

Université de Montréal

Le rôle des tribunaux dans le développement des droits constitutionnels : constitutionnalisation et
opérationnalisation judiciaire

Par

Inès Bagaoui-Fradette

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit public

Mai 2025

© Inès Bagaoui-Fradette, 2025

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé

Le rôle des tribunaux dans le développement des droits constitutionnels : légitimité de la constitutionnalisation et de l'opérationnalisation judiciaire

Présenté par

Inès Bagaoui-Fradette

A été évalué(e) par un jury composé des personnes suivantes

Stéphane Beaulac

Directeur de recherche

Jean-François Gaudrault-Desbiens

Président-rapporteur

Karine Millaire

Membre du jury

Résumé

L'interprétation constitutionnelle judiciaire au Canada est le moteur principal dans le développement du corpus constitutionnel en parallèle avec l'évolution de notre société. En plus des amendements constitutionnels législatifs, l'interprétation judiciaire est maintenant l'un des principaux forums de l'enrichissement constitutionnel. Ce mémoire explore la légitimité, les avantages et les conséquences de l'ajout et la modification des normes constitutionnelles par le biais de décisions judiciaires, ce que nous nommons la « constitutionnalisation ». Nous explorons ce concept en conjonction avec le potentiel des tribunaux de jouer un rôle plus important dans la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels, ce que nous nommons l'« opérationnalisation ».

Mots-clés : Droit constitutionnel; Interprétation; Valeurs; Principes; Droits positifs; Réparations constitutionnelles.

Abstract

Judicial constitutional interpretation in Canada is the main driver in the development of the constitutional corpus in parallel with the evolution of our society. In addition to the legislative amendment of the constitution, judicial interpretation is now one of the main forums for constitutional change. This text explores the legitimacy, benefits, and consequences of the practice of adding or modifying constitutional norms through judicial decisions, what we call “constitutionalisation”. We explore this concept in conjunction with the judiciary’s potential to play a greater role in implementing constitutional rights and freedoms, what we call “operationalization”.

Keywords : Constitutional law; Interpretation; Values; Principles; Positive Rights; Constitutional Remedies.

Table des matières

Introduction.....	7
Chapitre 1 – Les fondements théoriques et le cadre institutionnel	16
1.1. Le constitutionnalisme	16
1.2. Les fonctions législatives.....	19
1.2.1. La souveraineté parlementaire	19
1.2.2. Les privilèges parlementaires	22
1.3. Les fonctions judiciaires	23
1.3.1. Le contrôle de constitutionnalité.....	23
1.3.2. Les gardiens de la Constitution.....	26
1.4. Le cadre institutionnel.....	27
1.4.1. La séparation des pouvoirs.....	27
1.4.2. La théorie du dialogue	34
1.5. Conclusion	37
Chapitre 2 – L’interprétation constitutionnelle : le rôle des valeurs et principes constitutionnels non écrits.....	39
2.1. L’interprétation des droits et libertés	39
2.2. Les valeurs sous-jacentes de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	47
2.3. Les principes constitutionnels non écrits	54
2.3.1. Définition et historique des principes constitutionnels non écrits	54
2.3.2. Légitimité des principes constitutionnels non écrits.....	61
2.4. Conclusion	63
Chapitre 3 – Le paradigme des droits positifs	64
3.1. Fondements théoriques des droits positifs	65
3.2. Développement jurisprudentiel des droits positifs.....	68
3.2.1. Libertés fondamentales : l’article 2 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	70
3.2.2. Vie, liberté et sécurité : l’article 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	73
3.2.3. Égalité : l’article 15 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	78
3.3. Bienfaits potentiels des droits positifs	83
3.4. Lacunes du paradigme des droits positifs	86

3.5. Conclusion	88
Chapitre 4 – Les réparations constitutionnelles	90
4.1. Introduction.....	92
4.1.1. Sous-utilisation des réparations	92
4.1.2. Théorie de l'équilibration	94
4.2. Jurisprudence relative aux réparations constitutionnelles.....	98
4.2.1. Développement des réparations sous l'article 24 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	98
4.2.1.1. Dommages-intérêts	99
4.2.1.2. Jugements déclaratoires	106
4.2.1.3. Arrêt des procédures	108
4.2.1.4. Mandamus.....	109
4.2.1.5. Injonctions.....	110
4.2.1.6. Supervision judiciaire	111
4.2.2. Développement des réparations sous l'article 52 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	116
4.2.2.1. Jugement d'invalidation.....	116
4.2.2.2. Interprétation atténuée	118
4.2.2.3. Interprétation extensive (ou large).....	119
4.2.2.4. Suspension d'un jugement d'invalidation.....	120
4.3. Les tensions institutionnelles	123
4.4. Les réparations systémiques et les réparations individuelles.....	127
4.5. Conclusion	129
Conclusion	131
Références bibliographiques.....	136

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de recherche, Dr. Stéphane Beaulac, pour son encadrement rigoureux, ses précieux conseils et son soutien constant tout au long de mon parcours.

Je remercie également Solène Kerisit pour sa généreuse relecture et ses suggestions.

Enfin, je suis profondément reconnaissante envers ma famille et mes proches pour leur soutien infailible, et en particulier envers Rachid Bagaoui pour sa relecture attentive.

Introduction

En 2019, le Parlement canadien a aboli les récusations péremptoires, c'est-à-dire la possibilité pour les parties à un procès criminel de refuser des jurés sans justification. Une majorité de la Cour suprême a maintenu la constitutionnalité de cette modification législative. M. Chouhan, l'intimé, avait fait valoir que les récusations péremptoires étaient essentielles afin de garantir un procès impartial et d'avoir un jury représentatif¹. Les juges majoritaires ont toutefois affirmé que les modifications législatives n'affectaient pas un droit substantiel, mais seulement « la façon dont ce droit substantiel était exercé »². Le juge Rowe, dissident en partie, a écrit que les tribunaux n'ont pas le rôle de garantir des mécanismes procéduraux spécifiques visant à la mise en œuvre d'un droit³. Le juge Rowe note que « de tels mécanismes ne sont pas, eux-mêmes, protégés par la Constitution; ils ne constituent que des modalités, choisies parmi diverses autres »⁴.

Ce principe est inscrit dans la jurisprudence canadienne. Dans *R. c. Lyons*, en 1989, le juge en chef Dickson écrit que « il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer »⁵. Plus récemment, en 2019, la juge Karakatsanis a déclaré à cet effet : « le droit à un procès équitable ne garantit toutefois pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer : il n'y a pas

¹ *R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26.

² *Id.*, par. 99.

³ *Id.*, par. 126.

⁴ *Id.*, par. 127.

⁵ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S.

automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsqu'une preuve pertinente est exclue »⁶.

Au-delà du problème de droit substantiel dans ce litige particulier, l'arrêt *Chouhan* soulève des questions plus générales quant au rôle des tribunaux et leur interaction avec les législatures. D'abord, selon le juge Rowe (dissident), si la Constitution protégeait un mécanisme de mise en œuvre d'un droit, les législatures perdraient leur capacité de modifier leurs propres lois⁷. Le juge Rowe a d'ailleurs émis un avertissement contre la constitutionnalisation de dispositions législatives par les tribunaux⁸. Une déclaration judiciaire selon laquelle un mécanisme procédural serait essentiel à l'exercice d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* équivaldrait donc, selon lui, à donner un statut constitutionnel à de simples lois. La constitutionnalisation⁹ est donc le premier enjeu abordé dans le présent mémoire.

Les tribunaux peuvent incontestablement protéger les droits constitutionnels; mais, selon les passages cités, ils ne peuvent protéger une façon particulière d'exercer un droit. Pourtant, l'on peut concevoir des situations où l'exercice d'un droit serait inaccessible sans la protection d'une façon particulière d'exercer un droit. Ce dilemme représente le

⁶ *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, par. 30.

⁷ *R. c. Chouhan*, préc., note 1, par. 126.

⁸ *Id.*, par. 124.

⁹ Le terme « opérationnalisation » est utilisé afin de décrire le processus de mise en œuvre ou concrétisation des droits. La version anglaise est « implementation ».

deuxième enjeu qui sera traité dans le mémoire, qu'on appellera l'opérationnalisation des droits¹⁰.

Certaines questions se présentent alors : d'abord, quelle est la portée du pouvoir de constitutionnalisation des tribunaux ? Ensuite, quel est le rôle des tribunaux dans l'opérationnalisation des droits et libertés ? Il y a lieu de les introduire brièvement ici, quoiqu'on y reviendra plus en détail ultérieurement.

Constitutionnalisation

Afin d'aborder l'enjeu de la constitutionnalisation, il importe de définir la pratique judiciaire. Parfois, les juges ne font qu'interpréter les droits existants. Dans ces cas, les arrêts ne créent pas de nouvelle protection constitutionnelle, mais ne font qu'explicitement les protections constitutionnelles existantes. En revanche, dans d'autres cas, les tribunaux attribuent une protection constitutionnelle à une disposition législative, norme ou situation de fait qui n'était pas auparavant protégée. Même si le texte de la Constitution est au cœur de cette constitutionnalisation, le travail d'interprétation constitutionnelle requiert de faire plusieurs choix au plan judiciaire, et non seulement une simple déférence à l'égard du législateur.

¹⁰ Le terme « constitutionnalisation » est utilisé afin de décrire l'action d'attribuer une valeur constitutionnelle, donc supralégislative.

Cette pratique est parfois nommée « amendement judiciaire ». Or, ce terme est utilisé pour des cas plus spécifiques que la constitutionnalisation judiciaire. Le professeur Emmett Macfarlane explique que l'amendement judiciaire crée un changement drastiquement différent du texte et de son objet existant et reconnu¹¹. La constitutionnalisation judiciaire englobe certainement ces cas, mais également des cas moins drastiques.

En effet, les conséquences pratiques d'une interprétation constitutionnelle conforme au texte et à son objet peuvent être d'ajouter un élément ou une protection supralégislative inexistante antérieurement. Les juges, grâce à leur interprétation, développent ainsi le corpus constitutionnel. Le terme « constitutionnalisation judiciaire », à vrai dire, sous-entend que le travail des juges fait partie d'un ensemble de pratiques et d'institutions dans notre système de gouvernance. L'amendement judiciaire a une connotation plus permanente, alors que la constitutionnalisation fait partie de la pratique dynamique du constitutionnalisme. De plus, l'amendement judiciaire implique la modification d'une norme existante, alors que la constitutionnalisation peut ajouter des normes sans modifier celles qui sont déjà en place. Donc, il arrive que l'effet concret d'une interprétation constitutionnelle soit la constitutionnalisation.

L'importance de ce débat n'est pas seulement théorique. En pratique, l'attribution d'une protection constitutionnelle a de grandes implications. Comme le juge Rowe

¹¹ Emmett MACFARLANE, « Judicial amendment of the constitution », (2021) 19-5 International Journal of Constitutional Law 1894-1924.

(dissident) le souligne dans *Chouhan*, la législature n'a pas compétence pour modifier ou abroger une norme constitutionnelle. Par ailleurs, la constitutionnalisation assure qu'une norme devienne supralégislative, donc qu'elle ait préséance sur les simples lois.

Opérationnalisation

Selon le juge Rowe (dissident) dans *Chouhan*, les tribunaux doivent « se limiter à décider si les mesures législatives en cause ont entraîné la violation des droits protégés par la Constitution »¹². Il affirme plus loin dans ses motifs que « même si l'abrogation d'un régime législatif produit des effets inconstitutionnels, cela ne signifie pas que le Parlement ait l'obligation constitutionnelle de le garder en vigueur. Il a plutôt la latitude de choisir comment corriger cette inconstitutionnalité »¹³. Certes, les législatures ont une grande flexibilité quant à leurs choix législatifs. Cela étant, les tribunaux s'assurent que les législatures corrigeront cette inconstitutionnalité, et peuvent les guider à cet égard.

De plus, les tribunaux peuvent ordonner la réparation des préjudices causés aux victimes par une telle inconstitutionnalité, le cas échéant, ce qui peut mener à des obligations constitutionnelles qui seront imposées à la législature ou au gouvernement. Alors, tel qu'il sera démontré plus loin, le rôle des tribunaux ne se limite pas au simple contrôle de constitutionnalité. Ils ont également une fonction d'opérationnalisation des droits et libertés garantis par la *Charte*.

¹² *R. c. Chouhan*, préc., note 1, par. 126.

¹³ *Id.*

Les institutions judiciaires, législatives et exécutives doivent collaborer afin de réaliser l'objectif ambitieux de garantir tous les droits et libertés pour tous. D'ailleurs, bien qu'une multitude de droits et libertés soient garantis par la Constitution, la population canadienne est régulièrement aux prises avec des obstacles liés au plein exercice de ces droits. À titre d'exemple, dans un sondage tenu par Statistique Canada, 35.7% des Canadiens rapportent avoir subi de la discrimination en 2022¹⁴. En outre, l'écart salarial entre les hommes et les femmes demeure à 16.1%¹⁵. En termes de droits sociaux, 28 nations autochtones vivent sans eau potable¹⁶. Dans l'édition de 2024, on fait état d'au moins 89 cas de personnes condamnées à tort au Canada¹⁷. Il est également à noter que malgré de nombreuses garanties des droits linguistiques dans le corpus constitutionnel, le nombre de francophones au Canada continue d'être à la baisse¹⁸.

Ces exemples illustrent l'importance de continuer à travailler pour rendre les droits et libertés plus opérationnels et efficaces.

Présentation des chapitres

¹⁴ Statistique Canada, *Discrimination et traitement injuste*, Canada, 2024 (en ligne : <<https://www160.statcan.gc.ca/good-governance-saine-gouvernance/discrimination-fra.htm>>).

¹⁵ Organisation de coopération et de développement économiques, *Écart de revenus entre les hommes et les femmes*, Paris, 2022 (en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/data/indicators/gender-wage-gap.html>>).

¹⁶ Services aux Autochtones Canada, *Lever les avis à long terme concernant la qualité de l'eau potable*, Canada, 2024 (en ligne : <<https://www.sac-isc.gc.ca/eng/1506514143353/1533317130660>>).

¹⁷ Canadian Registry of Wrongful Convictions, *Wrongful Convictions Data Visualized*, 2024, (en ligne : <<https://www.wrongfulconvictions.ca/data>>).

¹⁸ Patrimoine canadien, *Statistiques sur les langues officielles au Canada*, Canada, 2 août 2024 (en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/langues-officielles-bilinguisme/publications/statistique.html#a6>>).

Le premier chapitre rappelle certains principes fondamentaux qui sont essentiels, en toile de fond, à notre étude. Ces principes incluent le constitutionnalisme, la souveraineté parlementaire, le contrôle judiciaire et la séparation des pouvoirs.

Le second chapitre traite des méthodes interprétatives permettant la constitutionnalisation et l'opérationnalisation des droits au pays, soit le recours aux valeurs sous-jacentes à la *Charte* et aux principes constitutionnels non-écrits. Grâce à ceux-ci, les tribunaux contribuent à façonner et développer le corpus normatif de notre ordre constitutionnel.

Le troisième chapitre porte sur le paradigme des droits positifs et son potentiel pour l'opérationnalisation des droits. On y explique que la constitutionnalisation des droits positifs est possible, bien que les tribunaux aient jusqu'à présent été réticents. On met ensuite en doute l'idée que les droits positifs permettent suffisamment de régler les problèmes d'opérationnalisation.

Le quatrième et dernier chapitre concerne le domaine des redressements en cas de violations constitutionnelles. On y soutient que ceux-ci représentent un moyen clé pour l'élargissement du rôle des tribunaux dans l'opérationnalisation des droits. Plus particulièrement, l'interaction entre les redressements personnels et les redressements systémiques est abordée, qui se fait par le truchement du par. 24(1) de la *Charte canadienne* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Chapitre 1 – Les fondements théoriques et le cadre institutionnel

Plusieurs concepts théoriques sous-tendent les problématiques principales examinées dans le présent mémoire, notamment en lien avec la légitimité des diverses interactions entre la branche judiciaire et la branche législative. Il y a tout d’abord lieu de présenter le cadre institutionnel dans lequel la constitutionnalisation et l’opérationnalisation s’insèrent. Le principe fondamental dans notre système est le constitutionnalisme, qui sera présenté en premier. Puis, les théories concernant les fonctions respectives des branches législatives et judiciaires, comme telles, seront abordées. Enfin, les concepts de séparation des pouvoirs et de la théorie du dialogue ajouteront à l’analyse relative à la structure constitutionnelle canadienne. Constituant la base du système constitutionnel canadien, tous ces concepts se retrouveront au cœur des chapitres suivants.

1.1. Le constitutionnalisme

Les enjeux liés aux interactions entre les branches gouvernementales se situent dans le contexte plus général du constitutionnalisme. La constitutionnalisation et l’opérationnalisation des droits et libertés découlent de la suprématie de la Constitution dans le système juridique et politique canadien. Le professeur Benoît Pelletier a présenté ainsi le lien entre le processus de la constitutionnalisation du droit et le principe de constitutionnalisme :

Les concepts de la « constitutionnalisation du droit » et du « constitutionnalisme » rejoignent l’idée voulant qu’il existe dans l’État une constitution écrite pouvant dominer la hiérarchie des normes et ayant pour conséquence l’invalidation des lois

adoptées par le législateur ainsi que celle des actes accomplis par le gouvernement.¹⁹

Pour sa part, la Cour suprême a défini le constitutionnalisme, un principe considéré comme essentiel à la démocratie canadienne, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Elle écrit : « le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution »²⁰. La CSC a d'ailleurs ajouté que « le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques »²¹. C'est donc le constitutionnalisme qui permet aux tribunaux d'effectuer un contrôle de la constitutionnalité des décisions de l'exécutif et du législatif.

Dans cette optique, il est intéressant de voir que le professeur Nicholas Barber a distingué le constitutionnalisme négatif et le constitutionnalisme positif²². Il a expliqué que le constitutionnalisme négatif se réfère à la vision traditionnelle du constitutionnalisme ayant pour objectif d'imposer des limites au pouvoir étatique²³. En se basant sur les écrits de Jeremy Waldron, il a critiqué cette conception en indiquant qu'elle limite la capacité de l'État d'assumer son rôle d'État-providence et de fournir des droits positifs à ses citoyens²⁴. Cela étant, Barber a approfondi davantage l'analyse de Waldron, en s'inspirant surtout de

¹⁹ Benoît PELLETIER, « Quelques réflexions sur la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme au sein de l'État », (2022) 51-1 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 91, p. 96.

²⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 72.

²¹ *Id.*, par. 78.

²² N. W. BARBER, « Introduction: Constitutionalism », dans *The principles of constitutionalism*, 1^e éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2018, p. 5.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

l'auteur Charles Howard McIlwain, l'amenant à articuler une autre version, un constitutionnalisme positif; un gouvernement peut ainsi être tenu responsable des actions qu'il entreprend²⁵.

Par ailleurs, il est important de noter que le constitutionnalisme ne réfère pas seulement au texte écrit de la Constitution : il englobe également les pratiques et les conventions constitutionnelles. Le professeur David Dyzenhaus propose une distinction entre la constitution en tant qu'acte et la constitution en tant qu'accomplissement²⁶. La première notion découle de la théorie du contrat social²⁷, tandis que la seconde est un ensemble de procédures, écrites ou non écrites, ayant pour but d'ordonner la société²⁸. Dyzenhaus est d'avis qu'une constitution devrait être une combinaison des deux : « the content of the actual constitution is always a matter of both form and substance and, ultimately, a matter of argument and justification »²⁹.

Ainsi, les diverses formes d'une constitution sont nécessaires afin d'assurer la légitimité d'un ordre juridique. Étant donné le rôle important d'une constitution dans un système juridique, celle-ci est essentielle à l'analyse de la légitimité des actions du gouvernement ou des tribunaux. Cette interprétation du constitutionnalisme et de la

²⁵ *Id.*, p. 8.

²⁶ David DYZENHAUS, *The Long Arc of Legality*, New York, Cambridge University Press, 2022, p. 149.

²⁷ Concept selon lequel les citoyens et l'État se doivent mutuellement des obligations, comme dans un contrat, ce qui justifie la légitimité du pouvoir étatique. Voir par ex. : Simon BLACKBURN, « Social contract » dans *The Oxford Dictionary of Philosophy*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016.

²⁸ D. DYZENHAUS, préc., note 26.

²⁹ David Dyzenhaus & Malcom Thornburn, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 31.

Constitution permet de comprendre l'importance d'avoir un cadre institutionnel clair. En somme, le constitutionnalisme doit demeurer au cœur de toute analyse subséquente sur les fonctions institutionnelles et la séparation des pouvoirs.

1.2. Les fonctions législatives

Compte tenu de ce qui précède, il faut comprendre que les fonctions de la branche législative sont édictées sous l'égide générale du constitutionnalisme. Le pouvoir principal des législatures est d'adopter des lois. Cette fonction est particulièrement importante dans le contexte de présent thème.

1.2.1. La souveraineté parlementaire

Au Canada, la fonction du pouvoir législatif se fonde sur le principe britannique de la souveraineté parlementaire. La définition traditionnelle de la souveraineté parlementaire, développée notamment par A.V. Dicey, indique que le Parlement jouit du pouvoir exclusif de créer et d'abroger des lois, et que personne ne peut passer outre à ces lois³⁰. Ces deux aspects de la souveraineté parlementaire ont d'ailleurs été réitérés par la juge Côté, dissidente en partie, dans les *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* :

La souveraineté parlementaire comporte à la fois un aspect positif et un aspect négatif. L'aspect positif est, comme nous l'avons vu, que le Parlement a la capacité

³⁰ Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1967, p. 3.

de créer quelque loi que ce soit. Cependant, l'aspect négatif est qu'aucun organisme n'a compétence pour déroger aux exigences d'une loi du Parlement.³¹

Contrairement à la Grande-Bretagne, au Canada, la pertinence contemporaine de la souveraineté parlementaire est controversée, particulièrement depuis le Rapatriement de la Constitution en 1982. En effet, plusieurs juristes considèrent que la souveraineté parlementaire n'est plus un concept adapté à la réalité canadienne³². Les tribunaux ont souvent évoqué ce principe, mais en pratique, on observe plutôt maintenant le déploiement de l'idée de la suprématie constitutionnelle³³. Ainsi, la Cour suprême a affirmé dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* que « dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »³⁴. En effet, l'article 52 de la *LC 1982* prévoit que « la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute règle de droit »³⁵. Il s'agit donc, dans un sens, d'une contradiction expresse, ou au moins d'une limite importante, au principe de souveraineté parlementaire. L'arrêt *Canada c. Power* précise que bien que la souveraineté parlementaire subsiste au Canada, il n'y a pas de suprématie parlementaire comme au Royaume-Uni³⁶.

³¹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 265.

³² Vanessa MACDONNELL, « The New Parliamentary Sovereignty Special Issue: Politics and the Constitution: A Comparative Approach », (2016) 21-1 *Rev. Const. Stud.* 13-36, p. 14.

³³ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, préc., note 31, par. 264.

³⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20, par. 72.

³⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

³⁶ *Canada (Procureur général) c. Power*, 2024 CSC 26, par. 49.

En revanche, on entend parfois que l'article 33 de la *LC 1982* replace l'importance de la souveraineté parlementaire dans notre ordre constitutionnel³⁷. Communément appelée la clause dérogatoire (ou clause nonobstant), son premier paragraphe indique que « le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte »³⁸. Dans une large mesure, cette disposition relativise le caractère absolu de la suprématie constitutionnelle au Canada.

Ajoutons que la professeure Vanessa MacDonnell a expliqué que la souveraineté parlementaire demeure pertinente pour deux raisons : (i) puisque la Cour suprême base certaines décisions sur ce concept, et (ii) puisqu'il traite de questions importantes concernant le rôle des institutions³⁹. Par exemple, dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, le ministre a refusé une demande d'information du vérificateur général en vertu de la *Loi sur le vérificateur général*⁴⁰. La Cour suprême a déterminé que le pourvoi judiciaire n'était pas un recours approprié puisque la *Loi sur le vérificateur général* prévoyait un mécanisme de révision devant la Chambre des communes⁴¹. La Cour suprême a déclaré que « la règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement »⁴². Cet arrêt exemplifie donc l'affirmation MacDonnell selon laquelle la

³⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 35.

³⁸ *Id.*

³⁹ V. MACDONNELL, préc., note 32, par. 14.

⁴⁰ *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*, p. 103.

souveraineté parlementaire a encore un rôle important dans le système canadien puisque la Cour suprême s'y fie pour prendre des décisions et puisqu'elle permet de répondre à des questions institutionnelles.

La souveraineté parlementaire a donc survécu au Rapatriement de la Constitution en 1982, même si elle doit maintenant être conciliée avec d'autres notions structurelles de notre ordre constitutionnel. Dans un sens, on verra que l'effritement de la souveraineté parlementaire arrive en parallèle, comme conséquence en réalité, à l'avancée du contrôle judiciaire.

1.2.2. Les privilèges parlementaires

Les assemblées législatives jouissent de plusieurs privilèges et immunités leur permettant d'exercer leurs fonctions de manière indépendante⁴³. La source initiale de ces derniers est, entre autres, l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement canadien la compétence d'établir ses privilèges et immunités⁴⁴. L'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse* a également établi que la législature possède des privilèges inhérents, donc qui ne sont pas explicitement prescrits par la loi, mais qui découlent de traditions historiques ou de nécessité pratique⁴⁵. Les privilèges parlementaires protègent le Parlement et ses membres, sauf exception, du contrôle

⁴³ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319.

⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 35.

⁴⁵ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 43.

judiciaire des tribunaux. Ils permettent aux législatures, entre autres, de « régler [leurs] affaires internes »⁴⁶ tout en bénéficiant généralement d'une immunité judiciaire⁴⁷.

1.3. Les fonctions judiciaires

1.3.1. Le contrôle de constitutionnalité

Le contrôle judiciaire est la balise, voire la limite, la plus importante d'un plein exercice de la suprématie parlementaire. Selon la Constitution, les tribunaux ont le rôle de juger de la constitutionnalité des lois et, le cas échéant, de les invalider. L'étendue de leurs compétences varie selon le fondement théorique que l'on accepte et priorise, suivant un raisonnement ayant à chaque bout d'un spectre la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire.

Par exemple, au Royaume-Uni, on considère que les tribunaux n'effectuent pas de réel contrôle de constitutionnalité puisque le Parlement est entièrement souverain, vraiment suprême, et on ne peut le contraindre à respecter les décisions judiciaires⁴⁸. En matière de droits humains, les tribunaux britanniques se bornent à une analyse de compatibilité entre les lois et le *Human Rights Act*⁴⁹, n'ayant pas formellement de pouvoir d'invalidation. À l'autre bout du spectre, l'exemple des États-Unis et son authentique suprématie de la

⁴⁶ Marc BOSCH et André GAGNON, « Les privilèges et immunités » dans *La procédure et les usages de la Chambre des communes*, Ottawa, Chambre des communes du Canada, 2017.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ John LOVELL, « Parliamentary Sovereignty in Canada », dans *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁴⁹ *Human Rights Act* (1998) c.42.

