



AU SOMMAIRE

L'arbitrage en Belgique
FRANCIS DELPERE... Page 2

La Cour suprême et le monde ordinaire
ROBERT DÉCARY... Page 3

La responsabilité civile
ALLAN LINDEN... Page 3

Contrôle judiciaire Canada-US
PETER W. HOGG... Page 4

L'égalité constitutionnelle
DANIEL PROULX... Page 4

La modernisation de la Cour
PETER H. RUSSELL... Page 5

Cour suprême et code civil
ERNEST CAPARROS... Page 6

La juridiction constitutionnelle en RFA
H. STEINBERGER... Page 6

Le droit civil
J.-L. BAUDOIN... Page 7

Le droit criminel
JEAN-C. HÉBERT... Page 7

La France et la protection des droits
LOUIS FAVOREU... Page 8

Ce cahier est publié à l'occasion de la Conférence sur la réforme de la Cour suprême organisée par l'Université d'Ottawa.

Le troisième pouvoir de l'État

GÉRALD-A. BEAUDOIN

L'auteur est professeur et président de la Conférence

La Cour suprême du Canada est une institution fondamentale et un rouage essentiel de notre système politique. Elle est le troisième pouvoir de l'État. Au sein de la fédération canadienne, elle joue un rôle d'arbitre suprême; elle est la gardienne de la Constitution. Bilingue, bijuridique, cette institution est peut-être unique au monde. Avec l'avènement, en 1982, d'une charte constitutionnelle des droits, on saisit plus facilement aujourd'hui toute son importance. Cette dernière ne peut être exagérée.

Il est bon de s'interroger tous ensemble sur le rôle qu'elle doit jouer aujourd'hui et demain.

Nous avons choisi six thèmes pour nos travaux.

1. La Charte canadienne des droits et libertés

Sur le plan judiciaire, il s'agit de la plus grande révolution depuis l'avènement du fédéralisme en 1867. Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Canada est rigoureux. Nos Cours assurent le

respect de la Constitution. Elles déclarent inopérantes les lois fédérales et provinciales qui ne respectent pas le partage des compétences. Dorénavant, elles devront, en plus, vérifier l'adéquation des lois avec la Charte constitutionnelle de 1982. C'est le tribunal suprême de notre pays qui sera appelé à donner à cette Charte son vrai visage. Les autres tribunaux devront à leur tour s'adapter à cette seconde révolution.

Notre Cour suprême a protégé les libertés fondamentales à partir surtout du partage des compétences. En témoigne de façon particulière la période 1950-1960. Avec l'avènement d'une charte constitutionnelle, c'est de façon directe qu'elle pourra dorénavant s'attaquer au problème.

La Cour voit ainsi son rôle considérablement agrandi. Aucun citoyen ne peut demeurer indifférent aux décisions de la Cour suprême dans ce domaine.

Dans une certaine mesure, les juges sont les architectes de la Constitution. Le constituant ne peut tout prévoir; il lui arrive de faire emploi de termes vagues, souvent à dessein. Il revient aux Cours de préciser les vocables utilisés.

Dans une entrevue qu'il accordait ces derniers jours à l'Agence Southam, le juge en chef Brian Dickson déclarait que la Cour suprême, à partir de cas individuels portant sur la Charte, entend bâtir une « cathédrale de la jurisprudence ».

Déjà la Cour a émis des principes de grande importance. Ainsi, dans l'affaire de la *Loi du dimanche*, elle semble opter pour le critère de la proportionnalité, dans l'interprétation de l'article 1 de la Charte.

2. Le partage des compétences

Me L.P. Pigeon (plus tard juge à la Cour suprême du Canada) écrivait, avec raison, que l'interprétation d'une Constitution est aussi importante que sa rédaction. Le Conseil privé et la Cour suprême ont orienté le fédéralisme canadien. Notre plus haut tribunal a répudié peu d'arrêts du Conseil privé mais dans plusieurs domaines voilà qu'il trace son propre sillage! C'est l'éternel dilemme « centralisation — décentralisation ». C'est l'équilibre des pouvoirs comme a su si bien le décrire le professeur Archibald Cox.

Les litiges sur la Charte des

droits relègueront-ils dans l'ombre les conflits sur le partage des pouvoirs? Diminueront-ils le nombre de ces derniers? Nous ne le croyons pas. C'est également l'avis du professeur Hogg.

Ce qui caractérise le fédéralisme, c'est évidemment le partage des compétences entre deux ordres de gouvernement. Cependant, les différends qui naissent de ce partage varient en intensité d'une fédération à l'autre et la façon de les régler n'emprunte pas la même voie dans tous les États fédéraux. Nombreux sont au Canada les arrêts sur le partage des pouvoirs. Rien ne laisse entrevoir qu'il en sera autrement dans 10 ans. Par contre, aux États-Unis, ils se font de plus en plus rares.

3. Le droit pénal

Les litiges en droit criminel ont été nombreux en Cour suprême. La Charte constitutionnelle viendra-t-elle changer les choses? Quel a été le rôle de la Cour suprême en ce domaine? Quel doit être son rôle demain? Devrait-on avoir une Cour générale d'appel pour tout le Canada en droit criminel, avec appel à la Cour suprême sur permission? Ceci, afin de dégager la Cour suprême?

4. Droit civil et Common Law

La Cour suprême depuis quelques années a nettement pris un virage vers le droit public. Était-ce dans la logique des choses? Des spécialistes ont accepté d'analyser le rendement de la Cour suprême dans le domaine du droit civil et de la Common Law.

5. Structures et modernisation

L'année de son centenaire, la Cour s'est vu accorder le pouvoir d'entendre les appels sur permission, en principe. Il y a peu d'appels de plein droit. Il est douteux que ce principe soit modifié. Nous ne le souhaitons pas, pour notre part.

La Cour suprême a beaucoup changé. Elle rend environ 140 arrêts par année. Elle choisit les litiges les plus importants. La Cour entend des requêtes sur place bien sûr, mais de l'extérieur aussi, grâce aux techniques modernes. La Cour ouvre la porte à la télévision. La presse est de plus en plus présente à la Cour. À cause de la Charte des droits qui rejoint tout le monde, la presse de son côté s'intéresse de plus en plus au tra-

Suite à la page 2

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

La Cour d'arbitrage en Belgique

FRANCIS DELPERÉE

L'auteur est professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, assesseur à la section de législation du Conseil d'État

La dernière révision de la Constitution belge remonte au 29 juillet 1980. À ce moment, il est précisé qu'il y a pour toute la Belgique une Cour d'arbitrage. La loi du 28 juin 1983 détermine sa composition, sa compétence et son fonctionnement. La nouvelle Cour sera composée en septembre 1984 et installée solennellement, le 1er octobre.

Au moment où la Cour d'arbitrage rend ses premiers arrêts, il n'est pas inutile de relever quelques questions que pose l'organisa-

tion de cette juridiction constitutionnelle. Peut-être éclaireront-elles le débat qui se poursuit au Canada sur le statut et le rôle de la Cour suprême.

1) La Cour d'arbitrage n'intervient pas sur une scène vide. Elle ne modifie pas les missions assignées à d'autres institutions. Ainsi, le contrôle préventif de la constitutionnalité des lois demeure de la compétence de la section de législation du Conseil d'État : les avis qu'il donne au gouvernement comme au Parlement au moment de la confection des lois subsistent. Mais au barrage en amont, ceci rajoute désormais un barrage en aval.

Le pouvoir judiciaire, avec à sa tête la Cour de cassation, continue à vérifier la constitutionnalité des

règlements et des actes de l'autorité; il ne s'autorise pas néanmoins à contrôler la constitutionnalité de la loi. La section d'administration du Conseil d'État, de son côté, conserve la prérogative d'annuler ces mêmes règlements. En somme, le contentieux constitutionnel est partagé en Belgique. Celui des règlements ou des actes administratifs va aux juges ordinaires au Conseil d'État; celui des lois est réservé à la Cour d'arbitrage.

2) La Cour d'arbitrage n'est pas une cour constitutionnelle à part entière. Elle n'est pas investie des tâches du contrôle global de constitutionnalité des lois. Elle ne connaît que d'un contrôle spécialisé. Très concrètement, elle vérifie si le partage des pouvoirs, tel qu'il est ins-

crit dans la constitution, est bien respecté. Si tel n'est pas le cas, elle censure les lois nationales ou les décrets (soit les lois communautaires et régionales) qui n'auraient pas respecté les règles d'organisation d'un État quasi fédéral. Par contre, la Cour d'arbitrage est incompétente pour annuler une loi ou un décret qui méconnaîtrait, par exemple, les droits de la personne.

3) Il y a lieu d'être attentif aux modes de désignation des membres de la Cour d'arbitrage. Les procédures retenues tirent parti des structures quasi fédérales de l'État belge. La Cour de 12 membres se compose donc de six juges d'expression française et de six juges d'expression néerlandaise. Ceux-ci sont nommés par le Roi, sur une liste double présentée par le Sénat,

il est entendu que la Haute assemblée se prononce à la majorité des deux tiers.

Plusieurs objectifs sont poursuivis à la faveur de ces procédures de désignation. Donner à la Cour d'arbitrage une légitimité démocratique indiscutable; sauvegarder par des quorums particuliers les droits de l'opposition, éviter, par les présentations d'une assemblée politique, la constitution d'un gouvernement des juges.

La Cour d'arbitrage belge n'est pas un produit d'exportation. Les problèmes que sa création a pu susciter sont néanmoins révélateurs des difficultés que suscitent, à travers le monde, l'organisation et le fonctionnement de la justice constitutionnelle.

Le troisième pouvoir de l'État

Suite de la page 1

vail de la Cour. C'est un point de non retour.

La composition de la Cour a varié de 1875 à 1949. Au début, elle comportait six juges. En 1927, ce nombre fut porté à sept. En 1949, quand elle devint vraiment suprême, ce nombre fut haussé à neuf. La Loi constitutionnelle de 1982 prévoit que, pour changer la composition de la Cour suprême, il faut le concours des 11 autorités. Certains s'interrogent sur la portée de cette garantie constitutionnelle.

Notre pouvoir judiciaire est puissant et indépendant. Cependant, on devrait quand même ajouter un article à notre Constitution pour consacrer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Personne ne s'opposerait à pareil enclassement au contraire.

Le Parlement du Canada pourrait créer une Cour générale d'appel en matière criminelle, une Cour générale en matière de droit fédéral pour tout le Canada; il y aurait appel sur permission à la Cour suprême. Ceci permettrait d'unifier le droit fédéral tout en dégageant la Cour suprême.

La Cour a changé beaucoup plus qu'il n'y paraît au premier regard = 1) Elle est passée à neuf juges; 2) ses décisions sont dans les deux langues; 3) la traduction simultanée a été installée; 4) la plupart des arrêts sont maintenant en droit public; 5) la Cour utilise une technique moderne; 6) la Loi constitutionnelle de 1982 traite de la Cour suprême.

6. Le rôle des Cours d'appel de dernier ressort

Nous avons consacré un thème au rôle des Cours d'appel de dernier ressort dans certains pays.

On dit toujours que les Cours anglaises ne se prononcent pas en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois. C'est oublier que le Conseil privé a interprété notre Constitution pendant 80 ans.

Il est à prévoir que la jurisprudence établie par la Cour suprême des États-Unis en matière consti-



La foule se presse en attendant la décision de la Cour suprême de 1982 sur la Constitution.

tionnelle continuera d'influencer notre Cour suprême.

La Cour suprême du Canada et la Cour suprême des USA ont des ressemblances frappantes. Elles jugent toutes deux en dernier ressort, sont composées toutes deux de neuf juges et assurent toutes deux un contrôle de la constitutionnalité des lois. Elles sont toutes deux prestigieuses, puissantes, indépendantes.

