

La compétence des tribunaux administratifs en matière de Charte

Henri Brun

Volume 30, Number 1, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042941ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042941ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Brun, H. (1989). La compétence des tribunaux administratifs en matière de Charte. *Les Cahiers de droit*, 30(1), 221–235. <https://doi.org/10.7202/042941ar>

Article abstract

Administrative Tribunals often have to cope with Charter arguments while applying statutes and regulations. Of course they cannot ignore such arguments, but they must align themselves with the Charter of rights and interpret the law as well. But in doing so, can they go so far as to judge that provisions of their statutes or regulations are unconstitutional? The author believes so, for both legal as well as political reasons.

La compétence des tribunaux administratifs en matière de Charte

Henri BRUN *

Si les plaideurs font souvent valoir la Charte canadienne des droits devant les tribunaux administratifs, il n'est pas sûr que ces derniers peuvent toujours donner suite aux arguments qu'ils font entendre. Il est certain que les tribunaux administratifs doivent se comporter conformément à la Charte et interpréter le droit de la même façon, mais il n'est pas certain qu'ils peuvent aller jusqu'à juger que certaines dispositions de leurs lois ou règlements sont inconstitutionnels. L'auteur pense, pour des raisons politiques et juridiques, qu'ils ont même le devoir d'aller jusque-là.

Administrative Tribunals often have to cope with Charter arguments while applying statutes and regulations. Of course they cannot ignore such arguments, but they must align themselves with the Charter of rights and interpret the law as well. But in doing so, can they go so far as to judge that provisions of their statutes or regulations are unconstitutional? The author believes so, for both legal as well as political reasons.

	Pages
1. Status questionis	222
2. Status doctrinae	225
3. Status jurisprudentiae	228
4. Status animae meae	232

* LL.D., avocat, professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université Laval.
Ce texte a été écrit en juillet 88.

1. Status questionis

Il ne fait pas de doute, je pense, que la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ s'applique aux tribunaux administratifs, fédéraux et provinciaux. Son article 32, qui a pour objet de déterminer son champ d'application², reçoit une interprétation judiciaire qui nourrit cette affirmation³. Lorsqu'ils exercent leurs fonctions, les tribunaux administratifs doivent donc obéir à la Charte, tant en ce qui régit le contenu des décisions qu'ils rendent qu'en ce qui regarde leur façon de parvenir à ces décisions. Ainsi, leurs décisions qui affectent la vie, la liberté ou la sécurité des personnes doivent-ils s'élaborer de façon respectueuse des principes de justice fondamentale⁴ et la teneur de leurs décisions ne pas porter atteinte à la liberté d'expression⁵.

Cette application de la Charte aux tribunaux administratifs signifie donc, dans une certaine mesure au moins, que les tribunaux administratifs doivent appliquer la Charte : il n'y a pas de distinction absolue entre la question de l'application de la Charte aux tribunaux administratifs et celle de l'application de la Charte par les tribunaux administratifs. Ainsi, personne ne semble mettre en doute que les tribunaux administratifs aient le pouvoir d'interpréter les lois et règlements qu'ils ont pour mission d'appliquer de façon compatible avec les droits de la Charte⁶.

La seule question qui se pose vraiment est donc celle de savoir si les tribunaux administratifs ont aussi le pouvoir de refuser d'appliquer celles parmi ces dispositions législatives ou réglementaires qui leur paraîtraient manifestement inconciliables avec la Charte. Une réponse affirmative à cette question signifierait, plus généralement, que les tribunaux administratifs ont le devoir de se prononcer sur les questions qui leur sont posées au sujet de la constitutionnalité des lois et règlements qu'ils sont appelés à appliquer. Une réponse négative signifierait au contraire que toute question de Charte, qui ne serait pas que pure question d'interprétation, devrait nécessairement être dirigée vers un autre genre de forum. Dans la première hypothèse le contrôle judiciaire ne pourrait s'exercer qu'à partir de la décision du tribunal administratif ; dans la seconde il pourrait intervenir dès le départ.

Il importe de bien souligner qu'il ne s'agit pas ici de savoir si les tribunaux administratifs peuvent déclarer la constitutionnalité des lois et des règlements de façon générale, en dehors du cadre de l'exercice de leurs

1. *Loi de 1982 sur le Canada*, R.-U. 1982, c. 11, Annexe B, Partie I.

2. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, [1966] 2 R.C.S. 573, 598.

3. *Id.*, 600. Voir également les références des deux notes qui suivent.

4. Voir par exemple *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177.

5. Voir par exemple *Banque Nationale c. U.I.E.C.*, [1984] 1 R.C.S. 269.

6. Voir par exemple *Hills c. P.G. Canada*, [1988] 1 R.C.S. 513.

compétences spécifiques. Il s'agit uniquement de savoir s'ils ont le pouvoir de se prononcer sur ces questions à titre accessoire des compétences principales que leur attribue explicitement la loi. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* interdit qu'il puisse en être autrement de par l'effet des lois fédérales ou provinciales⁷, et la Charte, en elle-même, n'est aucunement attributive de juridiction⁸. Seule la Cour supérieure est donc compétente pour être saisie d'une question de Charte par une procédure déclaratoire isolée.

