

L'irrecevabilité du projet de modification de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Gilles Pépin

Volume 26, numéro 1, 1985

La réforme des institutions fédérales canadiennes

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042662ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042662ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pépin, G. (1985). L'irrecevabilité du projet de modification de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. *Les Cahiers de droit*, 26(1), 239–249.
<https://doi.org/10.7202/042662ar>

Résumé de l'article

In this paper, the author demonstrates that section 96 of the *Constitution Act, 1867* is a source of political tensions. The « rules of the game » in construing section 96 are well known but are neither clear nor precise. The government has proposed a section 96B which should be relevant today as well as in the next century, but the new section should not be an obstacle to necessary changes in the judicial and administrative systems. Nevertheless, the new section 96B runs the risk of replacing one constitutional problem by another one.

If section 96B was to be enforced, the Legislature could give any judicial function, old or new, to an « authority other than a court », subject to judicial control of the function. By writing an amendment to section 96, consideration must be given to sections 97 to 101, which are also part of the « Judicature » Chapter in the *Constitution Act, 1867*.

In keeping with the author's thinking, some changes may be made to present law, which would be preferable to the proposed amendment.

L'irrecevabilité du projet de modification de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Gilles PÉPIN *

In this paper, the author demonstrates that section 96 of the Constitution Act, 1867 is a source of political tensions. The « rules of the game » in construing section 96 are well known but are neither clear nor precise. The government has proposed a section 96B which should be relevant today as well as in the next century, but the new section should not be an obstacle to necessary changes in the judicial and administrative systems. Nevertheless, the new section 96B runs the risk of replacing one constitutional problem by another one.

If section 96B was to be enforced, the Legislature could give any judicial function, old or new, to an « authority other than a court », subject to judicial control of the function. By writing an amendment to section 96, consideration must be given to sections 97 to 101, which are also part of the « Judicature » Chapter in the Constitution Act, 1867.

In keeping with the author's thinking, some changes may be made to present law, which would be preferable to the proposed amendment.

	<i>Pages</i>
Introduction	240
1. L'inacceptable exclusion des cours provinciales de justice, en tant que bénéficiaires possibles de l'assouplissement recherché	244
2. Un nid de guêpes ou de corbeaux... : la notion « d'autorité non judiciaire » (« authority other than a court »).....	245
3. Une sortie ratée : la notion de « compétence de cour supérieure »	246

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

4. La complexité de la reconnaissance formelle du pouvoir de contrôle des cours supérieures.....	246
5. Une difficulté politique que l'on ne saurait ignorer : la croissance débridée de la « justice administrative » aux dépens de la « justice judiciaire », sans étude rationnelle sur cette évolution dans l'administration de la justice.....	247
6. Le silence du projet sur la question des institutions fédérales.....	249
Conclusion.....	249

Introduction

Au mois d'août 1983, le ministre fédéral de la Justice a publié un « Document de travail » intitulé « *Avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux* ». On y trouve une proposition d'amendement à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (A.A.N.B.), lequel article ne concerne apparemment pas les tribunaux administratifs mais fait plutôt partie d'un ensemble de dispositions (96 à 101) relatives à l'organisation du système judiciaire au Canada (« VII — Judicature »).

Ce projet a été diffusé par le ministre fédéral de la Justice, avec l'accord des provinces, « pour engager des consultations publiques en vue d'obtenir d'autres avis »¹; le ministre observe qu'il se pourrait « que le droit, dans son état actuel, corresponde déjà aux besoins des Canadiens »².

