Document généré le 12 oct. 2024 03:48

Les Cahiers de droit

La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés

Sonia Pratte

Volume 27, numéro 3, 1986

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042765ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042765ar

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

Pratte, S. (1986). La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés. *Les Cahiers de droit*, *27*(3), 685–710. https://doi.org/10.7202/042765ar

Résumé de l'article

The rule of law is one of the foundations of our society. In England where it first developed, it symbolized the subjection of royal power to new parliamentary supremacy. Towards the end of the 19th century, A.V. Dicey provided the concept with a description expressed in three well-known premisses. As a component of unwritten law in Canada, the rule of law was to experience many interpretations until finally it was enshrined in the preambule of the Canadian Charter. Henceforth a part of the Constitution, it would now acquire a more formal meaning in its applications to parliaments, administrative acts in general and even to royal prerogatives. Furthermore, the rule also carries with it a content that will be more precisely defined by the courts in years to come. The rule of law now is a dynamic concept that can be placed in the service of protecting and promoting human rights.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1986

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés

Sonia PRATTE *

The rule of law is one of the foundations of our society. In England where it first developed, it symbolized the subjection of royal power to new parliamentary supremacy. Towards the end of the 19th century, A.V. Dicey provided the concept with a description expressed in three well-known premisses. As a component of unwritten law in Canada, the rule of law was to experience many interpretations until finally it was enshrined in the preambule of the Canadian Charter. Henceforth a part of the Constitution, it would now acquire a more formal meaning in its applications to parliaments, administrative acts in general and even to royal prerogatives. Furthermore, the rule also carries with it a content that will be more precisely defined by the courts in years to come. The rule of law now is a dynamic concept that can be placed in the service of protecting and promoting human rights.

Pages

Introduction 686

1. La primauté du droit : ses débuts et son développement 687

1.1. Origine et expression classique de la *rule of law* 687

1.1.1. Racines historiques et développement 687

1.1.2. Formulation classique de la primauté du droit par Dicey 688

1.1.2.1. Absence d'arbitraire de la part de l'Administration publique 688

1.1.2.2. Égale soumission de tous les administrés au droit commun .. 688

1.1.2.3. Protection des droits garantie par la loi ordinaire 689

* Étudiante en droit, l'auteure s'est mérité pour ce texte la première place lors d'un concours organisé par la Commission internationale des juristes, la Faculté de droit de l'Université Laval et la Fondation Maurice-Pollack. Elle remercie le professeur Henri Brun qui l'a dirigée dans son travail.

Les Cahiers de Droit, vol. 27, nº 3, septembre 1986, p. 685-710

Pages

1.2. Évolution de la primauté du droit ; les trois propositions de Dicey dans le contexte canadien du 20e siècle 689
1.2.1. Pouvoir discrétionnaire n'équivaut pas nécessairement à pouvoir arbitraire 690
1.2.2. Tempéraments à l'égale soumission des administrés aux tribunaux ordinaires 691
1.2.2.1. Règles spéciales et prérogatives de la Couronne 691
1.2.2.2. Prolifération des tribunaux administratifs 692
1.2.2.3. Avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* 695

2. La primauté du droit : impact de la Charte canadienne 696
2.1. La primauté du droit : un sens formel plus exigeant 696
2.1.1. Constitutionnalisation du principe 696
2.1.1.1. Le préambule de la Charte, sa portée 696
2.1.1.2. Sanction prévue 697
2.1.2. Application aux parlements 698
2.1.3. Application aux gouvernements 700
2.1.3.1. Quant aux actes administratifs en général 700
2.1.3.2. Quant à l'exercice de la prérogative 701
2.2. La primauté du droit : un contenu matériel en devenir 706
2.2.1. La *rule of law* acquiert un sens matériel grâce à la Charte 706
2.2.2. La Cour suprême reconnaît une portée substantive à l'article 7 de la Charte 707
2.2.3. La primauté du droit au service de la promotion des droits de la personne 709

Conclusion 710

Introduction

L'Homme est un animal sociable. C'est ce besoin de vivre en collectivité qui l'a poussé à surmonter son état de nature et à se constituer en groupe organisé. De la cellule familiale à la société internationale, les êtres humains se sont donnés des règles de fonctionnement reflétant leur niveau d'évolution et adaptées aux différents contextes, époques et lieux. L'individu aliénant ainsi une partie de sa liberté au profit d'un pouvoir collectif, il restera toujours difficile de concilier les intérêts particuliers et ceux du groupe.

Aujourd'hui, chez nous, le droit se veut l'expression de ces normes coercitives réglementant l'activité humaine. Édictées par un parlement suprême, interprétées par des tribunaux indépendants et mises en œuvre par une administration qui leur est à tous deux soumise, celles-ci manifestent le règne du droit dont se réclame la société canadienne. Concept pour le moins

vaste et susceptible de bien des colorations ; mais pareillement tout aussi riche et rempli de promesses.

Dans les pages qui suivent, nous évoquerons les origines de la primauté du droit et sa formulation classique telle qu'exposée par Dicey à la fin du 19e siècle. Puis nous suivrons son cheminement en contexte canadien, ce qui nous conduira jusqu'à son insertion dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tout ceci en vue d'établir l'état actuel du principe de la légalité dans notre système juridique et d'en entrevoir l'évolution à l'heure de la Charte canadienne.

1. La primauté du droit : ses débuts et son développement

1.1. Origine et expression classique de la *rule of law*

1.1.1. Racines historiques et développement

Malgré la nouveauté de la reconnaissance formelle du principe de la primauté du droit au Canada, nous savons que ses racines, son développement et sa mise en œuvre ne sont pas d'hier. Wade, dans son introduction à la dixième édition du volume de Dicey reconnaîtra : « The rule itself [...] may be traced back to the mediaeval notion that law, whether it be attributed to a supernatural or human source, ought to rule the world » [1]. La maxime voulait alors que « le roi ne soit sous l'autorité d'aucun homme mais plutôt sous celle de Dieu et de la loi » [2]. À cette époque, l'Église catholique imposait son autorité un peu partout à travers le monde. Cependant, en Angleterre, elle perdit peu à peu de sa puissance au profit de la monarchie montante.

On vit alors le roi cumuler l'ensemble des fonctions étatiques : source de la loi et protecteur de l'ordre public, il nommait et révoquait à loisir les magistrats. Le règne du droit était en fait le règne du roi. Mais le peuple ne l'entendait pas ainsi. Une série de proclamations royales amorcée en 1539 par le « *Statute of Proclamations* », passant par le « *Case of Proclamations* » (1610) pour culminer avec le « *Bill of Rights* » (1689) et l'« *Act of Settlement* » (1700), opérera progressivement le passage de la souveraineté personnelle à la souveraineté collective. C'est parallèlement à cette affirmation de la suprématie parlementaire que la *rule of law* prendra véritablement son sens

1. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, MacMillan et Co. Ltd., 1961, p. xcvii.
2. Il est intéressant de remarquer la similitude entre cette maxime du Moyen-Âge et le préambule de la Charte canadienne qui stipule : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit : ».

traditionnel. Le Parlement, légitimant sa suprématie par la souveraineté du peuple, sera « tout puissant » et ses lois s'appliqueront tant au roi qu'à l'ensemble des citoyens. On a à la fois distingué et hiérarchisé les pouvoirs.

> The price paid by Coke and his followers for their alliance with Parliament, which ensured the defeat of the Crown's claim to rule by prerogative, was that the common law could be changed by Parliament, but by Parliament alone.[3]

Pour la première fois de l'histoire : « The Crown, the executive is under the law » ; la loi du Parlement telle qu'interprétée par les tribunaux.