L'article 24 de la Charte a bien pour objet la mise en œuvre de cette dernière ; il n'apporte toutefois pas de réponse à notre question de savoir si les tribunaux administratifs peuvent se prononcer sur la constitutionnalité des lois et des règlements à titre accessoire de l'exercice de leurs compétences. L'article 24 nous dirige en effet, pour la mise en œuvre de la Charte, vers le tribunal qui est compétent, entre autres pour prendre la mesure appropriée⁹. Par rapport à notre question, il ne fait donc de ce point de vue que nous faire tourner en rond.

S'il emploie en français le mot « tribunal », lequel recouvre la réalité des tribunaux administratifs, l'article 24 emploie par ailleurs, dans sa version anglaise le mot « court », qui lui ne peut les englober. Suivant les principes généraux d'interprétation des textes bilingues, il faudrait ici opter pour la version anglaise, puisqu'elle seule permettrait de concilier les deux textes¹⁰. En revanche, il y aurait peut-être également lieu, puisqu'il s'agit ici d'une Charte des droits fondamentaux enchassée dans la Constitution, de faire jouer le principe de l'interprétation libérale si souvent mis de l'avant par la Cour suprême¹¹, afin de faire primer une version française qui autorise une application plus généreuse de la Charte.

Quoi qu'il en soit de ces questions difficiles, nous ne pensons pas qu'il soit requis de chercher à leur apporter ici de réponses certaines. La Cour suprême a en effet posé le principe que l'article 24 ne constitue pas le canal exclusif de mise en œuvre de la Charte : l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut aussi fonder une certaine mise en œuvre de la Charte par les tribunaux¹². D'ailleurs l'article 24 de la Charte n'a pour objet que la mise en

7. 30, 31 Victoria, c. 3 (R.U.); *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681.

8. *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Singh c. M.E.I.*, *supra*, note 4.

9. *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 316; *Mills c. R.*, *supra*, note 8, p. 890 (J. Dickson et Lamer).

10. Voir par exemple la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. 0-2, a. 8, dont les dispositions ne s'appliquent toutefois pas à la Charte Canadienne.

11. Par exemple dans *Big M*, *supra*, note 9, p. 344.

12. *Id.*, p. 313.

œuvre de la Charte par le moyen de la « réparation » des torts causés par les violations ou négations des droits. Or il apparaît plutôt malaisé de considérer que la décision incidente d'un tribunal sur la constitutionnalité des lois ou règlements qu'on lui demande d'appliquer constitue une réparation. Il s'agirait plutôt ici de ce que j'appellerais un cas d'application immédiate de la Charte, par opposition aux cas d'application préventive ou remédiate. Ce pourquoi il me semble que notre question ne doit pas recevoir une réponse dictée par les concepts de l'article 24.

L'article 52 de la Loi de 1982, dont nous venons de faire état, énonce simplement, entre autres, que la Constitution du Canada, dont fait partie la Charte, « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Certains ont vu dans le fait que l'article 52 réfère au concept d'opérabilité plutôt qu'à celui de validité l'assise d'une réponse à la question de savoir si les tribunaux administratifs peuvent et doivent, à titre accessoire de leurs compétences, se prononcer sur la constitutionnalité des lois et règlements¹³. Je ne crois pas que ce soit le cas. Il y a certes des différences entre l'inopérabilité et l'invalidité. Mais je ne suis pas du tout sûr de savoir quelles sont ces différences dans le contexte d'une clause constitutionnelle qui prétend donner une réponse générale au problème qu'engendre l'incompatibilité entre la Constitution formelle (supralégislative) et le droit ordinaire (législatif et infralégislatif)¹⁴. Et je doute encore plus que cette distinction puisse fonder l'existence ou l'absence d'une compétence des tribunaux administratifs en droit constitutionnel. En tout cas je ne vois là, pour ma part, aucune indication juridique ou politique claire à cet égard.

Il me semble plutôt que ce soit l'existence même de l'article 52, de par son ton affirmatif et déclaratoire, qui soit susceptible de suggérer une réponse à notre question. L'article 52 n'est-il pas formulé de façon telle qu'il donne droit à une justice administrative respectueuse de la Charte et que, partant, il fait un devoir pour les tribunaux administratifs de ne pas ignorer les arguments de Charte visant l'interprétation et même l'opérabilité de « leurs » lois et règlements ? C'est ce que je pense.