Elles diffèrent par contre sur quelques plans fort importants. Contrairement à la Cour suprême des USA, notre plus haut tribunal est bilingue et bi-juridique; sa juridiction est nationale et non pas uniquement fédérale. La Cour suprême du Canada donne des opinions, des avis consultatifs. Il n'en est pas ainsi aux USA.

Il nous a semblé intéressant de nous pencher sur le rôle du Conseil

constitutionnel de France et sur la nouvelle Cour d'arbitrage belge. Bien sûr cette dernière Cour et ce Conseil diffèrent beaucoup de notre Cour suprême; cependant, il est loin d'être inutile d'en étudier les structures, le rôle et le fonctionnement.

La cour constitutionnelle de la République fédérale allemande offre un intérêt qui saute aux yeux. Certes, il s'agit d'une véritable

Cour constitutionnelle spécialisée; cependant avec l'avènement de la Charte des droits, notre Cour suprême ne devient-elle pas, en partie, pour un temps du moins, une Cour constitutionnelle... de facto?

Enfin, un spécialiste du rôle des Cours d'appel de dernier ressort dans le monde hispanique viendra nous entretenir des Cours suprêmes dans d'autres pays.

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

La Cour suprême se désintéresse-t-elle du monde ordinaire?

Me ROBERT DÉCARY

Conférence sur la Cour suprême du Canada, Ottawa, 3 octobre 1985.

Je ne crois pas qu'il y ait lieu de réformer en profondeur la structure actuelle de la Cour. Du moins, pas tant que ne seront pas révisés, à travers le pays, les mécanismes d'appel. Je suis enclin à croire que c'est par l'addition de nouveaux paliers d'appel, que les justiciables seront mieux servis, plutôt que par l'addition de nouveaux juges à la Cour suprême ou la formation de bancs spécialisés. Certains arrêts récents indiquent la difficulté d'en arriver à une unanimité, voire à un consensus, avec un banc de neuf juges. L'addition de nouveaux juges ne ferait qu'accroître les risques de division et d'incertitude et rendrait impossible une collégialité, déjà difficile.

La formation de bancs spécialisés est un concept attrayant dans le contexte actuel en ce qu'il permettrait à la Cour de mieux conserver son rôle de cour générale d'appel. Mais dans la mesure où l'on pense en fonction de nouvelles cours d'appel intermédiaires, je suis réticent devant l'idée de « spécialiser » des juges et je préférerais, de beaucoup, que la Cour continue d'être, dans tous les domaines du droit, public autant que privé, une cour « généraliste », siégeant le plus souvent possible avec un banc complet. La spécialisation ou l'outrance d'un juge, pourrait lui fermer des horizons importants et le priver d'une vue d'ensemble essentielle à la création d'une jurisprudence qui réponde autant aux exigences de la loi qu'aux besoins de la société et du justiciable.

Il est, cependant, de nombreuses réformes, moins fondamentales, qui pourraient être apportées dès maintenant.

Les maladies et absences répétées, au cours des dernières années, d'un ou deux des membres de la Cour, ont entraîné fatigue, tension, lenteurs et retards. Aussi, ne faudrait-il pas craindre de repenser le mécanisme du juge *ad hoc*. (...)

Il faudra, par ailleurs, remplacer les règles d'audition qui sont désu-

tes. Que d'heures et que de jours sont consacrés à entendre des plaidiers dont la présence est inutile ou dont l'exposé pourrait être considérablement abrégé. Au niveau des requêtes en autorisation de pourvoi, la Cour, à l'heure actuelle, n'a pas le choix : la Loi exige une audition morale. Il faudrait donc amender la Loi et permettre à la Cour de décider elle-même, dans chaque cas, s'il y a lieu, ou non, d'entendre oralement les parties. (...)

Une réforme, aussi, s'impose en matière d'interventions, lesquelles se multiplient avec un profit à tout le moins douteux pour la Cour. Il faut d'abord remettre en question, très sérieusement, la possibilité d'intervention de quiconque en matière pénale, à moins que ce ne soit en faveur du prévenu. Il est en effet anormal, injuste et oppressif d'imposer à un prévenu le fardeau additionnel de faire face à plus d'un adversaire, au point même qu'il faille entrevoir la possibilité d'invoquer, en un tel cas, une forme d'« abuse of process » contraire aux règles de justice fondamentale. Il faut ensuite, là où l'intervention est permise, l'encadrer de normes très rigides, dont celle de ne pouvoir plaider que par écrit. Ainsi, l'intervenant qui ne se satisfait pas des prétentions d'une partie, pourrait faire valoir son propre point de vue, mais sans encombrer inutilement de sa présence l'audition de la cause. (...)

La Cour se voit aussi imposer une multitude de pourvois, dits de plein droit, en matière criminelle. Dix-sept, déjà, cette année, contre quelque quarante autorisations de pourvoi accordées. La disproportion est énorme. Ce sont là des affaires sur lesquelles la Cour n'exerce aucun contrôle, et qui rendent impossible toute planification à long terme. À chaque pourvoi de plein droit correspond, en pratique, une autorisation de pourvoi en moins. C'est là privilégier le justiciable « pénal » par rapport au justiciable « non pénal ». La possibilité d'en appeler de plein droit devra être remise en question.

Voilà pour ce qui est de certaines réformes.

Une plus grande accessibilité

L'accessibilité peut se mesurer en termes de coût. Elle doit se mesurer, aussi, en termes de possibilité d'appel.

En termes de coût, l'arrivée des communications par satellite apporte un soulagement inespéré aux justiciables les plus éloignés d'Ottawa. Il m'apparaît normal, à cet égard, que l'Etat assume les frais de ceux qui, par satellite ou autrement, s'adressent à la Cour suprême du pays. Le justiciable de Vancouver devrait avoir autant accès à la Cour suprême, et au même coût, que le justiciable d'Ottawa. Et si la Cour décidait, par exemple, de restreindre aux seules autorisations de pourvoi l'usage du satellite, je ne vois pas pourquoi l'Etat ne paierait pas, à défaut du satellite, les frais de déplacement encourus par les procureurs des parties pour l'audition au mérite. Il n'y a de justice pour tous, que là où le coût de la justice est le même pour tous.

De même, il est inacceptable qu'un prévenu n'ait pas droit à des dépens devant la Cour suprême. Il en coûte déjà assez cher, pour se disculper, quand on lutte contre l'Etat, que le moins qu'on puisse faire, c'est de donner à la Cour la discrétion d'ordonner à l'Etat de payer les frais du prévenu. (...) Si c'est l'avancement du droit qui est recherché, il faudrait éviter que ce soit les plus démunis qui en paient la note.

L'accessibilité doit aussi se mesurer en termes de possibilité d'appel. Et sur ce point, la Cour suprême semble en voie de perdre contact avec la réalité quotidienne et avec ce que j'appelle le justiciable « ordinaire », c'est-à-dire celui qui, paisiblement, mène son train-train quotidien, dans le respect des lois du pays.

Depuis l'avènement de la Charte, en effet, la Cour ne jure, et ne juge plus que par elle. Comme si cette nouvelle loi rendait subitement désuètes, ou sans intérêt, ces autres lois qui, pourtant, constituent encore et toujours le lot du justiciable ordinaire. Il suffit, désormais, d'invoquer la Charte, pour capturer l'intérêt des juges. Les causes « de Charte » augmentent, celles de

« droit ordinaire » diminuent, et comme les causes « de Charte » amènent la Cour dans le champ de la moralité, des sciences sociales et de la politique, les délibérés se font plus délicats et troublants, l'unanimité se fait plus difficile à rallier, et la Cour se voit forcée à sabrer encore davantage dans le nombre de pourvois qu'elle accepte d'entendre. La Cour, devenu « faiseuse » ou « défaiseuse » plutôt qu'interprète de loi, met de plus en plus de temps à décider de moins en moins de causes. Les statistiques confirment cette constatation.

La Cour siège moins souvent qu'auparavant, elle entend, en conséquence, moins de pourvois qu'auparavant, elle accueille, en conséquence, moins de requêtes en autorisation de pourvoi qu'auparavant.

Et parmi ces requêtes qu'elle accueille, il en est de plus en plus en matière constitutionnelle et criminelle, et de moins en moins en droit provincial, notamment en droit civil. Si l'on combine les nouvelles questions sur lesquelles la Cour accepte de se pencher, aux questions qui lui sont soumises par renvoi, par pourvois de plein droit en matière pénale et par les cours d'appel, l'on constate que les deux-tiers des dossiers ouverts par le greffe depuis le début de 1985, concernent des questions de nature constitutionnelle et pénale.

La désaffection, si l'on peut dire, de la Cour suprême à l'égard du droit « provincial », est particulièrement frappante en matière de droit civil québécois. À ce jour, en effet, une seule des requêtes accueillies par la Cour en 1985, concerne une affaire de droit civil québécois.

À toutes fins utiles, donc, la Cour, d'elle-même, choisit de réduire le nombre de ses interventions et de concentrer celles-ci dans les domaines du droit constitutionnel et du droit pénal.

Ce choix de la Cour et cette spécialisation, m'apparaissent, à l'heure actuelle, contraires à la loi. Ils risquent de causer un préjudice sérieux à l'ensemble du système judiciaire canadien et, cela s'ensuit, au justiciable canadien.

Contraire à la loi, parce qu'aux termes de sa loi constitutive, la

Cour suprême du Canada est « une cour générale d'appel pour le Canada » (art. 3) et elle « possède, détient et exerce une juridiction d'appel en matière civile et criminelle dans les limites du Canada et par tout le Canada » (art. 35). La Cour se comporte comme si elle était devenue un tribunal constitutionnel, alors qu'elle ne l'est pas, pas encore du moins. Il se peut qu'elle soit appelée à le devenir, il se peut qu'il soit souhaitable qu'elle le devint, mais le fait est, qu'en loi, elle demeure toujours une « cour générale d'appel pour le Canada » et qu'en loi, elle doit encore exercer sa juridiction d'appel en matière civile.

Préjudice sérieux au système judiciaire canadien, parce qu'en se « constitutionnalisant » prématurément, la Cour a transformé les cours d'appel en cours de dernière instance, alors qu'elles ne sont pas équipées, en ce moment, pour l'être, et alors qu'il n'existe encore aucune structure intermédiaire prête à combler le vide laissé par le retrait de la Cour suprême et capable de veiller à l'uniformisation du droit.

La Cour suprême, en exerçant une discrétion que les cours d'appel n'ont pas, en entendant moins de causes que par le passé et en restreignant de plus en plus ses champs d'intervention, impose aux cours d'appel une pression de tribunal de dernière instance qu'elles n'ont pas la compétence de décliner et qu'elles n'ont pas les moyens de subir. Il ne peut en résulter qu'un affaiblissement du droit à l'échelle du pays.

Préjudice sérieux au justiciable canadien, parce que, non seulement ses droits sont-ils décidés, de plus en plus, en dernière instance, par des cours d'appel qui n'ont pas les moyens de suffire à la tâche, mais aussi parce que l'accès au plus haut tribunal du pays se voit à toutes fins utiles fermé à quiconque n'est pas un gouverneur, un accusé ou une personne cherchant à se prévaloir de quelque disposition de la Charte canadienne des droits et libertés. Paradoxalement, on peut se demander si « l'égalité devant la loi », établie par l'art. 15 de la Charte, existe en Cour suprême du Canada. (...)

La responsabilité civile délictuelle

ALLAN LINDEN

L'auteur est président de la Commission de réforme du droit du Canada

SI TÔT arrivé à Berkeley en 1960, j'ai reproché au doyen Prosser de n'avoir tenu aucun compte de la jurisprudence canadienne en matière de responsabilité civile délictuelle dans son ouvrage intitulé « The Law of Torts ». Avec un sourire, il m'a alors invité à lui signaler quelques arrêts dignes de figurer dans son traité, me promettant de les intégrer à la prochaine édition. Un peu plus tard, j'ai dû lui avouer avec un certain embarras qu'après une recherche approfondie, je n'avais pu découvrir que très peu de décisions véritablement intéressantes.

