

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ET LA STRUCTURE JUDICIAIRE
CANADIENNE

Auteur(s) : Gaétan MIGNEAULT

Revue : *RDUS*, 2006-2007, volume 37, numéro 1

Pages : **41-58**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11827>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11827>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ET LA STRUCTURE JUDICIAIRE CANADIENNE

par Gaétan MIGNEAULT*

Malgré que l'alinéa 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867 attribue aux provinces une compétence large en matière d'administration de la justice, qui comprend la création et l'organisation de tribunaux de justice, la jurisprudence s'est servie de l'article 96 pour en atténuer la portée. Ceci a fait en sorte que la structure judiciaire existant à l'époque de la Confédération s'est vue accorder un statut constitutionnel. De l'autre côté, le Parlement canadien ne semble pas avoir été soumis aux mêmes contraintes, possédant le pouvoir d'attribuer de larges compétences aux tribunaux établis sous le régime de ses lois. Les seules restrictions qui paraissent avoir été reconnues visent les domaines de droit criminel, constitutionnel et intéressant les provinces. Ainsi, le fédéral serait habilité à retirer des cours supérieures toute autre matière qui relève de ses compétences législatives, en autant que ce soit pour les transférer à un tribunal établi en vertu de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ceci suggère que la protection des cours supérieures découlant de l'article 96 se limiterait essentiellement aux mesures provinciales.

Il semble qu'il aurait été possible d'attribuer un sens utile à l'article 96 sans pour autant amputer un segment important de la compétence provinciale en matière d'administration de la justice. En coulant la structure judiciaire dans un moule plutôt rigide, la capacité des provinces d'y effectuer des réformes importantes a grandement été limitée, accroissant du même coup les risques qu'elle ne devienne désuète avec les années. C'est sûrement l'un des rares cas où il est possible d'affirmer que la Constitution a reçu une interprétation foncièrement statique.

Even though s-s. 92(14) of the Constitution Act, 1867 grants to the provinces a wide jurisdiction over the administration of justice, which includes the constitution and organization of courts, the case law has used s. 96 to limit its scope. This has had the effect of giving constitutional status to the judicial system in existence at the time of Confederation. On the other hand, the Parliament of Canada does not appear to have been subjected to the same constraints, allowing it to confer broad powers to the courts established under its jurisdiction. The only restrictions that seem to have been applied are in the fields of criminal and constitutional law and provincial concerns. Thus, the federal Parliament would be empowered to withdraw from superior courts any other matter within its legislative competence, as long as the jurisdiction is transferred to a s. 101 tribunal. This suggests that s. 96 protects superior courts mostly against provincial measures.

It would have been possible to preserve the essence of s. 96 without eliminating a fundamental aspect of the provinces' competence over the administration of justice. By fixing the judicial system into a rather rigid mould, the ability of the provinces to carry out substantial reforms has been greatly limited, increasing the risk that the structure will become outdated as the years go by. It is surely one of the rare occasions where the Constitution has been given what is fundamentally a static interpretation.

*. L'auteur est membre de l'Association du barreau du Nouveau-Brunswick et avocat au sein du Cabinet du Procureur général du Nouveau-Brunswick. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et ne lient aucunement le Procureur général du Nouveau-Brunswick.

*L'administration de la justice
et
la structure judiciaire canadienne*

(2006) 37 R.D.U.S.

Lorsque les tribunaux canadiens se prononcent sur la Constitution du pays, ils démontrent habituellement un grand respect pour la philosophie et les valeurs qu'elle représente. Le langage utilisé est souvent inspiré, coloré et même empreint d'une certaine sensibilité. Ils s'efforcent de préserver son sens original pour ne pas compromettre l'équilibre atteint en 1867 selon la prémisse qu'en formant une nation, les participants exprimaient le désir de réaliser un projet politique collectif comportant des droits et des responsabilités sujets à un processus d'arbitrage pour en maintenir l'intégrité. Les tribunaux acceptent volontiers que le rôle de modifier l'entente, le cas échéant, a été réservé à qui l'a conclue¹, c'est-à-dire la volonté populaire, et non à eux.

Il arrive cependant, comme les juges le notent régulièrement, que la société se transforme plus rapidement que le libellé qui imprègne les structures de la nation. Lorsque cela se produit, la Constitution est mise à rude épreuve. D'un côté, son texte est ancré à l'époque qui lui a donné naissance et de l'autre il est «tiré» par toutes les révolutions et transformations qui s'exercent dans la société. Si une loi constitutive ne réussit pas à s'adapter aux nouvelles réalités, l'État risque de rapidement devenir désuet et inefficace, esclave d'une période révolue. Les tribunaux ont reconnu cette particularité du document constitutionnel.