On peut difficilement discuter du contenu et de la portée de ce projet d'amendement, curieusement numéroté 96B, si l'on ne s'est jamais aventuré dans les sables mouvants de la jurisprudence kaléidoscopique et tentaculaire engendrée depuis 1867 par le célèbre article 96 de la Constitution qui énonce une règle fort importante mais d'un libellé apparemment on ne peut plus limpide: « Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick ». Cet article a suscité plus de deux cents litiges ou demandes d'avis consultatifs, pour ne rien dire des multiples querelles politiques auxquelles il a aussi donné naissance. Depuis 1975, la Cour suprême du Canada s'est penchée à douze reprises sur la portée de l'article 96, non compris les refus de permission d'appeler; elle est actuellement saisie d'autres dossiers de ce genre. Du temps où il était professeur de droit, l'honorable Bora Laskin avait dénoncé ce

1. *Document de travail*, p. 8.

2. *Id.*, p. 14.

« judicially-nourished luxuriance of section 96 »³ et ce « relentless pursuit to excise original sin in provincial law-making »⁴. Des signes évidents de tensions politiques aiguës sont apparus récemment en Saskatchewan. Mécontent de ne pas être consulté par les autorités fédérales lors de la nomination des juges des « cours de 96 », le Gouvernement de cette province a réduit le nombre de juges de la Cour supérieure. À l'occasion d'un jugement dont il a été interjeté appel, un juge de la Cour supérieure a décidé qu'il s'agissait là d'une décision entrant dans le cadre de la compétence législative des provinces sur l'administration de la justice et notamment sur l'organisation des cours provinciales⁵.

Les « règles du jeu » de l'interprétation de l'article 96 sont aujourd'hui assez bien connues, la clarté de ces règles n'ayant toutefois d'égale que leur imprécision⁶. *Grosso modo*, il est interdit aux Législatures de confier à d'autres qu'à des juges assujettis au régime juridique prévu aux articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une fonction judiciaire qui participe à un *genre de juridiction exercée de façon exclusive en 1867* par des cours supérieures, de district ou de comté, à moins que le *contexte institutionnel* dans lequel s'imbrique cette fonction puisse servir de catalyseur pour en faire un *accessoire* d'une mission administrative plus vaste⁷. Récemment, la Cour suprême a ouvert un nouveau front aux guérillas judiciaires fondées sur l'article 96 en déclarant, sans préciser sa pensée, que le prolifique article limitait aussi la liberté d'action du Parlement en matières judiciaires fédérales⁸. Il pourrait résulter de cet arrêt que les « règles du jeu » applicables au Parlement ne soient pas identiques à celles élaborées pour les provinces.

3. « Municipal Tax Assessment and Section 96 of the British North America Act: The Olympia Bowling Alleys Case », (1955) 33 *R. du B. Can.* 993.

4. « Provincial Administrative Tribunals and Judicial Power — The Exaggeration of Section 96 of the British North America Act », (1963) 41 *R. du B. Can.* 446.

5. *Saskatoon Defence Criminal Lawyers c. Government of Saskatchewan*, Sask. Q.B., 10 avril 1984.

6. Voir notamment J.-F. JOBIN, « L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les organismes inférieurs d'appel », Montréal, Les éd. Yvon Blais Inc., 1984.

7. Voir, par exemple: *P.-G. du Québec et Régie du logement c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 842; *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Dans l'affaire d'un renvoi [...] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

8. *McEvoy c. P.-G. du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704. Voir les commentaires suivants: R. ELLIOTT, « Constitutional Law — Judicature — Is Section 96 Binding on Parliament [...] », (1982) 16 *U.B.C. L.R.* 313; G. LEHOUX, « *McEvoy c. P.-G. du N.-B. et P.-G. du Canada: Une autre pièce du temple de la justice canadienne* », (1983) 14 *R.G.D.* 169; R. ELLIOTT, « *New-Brunswick Unified Criminal Court Reference* », (1984) 18 *U.B.C. L.R.* 127.

De toute façon, la Cour suprême n'a soufflé mot de la question de savoir si l'article 96 était susceptible de s'appliquer aux cours fédérales additionnelles établies par le Parlement sous l'autorité de l'article 101; le libellé de cet article porte que le législateur fédéral a compétence « notwithstanding anything in this Act ».