1.1.2. Formulation classique de la primauté du droit par Dicey

Lorsqu'en 1885, Albert Venn Dicey publia son volume *An Introduction to the study of the law of the Constitution* exposant les principaux corollaires de la *rule of law*, il décrit en fait l'état de la société anglaise d'alors.

> When we say that the supremacy or the rule of law is a characteristic of the English constitution, we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions.[4]

Il décrit de la façon suivante les trois aspects auxquels il faisait allusion.

1.1.2.1. Absence d'arbitraire de la part de l'Administration publique

Il opposa tout d'abord la *rule of law* à l'exercice d'un pouvoir arbitraire ou même largement discrétionnaire de l'Administration, affirmant que personne ne peut être puni si ce n'est pour une violation d'une loi légalement adoptée et interprétée par les tribunaux ordinaires.

Pas question donc d'un pouvoir exécutif inhérent. Au contraire, l'Administration publique n'a de pouvoirs que ceux que le droit lui attribue expressément.

1.1.2.2. Égale soumission de tous les administrés au droit commun

La primauté du droit garantit par ailleurs l'égalité de tous devant la loi appliquée par les tribunaux ordinaires. Laissons Dicey exprimer lui-même ce principe :

> [...] with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.[5]

---

3. A.V. DICEY, *supra*, note 1, p. c.
4. *Id.*, p. 187-188.
5. *Id.*, p. 193.

Ainsi donc, aucune dispense générale en faveur de l'exécutif ou de ses agents alors que toute exemption particulière devra trouver son fondement dans le droit positif. De plus, ce sont les tribunaux de droit commun qui sont habilités à connaître de l'ensemble des litiges peu importe qu'ils mettent en cause une autorité étatique. La common law s'applique à l'Administration et son activité ne jouit d'aucun caractère exorbitant ou spécifique par rapport au droit privé.

1.1.2.3. Protection des droits garantie par la loi ordinaire

Enfin, en système britannique, les droits fondamentaux ne font pas l'objet d'une constitution formelle, mais sont plutôt protégés par la loi ordinaire du pays.

> [...] with us the law of the constitution, the rules which foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined an enforced by the courts [...].[6]

Dicey exprimait l'opinion qu'entre l'existence des droits fondamentaux et leur mise en œuvre, il ne doit pas y avoir de césure. Pour lui, la « constitutionnalisation » des droits représente leur « désincarnation » ; c'est inverser la cause avec l'effet, figer ce qui doit rester dynamique.

1.2. Évolution de la primauté du droit ; les trois propositions de Dicey dans le contexte canadien du 20e siècle

Voilà donc l'essentiel du concept original de la *rule of law*. C'est dans cette formulation première qu'il fut transplanté au Canada par le biais de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (1867), proclamant pour la nouvelle Union « [...] une *constitution* reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »[7]. Mais depuis la belle époque du laisser-faire et du libéralisme économique, le principe s'est greffé au développement d'une société moderne répondant à de nouveaux besoins et traduisant des aspirations différentes. De l'État gendarme à l'État providence, la conception classique de la *rule of law* aura tôt fait de requérir certains ajustements.

6. *Id.*, p. 203.
7. *Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867)*, 30-31 Victoria, c. 3 (R.-U.), devenu la *Loi constitutionnelle de 1867* par l'effet de la *Loi constitutionnelle de 1982*, R.-U. 1982, c. 11.

1.2.1. Pouvoir discrétionnaire n'équivaut pas nécessairement à pouvoir arbitraire

La première critique que les auteurs modernes adressent à Dicey est de n'avoir pas pressenti l'essor qu'allait connaître l'activité gouvernementale et les difficultés multiples que cet interventionnisme allait générer. La conception contemporaine du rôle de l'État allait obliger le Parlement à assumer des responsabilités toujours plus lourdes et à étendre son action dans des domaines de plus en plus nombreux et complexes. Devant l'immensité de la tâche et compte tenu des limites pratiques de l'organe législatif, on a vu se développer tout un réseau d'organes administratifs chargés de régir les divers domaines de l'activité humaine. Parallèlement, au nom de l'efficacité administrative, le Parlement s'est vu dans l'obligation, d'une part, de déléguer une partie de plus en plus importante de son pouvoir législatif et d'autre part, de libeller en termes de plus en plus larges le pouvoir discrétionnaire accordé aux organes chargés de l'application de la loi.

Aussi, il ne fait aucun doute qu'au terme du 20e siècle, la primauté du droit peut et doit supporter une certaine marge de discrétion (assurément plus grande que Dicey ne l'avait imaginé) de la part de l'Autorité publique. Tous s'accordent d'ailleurs pour reconnaître cet état de fait :

> If it is contrary to the rule of law that discretionary authority should be given to government departments or public officers, then the rule of law is inapplicable to any modern constitution.[8]

À l'heure de l'interventionnisme étatique les auteurs ajoutent même : « Discretionary authority in every sphere is inevitable »[9].

Pour Dicey, la soumission de l'Administration au droit constituait une garantie contre l'arbitraire en ce qu'une conformité stricte des actes administratifs au droit en général et à une loi habilitante délimitant clairement le champ d'action, permettait au citoyen de prévoir les conséquences juridiques de ses actes. Pourtant, dès 1970 on affirmait : « Such certainty is not attainable in modern conditions »[10].

Une telle situation est certainement de nature à affaiblir l'exercice de la primauté du droit et commande des solutions nouvelles adaptées à la réalité actuelle. Si nous ne pouvons plus nier la nécessité de la discrétion administrative, nous devons cependant nous tourner vers un contrôle efficace et satisfaisant de tous ces pouvoirs discrétionnaires, car aujourd'hui comme hier :

---

8. E.C.S. WADE et G. PHILLIPS, *Constitutional Law*, 8e éd., Londres, Longman, 1970, p. 68.
9. *Id.*, p. 69.
10. *Id.*, p. 69.

> [...] wherever there is discretion there is room for arbitrariness, and that in a republic no less than under a monarchy discretionary authority on the part of the government must mean insecurity for legal freedom on the part of its subjects.[11]

1.2.2. Tempéraments à l'égale soumission des administrés aux tribunaux ordinaires

1.2.2.1. Règles spéciales et prérogatives de la Couronne

Le principe de l'égale soumission devant la loi demande à être nuancé. Soulignons d'abord que Dicey lui-même y avait reconnu des tempéraments : qu'un individu puisse être soumis à des lois particulières appliquées par des tribunaux spéciaux en raison de sa condition professionnelle (ex. : soldat, ecclésiastique) ne pose pas de problèmes en regard de la *rule of law*. Ce dernier, tout simplement, « [...] incurs from his position legal liabilities from which other men are exempt, he does not (speaking generally) escape thereby from the duties of an ordinary citizen »[12].

De même, la *rule of law* n'empêche pas le droit d'aménager certaines immunités spécifiques dans le but de favoriser l'administration du droit interne et international. Que les juges, par exemple, bénéficient d'immunités dans le cadre de leur fonction ou que des conventions particulières règlent le sort d'agents diplomatiques étrangers ne remet pas en question l'application du principe de la légalité. Du moment que le Parlement prévoit lui-même ces dérogations législatives, la primauté du droit dans son sens traditionnel est entièrement sauvegardée.