L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une Déclaration ou une Charte des droits, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ces dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont

1. Il est reconnu depuis longtemps que ce n'est pas le rôle des tribunaux de réécrire les lois : *Brophy c. Manitoba (A.G.)*, [1895] A.C. 202 à la p. 215 (C.P.) («The function of a tribunal is limited to construing the words employes; it is not justified in forcing into them a meaning which they cannot reasonably bear. Its duty is to interpret, not to enact»).

les gardiens de la Constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ces dispositions.²

En ce sens, «[t]he B.N.A. Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits»³ de sorte que les juges tenteront, dans la mesure du possible, de donner un effet utile à une disposition constitutionnelle afin de préserver la pertinence de l'État canadien au cours du temps⁴. Dans ce contexte, même s'ils donnent à la Constitution une portée qui déborde son sens original, ils le font sous le prétexte de préserver l'intention du constituant.

Depuis 1867, il est souvent arrivé que les tribunaux canadiens soient saisis de questions impliquant des situations non prévues lors des conférences constitutionnelles. Ils les ont généralement résolues en appliquant de façon généreuse la «théorie de l'arbre vivant» aux circonstances et en refusant une interprétation qui aurait faussé, tronqué, frustré ou compromis l'intention des fondateurs. L'analyse a été faite avec une certaine mesure de succès⁵ dans à peu près tous les domaines : en matière de partage des compétences⁵, dans la définition des pouvoirs de l'État⁶ et pour la protection des droits des citoyens⁷. Dans d'autres causes encore, le théorie ne semble pas du tout avoir influencé le résultat ou très peu⁸. Il est aussi arrivé que les tribunaux se servent du texte de la Constitution pour restreindre le pouvoir des acteurs politiques et ainsi préserver les caractéristiques de la nation. Deux exemples notables de dispositions constitutionnelles canadiennes ayant reçu une interprétation statique sont les articles 93 et 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹. Peu

2. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155.

3. *Edwards c. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 124 à la p. 136 (P.C.) [*Edwards*].

4. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 au para. 23.

5. *Re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] 1 D.L.R. 58 (C.P.) [*Renvoi sur l'aéronautique*]; *Re Regulation and Control of Radio-Communication*, [1932] 2 D.L.R. 81 (C.P.); *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984 aux pp. 1000-1; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, [2005] 2 R.C.S. 669.

6. *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 [*Renvoi sur les juges*].

7. *Edwards*, supra note 3; *Blaikie c. Québec (P.G.)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Blaikie c. Québec (P.G.)*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, supra note 4.

8. *Colombie-Britannique (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

9. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.) 30 & 31 Vict., c. 3.

importe l'application qui en est faite, le but de l'analyse est habituellement d'éviter que l'équilibre constitutionnel atteint en 1867 ne soit compromis¹⁰.

Lorsqu'un tribunal établit, comme critère d'analyse d'une disposition constitutionnelle, une évaluation de la situation existante au moment de la Confédération, il s'agit d'un indice important d'une mesure qui a été figée dans le temps. Peu importe l'évolution de la société, son interprétation se fera toujours en fonction du contexte existant en 1867 ou lors de son adoption. Les conséquences pour l'État sont sûrement moindres lorsqu'il est question des droits des citoyens, mais lorsqu'il s'agit de la structure des institutions publiques, la Constitution devient alors un outil au service des méthodes dépassées qui peuvent aussi être grandement inefficaces. Les retombées d'une telle interprétation peuvent être nombreuses, incluant des amendements constitutionnels, lorsque la situation le permet. Le cas du droit confessionnel à l'article 93 est révélateur à cet égard. Plusieurs amendements relativement récents ont abrogé ou suppléé cette disposition, notamment l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*¹¹, qui a ajouté en 1982 une protection linguistique en matière d'éducation, droit que le Conseil privé de Londres avait refusé d'admettre à l'article 93¹². Les provinces de Québec et de Terre-Neuve se débarrasseront de ces obligations en 1997 et 1998 respectivement¹³. Il est à noter que selon l'approche historique adoptée, les tribunaux ont établi que l'article 93 ne conférait aucune protection confessionnelle en Colombie-Britannique, à l'Île-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse¹⁴.

Quant à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est au centre de la présente étude, il donne au Gouverneur général le pouvoir de nommer «les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le

10. *Renvoi sur l'aéronautique*, supra note 5 aux pp. 64-5; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, supra note 5 au para. 10.

11. 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.

12. *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62 (C.P.).

13. *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141; *Modification constitutionnelle de 1998 (Terre-Neuve)*, TR/98-25.

14. *Ontario English Catholic Teachers' Assn c. Ontario (P.G.)*, [2001] 1 R.C.S. 470 au para. 4.

Nouveau-Brunswick»¹⁵. Cette disposition ne confère pas au gouvernement fédéral le pouvoir de créer et d'administrer des tribunaux, elle lui permet uniquement de nommer certains juges. Sauf pour l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde au Parlement la compétence de créer une cour générale d'appel pour le pays et des tribunaux pour l'administration de ses propres lois¹⁶, la Constitution confère aux provinces le pouvoir souverain sur :

L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux[.]¹⁷

Ce contexte laisse entendre que les participants au processus confédératif désiraient accorder une large discrétion aux provinces pour qu'elles puissent créer et organiser leur système judiciaire comme elles le jugent approprié.