La jurisprudence relative à la délimitation de la portée de l'article 96 est, on le sait, à l'origine de bien des difficultés et de beaucoup d'incertitude dans la dévolution de fonctions judiciaires à des institutions autres que les « cours de 96 ». Mais les réactions très négatives que cette jurisprudence pouvait légitimement susciter dans l'esprit de plusieurs juristes sont aujourd'hui tempérées par le fait que la Cour suprême du Canada a récemment assigné à l'article 96, ainsi qu'aux articles 97 à 100 qui lui sont reliés, deux raisons d'être de grande importance qui expliquent que, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, ces articles reçoivent la plus haute considération.

Dans le renvoi sur l'inconstitutionnalité de la Commission de logement de l'Ontario (1981), l'honorable juge Dickson a reconnu (*per curiam*) que le pouvoir de nomination dont il est question à l'article 96 a été confié au gouverneur général du Canada parce qu'il a été convenu, en 1867, que le Canada posséderait un système judiciaire intégré; les cours provinciales étant ainsi appelées à trancher les litiges suscités par l'application des lois tant fédérales que provinciales, certaines responsabilités dans l'organisation judiciaire provinciale ont été confiées, en guise de compromis, aux autorités fédérales⁹. Bien que le juge Dickson n'en fasse pas lui-même état, il faut déduire de cette première justification à la présence de l'article 96 que le Parlement doit faire un usage très parcimonieux de sa compétence de créer des cours fédérales additionnelles « for the better Administration of the Laws of Canada » (art. 101). Toute exception significative au principe de l'intégration judiciaire remet en cause le compromis réalisé en 1867.

Par ailleurs, sans toutefois faire mention de l'opinion exprimée *per curiam* par le juge Dickson dans le renvoi précité, la Cour suprême a émis l'avis, dans l'affaire McEvoy (1983), que les articles 96 à 100 ont pour objet d'assurer l'indépendance des juges des cours supérieures provinciales¹⁰.

Les articles 96 à 100 représentent donc, dans l'état actuel du droit, des textes constitutionnels d'une valeur exceptionnelle. Mais, il n'empêche que la guillotine est fréquemment tombée, depuis 1867, sur des cours ou organismes provinciaux, souvent bien inutilement et tardivement. Il pourrait en être de

9. *Supra*, note 7, p. 728. Cette dualité de responsabilités des cours provinciales, notamment des cours supérieures, avait été solennellement proclamée par la Cour suprême dans l'arrêt antérieur *La Reine c. Thomas Fuller Construction Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695.

10. *Supra*, note 8, p. 720.

même bientôt pour des institutions fédérales. L'administration de la justice et l'administration publique ne peuvent s'accommoder de cette insécurité, même si elle peut faire le bonheur des plaideurs... Par ailleurs, au Québec, où il n'existe pas de cours de comté et de district, il n'est pas intrinsèquement bon que les cours supérieures, souvent débordées, détiennent un monopole historique aussi substantiel sur l'exercice des fonctions judiciaires ; surtout depuis que la Cour suprême a décidé que toutes les cours inférieures et tous les organismes administratifs provinciaux sont obligatoirement soumis, en vertu même de l'article 96, à un droit de contrôle de la part des cours supérieures chargées d'intervenir en cas d'absence ou d'excès de pouvoir ¹¹.

C'est donc aux difficultés très rapidement évoquées dans les lignes qui précèdent que le projet d'amendement 96B voudrait apporter une solution. Il importe certes de « faire quelque chose » pour remédier aux inconvénients pour le moins trop prononcés de l'article 96 et, surtout, de la jurisprudence qu'il a engendrée. Faire quelque chose, certes ! Mais pas « n'importe quoi »... Il ne s'agit pas de modifier un règlement, ni même une loi, mais la Constitution du pays ! L'amendement proposé doit pouvoir s'appliquer durant peut-être une centaine d'années... et ne pas faire obstacle à de nécessaires transformations de l'appareil judiciaire et administratif.