Les choses ont bien changé : la Cour suprême du Canada et les tribunaux de toutes juridictions ont depuis lors rendu quantité d'arrêts

réfléchis et innovateurs, qui mériteraient sans l'ombre d'un doute une mention dans les traités et la jurisprudence à travers le monde. Je puis dire sans risque d'erreur qu'au cours des 15 dernières années, la Cour suprême du Canada est devenue l'une des instances les plus compétentes dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, comme dans bien d'autres. J'entends démontrer ici le bien-fondé de ma thèse en insistant sur une douzaine d'arrêts choisis parmi les plus intéressants rendus par la Cour suprême de 1970 à 1985.

Coup d'oeil sur les arrêts les plus marquants rendus en matière de responsabilité civile délictuelle au cours des 15 dernières années

Ces arrêts rendus par la Cour pendant les 15 dernières années en matière de responsabilité civile délictuelle témoignent d'une amélioration notable de la qualité des jugements. J'espère montrer, à l'aide

de ces décisions, que la Cour suprême s'est progressivement transformée en une institution indépendante, érudite, capable de se montrer humaine, innovatrice et courageuse. Nous pouvons à juste titre être fiers du travail qu'elle a accompli dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle comme dans bien d'autres branches du droit.

Il est donc permis de conclure que la Cour suprême du Canada se sent moins obligée qu'autrefois de fonder ses décisions sur la jurisprudence britannique. Cela confirme son indépendance nouvellement acquise. Non seulement la Cour, à un certain nombre de reprises, a rendu des décisions qui s'écartaient de la jurisprudence anglaise, mais ses arrêts ont été cités par les tribunaux britanniques (Linden, Allen M., « Recent Developments in the Law of Torts », texte non publié présenté à un séminaire des juges des cours de district et de comté, tenu à Moncton (N.B.) en juillet

1977). De même, il arrive souvent que la Cour cite des décisions américaines, sans pour autant se sentir tenue de s'y conformer, et les tribunaux des États-Unis tiennent compte à l'occasion d'arrêts canadiens.

La plupart des arrêts de la Cour suprême comportent maintenant une analyse de la doctrine, et notamment d'articles tirés de revues américaines. C'est une très bonne chose : la doctrine peut influencer de plusieurs façons sur le travail accompli par la Cour, et en particulier l'inciter à raffiner ses raisonnements. En effet, les auteurs critiquent souvent de façon acerbe la logique des juges et ces derniers ne peuvent faire autrement que de tenir compte de ces critiques s'ils en prennent connaissance. En citant des textes de doctrine dans ses arrêts, la Cour incite par ailleurs les juristes à entreprendre avec sérieux de nouvelles recherches, ce qui ne peut que contribuer à l'évolution rationnelle du droit. Non seu-

lement, par ailleurs, les articles de revues juridiques ont une incidence sur le fond des arrêts rendus par la Cour suprême, mais ils semblent aussi influencer sur le style dans lequel ceux-ci sont rédigés. Certaines décisions, par exemple celles rendues dans les affaires *Kamloops* et *Saskatchewan Wheat Pool*, s'apparentent ainsi par leur rédaction d'avantage à des articles de doctrine qu'à des arrêts. Cela montre combien la qualité du travail de la Cour s'est améliorée.

Le juge en chef Dickson déclarait récemment : « Nous nous efforçons d'élaborer une jurisprudence véritablement canadienne, qui soit fondée sur des principes corrects du point de vue juridique, éthique et philosophique » (*Toronto Star*, article de David Vienneau, le 22 avril 1985, p. A/9). Les arrêts relatifs à la responsabilité civile délictuelle dont je viens de parler montrent que l'on a déjà accompli des progrès importants dans cette voie.

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

Le partage des pouvoirs et le contrôle judiciaire entre le Canada et les États-Unis

PETER W. HOGG

L'auteur est professeur à la Osgoode Hall Law School

Le fédéralisme disparaîtra-t-il avec l'avènement de la Charte? Les litiges sur la Charte sont nombreux. En l'espace de trois ans, la Cour suprême du Canada a accordé la permission d'appeler dans 55 litiges impliquant la Charte, en a entendu 19 et a rendu une décision dans neuf cas. Il ne s'agit que de la crête de la vague qui déferlera sur les tribunaux au cours des prochaines années. (...)

Aux États-Unis, le contrôle judiciaire en matière de partage des pouvoirs s'exerce de moins en moins. Au cours des 49 dernières années, la Cour a rendu seulement deux décisions où une loi du Congrès fut annulée (ou limitée dans son application) pour la violation du partage des pouvoirs, et l'une de ces décisions a récemment été renversée; la législation « étatique » fut occasionnellement attaquée au motif qu'elle restreignait indûment le commerce inter-étatique, ou au motif qu'elle était incompatible avec une loi fédérale, mais cela est à peu près tout; très peu de litiges constitutionnels portent sur le partage des pouvoirs; la majorité des arrêts tirent leur origine du *Bill of Rights*.

Nous sommes alors tentés de conclure que l'existence du *Bill of Rights* aux États-Unis a privé l'aspect fédéral de la constitution de sa vitalité; si cette conclusion s'avérait exacte, on pourrait s'attendre à un résultat semblable au Canada. Cependant, l'existence du *Bill of Rights* américain n'est pas une des causes de la disparition de la révision judiciaire à partir du partage des pouvoirs.

Comparaison des textes constitutionnels

Il y a une importante différence au niveau de la répartition des pouvoirs entre les deux paliers de gouvernement aux États-Unis et au Canada. Dans la constitution canadienne, le partage des pouvoirs est essentiellement fondé sur deux

articles: le parlement fédéral est limité aux pouvoirs énoncés à l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, alors que chaque législature provinciale est restreinte aux pouvoirs énumérés à l'article 92. (...)

Dans la Constitution des États-Unis, le partage des pouvoirs est essentiellement basé sur une liste unique de pouvoirs; seul le Congrès est limité à une liste de pouvoirs alors que les États possèdent le pouvoir résiduaire. La méthode américaine du partage des pouvoirs par liste unique donne moins ouverture à la révision judiciaire que la méthode canadienne.

Il semble que la liste unique des pouvoirs dans la constitution des États-Unis exigeait la révision judiciaire ou la législation du Congrès. En pratique toutefois, l'absence d'une liste concurrente de pouvoirs pour les États a conduit la Cour suprême des États-Unis à interpréter les pouvoirs énumérés, et spécialement la rubrique du commerce, avec une telle générosité que les pouvoirs énumérés semblent aujourd'hui suffisamment étendus pour permettre au Congrès d'adopter ce qu'il veut. Ainsi, aux États-Unis, les tendances centralisatrices naturelles du gouvernement moderne ne furent pas supprimées par la Constitution.

Aux États-Unis, la croissance libre du pouvoir central a évidemment diminué les pouvoirs de fait des États. Mais la révision judiciaire de la législation des États demeure relativement rare. Les États ne sont pas limités à une liste de pouvoirs législatifs, et ne sont pas exclus des pouvoirs accordés au Congrès (les pouvoirs énumérés étant pour la majorité concurrents, et non exclusifs); ainsi, la législation des États ne peut être révisée pour les mêmes motifs que la législation provinciale au Canada. Il existe une certaine révision de la législation parce que certains sujets sont expressément ou implicitement interdits aux États et parce que la doctrine de prépondérance annule la législation des États qui

est incompatible avec la législation fédérale.

Comparaison des procédures de révision

Aux États-Unis existent des théories ou doctrines qui exigent une retenue en matière de révision. Les tribunaux américains ont généralement appliqué des règles strictes relativement à la qualité nécessaire pour contester la validité constitutionnelle d'une loi, et ont affirmé que toute question constitutionnelle devait être « mûre » pour être tranchée par les tribunaux. Le refus de la Cour suprême des États-Unis de reconnaître l'intérêt d'un État à contester la législation fédérale et le refus de la Cour de donner des avis consultatifs sont particulièrement significatifs.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore développé pareilles doctrines de retenue. La Cour accepte les renvois pour avis consultatif; ceux-ci peuvent provenir du gouvernement fédéral (directement à la Cour) ou d'un gouvernement provincial (par l'entremise de la Cour d'appel de la province). Bien que la procédure ne soit disponible qu'aux gouvernements, les exigences de la Cour relativement à la qualité des individus pour contester une loi sont extraordinairement souples. La Cour suprême du Canada a souvent tranché des litiges constitutionnels que les tribunaux américains auraient refusé d'entendre.

Comparaison des institutions centrales

Une autre différence entre les États-Unis et le Canada réside dans l'aptitude des institutions centrales à prendre en considération les intérêts des États ou des provinces. Aux États-Unis, la composition du Sénat repose sur le principe de la représentation égale de chaque État; il devait fonctionner, selon Madison, comme « un représentant des États ». Au début, les sénateurs des États étaient nommés par la législature de leur État respectif. Malgré que le système de nomination ait aujourd'hui été remplacé par un suffrage direct, il n'y a au-

cun doute que le système de gouvernement du Congrès, avec l'absence de discipline de parti, permet au Sénat de remplir son rôle initial de gardien des intérêts des États. Il arrive fréquemment que la délégation d'un État, bien qu'elle soit composée des représentants des deux partis politiques, coordonne ses efforts, parfois jusqu'au point de voter en bloc, afin de protéger les intérêts de son État. (...)

Le Sénat canadien devait, au départ, protéger les intérêts régionaux, sinon provinciaux. Cet objectif n'a pu être atteint car les sénateurs devaient être nommés par le gouvernement fédéral plutôt que par les gouvernements provinciaux. Le Sénat n'a donc jamais su fonctionner comme un protecteur efficace des intérêts régionaux ou provinciaux. Au niveau de la Chambre des communes, le système de gouvernement responsable, en vertu duquel le gouvernement demeure au pouvoir s'il conserve la confiance de la Chambre des communes, constitue une différence importante entre la Chambre basse canadienne et la Chambre américaine. Le système du gouvernement responsable entraîne inévitablement une stricte discipline de parti, exigeant la loyauté des députés aux politiques nationales élaborées par le premier ministre et son cabinet, même lorsque ces politiques sont défavorables à la province ou à la région d'un député. Cette situation est amplifiée par le fait que beaucoup d'élections canadiennes portent au pouvoir un parti élu dans certaines régions, de façon disproportionnée et qu'ainsi, même au sein du cabinet, du caucus et des organes politiques du parti, les intérêts de certaines provinces sont faiblement ou aucunement représentés. Au Canada, l'on doit conclure que le processus politique national ne saurait vraisemblablement être un substitut à la révision judiciaire.

Comparaison entre les minorités au Canada et aux USA

La raison fondamentale pour la-

quelle le fédéralisme est si vigoureux au Canada vient peut-être de la présence du Québec. Parce que les Canadiens français sont concentrés au Québec, leur désir de protéger leur langue et leur culture a pris la forme d'un mouvement pour les droits provinciaux. La volonté traditionnelle du Québec d'être maître chez lui se traduit par le désir naturel de protéger et d'augmenter les pouvoirs de la législature québécoise, législature contrôlée par une majorité francophone. Puisque l'idée de « statut spécial » pour le Québec ne fut jamais acceptée par le gouvernement fédéral ou les neuf autres provinces, les aspirations du Québec à l'autonomie tendent à se développer pour les provinces en général. Il ne faut pas oublier que le Québec, avec six millions d'habitants sur un total de 24, est beaucoup plus important par rapport au Canada entier qu'un État américain par rapport aux États-Unis. Les provinces canadiennes, seules ou en groupe, semblent représenter beaucoup plus nos régions économiques distinctes que ne le font les États américains; les provinces sont devenues les défenderesses naturelles des intérêts régionaux.