Ce point de vue, je dois le souligner, ne signifie pas que toutes les autorités administratives, gouvernementales ou autres, ont acquis grâce à la

13. *Association des employés de Pyradia c. Pyradia*, [1987] T.T. 382. Voir à ce sujet Gilles PÉPIN, « La compétence du tribunal du travail de juger une loi ineffective (inopérante) », (1988), 48 *R. du B* 125, 132 s.

14. Voir sur cette question P.-A. CÔTÉ, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 *R.J.T.* 105. Voir aussi *Re droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 746, où la Cour suprême a dit que le mot « inopérantes », à l'article 52, « signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité ».

Charte le pouvoir de se soustraire au droit législatif ou réglementaire. Il signifie seulement, au contraire, que les autorités qui ont selon le droit le pouvoir de nature judiciaire de décider des questions de droit ont aussi en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* le devoir de ne pas refuser de constater l'inopérabilité des règles de droit inconstitutionnelles.

Cette position se veut donc une position juridique: elle découle de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il me faut tout de suite admettre, cependant, que la compréhension de 52 à laquelle elle puise ne s'impose pas d'emblée: la source juridique n'est pas ici d'une absolue limpidité. En fait je dois confesser que cette question de la compétence des tribunaux administratifs en matière de Charte est avant tout une question politique, comme presque toutes les questions de Charte d'ailleurs, et que mon penchant politique personnel s'adonne effectivement à rejoindre ma position juridique.

Plusieurs se sont exprimés avant moi, professeurs et juges. La dominante politique de leurs propos ne doit pas scandaliser. Je dois dire, cependant, que l'opinion de ceux qui s'objectent à la compétence constitutionnelle des tribunaux administratifs ne me semble pas disposer d'une couverture juridique aussi bonne que l'article 52. Ils invoquent essentiellement le caractère statutaire des compétences des tribunaux administratifs, ce qui est un argument qui pourrait s'avérer embêtant étant donné qu'en toute logique il faudrait l'appliquer également à la Cour provinciale, à la Cour des sessions de la paix, à la Cour fédérale ou à la Cour divisionnelle de l'Ontario par exemple.

2. Status doctrinae

D'autres, ai-je dit, ont pris la parole avant moi sur cette passionnante question de la compétence des tribunaux administratifs en matière de constitutionnalité eu égard à la Charte. Et j'en profite. Trois collègues se sont effectivement commis ces derniers mois: l'un a dit non, l'autre a dit oui et le troisième hésite^{14.1}.

Dans une chronique élaborée, nuancée et savante, le professeur Gilles Pépin exprime ses vues avec beaucoup de doigté et de retenue¹⁵. Tout au long de son texte ce sont surtout des objections qu'il soulève. On sent à la lecture de

14.1 Un quatrième a aussi écrit sur le sujet il y a quelque temps: Y. DUPLESSIS, «Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires*?», (1984) 15 *R.G.D.* 126.

15. Gilles PÉPIN, «La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et règlements qu'ils ont mission d'appliquer» (1987) 47 *R. du B.* 509.

son texte qu'il n'est viscéralement pas prêt à se rallier à ce qui pourrait sembler être une tendance jurisprudentielle dominante.

Au terme de son étude, le professeur Pépin ne parvient pas à une vraie conclusion. Il coiffe de cette rubrique ce qui est en fait un double espoir, celui d'avoir révélé la difficulté du problème et celui d'avoir contribué à l'élaboration d'une solution. Ce n'est que dans une chronique ultérieure, accessoire de la première, qu'il exprime vraiment sa position :

... « les tribunaux administratifs ne possédant pas le statut de “cour” inférieure ne sont pas habilités, même de façon incidente, à refuser d'appliquer une loi ou un règlement au motif qu'ils jugent son contenu inconstitutionnel ou autrement invalide ou ineffectif (inopérant). C'est même avec une certaine hésitation que nous avançons que les cours inférieures sont autorisées à ce faire en matière civile. »¹⁶

La position du professeur Pépin n'est donc pas simple. Elle repose en fait sur une quadruple distinction, dont tous les éléments sont pertinents, mais dont les implications juridiques ne sont pas toujours évidentes. La solution Pépin signifie en effet qu'il faut savoir distinguer entre cour et tribunal, entre cour supérieure et cour inférieure, entre tribunal administratif ayant le statut de cour et tribunal administratif n'ayant pas ce statut et entre matière pénale et matière civile.

Dans son texte principal, le professeur Pépin « constate » l'existence de la compétence des cours pénales inférieures face aux moyens de défense fondés sur l'inconstitutionnalité¹⁷. Il reconnaît aussi qu'il existe une tendance à admettre que les cours inférieures puissent, en matière civile également, se prononcer sur des questions de constitutionnalité de façon accessoire à l'exercice de leur compétence explicite¹⁸. Il parvient par contre à une conclusion négative dans le cas particulier des tribunaux administratifs qui n'ont pas le statut de cours, pour des raisons juridiques et pour des raisons politiques. Je dois dire que les secondes me sont apparues beaucoup plus fortes que les premières, même si elles ne m'ont pas convaincu.