Dans cet esprit, le projet d'article 96B risque fort de remplacer « l'anomalie constitutionnelle » constatée récemment par le juge en chef Laskin ¹² par une anomalie du même genre. En somme, selon l'expression populaire, la proposition mise de l'avant pourrait conduire à échanger un dollar pour quatre vingt-cinq sous...

À notre avis, le projet est inacceptable pour plusieurs raisons ¹³. Mais, il convient, avant de les énumérer, de citer le texte de l'amendement proposé.

96B. (1) Par dérogation à l'article 96, la législature d'une province peut, dans les domaines ressortissant à son pouvoir législatif, attribuer compétence concurrente ou exclusive à tout tribunal, organisme ou autre autorité non judiciaire constituée en vertu d'une loi de la province.

(2) Les décisions de l'autorité à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) sont susceptibles de révision par une cour supérieure de la province pour défaut ou excès de pouvoir.

11. *Crevier c. P.-G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Il est probable, mais il n'est pas assuré, que l'arrêt *Crevier* fera autorité en matière fédérale. Voir l'affaire *McEvoy*, *supra*, note 8.

12. *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*, *supra*, note 7, p. 72.

13. Consulter aussi : « *Rapport du Comité conjoint de l'Association du Barreau Canadien (section Québec) et du Barreau du Québec sur l'avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux* », janvier 1984 ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN : « *A Response to the Minister of Justice and Attorney General of Canada on the Discussion Paper : The Constitution of Canada, A Suggested Amendment Relating to Provincial Administrative Tribunals* », février 1984.

96B. (1) Notwithstanding section 96, the Legislature of each Province may confer on any tribunal, board, commission or authority, other than a court, established pursuant to the laws of the Province, concurrent or exclusive jurisdiction in respect of any matter within the legislative authority of the Province.

(2) Any decision of a tribunal board, commission or authority on which any jurisdiction of a superior court is conferred under subsection (1) is subject to review by a superior court of the Province for want or excess of jurisdiction.

1. L'inacceptable exclusion des cours provinciales de justice, en tant que bénéficiaires possibles de l'assouplissement recherché

Selon l'amendement mis de l'avant, les parlements provinciaux seraient désormais autorisés à déléguer sans détour à leurs organismes administratifs une fonction judiciaire historiquement visée par l'article 96, encore que l'exercice de ladite fonction demeurerait assujéti à un droit de contrôle des cours supérieures (mais voir *infra*). Il appert à ce titre que la règle du « cadre institutionnel » n'aurait plus, en conséquence, d'importance pratique; cette règle autorise déjà, dans l'état actuel du droit, la délégation de fonctions judiciaires historiquement du ressort des « cours de 96 » à des organismes à vocation principalement administrative.

Cependant, l'interdiction de porter atteinte aux juridictions historiques des cours de 96 — que je me permets d'appeler familièrement des « juridictions numéro 1867-96 » — continuerait à s'appliquer aux cours de justice composées de juges nommés par les autorités provinciales car seule une « autorité autre que judiciaire » (« authority other than a court ») pourrait manger du fruit traditionnellement défendu... Une Législature pourrait plus facilement confier d'importantes attributions judiciaires à des administrateurs plutôt qu'à des juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil et bénéficiant des garanties d'indépendance reconnues par la législation provinciale, v.g. la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹⁴ et par la tradition. Par exemple, il appert que l'Assemblée nationale du Québec serait habilitée à déléguer au ministre des Affaires municipales ou à la Commission municipale la juridiction de cassation des règlements municipaux retirée aux juges de la Cour provinciale, en 1972, pour cause de violation de l'article 96¹⁵.

En somme, ce serait le monde à l'envers... et cela, sous l'autorité d'un article de la Constitution, inséré dans le chapitre traitant de la « Judicature »...