Aux États-Unis, les Noirs constituent la principale minorité. Ils ne sont pas concentrés dans un État, et leur influence politique a été hostile aux droits des États. Les Noirs se tournent vers Washington pour faire redresser les injustices. Leur influence s'est manifestée jusque dans le texte même de la Constitution; les amendements subséquents à la guerre civile, garantissant une protection égale de la loi, garantissant le droit de vote, et prohibant la capitation, ne sont pas laissés exclusivement à l'application judiciaire, mais confèrent aussi au Congrès le pouvoir de mettre en oeuvre l'amendement « par la législation appropriée ». Un tel pouvoir conféré au corps législatif fédéral eut été complètement inacceptable dans la *Charte canadienne des droits*, qui par son article 31 nie expressément l'existence d'un tel pouvoir. (...)

L'inextricable égalité constitutionnelle

DANIEL PROULX

L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

La *Charte canadienne des droits et libertés* pose aux tribunaux et, en bout de ligne, à la Cour suprême, un défi redoutable en matière d'égalité. Pour mieux saisir toute la complexité de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, on le comparera d'abord avec les normes antidiscriminatoires édictées depuis quelques années déjà par les législateurs provinciaux dans leur « Code » ou « Charte » des droits de la personne.

Dans ces Codes ou Chartes, la notion d'égalité est simple. Elle consiste d'une part à interdire certaines formes de traitements discriminatoires seulement, par ex-

emple la discrimination raciale, religieuse ou sexuelle. Si la législation ne mentionne pas certains types de discrimination, comme la discrimination fondée sur la grossesse ou le handicap, c'est qu'ils ne portent pas atteinte à l'égalité et qu'ils se trouvent autorisés par la loi, aussi condamnables puissent-ils être par ailleurs. D'autre part, le champ d'application de l'égalité est strictement limité dans les chartes provinciales à certains domaines d'activité humaine (par ex.: l'emploi, le logement, les services publics) et, en outre, dans le cas de la *Charte québécoise*, à l'exercice des droits et libertés protégés par cette dernière.

Le rôle du juge devant qui une plainte est portée est ainsi réduit au minimum. (...)

En vertu de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, la tâche du magistrat

est infiniment plus complexe. Loin d'offrir une définition unique et un cadre précis à l'égalité, l'art. 15 énonce des normes multiples et indéfinies. Ainsi, après avoir affirmé que « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous », on ajoute que « tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi ». Et comme si cela ne suffisait pas encore, on précise en outre que ces droits à l'égalité existent « indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

Or, à toutes ces protections égalitaires formulées tant positivement que négativement, il faut encore y joindre le fameux art. 28 qui stipule que « indépendamment des

autres dispositions de la présente Charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

Mais que signifient donc toutes ces déclarations d'égalité? Était-il nécessaire de se répéter ainsi à outrance? Le spécialiste du droit des libertés publiques ne peut répondre que partiellement à ces questions. Ainsi, il paraît évident que le Constituant a voulu écarter la jurisprudence de la Cour suprême qui, en matière d'égalité, avait été très conservatrice au cours de la décennie précédant l'adoption de la *Charte canadienne*. (...)

Dans cette perspective, il est facile de voir pourquoi le Constituant n'a pas voulu limiter l'égalité à son application par l'administration publique, mais qu'il a cru nécessaire d'ajouter que la loi elle-même ne

doit faire acception de personne. Quant à la référence au droit « à la même protection de la loi » (« equal protection of the law »), elle paraît avoir été ajoutée pour écarter expressément l'argument de la Cour suprême de l'impertinence de l'expérience américaine en raison de la différence des textes.

Sur le droit « au même bénéfice de la loi », il semble assez clairement avoir été prévu pour écarter le type de raisonnement qu'avait tenu la Cour suprême dans une affaire *Bliss* en 1979, lequel permettait au législateur fédéral d'exclure du régime général d'assurance-chômage le groupe des femmes enceintes, même si ces dernières étaient à nouveau disponibles au travail. (...)

Mais alors, puisqu'il est clair que ni le législateur, non plus que l'administrateur ne peuvent brimer l'é-

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

La modernisation de la Cour suprême

PETER H. RUSSELL

L'auteur est professeur au Département des sciences politiques à l'Université de Toronto

La Cour suprême a atteint le stade de la maturité. On peut aujourd'hui la considérer, avec intérêt et respect, comme le centre et le sommet du pouvoir judiciaire au Canada.

L'adolescence de la Cour suprême fut longue et difficile. Jusqu'à 1949, comme nous le savons, elle n'était que de nom. Elle était même traitée négligemment par le gouvernement fédéral; son personnel et ses locaux étaient insuffisants, et son autonomie n'était pas respectée. La performance de la Cour équivalait au traitement qu'elle recevait. Elle était inefficace et principalement de langue anglaise dans la conduite de ses affaires. À quelques exceptions près, les juges étaient quelconques. C'était une institution dont personne n'avait raison d'être fier.

La situation de la Cour commença à s'améliorer en 1949 lorsque les appels au Comité judiciaire du Conseil privé furent abolis. Mais l'amélioration ne fut pas rapide. Le gouvernement continuait d'accorder trop d'importance à l'affiliation politique dans la nomination des juges de la Cour suprême et insuffisamment d'importance à la découverte de juristes remarquables. La Cour, avec son édifice majestueux et sa suprématie assurée par la loi, était désormais au sommet du pouvoir judiciaire, mais elle gaspillait encore la majeure partie de son temps à des questions de peu d'importance. Il en était ainsi, parce que le critère pour obtenir un droit d'appel était fondé sur la somme d'argent en litige. Il est difficile de concevoir une base plus matérialiste et plus inappropriée pour déterminer la juridiction de la plus haute Cour de justice d'une nation.

C'est seulement dans la dernière décennie que notre Cour suprême a atteint sa pleine maturité. Un point tournant fut le changement apporté à sa juridiction il y a 10 ans, pour les causes non criminelles, qui permettait à la Cour de sélectionner les litiges qu'elle devait entendre selon l'importance des ques-

tions légales soulevées. Le système de nomination s'est orienté vers la recherche des talents. Le bilinguisme fonctionnel de la Cour a augmenté considérablement. La Cour a acquis une indépendance pour la conduite de ses affaires administratives. Elle a pu obtenir des attachés de recherche de qualité, des secrétaires juridiques pour ses juges. Et elle a même accédé à l'âge de la télévision. Peut-on être plus moderne ?

Mais je crois que c'est l'avènement de la Charte des droits qui a vraiment situé la Cour suprême. C'est une erreur importante, naturellement, de croire que les seules décisions importantes de la Cour sont celles qui sont relatives à la Constitution. La Cour continue d'entendre des causes dans des domaines tels que le droit commercial, le droit administratif, le droit criminel et le droit fiscal, qui ne soulèvent aucune question d'ordre constitutionnel mais qui demeurent tout de même d'importance significative pour le système juridique du pays et la vie de ses citoyens. Ce sont des questions de libertés publiques qui sont le plus susceptibles de capter l'imagination du public. En se prononçant sur les questions de liberté d'expression, de liberté de religion, d'égalité, de droits culturels et aborigènes, la Cour exerce par ses décisions un pouvoir très visible et capital.

En effet, j'irais jusqu'à dire qu'avec ses nouvelles responsabilités sous la Charte, notre Cour suprême peut jouer un rôle plus déterminant dans le gouvernement de notre pays que la Cour suprême des États-Unis. Dans le monde moderne, aucun pays n'a jamais accordé autant de pouvoir à sa Cour de dernière instance que les États-Unis. Mais au cours des récentes années, la Cour suprême américaine a concentré ses efforts principalement dans le domaine des libertés publiques. Elle n'assume presque plus le rôle d'arbitre du système fédéral. Au Canada, toutefois, notre Cour suprême continue de trancher les différends sur le partage des pouvoirs. Grâce à la Charte canadienne des droits et libertés, qui est beaucoup plus vaste que le Bill of Rights américain, notre Cour suprême sera désormais l'arbitre du partage des pouvoirs

entre le citoyen et le gouvernement et du partage des pouvoirs entre les deux niveaux de gouvernement.

Je doute que le public, les politiciens ou la Cour soient réellement préparés pour un tel mandat. Le processus de modernisation doit suivre son cours.

Voyons maintenant quelques aspects de sa compétence.

Les statistiques émises par la Cour en 1984 indiquent que même avant la vague de causes créée par la Charte, elle pouvait difficilement accomplir sa tâche. En 1983, la Cour suprême n'a rendu que 89 jugements, soit environ les trois quarts du nombre qu'elle rendait en moyenne au cours des dernières années. Au cours de la même année, même si la Cour réduisait le pourcentage de causes où elle accordait droit d'appel, de 28 à 23 %, ce droit d'appel fut tout de même accordé dans 117 cas. Lorsqu'on additionne ces cas à ceux où il y a appel de plein droit, on atteint le chiffre 125 pour l'année 1984, soit 40 % de plus que le nombre de litiges qu'elle pouvait entendre en 1983 !

Dès 1984, la vague de litiges soulevés par la Charte avait dépassé le niveau des tribunaux de droit commun et des Cours d'appel intermédiaires, et déferlait sur la Cour suprême. À la fin de la session de 1984-85, la Cour avait accepté de se prononcer dans 57 litiges relevant de la Charte, mais ne rendit jugement que dans neuf cas. Dans certaines causes où la Cour a pris l'affaire en délibéré, l'audition date de près d'un an.

Pour répondre à la tâche, la Cour a dû abandonner l'objectif de Bora Laskin d'avoir un banc de neuf juges pour les décisions les plus importantes de la Cour. Les statistiques du professeur Bushnell démontrent qu'après avoir atteint un sommet de 64 % pour les causes entendues par neuf juges en 1975-77, la Cour a dû réduire cette participation des neuf juges; aujourd'hui, un banc de cinq ou sept juges est devenu la norme. La Cour entière n'a participé qu'à deux des neuf premiers litiges impliquant la Charte.

Les Canadiens peuvent bien mettre en doute le modus operandi de la Cour suprême et se demander pourquoi elle a tant de difficultés à s'acquitter de son rôle lorsque l'on observe que le même nombre de

juges à la Cour suprême américaine peut, chaque année, traiter huit fois plus de requêtes pour permission d'appeler, décider considérablement plus de causes et adhérer à un système de décision qui prévoit la participation des neuf juges à chaque litige. La production de la Cour suprême américaine est non seulement supérieure au point de vue quantitatif à celle du Canada, mais même l'observateur canadien le plus chauvin ne pourrait prétendre que le produit de notre Cour est qualitativement supérieur.

La réponse au problème du rôle surchargé de la Cour suprême n'est pas d'augmenter le nombre de juges ou de diminuer le nombre de causes qu'elle entend. L'augmentation du nombre de juges diminuera encore davantage la participation entière de la Cour. Ceci serait particulièrement regrettable à une époque où les tendances philosophiques des juges revêtent une telle importance et où la formation de bancs peut déboucher sur une voie conservatrice ou libérale. Vu la complexité croissante de notre système légal et le nombre de nouveaux concepts, incluant ceux de la Charte, qui nécessitent une clarification, il n'est pas irraisonnable de s'attendre à une centaine de décisions par année de la part de notre plus haute Cour.

En ce moment, la Cour devrait faire porter ses efforts sur une gestion plus efficace de son temps et de ses ressources. Pour l'observateur, plusieurs possibilités s'offrent.

Le temps que la Cour suprême passe à écouter les avocats semble excessif. Des limites devraient être imposées aux arguments oraux. La Cour suprême des États-Unis accorde normalement une demi-heure à chaque partie. Il peut y avoir une extension jusqu'à une heure dans les causes très importantes. Nos juges de la Cour suprême sont de bons lecteurs; comme nous, ils sont en mesure de comprendre les arguments sans que ces derniers soient exposés oralement en entier. La Cour suprême du Canada fonctionne encore trop comme une Cour d'appel anglaise traditionnelle. Trop de temps et d'énergie sont gaspillés à entendre les avocats qui font part de leur éloquence. Trop d'avocats semblent préoccupés à présenter

tous les arguments frappants de leur arsenal; plusieurs de ces arguments sont de peu d'utilité pour la Cour.