Constitution américaine, comme l'arrêt *Marbury v. Madison* en 1803 l'a établie on ne peut plus clairement, s'agissant du contrôle judiciaire en droit constitutionnel⁵⁰.

Au Canada, le système britannique de souveraineté parlementaire a évolué au fil des ans et s'oriente aujourd'hui davantage vers une forme prédominante de la séparation des pouvoirs, particulièrement depuis le Rapatriement de la Constitution en 1982⁵¹. Cela étant, le contrôle judiciaire était néanmoins présent avant 1982 :

Le contrôle judiciaire des mesures gouvernementales remonte à une époque bien antérieure à l'adoption de la *Charte*. Depuis la Confédération, les tribunaux sont tenus par la Constitution de s'assurer de la constitutionnalité des mesures prises par l'État. La *Charte* a assujéti à de nouvelles limites le pouvoir du gouvernement dans le domaine des droits de la personne, mais le contrôle judiciaire de ces limites amène les tribunaux à jouer, à l'égard de la séparation des pouvoirs, le même rôle qu'ils ont joué dès le début, c'est-à-dire celui d'arbitre mandaté par la Constitution.⁵²

Même s'il est accepté que les différentes branches de gouvernement ont leurs fonctions respectives et ne sont pas subordonnées les unes aux autres, certains doutes sont parfois exprimés quant à la légitimité du contrôle judiciaire. À cet égard, il est intéressant de se référer à l'analyse du professeur Stéphane Bernatchez, qui a résumé les diverses justifications utilisées par les juristes pour démontrer la légitimité du contrôle judiciaire : « 1) le nouveau pouvoir des juges résulte en fait de la décision des élus, 2) le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet de renforcer le processus démocratique, 3) le

⁵⁰ *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803).

⁵¹ Luc B. TREMBLAY, « *Marbury v. Madison* and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice Symposium: *Marbury* and Its Legacy: Comparative Perspectives on Judicial Review in Canadian Courts », (2004) 36-3 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 515-542, p. 515.

⁵² *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66.

contrôle judiciaire de constitutionnalité sert à promouvoir un idéal moral (i.e. les valeurs libérales) et 4) ce contrôle permet d’instaurer un dialogue entre les tribunaux et les législateurs »⁵³.

Quant au premier point, on constate qu’il a été appliqué en jurisprudence, en particulier par la CSC dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d’enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.⁵⁴

Selon cette justification, le contrôle constitutionnel est aussi légitime que tout autre choix législatif. Puis, la deuxième justification explique que le contrôle judiciaire augmente la participation du peuple dans le processus décisionnel, et donc renforce la démocratie. Ainsi, ceux qui se sentent exclus de la démocratie représentative peuvent faire valoir leurs droits et opinions devant les tribunaux.

La troisième justification, selon laquelle le contrôle judiciaire promeut un idéal moral, a été invoquée par le juge Iacobucci dans *Vriend c. Alberta*⁵⁵. Ce dernier explique que le contrôle constitutionnel protège les valeurs de notre société, même si l’application

⁵³ Stéphane BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2006) 36-1 *Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke* 165, p. 175.

⁵⁴ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 497.

⁵⁵ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 33.

de ces valeurs va à l'encontre de la règle de la majorité⁵⁶. Le professeur Bernatchez a noté que cette conception est généralement acceptée en jurisprudence canadienne⁵⁷. Les tribunaux veillent à équilibrer les valeurs fondamentales de la société canadienne.

Enfin, la dernière justification concerne la contribution du contrôle judiciaire à un dialogue institutionnel. Les litiges et les jugements subséquents permettent aux tribunaux et aux législatures de collaborer et de se rendre des comptes mutuellement. Les tribunaux contribuent donc à la « démocratie délibérative »⁵⁸. Cette théorie du dialogue, développée par Peter Hogg et Allison Bushell, a été utilisée pour décrire la légitimité du contrôle judiciaire⁵⁹. La section 1.4.2. du présent mémoire élabore sur cette théorie.

La légitimité du contrôle judiciaire, et plus particulièrement du contrôle constitutionnel, est donc généralement acceptée au Canada. La reconnaissance de cette légitimité est essentielle afin de permettre la constitutionnalisation et l'opérationnalisation judiciaire puisque la réalisation de ces derniers est tributaire, on le verra, d'un solide ancrage de la place des tribunaux dans notre système constitutionnel.

1.3.2. Les gardiens de la Constitution

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ S. BERNATCHEZ, préc., note 53, p. 183.

⁵⁸ *Id.*, p. 187.

⁵⁹ *Id.*, p. 190.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, la Cour suprême a indiqué que « les tribunaux sont les gardiens de la constitution »⁶⁰. Les tribunaux ont reconnu maintes fois que l'adoption de la *LC 1982*, et plus particulièrement eu égard à l'article 52, a eu pour conséquence de créer « la nécessité de l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité »⁶¹, rôle qu'a donc pris en charge la plus haute instance judiciaire au pays, la Cour suprême. Ce rôle est plus large que la conception traditionnelle des fonctions judiciaires, c'est-à-dire de trancher des litiges en interprétant et appliquant les lois. La fonction des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution est importante pour comprendre la légitimité d'une discrétion judiciaire accrue.

1.4. Le cadre institutionnel

1.4.1. La séparation des pouvoirs

Les problématiques de la constitutionnalisation et l'opérationnalisation judiciaire sont également liées au concept de la séparation des pouvoirs. Selon celui-ci, les branches gouvernementales (législative, exécutive, judiciaire) sont des institutions distinctes et indépendantes les unes des autres⁶². Ainsi, il se peut que la constitutionnalisation et l'opérationnalisation soient perçues comme une usurpation de la fonction législative. Une analyse plus approfondie de la séparation des pouvoirs permet de comprendre cette critique.

⁶⁰ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155.

⁶¹ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, par. 89.

⁶² Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2023.

Tel qu'indiqué par le juge Lamer dans l'arrêt *Cooper c. Canada*, un arrêt concernant le manque de compétence de la Commission canadienne des droits de la personne de se statuer sur la constitutionnalité de dispositions législatives, le «réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire» forment «la base de notre système constitutionnel»⁶³. Le juge Binnie a d'ailleurs déclaré dans *Canada c. Vaid*, qui traitait du privilège parlementaire relatif au congédiement d'un employé de la Chambre des communes ayant été réintégré à son emploi en vertu de la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, que «peu de questions revêtent autant d'importance pour notre équilibre constitutionnel que le rapport entre la législature et les autres organes de l'État auxquels la Constitution a conféré des pouvoirs, soit l'exécutif et les tribunaux judiciaires»⁶⁴. Ce principe vise à protéger la primauté du droit contre un pouvoir potentiellement absolu et arbitraire de l'une des branches du gouvernement. Chaque branche exerce un certain contrôle sur l'autre, dans le but de prévenir et limiter l'exercice arbitraire du pouvoir étatique⁶⁵.

Le professeur Barber suggère que les théoriciens commettent historiquement une erreur en présupposant que la souveraineté, c'est-à-dire le pouvoir exclusif et absolu, doit être concentrée dans les mains d'un seul acteur⁶⁶. Depuis longtemps, l'idée de la séparation des pouvoirs existe afin de remplir deux objectifs : (1) limiter les abus de pouvoirs de l'État, et

⁶³ *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 3.

⁶⁴ *Canada (House of Commons) c. Vaid*, [2005] 1 SCR 667, par. 4.

⁶⁵ N.W. BARBER, « Prelude to the separation of powers », (2001) 60-1 *Cambridge Law Journal* 59-88, p. 60.

⁶⁶ N. W. BARBER, « Sovereignty », dans *The principles of constitutionalism*, 1^e éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2018, p. 28.

(2) protéger les minorités de la tyrannie de la majorité⁶⁷. Le théoricien Montesquieu a expliqué ce premier point de manière succincte ainsi : « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁶⁸.

La protection contre les abus de pouvoir est également définie comme la protection de la liberté, tant individuelle que collective. Il est intéressant d'ailleurs de voir que, dans le contexte constitutionnel américain, les Papiers fédéralistes américains énonçaient l'importance de la séparation des pouvoirs en tant que source de liberté pour les citoyens⁶⁹. Barber a résumé la justification de la séparation des pouvoirs basée sur la liberté comme suit :

When the state acts against a person it needs each of the three branches to act in concert: the legislature to write the law, the executive to police it, and the courts to apply it in the particular case. By dividing up these institutions, tasks, and officials, the principle ensures that the exertion of state power requires the agreement of a number of agencies comprising a considerable number of people. This complexity and diversity creates the potential for, even the likelihood of, friction. And this friction, in its turn, protects liberty.⁷⁰

Ainsi, la séparation des pouvoirs doit non seulement prévenir l'abus de pouvoir, mais également offrir une protection efficace aux citoyens. Cette conception a été avancée entre autres par le théoricien John Locke, qui était d'avis que les diverses institutions ont des qualifications et des capacités différentes. La séparation des pouvoirs étatiques entre

⁶⁷ Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *The federalist papers*, New York, NY, Open Road Integrated Media, 2020, n. 51.

⁶⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot & Fils, 1748, p. 46.

⁶⁹ Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, préc., note 67.

⁷⁰ N. W. BARBER, « Separation of Powers », dans *The principles of constitutionalism*, 1^e éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2018.

les différentes branches spécialisées permet donc aux citoyens de recevoir une protection efficace. Barber a expliqué cet aspect ainsi :

The apparent restrictions required by the separation of powers rested on the limitations of human capacity and the need for institutional structures that ameliorated those limitations. So, for example, the legislature ought not to pass judgment on particular cases because it was structurally ill-equipped to undertake this task; even if it acted in good faith it was unlikely to adjudicate as fairly or as impartially as a court.⁷¹

On fait la distinction entre une version « pure » et une version « partielle » de la doctrine de la séparation des pouvoirs⁷². La première se réfère à une délimitation stricte des pouvoirs des branches alors que la seconde se réfère plutôt à un système de reddition de comptes et de responsabilisation⁷³. Le professeur Maurice Vile a popularisé une articulation claire de la version pure, identifiant quatre éléments essentiels : (1) la division des pouvoirs publics en trois branches, soit la législature, l'exécutif et le judiciaire; (2) tous les actes du gouvernement doivent émaner de l'une seule de ces branches; (3) chaque branche doit être composée de plusieurs individus, afin d'éviter l'absolutisme, et (4) les branches se responsabilisent les unes avec les autres⁷⁴. Or, pour revenir au contexte constitutionnel américain, les Papiers fédéralistes américains retiennent une interprétation de Montesquieu qui démontre que la doctrine ne doit pas être conçue comme une séparation stricte :

From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred that in saying "There can be no liberty where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of magistrates," or, "if the power of judging be

⁷¹ *Id.*, p. 54.

⁷² N. BARBER, préc., note 65.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd ed., Indianapolis, Liberty Fund Inc., 2014, p. 14-17.

not separated from the legislative and executive powers,” he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over, the acts of each other. His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free Constitution are subverted.⁷⁵

On voit ainsi que la doctrine de la séparation des pouvoirs n’est pas utilisée de manière stricte dans le système constitutionnel américain. Il est de même dans le système constitutionnel canadien, bien que les modalités diffèrent entre ces deux pays.

En effet, nous avons vu que le système canadien prônait originellement un parlement souverain, qui prédominerait, mais les organes politiques se sont graduellement divisés selon leurs fonctions et capacités distinctes⁷⁶. Au cœur de la séparation des pouvoirs au Canada se trouve le respect des fonctions respectives des branches politiques. Dans *Fraser c. C.R.T.F.P.*, la Commission des relations de travail de la Fonction publique a maintenu le congédiement d’un employé ayant exprimé publiquement des critiques des politiques du gouvernement⁷⁷. La Cour suprême a déterminé que la Commission n’avait pas commis d’erreur de droit en confirmant ce congédiement et a décrit notre séparation des pouvoirs ainsi :

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement -- le législatif, l’exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d’interpréter et d’appliquer la loi; le rôle du législatif

⁷⁵ Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, préc., note 67.

⁷⁶ *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, par. 28.

⁷⁷ *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 RCS 455.

est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.⁷⁸

On peut observer dans la jurisprudence canadienne que la séparation des pouvoirs n'est pas interprétée comme une doctrine stricte. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a d'ailleurs écrit que « la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux »⁷⁹. Dans cette affaire, il a donc été déterminé que les tribunaux peuvent émettre des avis consultatifs, ce qu'on appelle des « renvois », et ce, même si on peut y voir un rôle communément attribué aux juristes de la branche exécutive⁸⁰.

À maintes reprises, les tribunaux ont pris soin de préciser leurs rôles afin d'éviter d'empiéter sur les fonctions législatives ou exécutives. Dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, un arrêt traitant de la constitutionnalité d'une loi permettant au gouvernement de la Colombie-Britannique de poursuivre les compagnies fabricantes de produits de tabac afin de recouvrir les coûts dépensés pour les soins de santé reliés à ces produits, la CSC a expliqué que les juges doivent respecter les choix législatifs dans la mesure où ils sont constitutionnels :

Il s'ensuit que le rôle des tribunaux n'est pas, comme les appelants semblent le prétendre, d'appliquer seulement le droit qu'ils approuvent. Il ne s'agit pas non plus pour eux de rendre des décisions simplement à la lumière de ce qu'ils (plutôt que

⁷⁸ *Id.*, par. 39.

⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20.

⁸⁰ *Id.*

le droit) estiment juste ou pertinent. Leur rôle ne consiste pas davantage à remettre en question la réforme du droit entreprise par le législateur, bien qu'elle introduise une nouvelle cause d'action ou des règles de procédure la régissant. Dans les limites de la Constitution, les législatures peuvent définir le droit comme bon leur semble.⁸¹

Bien sûr, le rôle des tribunaux n'est pas de légiférer, comme la CSC le rappelle dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, un arrêt portant sur la compétence des tribunaux d'ordonner le paiement de dommages-intérêts sous forme de versements périodiques sans le consentement des parties et sans loi habilitante, contrairement à la norme de paiement par somme forfaitaire⁸². D'abord, la CSC a expliqué que les tribunaux n'ont pas l'expertise pour évaluer les besoins politiques et pratiques du public en entier, puisqu'ils sont saisis d'une affaire précise et doivent juger sur la base des faits particuliers⁸³. De plus, puisque les législateurs, contrairement aux juges, sont élus, on considère qu'ils sont en meilleure position pour développer des lois aux diapasons de la société⁸⁴.

En revanche, il est pourtant important de garder en tête que la Constitution, et particulièrement la *Charte canadienne*, sert à imposer des limites au gouvernement. Les tribunaux, en tant que gardiens de la Constitution, doivent avoir une certaine marge de manœuvre pour remplir ces fonctions adéquatement. Par exemple, dans *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, lorsque la CSC a déterminé si une disposition législative contraire à l'art. 15 de la *Charte* était justifiée sous l'article premier, on a expliqué que les fonctions judiciaires ne doivent pas être restreintes indûment : « en toute déférence, il est

⁸¹ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, par. 52.

⁸² *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

difficile de comprendre comment un tribunal pourrait s'assurer qu'une restriction législative donnée est "raisonnable" s'il lui est interdit d'examiner si d'autres mesures moins restrictives pouvaient être adoptées »⁸⁵.

Ainsi, la constitutionnalisation judiciaire pourrait être perçue comme une violation de la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs est donc cruciale dans le débat sur la constitutionnalisation.

1.4.2. La théorie du dialogue

Les concepts abordés jusqu'à présent présentent des arguments à la fois en faveur et contre la constitutionnalisation et l'opérationnalisation judiciaire. À vrai dire, le cadre institutionnel constitutionnel canadien est unique et ne peut être réduit à des catégories conceptuelles en silo. La théorie du dialogue représente un effort afin de redéfinir la complexité de ces relations institutionnelles.

Les auteurs Peter Hogg et Allison Bushell ont développé une théorie qui se veut plus représentative de la réalité constitutionnelle canadienne et qui, dans un sens, apaise les inquiétudes mentionnées précédemment quant au respect de la séparation des pouvoirs⁸⁶. Ils expliquent que les jugements quant à la constitutionnalité des lois ne devraient pas être caractérisés comme des ordonnances unilatérales des tribunaux envers

⁸⁵ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 52, par. 113.

⁸⁶ Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », (1997) 35-1 *Osgoode Hall L. J.* 75-124.

les législatures. Il s'agirait plutôt d'avis judiciaires donnés au pouvoir législatif, sur la base desquels on modifiera les dispositions législatives contestées afin de respecter la Constitution, tout en ayant la liberté de choisir le moyen de le faire eu égard aux objectifs législatifs⁸⁷.

Ce dialogue est illustré dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*⁸⁸. Dans le cadre de ce litige portant sur le droit à l'instruction dans la langue minoritaire, le juge de première instance a conclu en la violation de l'article 23 de la *Charte* et a ordonné au gouvernement de « faire de leur mieux pour fournir des établissements et des programmes d'enseignement homogène de langue française dans des délais déterminés »⁸⁹. Il est donc demeuré saisi de l'affaire afin de s'assurer que les réparations aux droits linguistiques violés seraient adéquates. La Cour suprême a rejeté le pourvoi contre la décision du juge de première instance et a indiqué que les tribunaux doivent attribuer des réparations efficaces et adaptées. Cet aller-retour, pourrait-on dire, entre les branches judiciaire et législative du gouvernement, illustre la théorie du dialogue et, en outre, une volonté de collaborer tout en respectant leurs pouvoirs respectifs.

⁸⁷ Peter W. HOGG et Ravi AMARNATH, « Understanding Dialogue Theory », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017, pp. 79-80.

⁸⁸ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62.

⁸⁹ *Id.*

Pour sa part, la professeure Carissima Mathen (maintenant juge en Ontario) a exprimé l'avis que la théorie du dialogue confond des concepts importants. Voici comment elle propose de comprendre ces concepts :

Given the authors' claim that dialogue is evidence of weak judicial review because the legislature can respond to Charter decisions, they appear to equate weak judicial review with failing to have the last word. But the question of who has the last word is really a question of finality, which is better understood as an argument about supremacy.⁹⁰

Elle explique que, même si la législature peut avoir le dernier mot, le système de contrôle judiciaire au Canada ne peut être décrit comme « faible »⁹¹. Le contrôle judiciaire est à son niveau le plus robuste au moment de l'ordonnance de réparations pour violations de droits constitutionnels⁹². Mathen résume donc la situation comme suit :

The crux of the authors' dialogue argument is that, because the legislature may respond, judicial review is weak. But the fact that the legislature can respond by changing the law or enacting a new one does not diminish the courts' powers.⁹³

De plus, une autre lacune de la théorie du dialogue serait qu'elle présume à tort que la finalité législative, et par le fait même la démocratie, est l'objectif ultime d'un système constitutionnel. Mathen formule cette critique ainsi : « democracy is an important process but is not the ultimate end to which the society strives. The ultimate end is a more just society »⁹⁴. Selon la professeure Vanessa MacDonnell, le terme « collaboration » est plus

⁹⁰ Carissima MATHEN, « Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on Charter Dialogue Revisited Charter Dialogue: Ten Years Later: Commentary », (2007) 45-1 *Osgoode Hall L.J.* 125-146, p. 143.

⁹¹ *Id.*, p. 144.

⁹² *Id.*, p. 144.

⁹³ *Id.*, p. 145.

⁹⁴ *Id.*, p. 143.

adéquat que « dialogue »⁹⁵. Plutôt qu'un dialogue où l'accent est mis sur les désaccords entre les institutions, la collaboration renvoie à l'existence cruciale d'un objectif commun⁹⁶.

La théorie du dialogue pourrait donc être une réponse à l'argument selon lequel la constitutionnalisation judiciaire contrevient à la séparation des pouvoirs. Avec ces dernières autrices, nous croyons que cette théorie n'est toutefois pas sans failles. En raison de ses lacunes, la théorie du dialogue ne peut donc régler à lui seul et de façon définitive le débat sur la constitutionnalisation judiciaire.

1.5. Conclusion

Les divers principes et théories constitutionnels examinés dans ce chapitre du mémoire sont pertinents pour aider à savoir quelle institution peut ou devrait avoir le dernier mot. Toutefois, le système canadien est trop complexe et nuancé pour répondre de manière catégorique à cette question à l'aide de ces principes et théories⁹⁷. L'équilibre des pouvoirs en jeu diffère selon les circonstances, eu égard à la nature et à l'importance des enjeux. Par exemple, l'étendue du respect de l'exécutif et de la législature envers les droits et libertés influencera le niveau de retenue judiciaire, voire de déférence, exercé par les tribunaux. MacDonnell explique le phénomène ainsi :

The version of parliamentary sovereignty I advance in this paper suggests that Parliament's authority is constrained and legitimated by its respect for constitutional

⁹⁵ V. MACDONNELL, préc., note 32, p. 30.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*, p. 29.

rights. If Parliament and the executive show a commitment to rights, there is good reason to expect that courts will grant them a wider berth to interpret and implement constitutional rights. The opposite is also true. If Parliament were to internalize this reality, it might experience an expansion in sovereign authority relative to courts.⁹⁸

En somme, l'analyse de la constitutionnalisation du droit par les tribunaux, qui est au cœur de la présente étude, nécessite la considération du cadre théorique entourant cet enjeu. Parmi les concepts qu'on devait traiter et définir, on compte le constitutionnalisme, la séparation des pouvoirs, la souveraineté parlementaire et le contrôle judiciaire. La théorie du dialogue occupe également une place importante dans le droit constitutionnel canadien contemporain. Cette discussion de la dimension théorique représente un contexte essentiel aux problématiques de constitutionnalisation et d'opérationnalisation abordées dans les prochains chapitres, plus précisément quant aux droits positifs et aux réparations pour violations aux droits constitutionnels.

⁹⁸ *Id.*, p. 31.

Chapitre 2 – L’interprétation constitutionnelle : le rôle des valeurs et principes constitutionnels non écrits

Le chapitre précédent a effectué un survol des concepts théoriques se trouvant au cœur aux problématiques centrales, soit la constitutionnalisation et l’opérationnalisation judiciaire des droits et libertés. Ces concepts sont nécessaires afin de comprendre l’origine de celles-ci et leur place dans le système constitutionnel dans son ensemble.

Pour donner une perspective élargie, notons que les Canadiens peuvent attribuer un nombre impressionnant de leurs protections constitutionnelles à l’interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui incidemment vient de la branche judiciaire. Le cœur de cette protection provient de la capacité des tribunaux de constitutionnaliser une situation juridique. Il s’agit alors de rattacher un droit spécifique dans une disposition constitutionnelle plus large afin d’octroyer une protection supralégislative qui n’était pas reconnue expressément auparavant.

Le processus d’interprétation constitutionnelle actuel (2.1.) permet cette constitutionnalisation, particulièrement grâce au recours aux valeurs sous-jacentes de la *Charte* (2.2.) ainsi qu’aux principes constitutionnels non écrits (2.3.).

2.1. L’interprétation des droits et libertés

Afin de conceptualiser l’influence de l’interprétation constitutionnelle sur la constitutionnalisation judiciaire, un survol du processus interprétatif s’impose. En effet,

une compréhension de l'étendue des pouvoirs des juges en matière d'interprétation constitutionnelle permet de prendre la pleine mesure de leur rôle s'agissant de la constitutionnalisation.

La Cour suprême du Canada a développé au fil des années une méthode d'interprétation constitutionnelle parfois décrite à l'aide de la métaphore d'arbre vivant. Ce concept fut introduit d'abord dans l'arrêt *Edwards c. Canada* en 1930 par le Comité judiciaire du conseil privé du Royaume-Uni⁹⁹. Ce dernier a interprété le mot « personne » afin d'inclure les femmes, les rendant admissibles à une nomination au Sénat du Canada¹⁰⁰. Le Comité judiciaire avait affirmé que la Constitution canadienne est un « arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles »¹⁰¹. Cette image s'est popularisée et le principe s'est raffiné au fil des années. Voici comment la CSC le résume dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* :

Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne.¹⁰²

L'interprétation constitutionnelle s'adapte donc aux conditions sociales et au contexte propre à chaque situation, et c'est aux juges d'assurer ce développement adéquat aux réalités contemporaines.

⁹⁹ *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] AC 124.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*, p. 136.

¹⁰² *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 22.

Suite à l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution en 1982, la métaphore de l'arbre vivant s'est solidifiée dans la culture juridique¹⁰³. Ce faisant, les cours ont privilégié en outre une approche téléologique qui considère le contexte et l'objet de la disposition¹⁰⁴. L'objet du droit ou de la liberté doit être articulé de manière large et libérale¹⁰⁵. En raison du langage général des droits et libertés, l'analyse des juges interpelle particulièrement leur pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation de la *Charte*. L'approche téléologique a été présentée par le juge Dickson dans *Hunter c. Southam*, une cause concernant l'article 8 de la *Charte* et sa protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives¹⁰⁶.

La Cour suprême a également établi ces bases méthodologiques dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, lorsqu'elle a déterminé que la règle d'admission du Barreau de l'Ontario exigeant la citoyenneté canadienne n'était pas contraire au droit des résidents permanents de gagner leur vie dans toute province selon l'al. 6(2)b) de la *Charte*¹⁰⁷. Le juge Dickson, dans *R. c. Big M Drug Mart*, a expliqué que l'on doit tirer de *Skapinker* que la *Charte* doit être interprétée « dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »¹⁰⁸. L'affaire *R. c. Big M Drug Mart* est devenue l'arrêt de principe quant à l'interprétation téléologique :

¹⁰³ Colin FEASBY, « The Evolving Approach to Charter Interpretation », (2022) 60-1 *Alta. L. Rev.* 35-66, p. 36.

¹⁰⁴ Joanna HARRINGTON, « Interpreting the Charter », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017, p. 629.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 630.

¹⁰⁶ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 60.

¹⁰⁷ *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

¹⁰⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295.

L'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*.¹⁰⁹

En outre, la méthode contextuelle permet une adjudication propre aux besoins spécifiques de chaque demandeur. Voici ce qu'écrivait à ce sujet la juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta*, un arrêt portant sur la violation de l'al. 2b) de la *Charte* par une loi interdisant la publication d'information concernant des procédures judiciaires en droit matrimonial :

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particulier peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.¹¹⁰

En revanche, il faut éviter de donner une interprétation stricte et restrictive des dispositions de la *Charte*. Comme on l'explique dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, un arrêt concernant l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte* dans le contexte des soins de santé donnés à des enfants sans le consentement des parents : « une interprétation restrictive a pour effet de restreindre à jamais la portée du contrôle judiciaire et de limiter ainsi celle d'une intervention judiciaire visant la protection des droits

¹⁰⁹ *Id.*, par. 117.