Une autre mitigation importante de la *rule of law* se retrouve dans l'existence toujours préservée de la prérogative royale. On sait que même après que la suprématie parlementaire fut définitivement acquise, la Couronne conserva certains pouvoirs, privilèges et immunités reliés à sa dignité et à l'exercice de sa fonction exécutive. Comme le remarque Wade : « [...] nothing in the Bill [of Rights] [non plus que dans aucune proclamation antérieure ou postérieure] denied the existence of the royal prerogative to the Crown »[13].

Toutefois, et c'est là la grande victoire des parlementaires, ces prérogatives seraient désormais circonscrites par la législation, le Parlement pouvant en tout temps en préciser les éléments ou en restreindre la portée. Considérées

11. A.V. DICEY, *supra*, note 1, p. 188.
12. *Id.*, p. 194.
13. *Id.*, p. xcix.

dès lors comme originant de la common law, elles font figure d'exceptions devant être interprétées restrictivement par rapport au principe de la *rule of law*.

Cependant, malgré cet état précaire, Wade pourra continuer d'affirmer : « Thus there has always remained a residue of discretionary power in the Crown »[14]. Des pouvoirs tels la convocation et la dissolution du Parlement, le commandement suprême des forces armées, la conduite des affaires extérieures, dont la conclusion de traités et la déclaration de guerre, peuvent être exercés sans autorisation législative, de façon autonome et indépendante du Parlement, par le roi agissant désormais sur l'avis des ministres du Cabinet. La prérogative royale comporte aussi un certain nombre d'immunités qui peuvent être invoquées autant par la Couronne que par les mandataires agissant en son nom.

Bien sûr, une telle situation n'abroge pas le principe de la primauté du droit, le Parlement pouvant décider à tout moment de soumettre à la loi ces privilèges. Pourtant, il n'en reste pas moins que dans les faits, les Parlements, au sein desquels l'exécutif joue un rôle prépondérant en matière d'instigation législative dans notre régime parlementaire, sont demeurés assez réticents à intervenir, principalement en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative au niveau international, laissant au gouvernement toute la latitude de jadis. Comme le pouvoir judiciaire a traditionnellement refusé d'intervenir dans le cadre d'un acte jugé de prérogative, on peut se demander si, au-delà de ce respect strict, la primauté du droit dans sa perspective plus globale ne réclame pas de garanties supplémentaires.

1.2.2.2. Prolifération des tribunaux administratifs

Quant à l'autre aspect de la deuxième proposition de Dicey, voulant que les tribunaux ordinaires connaissent indistinctement de l'ensemble des litiges, peu importe qu'ils soient purement privés ou mettent en cause l'Administration publique, il a dû lui aussi s'adapter à la société moderne. Pour l'auteur du 19e siècle, la garantie contre l'arbitraire administratif passe par la soumission au droit commun et n'échappe pas à la juridiction des tribunaux ordinaires qui, indépendants du pouvoir exécutif, constituent un gage d'impartialité et d'objectivité.

Dicey critiqua vivement le régime français qui avait développé un système de droit parallèle assorti de règles et de cours spécialisées, propres à l'Administration. Il y voyait la confirmation du caractère exorbitant de l'action administrative et donc l'antithèse de sa conception de la *rule of law*.

14. *Id.*, p. c.

Niant pour sa part l'existence d'un droit administratif anglais, son interprétation devait freiner considérablement l'expansion du droit britannique dans ce domaine. Un regard rétrospectif obligera à conclure :

> Although the concept of the rule of law might be called the mainspring of administrative law, Dicey's famous formulation of it in *The Law of the Constitution* cast a prolonged blight over administrative law in Britain.[15]

Malgré cela, depuis Dicey, tant en Angleterre qu'au Canada, on a vu se développer tout un réseau de tribunaux administratifs. Organes décentralisés de l'Administration, spécialisés dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle et appelés à juger de litiges opposant le plus souvent un administré à une autorité administrative, les tribunaux administratifs constituent un élément de réponse moderne à des besoins nouveaux. Leur spécialisation s'avère un avantage sinon une nécessité au sein d'une société où les domaines légaux se multiplient et se raffinent constamment. De même, leur rapidité et leur facilité d'accès à moindre coût leur procurent un avantage sur les tribunaux de droit commun.

Mais aurait-on sacrifié la primauté du droit à l'efficacité administrativo-judiciaire, opté pour une justice expéditive au détriment de l'indépendance et de l'impartialité des juges ? Il serait bien tentant, quoique lourd de conséquences, de brandir l'étendard de la primauté du droit et de prendre les armes (juridiques !) pour défendre l'intégrité de la *rule of law*. Une telle contestation de la validité des tribunaux administratifs ne trouverait-elle pas d'ailleurs un appui en regard de l'article 11 d) de la Charte canadienne [16] ?

Dans la récente affaire *Valente*, la Cour suprême a rejeté cette argumentation [17]. Elle précise que le danger de partialité de la part des juges administratifs, lesquels ne bénéficient pas de l'inamovibilité qui caractérise la fonction judiciaire, peut être écarté par le respect d'un certain nombre de règles telles la nomination pour un terme fixe et la sécurité financière qui en découle. De plus, on sait que les tribunaux administratifs exerçant une fonction judiciaire ou quasi judiciaire sont astreints au devoir d'agir judiciairement. Aussi, bien que ces organes se caractérisent par la souplesse de leur procédure, ils n'en demeurent pas moins soumis aux principes fondamentaux de la justice.

---

15. H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 5e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 25.
16. Tout inculpé a le droit :

    [...]

    d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par *un tribunal indépendant et impartial* à l'issue d'un procès public et équitable ;

    (C'est nous qui soulignons).
17. *Valente* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Toutefois, notre système juridique s'est toujours assuré un certain contrôle sur les tribunaux administratifs. Ils ont été historiquement soumis au pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure et, depuis 1970, la Cour fédérale du Canada s'est vue attribuer cette tâche en ce qui concerne les organes fédéraux [18]. Ce domaine complexe du droit administratif n'entre pas dans le cadre de notre présente réflexion ; qu'il nous suffise donc de rappeler brièvement toute l'importance qui doit être accordée au respect et à la mise en œuvre du contrôle judiciaire de l'action administrative.

Se soulève dès lors toute la question des clauses privatives qui accompagnent presque invariablement la création d'un tribunal administratif. On doit admettre qu'une certaine autonomie est nécessaire à l'efficacité de ces tribunaux. Cependant, le respect de la primauté du droit exige le maintien d'une certaine surveillance sur leurs activités. La Cour suprême l'a d'ailleurs confirmé en se fondant sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [19]. Même si le motif et les circonstances de ce jugement ont pu être contestés, il n'en reste pas moins qu'« [...] il confirme à sa façon l'existence du principe de légalité administrative qui trouve dans la surveillance judiciaire son ultime sanction » [20].

Quant à l'effet d'une clause privative étanche qui protégerait un tribunal administratif fédéral, la question ne s'est pas encore soulevée devant les tribunaux. Mais comme on le fait remarquer :

> On voit mal comment elle [Cour suprême] pourrait, à ce propos, reconnaître un statut particulier aux organismes administratifs fédéraux ; comment expliquer que la primauté du Droit serait mieux assurée au Québec qu'au Canada ? [21]

Anticipant sur notre deuxième partie, nous pouvons de concert avec le professeur Pépin avancer cette proposition : « À cet égard, [comme d'ailleurs pour renforcer le principe déjà établi pour les tribunaux administratifs provinciaux], le préambule [...] de la Charte pourrait s'avérer utile » [22].

