

## Les Cahiers de droit



# La concrétisation de la primauté du droit dans l'ordre juridique

Luc Huppé

Volume 38, numéro 4, 1997

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043466ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043466ar>

[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

Huppé, L. (1997). La concrétisation de la primauté du droit dans l'ordre juridique. *Les Cahiers de droit*, 38(4), 805–829. <https://doi.org/10.7202/043466ar>

### Résumé de l'article

La primauté du droit, maintenant expressément mentionnée dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a inspiré à de nombreuses reprises la Cour suprême du Canada depuis une dizaine d'années. Cependant, il manque encore en droit canadien une théorie générale qui définirait la portée concrète de ce concept dans l'ordre juridique. L'objet du présent texte est de tenter de cerner la nature même de la primauté du droit et d'analyser, en fonction des trois idées suivantes, l'utilisation que la Cour suprême du Canada a faite de ce concept: la primauté du droit rend nécessaire l'existence d'un ordre juridique, fondé sur des règles de droit; il est nécessaire que les personnes et entités évoluant dans la société soient assujetties à cet ordre juridique; les justiciables doivent disposer de recours permettant de mettre en œuvre les règles de droit lorsque survient un conflit.

# La concrétisation de la primauté du droit dans l'ordre juridique

---

LUC HUPPÉ\*

*La primauté du droit, maintenant expressément mentionnée dans le préambule de la Charte canadienne des droits et libertés, a inspiré à de nombreuses reprises la Cour suprême du Canada depuis une dizaine d'années. Cependant, il manque encore en droit canadien une théorie générale qui définirait la portée concrète de ce concept dans l'ordre juridique. L'objet du présent texte est de tenter de cerner la nature même de la primauté du droit et d'analyser, en fonction des trois idées suivantes, l'utilisation que la Cour suprême du Canada a faite de ce concept : la primauté du droit rend nécessaire l'existence d'un ordre juridique, fondé sur des règles de droit ; il est nécessaire que les personnes et entités évoluant dans la société soient assujetties à cet ordre juridique ; les justiciables doivent disposer de recours permettant de mettre en œuvre les règles de droit lorsque survient un conflit.*

---

*The preamble of the Canadian Charter of Rights and Freedoms expressly refers to the rule of law, a concept that the Supreme Court of Canada has used several times in the last ten years. In Canadian law, however, a general theory defining the tangible consequences of the rule of law is missing. The present paper attempts to determine the true nature of the rule of law and analyses the various cases in which the Supreme Court of Canada has relied on this concept. The following assertions give to the present analysis its perspective : the rule of law renders necessary the existence of a normative order based on the law ; all persons and entities who are a part of that society must be subject to such order and have the possibility to bring any conflictual situation before a court.*

---

---

\* LL.D., Montréal ; avocat.

	Pages
1. La nature de la primauté du droit .....	807
2. L'existence d'un ordre juridique .....	811
3. L'assujettissement à l'ordre juridique .....	814
3.1 Le statut des justiciables .....	814
3.2 La connaissance des règles de droit .....	819
4. La faculté d'exercer un recours .....	822
4.1 Le droit de saisir un tribunal .....	822
4.2 L'autorité des tribunaux .....	825
Conclusion .....	828

La primauté du droit n'a pas encore connu, en droit canadien, le rayonnement prestigieux auquel son enchaînement dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> la destine. Bien que ce concept exerce un pouvoir d'attraction indéniable, son utilisation marginale dans la jurisprudence dénote l'absence d'une théorie générale qui en définirait la portée concrète dans l'ordre juridique. La primauté du droit fuse le plus souvent dans la jurisprudence comme un argument d'appoint, au soutien d'un raisonnement déjà complet.

La signification précise de la primauté du droit de même que ses répercussions potentielles dans l'ordre juridique demeurent encore largement insaisissables. Si ce concept a servi, dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*<sup>2</sup>, à maintenir temporairement en vigueur des lois inconstitutionnelles, il ne semble pas encore avoir été utilisé comme fondement indépendant et autonome pour invalider des dispositions législatives<sup>3</sup>.

La difficulté de définir précisément la primauté du droit ressort, entre autres, du *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*<sup>4</sup>, où la Cour s'en remet à une définition qui n'est guère utile : « Monsieur Raz a affirmé : La « pri-

1. *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée « *Charte canadienne des droits et libertés* »). Ce préambule se lit ainsi : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit. »

2. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

3. À titre d'exemple, dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 (ci-après cité « *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995) »), c'est l'atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures, bien plus que la primauté du droit, qui semble constituer la source de l'invalidité de la disposition qui était alors en cause.

4. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 2, 750, citant J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 212 : « Dr. Raz has said : « The « rule of law » means literally what it says : the rule of the law... »

mauté du droit » signifie littéralement ce que l'expression dit : la primauté du droit... » La formulation du concept contribue d'ailleurs à l'ambiguïté de sa signification ; il ne connote pas clairement la même idée selon qu'on l'exprime en anglais (*rule of law*) ou en français, dans l'une ou l'autre de ses multiples variantes (« primauté du droit<sup>5</sup> », « principe de légalité<sup>6</sup> », « règne du droit<sup>7</sup> », « suprématie du droit<sup>8</sup> », « règle de droit<sup>9</sup> »). Il serait certes souhaitable de pouvoir donner à un principe dont la Constitution exprime qu'il représente l'un des fondements de la société canadienne « une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme<sup>10</sup> ».

L'objet du présent texte n'est pas d'exposer les différentes et nombreuses conceptions de la primauté du droit élaborées par la doctrine<sup>11</sup>, mais de faire état de la façon dont la Cour suprême du Canada a utilisé ce concept, dans le cadre d'une jurisprudence encore clairsemée à laquelle il faut donner quelques grands axes de cohérence. Cette analyse empirique fournit l'occasion d'aborder dans une perspective nouvelle la nature même de la primauté du droit et de proposer une conception originale de la primauté du droit, qui en recherche son utilité concrète dans l'ordre juridique.

## 1. La nature de la primauté du droit

La nature de la primauté du droit laisse perplexe : fait-elle partie des règles de droit ? On hésite à le conclure, puisqu'elle ne fixe en elle-même aucune norme de conduite, qu'elle ne résout aucun conflit entre justiciables et n'attribue aucun pouvoir décisionnel, ce qui est le propre des règles de droit. Au surplus, il est difficile d'envisager qu'il existe une instance décisionnelle qui, à défaut d'avoir introduit le concept dans l'ordre juridique, aurait théoriquement compétence pour le modifier ou en écarter l'application dans certaines circonstances, comme ce serait le cas si la primauté du droit faisait partie des règles de droit.

---

5. C'est la formulation la plus répandue, la *Charte canadienne des droits et libertés* ayant manifestement eu un effet unificateur sur la version française du concept.

6. Cette formulation est utilisée, par exemple, dans *Procureur général de la province de Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1082.

7. Cette formulation est utilisée, par exemple, dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, 1366.

8. Cette formulation est utilisée, par exemple, dans *Comité pour la république du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 210.

9. Cette formulation est utilisée, par exemple, dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 805.

10. L'expression est empruntée au juge Beetz, dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 458.

11. Pour un aperçu, voir par exemple : H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 693 et suiv.

On voit mal, par exemple, comment le législateur pourrait tenter d'échapper à l'application de la primauté du droit mentionnée dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans l'exercice de ses compétences législatives, en invoquant d'autres dispositions de la *Charte*, comme l'article premier<sup>12</sup>, qui permet de restreindre les droits et libertés qui y sont garantis, ou encore l'article 33<sup>13</sup>, qui permet d'écarter l'application de certaines de ses dispositions. De la même façon, la procédure de modification constitutionnelle prévue dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>14</sup> permettrait sans doute au constituant de faire disparaître de la Constitution toute mention expresse ou implicite de la primauté du droit, mais une telle modification n'empêcherait vraisemblablement pas l'application du concept de primauté du droit dans l'ordre juridique canadien.

Il est ainsi significatif de constater que c'est dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et non parmi les droits et libertés qu'elle énonce, que le constituant a situé le principe de la primauté du droit, au même endroit que la « suprématie de Dieu », le seul autre fondement de la société canadienne auquel le constituant fait explicitement référence<sup>15</sup>. Il n'est guère douteux que la « suprématie de Dieu » mentionnée dans le préambule se situe de par sa nature hors de l'orbite des pouvoirs du constituant et des institutions constitutionnelles canadiennes, bien que celles-ci puissent en tirer des conséquences juridiques dans l'exercice de leurs compétences.

La primauté du droit semble donc échapper, pour ce qui est de son existence, à toute compétence législative, judiciaire ou administrative. Il est même probable qu'elle se situe hors de l'orbite des pouvoirs du constituant. Aucun organe de l'État, non plus qu'aucun justiciable, ne pourrait abolir la primauté du droit ou en éviter l'application. Or, les différentes institutions de l'État cumulent ensemble la pleine souveraineté de l'ordre juridique ; leurs compétences devraient donc en principe s'étendre à la primauté du

---

12. L'article premier se lit ainsi : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

13. Le paragraphe 1 de l'article 33 (1) se lit ainsi : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. »

14. Précitée, note 1.

15. Les hypothèses religieuses retenues par le constituant avaient vraisemblablement pour objet de fournir une assise au titre de « Défenseur de la Foi » que porte le chef de l'État canadien aux termes de la *Loi sur les titres royaux*, L.R.C. (1985), c. R-12.

droit, si sa nature était celle d'une règle de droit. C'est donc qu'il en est autrement.