14. L.R.Q. c. T-6.

15. *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681.

L'article 96B minimiserait l'importance des cours composées de juges nommés par les autorités provinciales; il accentuerait officiellement et inutilement la démarcation entre les cours supérieures et les cours inférieures (encore que les cours de district et de comté soient des cours inférieures); il laisserait à penser que le « Constituant » est d'avis que la justice peut être convenablement rendue, au Canada, par des « cours de 96 » ou des organismes administratifs, mais non par des juges nommés par les autorités provinciales dont il convient de se méfier; il empêcherait peut-être la Cour suprême du Canada de faire évoluer la jurisprudence actuelle sur l'article 96 de façon à ce que les juges nommés par les provinces puissent, comme c'est le cas actuellement pour les membres des tribunaux administratifs, bénéficier de certains accommodements jurisprudentiels rendus nécessaires pour des raisons de convenance, de logique ou de nécessité.

**2. Un nid de guêpes ou de corbeaux... :
la notion « d'autorité non judiciaire »
(« authority other than a court »)**

L'adoption éventuelle de l'article 96B ouvrirait un nouveau front aux guérillas judiciaires. Les juges chargés d'interpréter la Constitution du Canada auraient à définir la notion « d'autorité non judiciaire » (« authority other than a court »), les « cours » provinciales ne pouvant bénéficier de l'assouplissement recherché.

La notion de « court » évoque l'image du caméléon; elle a été définie de façon différente dans des contextes différents.

Par exemple, la Cour suprême du Canada, appelée à interpréter sa propre juridiction, a jugé qu'elle était incompétente pour statuer en appel des jugements prononcés par les organismes quasi judiciaires étant donné que la *Loi sur la Cour suprême* n'autorise l'appel que des jugements rendus par des « cours » ou par leurs « juges »¹⁶; cependant, elle a décidé que les règles de bilinguisme prévues par l'article 133 de la Constitution s'appliquent non seulement aux « cours » (« courts ») du Québec mais aussi aux « organismes non judiciaires ayant le pouvoir de rendre la justice »¹⁷. Spéculant sur le sens du mot « court », des juges de la House of Lords ont reconnu dernièrement qu'il s'agissait d'une notion versatile qui appelait deux questions: « When is

16. *Théberge Limitée c. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida*, [1966] R.C.S. 378.

17. *P.-G. du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

a court a court?» et «When is a court not a court?». L'un des magistrats a observé sans ambage :

At the end of the day it has unfortunately to be said that there emerges no sure guide, no unmistakable hallmark by which a "court" or "inferior court" may unerringly be identified. It is largely a matter of impression.¹⁸

Certes, la Cour suprême trancherait éventuellement, probablement de façon plus ou moins précise, le sens du mot « court » aux fins de l'application de l'article 96B. Peut-être se lancerait-elle dans une recherche de l'intention que le « Constituant » avait à l'esprit au moment de l'adoption de l'article 96B? Nous pourrions alors assister à la naissance d'un nouveau critère historique! Peut-être que le qualificatif de « court » serait réservé aux institutions exerçant uniquement ou principalement des fonctions judiciaires; mais alors, l'actuel critère du « cadre institutionnel » pourrait refaire surface.

3. Une sortie ratée : la notion de « compétence de cour supérieure »

L'article 96B réintroduirait probablement par la porte d'en arrière une difficulté que l'on aurait voulu brusquement chasser par la porte d'en avant.