Au chapitre des raisons juridiques, le professeur Pépin invoque d'abord et surtout le caractère statutaire des compétences des tribunaux administratifs. Gêné par l'ampleur de l'argument, il est amené à conclure que cette notion de juridiction statutaire doit être appliquée avec plus de rigueur dans le cas des tribunaux administratifs que dans le cas des cours inférieures¹⁹. Il ne discute toutefois pas de la possibilité que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ait pu attribuer une juridiction constitutionnelle minimale.

16. *Supra*, note 13, p. 125.

17. *Supra*, note 15, p. 517.

18. *Id.*, p. 521.

19. *Id.*, p. 528, 533-534.

Il rappelle aussi l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi*²⁰ qui, suivant l'opinion devenue classique de Pépin et Ouellette, ne permettrait aux cours inférieures et aux tribunaux administratifs de se prononcer que sur la constitutionnalité des lois qui sont directement attributives de compétences²¹. Et il met même en doute la justesse de l'affirmation en ce qui regarde les tribunaux administratifs²². Je dois dire que pour ma part je n'ai jamais été certain que l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi* avait le sens restrictif que lui ont attribué Pépin et Ouellette. L'arrêt dit bien que les cours inférieures peuvent se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions qui leur attribuent compétence, mais il n'exprime aucune opinion négative sur la question de savoir si de façon incidente elles peuvent le faire au sujet de toute disposition. La disposition législative qui a été jugée inconstitutionnelle dans cette affaire en raison de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prétendait attribuer à la Cour provinciale une compétence principale, de nature déclaratoire.

Quant aux raisons politiques du professeur Pépin, elles réfèrent essentiellement à la vocation des tribunaux administratifs et à la formation de leurs membres²³.

Dans une note encore plus récente, et également élaborée, la professeure Danielle Pinard parvient à la conclusion contraire que les tribunaux administratifs peuvent se prononcer sur la constitutionnalité des textes qu'ils ont le pouvoir d'appliquer²⁴. Elle s'appuie aussi sur des arguments politiques et juridiques.

Au plan politique, la professeure Pinard invoque l'opportunité pour l'individu d'avoir accès aux droits fondamentaux de la Charte de façon efficace, sans délai²⁵. Elle invoque aussi l'expertise précieuse des tribunaux administratifs pour l'analyse et l'appréciation des faits, de même que le danger de stérilisation que pourrait entraîner une incompétence complète en matière constitutionnelle²⁶.

Sous l'angle juridique, Madame Pinard parcourt une jurisprudence qu'elle juge peu éloquente, puis elle invoque l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon elle cet article impose à toutes les autorités publiques

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

21. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 205-206.

22. *Supra*, note 15, p. 534-535.

23. *Id.*, p. 533.

24. D. PINARD, « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refus de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels », (1987-88) 33 *McGill L.J./R.D. McGill* 170.

25. *Id.*, p. 173.

26. *Id.*, p. 174-175.

le devoir de se conformer à la Constitution. Cet argument, nous l'avons dit, emporte notre adhésion, d'autant plus que dans le cas de la Charte il n'est rien d'autre que l'expression du droit à une justice administrative respectueuse des droits constitutionnels de la personne.

Enfin mon collègue Patrice Garant, dans une conférence récente destinée aux membres du Barreau du Québec, a rappelé la jurisprudence pertinente en la matière, puis a dressé une liste des arguments pour et contre la compétence des tribunaux administratifs²⁷. Ces arguments, au nombre de 12, sont tous de nature politique, sauf celui, en faveur de la compétence, qui a pour objet la qualité de norme suprême dont jouit la Charte canadienne.

Quant à nous nous avons écrit ceci en 1982 :

« Seules les cours supérieures sont compétentes pour déclarer la constitutionnalité des lois. Mais tous les tribunaux sont compétents pour décider de façon incidente des questions de droit constitutionnel. »²⁸

L'affirmation était quelque peu laconique il est vrai, mais elle se réclamait tout de même d'une jurisprudence signifiante.

3. Status jurisprudentiae

Comme les arrêts pertinents en la matière ont été analysés dans les différents lieux doctrinaux dont nous avons fait état, nous allons nous contenter ici d'un survol plutôt rapide.

Pour ce qui est de la jurisprudence pré-Charte, tout peut commencer je pense avec le *Séminaire de Chicoutimi* dont nous avons déjà parlé²⁹. En *obiter dictum* la Cour suprême, dans cette affaire, a confirmé le jugement de la Cour d'appel voulant que la Cour provinciale soit compétente pour décider incidemment d'une question constitutionnelle relative à sa compétence³⁰. Il s'agissait donc alors d'une cour inférieure, et non d'un tribunal administratif, et la question constitutionnelle en cause en était une concernant directement la compétence de la Cour. En revanche la Cour suprême n'a jamais dit dans cette affaire que là s'arrêtait la compétence des tribunaux inférieurs en matière constitutionnelle.