Les tribunaux, d'abord le Conseil privé de Londres puis la Cour suprême du Canada, ont pris la position selon laquelle l'article 96 «restreint implicitement la compétence des provinces de conférer [les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96] à un tribunal provincial»¹⁸. Le raisonnement de la Cour est qu'il :

... est clair qu'on détruirait l'objectif visé par [le] compromis [que constituent le par. 92(14) et les art. 96 à 100] et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures.¹⁹

15. *Loi constitutionnelle de 1867, supra note 9 art. 96.*

16. *Ibid.*, art. 101.

17. *Ibid.*, art. 92(14).

18. *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 à la p. 728 [*Renvoi de 1981*]. Voir également *Renvoi relatif à la Loi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398; *Renvoi relatif à la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, [1965] R.C.S. 772.

19. *Ibid.*

De même,

Parce que les cours visées à l'art. 96 sont protégées par la Constitution, ni le Parlement ni les législatures ne peuvent porter atteinte à leur statut. Cela pourrait toutefois se produire si leurs tâches étaient transférées à des tribunaux inférieurs. Voilà pourquoi le transfert en bloc de pouvoirs des cours supérieures ne saurait être autorisé. Seuls les transferts de compétences jugées complémentaires d'un régime administratif valide ou nécessairement accessoires à la réalisation d'un objectif législatif par ailleurs constitutionnel sont permis. Il est interdit d'établir des tribunaux parallèles et des tribunaux administratifs qui usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures visées par l'art. 96.²⁰

Les provinces auraient donc le pouvoir de créer des tribunaux de toutes sortes en autant qu'elles ne mettent pas en péril une compétence généralement exclusive²¹ des cours supérieures. Ces conclusions ont essentiellement eu pour effet de figer les caractéristiques des cours visées à l'article 96 au temps de la Confédération, et ce, afin d'éviter qu'elles soient vidées de leur juridiction. Ceci est peut-être plus évident lorsque le premier critère du test développé est pris en considération.

Notamment, pour déterminer si un tribunal provincial a été valablement constitué, il faut d'abord examiner :

... le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération.²²

20. *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186 à la p. 232 [*Renvoi de 1996*].

21. *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238 aux pp. 258-61; *Renvoi de 1996, ibid.* à la p. 234.

22. *Renvoi de 1981, supra* note 18 à la p. 734.

Il a été précisé en 1989 que :

... les tribunaux doivent tenir compte de la compétence exercée par les cours supérieures dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération en 1867. Dans le cas où il est impossible de départager les provinces, c'est-à-dire lorsque la compétence a été réservée exclusivement aux cours supérieures dans deux provinces de la Confédération mais non dans les deux autres, il faut alors examiner la situation existant en Angleterre à cette époque.²³

Par conséquent, les provinces doivent continuer de traîner comme un boulet historique la structure ancienne de leur système judiciaire, même si elle est devenue désuète et inefficace. Elles peuvent probablement jouer quelque peu avec l'organisation des cours supérieures, soit en leur ajoutant des pouvoirs²⁴, soit en modifiant leur composition, leur assise territoriale, ou autre, mais elles sont condamnées à garder essentiellement intacte la hiérarchie judiciaire d'antan.

La restriction imposée par l'article 96 ne se limiterait pas uniquement aux pouvoirs provinciaux, selon l'opinion exprimée par la Cour suprême du Canada dans *McEvoy*²⁵. Le Parlement canadien se verrait également interdire la possibilité de conférer exclusivement des pouvoirs détenus par les cours supérieures à d'autres tribunaux dont les juges seraient nommés par les provinces. Toutefois, il n'est pas dit que le résultat serait le même dans les cas où les pouvoirs d'une cour supérieure seraient transférés par le parlement fédéral à un tribunal créé en vertu de l'article 101, dont les juges seraient nommés par le Gouverneur général en conseil. La compétence du Parlement en vertu de cet article se limite à la création de tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada», ce qui les empêcherait d'agir dans les domaines provinciaux²⁶, mais peut-être pourrait-il en établir avec une compétence fédérale exclusive²⁷. Une autre restriction quant à la compétence

23. *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252 aux pp. 268-9 [*Renvoi de 1991*], résumant les conclusions de *Sobeys Stores*, *supra* note 21 aux pp. 265-67.

24. *Renvoi de 1991*, *ibid.* à la p. 274.

25. *McEvoy c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1983] 1 R.C.S. 704. Voir aussi le *Renvoi de 1991*, *ibid.* à la p. 264; *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

26. *Isen c. Simms*, 2006 CSC 41 au para. 29.