Sur cet aspect de la soumission au droit tel qu'appliqué par les tribunaux ordinaires, on peut donc conclure, contrairement à ce qu'avait envisagé Dicey, que l'avènement et l'expansion du droit administratif n'ont pas entraîné la mort de la *rule of law*. Mais il faut se souvenir qu'au-delà de la

18. Voir à ce sujet *Three Rivers Boatman* c. *Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.
19. *Crevier* c. *P.G. du Québec et al.*, [1981] 2 R.C.S. 220.
20. G. PÉPIN, « L'Administration publique et le principe de la légalité », (1984) 44 *R. du B.* 137, p. 143.
21. *Id.*, p. 143.
22. *Id.*, p. 143.

conception plus étroite qui prévalait au 19e siècle, la primauté du droit requiert plus que jamais : « [...] le maintien de certaines garanties visant à éviter que ces tribunaux spécialisés ne viennent à être au-dessus du droit »[23].

1.2.2.3. Avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Dans le but de mieux assurer la protection des droits de la personne, le Canada a opté en 1982 pour l'enchâssement constitutionnel d'une charte des droits et libertés. S'alignant sur un modèle mitoyen entre le système américain et le système britannique, les Canadiens prouvèrent une fois de plus ce que le Conseil privé avait déjà si justement affirmé en ces termes imagés : « The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits »[24].

Rompant de façon catégorique avec le troisième corollaire énoncé par Dicey, le Canada a pourtant conféré à la *rule of law* une garantie dont elle n'avait jusqu'alors jamais bénéficié. Pour Dicey, suprématie parlementaire et primauté du droit vont de pair et se supportent mutuellement. La maxime qui est à la base de tout le système britannique est on ne peut plus claire : « Le Parlement peut tout faire ». Pourtant, quelle qu'ait été l'intention des parlementaires du 19e siècle, il n'en reste pas moins que :

> Where Parliament is sovereign, no substantial judicial protection can be assured to those who face the wielders of discretionary powers. The courts cannot assert the rule of law against Parliament. Maintenance of the rule of law depends on Parliament and on the electorate[25].

Commentant l'absence de constitution formelle en Grande-Bretagne, J.F. Garner remarque que la simplicité avec laquelle les lois peuvent être modifiées pourrait ne pas toujours jouer en faveur du citoyen :

> As there are no fundamental principles cleary expressed in the constitution and no entrenched clauses, no outside body would be able to exercise any control over such a reforming government [gouvernement majoritaire peu scrupuleux qui déciderait de rappeler les libertés les plus fondamentales].[26]

Chez nous, l'existence d'une constitution fédérative écrite a introduit des tempéraments à cette suprématie parlementaire absolue. Mais à l'intérieur des balises constitutionnelles nos parlements restent les maîtres incontestés.

---

23. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 478.
24. *Edwards* v. *A.G. Canada*, (1930) A.C. 124, p. 136.
25. J. A. CORRY cité dans R. DUSSAULT, « Suprématie de la loi ou *rule of law* », (1967) 27 *R. du B.* 302, p. 326.
26. J.F. GARNER, *Administrative law*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1967, p. 19.

Compte tenu de cet état de choses, on peut aisément comprendre toute l'importance accordée au contenu de cette fameuse Constitution. Cette dernière reconnaissait en 1982 la primauté du droit de façon formelle, et elle assurait la protection de plusieurs droits fondamentaux. Le dernier aspect de la *rule of law* énoncé par Dicey, le seul demeuré jusqu'alors intact, venait de succomber. Était-ce la mort de la primauté du droit? Assurément non. C'était plutôt l'aboutissement d'une évolution entreprise de longue date et le point de départ d'une primauté du droit renouvelée.

2. La primauté du droit : impact de la Charte canadienne

2.1. La primauté du droit : un sens formel plus exigeant

2.1.1. Constitutionnalisation du principe

Expression d'une hiérarchie de normes conduisant à la soumission de l'Administration publique au droit, la primauté du droit qui n'était nulle part affirmée par le législateur est dorénavant formellement reconnue :

> Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit : [27]

2.1.1.1. Le préambule de la Charte, sa portée

Le préambule d'une loi fait partie intégrante de celle-ci ; il aide à préciser l'intention du législateur et à clarifier l'objet et la portée de dispositions générales ou obscures de la loi laissant place à une certaine marge d'interprétation. Le préambule de la Loi suprême du pays, on peut le croire, est appelé à servir de règle d'interprétation pour l'ensemble des règles de droit.

La jurisprudence récente vient d'ailleurs de nous fournir un bon exemple de la valeur interprétative du préambule. Dans une affaire mettant en cause la validité d'une disposition du *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, la Cour suprême avait à décider du sens de l'expression « principes de justice fondamentale » employée à l'article 7 de la Charte [28]. Rédigeant ses propres motifs, Mme la juge Wilson reconnaît de concert avec la majorité que l'expression vise certainement les principes fondamentaux de

27. Préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, R.-U. 1982, c. 11, Annexe B, Partie I.
28. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

notre système de justice. Puis elle poursuit en argumentant ce que l'arrêtiste résume de la façon suivante :

> Il ne semble y avoir aucune raison valable de limiter les principes de justice fondamentale aux questions de procédure étant donné la mention de la primauté du droit dans le préambule. [29]

Le préambule venait de tenir l'un de ses premiers rôles sur la scène constitutionnelle relativement à l'interprétation de la Charte. Quant à son impact possible sur l'ensemble de la législation, nous avons vu précédemment [30] que le professeur Pépin entrevoyait la possibilité d'invoquer la primauté du droit comme élément de référence en vue de protéger dans un contexte plus général les valeurs qu'elle sous-tend.

Premières manifestations d'un phénomène juridique qui risque de prendre de l'ampleur au fil des nouvelles causes portées devant l'appareil judiciaire. Que n'a-t-on déjà établi et précisé sur la base « [...] d'une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ; »[31]...

2.1.1.2. Sanction prévue

L'article 52, qui précise ce que comprend la Constitution, stipule : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Soulignons tout d'abord que l'étendue de l'expression « règle de droit » n'est pas encore clairement circonscrite. Toutefois, il y a tout lieu de croire qu'on lui prêtera un sens très large. Soulevant la question dans l'arrêt *Operation Dismantle*, le juge Dickson, après s'être gardé de l'interpréter comme étant confinée aux seuls lois, règlements ou common law, ajoute :

> Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52.[32]

Quant à l'emploi du terme « inopérantes » dans cet article, il a soulevé certaines interrogations. Cette expression est traditionnellement employée lorsqu'une loi adoptée par un Parlement compétent entre en conflit avec une législation également valide de l'autre ordre de gouvernement. Une loi

---

29. *Id.*, p. 10 du résumé de la cause basé sur les propos tenus par Mme Wilson à la page 16 de ses motifs à l'effet que « La primauté du droit que le préambule reconnaît comme l'un des fondements de notre société constitue certainement plus que de la simple procédure. »
30. *Supra*, note 20.
31. Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 7.
32. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 459.

devenue inopérante continue d'exister, mais est stérilisée *pro tempore* dans la mesure de cette incompatibilité. Par ailleurs, il est acquis qu'une loi qui va à l'encontre de la Constitution est invalide et à ce titre doit être tenue pour inexistante *ab initio*. Le terme utilisé par le législateur constituant viendrait-il modifier la situation ? La Cour suprême dans l'affaire du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* répond à cette question :

> L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes [...] Le mot « inopérantes » signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.[33]

Quant à sa mise en œuvre, l'article 52 autorise le recours à tous les moyens de procédure existants. « Tous les moyens propres suivant les circonstances à faire reconnaître judiciairement une telle inopérabilité sont disponibles »[34]. De plus, l'article 24 de la Charte prévoit, à certaines conditions, la réparation en cas d'atteinte aux droits et libertés protégés. Ainsi donc, toute législation entendue dans une acceptation large qui violerait la Charte, laquelle proclame la primauté du droit, sera déclarée nulle et pourra donner lieu à la réparation ordonnée par le tribunal.