27. Nous ne disposons que d'un reportage au sujet de cette conférence : S. LEPAGE, « L'application des chartes sur les juridictions inférieures », *Le Journal du Barreau*, 15 avril 1988, p. 1.

28. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 336.

29. *Supra*, note 20.

30. [1970] C.A. 413.

Quelque temps plus tard, dans une affaire *D'Alcantara*, la Cour d'appel s'est exprimée comme suit à ce sujet :

« ... aucun doute ne peut être entretenu sur la compétence de la Cour provinciale de décider de la constitutionnalité de la législation sur laquelle le recours qui lui est soumis est fondé »³¹.

Il s'agissait en l'occurrence d'un *obiter*, puisque la question constitutionnelle en cause concernait effectivement et directement la compétence de la Cour provinciale, mais il s'agissait néanmoins de l'affirmation d'un pouvoir incident non restreint aux seuls cas concernant directement la juridiction.

Dans deux arrêts différents, l'année suivante, l'affirmation devenait *ratio decidendi*³². Il s'agissait alors de dispositions que la Cour des sessions de la paix était appelée à appliquer mais qui ne portaient pas directement sur sa juridiction.

Puis en 1980 et 1983 la Cour d'appel a appliqué le même principe à la Commission des affaires sociales³³ et à un tribunal d'arbitrage de griefs en matière de relation de travail³⁴ eu égard à des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁵.

Depuis que la Charte canadienne est en vigueur, le point de départ naturel sur notre question semble bien être l'affirmation faite par le juge en chef Dickson au nom d'une Cour suprême unanime dans *Big M Drug Mart* :

« Si un tribunal judiciaire ou administratif juge une loi incompatible avec la Constitution, ce tribunal a, en vertu du caractère prédominant de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévu au par. 52(1), non seulement le pouvoir mais encore l'obligation de considérer comme « inopérantes » les dispositions incompatibles de cette loi. »³⁶

Malgré sa clarté, ce prononcé ne met toutefois pas fin au débat juridique concernant la compétence des tribunaux administratifs sur les questions de Charte : en ce qui a trait aux tribunaux administratifs il ne pouvait en l'espèce s'agir que d'un *obiter*. Il s'agit néanmoins de ce que j'appellerais un *obiter* de taille, qui s'appuie expressément sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

31. *Ville de Montréal c. Cour provinciale et D'Alcantara*, [1975] C.A. 147, 151.

32. *Harwood c. Laganière*, [1976] C.A. 301, 304 ; *P.G.Q. c. Dominion Stores*, [1976] C.A. 310, 311.

33. *Johnson c. C.A.S.*, [1980] C.A. 22, 23.

34. *Union des employés de commerce c. W.E. Bégin*, J.E. 84-65 (C.A.).

35. L.R.Q., c. C-12.

36. *Supra*, note 9, p. 353.

Dans l'arrêt *Mills* la Cour suprême a reconnu généralement que les cours criminelles inférieures étaient compétentes pour appliquer la Charte³⁷. Elle a même précisé alors que la Cour supérieure devait dans ce contexte s'abstenir, sauf circonstances exceptionnelles, d'exercer concurremment sa compétence. Dans l'affaire *Alex Couture (n° 2)*, la Cour d'appel a appliqué le même principe à un cas où c'était la constitutionnalité de la législation qui était en cause³⁸. Elle suivait en cela les cours d'appel de l'Alberta et de la Colombie-Britannique³⁹.

Pour ce qui est des tribunaux administratifs, c'est toutefois en Cour d'appel fédérale que le débat semble se faire. Dans l'affaire *Law* la Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a jugé que la Commission d'appel de l'immigration était compétente pour juger de la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur l'immigration* en regard de la Charte⁴⁰. Elle renversait alors la Division de première instance⁴¹. Dans *Zwarich* elle a même précisé qu'il s'agissait en fait d'un devoir, en l'occurrence pour un tribunal d'arbitrage constitué en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*⁴². Dans l'arrêt *Vincer*, toutefois, elle a décidé par une majorité de deux sur trois qu'il en allait autrement dans le cas d'un comité d'appel constitué en vertu de la *Loi sur les allocations familiales*⁴³. Dans le cas d'un des juges de la majorité, le juge Stone, les motifs de décision semblent être clairement des motifs *ad hoc*, qui tiennent à l'étroitesse du mandat législatif confié au tribunal administratif dont il s'agissait. Dans le cas de l'autre juge de la majorité, le juge Marceau, les motifs pourraient aussi à la rigueur être interprétés de la même façon. Cependant, si on en considère la nature et le ton, on est vite amené à penser qu'il s'agit en fait d'un rejet vigoureux de l'idée même que les tribunaux administratifs puissent se prononcer sur la constitutionnalité de leurs lois ou règlements, même à titre accessoire de l'exercice de leur compétence, ce qui, bien sûr, ne manque pas de surprendre étant donné la position jusque là prise par la Cour d'appel fédérale. Enfin, dans *Alli*, la Cour suit *Vincer* au sujet du même tribunal administratif, en précisant toutefois qu'elle ne répudie pas pour autant sa jurisprudence découlant de *Zwarich* et de *Law*⁴⁴.

