19; *Liang v Canada (AG)*, 2014 BCCA 190; *Canada (AG) v Lewis*, *supra* note 247.

²⁶⁴ Voir les déclarations d'inconstitutionnalité dans *R v Scofield*, *supra* note 192 aux para 11–12, 75–89; *R v BJT*, 2019 ONCA 694 aux para 66–75; *R c Ford*, 2019 ABCA 87 aux para 17–18; *Caron Barrette c R*, 2018 QCCA 516 aux para 93–108; *R v Hood*, *supra* note 249 aux para 133–56; *R v JED*, 2018 MBCA 123 aux para 92–109. Deux décisions de la Cour suprême de la Colombie Britannique avaient jugé constitutionnelle la peine d'emprisonnement minimale (voir *R v EMQ*, 2015 BCSC 201 au para 123; *R v [MSH]*, 2017 BCSC 35 (non publié).

les déclarations d'inconstitutionnalité visant des lois fédérales acquièrent pratiquement une portée nationale.

Conclusion

Ce texte avait pour objectif de jeter un regard nouveau sur le contrôle de constitutionnalité au Canada en tenant compte des enjeux liés à sa structure fédérale et à son organisation judiciaire. Nous avons défié la thèse doctrinale et jurisprudentielle prépondérante suivant laquelle les cours supérieures peuvent rendre invalides les lois incompatibles avec la Constitution en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette position conduit à des impasses difficiles à surmonter conceptuellement : une disposition fédérale serait simultanément nulle dans la province où elle est invalidée, mais toujours existante partout ailleurs au pays; une loi dérogeant à la *Charte* pourrait avoir effet temporairement encore qu'elle soit nulle *ab initio*; une mesure législative implicitement en conflit avec une norme constitutionnelle non enchâssée serait de ce fait invalide bien que le Parlement ou la législature puisse modifier unilatéralement la partie de la Constitution en question.

Selon notre lecture du régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux peuvent seulement déterminer l'effectivité judiciaire des lois inconstitutionnelles, et non leur existence. L'effet juridique de cette disposition dépend du type d'inconstitutionnalité en cause. D'abord, le paragraphe 52(1) régit les conflits de fond entre les normes constitutionnelles et ordinaires en sanctionnant d'*inopérabilité* les mesures législatives incompatibles avec la loi suprême. Ensuite, par l'établissement d'un critère procédural visant les modifications constitutionnelles, le paragraphe 52(3) exige le respect des conditions d'exercice du pouvoir législatif inscrites dans la Constitution. C'est la sanction d'*invalidité* qui s'applique aux lois édictées en excès de pouvoir. La principale distinction entre l'inopérabilité et l'invalidité réside dans la possibilité qu'une loi puisse reprendre effet sans être rééditée après le retrait de son obstacle constitutionnel.

Nous avons aussi proposé une théorie expliquant la portée générale (ou *erga omnes*) attribuée aux déclarations d'inconstitutionnalité en droit canadien. Bien qu'elle soit confinée à la sphère judiciaire, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par une cour supérieure entraîne une lourde conséquence, à savoir la réfutation de la présomption de constitutionnalité de la loi au bénéfice de tous. Nous avons soutenu que le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est de nature *in rem* : il lie tant les parties au litige que les tiers par application de l'*issue estoppel*, une branche de la *res judicata* de common law. Cette portée générale permet aux cours supérieures d'aménager l'effet de la loi jugée constitutionnelle

dans le temps afin, notamment, de maintenir la sécurité et la stabilité des rapports juridiques.

Les principes du fédéralisme et de la primauté du droit commandent toutefois de poser deux limites à la portée des décisions constitutionnelles. Premièrement, la déclaration d'inconstitutionnalité est circonscrite au territoire sur lequel le tribunal a compétence. Deuxièmement, la *res judicata* peut être écartée à titre exceptionnel dans le but de permettre le réexamen des précédents dont le bien-fondé, par suite de l'évolution de la jurisprudence, est devenu suspect. Ces deux tempéraments adoucissent la rigueur du jugement d'inconstitutionnalité *in rem* afin de l'harmoniser avec l'architecture de la Constitution canadienne.