2.1.2. Application aux parlements

Derrière la soumission de l'Administration au droit, la *rule of law* sous-tend une hiérarchie de normes et implique au minimum le respect de celles-ci. Les professeurs Brun et Tremblay cernent ainsi cette notion qui s'inspire du positivisme juridique :

> Elle [primauté du droit] désigne le rapport de subordination qui existe entre les actes étatiques, entre les différentes fonctions de l'État [...] En d'autres termes, la fonction exécutive est soumise aux fonctions législative et judiciaire ; et la fonction judiciaire est soumise à la fonction législative seulement.[35]

Puis, ils expliquent que les actes administratifs sont liés à la loi par un lien de conformité ou de compatibilité que le judiciaire est chargé de sanctionner.

Même s'il ne fait aucun doute que la primauté du droit a toujours été une composante de la société canadienne, il y a lieu de nuancer l'application stricte de son sens formel. Tout en étant indiscutable, la hiérarchie de l'autorité étatique a dû s'accommoder d'un certain degré d'interdépendance

---

33. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 746.
34. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, supplément, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 92.
35. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 23, p. 480.

des fonctions, la collaboration étant une exigence essentielle d'un État multi-organique. Une certaine confusion des pouvoirs, par opposition à concentration, moyennant des garanties suffisantes, n'est pas forcément contraire à la liberté des citoyens et permet souvent un exercice plus efficace des fonctions de l'État[36]. De plus, nous avons vu qu'au Canada le contexte fédératif n'a jamais permis à la souveraineté parlementaire de s'exercer dans sa plénitude, celle-ci devant s'incliner face à la Constitution. Pourtant, malgré ces quelques tempéraments, ce sens de la *rule of law* est indéniablement accepté et conserve chez nous toute sa valeur.

En adoptant la Charte constitutionnelle, les parlements canadiens reconnaissaient le principe et lui conféraient à la fois une dimension nouvelle. L'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu pour effet de limiter davantage la suprématie parlementaire. « Les tribunaux sont désormais, et pour la première fois, habilités à invalider des lois des parlements pour des raisons autres que des raisons tenant au contexte fédératif [...] »[37]. Retirant ses pouvoirs au roi, les anglais les remirent en entier entre les mains des élus du peuple à qui ils confièrent la tâche de maintenir le fragile équilibre entre la recherche du bien-être collectif et le respect des droits individuels. En 1982, les canadiens choisirent de s'assurer d'un certain nombre de garanties, quitte à confier à l'appareil judiciaire le soin de les interpréter.

Il ne faudrait pas croire pour autant que la Charte des droits et libertés, ni même la Constitution dans son ensemble, ont supplanté entièrement le principe de la souveraineté parlementaire. D'abord, la Charte s'applique dans le champ d'action qu'elle circonscrit, lequel, bien qu'étant très vaste, n'est toutefois pas illimité. À titre d'exemple, mentionnons le droit pour l'individu à la jouissance de ses biens qui est énoncé à l'alinéa 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits*[38], mais qui ne se retrouve pas dans la Charte constitutionnelle. Ne bénéficiant pas d'un statut pleinement supra-législatif malgré son caractère quasi constitutionnel[39], ce droit demeure donc en définitive soumis à la volonté parlementaire. Par ailleurs, la Charte elle-même prévoit à certaines conditions, la possibilité pour un parlement d'adopter une loi dérogeant à certains droits y mentionnés (clause de dérogation expresse, a. 33).

---

36. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *Les institutions administratives et l'action gouvernementale*, Québec, Université Laval, 1985.
37. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 23, p. 419.
38. Il est par les présents reconnu et déclaré [...] a) le droit de l'individu [...] à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ;
39. *Singh* c. *M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 224.

Ainsi donc, la suprématie parlementaire prévaut toujours, mais en ce qui a trait à certains droits fondamentaux, le constituant a choisi d'auto-limiter les parlements. L'article 32 est clair, la Charte s'applique au Parlement du Canada et à la législature de chaque province, conséquence qui découlait par ailleurs de son statut constitutionnel. La charte, comme l'ensemble de la Constitution, constitue en quelque sorte l'épée de Damoclès suspendue au-dessus des parlements et qui risque à tout moment de s'abattre sur une loi qui, selon l'interprétation judiciaire, violerait les droits et libertés maintenant formellement protégés.

2.1.3. Application aux gouvernements

2.1.3.1. Quant aux actes administratifs en général

En régime de *rule of law*, le gouvernement est soumis au droit. Aussi « [...] si la Charte canadienne lie le parlement souverain, comment pourrait-elle ne pas lier le gouvernement qui en principe doit obéir à la loi du parlement »[40] ? Les gouvernements sont d'ailleurs expressément visés par l'article 32 de la Charte. Cette mention expresse a cependant suscité certaines difficultés. La maxime voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire pourrait laisser croire que cette spécification vise à définir limitativement le domaine d'application de la Charte, à savoir que cette dernière ne viserait que les parlements et les gouvernements.

Cependant, de l'avis des professeurs Brun et Tremblay, cette simple règle d'interprétation ne peut venir limiter de façon aussi importante un instrument de cette envergure. Il est de toute façon possible de conclure que le législateur constituant a péché par excès de prudence. Les deux auteurs résument ainsi leur point de vue :

> Nous croyons plutôt que la Charte canadienne est destinée, en secteur public, à s'appliquer à tout l'appareil étatique, que celui-ci exerce des fonctions normatives et coercitives, de nature administrative ou judiciaire, ou qu'il ne s'adonne qu'à des activités de gestion non contraignantes.[41]

On souligne que le terme « gouvernement » ne devrait pas être restreint à son sens organique visant les seules instances administratives directement soumises à l'autorité du Cabinet. D'ailleurs, celle-ci a déjà été appliquée aux règlements municipaux de même qu'à un comité de discipline professionnel [42].

40. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 34, p. 76.
41. *Id.*, p. 76.
42. *Re McCutcheon and City of Toronto*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.) et *Re Rosenbaum and Law Society of Manitoba*, (1984) 150 D.L.R. (3d) 352 (B.R. Man.), cités dans H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 34, p. 76.

Pour ce qui est de l'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les activités gouvernementales, il est tout aussi rigoureux :

> Servante du Parlement, l'Administration ne saurait recevoir plus d'égards que son maître ; mandataire du Parlement, elle ne peut accomplir ce qui est défendu à son mandant.[43]

Nous pouvons donc conclure que les actes administratifs contrevenant aux dispositions de la Charte pourront être invalidés ; tous les actes de l'Administration et ce, sans exception.

2.1.3.2. Quant à l'exercice de la prérogative

C'est sur la difficile question de l'application de la Charte à la prérogative gouvernementale qu'a dû se pencher la Cour suprême dans la désormais célèbre *Affaire des missiles de croisière*[44]. Ce litige opposait le Gouvernement fédéral à une coalition de divers regroupements en faveur du désarmement. Ces derniers contestaient, sur la base de l'article 7 de la Charte constitutionnelle, la validité de la décision du Cabinet fédéral d'autoriser les essais des missiles de croisière au Canada. L'action des demandeurs fut finalement rejetée avant d'être entendue au fond, mais pour des motifs différents de ceux qui nous intéressent en l'espèce.