Une autre préoccupation est le nombre excessif d'opinions dans plusieurs arrêts. La Cour s'est éloignée avec raison de la prolifération d'écrits caractéristiques d'une Cour d'appel traditionnelle au sein de laquelle chaque juge se retirait à sa chambre après l'audition pour écrire ses motifs et laissait aux soins du consommateur de la jurisprudence de la Cour la tâche de démêler les divers principes qui exprimaient la loi du pays. La Cour suprême contemporaine est devenue beaucoup plus collégiale. Dans de nombreux arrêts, les motifs de la majorité et de la minorité sont clairs. Mais il existe encore beaucoup trop d'opinions concurrentes qui ne font que répéter les mêmes points et qui négligent de distinguer ceux sur lesquels ils se distinguent de la majorité. Il s'agit d'une perte de temps. C'est également une source de confusion pour ceux qui doivent déterminer la position de la Cour sur d'importants points de droit.

Pour être plus efficace, la Cour devrait songer à modifier la façon dont elle dispose des requêtes pour droit d'appel. Elle n'a présentement aucun contrôle sur le nombre des requêtes qu'elle doit entendre. Le nombre croît constamment. En 1983, la Cour a entendu 501 requêtes. La Charte a probablement augmenté ce nombre. Si ce nombre continue d'augmenter, la Cour pourrait éventuellement passer autant de temps à décider quels pourvois elle entendra que de temps à décider les litiges sur le fond. La pratique qui veut que trois juges siègent pour chacune de ces requêtes devra sans doute céder sa place à une procédure plus rapide.

L'efficacité n'est naturellement qu'un moyen pour atteindre une fin. L'objectif de la Cour suprême du Canada est de rendre des décisions sages, bien articulées et appropriées impliquant des points de droit difficiles et importants.

Si les juges utilisent leur temps et leurs ressources de façon efficace, comme ils sont capables de le faire et comme le pays s'y attend, le rendement de la Cour sera de plus grande qualité encore.

galité foncière de toutes les personnes entre elles, pourquoi avoir ajouté que ces droits à l'égalité existent sans discrimination fondée sur une liste approximative (« notamment ») de motifs interdits ? Sur ce point précis, la doctrine se perd en conjecture.

Pour certains auteurs, cette énumération n'a qu'une utilité procédurale minimale : une législation, établissant une distinction sur la base d'une des formes de discrimination énumérées, sera présumée discriminatoire, ce qui aura pour effet de mettre les procureurs généraux sur la défensive en déplaçant sur eux le fardeau de prouver le caractère raisonnable et constitutionnel de la loi. En effet, contrairement aux Codes ou Chartes provinciales sur les droits de la personne, l'égalité ne consiste pas simplement en la constatation d'un traitement distinct fondé sur un motif expressément prohibé par la Charte et exercé dans l'un des domaines ou des droits prévus dans

cette dernière. En vertu de la Charte constitutionnelle, toutes les formes de discrimination sont interdites (« indépendamment de toute discrimination ») et l'égalité doit être respectée quel que soit le domaine d'activité en cause et peu importe si un individu veut exercer un droit prévu dans la Charte ou un privilège accordé dans une loi ordinaire ou un règlement. Comme il tombe sous le sens que les législateurs ne peuvent pas toujours faire les mêmes lois pour tous, il revient au juge en vertu de l'art. 1 de la Charte canadienne d'évaluer si un acte, une loi ou un règlement donnés sont raisonnables et justifiés dans le cadre d'une société libre et démocratique. Tâche immense, délicate et complexe que sera celle du juge constitutionnel puisque toutes les lois à caractère social ou économique font forcément des distinctions et, pour cette raison même, sont toutes susceptibles d'être contestées devant les tribunaux.

Pour d'autres auteurs, l'énumération des motifs discriminatoires de l'art. 15 indique l'intention constitutionnelle de condamner explicitement ces formes mêmes de discrimination. En conséquence, non seulement le ministère public devra-t-il supporter le fardeau d'en prouver les justifications, mais encore les tribunaux devront alors se montrer plus exigeants dans le contrôle de ces dernières, en n'acceptant par exemple que les distinctions qui soient strictement nécessaires pour l'accomplissement d'objectifs primordiaux.

Pour d'autres auteurs encore, la condamnation que fait le Constituant à l'art. 15 de certaines formes de discrimination est elle-même non limitative. Ainsi, y aura-t-il déplacement du fardeau de preuve et contrôle judiciaire plus rigoureux non seulement lorsque les groupes sociaux visés expressément par l'énumération de l'art. 15 sont défavorisés, mais également lorsque cela se produit à l'égard de groupes

sociaux du même genre que ceux qui y sont mentionnés. Ainsi, ces groupes historiquement victimes de discrimination, ou susceptibles de le devenir en raison de caractéristiques inhérentes (ex. : race, âge, orientation sexuelle, langue maternelle), ou de choix fondamentaux (ex. : religion, convictions politiques, état civil, grossesse), feront-ils l'objet de la protection antidiscriminatoire additionnelle de l'art. 15.

À ces difficultés non négligeables d'interprétation auxquelles donne lieu le libellé complexe de l'art. 15, il faut ajouter celles de l'art. 28. Pour certains, l'égalité sexuelle est érigée en absolu puisque cet article précise qu'il s'applique « indépendamment des autres dispositions de la présente Charte ». Cela signifierait que l'art. 1 de la Charte, qui relativise chacun des droits, lui serait inapplicable, empêchant dès lors les tribunaux de contrôler si les restrictions qu'on veut leur apporter sont raisonnables ou non.

Le défi qui attend la Cour suprême en matière d'égalité est donc considérable. D'autant plus que c'est probablement en matière d'égalité que ses décisions auront le plus d'impact sur l'action législative et réglementaire. Mais, comme si la notion même d'égalité n'était pas assez compliquée, la portée même de l'art. 15 soulève autant de questions devant lesquelles la doctrine demeure divisée : le champ d'application de l'égalité sera-t-il limité aux pouvoirs publics (parlements et gouvernements) ? L'art. 15 de la Charte canadienne ne s'applique-t-il pas aux employeurs, locataires, fournisseurs de biens et services, bref à tous les citoyens dans leurs relations juridiques privées ? Puisque sa version anglaise débute par les termes « Every individual », l'art. 15 peut-il protéger les personnes morales en plus des individus ? Seule la Cour suprême aura le pouvoir de nous fournir une réponse définitive à ces questions aussi nombreuses que difficiles.

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

La Cour suprême et le code civil

ERNEST CAPARROS

L'auteur est professeur à la Faculté de droit (Section de droit civil) à l'Université d'Ottawa.

La Cour suprême a eu vis-à-vis le Code civil, et plus généralement par rapport au droit civil, une attitude pour le moins curieuse : le Code civil a été souvent considéré comme un droit étranger et traité comme tel. Les juges, notamment ceux provenant d'un milieu juridique de *common law*, regardaient le droit civil comme un droit étranger, présumaient, jusqu'à preuve du contraire, qu'il était identique au droit qu'ils connaissaient, et lorsqu'on leur faisait la preuve qu'il était différent, ils l'approchaient comme une loi sanctionnée dans l'environnement juridique qui leur était familier : la *common law*.

Cette attitude s'explique du fait que le droit civil était, et demeure, effectivement étranger à la formation reçue et à l'expérience acquise chez la majorité des juges de la Cour suprême.

Elle avait un certain nombre de conséquences qui dénaturaient le Code civil. Il nous semble que le point de départ intellectuel d'une telle interprétation dénaturée se situe dans la qualification du Code comme un *statute*. Le contexte législatif des pays de *common law* ignore complètement la notion même de *codification*, dans son sens civiliste. Cette notion est complètement étrangère à l'environnement juridique et culturel de *common law*. Il y a certes eu des « codifications », comme celle concernant les lettres de change, qui a conduit le Conseil privé à qualifier cette « codification » comme un

statute. Le malheur est que cette qualification correcte du Conseil privé dans le contexte de la *common law* a été appliquée au Code civil par le Conseil privé et par la Cour suprême.

Dénaturé dans sa qualification, le Code civil l'était aussi par son intégration dans le courant de raisonnement de *common law* et notamment par l'application de la règle du précédent. Un juriste aussi fervent du droit civil et aussi peu suspect de manque de loyauté au droit codifié que Pierre-Basile Mignault considérait que la Cour suprême était liée par les décisions du comité judiciaire du Conseil privé et par ses propres décisions (« The authority of decided cases », (1925) III *Can. B. Rev.* 1-24).

Mais la règle du précédent, le *stare decisis*, si cher et si important pour la *common law*, ne fait pas partie des règles d'interprétation d'un Code civil. La jurisprudence, certes, a une grande importance, bien que cette importance soit axée sur l'autorité de son raisonnement, plutôt que sur le fait d'être prononcée par un tribunal supérieur. Même plus, la jurisprudence est importante en droit civil lorsqu'elle est établie, par sa constance et la solidité de ses raisonnements. Une décision isolée est un cas d'espèce, soit-elle du plus haut tribunal. Elle ne fait pas *jurisprudence*. Autre chose, bien distincte, est l'*arrêt de principe* de la plus haute Cour, dans lequel elle consolide des développements jurisprudentiels et doctrinaux, comme l'a fait la Cour suprême dans *Cie immobilière Viger Ltée c. Giguère* (1977) 2 R.C.S. 67.

Enfin, une dernière conséquence de l'attitude de la Cour suprême, considérant le Code civil comme un droit étranger, a été une tendance,

principalement chez les juges de *common law*, à l'uniformisation du droit civil avec la *common law*. Cette tendance se comprend, mais ne peut pas se justifier. Elle se comprend du fait qu'on applique le droit qu'on connaît. Ainsi lorsque l'on découvrait une institution du droit civil plus ou moins voisine d'une autre de *common law*, c'est à la lumière de cette dernière que l'on appliquait la première.

Il semble bien que cette tendance à l'uniformisation outrée, et même outrageante du droit civil avec la *common law*, est un danger qui a été éliminé depuis que dans les pourvois concernant le droit civil provenant du Québec, la Cour suprême se constitue par une formation de cinq juges, incluant les trois du Québec.

L'interprétation du code civil selon sa nature

Il ne s'agit, certes pas, de se pencher sur l'interprétation d'un Code civil de façon globale. Il sied, cependant, de retenir trois aspects de la façon dont la Cour suprême a interprété le code en respectant sa nature : la recherche des principes sous-jacents, l'utilisation du Rapport des codificateurs et celle de la jurisprudence et la doctrine.

La recherche des principes sous-jacents est une démarche requise dans la saine interprétation d'un code civil. Elle n'est pas, cependant, très familière aux juristes de *common law* et pour cause. En effet, à l'origine, et encore de nos jours, le « droit statutaire » dans les juridictions de *common law* jouait davantage le rôle d'une intervention exceptionnelle du législateur afin de contrer une jurisprudence qu'il considérait inadéquate ou inconvénante. Cela ne veut pas dire que dans ces ordres juridiques les

principes sont inexistantes. Ils y sont, mais se trouvent plutôt dans le droit prétorien de *common law* ou d'*equity*.

Un Code civil, en revanche, contient toujours des principes sous-jacents, qui peuvent même ne pas être énoncés, bien que l'on puisse retrouver dans sa réglementation des manifestations de ces principes, dans des circonstances particulières. Le juge Beetz formule cette idée dans les termes suivants : « Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer leur fécondité » (*Cie Viger Ltée*, précité, p. 76). Il est évident que cette façon, d'interpréter le Code civil selon sa nature, constitue un barrage ferme et sérieux à la conception erronée voulant que le Code soit un *statute*.