27. *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 au para. 45.

du Parlement découlerait de l'exclusion formulée à l'alinéa 91(27) concernant la constitution de tribunaux de juridiction criminelle²⁸. Ainsi, les cours supérieures seraient protégées en ce qui concerne les matières criminelles ou relevant principalement des provinces. Une telle conclusion impliquerait que l'article 96 restreigne essentiellement la souveraineté des provinces sans avoir d'impact majeur sur celle du parlement fédéral.

La jurisprudence semble suggérer que la compétence du parlement fédéral en vertu de l'article 101 soit relativement étendue²⁹, allant même jusqu'à exclure la juridiction des cours supérieures dans les domaines fédéraux³⁰. L'exercice de ce pouvoir se ferait en fonction des trois critères suivants : l'attribution de compétence est faite par une loi du Parlement, l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige constituant aussi le fondement de l'attribution légale de la compétence et la mesure invoquée est «une loi du Canada»³¹ au sens de cette expression à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³². Dans la mesure où l'article 96 a été associé à la nécessité de préserver un système judiciaire canadien unifié³³, cette préoccupation pourrait bien être moins pressante lorsqu'il est question de tribunaux fédéraux puisque, par définition,

28. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 9 art. 91(27); Hauser, supra note 5 à la p. 996.

29. Voir *R. c. Farwell* (1893), 22 R.C.S. 553 aux pp. 561-2; *Consolidated Distilleries Ltd c. Consolidated Corporation Ltd*, [1930] R.C.S. 531; *R. c. Consolidated Distilleries Ltd*, [1933] A.C. 508 (C.P.); *Canada c. McNamara Construction (Western) Ltd*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Canadien Pacifique Ltée c. Quebec North Shore Paper Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 aux para. 25-41 (juge Bastarache); *Succession Ordon*, supra note 27 aux para. 44-46.

30. Voir *Rudolph Wolff & Co c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *Dywidag Systems International, Canada Ltd c. Zutphen Brothers Construction Ltd*, [1990] 1 R.C.S. 705; *Succession Ordon*, *ibid.* aux para. 44-46.

31. «Loi du Canada» signifierait aussi la *common law* fédérale : *McNamara Construction*, supra note 29 à la p. 559; *Roberts*, supra note 29 aux pp. 338-40.

32. Voir *ITO—International Terminal Operators Ltd c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 à la p. 766; *Roberts*, *ibid.* à la p. 330; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273 à la p. 1290.

33. *Renvoi de 1981*, supra note 18 à la p. 728; *Renvoi de 1991*, supra note 23 à la p. 264. Voir aussi *Morguard Investments Ltd c. de Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 aux pp. 1099-100; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022.

leur compétence s'étend à l'ensemble du pays³⁴, contrairement aux tribunaux provinciaux. Une telle approche confirmerait cependant que les contraintes historiques de l'article 96 se rattacheraient principalement aux pouvoirs provinciaux, les empêchant de réformer en profondeur leur système de cours supérieures, avec peu de conséquences sur les pouvoirs fédéraux.

En ce moment, les seules restrictions au pouvoir du Parlement sembleraient être celles discutées précédemment, soit celles interdisant le transfert d'une compétence exclusive d'une cour supérieure vers un tribunal provincial, la constitution de tribunaux de juridiction criminelle et la limite découlant du sens de «lois du Canada». D'ailleurs, les questions constitutionnelles seraient aussi protégées contre une attribution fédérale exclusive³⁵ au motif que les lois constitutionnelles ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'art. 101³⁶. En effet, l'existence des provinces ne dépend aucunement d'une loi du Parlement canadien³⁷. Un tribunal fédéral peut sans aucun doute être habilité à traiter de la validité de telles lois³⁸, mais il n'est pas aussi certain qu'il puisse entendre des causes impliquant les Couronnes³⁹ ou

34. *ITO—International*, supra note 32 aux pp. 777-82 (juge McIntyre); *Canadian Liberty Net*, supra note 29 aux para. 33-4 (juge Bastarache).

35. *Canada (P.G.) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 aux pp. 328-9; *Canada (Commission des relations de travail du Canada) c. L'Anglais*, [1983] 1 R.C.S. 147. Pour ce qui est du pouvoir de révision judiciaire des tribunaux administratifs fédéraux, voir *Three Rivers Boatman Ltd c. Canada (Conseil des relations ouvrières)*, [1969] R.C.S. 607, et *Agence Maritime Inc. c. Canada (Conseil des relations ouvrières)*, [1969] R.C.S. 851.

36. *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 à la p. 745. Voir aussi P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (feuilles mobiles), Toronto, Carswell, 2005 aux pp. 7-16.8; *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1951] R.C.S. 31 à la p. 34 («La Constitution du Canada n'appartient ni au Parlement, ni aux législatures; elle appartient au pays», traduction française tirée du *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 804).