¹¹⁰ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326.

individuels garantis par la *Charte* »¹¹¹. Par ailleurs, le fardeau pour justifier la validité de toute restriction à un droit ou une liberté, à l'instar de l'exercice en vertu de l'article premier, repose sur l'État : « il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu »¹¹².

Colin Feasby, maintenant juge en Alberta, a expliqué que l'interprétation des droits et libertés au début de l'ère de la *Charte* n'était pas complètement systématisée¹¹³. Malgré le fait que la méthode téléologique était préconisée, la Cour suprême n'a pas prescrit d'analyse claire à ce sujet. Feasby explique donc : « the Supreme Court's purposivism is closer to being a list of ingredients for a cake than a recipe; it identifies flour, sugar, and eggs but fails to specify the quantities of each or how the ingredients are to be combined »¹¹⁴. En conséquence, l'approche téléologique serait peut-être moins uniforme et généralisée qu'il peut le sembler.

Selon des auteurs, dont le professeur Leonid Sirota, la métaphore de l'arbre vivant et l'interprétation téléologique ne seraient pas la panacée de l'interprétation constitutionnelle de la *Charte*. En effet, des tendances interprétatives s'apparentant à l'originalisme et une forme de textualisme existeraient en jurisprudence canadienne.

¹¹¹ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315, par. 120.

¹¹² *Id.*, par. 110.

¹¹³ C. FEASBY, préc., note 103, p. 47.

¹¹⁴ *Id.*, p. 45.

L'idée derrière l'originalisme renvoie à un concept large englobant plusieurs variantes d'une approche interprétative¹¹⁵. Comme l'explique Colin Feasby, l'originalisme qui resurgit de nos jours n'est pas identique à l'originalisme traditionnel : « new originalism, as some call it, no longer focuses on the subjective intentions of constitutional framers; instead it seeks to determine the original public meaning of the constitutional text »¹¹⁶. Toutefois, toutes les branches de l'originalisme s'entendent sur le fait que le sens du texte de la loi est fixe¹¹⁷. Le textualisme, quant à lui, est une approche interprétative centrée sur la lettre de la loi et le sens ordinaire du texte, qui englobe toutefois aussi une diversité de pratiques interprétatives. Par ailleurs, le textualisme moderne n'ignore pas le contexte complètement, mais en revanche priorise le sens ordinaire du texte par rapport à son objet¹¹⁸.

On remarque une tension entre les approches interprétatives, particulièrement dans la jurisprudence récente de la Cour suprême. En effet, il y aurait un retour à une priorisation du texte dans plusieurs arrêts, notamment *R. c. Poulin*¹¹⁹ et *Québec c. 9147-0732 Québec inc.*¹²⁰.

¹¹⁵ Léonid SIROTA et Benjamin OLIPHANT, « Has the Supreme Court of Canada Rejected 'Originalism'? », (2016) 42-1 *Queen's Law Journal* 107, p. 122.

¹¹⁶ C. FEASBY, préc., note 103, p. 37.

¹¹⁷ L. SIROTA et B. OLIPHANT, préc., note 115, p. 132.

¹¹⁸ Léonid SIROTA, « Purposivism, Textualism, and Originalism in Recent Cases on Charter Interpretation », (2021) 47-1 *Queen's Law Journal* 78, p. 85.

¹¹⁹ *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47.

¹²⁰ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32.

Dans ce premier arrêt, M. Poulin avait été reconnu coupable d'infractions criminelles en 2017. Après la perpétration de ces infractions, c'est-à-dire entre les années 1979 et 1987, les lois concernant les peines pour ces infractions ont été modifiées, et ce à plusieurs reprises¹²¹. Or, l'alinéa 11i) de la *Charte* garantit aux personnes condamnées le droit de bénéficier de la peine la moins sévère dans les cas où les lois ont été modifiées entre l'infraction et la sentence¹²². La question en litige dans cette affaire était alors de déterminer si ce droit est « global », donc « qui repose sur un examen de *toutes* les peines prévues pour sanctionner l'infraction entre le moment de sa perpétration et celui de la sentence et le droit de bénéficier de la peine *la moins sévère qui soit* durant l'ensemble de la période visée » ou « binaire », soit « qui repose sur une comparaison des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments précis (soit le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence) et le droit de bénéficier de la moins sévère de ces peines »¹²³.

Les juges majoritaires, dans des motifs rédigés par la juge Martin, ont conclu que l'al. 11i) confère un droit binaire¹²⁴. La juge Martin a expliqué que le droit global va au-delà de l'objet de l'al. 11i), et que les droits doivent être subordonnés à leur objet¹²⁵. L'analyse et la conclusion subséquente semblent s'éloigner de l'idée selon laquelle

¹²¹ *R. c. Poulin*, préc., note 119, par. 1.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*, par. 2.

¹²⁴ *Id.*, par. 3.

¹²⁵ *Id.*, par. 54.

l'interprétation téléologique doit également être large et libérale, ce que les juges dissidents ont d'ailleurs remarqué¹²⁶.

Dans l'arrêt *Québec c. 9147-0732 Québec inc.*, la CSC a déterminé que l'art. 12 de la *Charte*, soit la protection contre les traitements cruels et inusités, ne s'applique pas aux personnes morales¹²⁷. Les juges Rowe et Brown, pour la majorité, ont également mis de l'accent sur l'importance du texte dans l'interprétation téléologique de la *Charte*, menant en outre à une certaine retenue judiciaire : « le fait de donner préséance au texte — c'est-à-dire respecter l'importance qui lui est reconnue comme premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique — permet d'éviter d'aller au-delà de l'objet du droit »¹²⁸. En effet, selon les juges Rowe et Brown, l'approche téléologique ne veut pas que le texte doive avoir préséance, mais plutôt qu'il doive être le point de départ.

La juge Abella, dans ses motifs concordants, met en évidence l'existence d'une divergence dans la tradition interprétative en matière de *Charte* : « plutôt que de se servir du texte comme point de départ de la recherche de l'objet, la majorité lui donne « préséance » et assigne un rôle secondaire aux autres facteurs contextuels, gommant ainsi la différence entre l'interprétation de la Constitution et l'interprétation des lois »¹²⁹. Donc, les divergences entre les approches interprétatives des juges majoritaires et des juges minoritaires (motifs concordants) sont notables, malgré leur accord sur le dispositif final.

¹²⁶ *Id.*, par. 151.

¹²⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, préc., note 120.

¹²⁸ *Id.*, par. 8.

¹²⁹ *Id.*, par. 61.

Feasby met toutefois en doute que ces arrêts récents vont réellement changer la tradition interprétative en matière de *Charte*, s'ils auront d'effets concrets à long terme sur la jurisprudence. La constitutionnalisation de droits et libertés est davantage possible en adoptant l'approche téléologique puisque celle-ci s'avère plus flexible et permet de tenir compte des changements et de l'évaluation de la société. L'avenir des axes interprétatifs en matière de *Charte* – téléologique, originaliste et textualiste – dans la jurisprudence canadienne est important puisque la dimension méthodologique est au cœur des problématiques du présent mémoire, soit la constitutionnalisation et l'opérationnalisation des droits fondamentaux.

Les sections suivantes présentent deux outils interprétatifs supplémentaires permettant aux juges de réaliser pleinement la constitutionnalisation de droits et libertés : les valeurs de la *Charte* et les principes constitutionnels non écrits. Le lien entre ces concepts et l'approche téléologique sera également effectué.

2.2. Les valeurs sous-jacentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Le recours aux valeurs sous-jacentes de la *Charte* est un moyen complémentaire pour procéder à la constitutionnalisation judiciaire des droits au Canada. En se basant sur ces valeurs dans leur interprétation du texte, les juges peuvent ainsi étendre, ou au contraire limiter, la portée d'un droit. La discussion ci-dessous examinera en outre l'efficacité de cette technique pour la constitutionnalisation, c'est-à-dire pour mise en œuvre des droits et

libertés par la branche judiciaire. Ces valeurs incluent, entre autres, « la liberté, la dignité humaine, l'égalité, l'autonomie et la promotion de la démocratie »¹³⁰.

La rhétorique entourant les valeurs constitutionnelles est un phénomène qui a pris de l'ampleur depuis les dernières décennies. Le professeur Mark Antaki résume ainsi l'intérêt qui réside dans le langage des « valeurs » :

This systematic translation of rights, particularly into interests and values, suggests a movement to demystify rights, often tied to the influence of pragmatism and sociological thinking on law. Values or interests are, supposedly, what legal instruments really signify or entrench, and they are what judges, supposedly, really consider in their acts of judgment.¹³¹

L'ascension du recours aux valeurs sous-jacentes de la *Charte* est donc cohérente avec le développement de l'approche téléologique, puisqu'elles ajoutent des outils d'interprétation pour aider les juges à déterminer le but de chaque droit ou liberté.

Alors que ces valeurs, et l'importance qui doit leur être accordée, relevaient de la discrétion des législateurs avant la *Charte*, elles ont été prises en charge maintenant par le judiciaire¹³². La juge McLachlin (juge en chef de 2000 à 2017) est d'avis qu'il y a deux façons de porter des jugements fondés sur des valeurs : d'une part, les juges peuvent se fier sur leurs expériences et opinions personnelles ou, d'autre part, ils et elles peuvent tenter de

¹³⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, par. 88.

¹³¹ Mark ANTAKI, « Values Special Section: McGill Companion to Law », (2020) 66-1 *McGill L. J.* 169-174.

¹³² Beverley MCLACHLIN, « The Charter: A New Role for the Judiciary », (1991) 29-3 *Alberta Law Review* 540.

refléter les valeurs dominantes dans la société¹³³. Considérant l'importance d'une branche judiciaire impartiale, en autant que faire se peut vu la nature humaine, la deuxième option est préférable, on s'entend généralement pour dire. En somme, les valeurs de la *Charte* offrent un phare pour les juges dans leurs jugements, surtout lorsqu'il est question d'enjeux difficiles.

Les valeurs sous-jacentes de la *Charte* sont parfois invoquées afin de préciser le sens ou la portée d'un droit. Les auteurs Mark S. Harding et Rainer Knopff appellent cette technique interprétative « l'utilisation des concepts sous-jacents »¹³⁴. L'existence de ces valeurs n'est pas un sujet controversé; c'est plutôt l'utilisation de ces valeurs afin de constitutionnaliser divers droits est vu comme plus problématique¹³⁵.

À la base, une interprétation législative conforme aux valeurs de la *Charte* prend le dessus sur une interprétation qui ne l'est pas¹³⁶. Or, cette technique interprétative est seulement possible lorsqu'il y a une ambiguïté ou autre difficulté à résoudre dans la formulation de la disposition¹³⁷. L'ambiguïté du texte est donc une condition préalable, dans un sens, à l'application des valeurs de la *Charte*¹³⁸. Les règles d'interprétation législative, en l'absence de contrôle de constitutionnalité, « n'excluent pas la prise en compte des valeurs de la *Charte* dans le contexte interprétatif général que posent nos règles

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Mark S. HARDING et Rainer KNOPFF, « Constitutionalizing Everything: The Role of Charter Values », (2013) 18-2 *Rev. Const. Stud.* 141-160, p. 142.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Symes c. Canada*, [1993] 4 RCS 695.

¹³⁸ *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, par. 28.

d'interprétation modernes), mais cette prise en compte ne saurait servir à créer une ambiguïté alors qu'il n'en existe aucune »¹³⁹.

Ces valeurs sous-jacentes sont également utilisées afin d'assurer la conformité à la *Charte* dans les cas où cette dernière n'est pas formellement applicable¹⁴⁰. Selon Peter Hogg, le discours judiciaire entourant les valeurs de la *Charte* a été créé en partie afin de contourner les limites d'application de la *Charte* aux actions gouvernementales, selon son article 32¹⁴¹. La Cour suprême a donc proposé l'idée que les juges doivent faire appel aux valeurs de la *Charte* afin d'adapter, par exemple, la *common law* (c.-à-d. le droit jurisprudentiel) aux évolutions de la société¹⁴². Hogg opine qu'en réalité, l'application des valeurs aux règles de *common law* équivaut à l'assujettissement des actions privées à la *Charte*¹⁴³. Donc, grâce à celles-ci, les droits et libertés peuvent être considérés même dans les litiges où la *Charte* ne s'applique pas au sens strict sous l'article 32.

Le débat entourant la constitutionnalisation par les valeurs sous-jacentes de la *Charte* est illustré notamment dans les arrêts *Health Services and Support c. Colombie-Britannique*¹⁴⁴ et *Ontario c. Fraser*¹⁴⁵. Dans ce premier jugement, la Cour suprême a

¹³⁹ *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, par. 1.

¹⁴⁰ Voir par ex. : *A.G. (Nova Scotia) c. MacIntyre*, [1982] 1 RCS 175, par. 27 et *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 RCS 573, par. 39.

¹⁴¹ Peter HOGG, « Equality As a Charter Value in Constitutional Interpretation », (2003) 20-5 *Supreme Court Law Review* 113, p. 116.

¹⁴² *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, préc., note 138. par. 61.

¹⁴³ P. HOGG, préc., note 141, p. 116.

¹⁴⁴ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27.

¹⁴⁵ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20.

déterminé que la liberté d'association à l'art. 2(d) de la *Charte* incluait le droit de négocier collectivement¹⁴⁶. Parmi les justifications évoquées par les juges majoritaires, on retrouve la compatibilité de l'interprétation préconisée avec les valeurs de la *Charte*¹⁴⁷. Ils ont souligné l'importance de la cohérence de l'interprétation d'un article d'une simple loi avec l'ensemble de la *Charte* et de ses valeurs sous-jacentes. Ils affirment donc que le droit de négocier collectivement reflète les valeurs reconnues dans la jurisprudence antérieure, soit « la dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie »¹⁴⁸.

Quelques années plus tard, la Cour suprême a été appelée de nouveau à se prononcer sur le droit de négocier collectivement dans *Ontario c. Fraser*. Les motifs majoritaires, rédigés par le juge en chef McLachlin et le juge LeBel, ont réitéré l'importance de la négociation collective au cœur de l'article 2(d) de la *Charte*; cela étant, on ajoute que le précédent *Health Services* n'impose pas de processus spécifique, mais plutôt « reconnaît un droit dérivé de négociation collective, c'est-à-dire le droit à un processus qui permet aux employés de formuler des observations et d'obtenir leur examen de bonne foi par l'employeur, qui doit en outre participer à un dialogue véritable à leur sujet »¹⁴⁹. Ce dernier énoncé est une réplique aux motifs concordants du juge Rothstein qui souhaitait un renversement de *Health Services*¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 145, par. 80.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 81.

¹⁴⁹ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 145, par. 128.

¹⁵⁰ *Id.*

En effet, ce dernier s’opposait à la constitutionnalisation du droit de négociation collective, la conséquence selon lui du précédent de 2007¹⁵¹. Il explique qu’une telle constitutionnalisation relève du pouvoir du législateur, et non des tribunaux¹⁵². Quant aux valeurs de la *Charte*, le juge Rothstein affirme ce qui suit :

Le rôle de la Cour est de déterminer ce que la *Charte* exige ou pas et d’appliquer ensuite les exigences, s’il en est, aux faits dont elle est saisie. Il ne s’agit pas simplement de promouvoir, autant que faire se peut, les valeurs perçues subjectivement par certains comme les assises de la *Charte* en général.¹⁵³

En termes de droit substantiel, la question est réglée en jurisprudence : la négociation collective est reconnue comme un droit¹⁵⁴. Or, en termes méthodologiques, le rôle des valeurs de la *Charte* et du rôle des tribunaux font toujours l’objet de vives controverses, particulièrement puisqu’elles semblent être « amorphes et mal définies »¹⁵⁵, comme on l’a déjà souligné.

Autre exemple très récent, dans l’arrêt *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation* rendu en 2024, les juges majoritaires de la Cour suprême ont expliqué que les droits individuels protégés par la *Charte* ne doivent pas être utilisés au détriment des droits

¹⁵¹ *Id.*, par. 124.

¹⁵² *Id.*, par. 126.

¹⁵³ *Id.*, par. 252.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ Paul DALY, « What Are Charter Values? », *Administrative Law Matters* (22 juin 2023), en ligne : <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2023/06/22/what-are-charter-values/#_ftn13>.

(Traduction ajoutée)

collectifs autochtones¹⁵⁶. Cette affirmation repose en partie sur les valeurs sous-jacentes de la *Charte*, entre autres la protection des minorités¹⁵⁷.

En outre, les valeurs de la *Charte* jouent un rôle important dans le droit administratif. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un domaine directement applicable pour notre étude, le droit administratif ne peut être ignoré parce qu'il offre de l'information complémentaire utile sur la nature des valeurs sous-jacentes. L'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*¹⁵⁸ est le précédent clé en la matière, qui a permis d'harmoniser le droit administratif et le droit constitutionnel, rendant les grilles d'analyse compatibles et cohérentes s'agissant des valeurs de la *Charte*. Puis dans un arrêt de 2023 concernant le droit à l'instruction dans la langue minoritaire sous l'article 23 de la *Charte*, la Cour suprême a réitéré leur importance en droit public : « les valeurs de la *Charte* sont indissociables des droits garantis par la *Charte*, qui en sont le 'reflet' »¹⁵⁹. On y confirme par ailleurs que les valeurs de la *Charte* doivent être prises en compte dans les décisions administratives, et ce, même s'il n'y a pas d'atteinte directe à un droit ou une liberté¹⁶⁰.

En définitive, de deux choses l'une : la pertinence et l'importance grandissante attribuées par la jurisprudence aux valeurs de la *Charte* sont claires et indéniables; ceci

¹⁵⁶ *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10, par. 130.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

¹⁵⁹ *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, 2023 CSC 31, par. 75.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 74.

étant, surtout en raison de la condition préalable d'ambiguïté, leur rôle concret dans la constitutionnalisation judiciaire est limité, somme toute.

2.3. Les principes constitutionnels non écrits

Les principes constitutionnels non écrits recourent l'idée des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, mais ils occupent une place plus grande dans la jurisprudence de droit public au pays. Il s'agit également d'une dimension importante à considérer dans l'étude de la problématique de la constitutionnalisation des droits par l'entremise de l'interprétation judiciaire.

2.3.1. Définition et historique des principes constitutionnels non écrits

Les principes constitutionnels non écrits sont décrits ainsi dans le *Renvoi sur la Sécession du Québec* :

Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées.¹⁶¹

Le développement des principes constitutionnels non écrits coïncide avec la montée de la suprématie constitutionnelle, comme on a vu plus tôt, comme étant au cœur du système juridique et politique au Canada, remplaçant en partie la version originale de la souveraineté parlementaire¹⁶². Les principes constitutionnels non écrits ne sont pas des

¹⁶¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20, par. 49.

¹⁶² Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001) 27-2 *Queen's L.J.* 389-444, p. 392.

concepts interchangeables avec tout ce qui est non-écrit en droit constitutionnel, tel que la *common law* (c.-à-d. le droit jurisprudentiel)¹⁶³. Leur existence est généralement acceptée, mais leur normativité en tant que telle demeure incertaine, entre autres puisqu'ils ont diverses justifications et diverses sources.

Dès 1959, la Cour suprême évoque la primauté du droit à titre de principe constitutionnel dans la célèbre affaire *Roncarelli c. Duplessis*¹⁶⁴. Puis au début des années 1980, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la Cour suprême définit les concepts de « Constitution canadienne » et « Constitution du Canada » comme ayant « clairement le sens le plus large possible » et comprenant « le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien »¹⁶⁵. Il était donc dès lors clair que la Constitution n'est pas strictement composée du texte écrit.

Cette idée a été confirmée en 1993 dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, où les juges majoritaires ont déterminé qu'il y avait un principe non-écrit quant aux privilèges parlementaires¹⁶⁶. En 1997, le *Renvoi sur la rémunération des juges provinciaux* a reconnu le principe non-écrit de l'indépendance de la magistrature¹⁶⁷.

¹⁶³ Jean LECLAIR, « Unwritten Constitutional Principles: The Challenge of Reconciling Political and Legal Constitutionalisms Foreword », (2019) 65-2 *McGill L. J.* 153-174, p. 156.

¹⁶⁴ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] SCR 121.

¹⁶⁵ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753, p. 874.

¹⁶⁶ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 43.

¹⁶⁷ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3, par. 83.

Puis, l'année suivante, la Cour a donné plus d'articulation à l'idée même des principes non écrits dans ce qui demeure la décision de principe à ce sujet, le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*¹⁶⁸. Elle a nommé cinq principes : « le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités »¹⁶⁹.

La Cour a toutefois pris soin de préciser que cette liste est non exhaustive. On compte donc davantage de ces principes non écrits, dont l'indépendance judiciaire¹⁷⁰, la séparation des pouvoirs¹⁷¹, l'immunité parlementaire¹⁷², la souveraineté parlementaire¹⁷³ et la neutralité du service public¹⁷⁴. Ces principes sont complémentaires et ne peuvent être analysés indépendamment les uns des autres¹⁷⁵. Cela fait partie du principe de cohérence interne du système constitutionnel canadien¹⁷⁶. Le *Renvoi sur la Sécession* a donc cimenté l'importance des principes constitutionnels non écrits, les décrivant d'ailleurs comme une « force vitale » de la Constitution¹⁷⁷.

La professeure Vanessa MacDonnell a résumé les différentes utilisations des principes non écrits en jurisprudence : (1) afin de décrire la structure constitutionnelle, (2)

¹⁶⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 32.

¹⁷⁰ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13.

¹⁷¹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 167.

¹⁷² *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 43.

¹⁷³ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 170.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20.

¹⁷⁶ *Id.*, par. 50.

¹⁷⁷ *Id.*, par. 51.

afin de combler des vides dans la Constitution écrite, et (3) pour interpréter la Constitution, ainsi que les lois ordinaires¹⁷⁸. D’abord, les principes non écrits sont utilisés afin de renforcer la structure constitutionnelle et les principes de gouvernance¹⁷⁹. Par exemple, la Cour suprême a affirmé qu’il était de son devoir de protéger l’intégrité de la séparation des pouvoirs¹⁸⁰.

Puis, la deuxième fonction identifiée par MacDonnell ressort de la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*¹⁸¹. On y explique que les principes constitutionnels prennent leur origine dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*: « Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »¹⁸². Or, comme le fait remarquer le professeur Jean Leclair, il n’est pas simple de déterminer s’il existe un vide constitutionnel, et le cas échéant, l’ampleur de celui-ci devant être comblée par le principe non-écrit¹⁸³.

Les principes non écrits remplissent également une fonction interprétative. Ils peuvent être utiles afin de résoudre une ambiguïté dans une disposition de la Constitution,

¹⁷⁸ Vanessa A. MACDONNELL, « Rethinking the Invisible Constitution: How Unwritten Constitutional Principles Shape Political Decision-Making », (2019) 65-2 *McGill L. J.* 175-206.

¹⁷⁹ J. LECLAIR, préc., note 162, p. 186.

¹⁸⁰ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 167.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*, par. 104.

¹⁸³ J. LECLAIR, préc., note 162, p. 409.

ou même d'une loi ordinaire. En revanche, il faut rappeler la mise en garde du juge Bastarache dans l'affaire *Succession Eurig (Re)* : « des principes implicites peuvent et doivent être utilisés pour préciser la Constitution, mais ils ne peuvent pas modifier l'idée maîtresse du texte explicite de la Constitution »¹⁸⁴.

Les principes ont également été utilisés afin de tenter d'invalidier, en tant qu'argument autonome, une loi dont la constitutionnalité est contestée; ces arguments ont généralement échoué, toutefois¹⁸⁵. Seul le principe d'indépendance judiciaire a permis d'invalidier des lois¹⁸⁶. Par contre, dans *Lalonde c. Ontario*, les principes non écrits ont été utilisés avec succès afin de contrôler une décision discrétionnaire du ministre de la Santé de l'Ontario¹⁸⁷. Dans ce cas, la Commission de restructuration des services de santé (par après remplacée par le ministère de la Santé) avait considérablement réduit les services offerts à l'Hôpital Montfort, un établissement exclusivement francophone dans la région d'Ottawa¹⁸⁸. Se fondant sur le principe non écrit de la protection des minorités, la Cour d'appel de l'Ontario a déterminé que la décision ministérielle n'était pas raisonnable ni nécessaire¹⁸⁹. Bien qu'il ne s'agit pas d'invalidité d'une loi, cet arrêt illustre tout de même le rôle normatif autonome des principes non écrits.

¹⁸⁴ *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 RCS 565, par. 66.

¹⁸⁵ J. LECLAIR, préc., note 162, p. 412. Voir aussi *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, 1999 CanLII 12234 (SK CA); *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 FC 185; *JTI-Macdonald Corp. v. AGBC*, 2000 BCSC 312.

¹⁸⁶ *Id.*, J. LECLAIR, par. 413.

¹⁸⁷ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164 (ON CA), par. 187.

¹⁸⁸ *Id.*, par. 45.

¹⁸⁹ *Id.*, par. 189.

L'arrêt *Toronto (Cité) c. Ontario* a vidé cette question de façon décisive¹⁹⁰. Les juges majoritaires ont rejeté l'importance autonome des principes constitutionnels non écrits, et ont expliqué qu'ils ne peuvent servir seuls à invalider des lois, au même titre que le texte écrit de la Constitution le pourrait¹⁹¹. En effet, les juges majoritaires sont d'avis que de telles invalidations seraient illégitimes puisqu'ils empièteraient sur la compétence du constituant constitutionnel¹⁹². Ensuite, ils expliquent que les principes sont par ailleurs trop abstraits et généraux pour justifier leur utilisation au même titre que les règles plus clairement énoncées dans les textes constitutionnels¹⁹³. En définitive, les juges majoritaires ont donc relégué les principes non écrits au rôle de facteurs contextuels pouvant aider, sans être déterminant, une interprétation constitutionnelle¹⁹⁴. Bref, les principes non écrits se limitent à deux fonctions : pour fins interprétatives et pour combler des vides¹⁹⁵.

Les motifs des juges dissidents, rédigés par la juge Abella, ont contesté ces affirmations. Si les juges majoritaires et dissidents s'entendent pour affirmer que les principes constitutionnels non écrits ont un « plein effet juridique », ils divergent sur ce que cela signifie. En effet, la juge Abella est d'avis que le plein effet juridique inclut le pouvoir d'invalider une loi, ce à quoi les juges majoritaires s'opposent, on l'a vu¹⁹⁶. La juge Abella explique que la position des juges majoritaires a « pour effet de circonscrire le champ d'application et la force des principes constitutionnels non écrits d'une manière qui atténue

¹⁹⁰ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34.

¹⁹¹ *Id.*, par. 54.

¹⁹² *Id.*, par. 58.

¹⁹³ *Id.*, par. 59.

¹⁹⁴ C. FEASBY, préc., note 103.

¹⁹⁵ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 190, par. 55-56.