Dans cette perspective, la Cour suprême, contrairement au Conseil privé, a accordé à plusieurs reprises une importance considérable au Rapport des codificateurs dans l'interprétation du Code civil (p. ex. : *Desrosiers c. Le roi*, et *Curley c. Latreille*, en 1920). Le contenu de ce Rapport a été depuis quelques années négligé. Le développement de la jurisprudence et de la doctrine en droit civil québécois en est peut-être la cause. Quoi qu'il en soit, le Rapport des codificateurs demeure une source privilégiée pour l'interprétation du Code civil, car on y trouve le raisonnement de ceux qui ont conçu et élaboré le Code. Malheureusement, cette source privilégiée, différente de la jurisprudence et de la doctrine, non seulement elle est négligée de nos jours, mais plus encore, elle semble devoir disparaître dans le contexte du nouveau Code civil du Québec.

La jurisprudence et la doctrine jouent un rôle important dans l'interprétation d'un Code civil, puisqu'elles sont appelées à assurer la fécondité des principes sous-jacents dans le Code.

Par rapport à la jurisprudence, il est intéressant de souligner que la Cour suprême s'est inspirée depuis toujours de celle d'autres juridictions. Le fond de droit français de notre Code a subi des greffes de droit anglais, et cela a permis d'aller chercher inspiration pour son interprétation tantôt dans la jurisprudence française, tantôt dans l'anglaise. Il s'agit alors d'une démarche d'interprétation plutôt éloignée de la règle du précédent du *stare decisis*. On serait mal venu de critiquer la Cour suprême d'accorder à cette jurisprudence la valeur d'une *raison écrite*, tout en respectant les dispositions du Code. Ainsi, lorsque notre droit est au même effet que le droit français ou belge, les décisions des tribunaux de ces pays peuvent, certes, être utiles (p. ex. : *BNC c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339). Et à certains égards, et seulement à titre de *raison écrite*, il serait possible d'employer la jurisprudence anglaise si les dispositions du Code sont d'inspiration anglaise, et pour autant que ces dispositions le permettent (p. ex. : *Royal Trust Co. c. Tucker*, (1982) 1 R.C.S. 250).

Quant à la doctrine, un élément intéressant est que la Cour suprême ne se limite désormais aux seuls auteurs qui ne peuvent plus changer d'avis, parce qu'ils sont morts. Elle cite aussi des auteurs vivants. Il s'agit peut-être d'une exigence de la réalité de la doctrine au Québec, dont le développement vigoureux s'est produit dans les dernières décennies.

La juridiction constitutionnelle en RFA

HELMUT STEINBERGER

L'auteur est juge à la Cour constitutionnelle de l'Allemagne de l'Ouest

Le statut juridique et les pouvoirs de la Cour constitutionnelle sont déterminés par les articles 93 et 94 de la Loi fondamentale et par la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale de 1951, telle que modifiée. L'article 1 de cette dernière loi précise que la Cour est totalement indépendante des autres branches de l'État. La Cour possède sur le plan constitutionnel un statut égal à celui du Parlement fédéral et du gouvernement fédéral. Sur le plan administratif, la Cour n'est placée sous la juridiction d'aucun ministère. Un budget lui est alloué directement par la législature sans aucune intervention de la part du pouvoir exécutif. La Cour et les juges ne sont sujets à aucun pouvoir disciplinaire. Les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions que par le président de la République après avoir reçu l'autorisation de la Cour à raison d'une majorité des 2/3.

En vertu de la Loi de 1951, la Cour est divisée en deux Sénats dont la juridiction de chacun est déterminée par cette même loi (...). Chaque « Sénat » comprend huit membres et, sauf exception, il faut

que six juges soient présents pour qu'il y ait quorum.

La moitié des juges sont élus par le Parlement fédéral agissant en pratique par l'intermédiaire d'un comité de 12 membres composé proportionnellement des diverses formations politiques représentées au Parlement. L'autre moitié est élue par le « Conseil fédéral », organisme représentant le gouvernement de chaque État. Un juge est élu pour l'un ou l'autre des « Sénats ». Pour être élu, un juge doit obtenir une majorité des 2/3. Les nominations se font par le biais des divers partis représentés au Parlement, par le gouvernement fédéral et le gouvernement de chaque État. En pratique, des ententes interviennent entre les partis politiques qui agissent au niveau fédéral ainsi qu'au niveau de chaque État. Les juges demeurent en fonction pour une période de 12 ans sans possibilité de réélection.

La Cour exerce sa juridiction par le biais de certaines procédures prévues dans la « Loi fondamentale » et la « Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale ». Règle générale, le litige soumis à la Cour doit tomber sous l'une de ces procédures pour que celle-ci puisse exercer sa juridiction puisqu'elle est une Cour spécialisée et non un tribunal de droit commun. Ainsi, il n'existe pas de procédure uniforme, mais plutôt 15 sortes de pro-

cédures. Par opposition à la juridiction de la Cour suprême des États-Unis qui est fort discrétionnaire, celle de la Cour constitutionnelle allemande est obligatoire dans les cas prévus.

Les diverses procédures déterminent qui peut loger des poursuites et qui peut participer à celles-ci. Ces questions revêtent une importance capitale car la juridiction constitutionnelle dépend en grande partie du droit d'accès à la Cour (...).

L'une des procédures prévoit que la Cour doit trancher les litiges sur le partage des pouvoirs énoncés à la « Loi fondamentale ». Les litiges émanent tout particulièrement de questions ayant trait au partage des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et à la mise-en-œuvre des lois fédérales par les divers États et de l'exercice par le gouvernement fédéral de son pouvoir de contrôle sur les États. Seul le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'un État peut intenter une telle procédure qui se veut contentieuse.

Une autre forme de procédure, le « contrôle des normes abstraites », englobe les causes qui n'ont aucune relation avec celles pendantes devant les autres tribunaux. En vertu de cette procédure, la Cour constitutionnelle tranche les litiges concernant la compatibilité des lois adoptées par le niveau fé-

déral et par les États en rapport avec la « Loi fondamentale » ainsi que la compatibilité entre une loi d'un État et une loi fédérale. Cette procédure peut être intentée par le gouvernement fédéral, celui d'un État, ou encore à la demande du tiers des membres du Parlement. Par exemple, à la demande de 193 membres du Parlement, tous membres du Parti démocrate chrétien, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une loi fédérale qui abrogeait toute sanction en matière d'avortement s'il avait lieu dans les trois premiers mois de la grossesse. En vertu de cette loi, aucune indication d'ordre médical n'était requise afin de justifier l'avortement. La Cour a également déclaré que le fœtus était protégé par la Loi fondamentale et que l'État se devait d'assurer sa protection, par des sanctions criminelles si nécessaires (...).

La Cour constitutionnelle constitue aujourd'hui un élément important du processus politique de la République fédérale allemande. Elle occupe une place de premier rang. Ses décisions ont reçu un appui marqué de l'opinion publique et ont été respectées et mis-en-œuvre par les autres branches de l'État, soit le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il n'en demeure pas moins que certaines décisions ont évidemment fait l'objet de critiques. Il n'est pas de loi en Alle-

magne fédérale qui soit adoptée sans que l'on délibère sur ses chances d'être déclarée invalide par la Cour. Cette dernière joue un rôle d'intégration en définissant les valeurs fondamentales de la société d'une part, et en assurant leur respect d'autre part. Plus que tout autre système politique, les démocraties républicaines se doivent de posséder une telle institution.

La présence d'une Cour spécialisée dans les matières constitutionnelles a profondément influencé le courant philosophique juridique allemand au niveau des relations entre les diverses institutions publiques et entre l'État et ses citoyens. Ceci a favorisé un essor sans précédent de la recherche et de l'enseignement, comparable uniquement au rôle que joue la Cour suprême des États-Unis au sein du processus politique et du courant juridique américain.

Une juridiction constitutionnelle symbolise et permet la réalisation de certains idéaux du droit constitutionnel, de sa présence sur les autres lois et du rôle du droit et des tribunaux dans la société. Son développement historique est basé sur le concept de « domestication du pouvoir ». La jurisprudence et la philosophie médiévale ont reconnu que le pouvoir devait être soumis au Droit. Cette idée s'est matérialisée sous la forme de rébellion contre le despote.

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

La Cour suprême et le droit civil: un bilan et une prospective

JEAN-LOUIS BAUDOIN

L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

BEAUCOUP des reproches traditionnellement adressés à la Cour depuis sa création s'avèrent, à l'heure actuelle, sans fondements réels. Il est curieux de constater à cet égard un véritable paradoxe. Jamais la Cour suprême n'a été aussi prête et aussi bien préparée à rendre jugement sur des causes de droit civil. Jamais, les juristes québécois n'ont fait plus confiance à la Cour pour trancher des litiges de droit civil. Pourtant, les chiffres de ces dernières années montrent clairement que le nombre d'instances de droit civil devant la Cour va en diminuant. Il convient de s'interroger brièvement sur les raisons de ce phénomène.

La première est l'arrivée de la Charte et le volume considérable qu'occupent de ce fait les appels de causes touchant les droits de la personne et le droit criminel. On se serait tenté, surtout depuis les deux dernières années, de tout expliquer par ce phénomène. Cette explication, à notre avis, serait fautive ou du moins très incomplète.

En premier lieu, pour ce qui est du droit civil strict, il faut noter que le Code civil est maintenant plus que centenaire. Dans les domaines cruciaux, il y a donc longtemps que l'interprétation des textes a été fixée. Pour en prendre un exemple, dans un domaine où le droit jurisprudentiel est particulièrement important, celui de la responsabilité civile, on voit mal, après l'évolution jurisprudentielle d'entre les deux guerres, la Cour remettre en cause les règles dégagées à propos de la nature de la présomption de l'article 1054 C.c. sur la responsabilité du fait des choses ou des commentants pour l'acte de leurs préposés. Une étude sociologique réalisée il y a déjà quelques années montrait d'ailleurs, dès cette époque, que

pour les cinq périodes de 10 ans envisagées, le volume des causes provenant du Québec avait tendance à diminuer.

Cette même étude, pour les mêmes périodes, révélait une tendance identique, mais accentuée pour les instances dans lesquelles l'interprétation du Code civil était en jeu. Il est donc tout à fait normal, qu'après une période intensive d'interprétation du Code civil dans les premières années, le nombre des causes ait sensiblement diminué, une fois un certain nombre de grandes questions tranchées.

En second lieu, le droit civil québécois a lui-même profondément changé au cours des 25 dernières années. Dans une branche comme celle de la responsabilité civile, par exemple, le système traditionnel de l'évaluation judiciaire de la faute et du préjudice a dans bien des cas cédé le pas à un système de type administratif. Ainsi, un fort volume d'instances passées, devant la Cour suprême, a porté sur des litiges d'accidents de la route. Depuis la promulgation de la « Loi sur l'assurance-automobile » qui exclut désormais le recours devant les tribunaux réguliers, c'est un nombre potentiellement considérable d'affaires qui sont exclues de la portée de la Cour suprême. Il ne s'agit ici que d'un exemple parmi d'autres, auxquels il faudrait ajouter également tous les cas où le droit d'appel (par exemple en matières familiales) a été soit éliminé, soit restreint, soit rendu difficile à dessein.

En troisième lieu, les transformations progressives des domaines du droit, au Québec comme ailleurs, ont fait que les problèmes de droit administratif (qui occupent maintenant un haut pourcentage du travail de tous les tribunaux) ont revêtu une importance particulière. La pratique, au Québec, montre en tout cas une diminution sensible des recours de droit civil stricto sensu au profit des recours en évocation, en nullité ou en contestation de juridiction du moins devant les juridictions d'appel.

Il existe d'autres facteurs susceptibles d'expliquer la diminution actuelle des causes de droit civil devant la Cour suprême, dont le coût élevé des procédures, le fait que bien des litiges en droit civil n'ont pas un enjeu économique suffisamment important, etc. Les trois phénomènes que nous venons de signaler nous paraissent cependant de loin les plus importants.