37. Voir *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. New Brunswick (Receiver-General)*, [1982] A.C. 437 aux pp. 441-2; *Blaikie* (1981), supra note 7 à la p. 320; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 aux pp. 546-7 et 559-60.

38. *Northern Telecom*, supra note 36 aux pp. 740-45.

39. Voir *Dableh c. Ontario Hydro*, [1990] A.C.F. no 913 (C.F. (1^{re} inst.)); *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. no 739 (C.F. (1^{re} inst.)); *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [2002] 2 C.F. 164 (C.F. (1^{re} inst.)), confirmé dans [2003] A.C.F. no

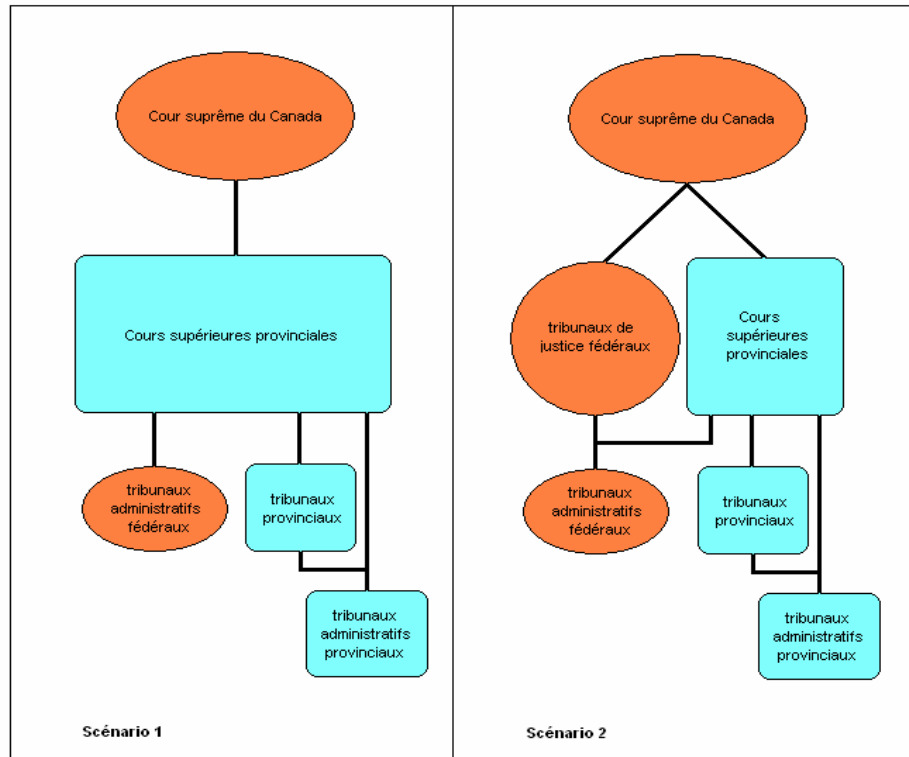
des lois provinciales. Ainsi, dans la mesure où la *Loi sur les Cours fédérales*⁴⁰ confère à un tribunal fédéral la compétence de traiter de la constitutionnalité des lois des provinces sans attribution de pouvoir explicite de leur part⁴¹, il y a lieu de se questionner sur la validité de la disposition en question.

Ces observations concernant les articles 96 et 101 permettent d'illustrer deux scénarios quant à leur interaction dans la structure judiciaire canadienne. D'abord, en établissant une sphère de juridiction irréductible pour les cours supérieures, l'article 96 consacre leur pérennité. Les seules structures réellement candidates à une réforme majeure sont les tribunaux inférieurs provinciaux et les tribunaux fédéraux. Dans la mesure où l'article 96 limiterait aussi le pouvoir du fédéral, les législateurs seraient restreints à établir des tribunaux administratifs ou de juridiction inférieure. Les cours supérieures provinciales seraient au centre de la hiérarchie. Cependant, à la lumière de la discussion précédente, semble plus réaliste le scénario où la discrétion du Parlement en vertu de l'article 101 est plus grande que celle des provinces. Sauf peut-être en ce qui a trait aux questions constitutionnelles, à la constitution de tribunaux de juridiction criminelle et à l'attribution d'une compétence des cours supérieures à un tribunal provincial, le fédéral semble libre d'organiser sa structure judiciaire comme bon lui paraît, jusqu'à contourner complètement les structures provinciales. Par conséquent, les fonctions ressortissant strictement de son domaine ne feraient pas partie de la sphère de juridiction irréductible de l'article 96. Le graphique suivant illustre les différents scénarios :

741 (C.A.F.); *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, [2004] A.C.F. no 1814 (C.F. (1^{er} inst.)).

40. *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, para. 57(1).

41. Voir *ibid.*, art. 19; *Loi sur la compétence des tribunaux fédéraux*, L.R.N.-B. 1973, c. F-8; *Trainor Surveys (1974) Ltd c. Nouveau-Brunswick*, [1990] 2 C.F. 168 (C.F. (1^{er} inst.)).