¹⁹⁶ *Id.*, par. 50.

la portée de la jurisprudence contraignante de la Cour »¹⁹⁷. Elle affirme ensuite que les principes non écrits qui concernent la structure constitutionnelle jouissent de la force normative permettant à la Cour de faire un contrôle des actions gouvernementales¹⁹⁸. Elle rappelle également que « la Cour n'a jamais, à ce jour, limité son rôle de la manière proposée par les juges majoritaires »¹⁹⁹. À cet égard, la juge Abella met de l'accent sur le caractère textualiste des motifs majoritaires, une approche qui selon elle va à l'encontre de la jurisprudence antérieure²⁰⁰.

L'arrêt *Toronto (Cité)* soulève une multitude de questions cruciales dans le contexte de l'analyse des problématiques du présent mémoire, soit la constitutionnalisation et l'opérationnalisation des droits fondamentaux. Les juges majoritaires ont affirmé que la force normative des principes non écrits n'a jamais existé dans la jurisprudence antérieure. Or, si l'on accepte plutôt le point de vue des juges dissidents, cette force normative était reconnue dans plusieurs précédents, ce qui veut dire que les juges majoritaires auraient renversé ces précédents, mais sans crier gare.

Le professeur Vincent Kazmierski soulève dans un article de doctrine sept fausses représentations de la jurisprudence retrouvées dans les motifs majoritaires dans l'arrêt *Toronto (Cité)*. Notamment, il explique que les juges majoritaires ont commis une erreur en affirmant que les juges ne pouvaient pas étendre un droit qui a été délibérément omis

¹⁹⁷ *Id.*, par. 163.

¹⁹⁸ *Id.*, par. 169.

¹⁹⁹ *Id.*, par. 171.

²⁰⁰ *Id.*

par le constituant²⁰¹. À titre d'exemple, puisque les auteurs de la Constitution ont décidé d'omettre les élections municipales dans la portée d'application de l'article 3 de la *Charte*, les tribunaux ne seraient pas en mesure de les ajouter²⁰². Or, Kazmierski explique que les principes constitutionnels non écrits ont déjà été utilisés afin d'étendre une disposition, entre autres dans le contexte de l'article 96 de la *LC de 1867*²⁰³. Alors, bien que les juges doivent être prudents lorsqu'ils étendent la portée d'un droit afin d'inclure ce qui a été omis par le législateur, ils ont certainement ce pouvoir.

Quant à l'impact futur de cet arrêt, Kazmierski affirme que « the decision in *Toronto (City)* may be best understood as a response to the use of unwritten constitutional principles to protect overly broad rights claims, rather than a more general, categorical restriction of their normative power »²⁰⁴. Cet arrêt est au cœur de nos problématiques de constitutionnalisation et d'opérationnalisation. À vrai dire, les désaccords profonds entre les juges majoritaires et dissidents reflètent le débat sur la légitimité de la constitutionnalisation judiciaire, un aspect qui doit être examiné séparément.

2.3.2. Légitimité des principes constitutionnels non écrits

Les principes constitutionnels non écrits sont des concepts larges et ouverts qui permettent une grande discrétion aux juges. Comme le professeur Jean Leclair le décrit, la

²⁰¹ Vincent KAZMIERSKI, « “Untethered”: How the majority decision in *Toronto (City) v Ontario* tries (but fails) to break away from the Supreme Court of Canada’s unwritten constitutional principle jurisprudence », (2023) 54-2 *University of Ottawa Law Review* 197, p. 233.

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*, p. 202.

légitimité du pouvoir des juges d'extraire des règles précises à partir de ces principes généraux demeure controversée²⁰⁵. Il s'agit ici d'une pratique qui illustre ce qu'il convient d'appeler ici la « constitutionnalisation judiciaire ».

Selon Leclair, la légitimité de ces principes dépend de leurs objectifs et de leur utilisation par les juges²⁰⁶. Il explique que, par exemple, la légitimité du recours aux principes non écrits dans le *Renvoi sur la sécession*²⁰⁷ et le *Renvoi sur les juges provinciaux*²⁰⁸ se distingue. Dans le premier cas, il s'agissait d'une règle visant à établir un cadre légal permettant aux branches du pouvoir de négocier, alors que dans le deuxième cas, il s'agissait d'une règle permettant le contrôle unilatéral de dispositions législatives²⁰⁹. Leclair explique que la première situation est plus légitime que la deuxième, surtout eu égard au rôle institutionnel de la branche judiciaire²¹⁰.

En somme, bien que les principes constitutionnels non écrits ont permis la constitutionnalisation judiciaire pendant longtemps, leur avenir demeure incertain en raison surtout de la jurisprudence récente avec *Toronto (Cité)*.

²⁰⁵ J. LECLAIR, préc., note 163.

²⁰⁶ J. LECLAIR, préc., note 162.

²⁰⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 20.

²⁰⁸ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 167.

²⁰⁹ J. LECLAIR, préc., note 163.

²¹⁰ *Id.*, p. 159.

2.4. Conclusion

La constitutionnalisation judiciaire dépend du système d'interprétation constitutionnelle généralement accepté et des paramètres méthodologiques suivis dans une juridiction. Le présent chapitre a présenté les circonstances pouvant mener à la constitutionnalisation judiciaire, qui sont liées directement à l'approche interprétative employée par les tribunaux. Deux outils complémentaires pertinents pour la constitutionnalisation ont également été abordés, soit les valeurs sous-jacentes de la *Charte* et les principes constitutionnels non écrits.

Malgré l'abondance de jurisprudence sur le sujet, l'analyse ci-dessus révèle que plusieurs questions restent sans réponse. Par exemple, l'interprétation téléologique semble solidement ancrée dans la jurisprudence, mais ses particularités en lien avec l'interprétation en fonction du texte constitutionnel restent encore à être précisées. Les valeurs sous-jacentes à la *Charte* et les principes constitutionnels non écrits semblent également avoir une place réelle dans le système constitutionnel, mais il est tout de même difficile de prédire le rôle précis qu'elles vont continuer de jouer à l'avenir en jurisprudence. Cependant, une chose est sûre : la jurisprudence existante et future sur ces sujets demeurera déterminante puisqu'ils sont au cœur de l'enjeu de la constitutionnalisation judiciaire.

Chapitre 3 – Le paradigme des droits positifs

On vient de voir deux contextes où la branche judiciaire peut interpréter des droits et libertés afin d'inclure de nouvelles situations de constitutionnalisation, soit, d'une part, grâce aux valeurs sous-jacentes de la *Charte* et, d'autre part, en se référant aux principes constitutionnels non écrits. Le présent chapitre discute d'un troisième contexte, soit la constitutionnalisation d'aspects positifs aux droits et libertés. En effet, les tribunaux peuvent étendre la portée d'un droit ou d'une liberté en lui reconnaissant un aspect non seulement négatif, mais également positif. Pour les définir provisoirement, les droits et libertés positifs impliquent des obligations affirmatives de la part de l'État, afin de garantir une situation factuelle particulière, alors que ceux négatifs, comme c'est habituellement le cas, n'entrent en jeu qu'afin de répondre à une action attentatoire, à une violation existante.

Dans la tradition libérale dans laquelle s'inscrit la *Charte*, les droits et libertés sont généralement négatifs. Le professeur Joel Bakan a expliqué que les droits et libertés de la *Charte* sont traditionnellement conceptualisés selon cette vision libérale. Il affirme ceci :

Courts tend to rely on liberal rights discourse when interpreting the *Charter*, presenting government regulation as the primary threat to human liberty and equality, and individuals as abstract equals unaffected by structural forms of domination and exploitation.²¹¹

²¹¹ Joel BAKAN, *Just words : constitutional rights and social wrongs*, Toronto, Ont., University of Toronto Press, 1997, p. 4.

Toute conception positive serait alors un ajout au régime actuel, selon les paramètres libéraux habituels. La constitutionnalisation judiciaire peut donc également se réaliser, à l'occasion, grâce au paradigme des droits positifs. Or, tel qu'il sera démontré ci-dessous, en réalité, la distinction entre les droits positifs et négatifs n'est pas toujours utile.

3.1. Fondements théoriques des droits positifs

L'idée même des droits de la personne a longtemps été conceptualisée de manière essentiellement négative. Cette représentation remonte aux fondements théoriques des droits et libertés. Selon la vision traditionnelle des droits humains, les droits et libertés doivent exister afin de protéger les citoyens d'un État arbitraire ou tyrannique²¹².

Le philosophe Isaiah Berlin, qui est souvent cité en la matière, a présenté l'argument selon lequel l'incapacité n'équivaut pas à une contrainte à la liberté²¹³. Il considère que la liberté peut seulement être limitée par les actions d'autrui, et non pas des conditions naturelles ou matérielles :

If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved. [...] Coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area

²¹² Sandra FREDMAN, *Human rights transformed: positive rights and positive duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 9.

²¹³ Isaiah BERLIN, *Liberty: incorporating « four essays on liberty »*, coll. Oxford scholarship online, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 169.

in which I could otherwise act. You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings.

En revanche, selon une doctrine plus moderne, Sandra Fredman explique que les actions de l'État ne sont pas les seules pouvant mener à des contraintes à la réalisation des droits et libertés : « such constraints can arise as much from poverty, poor health, and lack of education as from tyranny and intolerance »²¹⁴. C'est ici que les droits positifs interviennent, permettant à l'État d'éliminer certaines de ces contraintes par des mesures affirmatives.

S'opposant à la logique exclusive associant les droits humains à l'intervention de l'État, les droits positifs permettent d'ouvrir la porte à des choix qui n'étaient pas possibles autrement. Les défenseurs des droits positifs sont donc d'avis que les droits de la personne sont conceptualisés de manière trop stricte dans les systèmes libéraux²¹⁵. Ils considèrent également que l'État a un devoir de fournir les conditions nécessaires afin d'assurer la pleine jouissance des droits et libertés²¹⁶.

Le débat entourant les droits positifs découle directement des enjeux abordés dans le premier chapitre, particulièrement sur les compréhensions variées quant au rôle des branches du gouvernement et de leurs interactions. La professeure Colleen Sheppard relève d'ailleurs ce qui suit :

²¹⁴ Sandra FREDMAN, préc., note 212, p. 11.

²¹⁵ *Id.*, p. 9.

²¹⁶ *Id.*

These shifting understandings of the role of the state, including classical liberalism and the negative state, the postwar social welfare state, neoliberalism and the privatization of state responsibilities, and emerging forms of post-neoliberal social governance, have had important effects on legislative and constitutional reform, and on judicial interpretations of human rights protections.²¹⁷

En outre, en contexte canadien, Sheppard est d'avis que la *Charte* reflète généralement des valeurs libérales classiques; cela étant, certains aspects s'apparenteraient davantage au projet de la démocratie sociale, qu'on peut associer aux droits positifs²¹⁸.

De plus, les façons distinctes d'aborder les droits positifs et négatifs sont également liées à la notion elle-même de constitutionnalisme. Le professeur Nicholas Barber considère ainsi que la conception négative du constitutionnalisme sous-entend que la Constitution est nécessaire afin de permettre aux juges de limiter le pouvoir du gouvernement dans le but de protéger les citoyens²¹⁹. Barber, citant le théoricien Jeremy Waldron²²⁰, décrit ce type de constitutionnalisme comme étant un « libéralisme étatique minimal »²²¹. Ce constitutionnalisme négatif n'est pas satisfaisant pour ceux qui considèrent que l'État a un devoir de bien-être envers sa population, une idée liée notamment à la philosophie d'Aristote²²². Le constitutionnalisme de type positif propose plutôt que la Constitution ne serve pas seulement à limiter le pouvoir de l'État, mais

²¹⁷ Colleen SHEPPARD, « Inclusive Equality and New Forms of Social Governance », (2004) 24 *Supreme Court Law Review* 449, p. 46.

²¹⁸ *Id.*, p. 59.

²¹⁹ N.W. BARBER, « Constitutionalism: Negative and Positive », (2015) 38-2 *Dublin U. L.J.* 249-264, p. 252.

²²⁰ Jeremy WALDRON, « Constitutionalism: A Skeptical View », (2012) 10-87 *New York University School of Law, Public Law Research Paper*.

²²¹ N. BARBER, préc., note 219, p. 253.

²²² *Id.*, p. 253.

également à créer un système de gouvernance assez fort et efficace pour agir au bénéfice de la population²²³.

Il est donc cohérent que les différentes écoles de pensée concernant les droits positifs et négatifs découlent des conceptions divergentes du rôle de l'État et, en termes épistémologiques, de la notion de constitutionnalisme. Les arguments en faveur ou à l'encontre de la reconnaissance de droits positifs doivent être sensibles à la place de ce débat à l'intérieur de considérations plus larges relativement au système juridique.

Ayant considéré ces fondements théoriques, il convient maintenant de se pencher sur la position des cours de justice canadiennes en la matière.

3.2. Développement jurisprudentiel des droits positifs

Bien que le cadre théorique de la *Charte* soit axé sur la conception négative des droits, la jurisprudence n'a pas rejeté d'emblée l'idée des droits positifs. L'analyse jurisprudentielle ne sert pas uniquement de survol historique ici, mais permet également de démontrer que la reconnaissance en jurisprudence de droits positifs, plus formellement, ne constituerait pas un renversement bouleversant des précédents²²⁴.

²²³ *Id.*, p. 256.

²²⁴ Michael DA SILVA, « Positive Charter Rights: When Can We Open the “Door?” », (2021) 58-3 *Osgoode Hall Law Journal* 669, p. 684.

En dissidence dans la célèbre affaire *Gosselin c. Québec*, qui portait sur la constitutionnalité d'un régime de prestations sociales qui établissait une distinction fondée sur l'âge du bénéficiaire, la juge Arbour a décrit l'existence inhérente d'éléments positifs dans les droits constitutionnels au pays :

En tant que théorie applicable à l'ensemble de la *Charte*, tout argument affirmant que la Constitution ne reconnaît que des droits négatifs serait manifestement erroné. Le droit de vote (art. 3), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), le droit d'être présumé innocent (al. 11*d*)), le droit de bénéficier d'un procès avec jury dans certains cas (al. 11*f*)), le droit à un interprète dans des procédures pénales (art. 14) et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23) pour ne nommer que ceux-là, imposent tous à l'État des obligations positives d'intervention et il convient donc de les considérer comme des droits positifs (du moins en partie).²²⁵

D'abord, l'article premier de la *Charte*, qui n'est pas seulement une clause limitative établissant des limites aux droits et libertés justifiées dans la société canadienne, ouvre en fait la porte au paradigme des droits positifs et négatifs en raison de sa fonction énonciatrice des droits humains. L'auteur Malcom Langford explique l'idée ainsi :

The Supreme Court has affirmed that section 1 plays a dual role, both as a limit to rights and a guarantee of rights. The Court has also suggested that the section 1 analysis must be guided by the values underlying the *Charter*, which it has identified as including social justice and enhanced participation in society.²²⁶

La juge Arbour, en dissidence dans *Gosselin c. Québec*, avait aussi relevé aussi l'aspect positif que l'on peut associer à l'article premier :

²²⁵ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 320.

²²⁶ Malcolm LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Leiden, Cambridge University Press, 2009, p. 220.

Les droits constitutionnels ne servent pas simplement de bouclier contre les atteintes à la liberté commises par l'État, mais ils ont également pour effet d'imposer à l'État l'obligation positive d'arbitrer les revendications conflictuelles découlant des droits et libertés de chacun. En d'autres termes, le mécanisme de justification instauré par l'article premier de la *Charte* traduit l'existence d'un droit positif à la protection de la *Charte* qui est invoqué lorsqu'on reproche à l'État de porter atteinte aux droits de certains. Si de tels droits positifs existent sous cette forme à l'article premier, ils doivent à plus forte raison exister dans les dispositions mêmes de la *Charte* reconnaissant l'existence des droits invoqués.²²⁷

L'utilité de la distinction entre les droits négatifs et positifs, et le potentiel normatif de ces derniers, varient selon les libertés fondamentales en cause. Les sections suivantes se pencheront donc sur les dispositions pertinentes de la *Charte* à cet égard, soit celles protégeant la liberté d'expression (al. 2b)), la liberté d'association (al. 2d)), le droit à la vie et la sécurité de la personne (art. 7) et le droit à l'égalité (art. 15).

3.2.1. Libertés fondamentales : l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Dans l'arrêt *Haig c. Canada*, l'appelant a fait valoir que ses droits sous les articles 2b), 3 et 15 de la *Charte* avaient été violés puisqu'il n'avait pas pu participer aux référendums de 1992²²⁸. En raison d'un déménagement récent, M. Haig n'était pas éligible au référendum du Québec ni au référendum fédéral²²⁹. Les juges majoritaires de la CSC ont rejeté son pourvoi, affirmant que M. Haig n'avait pas un droit constitutionnel de voter aux référendums²³⁰. La Cour suprême s'est d'ailleurs penchée sur l'aspect positif de la

²²⁷ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 225, par. 355-356.

²²⁸ *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 RCS 995, p. 1005.

²²⁹ *Id.*, p. 1006.

²³⁰ *Id.*, p. 1047.

liberté d'expression, enchâssée à l'al. 2b) de la *Charte*²³¹. Même si elle s'est montrée ouverte à l'idée de possibles obligations positives dans ce contexte, la Cour a ultimement décidé que l'al. 2b), dans les circonstances de l'espèce, n'oblige pas le gouvernement à garantir « un mode particulier d'expression »²³².

La juge L'Heureux-Dubé, écrivant pour la majorité dans l'affaire *Haig*, s'est référée à la dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*²³³, dans laquelle il a distingué les « droits » des « libertés »²³⁴. Ces premiers peuvent impliquer des obligations positives, alors que ces dernières seraient seulement négatives²³⁵. Or, la juge L'Heureux-Dubé a expliqué que ces distinctions « ne sont pas toujours nettes ni utiles »²³⁶. Elle a affirmé que l'existence d'une obligation positive dépend de l'interprétation téléologique au cas par cas, selon l'approche de *R. c. Big M Drug Mart*²³⁷, et non de catégorisations des différents droits et libertés, qui seraient intrinsèquement positifs ou négatifs²³⁸.

Dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario*, le juge Bastarache est revenu sur l'arrêt *Haig* et a indiqué que « notre Cour a donc pu rejeter la demande d'action positive gouvernementale, car y faire droit aurait eu pour effet de constitutionnaliser un régime légal très limité »²³⁹.

²³¹ *Id.*, p. 1033.

²³² *Id.*

²³³ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

²³⁴ *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, préc., note 228, p. 1089.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 108.

²³⁸ *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, préc., note 228.

²³⁹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, par. 23.

Rédigeant pour la majorité dans *Dunmore c. Ontario*, le juge Bastarache a affirmé de que, généralement parlant, « la *Charte* n’oblige pas l’État à prendre des mesures positives pour préserver ou faciliter l’exercice de libertés fondamentales »²⁴⁰. Ceci étant, il a précisé que, exceptionnellement, des actions gouvernementales pourraient dans certains cas précis être requises. Les requérants doivent toutefois démontrer une impossibilité de jouir de la liberté fondamentale en question, qu’on a distinguée de l’impossibilité de jouir des effets d’un régime légal précis²⁴¹. Si cette preuve est établie, le tribunal doit ensuite déterminer si l’État peut être tenu responsable de ce manquement²⁴². Justement, le juge Bastarache a conclu dans *Dunmore* que l’exclusion à un régime légal de protection peut engendrer une violation à une liberté fondamentale autre que la discrimination sous l’art. 15²⁴³. Il a toutefois précisé que ces cas « ne seront pas monnaie courante »²⁴⁴.

Plus récemment, dans *Société des casinos du Québec inc. c. Association des cadres de la Société des casinos du Québec*, la Cour suprême a expliqué que l’al. 2b) et l’al. 2d) de la *Charte* font appel à des analyses distinctes²⁴⁵. Le juge Jamal, écrivant pour la majorité, a opiné que le paradigme de droits positifs et négatifs n’est pas pertinent pour l’al. 2d), tandis qu’il l’est pour l’al. 2b)²⁴⁶. En effet, s’agissant de la liberté d’expression à l’al. 2b), le seuil pour reconnaître une entrave à une liberté positive est « l’existence d’une entrave substantielle » alors que pour une liberté négative le seuil est de « déterminer si l’objet ou

²⁴⁰ *Id.*, par. 19.

²⁴¹ *Id.*, par. 24.

²⁴² *Id.*, par. 26.

²⁴³ *Id.*, par. 26.

²⁴⁴ *Id.*, par. 28.

²⁴⁵ *Société des casinos du Québec inc. c. Association des cadres de la Société des casinos du Québec*, 2024 CSC 13, par. 39.

²⁴⁶ *Id.*

l'effet de l'action gouvernementale est simplement de *restreindre* la liberté d'expression »²⁴⁷. En revanche, dans le contexte de la liberté d'association à l'al. 2(d), le seuil pour les libertés positives et négatives est celui l'entrave substantielle, seulement et sans plus²⁴⁸.

On doit donc comprendre de ce dernier arrêt de 2024 que la distinction entre les droits positifs et négatifs s'avère seulement utile et pertinente pour les dispositions où les standards de preuve établissent déjà cette distinction. C'est le cas de l'al. 2b) et la liberté d'expressions, ce n'est pas le cas de l'al. 2d) et la liberté d'association.

3.2.2. Vie, liberté et sécurité : l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

En outre, l'article 7 de la *Charte* – garantissant le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, et dont les atteintes doivent être en conformité avec les principes de justice fondamentale – comporte également des éléments positifs et négatifs. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, le litige portait sur la validité constitutionnelle de dispositions législatives interdisant les publicités commerciales visant les enfants de moins de 13 ans. Le juge en chef Dickson a énoncé ceci, s'agissant de la nature de l'article 7 :

À notre avis, l'exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la « sécurité de sa personne » a un double effet. Premièrement, cela permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne

²⁴⁷ *Id.*, par. 41.

²⁴⁸ *Id.*, par. 42.

peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales telles la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la *Charte*.²⁴⁹

Alors que l'art. 7 ne vise pas directement le droit de propriété, ce passage peut être interprété comme ouvrant la porte, dans une certaine mesure du moins, à une interprétation de cette disposition créant des droits sociaux de nature positive.

La Cour de justice de l'Ontario a refusé l'hypothèse qu'il existe un aspect positif aux droits prévus à l'article 7; c'était dans l'affaire *Masse v. Ontario* en 1996²⁵⁰. Le litige portait sur la décision du gouvernement provincial de réduire diverses prestations d'aide sociale. Les demandeurs ont plaidé la violation de leurs droits protégés aux articles 7 et 15 de la *Charte*. La Cour a clairement statué sur l'aspect négatif des droits constitutionnels : « government inaction cannot be the subject of a *Charter* challenge ». Par ailleurs, elle ajoute ceci : « s. 7 does not confer any affirmative right to governmental aid »²⁵¹.

En 2002, la Cour suprême a été appelée à trancher un litige concernant l'aide sociale dans *Gosselin c. Québec*, donc nous avons déjà discuté plus haut. Plus précisément, l'appelante contestait un règlement québécois qui réduisait les prestations sociales pour les

²⁴⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 633.

²⁵⁰ *Masse v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 1996 CanLII 12491 (ON SCDC).

²⁵¹ *Id.*, par. 72-73.

personnes de moins de 30 ans. Elle plaidait à la fois l'article 7 et l'article 15 de la *Charte*. La Cour fut divisée sur la question : 5 juges ont déterminé qu'il n'y avait pas de violation de la *Charte*, alors que 4 juges ont conclu le contraire. En se référant au concept de l'arbre vivant, les juges majoritaires ont émis l'opinion suivante : « il est possible qu'on juge un jour que l'art. 7 a pour effet de créer des obligations positives »²⁵². Or, ils ont considéré que les circonstances factuelles du cas en l'espèce ne menaient pas à ce scénario. Clairement, ce jugement laisse la porte ouverte aux droits de nature positive sous l'article 7 de la *Charte*.

L'arrêt *Chaoulli c. Québec* en 2005 a également contribué à ce débat. Les appelants, une personne souffrant de problèmes de santé ainsi que son médecin traitant, contestaient la loi québécoise prohibant les soins de santé privés. Une majorité des juges de la Cour suprême a conclu qu'il y avait violation de l'article 7 de la *Charte*. L'arrêt fait état que « les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente, qui sont un outil de gestion du régime public »²⁵³. Dans des motifs concordants sur ce point, les juges McLachlin, Major et Bastarache ont expliqué que « les délais d'attente pour un traitement – délais qui causaient des souffrances physiques et psychologiques – font intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 »²⁵⁴.

²⁵² *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 225, par. 82.

²⁵³ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, par. 45.

²⁵⁴ *Id.*, par. 199.

Cela étant, bien qu'ils reconnaissent qu'un système médical déficient porte atteinte aux droits constitutionnels, les juges concordants refusent de conclure que l'accès au système médical est un droit constitutionnel en lui-même, un droit positif :

Les appelants ne sollicitent pas une ordonnance enjoignant au gouvernement d'investir plus d'argent dans les soins de santé; ils ne sollicitent pas non plus une ordonnance enjoignant de réduire les délais d'attente pour un traitement qui existent dans le système de santé publique. Ils requièrent seulement une décision qui les autoriserait à souscrire une assurance leur donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromettent leur santé et leur sécurité.²⁵⁵

Ainsi, bien que les juges majoritaires aient reconnu que les déficiences du système de santé affectent la sécurité de la personne, ils n'ont pas imposé d'obligations positives au gouvernement de combler ces lacunes. Partant, l'interprétation de l'art. 7 dans *Chaoulli* demeure donc dans la lignée des droits négatifs, si l'on peut dire.

Dans l'arrêt *Wynberg v. Ontario*, la Cour d'appel de l'Ontario a déterminé que le gouvernement provincial n'avait pas d'obligation sous l'art. 7 de la *Charte* d'offrir des services aux enfants atteints d'un trouble du spectre de l'autisme ayant plus de 6 ans²⁵⁶. Puis, deux ans plus tard, la Cour d'appel de l'Ontario a renchéri, déterminant qu'une disposition législative empêchant le remboursement de certaines procédures médicales urgentes et nécessaires ne violait pas l'article 7²⁵⁷. En somme, la *Charte* ne confère aucun

²⁵⁵ *Id.*, par. 103.

²⁵⁶ *Wynberg v. Ontario*, 2006 CanLII 22919 (ON CA).

²⁵⁷ *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538.

droit constitutionnel distinct à des soins de santé; cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*.

En 2009, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu le jugement *Victoria c. Adams*, portant sur le lien entre l'accès au refuge pour la population sans-abri et l'article 7 de la *Charte*. La Cour a déterminé que les règlements municipaux empêchant les personnes sans-abri d'installer des abris temporaires dans les espaces publics extérieurs violaient leurs droits à la sécurité de la personne, particulièrement lorsque le gouvernement ne fournit pas suffisamment de lits dans les refuges. La Ville de Victoria était d'avis qu'une telle conclusion aurait pour effet d'imposer des obligations positives à la Ville de fournir des lits ou de rendre des parcs disponibles, et donc qu'il s'agissait d'un droit positif allant au-delà de la nature de l'article 7²⁵⁸. La Cour a rejeté cet argument, expliquant qu'il y avait une distinction importante entre un jugement reconnaissant un droit positif et un jugement reconnaissant que certaines actions seront nécessaires pour remédier à la violation d'un droit²⁵⁹. Même si la Ville de Victoria doit modifier ses règlements ou améliorer ses infrastructures en réponse au jugement, cela ne signifie pas pour autant qu'un droit au logement a été créé judiciairement, explique-t-on²⁶⁰.