La Cour suprême et l'avenir

L'art de prédire l'avenir est plein d'embûches, puisque la réalité des choses, les bouleversements sociaux et politiques sont souvent là pour offrir un démenti flagrant à celui qui, de façon imprudente, a tenté de deviner le devenir. C'est donc en étant pleinement conscient de ce fait que nous nous permettons, en terminant, quelques brèves réflexions sur les perspectives d'avenir de la Cour suprême à l'endroit du droit civil québécois.

La première réflexion est qu'il nous paraît probable que le nombre d'instances portant sur le droit civil du Québec se stabilise dans les années à venir autour des chiffres de ces dernières années. C'est donc probablement un total de trois ou quatre arrêts fondamentaux de droit civil qui sera rendu annuellement par la Cour.

La seconde est que cette situation risque de changer lorsque l'ensemble des textes du nouveau Code civil du Québec sera enfin entré en vigueur. Il faudra alors, en effet, d'une part assurer une unité d'interprétation aux nouveaux textes et, d'autre part, fixer, au moins dans les grandes lignes, certains axes importants. La Cour aura peut-être alors pris déjà un certain recul par rapport à la Charte, ce qui devrait permettre l'augmentation des permissions d'appeler sur ces nouveaux problèmes. S'il en était autrement, la Cour serait évidemment obligée, de par la force même des choses, de faire des choix fort difficiles. En prévision de ce phénomène, certains ont suggéré, pour alléger le travail de la

Cour et parvenir quand même à assurer une unité d'interprétation des dispositions du nouveau Code civil, de créer un second degré d'appel au Québec. Il est trop tôt encore pour savoir si cette solution permettrait une résolution réelle et efficace du problème. Elle n'est cependant sûrement pas à écarter et demande réflexion. Il est possible aussi, mais c'est là l'hypothèse la plus pessimiste pour le civiliste québécois, que le problème ne se pose jamais dans les faits, si la mise en vigueur de la réforme du Code civil continue à se faire au rythme actuel, par petites tranches.

La troisième réflexion se veut plus l'expression d'un souhait aux juges de la Cour suprême pour l'avenir. Les chances, pour le praticien, de se rendre avec un problème d'interprétation du Code civil jusqu'à la Cour suprême ne sont pas très fréquentes. Les coûts en sont, de plus, fort élevés et il faut franchir l'étape de la permission d'appeler. Il nous paraît donc souhaitable, dans ce genre de causes, que la Cour, dans la mesure du possible et du raisonnable, profite de l'occasion pour vider au complet le débat qui lui est présenté sur les questions de droit. Certes, dans bien des cas il lui suffit de se prononcer sur un seul moyen pour disposer du pourvoi et pour trancher le litige. Pourtant, tant pour le praticien qui recherche la prévisibilité des règles de droit, que pour le théoricien qui a le besoin de les voir s'insérer dans un tout cohérent, il est capital que les autres moyens soient aussi décidés ou du moins examinés au fond dans l'arrêt. Théoriquement ils resteront des *obiter dicta*, argumentera-t-on. Au moins, cependant, le juriste aura une idée de la pensée ou des intentions de la Cour et la stabilité de la science juridique civiliste y gagnera. Loin de nous l'idée (comme la chose peut se pratiquer dans certains pays), d'obliger le tribunal à se prononcer sur tous et chacun des moyens. Il nous semble pourtant

que parfois, dans certaines causes récentes, le filet aurait pu être jeté de façon un peu plus large.

Enfin, et dans une perspective plus générale, il faut constater que la charge de travail des juges à l'heure actuelle est considérable et infiniment supérieure à celle de leurs prédécesseurs. Ce phénomène, à notre avis, va un jour ou l'autre obliger à remettre en question les méthodes de fonctionnement et peut-être même la structure de la Cour. Deux modèles théoriques sont possibles. Le premier est de continuer selon le système actuel en fixant des priorités et en ayant un système encore plus sévère pour l'octroi des permissions d'appeler. Personnellement, malgré la tradition contraire de la *common law*, nous acceptons difficilement que sur des questions importantes pour le justiciable, l'appel ne soit considéré que comme un privilège et non comme un droit. Une chose est de refuser la permission d'appeler parce que la question a déjà été tranchée ou n'offre aucun intérêt, autre chose est d'être forcé de faire une sélection draconienne entre une série de problèmes qui mériteraient tous d'être évoqués et décidés pour des raisons de temps et d'encombrement.

La seconde branche de l'alternative sur laquelle il faudra réfléchir bientôt est de repenser le rôle que le pays entend faire jouer à la Cour suprême à notre époque, d'examiner les causes de l'encombrement et de trouver les moyens d'y pallier. Beaucoup de solutions sont envisageables : création d'une cour constitutionnelle séparée, création d'une Cour nationale d'appel en matières criminelles, augmentation du nombre de juges, création de chambres spécialisées, etc. Aucune de ces solutions ne constitue une panacée universelle, pourtant à court ou à moyen terme elles méritent au moins un examen sérieux si les tendances actuelles se maintiennent.

Le droit criminel : l'urgence d'une approche fonctionnelle

JEAN-C. HÉBERT

Barreau du Québec

DEPUIS une bonne quinzaine d'années déjà, la réforme de la Cour suprême constitue un thème majeur chez les tenants de la modernisation des institutions canadiennes. Cependant, toutes les propositions visant à modifier les structures de la plus haute Cour du pays sont, jusqu'à maintenant, restées lettres mortes. Avec respect pour l'opinion contraire, c'est heureux qu'il en soit ainsi.

Il est acquis que la Cour suprême du Canada doit être le tribunal de dernier ressort en toute matière : constitutionnelle, fédérale ou provinciale. Il répugne au sens commun que l'exercice d'une compétence générale d'appel puisse faire l'objet d'une balkanisation du fondement même d'un tribunal suprême, soit la collégialité. En outre, s'il fallait créer une Chambre de droit civil pour disposer des pourvois provenant du Québec afin de calmer les appréhensions de certains juristes civilis-

tes, ce serait faire injure à l'intelligence des juges non-québécois. De la même façon, la mise sur pied d'une Chambre constitutionnelle serait contraire à la réalité juridique puisque, sauf pour les renvois, les problèmes de droit constitutionnel se greffent à des litiges de droit commun.

Ces observations ne signifient pas pour autant que le fonctionnement actuel de notre Cour suprême soit entièrement satisfaisant. Bien au contraire, la raréfaction des pourvois autorisés en certaines matières provoque une situation inéquitable pour plusieurs justiciables et l'insatisfaction manifeste chez certains membres de la communauté juridique canadienne. Dans cette optique, il nous apparaît utile, sinon urgent, de songer à un réaménagement structurel extérieur à la Cour suprême afin de favoriser à court terme son efficacité.

Le menu juridique de la Cour suprême

Bon mal an, le fardeau de la Cour suprême, pour un tiers, est constitué de pourvois en matière criminelle. Si on ajoute à ce pour-

centage les dossiers concernant l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont la plupart sont en vérité des affaires pénales, force nous est de constater que les juges de la haute juridiction consacrent beaucoup de temps et d'énergie à un secteur particulier du droit en général.

Rappelons pour mémoire que, traditionnellement, la Cour suprême a toujours donné priorité aux affaires constitutionnelles relatives au partage des compétences législatives. Voilà donc un autre champ d'activité considérable. Bref, il ne reste guère qu'une mince disponibilité aux neuf juges de la plus haute Cour pour s'occuper des affaires de droit civil, faillite, droit des transports, assurance, droit d'auteur, droit commercial, droit des compagnies, etc. On conviendra aisément d'un malaise.

L'importance du droit criminel

Dans notre société libre et démocratique, la liberté est une valeur si importante que l'arbitre ultime entre l'État et le citoyen a constamment privilégié l'examen du droit criminel. La *Charte cana-*

dienne des droits et libertés, partie intégrante de la Constitution du pays, confirme la primauté du droit à la liberté. Ce n'est certes pas au niveau des principes que l'on pourrait faire grief à la Cour suprême de se saisir d'autant de dossiers en droit criminel. Cependant, les répertoires de jurisprudence donnent à penser que cette activité fébrile en droit pénal cadre mal avec le rôle d'un tribunal de dernier ressort pour tous les domaines du droit.

Dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, (1982) 2 R.C.S. 368, p. 397, le juge Dickson fit l'observation suivante au nom de l'opinion majoritaire : « Le rôle de cette Cour est précisément de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. »

L'examen cursif de plusieurs décisions rendues ces dernières années nous a convaincus que l'application uniforme du droit criminel, à travers tout le pays, s'en trouve grandement facilitée. Pour ce mo-

tif, il demeure indispensable qu'un tribunal, hiérarchiquement supérieur aux 10 Cours d'appel provinciales ainsi qu'à celles du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, remplisse ce mandat. Par ailleurs, vues sous l'angle de l'importance nationale, les questions de droit traitées ne méritent pas toujours d'accaparer le précieux temps de la Cour suprême. Nous en voulons pour preuve les exemples suivants.

Dans l'arrêt *McKibbin*, (1984) 1 R.C.S. 131, la Cour suprême, à la majorité, a clarifié la question de savoir si la Couronne avait le pouvoir d'ajouter des chefs d'accusation non compris dans la dénonciation initiale mais dont l'enquête préliminaire révèle l'existence. L'affaire *Phillips et Phillips*, (1983) 2 R.C.S. 161, fut l'occasion pour notre plus haut tribunal de statuer qu'un seul procès ne pouvait s'instruire sur deux dénonciations distinctes, nonobstant le consentement des parties et l'absence de préjudice subi par les accusés. L'arrêt *Bennett*, (1982) 2 R.C.S. 582, aura permis aux spécialistes du

Suite à la page 8

LA RÉFORME DE LA COUR SUPRÊME

Le conseil constitutionnel français et la protection des droits

LOUIS FAVOREU

Université d'Aix-Marseille
(France)

DEPUIS une quinzaine d'années, on assiste en France à une véritable révolution juridique et politique due à la mise en oeuvre d'un contrôle de constitutionnalité des lois efficace, à la soumission correlative du législateur au respect des droits fondamentaux et à la « redécouverte » de ces droits fondamentaux qui n'étaient plus inscrits dans la constitution française depuis 1870. Par l'effet de ces trois éléments combinés la vie politique et juridique s'est beaucoup plus transformée en dix ou quinze ans qu'au cours de la centaine d'années précédentes. Et paradoxalement, ce bouleversement est d'autant plus important qu'il n'avait été ni prévu ni organisé : il s'est produit un peu par hasard, sans que la classe politique et la doctrine aient perçu la portée des changements institutionnels opérés en 1958 et en 1974.

I- Pour comprendre ce qui s'est passé en France ces dernières années, il convient d'avoir présent à l'esprit un certain nombre de données.

Tout d'abord, il n'a jamais existé en France — jusqu'en 1958 — de contrôle de constitutionnalité des lois : les tribunaux tant judiciaires (tribunaux civils ou de commerce, Cours d'appel, Cour de cassation) qu'administratifs (tribunaux et Conseil d'État) se sont toujours refusés à contrôler la constitutionnalité des lois directement ou indirectement. En revanche, il a toujours été admis que la constitutionnalité des actes administratifs, même les plus élevés dans la hiérarchie (décrets du chef du gouvernement ou du chef de l'État), était soumise au contrôle du juge avec parfois la sanction très efficace de l'annulation directe de l'acte avec effet erga omnes.

Ensuite, il faut noter qu'il n'y a en France qu'une seule catégorie de sources normatives : les sources nationales soit législatives, soit réglementaires. Il n'y a pas de sources normatives non nationales c'est-à-dire des lois émanant des législatures d'États fédérés (comme au Canada ou aux États-Unis) ou émanant de législatures provinciales ou régionales (comme en Italie ou en Espagne). Le droit écrit — qui est en France comme dans les autres pays de « civil law » la

source essentielle du droit, est exclusivement « fabriquée » par le parlement ou le gouvernement national. En conséquence, le contrôle de constitutionnalité des lois est exclusivement un contrôle des lois nationales, ce qui accentue l'importance de ce contrôle, et lui confère un caractère particulier.