Quant au pouvoir de créer une cour générale d'appel pour le Canada contenu à l'article 101, il est peu problématique. La compétence est relativement claire et les critiques à cet égard se situent surtout au niveau de sa légitimité plutôt que de sa portée constitutionnelle. La Cour suprême du Canada, établie en 1875⁴², joue ce rôle de cour générale d'appel⁴³ et le Parlement est l'autorité habilitée à définir sa juridiction⁴⁴, qui n'est pas limitée aux matières fédérales, et à y régler la procédure⁴⁵. À noter que l'alinéa 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige maintenant l'unanimité entre les provinces et le fédéral pour modifier la Constitution en ce qui concerne la composition de

42. Voir *Acte de la Cour suprême*, L.C. 1875, c. 11.

43. *Hunt*, supra note 33 aux pp. 317-9.

44. *Crown Grain Company, Limited c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.).

45. Voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

la Cour suprême du Canada. Tous les autres amendements nécessitent la participation du fédéral et au moins sept provinces représentant 50 pour cent de la population du pays⁴⁶. Cependant, puisque la Constitution ne contient présentement aucune disposition concernant la Cour suprême, le Parlement garde vraisemblablement son entière compétence pour légiférer en la matière.

Pour revenir à l'interprétation donnée à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, plusieurs difficultés relèvent de son application. D'abord, dans la mesure où cette approche vise à protéger les cours supérieures contre l'effritement graduel de leurs pouvoirs par les provinces, un obstacle fondamental survient : il semble que ce résultat peut difficilement être atteint sans restreindre la compétence des législatures dans d'autres domaines. Par exemple, il est généralement reconnu que les assemblées législatives, compétentes notamment en matière de propriété et de droits civils⁴⁷, sont libres de suppléer à la *common law*, de la modifier ou de l'abroger⁴⁸. Les pouvoirs exercés par les cours supérieures lors de la Confédération se composaient en bonne partie de recours civils sujets aux compétences législatives provinciales, une simple abrogation de ces recours aurait directement grugé leur juridiction. Pour que le constituant ait enchâssé leur statut en 1867, il faut qu'il ait également constitutionnalisé les recours leur donnant accès, ce qui semble plutôt invraisemblable. Tout au plus, des pouvoirs inhérents ont été reconnus aux cours supérieures afin de leur permettre d'exercer certaines fonctions⁴⁹, un peu comme il a été fait pour les

46. *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 11, art. 42(1)d).

47. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 9, art. 92(13).

48. *Ocean Port Hotel Ltd c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781 aux para. 20-22. Voir aussi *Medwid c. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578 (H.C.J.), et le *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922.

49. *Three Rivers Boatman*, *supra* note 35 et *Agence Maritime*, *supra* note 35 (pouvoir de révision des tribunaux administratifs fédéraux); *Québec (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1979] 1 R.C.S. 218 aux pp. 249-50 et *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220 aux pp. 234-38 (pouvoir de révision des tribunaux inférieurs); *Law Society of British Columbia*, *supra* note 35 aux pp. 326-28, *Hunt*, *supra* note 33 aux pp. 311-7 (pouvoir de traiter des questions constitutionnelles); *Société Radio-Canada c. Québec (Commission de police)*, [1979] 2 R.C.S. 618, *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577 et *MacMillan Bloedel*, *supra* note 25 (pouvoir de contrôler sa procédure, dont l'outrage au tribunal).

assemblées législatives⁵⁰, mais aucun jugement n'est encore allé jusqu'à constitutionnaliser des recours judiciaires afin de préserver leur intégrité.

Une deuxième difficulté découlant de la méthode historique se rapporte à l'application de l'article 96 dans un contexte où la création du Canada n'a pas été le résultat d'un événement ponctuel mais d'un processus fort dynamique. En 1867, seuls le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario et le Québec constituaient le pays. À ce moment, la Colombie-Britannique⁵¹, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve⁵² formaient déjà des entités politiques reconnues. Elles possédaient donc un système judiciaire «provincial» lorsqu'elles sont entrées dans la fédération canadienne, contrairement à l'Alberta, au Manitoba et à la Saskatchewan qui doivent leur existence à des lois fédérales. Pour les juridictions possédant un régime de cours supérieures au moment de leur union, une approche historique peut avoir un certain sens puisqu'il existe un point de repère entre l'avant et l'après. Pour les autres provinces, leurs champs de compétences sont apparus avec leur établissement et, à moins qu'elles n'aient été desservies antérieurement par un système de tribunaux fédéraux, elles ne possédaient aucune cour pouvant être dite «supérieure». Appliquer le critère historique dans ces circonstances très variées risque de donner à l'article 96 un effet contraignant différent selon les provinces et même être impraticable pour l'Alberta, le Manitoba et la Saskatchewan. Ce genre d'application en échiquier d'une disposition dite de «fondement constitutionnel solide de l'unité nationale»⁵³ n'a pas échappé à la juge Wilson qui s'y est attardée en 1989⁵⁴. Elle a effectivement noté certaines décisions judiciaires divergentes pour des projets de loi fort similaires⁵⁵. Comme il est indiqué dans la citation

50. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667.