Enfin, l'arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*²⁶¹ une affaire concernant le refus du ministre d'octroyer une exemption à la loi sur le contrôle

²⁵⁸ *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, par. 90.

²⁵⁹ *Id.*, par. 96.

²⁶⁰ *Id.*, par. 96.

²⁶¹ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44.

de substances illicites à un site d'injection supervisé. La Cour suprême fut d'avis que ce refus violait l'article 7 de la *Charte* et a ordonné au ministre de permettre une telle exemption. Cette ordonnance a été interprétée en doctrine comme constituant une obligation affirmative, validant la position qu'il y a un aspect positif à l'article 7²⁶².

Les auteurs Cara Wilkie et Meryl Zisman Gary sont d'avis que la jurisprudence, particulièrement *Chaoulli* et *Adams*, soutient l'idée que les tribunaux sont ouverts à élargir la portée de l'article 7; mais cette ouverture serait seulement pour ce qui est des droits négatifs, et non pour les droits positifs²⁶³.

3.2.3. Égalité : l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

En droit canadien, certains aspects positifs de l'égalité sous l'art. 15 de la *Charte* sont reconnus par la jurisprudence. Par exemple, l'arrêt *Schachter c. Canada*, qui portait sur un régime de prestations sociales discriminant entre les parents naturels et les parents adoptifs²⁶⁴. Le juge en chef Lamer, écrivant pour la majorité, a expliqué la nature de l'article 15 dans ces termes : « le droit à l'égalité est une sorte de droit hybride, n'étant ni tout à fait positif ni tout à fait négatif ». « Dans certains contextes » ajoute-t-il, « il

²⁶² M. DA SILVA, préc., note 224, p. 676.

²⁶³ Cara WILKIE et Meryl Zisman GARY, « Positive and Negative Rights under the Charter: Closing the Divide to Advance Equality », (2011) 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37-60, p. 45.

²⁶⁴ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS 679.

conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs »²⁶⁵. Puis, s'agissant de la nature du droit réclamé dans le cas en l'espèce :

Le droit violé en l'espèce est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. Il s'agit d'un bénéfice pécuniaire, et non pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice, si tant est qu'il doive y avoir prestation. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative.²⁶⁶

Autre exemple, l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique*, où les demandeurs ont contesté le système provincial de soins de santé, soutenant que l'absence d'interprète gestuel pour personnes atteintes de surdité constitue une violation à l'article 15(1) de la *Charte*²⁶⁷. La Cour, dans un jugement unanime, fut d'avis qu'il s'agissait d'une violation injustifiée et que le gouvernement avait donc l'obligation de fournir des services d'interprétation.

En outre, dans *Vriend c. Alberta*, le demandeur a contesté la constitutionnalité de la loi provinciale *Individual's Rights Protection Act* parce qu'elle ne protégeait pas contre la discrimination relative à l'orientation sexuelle²⁶⁸. La majorité de la Cour a conclu que les dispositions contestées violaient l'al. 15(1) de la *Charte* et a ordonné, comme mesure corrective, que l'orientation sexuelle soit incluse dans les motifs de discrimination de la loi. L'Alberta avait plaidé que l'art. 15 ne s'appliquait pas en l'espèce puisqu'il s'agissait

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

²⁶⁸ *Vriend c. Alberta*, préc., note 55.

d'une omission du gouvernement, et non une action au sens de l'alinéa 32(1)²⁶⁹. Les juges majoritaires ont rejeté ainsi l'argument :

L'alinéa 32(1)*b*) dit que la *Charte* s'applique « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. [...] L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits.²⁷⁰

L'omission du législateur peut donc constituer une atteinte au droit à l'égalité, ou, en d'autres termes, le gouvernement peut avoir des obligations positives.

Dans *Law c. Canada*, bien qu'il a été ajusté subséquemment, la Cour suprême établissait un test pour conclure au caractère discriminatoire d'une loi²⁷¹. Cet arrêt traitait de la constitutionnalité d'un régime de prestations sociales pour les veufs et veuves qui exigeait un âge minimum pour l'éligibilité²⁷². La première étape du test montre clairement la transition du concept d'égalité formelle vers celui d'égalité réelle :

La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?²⁷³

²⁶⁹ *Id.*, par. 51.

²⁷⁰ *Id.*, par. 60.

²⁷¹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497. Le test a été développé dans la jurisprudence subséquente. Voir, entre autres, *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12.

²⁷² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 271.

²⁷³ *Id.*

Selon cette grille d'analyse, le législateur a essentiellement une obligation positive de prendre en considération les circonstances existantes des personnes touchées par la loi et de façonner la loi afin de ne pas renforcer des désavantages existants.

Dans *Auton c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême a déterminé que le droit à l'égalité n'était pas atteint par le refus du gouvernement de financer une thérapie comportementale concernant l'autisme²⁷⁴. La Cour suprême a précisé que l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique que lorsqu'un bénéfice est explicitement prévu par la loi²⁷⁵. La Cour a expliqué ce qui suit :

Le rôle précis du par. 15(1) dans la poursuite de l'objectif d'égalité est de veiller à ce que le gouvernement qui décide d'accorder un avantage ou d'imposer une obligation le fasse de façon non discriminatoire. La demande fondée sur le par. 15(1) ne peut donc viser qu'un avantage ou une obligation prévus par la loi.²⁷⁶

Les tribunaux ne peuvent donc obliger le gouvernement à fournir un service ou un avantage qui n'est pas déjà prévu par la loi. Ils peuvent seulement déterminer si un avantage existant est discriminatoire. Ce raisonnement, il va sans dire, menace grandement la thèse de l'existence d'obligations positives sous l'article 15 de la *Charte*.

Plus récemment, dans l'arrêt *Fraser c. Canada*, la Cour suprême a été saisie d'une affaire concernant l'inégalité des sexes par les effets de la *Loi sur la pension de retraite de*

²⁷⁴ *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78.

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ *Id.*, par. 28.

la Gendarmerie royale du Canada. En vertu de cette loi, les prestations de pension de la GRC n'étaient pas disponibles pour les employés à temps partiel. Les juges majoritaires, dans des motifs rédigés par la juge Abella, ont déterminé que la loi avait un effet discriminatoire envers les femmes, qui doivent souvent réduire leurs heures de travail afin de s'occuper des responsabilités familiales²⁷⁷. Bien que la loi n'ait pas comme objectif de désavantager les femmes, elle avait comme effet de renforcer des désavantages déjà existants. Ce dernier jugement peut donc légitimement être vu comme appuyant l'existence d'une dimension positive de l'article 15 de la *Charte*.

En somme, la jurisprudence sous l'article 15 montre que les tribunaux ne vont pas ordonner au gouvernement de développer un nouveau régime social afin de garantir un droit constitutionnel. En revanche, si le gouvernement décide de le faire, d'aller de l'avant de son plein gré, les tribunaux pourront vérifier la constitutionnalité de ce régime, y compris eu égard à l'aspect de droits positifs. Autrement dit, la Cour ne procédera donc pas à un contrôle judiciaire de l'inaction gouvernementale totale, mais peut contrôler l'inaction sélective.

3.2.4. Conclusions quant à la jurisprudence

En résumé, l'inaction du gouvernement peut indirectement causer une violation de la *Charte*. Or, comme illustrée dans les nombreuses causes en jurisprudence, examinées

²⁷⁷ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, par. 2.

plus haut, cette inaction doit faire partie d'un régime existant. La jurisprudence permet toutefois de croire que la constitutionnalisation de droits positifs demeure possible.

Dans l'arrêt *Tanudjaja c. Canada*, par exemple, les demandeurs ont affirmé que le gouvernement de l'Ontario avait une obligation positive d'assurer des logements abordables pour sa population et que son inaction portait atteinte aux articles 7 et 15 de la *Charte*²⁷⁸. Alors que la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la cause d'action n'était pas justiciable, le juge Pardu a tout de même écrit que la porte demeurait « légèrement entrouverte » pour des droits positifs²⁷⁹. Il y a donc de l'espoir, pourrait-on dire.

3.3. Bienfaits potentiels des droits positifs

Les droits positifs sont attrayants puisqu'ils semblent promettre une protection plus robuste pour les communautés minoritaires et désavantagées, menant donc vraisemblablement à une société plus équitable et juste. Ils présentent toutefois des désavantages, le premier d'entre eux consistant dans le risque d'une croissance illégitime quant au rôle de la branche judiciaire dans les choix politiques et les priorités du gouvernement.

Cela étant, il y a des domaines où ce type de raisonnement est non seulement possible, mais certainement nécessaire. Par exemple, les droits positifs sont

²⁷⁸ *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852.

²⁷⁹ *Id.*, par. 37.

particulièrement prometteurs dans le domaine du droit de l'environnement. Par exemple, certains justiciables canadiens ont tenté de démontrer des atteintes aux articles 7 et 15 de la *Charte*, entre autres, en raison l'inaction du gouvernement s'agissant de la crise climatique.

Dans *La Rose c. Canada*, une affaire mettant en jeu ces enjeux environnementaux, le procureur général du Canada a déposé une requête afin de radier la demande en action de jeunes citoyens canadiens²⁸⁰. La Cour d'appel fédérale a déterminé que les revendications concernant les articles 7 et 15 de la *Charte* n'étaient pas justiciables « compte tenu de l'ampleur excessive et du caractère diffus du comportement reproché »²⁸¹. Ceci étant, elle a expliqué que le fait que les droits revendiqués soient formulés sous forme de droits positifs n'invalidait pas la revendication²⁸².

Dans un autre dossier, *Mathur v. Ontario*, des arguments semblables fondés sur les articles 7 et 15 de la *Charte* ont été déclarés justiciables, bien qu'en bout d'analyse les arguments des demandeurs sur le fond ont été rejetés²⁸³. Bref, alors qu'aucune affaire plaidant l'existence de droits positifs environnementaux n'ait réussi à ce jour, ces arguments sont de plus en plus avancés devant les tribunaux et, remarque-t-on, semblent attirer une certaine sympathie des tribunaux.

²⁸⁰ *La Rose v. Canada*, 2023 FCA 241.

²⁸¹ *Id.*, par. 73.

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Mathur v. Ontario*, 2020 ONSC 6918.

Les droits positifs sont également évoqués dans le domaine des droits sociaux. Rappelons qu'il est généralement accepté que certains droits, particulièrement les droits politiques tels que le droit de vote, créent des obligations étatiques. Or, les droits positifs socio-économiques sont plus incertains à cet égard. La différence entre ces catégories est décrite ainsi : « civil and political rights are generally thought to refer to rights which protect individuals against intrusion by the State; while socio-economic rights are rights to protection by the State against want or need »²⁸⁴. La professeure Margot Young explique en outre que :

So many rights that are standard fare for judicial enforcement are no less political or 'positive' than those socio-economic rights currently under dispute. The older, more classic, rights have simply, through the accretion of tradition, been lifted above 'the fray of contestation'.²⁸⁵

Non seulement cette distinction est-elle illusoire, mais elle est également délétère, suggère-t-on, pour les communautés les plus marginalisées de notre société. Young émet l'avertissement suivant : « unless socio-economic rights cases are allowed to proceed on the bases on which this case rests, we will largely confirm the irrelevance of constitutional protection for the most vulnerable in our society »²⁸⁶. En effet, les droits civils et politiques ne peuvent être réalisés sans que les conditions fondamentales pour la vie et la dignité humaine ne soient présentes. Il s'agit d'un programme plus ambitieux pour les droits

²⁸⁴ Sandra FREDMAN, préc., note 212, p. 66.

²⁸⁵ Margot YOUNG, « Charter Eviction: Litigating out of House and Home », (2015) 24 *J.L. & Soc. Pol'y* [i]-67, p. 60.

²⁸⁶ *Id.*

humains, certes, mais qui s'arrive avec les idéaux holistiques des instruments dans le domaine²⁸⁷.

3.4. Lacunes du paradigme des droits positifs

Plusieurs experts sont d'avis que cette distinction est artificielle, puisqu'en réalité tous les droits ont des dimensions positives et négatives²⁸⁸. Par exemple, le droit de vote engendre des obligations positives du gouvernement en termes de ressources²⁸⁹. De plus, même en matière pénale, la Cour suprême a indiqué dans le célèbre arrêt *R. c. Jordan* que le droit d'être jugé dans des délais raisonnables, codifié à l'article 11(b) de la *Charte*, est bafoué par des délais de plus de 18 mois ou 30 mois (sauf exception), selon les situations et le tribunal saisi²⁹⁰. Ce droit implique donc une allocation importante de ressources. Presque tous les droits et libertés, à vrai dire, entraîneraient un certain niveau d'action positive du gouvernement. Par conséquent, il est peut-être artificiel de distinguer certaines de ces actions comme étant positives et certaines comme étant des conséquences indirectes d'un droit négatif.

De plus, on a déjà exprimé l'avis que les droits positifs, alors qu'ils peuvent améliorer certaines conditions sociales et matérielles, ne sont pas adéquats pour régler les inégalités répandues au Canada. Le professeur Bakan affirme d'ailleurs ceci :

²⁸⁷ Cette idée fait référence au principe général selon lequel les droits humains sont universels, inaliénables et indivisibles. Voir par exemple : *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AGNU, 3e session, supp no 13, Doc NU A/810 (1984) 71.

²⁸⁸ M. YOUNG, préc., note 285.

²⁸⁹ *Id.*, p. 47.

²⁹⁰ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27.

The concept of rights, in short, can be reinterpreted to avoid the regressive limitations of currently dominant conceptions; a new, non-liberal language of rights can accommodate demands for structural change and attacks on the causes of social inequality. The mere existence of a new language, however, is no guarantee that it will be heard, listened to, or acted on by those who have social and political power.²⁹¹

La professeure Colleen Sheppard présente une liste de facteurs qui doivent être considérés dans une analyse concernant l'article 15, éléments qui s'appliquent également pour l'interprétation des droits en général : « Pre-existing disadvantage; Reinforcement of disadvantage, vulnerability, harmful dependencies; Exclusion from decision-making processes; Absence of democratic participation; Absence of consultation; Access to justice, institutions, processes; Failure to investigate possibilities of accommodation »²⁹².

Si les différentes branches gouvernementales ne considèrent pas ces éléments, opine-t-on, les droits constitutionnels ne feront que traiter des symptômes d'inégalités, et non de leurs causes. Le professeur Joel Bakan explique cet enjeu ainsi :

Though equality rights may be capable of accommodating claims for more and better social welfare programs, it cannot recognize, nor be used to remedy, the conditions that cause poverty and thus make those programs necessary. [...] *Charter* arguments against poverty, if accepted by the courts, would only impose obligations on governments to provide groups with particular remedies; they would not affect the social and economic conditions that produce poverty.²⁹³

²⁹¹ J. BAKAN, préc., note 211, p. 60.

²⁹² C. SHEPPARD, préc., note 217, p. 72.

²⁹³ J. BAKAN, préc., note 211, p. 54.

L'interprétation d'un droit en tant que droit positif est une étape, mais son efficacité et sa capacité à répondre aux causes de l'inégalité dépendent de la nature et de l'ampleur des réparations constitutionnelles, un thème abordé dans le prochain chapitre.

3.5. Conclusion

La constitutionnalisation judiciaire pourrait se manifester à travers l'instauration de droits positifs. Cette conception des droits est au cœur de notre problématique en ce qu'il s'agit d'une approche innovatrice quant à l'interprétation et au développement des droits et libertés par la branche judiciaire. Cela soulève également des questions fondamentales sur l'interaction entre les branches gouvernementales et les tribunaux, liées à la notion de la séparation des pouvoirs. S'il est acquis que les tribunaux peuvent contrôler la légalité des lois et des actions gouvernementales (même s'il y a encore des incertitudes quant à la portée et la nature de ce rôle), le débat sur les droits positifs ouvre la discussion sur la capacité des tribunaux à imposer des obligations aux législatures et aux gouvernements.

Or, force est de constater que le paradigme des droits positifs ne semble pas avoir été efficace jusqu'à présent pour faire reconnaître de nouveaux droits. En effet, on le considère seulement comme pertinent pour certaines dispositions de la *Charte*, comme on a vu, et il ne répond pas toujours adéquatement aux enjeux pour lesquels il est invoqué. Bien que la jurisprudence montre que les tribunaux semblent ouverts à l'idée de reconnaître

des droits positifs, on observe que peu de juges sont enclins à mettre en œuvre cette option²⁹⁴.

²⁹⁴ C. WILKIE et M. Z. GARY, *préc.*, note 263.

Chapitre 4 – Les réparations constitutionnelles

La constitutionnalisation judiciaire est intimement liée au domaine des réparations pour violations constitutionnelles²⁹⁵. Les enjeux abordés dans les chapitres précédents, soit ceux liés à la séparation des pouvoirs et au dialogue entre les institutions, l'interprétation constitutionnelle et les droits positifs, se rejoignent dans la question des réparations. En effet, la séparation des pouvoirs est une considération cruciale dans le débat concernant le degré approprié de retenue judiciaire dans l'attribution de réparations. De plus, tel qu'il sera expliqué ci-dessous, l'interprétation des droits influence l'interprétation des dispositions réparatrices de la *Charte*.

Pour sa part, le lien entre les droits positifs et les réparations est évident : à défaut de pouvoir énoncer des droits imposant des obligations positives au gouvernement, les tribunaux peuvent tout de même ordonner des réparations larges qui ont, en pratique, un

²⁹⁵ Le terme « réparations constitutionnelles » est utilisé dans ce texte afin de décrire les ordonnances des tribunaux visées à remédier à une violation à la Constitution du Canada. Il est utilisé dans le même sens que le terme anglais « constitutional remedy ».

Le mot « recours » n'a pas été préféré, même s'il est employé dans l'article 24 de la *Charte*, puisque cette utilisation pourrait porter à confusion avec le sens courant du terme. Voir d'ailleurs la définition dans le Dictionnaire de droit québécois et canadien* : « droit ou action de se pourvoir devant une autorité juridictionnelle ou administrative afin d'obtenir l'annulation ou la réformation d'une décision de justice ou d'un acte administratif » (en anglais : *right of review, action, cause of action*). Cette définition est utilisée entre autres pour des recours collectifs, recours extraordinaires, recours hypothécaires, etc.

Le mot « réparation » a également été préféré à « redressement ». Voir « réparation » dans le Dictionnaire de droit québécois et canadien : « compensation pour un préjudice causé par la personne qui en est responsable » (en anglais : *redress, relief, reparation*). Voir également « redressement » dans le Dictionnaire de droit québécois et canadien : « action de corriger, de rendre conforme à la réalité » (en anglais : *adjustment, correction, rectification*). Tandis que le mot « redressement » semblait plus adéquat afin de décrire les ordonnances sous l'article 52 de la *Charte*, puisqu'elles corrigent une situation, et le mot « réparation » afin de décrire les ordonnances sous l'article 24 de la *Charte*, puisqu'elles octroient une compensation pour un préjudice. Toutefois, la Cour suprême utilise le mot « réparation » pour les deux provisions, et donc cela a été préféré dans ce texte afin d'avoir une terminologie constante avec la jurisprudence.

* Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2023.

effet similaire à la consécration de droits positifs. Autrement dit, si les tribunaux ne sont pas en mesure de constitutionnaliser des procédures d'opérationnalisation des droits et libertés, ils pourront au moins assurer une opérationnalisation équivalente grâce à aux réparations constitutionnelles.

Les cours possèdent de larges pouvoirs dans le domaine des réparations constitutionnelles. La maxime *ubi jus ibi remedium*, qui signifie que lorsqu'il y a un droit, il doit y avoir une réparation, est au cœur de notre système constitutionnel²⁹⁶. La réparation transpose ainsi un droit légal dans la réalité du domaine concret et matériel²⁹⁷.

Ce chapitre analyse le potentiel des dispositions réparatrices de la Constitution pour l'opérationnalisation des droits et libertés. Pour ce faire, les rapports entre les droits et les réparations sont d'abord explorés. Puis, l'état actuel de la jurisprudence canadienne et du droit en général est examiné. L'élargissement de la portée de l'interprétation des réparations constitutionnelles est examiné, particulièrement grâce à l'utilisation complémentaire des réparations individuelles, sous le paragraphe 24(1), et des réparations systémiques, sous le paragraphe 52(1). Il sera suggéré que le domaine des réparations est un moyen légitime pour réaliser la constitutionnalisation judiciaire, particulièrement afin d'assurer l'opérationnalisation des droits et libertés de la *Charte*.

²⁹⁶ Voir par ex. : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 25; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, par. 159; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, par. 120.

²⁹⁷ Robert J SHARPE et Kent ROACH, *The charter of rights and freedoms*, 7ed., coll. Essentials of Canadian law, Toronto, ON, Irwin Law, 2021, p. 373.

4.1. Introduction

4.1.1. Sous-utilisation des réparations

Les réparations sont un mouton noir, pourrait-on dire, dans l'étude du droit constitutionnel. Dans le cadre d'une conférence sur le sujet, Robert Sharpe et Kent Roach, deux sommités en la matière au pays, ont d'ailleurs affirmé que les réparations reçoivent peu d'attention, surtout en comparaison avec l'étude des droits et libertés de la personne²⁹⁸.

La juge en chef McLachlin, lors d'un discours dans cette même conférence, a tenté d'identifier les causes de ce manque d'intérêt²⁹⁹. D'abord, les juristes auraient tendance à reléguer les réparations à la fin de leur analyse, les caractérisant comme dernière considération³⁰⁰. McLachlin suggère également une raison davantage esthétique : alors que l'étude des droits et des principes juridiques est « élégante », l'étude des réparations est plutôt « pragmatique »³⁰¹. Enfin, elle reconnaît que le désintéressement ou l'oubli généralisé des réparations peut être rattaché à la structure même de notre éducation juridique³⁰².

²⁹⁸ Kent ROACH, Robert J. SHARPE, et INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Taking remedies seriously*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, p. 2.

²⁹⁹ *Id.*, p. 21.

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ *Id.*, p. 22.

³⁰² *Id.*, p. 24.

Selon Kent Roach, le désintéressement à l'égard des réparations s'expliquerait en outre par le fait qu'elles renvoient à la fois au droit substantiel et au droit procédural, ce qui complique évidemment leur étude³⁰³. Les réparations interpellent également la branche exécutive des gouvernements, ainsi que les assemblées législatives, ce qui tend à éloigner ces questions des domaines d'études des juristes³⁰⁴.

Or, malgré ces enjeux, les réparations forment une partie intégrante de presque tout domaine du droit. Le principe selon lequel un droit n'existe pas sans réparation adéquate est primordial en droit canadien³⁰⁵. Il est certain que les litiges constitutionnels seraient moins fréquents et moins efficaces sans l'obtention de réparations³⁰⁶. En plus de cette importance pratique, les réparations constitutionnelles jouent un rôle central dans le développement de la théorie du droit. Sur ce point, Kent Roach et Robert Sharpe relèvent une absence de consensus dans le domaine théorique des réparations :

The theoretical richness of remedies is revealed by the lack of agreement about the purposes of remedies. Most would agree that compensation about the violation of rights should play some role, but there are differences about how compensation is measured. There is no consensus about whether regulatory, deterrent or even punitive concerns should animate remedies.³⁰⁷

En jurisprudence canadienne, la Cour suprême a expliqué que « trois principes constitutionnels fondamentaux guident l'interprétation des réparations constitutionnelles :

³⁰³ Kent ROACH, *Remedies for human rights violations : a two-track approach to supra-national and national law*, coll. Cambridge studies in constitutional law, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021, p. 517.

³⁰⁴ *Id.*, p. 517.

³⁰⁵ K. ROACH, R. J. SHARPE, et INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE., préc., note 298, p. 1.

³⁰⁶ R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 297.

³⁰⁷ K. ROACH, R. J. SHARPE, et INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE., préc., note 298, p. 3.

le constitutionnalisme, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs »³⁰⁸. Les juges doivent prendre en considération ces principes lorsqu'ils décident de la question des réparations, ce qui inclut par exemple « le droit du public au bénéfice de la loi » et « les rôles institutionnels différents que les tribunaux et les législatures sont appelés à jouer »³⁰⁹.

4.1.2. Théorie de l'équilibration

Il convient de rappeler que les litiges comportent trois étapes principales : la justiciabilité, la cause sur le fond, et les réparations. Or, ces phases sont moins isolées les unes des autres qu'il n'y paraît à première vue. Les considérations propres à une étape d'analyse peuvent modifier drastiquement l'application des tests légaux lors des autres étapes. La compréhension de ces liens est essentielle dans l'étude du rôle des tribunaux dans l'opérationnalisation des droits constitutionnels, ainsi que leur influence dans l'attribution de réparations.

Le professeur américain Richard H. Fallon a écrit sur ce qu'il appelle la théorie de l'« équilibration ». Il la décrit ainsi :

The broader thesis, the Equilibration Thesis, holds that courts, and especially the Supreme Court, decide cases by seeking what they regard as an acceptable overall alignment of doctrines involving justiciability, substantive rights, and available remedies. When facing an outcome or pattern of outcomes that it regards as practically intolerable or disturbingly sub-optimal, the Court will adjust or manipulate the applicable law.³¹⁰

³⁰⁸ *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, par. 27.

³⁰⁹ *Id.*, par. 30.

³¹⁰ Richard H. Jr. FALLON, « The Linkage between Justiciability and Remedies - And Their Connections to Substantive Rights », (2006) 92-4 *Va. L. Rev.* 633-706, p. 637.

Il ressort donc de cette proposition théorique que, non seulement les réparations et les droits sont indissociables, mais que l'interprétation du contenu des droits dépend des réparations elles-mêmes.

Cette théorie de l'équilibration expliquerait que les tribunaux vont souvent considérer la raisonnable et la faisabilité des réparations lorsqu'ils interprètent et appliquent les droits constitutionnels³¹¹. Dans le même sens, le professeur Roach explique ainsi ce phénomène : « sometimes unarticulated concerns about whether remedies are manageable have deterred courts from finding that rights have been violated, especially with respect to socio-economic and Indigenous rights »³¹². D'ailleurs, on remarque que si les tribunaux canadiens interprètent souvent un droit ou une liberté de façon large, ils demeurent réticents à octroyer une réparation de portée aussi vaste³¹³.

La Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan a rendu très récemment un jugement instructif en la matière. Dans *UR Pride Centre Sexuality and Gender Diversity v Government of Saskatchewan*, les appelants contestaient une politique du gouvernement provincial prescrivant que les enfants de moins de 16 ans devaient obtenir le consentement parental afin de modifier leur nom ainsi que leur identité et expression de genre auprès de

³¹¹ *Id.*, p. 642.