Enfin, et ceci découle de l'observation précédente, la règle de droit obligatoire sur l'ensemble du territoire de la république a le plus souvent pour auteur la majorité parlementaire et gouvernementale qui détient le pouvoir. Ceci n'avait pas d'importance particulière sous la IIIe et IVe Républiques car il n'y avait pas de majorité stable au Parlement : les majorités se faisaient et se défaisaient sans cesse et les gouvernements se succédaient au rythme d'un nouveau tous les six ou sept mois. Les choses ont complètement changé sous la Ve République : la même majorité est restée au pouvoir de 1958 à 1981 et celle qui l'a remplacée est en place depuis près de cinq ans. Dès lors, les lois votées par ces majorités expriment essentiellement leurs choix propres, et ces choix peuvent être très opposés, le contraste entre droite et gauche étant beaucoup plus fort en France que dans d'autres démocraties occidentales.

II- Lorsqu'a été élaboré la Constitution du 4 octobre 1958, actuellement en vigueur, la nécessité d'instituer un contrôle de la loi pour éviter des changements trop brutaux de législation, et limiter la toute puissance de la majorité parlementaire et gouvernementale, n'a pas été perçue. Mais, fort heureusement il a été prévu un organe de contrôle de constitutionnalité — le conseil constitutionnel — et un mécanisme, certes sommaire au départ, puisqu'il ne pouvait être déclenché que par le président de la République, le premier ministre et les présidents des assemblées, mais qui a été grandement perfectionné par la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974 ouvrant la saisine à soixante députés ou soixante sénateurs.

Le conseil constitutionnel est une véritable juridiction constitutionnelle semblable aux cours et tribunaux constitutionnels allemand, autrichien, italien, espagnol et portugais : la France a rejoint, à partir des années soixante-dix, le formidable mouvement qui, dans l'Europe de l'après-guerre, a imposé une justice constitutionnelle et un contrôle de constitutionnalité sur

un modèle spécifique dû à l'imagination du grand juriste autrichien Hans Kelsen et qui diffère essentiellement du modèle américain en ce que le contrôle de constitutionnalité est confié non à l'ensemble des tribunaux ordinaires mais à un seul tribunal spécialisé, distinct organiquement et fonctionnellement des tribunaux ordinaires. Comme ces cours constitutionnelles européennes, le conseil constitutionnel est composé de juges nommés pour un mandat de neuf ans non renouvelable par les autorités politiques en dehors de la hiérarchie judiciaire et pouvant d'ailleurs ne pas avoir la qualité de magistrat. C'est ainsi qu'actuellement le conseil constitutionnel compte parmi ses membres trois conseillers d'État, deux professeurs de droit public et trois avocats ou avoués. Mais beaucoup de ces membres ont, au-delà des qualifications juridiques, l'expérience des affaires de l'État : quatre ont été ministres, six ont été députés ou sénateurs, deux ont rempli la fonction très importante de Secrétaire général du gouvernement et un autre a été membre puis président de la Cour de justice des communautés européennes. Selon nous « ces expériences cumulées sont extrêmement utiles car une juridiction constitutionnelle a à statuer sur des problèmes très divers touchant aux différents secteurs de l'activité juridique et politique... (et) il est bon qu'à côté des spécialistes... il y ait aussi des parlementaires et d'anciens membres du gouvernement susceptibles d'expliquer comment fonctionnent les rouages de l'État » (in « la justice constitutionnelle en France », (1985) 26 les cahiers de droit 299).

Le conseil constitutionnel n'a aucun lien ni organique ni fonctionnel avec les deux Cours suprêmes de l'ordre judiciaire (la Cour de cassation) et de l'ordre administratif (le Conseil d'État). Toutefois, selon la constitution, ses décisions s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles comme d'ailleurs aux pouvoirs publics (Parlement, président de la République et gouvernement) ainsi qu'aux autorités administratives. Jusqu'ici les décisions du juge constitutionnel ont toujours été respectées.

III- Le Conseil constitutionnel a, comme toute juridiction constitutionnelle des attributions diverses : il est juge du contentieux des élections parlementaires et présidentielles et du référendum ainsi que

du contentieux de la répartition des compétences entre loi et règlement. Mais, depuis 10 ans, l'attribution essentielle est celle du contrôle de constitutionnalité des lois.

L'expérience française est ici originale car le contrôle de constitutionnalité s'effectue essentiellement avant que la loi ne soit promulguée et sur saisine de 60 députés ou de 60 sénateurs. Les saisines sont habituellement faites par l'opposition, soit les parlementaires socialistes et communistes avant 1981 et les parlementaires gaullistes et centristes après cette date. Depuis fin 1974, il y a eu 140 saisines ayant abouti à près de 100 décisions formant aujourd'hui une jurisprudence extrêmement riche et importante.

Et ceci a des conséquences majeures car le contrôle préventif de constitutionnalité étant très efficace, les effets de ce contrôle se sont fait sentir immédiatement. Désormais, toute loi importante touchant aux libertés soulève des discussions juridiques très approfondies tant devant le Parlement au moment du vote que devant le juge constitutionnel. La majorité parlementaire a tendance à s'autolimiter pour éviter la censure de celui-ci. Et lorsque la majorité de gauche a succédé à la majorité de droite en mai-juin 1981, le contrôle de constitutionnalité a évité que le changement soit trop brutal et que les réformes de la gauche ne portent trop atteinte aux droits fondamentaux. Il en ira sans doute de même s'il y a un changement de majorité en 1986.

En même temps, le droit français est en train de se transformer profondément, depuis 1970, sous l'influence de la jurisprudence élaborée par le Conseil constitutionnel : les dimensions constitutionnelles des différentes branches du droit apparaissent, alors que jusque-là elles étaient ignorées, et la constitution devient véritablement la base du système juridique.

IV- Mais le plus spectaculaire est évidemment le développement de la protection des droits fondamentaux.

En quelques années, se sont succédés de « grandes décisions » illustrant de manière éclatante la défense des libertés.

La première est celle du 16 juillet 1971 — Le Marbury V. Madison français — par laquelle le Conseil constitutionnel annule une loi destinée à lutter contre les actions subversives des gauchistes après mai

1968 au motif qu'en prévoyant la possibilité de soumettre la constitution d'une association à un contrôle préalable, cette loi viole la liberté d'association, alors même que le contrôle est confié à l'autorité judiciaire. En décembre 1973 est déclarée nulle la loi privant les plus gros contribuables français du droit de contester en justice une taxation d'office car tout citoyen a droit à une égale protection juridictionnelle. En juillet 1975, est déclarée inconstitutionnelle la loi prévoyant que pour une même infraction, on puisse être jugé soit par un juge unique, soit par un tribunal collégial. En janvier 1977, la loi autorisant la fouille des véhicules automobiles à titre de mesure de police préventive et sans qu'il y ait infraction préalable, est annulée comme contraire à la liberté individuelle et à la protection de la vie privée. En janvier 1980, la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine est partiellement déclarée inconstitutionnelle comme contraire à la liberté individuelle. En janvier 1982, la loi des nationalisations est censurée par le juge constitutionnel au motif que le droit de propriété étant un des droits fondamentaux, nul ne peut être privé de son bien par expropriation ou nationalisation, qu'auprès « juste et préalable indemnité » et cela en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. On peut citer encore la décision du 22 octobre 1982 invalidant la disposition législative prévoyant que les victimes des dommages causés par des faits de grève ne pourraient demander réparation en justice, notamment contre les syndicats. Ou encore celle d'octobre 1984 par laquelle a été proclamée et protégée la liberté de la presse, à l'occasion d'une réforme du statut des entreprises mettant en cause cette liberté.

Comme le dit le professeur Jean Rivero, en parlant du système français : « J'en vois toutes les faiblesses (mais) il a une vertu, il est simple... Et en matière juridictionnelle c'est une grande vertu ». N'est-il pas significatif à cet égard que lors d'un sondage organisé à l'occasion du 25e anniversaire de la constitution, en 1983, quatre français sur cinq se soient déclarés satisfaits d'un système qui protège les droits et libertés fondamentaux, alors que la tradition française était hostile au contrôle de constitutionnalité depuis 1789 ?

Le droit

Suite de la page 7

droit criminel d'apprendre qu'un inculpé de meurtre au premier degré peut plaider coupable et être condamné pour meurtre au second degré sans l'intervention du jury. Dans l'arrêt *Basarakas et Spek*, (1982) 2 R.C.S. 730, un nouveau procès fut ordonné parce que le juge de première instance avait illégalement libéré un juré. En effet, l'ordonnance attaquée était intervenue avant que le jury ne soit formellement saisi de la cause. Le procès n'étant point (pour ces fins) commencé juridiquement, la disposition invoquée par le premier juge ne pouvait recevoir application que pendant l'instance. Il fut donc dé-

cidé que les prévenus avaient droit d'être jugés par 12 jurés, d'où la cassation du verdict de culpabilité.

Il faut se garder de conclure que tous les jugements de la Cour suprême relatifs à la procédure pénale sont de même farine quant à leur importance nationale. L'arrêt *Descoteaux et al. c. Mierzwinski et al.* (1982) 1 R.C.S. 860 témoigne du fait contraire. S'agissant à l'origine d'une banale question de saisie de formulaire, l'affaire prit néanmoins des proportions considérables en raison de la confrontation du droit de perquisition et du droit à la confidentialité d'une relation avocat-client. D'entrée de jeu, le juge Lamer, porte-parole du tribunal, posa le problème en ces termes : « Aussi ce pourvoi n'est-il l'occasion pour tous de constater les carences de la loi sur le sujet et la limite des moyens qu'a le pouvoir judiciaire d'y suppléer du fait que son rôle

n'est pas primordialement législatif » (p. 862).

En dépit de cette remarque, le juge Lamer a considérablement élargi les pouvoirs discrétionnaires d'un juge de paix responsable de l'émission d'un mandat de perquisition autorisant la fouille d'un cabinet d'avocat. Son motif relève de la politique judiciaire : « J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la common law et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement » (p. 889).

En l'occurrence, la Cour suprême a fait preuve d'initiative quasi-législative en développant des règles de procédure guidant l'action des juges de paix. Les conséquences de ce jugement sont

d'une importance capitale pour l'administration de la justice.

Les exemples qui précèdent confirment l'utilité de certains jugements de la Cour suprême au chapitre de la nécessaire uniformisation du droit criminel à travers le pays. Cependant, les mêmes exemples mettent surtout en relief l'absence d'importance nationale de plusieurs des questions de droit abordées. Qu'est-ce à dire ?

Une solution pratique consisterait à créer une Cour d'appel intermédiaire entre la Cour suprême et les 12 Cours d'appel du pays. Sa compétence pourrait être limitée aux litiges de droit criminel, auquel cas seules les questions de droit pourraient être débattues, sous réserve que le tribunal ait préalablement autorisé l'appel. Pour ceux qui abhorrent la multiplication des structures et des juridictions, il suf-

firait tout simplement d'amender la loi actuelle concernant la Cour fédérale pour prévoir l'élargissement de la compétence de sa division d'appel en créant une chambre criminelle.

La structure éventuelle d'une Cour générale d'appel en matière criminelle nous paraît secondaire. Le recrutement de ses juges parmi les sommités du droit criminel au pays nous importe davantage. Dans la mesure où la qualité des jugements rendus par un tel tribunal serait exceptionnelle, la Cour suprême du Canada pourrait limiter ses interventions à quelques dossiers, c'est-à-dire ceux comportant l'étude de véritables questions d'intérêt national. Quant à l'uniformisation du droit criminel dans le pays, le nouveau tribunal d'appel intermédiaire pourrait aisément s'acquitter de cette importante fonction.