51. Pour un historique de la situation en Colombie-Britannique voir *Reference re Ownership of Off Shore Mineral Rights (B.C.)*, [1967] R.C.S. 792; le *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Georgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 R.C.S. 388 (juge Dickson), et *Colombie-Britannique (P.G.) c. Canada (P.G.)*, *supra* note 8 (juge Iacobucci).

52. Pour un historique de la situation à Terre-Neuve et Labrador. Voir *Reference re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401 (C.P.), voir aussi le *Renvoi relatif au sol et sous-sol du plateau continental situé au large de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86.

53. *Renvoi de 1981*, *supra* note 18 à la p. 728.

54. *Sobeys Stores*, *supra* note 21 aux pp. 261-67.

55. *Sobeys Stores*, *ibid.* à la p. 266.

précédente⁵⁶, cette aberration a été résolue en limitant l'analyse aux quatre provinces fondatrices et au recours à la situation en Angleterre lorsque le contexte canadien demeure équivoque, peu importe que la cause soulevant la question émane ou non de l'une de ces provinces.

En perspective, lorsque le sujet est analysé dans toutes ses dimensions, il semble que les tribunaux auraient pu donner un sens utile à l'article 96 sans pour autant compromettre la compétence des provinces sur l'administration de la justice. Il est pertinent de comparer l'approche adoptée dans le cadre de l'article 96 à celle appliquée dans d'autres contextes impliquant le judiciaire. L'exemple de l'article 133 en est un bon. À peu près au même moment où l'Ontario adoptait la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*⁵⁷ (donnant lieu au renvoi rendu en 1981⁵⁸), la Cour suprême du Canada rendait un jugement sur certaines obligations linguistiques applicables aux tribunaux du Québec. La question était d'établir la portée du libellé de l'article 133 et les cours de justice visées. L'analyse semble avoir donné une certaine importance à la croissance observée du nombre de tribunaux administratifs pour conclure que la protection ne devait plus se limiter uniquement aux tribunaux dits judiciaires :

... il faut donner un sens large à l'expression « les tribunaux du Québec » employée à l'art. 133 et considérer qu'elle se rapporte non seulement aux cours visées par l'art. 96 mais également aux cours créées par la province et où la justice est administrée par des juges nommés par elle. Il n'y a pas une grande différence entre cette dernière catégorie de tribunaux et ceux qui exercent un pouvoir judiciaire, même si ce ne sont pas des cours au sens traditionnel du terme. S'il s'agit d'organismes créés par la loi qui ont pouvoir de rendre la justice, qui appliquent des principes juridiques à des demandes présentées en vertu de leur loi constitutive et ne règlent pas les questions pour des raisons de convenance ou de politique administrative, ce sont des organismes judiciaires même si certaines de leurs procédures diffèrent non seulement de celles des cours mais également de celles d'autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice. Étant donné l'état rudimentaire du droit administratif en

56. Voir *supra* note 23.

57. L.O. 1979, c. 78.

58. *Supra* note 18.

1867, il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été question d'organismes non judiciaires ayant pouvoir de rendre la justice. Aujourd'hui, ceux-ci jouent un rôle important dans le contrôle d'un large éventail d'activités des particuliers et des sociétés en les soumettant à diverses normes de conduite qui imposent en même temps des limites à la compétence de ces organismes et au statut juridique de ceux qui relèvent de leur compétence. La province ne doit pas être à même de diminuer la garantie accordée pour l'usage du français ou de l'anglais dans les procédures judiciaires en remplaçant les cours par des organismes ayant pouvoir de rendre la justice, dans la mesure compatible avec l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.⁵⁹

Plutôt que fixer la disposition dans le temps et s'en servir pour limiter la capacité de la province de créer des tribunaux administratifs, la Cour a utilisé la doctrine de l'arbre vivant pour l'ajuster à une situation qui n'existait pas au moment de la Confédération.

Dans la même philosophie, les tribunaux auraient pu considérer les différentes structures judiciaires établies par les provinces en vertu de l'alinéa 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour déterminer si elles constituaient des cours supérieures et pour remettre au Gouverneur général en conseil la responsabilité d'en nommer les juges, le cas échéant. L'article 96 aurait alors gardé un sens utile en empiétant le moins possible sur les compétences provinciales. Cette approche aurait été semblable à ce qui a été fait dans d'autres domaines de partage des compétences. Par exemple, il est souvent arrivé aux tribunaux de transférer sous l'autorité du Parlement les opérations d'organismes jusqu'alors sous l'autorité d'une province, sans pour autant remettre en question la légitimité des activités passées⁶⁰. La Cour suprême du Canada a même déclaré inconstitutionnelle une pratique en matière de rémunération des juges qui contrevenait aux exigences d'indépendance judiciaire, sans pour autant invalider l'ensemble des décisions antérieures rendues par ces tribunaux dits non indépendants⁶¹. Cette

59. *Blaikie* (1979), *supra* note 7 aux pp. 1028-9; le souligné est ajouté.