³¹² K. ROACH, préc., note 303, p. 2.

³¹³ Barbara BILLINGSLEY, « Rights, Recognition, and Rectification: Constitutional Remedies in *Johnson v. Sand* », (2002) 12-2 *Constitutional Forum* 60, p. 60.

leurs écoles³¹⁴. Ils plaidaient des violations sous les articles 7 et 15(1) de la *Charte*. Or, subséquemment, le gouvernement a utilisé la clause de dérogation prévue à l'article 33 de la *Charte* pour blinder cette politique, et ce de façon préventive. La Cour devait donc déterminer si le litige était justiciable malgré l'utilisation valide de la clause de dérogation.

Le jugement est donc riche d'information sur les rapports entre la justiciabilité, les droits humains et les réparations judiciaires. Le juge a exprimé l'avis que l'invocation valide de l'article 33 ne crée pas un empêchement absolu de contrôle judiciaire³¹⁵. En effet, même s'il y a dérogation à la *Charte*, l'octroi d'un jugement déclaratoire demeure possible³¹⁶. Bien sûr, un jugement déclaratoire dans un tel cas n'aurait pas d'effet matériel; il semble donc qu'il ne pourrait être considéré comme étant efficace. Or, le juge Megaw explique l'utilité réelle d'une telle réparation malgré l'impossibilité d'imposer un jugement quant au droit substantiel en cause :

I conclude that the issuance of a declaratory judgment has purpose and meaning beyond necessarily interfering in the operation of legislation validly passed and enacted by the legislative branch of government. It is an “effective and flexible” remedy to provide legal comment on the actions taken by government. It permits the citizenry to continue to participate in the democracy and to challenge that which a government has done. It is doing that which the court is mandated to do pursuant to the Constitution Act and it is ensuring the court remains open, accessible, and relevant, to the ongoing debate of all matters in society.³¹⁷

³¹⁴ *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity v Government of Saskatchewan*, 2024 SKKB 23, par. 8.

³¹⁵ *Id.*, par. 142. Sur ce point, voir aussi Robert LECKEY et Eric MENDELSON, « The notwithstanding clause: Legislatures, courts, and the electorate », (2022) 72-2 *University of Toronto Law Journal* 189-215, p. 197.

³¹⁶ *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity v Government of Saskatchewan*, préc., note 314, par. 147.

³¹⁷ *Id.*, par. 165.

En envisageant les réparations dans cette perspective, celles-ci ne sont pas seulement des réponses procédurales à la suite de la détermination d'une violation à un droit ou une liberté. L'idée est plutôt que, en elles-mêmes, les réparations sont importantes. En effet, une réparation constitutionnelle crée un dialogue non seulement entre les branches judiciaire et exécutive, mais également avec en interpellant les citoyens³¹⁸.

Ce raisonnement est contraire à celui adopté par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Hak c. Procureur général*³¹⁹. Le juge Blanchard avait plutôt exercé sa discrétion judiciaire pour refuser d'émettre un jugement déclaratoire à la suite de l'utilisation de l'art. 33 de la *Charte*. Selon lui, un jugement déclaratoire dans ce contexte s'apparenterait « à une opinion judiciaire qui porte sur une question purement théorique reposant de plus sur des considérations hypothétiques »³²⁰. On constate donc que la jurisprudence diffère sur cet enjeu; d'ailleurs, la Cour suprême n'a pas, à ce jour, clarifié la question.

On a vu que la meilleure procédure imaginable d'opérationnalisation des droits et libertés ne peut être garantie dans tous les cas. Or, une interprétation large des dispositions constitutionnelles portant sur les réparations pourra toutefois mener, en pratique, à la constitutionnalisation de certaines situations. La revue jurisprudentielle qui suit montrera justement la portée des pouvoirs des tribunaux à cet égard.

³¹⁸ Sur l'importance du dialogue, voir : P. W. HOGG et A. A. BUSHELL, préc., note 86.

³¹⁹ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466.

³²⁰ *Id.*, par. 795.

4.2. Jurisprudence relative aux réparations constitutionnelles

4.2.1. Développement des réparations sous l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Le paragraphe 24(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce ainsi le droit général à une réparation constitutionnelle : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances »³²¹. Le juge en chef Dickson et le juge Lamer ont écrit dans *Mills c. La Reine* que « le paragraphe 24(1) fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte* »³²². Ils expliquent que les réparations conférées sous ce paragraphe doivent être adaptées aux droits spécifiques qui ont été violés, afin qu'elles soient « juste » et « convenable »³²³. C'est également dans cet arrêt que la Cour suprême a ajouté que des réparations peuvent être octroyées avant même l'existence d'une violation³²⁴.

Au fil des années, la jurisprudence a affiné les caractéristiques de ce que constitue une réparation juste et convenable. L'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, qui aborde en détail les réparations constitutionnelles, énonce des critères qui marqueront la jurisprudence dans le domaine. D'abord, la réparation doit être utile, ce qui signifie qu'elle « doit être adaptée à l'expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances

³²¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 35.

³²² *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, par. 27.

³²³ *Id.*, par. 34.

³²⁴ *Id.*, par. 241.

de la violation ou de la négation du droit en cause »³²⁵. Ensuite, la réparation doit être conforme à la séparation des pouvoirs³²⁶; en fait, les tribunaux doivent accorder des réparations selon leurs rôles et leurs pouvoirs³²⁷. La réparation doit également être le fruit d'un équilibre entre les droits des demandeurs et ceux des défendeurs³²⁸. La Cour explicite ce dernier élément de la façon suivante : « la réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit »³²⁹. Finalement, se fondant sur l'interprétation large et libérale de l'article 24(2) de la *Charte*, le jugement *Doucet-Boudreau* souligne l'importance de la flexibilité dans la confection de la réparation appropriée dans les circonstances³³⁰.

Les réparations suivantes ont été accordées dans l'exercice du pouvoir judiciaire sous le paragraphe 24(1) et seront examinées à tour de rôle : les dommages-intérêts, les jugements déclaratoires, l'arrêt des procédures, le mandamus, l'injonction.

4.2.1.1. Dommages-intérêts

Les dommages-intérêts sont parmi les plus anciennes réparations constitutionnelles, tant au Canada que dans d'autres juridictions à l'étranger³³¹. Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, un précédent clé en droit public canadien, la Cour suprême a accordé des

³²⁵ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 88, par. 55.

³²⁶ *Id.*, par. 56.

³²⁷ *Id.*, par. 57.

³²⁸ *Id.*, par. 58.

³²⁹ *Id.*, par. 58.

³³⁰ *Id.*, par. 59.

³³¹ K. ROACH, préc., note 303, p. 240.

dommages-intérêts dans un cas d'abus odieux de la part de l'ancien premier ministre du Québec³³².

Quant aux dommages-intérêts pour des conduites inconstitutionnelles d'acteurs gouvernementaux, les arrêts *Vancouver c. Ward* et *Henry c. Colombie-Britannique* ont fait jurisprudence. La Cour suprême a mis l'accent sur la flexibilité de cette réparation et sa capacité à être développée au fil du temps. L'arrêt *Vancouver c. Ward* contient une analyse détaillée du recours aux dommages-intérêts dans le contexte du paragraphe 24(1) de la *Charte*³³³. La Cour suprême a reconnu qu'il s'agit d'un exercice qui renvoie à des considérations relatives au rôle des tribunaux et à leur pouvoir d'ordonner à l'État de verser un certain montant d'argent pour des violations constitutionnelles³³⁴. Elle a confirmé que les dommages-intérêts font partie des pouvoirs des tribunaux en matière de réparations constitutionnelles³³⁵.

Une fois qu'une violation constitutionnelle est établie, au moins un des trois enjeux suivants doit être présent afin de justifier l'attribution de dommages-intérêts : (1) l'indemnisation, (2) la défense du droit en cause, ou (3) la dissuasion³³⁶. Ces trois facteurs sont décrits ainsi en jurisprudence :

³³² *Roncarelli v. Duplessis*, préc., note 164.

³³³ *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27.

³³⁴ *Id.*, par. 22.

³³⁵ *Id.*, par. 21.

³³⁶ *Id.*, par. 4.

La fonction d'*indemnisation*, généralement la plus importante, reconnaît que l'atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut causer une perte personnelle qui exige réparation. La fonction de *défense* reconnaît que les droits conférés par la *Charte* doivent demeurer intacts et qu'il faut veiller à ce qu'ils ne s'effritent pas. Enfin, la fonction de *dissuasion* reconnaît que les dommages-intérêts peuvent permettre de décourager la perpétration d'autres violations par des représentants de l'État.³³⁷

En premier lieu, l'indemnisation est donc la fonction la plus cruciale des trois³³⁸. Elle vise à réparer une perte personnelle³³⁹. En deuxième lieu, la fonction de défense a pour objet de protéger la société de l'atteinte en cause. L'idée est qu'une violation de droits nuit à la crédibilité de la protection constitutionnelle³⁴⁰. Cela mène, en troisième lieu, à la dernière fonction : la dissuasion. Elle joue également un rôle de protection de la société, car elle vise à dissuader l'État de réitérer ou reproduire cette violation. Toutes ces considérations peuvent exister dans un cas donné, comme c'est fréquemment le cas, mais seulement la présence d'une d'entre elles est nécessaire³⁴¹. Finalement, la dernière étape de l'analyse relativement aux dommages-intérêts renvoie à un exercice de proportionnalité, dans le cadre duquel les tribunaux prendront en considération « l'existence d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement »³⁴².

Quelques années après *Ward*, le juge Moldaver a précisé certains aspects au sujet des dommages-intérêts constitutionnels dans *Henry c. Colombie-Britannique*³⁴³. Il a

³³⁷ *Id.*, par. 25.

³³⁸ *Id.*, par. 27.

³³⁹ *Id.*, par. 25.

³⁴⁰ *Id.*, par. 28.

³⁴¹ *Id.*, par. 30.

³⁴² *Id.*, par. 33.

³⁴³ *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24.

analysé les préoccupations relatives au bon gouvernement et a expliqué que l'administration de la justice pourrait, dans certaines situations, être affectée par la menace de dommages-intérêts. En lien avec cette préoccupation, le juge Moldaver a refusé la demande du Procureur général du Canada et du Procureur général de la Colombie-Britannique, suggérant d'imposer un standard de malveillance ou de négligence³⁴⁴ pour donner droit à des dommages-intérêts. Or, eu égard au principe de bon gouvernement, et pour limiter la « multiplication des poursuites en dommages-intérêts sans fondement contre le ministère public »³⁴⁵, le juge Moldaver a plutôt établi un critère exigeant la faute intentionnelle³⁴⁶.

Les juges dissidents dans *Henry*, quant à eux, ont appliqué l'analyse de *Ward*, qui ne contient pas d'exigence de faute intentionnelle³⁴⁷. Cette dernière a été critiquée puisqu'elle s'éloigne du modèle de réparations constitutionnelles selon lequel, généralement, les personnes lésées doivent recevoir une réparation adéquate³⁴⁸. Selon les juges dissidents, l'exigence de faute relèverait plutôt du domaine de responsabilité civile, en droit privé. Quoiqu'il manque d'uniformité, l'état du droit pour ce qui est des dommages-intérêts en cas de violations constitutionnelles causées par la branche exécutive repose sur les arrêts *Ward* et *Henry*, avec les nuances qui s'imposent.

³⁴⁴ *Id.*, par. 44.

³⁴⁵ *Id.*, par. 70.

³⁴⁶ *Id.*, par. 44.

³⁴⁷ *Id.*, par. 107.

³⁴⁸ *Id.*, par. 75.

Quant aux dommages-intérêts qui pourraient découler de dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles, la Cour suprême a indiqué dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick* que ce redressement serait possible dans les cas de « comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir »³⁴⁹. *Mackin* a donc établi que les législatures disposent, à cet égard, d'une immunité restreinte par rapport aux dommages-intérêts³⁵⁰.

Plus récemment, à l'été 2024, la Cour suprême a rendu le jugement dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Power*, qui clarifie et, en fait, développe davantage le régime de dommages-intérêts sous le paragraphe 24(1) de la *Charte*³⁵¹. M. Power, l'intimé dans cette cause, a été condamné criminellement en 1996 et a servi sa peine³⁵². Au moment de sa condamnation, le droit pénal permettait aux individus ayant purgé leur peine de formuler une demande pour suspendre leur casier judiciaire, et ce à partir de cinq ans après leur libération³⁵³. Or, le Parlement a par la suite adopté des dispositions transitoires empêchant la révision de casier judiciaire de manière rétroactive, limitant ainsi ces demandes aux nouvelles peines seulement³⁵⁴.

En raison de son casier judiciaire, M. Power a perdu son emploi et n'a pas été en mesure d'en trouver un nouveau³⁵⁵. En termes de normativité, les dispositions transitoires

³⁴⁹ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 170, par. 78.

³⁵⁰ *Id.*, par. 78.

³⁵¹ *Canada (Procureur général) c. Power*, 2024 CSC 26.

³⁵² *Id.*, par. 9.

³⁵³ *Id.*, par. 11.

³⁵⁴ *Id.*, par. 11.

³⁵⁵ *Id.*, par. 11.

ont subséquemment été déclarées inconstitutionnelles et donc invalidées sous le par. 52(1) de la *Charte*³⁵⁶. Quoique le Procureur du Canada ait concédé l'inconstitutionnalité desdites dispositions, il a toutefois contesté la requête de M. Power visant à obtenir des dommages-intérêts sous le par. 24(1) de la *Charte*, alléguant des pertes de salaire occasionnées en raison des dispositions inconstitutionnelles³⁵⁷.

Dans l'arrêt *Power*, les juges majoritaires ont réitéré les critères de l'arrêt *Ward*³⁵⁸. Ils ont également confirmé que le gouvernement et le Parlement disposent d'une immunité restreinte, et non absolue, dans le contexte de l'adoption d'une loi qui est déclarée inconstitutionnelle ultérieurement³⁵⁹.

Le Procureur du Canada avait demandé à la Cour de reconnaître que les assemblées législatives disposent d'une immunité absolue quant à l'adoption de lois inconstitutionnelles³⁶⁰. Il fondait cet argument sur trois principes fondamentaux, soit la souveraineté parlementaire, la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire³⁶¹. M. Power, quant à lui, plaidait que l'immunité absolue est contraire à la primauté du droit et la séparation des pouvoirs³⁶². Les juges majoritaires ont conclu que l'immunité restreinte est conforme à tous les principes constitutionnels fondamentaux³⁶³. Ils ont expliqué que, la

³⁵⁶ *Id.*, par. 12.

³⁵⁷ *Id.*, par. 12-13.

³⁵⁸ *Id.*, par. 42.

³⁵⁹ *Id.*, par. 68.

³⁶⁰ *Id.*, par. 43.

³⁶¹ *Id.*, par. 47.

³⁶² *Id.*, par. 47.

³⁶³ *Id.*, par. 79.

souveraineté parlementaire ne permettant pas au Parlement de déroger à la *Charte*, l'immunité restreinte « n'affaiblit pas le pouvoir du Parlement d'adopter et d'abroger des lois dans les limites de la Constitution »³⁶⁴. L'immunité restreinte permet à la branche judiciaire d'exercer sa fonction de contrôle de la constitutionnalité sans toutefois empiéter indûment sur les fonctions législatives.

L'arrêt *Power* a donc confirmé que des dommages-intérêts pouvaient être accordés lorsque la loi était « clairement inconstitutionnelle », ou lorsqu'il y avait abus de pouvoir ou mauvaise foi³⁶⁵. Pour les situations où la loi est clairement inconstitutionnelle, les juges majoritaires ont expliqué que cela devait violer manifestement des droits ou libertés de la *Charte* au moment de son adoption³⁶⁶. Il doit être démontré que « l'État savait que la loi était clairement inconstitutionnelle ou qu'il a fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de son inconstitutionnalité »³⁶⁷. En outre, les juges majoritaires ont expliqué que des dommages-intérêts sont possibles lorsque l'État a agi de mauvaise foi ou abusé de son pouvoir. Il en serait ainsi s'il « a agi pour un motif illégitime ou a été malhonnête »³⁶⁸.

Les juges Jamal et Kasirer, dissidents en partie, étaient plutôt d'avis que les critères de mauvaise foi et d'abus de pouvoir n'auraient pas dû être retenus³⁶⁹. Ils ont expliqué que

³⁶⁴ *Id.*, par. 81.

³⁶⁵ *Id.*, par. 106-107.

³⁶⁶ *Id.*, par. 104.

³⁶⁷ *Id.*, par. 105.

³⁶⁸ *Id.*, par. 107.

³⁶⁹ *Id.*, par. 126.

ces critères requièrent une analyse de l'intention subjective de l'Assemblée législative, eu égard à l'information qui se trouve dans les travaux préparatoires, un processus qui est protégé par le privilège parlementaire³⁷⁰. Cela étant, les juges dissidents sont d'accord avec une immunité restreinte dans les cas d'une loi clairement constitutionnelle³⁷¹.

Une autre dissidence, des juges dissidents Rowe et Côté, a retenu plutôt l'immunité absolue. Ils ont écrit que la préparation de travaux législatifs est protégée dans son intégralité par le privilège parlementaire³⁷². Le contraste entre les motifs majoritaires et dissidents, surtout ces derniers, illustre les points de divergences concernant la portée du pouvoir de contrôle des tribunaux par rapport au processus législatif.

En définitive, les enjeux concernant l'attribution de dommages-intérêts sont importants pour nos fins, s'agissant de l'opérationnalisation des droits constitutionnels, puisqu'ils mettent en évidence une dimension pragmatique de cette problématique, à savoir la disposition des tribunaux à rendre des ordonnances impliquant des ressources financières du gouvernement.

4.2.1.2. Jugements déclaratoires

Les jugements déclaratoires, fort fréquents, sont généralement considérés comme étant des réparations suffisantes et efficaces par les tribunaux. Dans *Mahe c. Alberta*, la

³⁷⁰ *Id.*, par. 218.

³⁷¹ *Id.*, par. 127.

³⁷² *Id.*, par. 261.

Cour suprême a rendu un jugement déclaratoire et affirmé qu'« une telle déclaration garantira que les droits des appelants se concrétiseront, tout en laissant au gouvernement la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances »³⁷³.

Il arrive en fait que le jugement déclaratoire soit le recours choisi dans les cas où les pouvoirs des tribunaux ne permettent pas d'autre recours. Par exemple, dans *Canada c. Khadr*, la Cour suprême n'a pas ordonné le rapatriement du demandeur qui était détenu à Guantanamo, car elle jouit d'une capacité limitée d'émettre des ordonnances affectant la prérogative royale du gouvernement en matière d'affaires étrangères³⁷⁴. De façon général, ajoutons que l'efficacité du jugement déclaratoire repose sur le principe de confiance, selon lequel l'entité gouvernementale respectera l'avis du tribunal³⁷⁵.

Or, le jugement déclaratoire s'avère parfois insuffisant pour redresser la situation. Le juge Iacobucci, dans des motifs instructifs en dissidence dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, a résumé ainsi les nombreuses carences des jugements déclaratoires : « les jugements déclaratoires peuvent souffrir des maux suivants: imprécision, spécificité insuffisante de la réparation, impossibilité de contrôler le respect du jugement et, de ce fait, obligation de recourir de nouveau aux tribunaux pour le faire respecter »³⁷⁶.

³⁷³ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 393.

³⁷⁴ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44.

³⁷⁵ *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 65.

³⁷⁶ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, par. 258.

Dans certains cas où les violations constitutionnelles sont graves, les tribunaux rendant des jugements déclaratoires courent le risque, au final, de laisser perpétuer la violation. Par exemple, dans *PHS Community Services Society*, la Cour suprême a jugé qu'un jugement déclaratoire n'était pas suffisant, particulièrement parce que « la violation en cause est grave; elle met en danger la santé, en fait, la vie des demandeurs et des personnes qui se trouvent dans la même situation »³⁷⁷.

Donc, si les jugements déclaratoires sont adéquats dans plusieurs situations et, du coup, préférables en raison de leur respect pour la séparation des pouvoirs, ils ne parviennent pas toujours à remédier à la situation des plaignants.

4.2.1.3. Arrêt des procédures

L'arrêt des procédures est un recours rare qui s'applique surtout dans le contexte criminel. Il n'est utilisé que dans des circonstances exceptionnelles³⁷⁸. On peut ainsi obtenir l'arrêt des procédures pénales si deux conditions sont remplies : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice »³⁷⁹.

³⁷⁷ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, préc., note 261.

³⁷⁸ *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, par. 76.

³⁷⁹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326, par. 74.

Cette réparation exceptionnelle permet de prévenir des pratiques arbitraires ou abusives de procédures de la part des représentants de l'État, en contexte criminel. Il s'agit donc de préserver le principe fondamental de la primauté du droit.

4.1.2.4. Mandamus

Un mandamus est une ordonnance judiciaire enjoignant la branche exécutive du gouvernement à effectuer quelque chose, c'est-à-dire une action spécifique. Dans *PHS Community Services Society*, par exemple, après avoir déterminé qu'un jugement déclaratoire n'était pas suffisant, la Cour suprême a rendu une ordonnance de mandamus³⁸⁰. Elle a jugé qu'il y avait seulement une solution possible, soit d'octroyer une exemption à la disposition contestée pour les demandeurs. Dans cette affaire, le délai causé par un jugement déclaratoire, et le travail subséquent du ministère, auraient provoqué des dommages trop graves. En revanche, le mandamus permettait d'instaurer une exemption législative visant les demandeurs, avec effets immédiats.

Cela étant, le mandamus est un type de réparations constitutionnelles rarissimes, et ce en raison de l'ampleur de l'ingérence judiciaire dans l'exercice des pouvoirs publics par le gouvernement.

³⁸⁰ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, préc., note 261.

4.1.2.5. Injonctions

Même si les jugements déclaratoires sont davantage utilisés, les tribunaux peuvent à l'occasion ordonner aussi certains types d'injonctions en cas de violation de droits constitutionnels³⁸¹. Dans *Doucet-Boudreau*, les juges Iacobucci et Arbour dans leurs motifs majoritaires ont affirmé qu'il « est clair qu'un tribunal peut accorder une injonction en vertu du par. 24(1) de la *Charte* »³⁸².

Les étapes à suivre afin de pouvoir ordonner une injonction sont résumées ainsi dans *RJR — Macdonald Inc. c. Canada* :

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond. Il peut être utile d'examiner chaque aspect du critère et de l'appliquer ensuite aux faits en l'espèce.³⁸³

De surcroît, il pourra arriver que les demandeurs puissent plaider la protection de l'intérêt public dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire³⁸⁴.

³⁸¹ Kent ROACH, « Charter Remedies », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017, p. 689.

³⁸² *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 88, par. 70.

³⁸³ *RJR -- Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 RCS 311.

³⁸⁴ *Id.*

4.1.2.6. Supervision judiciaire

En outre, dans des cas rarissimes, le redressement constitutionnel exigera que les tribunaux puissent demeurer saisis d'une affaire, afin d'effectuer une supervision judiciaire de l'ordonnance de réparation. Cette situation est exceptionnelle, et l'exemple en jurisprudence se trouve dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*³⁸⁵. Cette affaire portait sur le droit à l'instruction dans la langue minoritaire sous l'article 23 de la *Charte*. Les appelants, des parents francophones, ont saisi les tribunaux afin de demander la construction d'écoles secondaires francophones en Nouvelle-Écosse³⁸⁶. Le juge de première instance a ordonné la construction de plusieurs écoles secondaires³⁸⁷. En raison du risque urgent d'assimilation, le juge de première instance a imposé des délais précis au gouvernement pour l'exécution de cette ordonnance³⁸⁸. Surtout, afin de s'assurer de la mise en œuvre de son ordonnance avec célérité, le juge s'est déclaré compétent pour entendre toute demande future reliée à sa décision³⁸⁹. Il a également exigé la production d'affidavits et de comptes rendus sur la progression de la construction des écoles³⁹⁰.

Le Procureur de la Nouvelle-Écosse a contesté ce dernier aspect de l'ordonnance et a eu gain de cause en appel³⁹¹. Le juge Saunders de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a affirmé que « la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de

³⁸⁵ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 88.

³⁸⁶ *Id.*, par. 4.

³⁸⁷ *Id.*, par. 6.

³⁸⁸ *Id.*, par. 7.

³⁸⁹ *Id.*, par. 8.

³⁹⁰ *Id.*, par. 8.

³⁹¹ *Id.*, par. 9.

mettre à exécution les réparations qu'ils accordent »³⁹². Le pourvoi à la Cour suprême dans cette affaire a été accueilli dans une décision partagée 5-4, statuant ultimement que le jugement du juge de première instance était adéquat et juste, sous le paragraphe 24(1).

Les juges majoritaires se sont fondés sur les pouvoirs des tribunaux dans les autres domaines de droit afin de justifier la pratique de supervision judiciaire en droit constitutionnel. Voici comment on l'explique :

L'éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l'exercice d'une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure.³⁹³

On a donc reconnu que l'ordonnance en l'espèce était conforme avec le rôle et les pouvoirs des tribunaux en matière de redressements judiciaires³⁹⁴.

Cela étant, la supervision judiciaire doit être utilisée avec prudence. Ultérieurement, dans l'affaire *Thibodeau c. Air Canada*, la Cour suprême explique pourquoi :

La supervision judiciaire continue sera parfois de mise, comme l'illustre l'arrêt *Doucet-Boudreau*. Or, en l'absence de circonstances impérieuses, les tribunaux devraient en général s'abstenir de prononcer des ordonnances qui susciteront presque inévitablement de perpétuelles procédures sur la question de savoir si elles sont respectées.³⁹⁵

³⁹² *Id.*, par. 9.

³⁹³ *Id.*, par. 73.

³⁹⁴ *Id.*, par. 74.

³⁹⁵ *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, par. 128.

Certes, l'assimilation linguistique est une circonstance impérieuse, et la Cour suprême reconnaît la nécessité de réparations concrètes et efficaces particulièrement en raison de cette menace. Par contre, elle ne ferme pas la porte à l'utilisation de supervision judiciaire dans le contexte d'autres droits constitutionnels.

De fait, les ordonnances de supervision judiciaire ont parfois été utilisées dans des contextes autres que les droits linguistiques. Par exemple, dans *R. v. Warren*, la juge Pomerance de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a émis une telle ordonnance afin de prévenir de futures violations aux droits du plaignant en milieu carcéral³⁹⁶. Elle a expliqué qu'en raison des circonstances particulières du plaignant, M. Warren, et des services limités offerts par les services correctionnels, les droits de M. Warren sous l'article 12 de la *Charte* seraient violés s'il demeurait détenu³⁹⁷. Par contre, il n'était pas possible de libérer M. Warren puisqu'il posait un risque important pour le public³⁹⁸. La juge Pomerance a donc émis une ordonnance de supervision judiciaire afin de demeurer saisie pour évaluer les plans de traitements et les services offerts à M. Warren lors de son temps en détention. L'idée était de pouvoir s'assurer de la constitutionnalité du processus et du caractère satisfaisant des résultats³⁹⁹.