Au stade préliminaire se souleva la question de l'applicabilité de la Charte à ce genre de décisions gouvernementales. Le procureur général du Canada, plaidant sur une requête en radiation, soutenait que la décision du Cabinet, de par sa nature, son origine et son contenu, ne pouvait être mise en question devant une cour de justice. La décision étant purement politique, prise par le gouvernement dans l'exercice de sa prérogative royale en matière de conclusion d'accords internationaux et de défense, était prétendait-on, fondamentalement non justiciable : la Charte ne pouvait donc s'appliquer. Mais la plus haute Cour du pays en décida autrement en se reconnaissant le pouvoir et même le devoir d'examiner la décision gouvernementale. Catégorique, Madame la juge Wilson conclut : « Il est donc à mon avis non seulement approprié que nous statuions sur la question ; nous avons l'obligation constitutionnelle de le faire »[45]. Mais reprenons l'histoire depuis le début.

En Cour fédérale de première instance, le juge Cattanach décida que l'article 32(1) rendait la Charte expressément applicable au gouvernement du

43. G. PÉPIN, *supra*, note 20, p. 143.
44. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, *supra*, note 32.
45. *Id.*, p. 473-474.

Canada sans faire d'exceptions pour des actes ou décisions de quelque caractère particulier que ce soit. En ce qui le concerne, cette disposition est claire et non équivoque, et refuser d'appliquer la Charte « aux questions tranchées sur la base de raisons de principe, équivaudrait à renoncer au rôle de juge et à faire fonction de législateur »[46]. Pour lui, pas d'équivoque possible :

> Ainsi donc, l'alinéa 32(1)(a) rompt la séparation absolue des pouvoirs en ce que les décisions administratives du gouvernement du Canada sont soumises à la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si ces décisions violent les droits et libertés qui y sont garantis, elles sont susceptibles de contrôle judiciaire.[47]

Le procureur général du Canada porta cette décision en appel[48]. Là, ce qui semblait évident aux yeux du juge de première instance donna pourtant lieu à la rédaction de cinq opinions. Les juges de la Cour d'appel furent unanimes à radier la déclaration mais chacun voulut exprimer ses motifs personnels. Ceux-ci seront examinés pour l'essentiel par le biais du jugement rendu en Cour suprême, lequel confirma la Cour d'appel fédérale.

En dernière instance, le juge Dickson, au nom de la majorité, reconnut que les décisions du Cabinet étaient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'article 32 de la Charte. Il radia toutefois la déclaration au motif que les demandeurs appelants n'avaient établi aucune cause d'action sous l'article 7, les effets possibles de la décision gouvernementale contestée étant purement conjecturaux. Rédigeant ses propres conclusions, Mme Wilson arriva au même résultat mais pour des motifs différents. Examinant chacun des trois arguments soulevés par le procureur général du Canada et étudiés en Cour fédérale d'appel, elle conclut qu'aucun de ceux-ci ne pouvait être valablement invoqué.

Elle dispose d'abord de l'opinion voulant qu'un acte de prérogative, cette dernière étant une source de pouvoir indépendante du Parlement et s'exerçant de façon autonome, soit exclu du champ d'application de la Charte tel que défini par l'article 32. Mme Wilson affirme que la mention « pour tous les domaines relevant du Parlement » n'est qu'un renvoi au partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle rejette ainsi l'interprétation restrictive à l'effet qu'un domaine ne relèverait pas du Parlement avant que ce dernier n'ait légiféré à son sujet. Elle opte pour la position du juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale

46. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, [1983] 1 C.F. 429, p. 434.
47. *Id.*, p. 435.
48. *La Reine* c. *Operation Dismantle Inc. et al.*, [1983] 1 C.F. 745.

voulant que cette expression caractérise la compétence législative plutôt que l'exercice de cette compétence. Et puisque le Parlement peut légiférer pour restreindre ou écarter la prérogative, celle-ci constitue donc un domaine « relevant du Parlement ». Rejoignant quant au principe la très grande majorité des juges qui s'étaient prononcés, elle termine ainsi sur ce point :

> Comme il n'existe aucune raison de principe de distinguer entre les décisions du cabinet prises en vertu de la loi et celles prises dans l'exercice de la prérogative royale, et comme les premières relèvent manifestement de la Charte, je conclus que c'est le cas aussi pour les dernières.[49]

Madame la juge Wilson s'attaque par la suite au problème de la non-justiciabilité qui avait influencé les juges Ryan et Le Dain de la Cour fédérale d'appel. Ces derniers ont reconnu que l'exercice de la prérogative était soumise à la Charte. Le juge Le Dain est formel :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* impose de nouvelles limites légales à l'exercice de la prérogative et a donc élargi la portée du contrôle judiciaire sur cette prérogative [...] La Charte impose des limites à la souveraineté du Parlement. Il n'est pas étonnant qu'elle impose les mêmes limites à la prérogative de la Couronne, qui elle-même est assujettie au pouvoir législatif du Parlement.[50]

Néanmoins, en dépit de cette conclusion, les deux magistrats furent d'avis de radier la déclaration des intimés. Selon eux, la décision contestée était fondamentalement non justiciable soulevant « des considérations et des impondérables, dont beaucoup ne peuvent être portés à la connaissance des tribunaux ou sont d'une nature telle qu'un tribunal ne peut les évaluer ou les soupeser »[51]. Mme Wilson pour sa part, repousse cette thèse. Selon elle, les difficultés de preuve et l'à-propos du recours judiciaire ne doivent pas empêcher un tribunal de rendre une décision s'il est démontré que c'est son devoir de le faire.

> Je crois que nous devrions nous demander si les tribunaux *devraient* ou *doivent*, et non pas s'ils *peuvent*, connaître de ces questions.[52]

Enfin, la doctrine des questions politiques qui avait été traitée par le juge Marceau en Cour fédérale d'appel, est également rejetée par la juge Wilson. Ayant à sa base le principe de la séparation des pouvoirs, cette doctrine, originant du droit constitutionnel américain, reconnaît à la Couronne un pouvoir discrétionnaire exclusif dans certains domaines. Celui-ci, bien qu'étant sujet à la critique du Parlement, et éventuellement de l'électorat,

---

49. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, *supra*, note 32, p. 464.
50. *La Reine* c. *Operation Dismantle Inc. et al.*, *supra*, note 48, p. 764.
51. *Id.*, p. 765.
52. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, *supra*, note 32, p. 467.

ne pourrait être examiné devant les tribunaux parce que ces derniers ne disposeraient pas des moyens nécessaires pour trancher ce genre de questions.

Il faut noter, comme le souligne le juge Marceau, qu'une décision n'est pas qualifiée de « politique » en raison de son origine seulement, i.e. parce qu'elle émane d'un organe politique. Si tel était le cas, la question ne se poserait même pas, la Charte étant expressément applicable au gouvernement (a. 32). Le problème se soulève plutôt lorsqu'il s'agit de décisions « ayant trait au gouvernement de l'État et relevant du jugement des gouvernants »[53].

Examinant la question sous cet angle, le magistrat de la Cour fédérale se défend de contrer le principe de la séparation des pouvoirs et de préconiser un contrôle d'opportunité de l'action gouvernementale.