60. Voir *Alberta Government Telephones c. Canada (CRTC)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878.

61. *Renvoi sur les juges*, *supra* note 6; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3.

conclusion suivait la décision rendue au Manitoba concernant les actions gouvernementales exécutées pendant des décennies en vertu de lois unilingues éventuellement déclarées invalides⁶². À noter qu'une telle analyse n'aurait été nécessaire que dans les cas où des cours supérieures traditionnelles avaient été abolies, sans quoi le simple maintien de leurs pouvoirs de révision aurait vraisemblablement été suffisant pour préserver leur fonction⁶³.

Ceci dit, l'approche présentée en l'espèce n'élimine pas toutes les difficultés puisque des critères devraient encore être formulés pour permettre d'identifier les caractéristiques fondamentales des tribunaux sujets au pouvoir de nomination du Gouverneur général en conseil selon l'article 96. À ce titre, l'analyse de l'objet habituellement appliquée dans le domaine constitutionnel serait probablement adéquate. Il suffirait de définir l'essence d'un tribunal supérieur à l'aide de facteurs comme, par exemple, un pouvoir général de révision judiciaire dans les domaines civil, criminel et constitutionnel et y greffer le pouvoir du Gouverneur général en conseil. Sans compter que la nature unitaire du système judiciaire canadien serait toujours protégée par le recours ultime à la Cour suprême du Canada, dont la structure et les pouvoirs sortent des compétences provinciales⁶⁴.

Néanmoins, les craintes exprimées précédemment, de voir le système judiciaire des provinces s'immobiliser dans une époque révolue, n'ont pas été complètement ignorées par la Cour suprême du Canada. Elle notera l'évolution observée dans le contexte social et politique de la nation qui a souvent requis de nouveaux régimes réglementaires pour faciliter la résolution de différends⁶⁵ sans nécessairement dévier de sa position initiale. Cette préoccupation pourrait expliquer un certain relâchement qui semble s'être effectué par la suite. Par exemple, alors qu'un régime administratif en matière

62. *Manitoba (P.G.) c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Bilodeau c. Manitoba (P.G.)*, [1986] 1 R.C.S. 449.

63. Voir *Crevier*, *supra* note 49, et *MacMillan Bloedel*, *supra* note 25.

64. *Crown Grain*, *supra* note 44.

65. *Renvoi relatif à la Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62 aux pp. 112-3 (juge Estey); *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226 aux pp. 249-51 (juge La Forest); *Sobeys Stores*, *supra* note 21 aux pp. 279-82 (juge Wilson) et aux pp. 283, 286-7 (juge La Forest); *Renvoi de 1991*, *supra* note 23 aux pp. 269-71 (juge en chef Lamer), aux pp. 280-1 (juge Wilson) et à la p. 283 (juge La Forest); *Renvoi de 1996*, *supra* note 20 aux para. 2, 27, 28 et 40-7 (juge en chef Lamer).

de location résidentielle sera invalidé en 1981⁶⁶, des affaires de 1983⁶⁷ et de 1996⁶⁸ reconnaîtront la validité de régimes fort similaires. Sans compter, comme il a déjà été noté, que la compétence du Parlement en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne semble pas avoir été soumise aux mêmes contraintes. La principale question demeure donc de déterminer, en considérant la façon dont les tribunaux ont interprété et appliqué l'article 96, s'ils ont préservé ou faussé l'intention originale du constituant.

L'administration de la justice relève d'un domaine constitutionnel fort complexe qui soulève des considérations non seulement d'indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs mais aussi de partage des compétences législatives entre les gouvernements provinciaux et fédéral. Contrairement aux protections en matière d'écoles confessionnelles, peu importe combien désuète la structure actuelle puisse être ou le devenir, il est invraisemblable que l'administration de la justice soit l'objet d'un amendement constitutionnel dans les prochaines années. Il ne s'agit pas d'un cas où une modification bilatérale peut être appliquée pour se défaire d'une structure anachronique, renforçant l'importance pour les tribunaux de s'assurer que la Constitution puisse «évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que ses auteurs n'ont pas envisagées»⁶⁹. Sans quoi c'est l'ensemble de la population canadienne qui subit l'inconvénient d'une interprétation statique.

66. *Renvoi de 1981, supra* note 18.

67. *Grondin c. Québec (P.G.)*, [1983] 2 R.C.S. 364.

68. *Renvoi de 1996, supra* note 20.

69. *Hunter, supra* note 2 à la p. 155.