Très récemment dans l'arrêt *Ontario c. Restoule*, la Cour suprême a déterminé que le gouvernement de l'Ontario avait violé ses obligations découlant du Traité Robinson-

³⁹⁶ *R. v. Warren*, 2024 ONSC 2785, par. 219.

³⁹⁷ *Id.*, par. 12.

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Id.*, par. 215.

Huron⁴⁰⁰. Au final, un jugement déclaratoire a été rendu, indiquant au gouvernement la marche à suivre afin de rectifier ces violations⁴⁰¹. Le juge Jamal, écrivant pour une Cour unanime, a ajouté qu'un jugement déclaratoire était toutefois insuffisant en l'espèce, particulièrement en raison de « la durée et le caractère odieux de la violation par la Couronne de la clause d'augmentation depuis près d'un siècle et demi »⁴⁰².

Par contre, on s'est dit d'avis que la détermination de l'indemnisation appropriée, comme telle, devait être discutée et décidée entre les parties, et ce afin de favoriser la réconciliation⁴⁰³. Elle a donc ordonné à la Couronne de mener ces négociations⁴⁰⁴. Plus important encore, elle a indiqué que « cette somme, et le processus suivi pour y arriver, seront susceptibles de contrôle par les tribunaux »⁴⁰⁵. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une ordonnance de supervision judiciaire tel que dans *Doucet-Boudreau*, il ressort de *Restoule* que la Cour suprême voulait s'assurer d'avoir un mécanisme en place afin que l'Ontario respecte les redressements ordonnés.

Certains auteurs ayant étudié en profondeur l'ordonnance de supervision judiciaire ont évoqué qu'il est difficile de concilier ce redressement avec la métaphore du dialogue et le principe de la séparation des pouvoirs. Janet E. Minor et James S.F. Wilson, par exemple, expliquent dans un chapitre du livre *Taking Remedies Seriously* que ce type

⁴⁰⁰ *Ontario (Procureur général) c. Restoule*, 2024 CSC 27.

⁴⁰¹ *Id.*

⁴⁰² *Id.*, par. 271.

⁴⁰³ *Id.*, par. 271.

⁴⁰⁴ *Id.*, par. 272.

⁴⁰⁵ *Id.*, par. 272.

d'ordonnance est basé sur une certaine méfiance de la volonté du gouvernement exécutif de se conformer aux décisions judiciaires, ce qui est en porte-à-faux avec la tradition canadienne⁴⁰⁶. Ces auteurs prétendent également que la supervision judiciaire n'est pas conforme avec les rôles et pouvoirs des tribunaux, et que, ultimement, il ne serait pas tout nécessaire dans notre système⁴⁰⁷.

En dissidence dans *Doucet-Boudreau*, les juges LeBel et Deschamps ont également opiné que les ordonnances de supervision excédaient le rôle des tribunaux⁴⁰⁸. Leur donnant la réplique, les juges majoritaires ont expliqué que les arguments présentés en dissidence, tels que l'importance de la retenue judiciaire, ne sont pas de « règles constitutionnelles strictes auxquelles peuvent être assujettis les termes de l'art. 24 »⁴⁰⁹. Alors qu'ils peuvent servir à guider les juges, lesdites règles ne doivent pas substituer une protection adéquate des droits de la personne.

Dans une situation comme celle de l'affaire *Doucet-Boudreau*, où le gouvernement tarde à respecter certains droits, on constate que les juges ne sortiront pas trop rapidement de leur domaine de compétence en émettant des ordonnances plus ambitieuses et de large portée. Cela étant, si besoin il y a, le paragraphe 24(1) de la *Charte* leur accorde clairement ce pouvoir.

⁴⁰⁶ K. ROACH, R. J. SHARPE, et INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE., préc., note 298, p. 308.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 312.

⁴⁰⁸ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 88, par. 53.

⁴⁰⁹ *Id.*

4.2.2. Développement des réparations sous l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le paragraphe 52(1) de la *LC 1982* prévoit ceci : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »⁴¹⁰.

4.2.2.1. Jugement d'invalidation

Il est clair en jurisprudence que cette disposition attribue aux tribunaux le pouvoir d'émettre un jugement déclaratoire qui invalide la loi contestée⁴¹¹. Les cours gardent tout de même un certain niveau de discrétion dans cet exercice, malgré l'apparence limitée et stricte de ce pouvoir⁴¹². Dans l'arrêt *Ontario c. G.*, la juge Karakatsanis explique à cet égard que les tribunaux doivent « établir un juste équilibre » entre les divers principes constitutionnels en jeu⁴¹³. Cette discrétion doit être tempérée, toutefois, à mi-chemin entre une discrétion absolue et une application de règles strictes⁴¹⁴. On a identifié les facteurs suivants à être pris en considération :

- A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces.
- B. Il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.

⁴¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 35, art. 52.

⁴¹¹ *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, par. 85.

⁴¹² *Id.*, par. 86.

⁴¹³ *Id.*, par. 89.

⁴¹⁴ *Id.*, par. 90.

D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents.⁴¹⁵

Les dispositions législatives ayant fait l'objet d'un jugement déclaratoire d'invalidation n'auront plus de force de loi, cesseront de produire leurs effets juridiques. Les législatures devront alors ajuster la législation en conséquence, le cas échéant, ou simplement laisser la situation telle quelle, menant parfois à un vide législatif⁴¹⁶. Par exemple, la CSC a déclaré dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* que l'art. 251 (subséquent l'art. 287) du *Code criminel*⁴¹⁷, qui interdisait l'avortement, portait atteinte à l'art. 7 de la *Charte*⁴¹⁸. Malgré ce jugement en 1988, la disposition n'a été abrogée qu'en 2019⁴¹⁹.

Puisque « le public a droit au bénéfice des lois adoptées par le législateur dans la mesure où ces lois ne sont pas incompatibles avec la Constitution »⁴²⁰, les tribunaux tentent de préserver les effets juridiques de la loi dans la mesure du possible. Ces moyens de préservation incluent entre autres la présomption de constitutionnalité. Selon celle-ci, lorsque plus d'une interprétation d'une loi est possible, les tribunaux doivent favoriser celle qui est conforme à la Constitution, en autant que faire se peut⁴²¹.

⁴¹⁵ *Id.*, par. 94.

⁴¹⁶ *Id.*

⁴¹⁷ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

⁴¹⁸ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

⁴¹⁹ *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. 111.

⁴²⁰ *Ontario (Procureur général) c. G*, préc., note 411, par. 111.

⁴²¹ Ruth SULLIVAN et Elmer A. DRIEDGER, *The construction of statutes*, 7ed., Toronto, Ontario, LexisNexis Canada Inc., 2022, ch. 16.

Les tribunaux préservent également l'effet des lois grâce à deux autres techniques : l'interprétation atténuée et à l'interprétation extensive, qui seront abordées ci-dessous.

4.2.2.2. Interprétation atténuée

Lorsqu'une disposition peut être interprétée comme étant constitutionnelle ou inconstitutionnelle, les tribunaux peuvent opter pour limiter sa portée et donc assurer sa constitutionnalité⁴²². La juge Karakatsanis décrit cette technique ainsi : « l'interprétation atténuée consiste pour un tribunal à limiter la portée d'une loi en la déclarant inopérante dans une mesure qu'il définit avec précision »⁴²³. Cette mesure est seulement appropriée s'il est plausible que le législateur ait eu l'intention d'adopter cette interprétation⁴²⁴. En outre, l'interprétation atténuée est appropriée lorsque la disposition inconstitutionnelle peut être dissociée de la loi en général⁴²⁵.

Dans *R. c. Appulonappa*, par exemple, la Cour suprême était saisie d'un litige sur la constitutionnalité de l'art. 117 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui sanctionnait l'acte d'aider des personnes sans papier à entrer au Canada⁴²⁶. Cet article incluait les personnes aidant des membres de leur famille à entrer au pays ainsi que des travailleurs humanitaires aidant des migrants sans papier. Les personnes migrantes dans

⁴²² L'interprétation atténuée était également utilisée avant l'avènement de la *Charte*, notamment en partage des compétences législatives. Voir par ex. *McKay et al. v. The Queen*, [1965] SCR 798 et *La Reine c. Somerville*, [1974] RCS 387.

⁴²³ *Ontario (Procureur général) c. G*, préc., note 393, par. 113.

⁴²⁴ *Id.*, par. 114.

⁴²⁵ *Id.*, par. 113.

⁴²⁶ *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59.

cet appel ont contesté la constitutionnalité de ces deux catégories⁴²⁷. Dans un jugement unanime rendu par la juge en chef McLachlin, la Cour suprême a donné une portée atténuée à l'article 117 afin de mettre de côté ces catégories, au lieu d'invalider la disposition en entier⁴²⁸.

4.2.2.3. Interprétation extensive (ou large)

L'interprétation extensive⁴²⁹ « consiste pour un tribunal à étendre le champ d'application d'une loi en déclarant inopérante une limitation implicite de sa portée »⁴³⁰. Lorsque la mesure législative contestée a un effet restrictif, ce qui n'était vraisemblablement pas l'intention du législateur, les tribunaux peuvent préciser son inclusion afin de maintenir la validité de la disposition. Ce redressement est seulement employé, comme l'interprétation atténuée, lorsque les juges sont d'avis que le législateur aurait fait ce choix, dans l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité⁴³¹.

Par exemple, dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, le demandeur s'était vu refuser des indemnités d'assurance suite à l'accident de son conjoint puisque les deux n'étaient pas mariés⁴³². La police d'assurance, régie par la *Loi sur les assurances*, attribuait des indemnités pour les « conjoints », qui était alors interprété comme incluant seulement des

⁴²⁷ *Id.*, par. 25.

⁴²⁸ *Id.*, par. 85.

⁴²⁹ Parfois également nommée « interprétation large » (voir par ex. *Ontario c. G.*, préc., note 116). La terminologie « interprétation extensive » est utilisée dans ce texte afin d'éviter la confusion avec l'interprétation large et libérale (principe d'interprétation constitutionnelle).

⁴³⁰ *Ontario (Procureur général) c. G.*, préc., note 411, par. 113.

⁴³¹ *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, par. 65.

⁴³² *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418.

époux mariés⁴³³. La Cour suprême a conclu que cette interprétation était discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte*⁴³⁴. Les juges majoritaires ont donc élargi la portée du terme « conjoint » afin d'inclure les partenaires non mariés vivant ensemble depuis trois ans ou ceux ayant des enfants ensemble⁴³⁵. Cette interprétation extensive des dispositions contestées a permis de maintenir leur validité, et ce en rectifiant l'insuffisance de sa portée d'application.

Ces deux derniers types de réparation – interprétation atténuée et interprétation extensive – démontrent la capacité de constitutionnalisation des tribunaux dans le cadre de l'ordonnance de réparations constitutionnelles. En modifiant ou en clarifiant le langage d'une loi, les tribunaux contribuent au corpus des normes constitutionnelles, car ils indiquent quelle formulation est permise ou non sous la Constitution.

4.2.2.4. Suspension d'un jugement d'invalidation

Les tribunaux ont développé une pratique novatrice en matière de redressements constitutionnels, soit la suspension des jugements d'invalidation. Elle est permise, de façon rarissime, lorsqu'une déclaration d'invalidité immédiate causerait un tort excessif au système juridique. La suspension est décrite ainsi par le professeur Brian Bird :

The purpose of these declarations is to allow legislatures to cure the constitutional defects in laws in an environment that is free from abrupt (and at times seismic)

⁴³³ *Id.*, par. 120.

⁴³⁴ *Id.*, par. 119.

⁴³⁵ *Id.*, par. 177.

legal changes that can follow an immediate declaration of constitutional invalidity.⁴³⁶

Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, virtuellement l'ensemble du corpus législatif de cette province a été déclaré invalide en raison de l'absence de bilinguisme⁴³⁷. Or, afin d'empêcher une situation de vide juridique où toutes les lois de la province seraient devenues invalides du jour au lendemain, la Cour suprême a suspendu l'invalidation. Elle a expliqué son raisonnement ainsi :

La Constitution ne permet pas qu'une province soit dépourvue de lois. La Constitution exige donc que les lois actuelles de la législature du Manitoba soient déclarées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces lois et des lois de cette province abrogées ou devenues périmées avant la date du présent jugement, qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou de quelque autre principe, soient réputés temporairement avoir été opérants et incontestables et continuer de l'être. C'est là la seule manière d'éviter le chaos juridique et de préserver la primauté du droit.⁴³⁸

Les suspensions de déclarations d'invalidité peuvent également être reconduites et prolongées, tel que l'a fait la Cour suprême en 2016 dans le cas de *Carter c. Canada*⁴³⁹, en matière d'aide médicale à mourir. L'arrêt *Schachter* avait précisé qu'une déclaration d'invalidité pouvait être suspendue pour deux raisons : en cas de danger pour le public et en cas de menace à la primauté du droit⁴⁴⁰. Cette pratique a pris de l'ampleur au fil des

⁴³⁶ Brian BIRD, « The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity », (2019) 42-1 *Manitoba Law Journal* 23, p. 25.

⁴³⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁴³⁸ *Id.*

⁴³⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4.

⁴⁴⁰ *Schachter c. Canada*, préc., note 264, p. 715.

années, et ces considérations ont laissé place à un standard moins exigeant. Les tribunaux suspendent maintenant plus régulièrement les déclarations d'invalidité⁴⁴¹.

Cela étant, la suspension doit être employée seulement en cas de menace grave et réelle à la primauté du droit en raison des implications graves pour l'intégrité du constitutionnalisme. Elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi qui est reconnue comme étant inconstitutionnelle, ce qui est par définition fort problématique. C'est pour cette raison que le professeur Bird trace un parallèle entre ces suspensions d'invalidité et les clauses de dérogation, comme à l'article 33 de la Charte, en fait un genre de clause nonobstant de la branche judiciaire⁴⁴².

Lorsque les suspensions ne sont pas nécessaires en raison de menace grave et réelle à la primauté du droit, leurs justifications sont souvent de nature politique. Le professeur Robert Leckey explique d'ailleurs que :

The kinds of choices made at this remedial stage are essentially political. Think of estimating the financial implications of retrospective invalidity, or of basing a suspension's length on external considerations, such as the time that a meaningful parliamentary process requires.⁴⁴³

⁴⁴¹ Kent ROACH, « Remedial Consensus and Dialogue under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity », (2001) 35-2 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 211-270.

⁴⁴² B. BIRD, préc., note 436.

⁴⁴³ Robert LECKEY, « The Harms of Remedial Discretion », (2016) 14-3 *Int'l J. Const. L.* 584-607, p. 597.

Les tribunaux ordonnent à l'occasion des suspensions comme un genre de marqueur de déférence pour les choix législatifs⁴⁴⁴. Cette pratique irait toutefois à l'encontre des règles jurisprudentielles, qui requièrent qu'une suspension soit seulement utilisée exceptionnellement.

4.3. Les tensions institutionnelles

Les réparations constitutionnelles reflètent de manière concrète l'interaction et le dialogue entre la branche judiciaire et les autres branches du gouvernement, soit les pouvoirs législatifs et exécutifs. Les enjeux concernant le rôle des tribunaux de protéger la Constitution, ainsi que le respect de la séparation des pouvoirs, sont soupesés dans l'élaboration des réparations constitutionnelles. L'efficacité de celles-ci repose sur le niveau de confiance entre les tribunaux et les autres organes gouvernementaux. Les branches exécutive et législative doivent avoir confiance en l'impartialité et la valeur des jugements des tribunaux. À leur tour, les tribunaux doivent avoir confiance quant au respect et à la mise en œuvre des jugements par ces branches.

Aux États-Unis, les tribunaux ont parfois dû avoir recours à des injonctions pour garantir le respect et la mise en œuvre de leurs jugements⁴⁴⁵. La juge en chef McLachlin s'est opposée à cette approche, affirmant que la coopération et le respect mutuel entre les

⁴⁴⁴ Robert LECKEY, « Remedial Practice beyond Constitutional Text », (2016) 64-1 *Am. J. Comp. L.* 1-36, p. 23.

⁴⁴⁵ Debra MCALLISTER, « Charter Remedies and Jurisdiction to Grant Them: The Evolution of Section 24(1) and Section 52(1) », (2004) 25 *Supreme Court Law Review*, p. 74.

branches étaient préférables à l'approche coercitive américaine⁴⁴⁶. L'approche américaine serait également moins favorable aux réparations systémiques, ou aux réparations plus ambitieuses en général.

Les juges majoritaires dans *Power*, une affaire déjà examinée, ont confirmé l'importance inhérente des réparations constitutionnelles, qui ne sont pas subordonnées aux principes de souveraineté parlementaire et de bon gouvernement : « nos réparations constitutionnelles doivent refléter l'interdépendance des principes et parvenir à un équilibre entre l'autonomie gouvernementale et l'obligation de rendre des comptes »⁴⁴⁷. L'idée de « rendre des comptes » apparaît à plusieurs endroits à travers l'arrêt⁴⁴⁸. Ces passages semblent suggérer fortement que les tribunaux, qui historiquement ont eu tendance à porter la déférence à l'égard du législateur, vont davantage se garder un droit de regard à l'avenir, pour vérifier la mise en œuvre des redressements.

4.4. Interaction entre les articles 24 et 52

Les tribunaux n'ont généralement pas octroyé de réparations à la fois sous l'article 24 et sous l'article 52 de la *Charte*, dans une même affaire. Tel qu'expliqué dans *Schachter c. Canada* : « habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24 »⁴⁴⁹. En revanche, dans *Ontario c. G.*, la juge

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ *Canada (Procureur général) c. Power*, préc., note 333, par. 79.

⁴⁴⁸ *Id.*, par. 48, 51, 56, 77 et 93.

⁴⁴⁹ *Schachter c. Canada*, préc., note 264.

Karakastanis explique qu'« à certains égards, la jurisprudence de notre Cour sur les réparations a dépassé l'arrêt *Schachter* »⁴⁵⁰. Dans ce dernier arrêt, la personne lésée avait reçu une exemption à la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité. L'exemption était justifiée sous le par. 24(1) et, du coup, la déclaration fut faite sous le par. 52(1); donc, la possibilité d'interaction entre ces deux dispositions est manifeste, rendant leur cumul possible dans certains cas⁴⁵¹.

En réalité, les articles 24 et 52 de la *Charte* doivent parfois interagir afin de garantir une réparation complète et adéquate. Dans *R. c. Ferguson*, le juge de première instance avait déterminé que la peine minimale applicable à un agent de la Gendarmerie royale du Canada coupable d'homicide involontaire était cruelle et inusitée, c'est-à-dire contraire à l'art. 12 de la *Charte*⁴⁵². Le juge a alors accordé une exemption constitutionnelle afin d'écarter la peine minimale pour l'accusé en vertu du par. 24(1) de la *Charte*⁴⁵³. La Cour suprême a tranché que le par. 52(1) aurait dû être appliqué dans cette affaire afin de rendre la peine minimale inopérante⁴⁵⁴. La CSC a expliqué que ces dispositions ont des objets différents, étant donné que l'article 24 de la *Charte* offre des réparations personnelles, contrairement à l'article 52⁴⁵⁵. De plus, l'article 24 vise les actions des entités gouvernementales, alors que l'article 52 concerne seulement les lois⁴⁵⁶. Donc, lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle puisqu'elle viole les droits de la personne, les

⁴⁵⁰ *Ontario (Procureur général) c. G*, préc., note 411, par. 82.

⁴⁵¹ *Id.*

⁴⁵² *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6.

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ *Id.*, par. 2.

⁴⁵⁵ *Id.*, par. 53.

⁴⁵⁶ *Id.*, par. 61.

justiciables lésés ne reçoivent pas de réparations personnelles. Si la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue, ils ne verront pas une amélioration immédiate de leur situation.

À vrai dire, les objets différents des deux dispositions pourraient signifier un potentiel de complémentarité au lieu d'une incompatibilité. Dans *R. c. Albashir*, la Cour suprême a considéré la possibilité de combiner les paragraphes 24(1) et 52(1), particulièrement dans les cas où le jugement d'invalidité est suspendu⁴⁵⁷. Dans ce sens, on affirme ce qui suit :

Lorsqu'un juge est appelé à déterminer si des droits que garantit la *Charte* à un accusé ont fait l'objet d'une violation visée par le par. 24(1), il est lié par les conclusions constitutionnelles tirées par notre Cour, même si la déclaration elle-même ne s'applique pas. Bien que la décision de la Cour de suspendre l'effet de la déclaration ou de lui donner un effet purement prospectif permette de maintenir la règle de droit temporairement en vigueur afin de ne pas créer de vide juridique qui compromettrait des intérêts publics impérieux, cela n'empêche pas l'octroi de réparations personnelles pour des violations de droits garantis par la *Charte* commises avant que la déclaration ne prenne effet.⁴⁵⁸

L'attribution de réparations sous le par. 24(1) de la *Charte* permet de s'assurer que les personnes lésées ne soient pas laissées sans recours, particulièrement pendant la période de suspension.

Les juges majoritaires dans l'arrêt *Power* ont indiqué en outre qu'il y avait une « présomption générale contre le fait de jumeler les réparations fondées sur les par. 24(1)

⁴⁵⁷ *R. c. Albashir*, préc., note 308, par. 53.

⁴⁵⁸ *Id.*, par. 65.

et 52(1), aucune restriction catégorique ne l'empêche »⁴⁵⁹. On explique que ce jumelage est possible seulement s'il ne cause pas de dédoublement dans les redressements⁴⁶⁰. Les juges majoritaires ajoutent ensuite que « dans certains cas, une déclaration d'invalidité à elle seule peut être insuffisante et peut même se révéler futile »⁴⁶¹.

C'est ainsi que, on l'a vu plus tôt, la Cour a ordonné des dommages-intérêts sous le par. 24(1) pour une loi ayant été déjà été invalidée sous le par. 52(1)⁴⁶². *Power* est donc un précédent important qui ouvre la voie pour l'instauration d'un régime de redressements à la fois systémiques et individuels. Il s'agit d'une avancée significative en jurisprudence au pays.

4.4. Les réparations systémiques et les réparations individuelles

Les enjeux découlant des suspensions de déclarations d'invalidité, de même que par les interactions entre les paragraphes 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *LC de 1982* sont, en réalité, directement liés à la dichotomie qui existe entre les réparations systématiques et les réparations personnelles. Les réparations systémiques tentent de prévenir de futures violations aux droits en question, alors que les réparations personnelles s'intéressent aux besoins des personnes lésées. Kent Roach a présenté une approche qu'il a nommée « two-track », selon laquelle les tribunaux devraient s'efforcer d'inclure des réparations qui sont

⁴⁵⁹ *Canada (Procureur général) c. Power*, préc., note 36, par. 45.

⁴⁶⁰ *Id.*, par. 45.

⁴⁶¹ *Id.*, par. 45.

⁴⁶² *Id.*

à la fois systémiques et personnelles, dans la mesure du possible⁴⁶³. Cette approche est décrite ainsi :

On the first track, courts should play the dominant role in providing meaningful remedies for the litigant. On the second systemic track, they should engage dialogically with the state to prevent similar rights violations in the future.⁴⁶⁴

Le professeur Roach donne l'exemple de l'arrêt *M. c. H.* comme illustration d'une approche binaire⁴⁶⁵. Dans ce cas, les demandeurs plaidaient l'inconstitutionnalité d'un régime d'allocation alimentaire entre conjoints, car ce dernier excluait les couples homosexuels⁴⁶⁶. Alors que le régime législatif a été déclaré inopérant, les demandeurs n'ont pas reçu de réparations individuelles. Le jugement déclaratoire a été suspendu pour une période de six mois, mais les demandeurs n'ont pas reçu d'exemption. Roach explique qu'en employant une approche binaire, la législature aurait eu l'occasion de modifier leur régime afin de le rendre plus conforme, tandis que les demandeurs auraient eu entre-temps accès aux bénéfices en question⁴⁶⁷.

Dans *Johnson v. Sand*, la Cour du banc du roi de l'Alberta a reconnu que le système de succession pour les personnes qui décèdent sans testament était discriminatoire puisqu'aucune partie de la succession n'était attribuée à un partenaire du même sexe⁴⁶⁸. La Cour a donc déclaré que le droit du demandeur, M. Johnson, à l'égalité sous l'article 15 de

⁴⁶³ K. ROACH, préc., note 303.

⁴⁶⁴ *Id.*, p. 6.

⁴⁶⁵ *Id.*, p. 223.

⁴⁶⁶ *M. c. H.*, [1999] 2 RCS 3.

⁴⁶⁷ K. ROACH, préc., note 303, p. 223.

⁴⁶⁸ *Johnson v. Sand*, 2001 ABQB 253.

la *Charte*, avait été violé. Pourtant, elle ne lui a pas attribué de réparation. Elle a plutôt émis une déclaration d'invalidité et suspendu cette dernière pour une période de neuf mois, afin de donner le temps à la législature de modifier la loi⁴⁶⁹. Dans le cas précis, toutefois, M. Johnson n'a pas eu droit à la succession de son partenaire défunt. Par conséquent, malgré l'iniquité, la personne dont les droits ont été violés n'a pas obtenu de réparation ayant des effets concrets dans sa vie.

L'approche binaire de Roach peut constituer une réponse à l'enjeu de la constitutionnalisation identifiée précédemment. En effet, les juges peuvent s'assurer que les individus lésés obtiennent une réparation adéquate et que les dommages ne se répètent pas dans le futur, tout en déférant certains choix politiques à la branche législative.

4.5. Conclusion

Les réparations constitutionnelles ont un potentiel important quant à la mise en œuvre des droits et libertés de manière concrète et efficace. Elles interpellent les enjeux présentés aux chapitres précédents : la séparation des pouvoirs et les rôles institutionnels, la constitutionnalisation par l'interprétation, et les droits positifs.

Le développement jurisprudentiel futur du domaine des réparations est prometteur, en particulier car il permet aux tribunaux de protéger et de voir au respect de la Constitution en exerçant légitimement leur fonction, et ce sans avoir à se remettre aux branches

⁴⁶⁹ *Id.*

législatives et exécutives. En effet, la Constitution permet l'utilisation de réparations constitutionnelles d'une manière à favoriser à la fois l'opérationnalisation systémique des droits constitutionnels et la compensation individuelle. Les tribunaux ne jouent pas seulement le rôle d'interprète de la Constitution, ils contribuent également à l'opérationnaliser. Au contraire, si on se tenait à une séparation des pouvoirs stricte et sans collaboration, les droits et libertés en souffrent au final.