> Il n'est nullement question d'attribuer aux tribunaux la responsabilité de décisions politiques et ainsi de faire jouer au pouvoir judiciaire le rôle réservé traditionnellement, constitutionnellement et rationnellement au pouvoir exécutif. Il est évident que la décision politique doit rester celle du gouvernement.[54]

Ayant ainsi précisé son point de vue, il poursuit :

> Mais une décision implique un choix entre plusieurs possibilités et ce n'est que sur la disponibilité ou la non-disponibilité de certaines de ces possibilités que les tribunaux, par des contestations comme celle dont il s'agit ici, peuvent être appelés à se prononcer.[55]

Puis il termine avec un argument de taille :

> [...] si les tribunaux ont traditionnellement évité de se laisser entraîner dans la critique de décisions politiques, c'est qu'ils n'avaient aucune base ni aucun critère à leur portée pour le faire. Mais la Charte ne leur fournit-elle pas cette base et ces critères qui jusque-là n'existaient pas ?[56]

Malgré cet éloquent plaidoyer, il repoussera lui aussi les prétentions des intimés. Il sera par contre le seul à le faire sur la base de la non-applicabilité de la Charte à la prérogative royale. Selon lui, le législateur ne peut avoir voulu contrer toute cette tradition juridique de façon aussi indirecte. En ce qui le concerne : « (...) il ne saurait être porté atteinte à une prérogative royale autrement que par une disposition claire et expresse de la loi »[57], disposition qu'il ne voit pas en l'article 32 de la Charte canadienne.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême, par la voix de Mme Wilson allait trancher :

---

53. N. DUPLÉ, « L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés et les principes de justice fondamentale », (1984) 25 *C. de D.* 99, p. 114.
54. *La Reine* c. *Operation Dismantle Inc. et al.*, *supra*, note 48, p. 777-778.
55. *Id.*, p. 778.
56. *Id.*, p. 778.
57. *Id.*, p. 780.

> La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] *Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux.*[58]
>
> (C'est nous qui soulignons.)

Ainsi donc la Charte permet, lorsque les droits qu'elle énonce sont en cause, de débattre devant l'appareil judiciaire les décisions, même politiques (dans son sens objectif comme subjectif) et même prises dans l'exercice des prérogatives du plus haut organe exécutif, le « Roi agissant sur l'avis de ses ministres ».

Jusqu'alors : « Si l'acte était vraiment un acte de prérogative, [...] les tribunaux ne se reconnaissaient pas le droit de s'y immiscer »[59]. La jurisprudence voulait que la Cour ait épuisé ses attributions dès qu'elle était parvenue à la conclusion que les pouvoirs exercés restaient dans les limites de la prérogative. Seul un abus flagrant de cet exercice pouvait exceptionnellement justifier l'intervention judiciaire. Les tribunaux anglais ont déjà reconnu que : « Ceux qui sont responsables de la sécurité nationale sont seuls juges de ce que celle-ci exige »[60]. Mais c'était sans compter sur la nouvelle Charte canadienne.

Selon le professeur deMontigny, auteur d'un article sur la question de l'application de la Charte à la prérogative royale et aux questions politiques : « Placer les pouvoirs de prérogative au-dessus du texte constitutionnel, "loi suprême du Canada", relèverait de la plus pure hérésie »[61].

Depuis la Charte, la nature de la décision ou même son objet ne constituent plus la base de l'intervention judiciaire ; la violation ou la menace sérieuse de violation d'un droit garanti s'avère le nouveau critère. Dès lors qu'elle fut soumise au droit, l'Administration était condamnée à se plier à son évolution. La *rule of law* d'hier l'avait soumise à la suprématie parlementaire ; aujourd'hui la primauté du droit ne peut que l'assujettir aux limites qui s'imposent même au Parlement.

---

58. *Operation Dismantle Inc. et al.* c. *La Reine*, *supra*, note 32, p. 472.
59. N. DUPLÉ, *supra*, note 53, p. 115.
60. *La Reine* c. *Operation Dismantle Inc. et al.*, *supra*, note 48, p. 781, citant la cause anglaise, *The Zamora*, [1916] 2 A.C., p. 107.
61. Y. de MONTIGNY, « La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les "questions politiques" », (1984) 44 *R. du B.* 156, p. 165.

2.2. La primauté du droit : un contenu matériel en devenir

À strictement parler, tout ce qu'assurait la *rule of law* traditionnelle était la suprématie des lois du Parlement. La destinée du peuple était dès lors entre les mains d'un organe collégial (même si sa représentativité devait être imparfaite) plutôt que d'être soumise aux volontés trop souvent capricieuses et déraisonnables d'un monarque tout puissant. Pour vaincre l'absolutisme royal, les Anglais ont instauré la suprématie parlementaire, combattu le feu par le feu. Leur victoire a été sans conteste très importante et historique. Pourtant, aucune garantie tangible n'était réellement acquise. Le maintien des droits, même les plus fondamentaux, était soumis à cette nouvelle autorité et la protection contre le danger d'arbitraire de l'Administration relevait en bout de ligne des élus du jour. Aussi, on aura tôt fait de comprendre que la seule acception formelle de la primauté du droit ne suffisait pas en toutes circonstances à assurer le règne du droit dans une perspective que l'on voulait plus substantive.

2.2.1. La *rule of law* acquiert un sens matériel grâce à la Charte

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la primauté du droit jouit d'un statut constitutionnel. Elle attribue aux juges un droit de regard sur l'activité législative, infra-législative et même sur la prérogative royale, leur permettant d'invalider toute règle de droit ou de condamner tout acte allant à l'encontre des droits et libertés protégés.

Mais, elle fait plus encore. La primauté du droit dans sa version contemporaine a acquis chez nous un contenu substantif. Désormais, le pouvoir judiciaire a le devoir de veiller à ce que les lois n'aillent pas par exemple à l'encontre de la liberté de religion (a. 2a) de la Charte) ou que les politiques de l'Administration ne soient pas discriminatoires (a. 15). Il doit juger de la justification et de la raisonnabilité d'une règle de droit qui seule pourrait permettre à une autorité de restreindre les droits et libertés protégés (a. 1). Beaucoup plus que le seul respect de la légalité stricte qui prévalait jusqu'alors, la primauté du droit réclame depuis 1982, le respect de garanties qui ont une portée pleinement substantive.

Qui plus est, cette conformité aux droits de la Charte risque d'être assez exigeante. À preuve, la récente affaire *Big M. Drug Mart Ltd.* dans laquelle la Cour suprême a jugé inconstitutionnelle la *Loi sur le dimanche*[62], parce que son objet était de rendre obligatoire l'observance religieuse d'une journée particulière déterminée en fonction de la majorité chrétienne canadienne et ce même si ses effets devaient être inoffensifs. Pour la majorité de la Cour :

62. *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13.

> [...] protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société.[63]

Ainsi, législateur et autorité publique devront non seulement éviter de contrevenir « activement » aux droits garantis, mais ils devront en plus prendre garde de ne pas les affecter indirectement, sauf toujours à en démontrer la justification en regard de l'article 1. La Charte confère donc à la primauté du droit un contenu substantif, et un contenu substantif exigeant.

2.2.2. La Cour suprême reconnaît une portée substantive à l'article 7 de la Charte

Si la formulation de certaines garanties appelait le respect d'un contenu matériel, le libellé de l'article 7 et probablement aussi la nature des droits y mentionnés ont donné lieu à un important débat quant à sa portée. Le droit désigné comme « le plus fondamental de la *Charte canadienne des droits et libertés* »[64], n'a pas, comme tous les autres droits d'ailleurs, de valeur absolue.