Par la suite, la Cour d'appel fédérale a rendu deux décisions qui semblent devoir mettre un terme au débat, du moins devant cette Cour là. En

37. *Supra*, note 8.

38. *Alex Couture c. P.G. Québec*, C.A., Montréal, 2 juin 1988, p. 8 des motifs.

39. *Robertson v. R.*, C.A. Alta, 2 mars 1988; *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (C.A. C.-B.).

40. *Law c. Solliciteur général*, [1985] 1 C.F. 62, 68-69-70.

41. [1983] 2 C.F. 181.

42. *Zwarich c. P.G. Canada*, [1987] 3 C.F. 253, 255.

43. *A.-G. Canada c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.).

44. *A.-G. Canada c. Alli*, C.A.F., 9 mai 1988.

août 88, elle a jugé, dans une affaire *Druken*^{44.1} qu'un tribunal des droits de la personne, créé en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*^{44.2}, pouvait considérer inopérantes certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-chômage*^{44.3} et ainsi ordonner aux fonctionnaires chargés d'appliquer ces dispositions de cesser de le faire^{44.4}. Ces dispositions avaient pour effet de priver d'assurance-chômage les personnes qui sont des conjoints de l'employeur. Or ce qui a alors été dit au sujet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, tout comme ce qui avait déjà été dit au sujet de la Charte québécoise des droits^{44.5}, pourraient a fortiori être dit il me semble au sujet de la Charte canadienne dont le statut est encore plus pleinement constitutionnel.

Dans *Tétrault-Gadoury*, enfin, la Cour d'appel fédérale, dans un jugement unanime, a conclu sans embages que le conseil arbitral et le juge-arbitre qui existent en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage* pouvaient en vertu de la Charte canadienne considérer comme ineffective l'article 31 de cette Loi qui prive d'assurance-chômage les personnes de 65 ans et plus^{44.6}. Après avoir invoqué l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'arrêt de la Cour suprême dans *Big M Drug Mart*^{44.7}, elle dit :

... si un tribunal administratif a, de par sa loi constituante, compétence pour se prononcer sur une question de droit, il ne perd pas cette compétence parce que la question de droit à décider implique des considérations qui mettent en jeu l'application d'une disposition de la Charte. Or, décider qu'une disposition de la Loi est inopérante en raison de son incompatibilité avec la Charte est une question de droit comme toute autre question de droit que les conseils arbitraux ont droit de trancher, même si leurs membres n'ont pas à posséder de formation juridique comme telle.

[...]

La Charte doit être accessible de même façon à tous les justiciables tant ceux qui ont à se défendre devant les instances pénales devant lesquelles ils sont traduits que ceux qui ont des recours à exercer devant les juridictions civiles ou administratives contre les actes de l'administration ou lorsqu'une législation les brime dans leurs droits et libertés. Dans la mesure où la procédure devant ces instances ne s'y oppose pas, il devrait être loisible aux justiciables d'invoquer les droits garantis par la Charte devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser.

44.1 *P.G. Canada v. Druken*, C.A.F., 15 août 1988.

44.2 S.C. 1976-77, c. 33.

44.3 S.C. 1970-71-72, c. 48, al. 3(2)c) et 4(3)d).

44.4 En vertu de l'article 41 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

44.5 Voir *supra*, notes 33 et 34.

44.6 *Tétrault-Gadoury v. C.E.I.*, C.A.F., 23 sept. 88.

44.7 *Supra*, note 9.

[...]

Le droit d'être entendu par toutes et chacune de ces instances comporte le droit d'y faire valoir efficacement des moyens relatifs à la suprématie de la Constitution du Canada.

[...]

Il n'y a rien d'incongru à ce que l'on reconnaisse à un tribunal administratif, comme un conseil arbitral ou un juge-arbitre, le pouvoir de constater qu'un texte législatif ou réglementaire est inopérant parce qu'il est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pouvoir de refuser de donner effet à un texte législatif ou réglementaire, jugé inconstitutionnel, est inhérent à tout organisme doté du pouvoir d'adjudication entre les droits des parties dans une instance particulière.

Au Québec, il existe à notre connaissance trois jugements de cour supérieure qui traitent de la compétence des tribunaux administratifs de s'autoriser de la Charte canadienne pour refuser d'appliquer le droit qu'ils doivent normalement appliquer: ils vont tous trois dans le sens d'une reconnaissance de cette compétence⁴⁵. Et il en est de même d'une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique⁴⁶ et d'une autre de la Cour divisionnelle de l'Ontario^{46.1}.