À cet égard, l'explication du théoricien Richard Fallon quant à la nature de la mise en œuvre de la Constitution est intéressante et juste : « Implementation is a function that is often, and sometimes necessarily, collective. No one, and no institution, could successfully implement the Constitution alone. Implementation is extended over time, and it requires collaboration »⁴⁷⁰. Les tribunaux devraient donc assumer leur rôle, réel et substantiel, dans l'opérationnalisation de la Constitution, particulièrement grâce aux réparations constitutionnelles.

⁴⁷⁰ Richard H. FALLON JR., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 37.

Conclusion

Ce mémoire a pour objectif de présenter et d'analyser les éléments principaux liés aux concepts de constitutionnalisation et d'opérationnalisation judiciaire. Deux questions ont été posées en début d'étude : en premier lieu, quelle est la portée du pouvoir de constitutionnalisation des tribunaux ?; en second lieu, quel est le rôle des tribunaux dans l'opérationnalisation des droits et libertés ? Quant à la première question, nous avons réfléchi sur le fait que les jugements et les arrêts des tribunaux peuvent avoir comme effet d'attribuer une protection supra-législative à une situation, à une norme ou à une loi. Nous avons examiné la dimension de légitimité d'une telle constitutionnalisation. Puis, la deuxième problématique portait sur la capacité des tribunaux d'opérationnaliser les droits constitutionnels, autrement dit de mettre en œuvre concrètement les protections de la *Charte*. Nous avons tenté de comprendre dans quelle mesure et comment les tribunaux peuvent légitimement opérationnaliser les droits.

Le premier chapitre, portant sur les fondements théoriques, visait à établir de manière préliminaire les concepts clés aux problématiques présentées. Les principes de la souveraineté parlementaire, les privilèges parlementaires, le contrôle judiciaire et la séparation des pouvoirs sont présents en filigrane dans notre étude. Nous avons conclu que les juges qui accordent une grande importance à la souveraineté parlementaire ou à une définition en silo de la séparation des pouvoirs ont tendance à porter déférence à l'égard de la branche législative, s'agissant de la constitutionnalisation et de l'opérationnalisation des droits et libertés. En revanche, les juges qui favorisent une interprétation plus souple de la séparation des pouvoirs, basée sur la suprématie constitutionnelle, et qui voient le contrôle

judiciaire comme mécanisme de protection constitutionnelle ont davantage tendance à contribuer à la constitutionnaliser et à l'opérationnaliser les droits et libertés.

Les trois chapitres subséquents ont présenté diverses facettes de la constitutionnalisation et de l'opérationnalisation des droits. Dans le deuxième chapitre, nous avons effectué un survol des méthodes d'interprétation constitutionnelle afin de comprendre davantage la pratique judiciaire. Les principes d'interprétation, de même que l'utilisation des valeurs sous-jacentes à la *Charte* et les principes constitutionnels non écrits, tous ces éléments permettent de comprendre comment les tribunaux peuvent constitutionnaliser et opérationnaliser les droits humains au pays. Grâce à l'élaboration d'une méthode d'interprétation, les tribunaux ont contribué à la légitimité de l'exercice de la fonction judiciaire.

Le troisième chapitre a traité du paradigme des droits positifs, c'est-à-dire de l'interprétation des droits de la personne d'une telle manière à requérir des actions positives de la part du gouvernement. Nous avons conclu que, même dans la mesure qu'un tel aspect positif peut être vu comme étant crucial pour l'opérationnalisation des droits, il n'est toutefois pas nécessaire ni efficace de créer une distinction catégorique entre les droits positifs et négatifs.

Enfin, le quatrième chapitre, cardinal pour les fins du présent mémoire, a présenté les réparations constitutionnelles et leur potentiel pour une constitutionnalisation et une

opérationnalisation légitime, efficace et nécessaire. Les articles 24 de la *Charte* et 52 de la *LC 1867* sont des mines d'or pour les tribunaux, surtout pour leur permettre de remplir leur rôle de gardiens de la Constitution et assurer que les droits constitutionnels soient concrètement et réellement garantis.

Il convient maintenant de boucler la boucle, dans un sens, avec un rappel des motifs concordants du juge Rowe dans *R. c. Chouhan*, présentés dans l'introduction de ce mémoire. Le juge Rowe avait émis un avertissement quant à la constitutionnalisation et avait tenté de délimiter le rôle des tribunaux. Il a écrit ceci : « il n'appartient pas aux tribunaux de substituer leurs préférences quant aux décisions de politique à celles du législateur; ils doivent plutôt se limiter à décider si les mesures législatives en cause ont entraîné la violation de droits protégés par la Constitution »⁴⁷¹.

À la lumière de notre étude, nous concluons que, quoique la première partie de ce passage est incontestable, la deuxième partie n'est plus représentative de la fonction judiciaire dans le contexte contemporain. En effet, les tribunaux doivent non seulement décider s'il y a des violations aux droits humains constitutionnalisés, mais ils doivent également les rectifier, voire s'assurer qu'elles ne se reproduiront pas. Dans la limite de leurs fonctions et dans le respect de la séparation des pouvoirs, les tribunaux sont ainsi appelés à collaborer avec les branches exécutive et législative pour s'assurer que toute

⁴⁷¹ *R. c. Chouhan*, préc., note 1, par. 126.

personne se sente protégée de manière concrète grâce aux droits et libertés enchâssés dans la Constitution du Canada.

L'approche du laissez-faire est révolue; les branches judiciaires, exécutives et législatives doivent se rendre des comptes, non seulement entre elles, mais également à l'égard du public. Les tribunaux ne doivent plus rendre de jugements sur une atteinte à la *Charte* sans une réparation correspondante qui est adéquate à la fois pour les plaignants et pour la société en entier. L'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)* est un exemple de ce type de réparation manquée⁴⁷². En 2000, la CSC a déterminé que le Commissaire des Douanes et du Revenu avait porté atteinte à l'art. 15(1) de la *Charte* en refusant indûment l'importation de livres à une librairie se spécialisant en littérature LGBTQ+⁴⁷³. La CSC a émis un jugement déclaratoire⁴⁷⁴. Malgré cette victoire, la librairie s'est présentée de nouveau devant les tribunaux en 2007 en raison d'une continuation du même problème⁴⁷⁵. Cet exemple démontre la nécessité de repenser un système qui permet une violation constitutionnelle flagrante de se répéter malgré un arrêt émanant de la Cour suprême.

À ce sujet, le domaine des réparations constitutionnelles est particulièrement apte à réaliser cet objectif, que d'aucuns appelleront un idéal constitutionnel. Il sera ainsi intéressant de continuer de suivre le développement jurisprudentiel sur ces questions. Ce

⁴⁷² *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 376.

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ *Id.*

⁴⁷⁵ *Id.*

domaine demeure peut-être négligé dans le droit constitutionnel, mais force est de constater qu'il a démontré récemment tout un potentiel de croissance.

Références bibliographiques

Jurisprudence

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation), 2015 CSC 21.

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2004 CSC 78.

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 RCS 315.

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, 2002 CSC 42.

Canada (House of Commons) c. Vaid, [2005] 1 SCR 667.

Canada (Justice) c. Khadr, 2008 CSC 28.

Canada (Premier ministre) c. Khadr, [2010] 1 R.C.S. 44.

Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 CSC 45.

Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources), [1989] 2 R.C.S. 49.

Canada c. Boloh, 2023 CAF 120.

Canada (House of Commons) c. Vaid, [2005] 1 SCR 667.

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, 2011 CSC 44.

Canada (Procureur général) c. Power, 2024 CSC 26.

Carter c. Canada (Procureur général), 2015 SCC 5.

Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec, 2018 CSC 39.

Chaoulli c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 35.

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2008] 2 R.C.S. 326.

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2005 CSC 49.

Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation), 2023 CSC 31.

Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854.

Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation, 2024 CSC 10.

Doré c. Barreau du Québec, 2012 CSC 12.

Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation), [2003] 3 R.C.S. 3.

Dunmore c. Ontario (Procureur général), 2001 CSC 94.

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 RCS 1326.

Edwards v. A.G. of Canada, [1930] AC 124.

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624.

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin, 2004 CSC 59.

Flora v. Ontario Health Insurance Plan, 2008 ONCA 538.

Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455.

Gosselin c. Québec (Procureur général), 2002 CSC 84.

Hak c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 1466.

Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 RCS 995.

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27.

Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2015 CSC 24.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général), [1993] 3 SCR 675.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

Johnson v. Sand, 2001 ABQB 253.

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé), 2001 CanLII 21164 (ON CA).

La Rose v. Canada, 2023 FCA 241.

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497.

Law society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), 2000 CSC 69.

M. c. H., [1999] 2 RCS 3.

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

Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342.

Masse v. Ontario (Minister of Community and Social Services), 1996 CanLII 12491 (ON SCDC).

Mathur v. Ontario, 2020 ONSC 6918.

MédiaQMI inc. c. Kamel, 2021 CSC 23.

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863.

Miron c. Trudel, [1995] 2 RCS 418.

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 RCS 319.

Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), [1996] 2 R.C.S. 3.

Nova Scotia Board of Censors c. McNeil, [1976] 2 R.C.S. 265.

Ontario (Procureur général) c. G, 2020 CSC 38.

Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario, 2013 CSC 43.

Ontario (Procureur général) c. Fraser, 2011 CSC 20.

Ontario (Procureur général) c. Restoule, 2024 CSC 27.

Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York, [1996] 2 R.C.S. 929.

Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441.

Osborne c. Canada (Conseil du trésor), [1991] 2 R.C.S. 69.

Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc., 2020 CSC 32.

R. c. 974649 Ontario Inc., 2001 CSC 81.

R. c. Albashir, 2021 CSC 48.

R. c. Appulonappa, 2015 CSC 59.

R. c. Chouhan, 2021 CSC 26.

R. c. Hape, 2007 CSC 26.

R. c. Jordan, 2016 CSC 27.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 RCS 30.

R. c. Poulin, 2019 CSC 47.

R. c. Regan, 2002 CSC 12.

R. c. Schwartz, [1988] 2 R.C.S. 443.

R. c. Sullivan, 2022 CSC 19.

R. v. Warren, 2024 ONSC 2785.

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753.

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11.

Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, 2018 CSC 48.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 RCS 3.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79.

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793.

RJR-Macdonald inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199.

Roncarelli v. Duplessis, [1959] SCR 121.

Schachter c. Canada, [1992] 2 RCS 679.

Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177.

Société des casinos du Québec inc. c. Association des cadres de la Société des casinos du Québec, 2024 CSC 13.

Succession Eurig (Re), [1998] 2 RCS 56.

Symes c. Canada, [1993] 4 RCS 695.

Tanudjaja v. Canada (Attorney General), 2014 ONCA 852.

TELUS Communications Inc. c. Wellman, 2019 CSC 19.

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., 2004 CSC 66.

Thibodeau c. Air Canada, 2014 CSC 67.

Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général), 2021 CSC 34.

Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2014 CSC 59.

UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity v Government of Saskatchewan, 2024 SKKB 23.

Vancouver (Ville) c. Ward, 2010 CSC 27.

Victoria (City) v. Adams, 2009 BCCA 563.

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Watkins c. Olafson, [1989] 2 R.C.S. 750.

Wynberg v. Ontario, 2006 CanLII 22919 (ON CA).

Articles

Farrah AHMED et Tarunabh KHAITAN, « Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication », (2015) 35-3 *Oxford Journal of Legal Studies* 607-625.

Larry ALEXANDER, « Of Living Trees and Dead Hands: The Interpretation of Constitutions and Constitutional Rights The Coxford Lecture », (2009) 22-2 *Can. J. L. & Jurisprudence* 227-236.

T. R. S. ALLAN, « Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism », (1985) 44-1 *The Cambridge Law Journal* 111-143.

T. R. S. ALLAN, « The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry? », (2002) 61-1 *The Cambridge Law Journal* 87-125.

T. R. S. ALLAN, « Human Rights and Judicial Review: A Critique of “Due Deference” », (2006) 65-3 *The Cambridge Law Journal* 671-695.

Mark ANTAKI, « Values Special Section: McGill Companion to Law », (2020) 66-1 *McGill L. J.* 169-17.

Rémi BACHAND, « L'indétermination et l'interprétation chez les positivistes analytiques : un échange avec Austin, Kelsen, Hart et ... Dworkin », (2005) 37-1 *35-70*.

Robert W. BENNETT, « “Mere” Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory », (1979) 67-5 *California Law Review* 1049-1103.

Stéphane BERNATCHEZ, « Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l'interprétation sémantique à l'application pragmatique du droit », (2015) 56-3-4 *Les Cahiers de Droit* 233.

Stéphane BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2006) 36-1 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 165.

Barbara BILLINGSLEY, « Rights, Recognition, and Rectification: Constitutional Remedies in *Johnson v. Sand* », (2002) 12-2 *Constitutional Forum* 60.

- Brian BIRD, « The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity », (2019) 42-1 *Manitoba Law Journal* 23.
- Jamie CAMERON, « Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment On Gosselin V. Québec », (2003) 20 *Supreme Court Law Review* 65.
- Damiano CANALE et Francesca POGGI, « Pragmatic Aspects of Legislative Intent », (2019) 64-1 *American Journal of Jurisprudence* 125-138.
- Deborah Z. CASS, « The Constitutionalization of Self-Determination », (1998) 92 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 122-126.
- Adam S. CHILTON et Mila VERSTEEG, « Courts' Limited Ability to Protect Constitutional Rights », (2018) 85-2 *The University of Chicago Law Review* 293-336.
- Jesse H. CHOPER, « Consequences of Supreme Court Decisions Upholding Individual Constitutional Rights », (1984) 83-1 *Michigan Law Review* 1-212.
- Sujit CHOUDHRY et Kent ROACH, « Racial and Ethnic Profiling: Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability », (2003) 41-1 *Osgoode Hall Law Journal* 1-36.
- Edward J. COTTRILL, « Novel Uses of the Charter Following Doré and Loyola », (2018) 56-1 *Alberta Law Review* 73.
- Evan J. CRIDDLE et Evan FOX-DECENT, « Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law », (2012) 34-1 *Human Rights Quarterly* 39-87.
- Hugo CYR, « L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme », (1998) 43-2 *Revue de droit de McGill* 45.
- Michael DA SILVA, « Positive Charter Rights: When Can We Open the "Door?" », (2021) 58-3 *Osgoode Hall Law Journal* 669.
- Lawrence DAVID, « A Principled Approach to the Positive/Negative Rights Debate in Canadian Constitutional Adjudication », (2014) 23-1 *FORUM Constitutionnel* 41.
- Peter DE MARNEFFE, « Popular Sovereignty, Original Meaning, and Common Law Constitutionalism », (2004) 23-3 *Law and Philosophy* 223-260.
- David DEENER, « Judicial Review in Modern Constitutional Systems », (1952) 46-4 *The American Political Science Review* 1079-1099.
- Rosalind DIXON, « The Supreme Court of Canada, charter dialogue, and deference », (2009) 47-2 *Osgoode Hall Law Journal* 235-286.

- Nitya DUCLOS et Kent ROACH, « Constitutional Remedies as Constitutional Hints: A Comment on R. v. Schachter », (1990) 36-1 *McGill Law Journal* 1-38.
- Richard H. FALLON, « Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies », (1993) 93-2 *Columbia Law Review* 309-373.
- Noah FELDMAN, « The Voidness of Repugnant Statutes: Another Look at the Meaning of Marbury », (2004) 148-1 *Proceedings of the American Philosophical Society* 27-37.
- Lisa FORMAN, Luljeta CARAOSHI, Audrey R. CHAPMAN et Everaldo LAMPREA, « Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health: How Should We Define and Implement the “Morality of the Depths” », (2016) 20-4 *Int'l J. Hum. Rts.* 531-548.
- Samuel FREEMAN, « Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review », (1990) 9-4 *Law and Philosophy* 327-370.
- Stephen GARDBAUM, « Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism », (2010) 8-2 *International Journal of Constitutional Law* 167-206.
- Marc-Antoine GERVAIS, « Les impasses theoriques et pratiques du controle de constitutionnalite Canadien », (2021) 66-3 *McGill Law Journal* 509-564.
- Randal GRAHAM, « Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws” », (2006) 34 *The Supreme Court Law Review*.
- Richard HAIGH et Michael SOBKIN, « Does the observer have an effect?: An analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada’s courts », (2007) 45-1 *Osgoode Hall Law Journal* 67-90.
- Mark S. HARDING et Rainer KNOPFF, « Constitutionalizing Everything: The Role of Charter Values », (2013) 18-2 *Rev. Const. Stud.* 141-160.
- Alon HAREL, « Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification », (2003) 22-3/4 *Law and Philosophy* 247-276.
- Peter W HOGG, Allison A BUSHELL THORNTON et Wade K WRIGHT, « Charter dialogue revisited: Or “much ado about metaphors” », (2007) 45-1 *Osgoode Hall Law Journal* 1-65.
- Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All) », (1997) 35-1 *Osgoode Hall L. J.* 75-124.
- I. A. HUNTER, « Human Rights Legislation in Canada: Its Origin, Development and Interpretation », (1976) 15 *U. W. Ontario L. Rev.* 21-58.

Vincent KAZMIERSKI, « “Untethered”: How the majority decision in Toronto (City) v Ontario tries (but fails) to break away from the Supreme Court of Canada’s unwritten constitutional principle jurisprudence », (2023) 54-2 *University of Ottawa Law Review* 197.

John Mark KEYES et Carol DIAMOND, « Constitutional Inconsistency in Legislation— Interpretation and the Ambiguous Role of Ambiguity », (2017) 48-2 *University of Ottawa Law Review* 315.

Matthias KLATT, « Positive Rights: Who Decides: Judicial Review in Balance », (2015) 13-2 *Int’l J. Const. L.* 354-382.

Robert LECKEY, « Remedial Practice beyond Constitutional Text », (2016) 64-1 *Am. J. Comp. L.* 1-36.

Robert LECKEY, « The Harms of Remedial Discretion », (2016) 14-3 *Int’l J. Const. L.* 584-607.

Jean LECLAIR, « Canada’s Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001) 27-2 *Queen’s L.J.* 389-444.

Jean LECLAIR, « Unwritten Constitutional Principles: The Challenge of Reconciling Political and Legal Constitutionalisms Foreword », (2019) 65-2 *McGill L. J.* 153-174.

W. R. LEDERMAN, « Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1985) 11-1 *Queen’s L.J.* 1-25.

Mark A. LEMLEY, « The Constitutionalization of Technology Law », (2000) 15-2 *Berkeley Technology Law Journal* 529-534.

Vanessa A MACDONNELL, « The Constitution as Framework for Governance », (2013) 63-4 *The University of Toronto Law Journal* 624-654.

Vanessa MACDONNELL, « The New Parliamentary Sovereignty Special Issue: Politics and the Constitution: A Comparative Approach », (2016) 21-1 *Rev. Const. Stud.* 13-36.

Vanessa A. MACDONNELL, « Rethinking the Invisible Constitution: How Unwritten Constitutional Principles Shape Political Decision-Making », (2019) 65-2 *McGill L. J.* 175-206.

Emmett MACFARLANE, « Dialogue, Remedies, and Positive Rights: Carter v Canada as a Microcosm for Past and Future Issues Under the Charter of Rights and Freedoms », (2017) 49-1 *Revue de droit de l’Université d’Ottawa* 107.

- Emmett MACFARLANE, « Judicial amendment of the constitution », (2021) 19-5 *International Journal of Constitutional Law* 1894-1924.
- Carissima MATHEN, « Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on Charter Dialogue Revisited Charter Dialogue: Ten Years Later: Commentary », (2007) 45-1 *Osgoode Hall L.J.* 125-146.
- Debra MCALLISTER, « Charter Remedies and Jurisdiction to Grant Them: The Evolution of Section 24(1) and Section 52(1) », (2004) 25 *Supreme Court Law Review*.
- Christopher MCCRUDDEN, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », 19-4 *The European Journal of International Law*.
- Christopher MCCRUDDEN, « A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », (2000) 20-4 *Oxford Journal of Legal Studies* 499-532.
- Beverley MCLACHLIN, « The Charter: A New Role for the Judiciary », (1991) 29-3 *Alberta Law Review* 540.
- Karine MILLAIRE, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : judiciarisation des faits sociaux ou argumentation judiciaire des valeurs? », (2019) 53-3 *Éditions Thémis* 502.
- Jo Eric Khushal MURKENS, « The Quest for Constitutionalism in UK Public Law Discourse », (2009) 29-3 *Oxford Journal of Legal Studies* 427-455.
- Gerald L. NEUMAN, « Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance », (2003) 55-5 *Stanford Law Review* 1863-1900.
- Aoife O'DONOGHUE, « Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalization Debate », (2012) 32-4 *Oxford Journal of Legal Studies* 799-822.
- Benoît PELLETIER, « Quelques réflexions sur la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme au sein de l'État », (2022) 51-1 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 91.
- PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ et STEPHANE BEAULAC, « 'Driedger's 'Modern Principle' at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, and Legitimization' », (2005) 40-1 *Revue Juridique Themis* 131-172.
- Danielle PINARD, « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la Charte canadienne des droits et libertés », (1990) 35-2 *Revue de droit de McGill* 305-344.

Thomas POOLE, « Legitimacy, Rights and Judicial Review », (2005) 25-4 *Oxford Journal of Legal Studies* 697-725.

Bruce PORTER, « Beyond Andrews: Substantive Equality and Positive Obligations After Eldridge and Vriend », (1998) 9-3 *FORUM Constitutionnel* 71.

Robert POST et Reva SIEGEL, « Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy », (2004) 92-4 *California Law Review* 1027-1043.

Kent ROACH, « The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies », (2018) 5-2 *J. Int'l & Comp. L.* 315-336.

Kent ROACH, « Dialogic Remedies Symposium: Weak-Form Review in Comparative Perspective », (2019) 17-3 *Int'l J. Const. L.* 860-883.

Gerald N. ROSENBERG, « The Implementation of Constitutional Rights: Insights from Law and Economics », (1997) 64-4 *The University of Chicago Law Review* 1215-1224.

Wojciech SADURSKI, « Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights », (2002) 22-2 *Oxford Journal of Legal Studies* 275-299.

Colleen SHEPPARD, « Feminist Pragmatism in the Work of Justice Bertha Wilson », (2008) 41 *The Supreme Court Law Review*.

Colleen SHEPPARD, « Inclusion, Voice, and Process-Based Constitutionalism Special Issue: Rights Constitutionalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2012) 50-3 *Osgoode Hall L. J.* 547-574.

Colleen SHEPPARD, « Inclusive Equality and New Forms of Social Governance », (2004) 24 *Supreme Court Law Review* 449.

Léonid SIROTA, « Purposivism, Textualism, and Originalism in Recent Cases on Charter Interpretation », (2021) 47-1 *Queen's Law Journal* 78.

Léonid SIROTA et Benjamin OLIPHANT, « Has the Supreme Court of Canada Rejected 'Originalism'? », (2016) 42-1 *Queen's Law Journal* 107.

C. Lynn SMITH, « Judicial Interpretation of Equality Rights under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some Clear and Present Dangers », (1988) 23-1 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 65-96.

Horacio SPECTOR, « Judicial Review, Rights, and Democracy », (2003) 22-3/4 *Law and Philosophy* 285-334.

Adrienne STONE, « Judicial Review without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review », (2008) 28-1 *Oxford Journal of Legal Studies* 1-32.

Adrienne STONE, « Democratic Objections to Structural Judicial Review and the Judicial Role in Constitutional Law », (2010) 60-1 *The University of Toronto Law Journal* 109-135.

Luc B. TREMBLAY, « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice Symposium: Marbury and Its Legacy: Comparative Perspectives on Judicial Review in Canadian Courts », (2004) 36-3 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 515-542.

Christine VÉZINA, « Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels : tendances à la Cour suprême du Canada », (2020) 61-2 *Les Cahiers de droit* 495-538.

Jeremy WALDRON, « Constitutionalism: A Skeptical View », (2012) 10-87 *New York University School of Law, Public Law Research Paper*.

Cara WILKIE et Meryl Zisman GARY, « Positive and Negative Rights under the Charter: Closing the Divide to Advance Equality », (2011) 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37-60.

Rivka WEILL, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making », (2014) 62-1 *The American Journal of Comparative Law* 127-169.

Ann WOOLHANDLER, « The Common Law Origins of Constitutionally Compelled Remedies », (1997) 107-1 *The Yale Law Journal* 77-164.

Margot YOUNG, « Charter Eviction: Litigating out of House and Home », (2015) 24 *J.L. & Soc. Pol'y* [i]-67.

Livres

Joel BAKAN, *Just words : constitutional rights and social wrongs*, Toronto, Ont., University of Toronto Press, 1997.

Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interpretatio non cessat : mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 2011.

Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2011.

Isaiah BERLIN, *Liberty : incorporating « four essays on liberty »*, coll. Oxford scholarship online, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Pierre-André CÔTÉ et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2021.

David DYZENHAUS et Malcom THORNBURN, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Elizabeth FISHER, Jeff KING, Alison L. YOUNG et Paul CRAIG, *The foundations and future of public law*, 1^e éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.

Sandra FREDMAN, *Human rights transformed : positive rights and positive duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.

Cameron HUTCHISON, *The fundamentals of statutory interpretation*, Toronto, Lexis Nexis, 2018.

Cameron HUTCHISON, *The modern principle of statutory interpretation*, Toronto, Lexis Nexis, 2022.

Malcolm LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, Leiden, Cambridge University Press, 2009.

Louis LEBEL, *L'art de juger*, Québec, Presses de l'université Laval, 2019.

Ron LEVY, Hoi L. KONG, Graeme ORR et Jeff KING, *The Cambridge handbook of deliberative constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996.

Christopher MANFREDI et Antonia MAIONI, *Health care and the charter : legal mobilization and policy change in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2018.

Aoife O'DONOGHUE, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2014.

Peter OLIVER, Claire DESROSIERS et Patrick MACKLEM, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Kent ROACH, *Remedies for human rights violations : a two-track approach to supra-national and national law*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021.

Kent ROACH, *Constitutional remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2013.

Kent ROACH, *The Supreme Court on trial : judicial activism or democratic dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2016.

Gerald N. ROSENBERG, *The hollow hope : can courts bring about social change?*, Chicago, University of Chicago, 1991.

Scott SHAPIRO, *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

Robert J. SHARPE, *Charter litigation*, Toronto, Butterworths, 1987.

David E. SMITH, John C. COURTNEY et Peter MACKINNON, *After Meech Lake : lessons for the future*, Saskatoon, Fifth House, 1991.

Ruth SULLIVAN, *Statutory interpretation*, Toronto, Irwin Law, 2016.

Ruth SULLIVAN et Elmer A. DRIEDGER, *The construction of statutes*, 7^e éd., Toronto, Ontario, LexisNexis Canada Inc., 2022.

Richard TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2004.

WILLIAM ESKRIDGE, *Dynamic statutory interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

Katharine G. YOUNG, *Constituting economic and social rights*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2014.

Katharine G. YOUNG, *The future of economic and social rights*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2019.