Reformulé de façon positive, il stipule qu'il peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne à la condition que l'atteinte à ce droit soit effectuée conformément aux principes de justice fondamentale. Ces derniers deviennent donc par rapport à ce droit les étalons de mesure de la constitutionnalité des lois et des actes infra-législatifs.

> Que les principes de justice fondamentale de l'article 7 véhiculent des « valeurs » susceptibles de limiter les choix du législateur, cela n'est pas douteux ; mais encore faut-il déterminer quelles sont les démarches qui lui sont interdites par ces principes de justice fondamentale.[65]

À ceux qui croyaient devoir restreindre cette démarche à une question procédurale par crainte de l'avènement d'une « superlégislature judiciaire », M. le juge Lamer répond sans ambages : « [...] il serait erroné d'interpréter l'expression "justice fondamentale" comme synonyme de justice naturelle »[66]. Parlant au nom de la majorité, il affirme :

---

63. *La Reine* c. *Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337.
64. N. DUPLÉ, *supra*, note 53, p. 100.
65. *Id.*, p. 102.
66. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 28, p. 501.

> [...] c'est ce sens précis et quelque peu étroit [i.e. limité aux seules exigences procédurales qu'englobe le terme justice naturelle] que le législateur a évité, manifestant ainsi clairement sa volonté de donner à l'expression « principes de justice fondamentale » un contenu plus général dont on a laissé aux tribunaux le soin de déterminer les paramètres à l'intérieur, cela va de soi, des limites acceptables de l'activité judiciaire.[67]

Il laisse donc la porte grande ouverte. Mais quels sont donc ces balises constitutionnelles au-delà desquelles l'activité législative et infra-législative ne pourra plus porter atteinte aux trois droits garantis ? La plus haute Cour de rétorquer : « En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique »[68]. Puis, si l'on peut dire, de préciser :

> La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.
>
> En conséquence, on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération ; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.[69]

La Cour suprême venait de faire son lit ; elle le fit suffisamment large.

En ce qui a trait à la faculté des tribunaux de se pencher sur le bien-fondé ou la sagesse des lois, le juge s'en expliquera ainsi :

> Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs. Le contenu de la loi a toujours été examiné dans les décisions constitutionnelles [...] En bref, c'est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée plutôt que leur nature [70].

Quant à la légitimité d'une telle approche, il la justifiera comme suit :

> Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont des représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.[71]

---

67. *Id.*, p. 504.
68. *Id.*, p. 503.
69. *Id.*, p. 513.
70. *Id.*, p. 496.
71. *Id.*, p. 497.

Alea jacta es : le sort en est jeté. La Cour suprême a pris position sur la portée si controversée de l'article 7 de la Charte canadienne. Un pas de plus venait d'être franchi quant à l'interprétation de ce nouveau document constitutionnel. Nul doute que la longue marche entreprise en 1982 comportera plusieurs autres étapes. Elles permettront de préciser et de développer cet instrument important de protection des droits individuels qu'est la Charte, tout en contribuant à l'évolution du droit dans son ensemble. Qu'il nous suffise donc dès à présent d'apprécier l'impact de cette décision par rapport au contenu matériel de la primauté du droit qui s'en trouve d'autant enrichi.

2.2.3. La primauté du droit au service de la promotion des droits de la personne

Nous nous en voudrions de conclure sur ce point de l'aspect substantif de la primauté du droit sans jeter un bref regard par-delà les frontières canadiennes. Nous sommes en mesure de constater l'ampleur et l'intérêt suscité depuis une trentaine d'années par la primauté du droit au niveau international. Inspirée par l'école du droit naturel, une certaine conception l'a identifiée au respect des droits de la personne dans une optique de respect des standards minimaux de justice, allant même jusqu'à favoriser la promotion des conditions de vie économiques, sociales et culturelles. Déjà, au congrès de Delhi en 1959, la Commission internationale des juristes composée de juges, avocats et professeurs de droit et regroupant pas moins de trente-trois pays, reconnaissait dans une déclaration formelle :

> [...] that the rule of law [...] is a dynamic concept which should be employed to safeguard and advance the political and civil rights of the individual in a free society. Morever, the congress for the first time associated the concept with the establishment of social, economic, educational and cultural conditions under which the individual could realise his legitimate aspirations and dignity.[72]

Cette conception pour le moins plus vaste que celle de Dicey a le mérite de prêcher en faveur d'une action pratique et tente de réconcilier la réalité avec l'idéal à atteindre.

Quant à J.F. Garner, il s'exprimera ainsi par rapport à cette conception plus large de la primauté du droit :

> Man has throughout the ages appealed to something higher than the law of his own invention, be it the *jus naturale* of the Romans, the law of God of the mediavelists, or the social contract and natural law of Hobbes, Locke and Rousseau, and in our own day we try to state the « rule of law » as a norm or ideal which the laws of each state should seek to achieve or fulfil.[73]

72. E.C.S. WADE et G. PHILLIPS, *supra*, note 8, p. 75.
73. J.F. GARNER, *supra*, note 26, p. 19.

Conclusion

Synonyme du maintien de l'ordre et du respect de la loi, la *rule of law* est de tout temps. Expression d'un régime constitutionnel où toute l'Administration publique est soumise de façon effective à un ensemble de règles susceptibles d'être sanctionnées par les tribunaux, elle a évolué à travers les siècles. Germant au sein de la société anglaise du 17e siècle, elle a été énoncée pour la première fois en 1885 par A. V. Dicey. Exprimant l'assujettissement du roi à la nouvelle suprématie parlementaire, Dicey lui attribue trois corollaires. Ainsi consacrée dans sa conception classique, le principe de la légalité devait contrer l'arbitraire de la part de l'Administration, permettre l'égale soumission de tous les administrés au droit commun et enfin assurer la protection des droits de l'individu par l'application de la loi ordinaire.

Transplantée en sol canadien, la primauté du droit a évolué au rythme des besoins et des aspirations de la société moderne. Elle dut supporter une marge croissante de discrétion administrative, s'accommoder de règles spéciales telles la prérogative gouvernementale et faire face à la prolifération des tribunaux administratifs. Elle prit alors sa coloration 20e siècle jusqu'à ce que, étape historique, elle soit formellement reconnue par notre Constitution.

Proclamée dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la primauté du droit trouve application auprès de l'ensemble des parlements et gouvernements canadiens. Permettant d'invalider toute règle de droit incompatible, s'appliquant aux actes administratifs en général de même qu'à la prérogative royale, elle appelle dorénavant un sens formel plus exigeant. Mais plus encore, la primauté du droit véhicule désormais un contenu substantif. Dépassant le seul respect d'une hiérarchie de normes, elle milite en faveur du respect de certains droits fondamentaux nouvellement constitutionnalisés. L'appareil juridique tient en sa possession un instrument supplémentaire qu'il lui appartient de mettre au service d'un idéal de justice et de promotion de l'être humain.

Qui peut prédire jusqu'où nous entraînera ce concept dynamique de la primauté du droit ? Ayant tout d'abord assujetti le roi au profit du Parlement, elle s'attaqua par la suite à ce dernier, se tournant vers les juges qui font aujourd'hui figure de « ministres de la *rule of law* ». Ces derniers se sont vus confier une place de tout premier ordre dans la recherche d'un équilibre satisfaisant entre la poursuite du bien-être collectif et le respect des droits individuels. Souhaitons donc que ce grand défi de l'ère juridique moderne soit relevé par une primauté du droit gardant comme leitmotiv la protection de l'être humain mais se souvenant par ailleurs de la vieille maxime : « *Salu populi suprema lex* ».