Le paragraphe 2 de l'article, destiné à atténuer l'importance de l'exception consacrée par le paragraphe 1, porte que les cours supérieures exerceraient leur pouvoir de contrôle sur les décisions prises par les autorités, autres que les cours, auxquelles on aurait attribué « compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) ». Ce passage de l'article 96B pourrait être perçu comme une limite au pouvoir de contrôle qui y serait garanti : la mise en œuvre du pouvoir de surveillance mentionné à l'article 96B supposerait au préalable que l'on soit en présence d'une institution exerçant une compétence de « cour supérieure ». Le critère historique « 1867-96 » n'entrerait-il pas automatiquement en action? Et doit-on conclure que l'article 96B, paragraphe 2 ne s'appliquerait pas lorsque la compétence en cause était exercée en 1867 par des cours de comté et de district, des tribunaux non supérieurs dont la juridiction historique est aussi protégée par l'article 96?

4. La complexité de la reconnaissance formelle du pouvoir de contrôle des cours supérieures

Le paragraphe 2 de l'article 96B serait destiné à atténuer l'importance de l'exception consacrée par le paragraphe 1 : les cours supérieures provinciales exerceraient leur juridiction de contrôle sur les autorités ayant

18. *Attorney General c. British Broadcasting Corporation*, (1980) 3 All. E.R. 161, p. 175 (lord Edmund-Davies). Voir aussi, par exemple, *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1978] C.S. 32.

bénéficié de la dérogation apportée par le paragraphe 1, du moins lorsque la fonction judiciaire déléguée à une autorité relevait en 1867 des cours supérieures (*supra*, partie 3). Le pouvoir de contrôle serait limité aux cas d'absence ou d'excès de pouvoir.

Le pouvoir de contrôle des cours supérieures est actuellement garanti, du moins en matière provinciale, par l'article 96, tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Crevier*¹⁹. Ce pouvoir de contrôle vise l'activité, judiciaire ou non, de toutes les cours inférieures et de tous les organismes administratifs ; il est susceptible de s'exercer en cas d'absence ou d'excès de pouvoir de la part de l'institution qui y est assujettie, mais aussi en cas d'erreur de droit intrajuridictionnelle, à moins que ce cas d'ouverture à l'intervention des cours supérieures ne soit exclu par une clause privative.

Si l'article 96B était adopté, le pouvoir de contrôle des cours supérieures pourrait prendre sa source, en matière provinciale, soit dans l'article 96, soit dans le paragraphe 2 de l'article 96B. Ce dernier paragraphe s'appliquerait aux institutions autres que les cours à qui une Législature aurait confié une compétence judiciaire de « cour supérieure » ; le contrôle serait limité aux cas d'absence ou d'excès de pouvoir. L'article 96 continuerait par ailleurs à garantir l'exercice du pouvoir de contrôle sur les autres institutions inférieures, quelle que soit la nature du pouvoir exercé, et, en l'absence d'une clause privative, les erreurs de droit intrajuridictionnelles pourraient être censurées.

A-t-on vraiment besoin de deux articles pour garantir, dans la Constitution, le contrôle des cours supérieures, chacun de ces articles visant des sujets différents et possédant en principe un champ d'action différent ?

**5. Une difficulté politique que l'on ne saurait ignorer :
la croissance débridée de la « justice administrative »
aux dépens de la « justice judiciaire », sans étude rationnelle
sur cette évolution dans l'administration de la justice**

Si l'article 96B était adopté, les Législatures jouiraient de la faculté de confier n'importe laquelle fonction judiciaire, ancienne ou nouvelle, à une institution autre qu'une cour de justice, sous réserve d'un contrôle judiciaire de l'exercice de cette fonction, à la demande d'un justiciable possédant l'intérêt (et l'argent) requis pour ce faire.

19. *Supra*, note 11.

L'administration publique provinciale (Gouvernement, ministres, commissions, régies, offices, fonctionnaires, conseils municipaux, commissions scolaires, etc.) pourrait voir son rôle judiciaire considérablement accentué ; la mission des juges serait diminuée d'autant. Certes, il ne faut pas oublier que la théorie du « cadre institutionnel » (« institutional setting »), créée par les juges, ouvre déjà la porte à cette évolution.