Au terme de ce survol jurisprudentiel, qui me donne à penser que les tribunaux administratifs sont plutôt compétents que non compétents, il ne me reste plus qu'à livrer mon état d'âme, c'est-à-dire à expliquer le pourquoi politique du choix juridique que j'ai annoncé.

4. Status animae meae

Bien que je sois convaincu que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fournisse la meilleure réponse juridique à la question qui nous occupe ici, j'admets d'emblée que cette question est essentiellement une question politique et que c'est en réalité sur cette base que la Cour suprême viendra un jour mettre fin au débat. Les différents arguments juridiques, y compris celui de l'article 52, peuvent être tournés de façon à conduire à des conclusions positives ou négatives.

45. *C.E.Q. c. P.G. Québec*, C.S., Montréal, 28 janvier 1987; *Houle c. Union des employés de commerce*, (1986) D.L.Q. 446 (C.S.); *T.N.T. Québec c. C.C.R.T.*, (1986) D.L.Q. 441 (C.S.).

46. *Moore v. R.*, C.A. C.-B., 12 janv. 1988.

46.1 *Cuddy Chicks v. O.L.R.B.*, C.D. Ont. 9.11.88; au nom de la liberté d'association de l'alinéa 2d) de la Charte le Conseil habilité à accréditer les associations syndicales peut ignorer une disposition législative prohibant la syndicalisation de certaines catégories de travailleurs.

Ainsi dans *Vincer*⁴⁷, le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale invoque la *rule of law* à l'encontre de l'idée qu'un Comité d'appel en matière d'allocations familiales puisse se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur les allocations familiales* en regard de la Charte canadienne⁴⁸. Le Comité, qui selon lui exerce le pouvoir exécutif et non pas le pouvoir judiciaire, ce dont nous pourrions discuter longtemps, doit obéir au droit tel qu'interprété par le pouvoir judiciaire.

L'argument se tient, et relève de la compréhension habituelle du principe de la *rule of law*. Mais on peut aussi penser, de façon légitime, que la *rule of law* première c'est la *rule of constitutional law* ou, en français, que la primauté du droit c'est d'abord et avant tout la primauté du droit constitutionnel. N'est-ce-pas ce que confirme l'article 52 de la Loi de 1982?

La suprématie de la Constitution affirmée par l'article 52 a pour corollaire premier le devoir de tous d'obéir à la Constitution, et pour corollaire second seulement le besoin d'un arbitrage constitutionnel. C'est d'abord la Constitution, y compris la Charte, qui rend inconstitutionnelles les règles de droit incompatibles. Et rien ne permet de croire qu'en obéissant à la Charte les tribunaux administratifs se trouveront à désobéir aux pouvoirs judiciaires des cours de justice. On peut penser qu'au contraire la primauté qu'ils accorderont à la Charte découlera plus souvent qu'autrement de l'enseignement des tribunaux supérieurs. Il est difficile d'admettre qu'ils pourraient être forcés d'appliquer des dispositions statutaires ou réglementaires qui manifestement, à la lumière de la jurisprudence des cours supérieures, violeraient la Charte.

La raison politique pour laquelle je penche du côté de la compétence des tribunaux administratifs est double : il me semble qu'il y a beaucoup à gagner et rien à perdre de l'existence de cette compétence.

Pour ce qui est du beaucoup à gagner l'argument concerne essentiellement l'aspect factuel de l'exercice de la compétence en question. Pour apprécier une disposition législative ou réglementaire du point de vue de la Charte il importe au plus haut point à mon avis de savoir de quoi il s'agit exactement et concrètement⁴⁹. Or plus souvent qu'autrement, il me semble, le tribunal administratif saisi est le mieux placé pour avoir au départ une vue juste de la situation.

47. *Supra*, note 43.

48. *Id.*, à la p. 11 de ses motifs.

49. H. BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social » / « The Canadian Charter of Rights and Freedoms as an Instrument of Social Development », dans Beckton et Mackay, *Les tribunaux et la Charte / The Courts and the Charter*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1986, p. 1, à la p. 19 (17 de la version anglaise).

Cette question relative à la constitutionnalité en fonction de la Charte se compare très bien, il me semble, à celle du domaine constitutionnel d'application des lois et règlements. Or il est reconnu depuis longtemps que les tribunaux administratifs ont le pouvoir de se prononcer sur le domaine constitutionnel de leurs lois et règlements et qu'il convient même, en termes d'opportunité, de les laisser se prononcer d'abord, à moins que leur incompétence ne soit manifeste⁵⁰. La raison évidente de cet état du droit tient à l'importance déterminante que doivent prendre les faits dans la détermination de ce domaine d'application. En matière d'applicabilité constitutionnelle, autrement dit, le critère de la constitutionnalité n'est pas l'objectif visé par le législateur, comme en matière de validité, mais bien l'effet produit⁵¹. Pour décider correctement de la question il faut considérer les faits de l'espèce, les faits adjudicatifs, et non pas des faits législatifs concernant le sens général de la législation. Or le tribunal administratif, de par son expertise et son expérience en la matière, jouit d'une position privilégiée pour faire le premier cette évaluation.