Comment peut-on proposer l'adoption d'un texte constitutionnel, pour inscription dans le chapitre consacré à la « Judicature », qui reconnaîtrait officiellement aux Législatures une très large liberté d'action en matière de dévolution de fonctions judiciaires à des organismes administratifs, sans s'interroger au préalable, de façon approfondie, sur les raisons d'être de toutes natures justifiant la délégation de pouvoirs judiciaires à des institutions autres que les cours de justice ? Et comment se livrer à cette première interrogation sans réfléchir en même temps sur l'adéquation de notre système judiciaire aux besoins contemporains de l'administration de la justice ? Comment concilier en outre une éventuelle diminution des responsabilités des « juges de 96 » avec les deux motifs invoqués pour justifier la présence des articles 96 à 100 : assurer la participation des autorités fédérales dans l'organisation et le maintien de cours provinciales dotées de juridictions importantes en matières provinciale et fédérale ; faire en sorte que les principales fonctions judiciaires soient exercées au Canada par des juges possédant des garanties constitutionnelles d'indépendance ? Dans le même ordre d'idée, comment expliquer que la délégation de fonctions judiciaires importantes à des administrateurs serait acceptable mais qu'il faudrait se montrer circonspect lorsque les délégataires seraient des juges nommés par les autorités provinciales et offrant pourtant, en vertu de la législation provinciale ou de la tradition, certaines garanties d'indépendance ?

En somme, comment mettre de l'avant une proposition susceptible de compromettre un certain équilibre entre ce qu'il est convenu d'appeler le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Judiciaire, sans étudier très attentivement les tenants et aboutissants d'une suggestion aussi fondamentale ? Certes, il faut rappeler à nouveau, pour mémoire, que la règle actuelle de « l'institutionnel setting », une création de la jurisprudence, encourage déjà les Législatures à confier à des institutions les plus différentes possibles des cours de justice (sur le plan institutionnel, fonctionnel et procédural) les fonctions judiciaires qu'elles désirent, à tort ou à raison, ne pas confier aux « cours de 96 ».

Le projet d'article 96B fournit donc une excellente occasion de réfléchir sur des sujets de grande importance ; il conviendrait de le faire avant et non après l'adoption du texte constitutionnel.

6. Le silence du projet sur la question des institutions fédérales

Le document d'étude du ministre fédéral de la Justice a sans doute été préparé avant que la Cour suprême du Canada n'émette l'avis, dans l'affaire McEvoy²⁰, que l'article 96 limitait la liberté d'action du Parlement du Canada en matière de dévolutions de fonctions judiciaires fédérales.

Comme il ne saurait sans doute être question d'activer à deux reprises le complexe processus d'amendement constitutionnel pour adapter l'article 96 aux besoins des Législatures et du Parlement, il apparaîtrait pour le moins surprenant que le projet d'article 96B ne souffle mot des institutions fédérales.

Certes, étant donné l'imprécision de l'opinion émise dans l'affaire McEvoy, on peut penser que si les autorités fédérales désirent attendre quelques autres jugements de la Cour suprême sur la question, il s'écoulera encore quelques années avant qu'elles soient en mesure de connaître véritablement les restrictions que l'article 96B impose à l'activité législative du Parlement.

Peut-être pourrait-on profiter de ce délai pour réfléchir aussi sur les questions mentionnées plus haut.

Conclusion

En guise de conclusion, une observation générale vient à l'esprit. Il sera très probablement difficile de rédiger un projet satisfaisant d'amendement à l'article 96 sans qu'il soit tenu compte du fait que cet article est intimement relié aux articles 97 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lesquels font partie du chapitre de la Constitution consacré au « système judiciaire ».

Par ailleurs, il n'est pas déraisonnable de penser que le droit jurisprudentiel en vigueur, qu'il serait nécessaire pourtant de modifier, est préférable au texte de l'amendement proposé.

20. *Supra*, note 8.