Sur ce point crucial, la situation est similaire dans les cas où il s'agit de déterminer la constitutionnalité en fonction de la Charte. Le critère de cette constitutionnalité peut être l'objet ou l'effet nous a dit la Cour suprême⁵². Mais il est bien évident qu'il est l'effet dans 99.9% des cas. Il s'agit essentiellement, dans les cas de Charte, de savoir si la règle de droit en cause porte atteinte à un droit énoncé. Et encore faut-il voir si cette atteinte est « signifiante »⁵³ et se demander ensuite si elle ne serait pas raisonnable et justifiable dans les circonstances, comme l'exige l'article 1 de la Charte. L'examen de la constitutionnalité en fonction de la Charte requiert donc d'abord et avant tout l'examen éclairé des circonstances particulières de l'affaire, l'appréciation des faits adjudicatifs. Or il nous semble qu'ici aussi ce soit l'adjudicateur désigné par le législateur qui soit le mieux placé pour nous dire le premier de quoi il s'agit au juste. Ce que laisse entendre la Cour suprême dans *Mills*⁵⁴ au sujet du tribunal du procès pénal devrait valoir pour le tribunal administratif saisi d'un différend.

Je dois dire à ce propos qu'il ne me trouble guère de constater que certains membres de tribunaux administratifs ne sont pas des juristes ou encore, comme dit le juge Marceau dans *Vincer*, sont des personnes « ne

50. Voir par exemple *Radio-Québec c. C.C.R.T.*, [1988] R.J.T. 410 (C.S.); *C.N. c. Régie de l'électricité et du gaz*, [1986] R.J.Q. 698 (C.S.).

51. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 28, p. 350 s.

52. *R. c. Big M Drug Mart*, *supra*, note 9, p. 331 s.

53. *Edwards Books and Art c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 759.

54. *Supra*, note 8.

possédant aucune qualification particulière »⁵⁵. S'agissant en définitive d'apprécier le caractère raisonnable des choses les juristes ne peuvent quand même pas prétendre à un monopole. Il faut se rendre à l'évidence que la Charte a rendu considérablement moins technique, et aussi moins sûre, une partie importante du droit. Le refus sec d'admettre l'idée que les tribunaux administratifs puissent se prononcer sur la constitutionnalité des lois et règlements qu'ils sont appelés à appliquer me semble relever d'une vision nostalgique de la fonction judiciaire qui s'ajuste mal au contexte de la Charte.

Quant aux contre-indications de la reconnaissance de cette compétence, elles m'apparaissent pratiquement inexistantes. Le seul effet juridique concret de cette reconnaissance est d'empêcher que les tribunaux administratifs puissent par contrôle judiciaire être dessaisis de leurs dossiers *ab initio*. Cet effet, pour moi, n'a que du bon, puisqu'il élimine le danger d'une paralysie de la justice administrative tout en permettant qu'une cour supérieure, saisie parallèlement de la question constitutionnelle, puisse juger de l'opportunité de laisser ou non le tribunal administratif rendre d'abord une décision. Une fois cette décision du tribunal administratif rendue notre question devient sans intérêt : la cour supérieure pourra toujours réviser cette décision et si nécessaire retourner le dossier au tribunal, mais elle ne s'amusera certainement pas à casser cette décision, quelle que soit sa justesse, pour la seule raison que le tribunal se sera prononcé sur la constitutionnalité du droit applicable.

L'argument tiré du caractère particulier de la mission des tribunaux administratifs apparaît à première vue le plus « touchant ». Il s'appuie sur le fait que les tribunaux administratifs sont appelés à rendre une justice de masse, efficace sinon expéditive, que des préoccupations de Charte pourraient compromettre *via* une judiciarisation indue. À la réflexion cet argument ne me semble pas très convaincant. Si une partie a les moyens de compliquer la vie d'un tribunal administratif en y soumettant des arguments de Charte à l'aide d'une batterie d'avocats, cette partie aura également les moyens de désaisir le tribunal *ab initio* par voie de contrôle judiciaire. De sorte qu'il convient de se demander si la perspective d'une paralysie est préférable à quelques complications appréhendées. Il me semble, à moi, qu'il est au total bien plus avantageux de pouvoir en général bénéficier d'abord des lumières des instances qui œuvrent sur le terrain des opérations, en une matière qui malgré les apparences exige d'être examinée de façon très appliquée, et qu'il est plus juste de donner à ceux dont les moyens sont limités la possibilité d'accéder aux droits de la Charte par le biais de la justice administrative.

55. *Supra*, note 43, p. 719.