Il résulte de cette constatation que la nature de la primauté du droit diffère de celle des règles de droit qui composent l'ordre juridique, mais aussi que l'existence de la primauté du droit est indépendante des institutions constitutionnelles de l'État. En fait, la logique même conduit à la conclusion que la primauté du droit est une condition préalable et nécessaire à l'autorité de ces institutions, lorsqu'elles ne sont pas fondées exclusivement sur la force : puisque la compétence et les pouvoirs de ces institutions prennent obligatoirement leur source dans des règles de droit, cette compétence et ces pouvoirs dépendent donc, par voie de conséquence, du principe qui donne une valeur aux règles de droit dans l'ordre social.

Si l'existence même de la primauté du droit échappe aux différentes institutions de l'État, il leur revient toutefois entièrement de lui donner sa portée tangible dans l'ordre juridique. Les institutions de l'État assurent en effet la réalisation de la primauté du droit et possèdent seules le pouvoir d'élaborer les règles de droit qui sont destinées à la rendre effective. Il leur incombe, dans le cadre de leurs fonctions respectives, d'en saisir le sens et d'en déterminer les implications pour ce qui est de l'exercice de leur compétence. La primauté du droit pourra ainsi servir de fondement et de justification à certaines règles de droit, tout comme elle pourra servir à écarter l'application de certaines règles de droit qui lui feraient échec.

La référence à la primauté du droit dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* de même que le rôle des institutions de l'État dans la concrétisation de ce concept donnent assurément à la primauté du droit la couleur d'un principe de droit public. Dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*<sup>16</sup>, la Cour suprême du Canada semble ainsi avoir considéré la primauté du droit comme un principe de droit constitutionnel :

En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative : une société soumise à la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.

---

16. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 2, 750-751.

Il y a sans doute une erreur de perspective à restreindre la primauté du droit à un simple principe de droit constitutionnel, ou encore de droit administratif. Ses implications dans l'ordre juridique sont plus vastes et plus profondes. La primauté du droit établit l'autorité sociale de l'ordre juridique, donc de l'ensemble des règles de droit qui la composent ; elle concerne par conséquent la totalité des justiciables, et non seulement les institutions de l'État.

La nature de la primauté du droit ne peut être définie autrement que par rapport à la fonction du droit dans la société, ce droit auquel on accorde précisément une primauté. Le droit fournit un mécanisme par lequel le pouvoir de contrainte de l'État est utilisé pour résoudre les situations de conflits entre les justiciables. Or, il est évident qu'il n'est pas seul à jouer ce rôle de résolution des conflits ; d'autres mécanismes concurrencent le droit dans l'ordre social pour la même fin : l'utilisation de la force ou de la puissance, des valeurs religieuses ou morales, les pressions du milieu social, la médiation de tiers, etc.

La primauté du droit brise cette concurrence en constituant le droit comme un mécanisme prépondérant, à l'exclusion de tous les autres, dans la solution des conflits entre les justiciables. Elle représente donc nécessairement un principe inhérent à tout ordre juridique, le principe qui sert à fonder l'autorité du droit dans l'ordre social. C'est uniquement sur la base de ce principe fondateur que peuvent ensuite être élaborées l'ensemble des règles de droit formant l'ordre juridique. La fonction du concept de primauté du droit est ainsi de regrouper les conditions de fondation du droit dans l'ordre social. Elle détermine le rapport qui doit s'établir entre le droit et les justiciables pour rendre le droit effectif dans la société, à la différence des règles de droit, qui organisent plutôt les rapports des justiciables entre eux.

Dans un ordre juridique, il existe donc des données objectives exprimant le rapport établi entre le droit et les justiciables, qui existent préalablement à toutes règles de droit et ne tirent pas leur origine de la discrétion de ceux à qui la Constitution ou la loi accordent des pouvoirs décisionnels. Pour assurer au droit une position prépondérante dans la solution des conflits entre justiciables, il faut en premier lieu qu'existe un ordre juridique fondé sur des règles de droit. En second lieu, il est nécessaire que les personnes et entités évoluant dans la société soient assujetties à cet ordre juridique. En troisième lieu, l'État et les justiciables doivent disposer de recours permettant de mettre en œuvre les règles de droit lorsque survient une situation de conflit.

## 2. L'existence d'un ordre juridique

La première condition de fondation du droit dans l'ordre social est, bien évidemment, qu'il doit exister un ordre juridique, fondé sur des règles de droit, qui régit les rapports entre les justiciables.

La Cour suprême du Canada a fait une application éloquente de ce principe dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*<sup>17</sup>. Parce qu'elles avaient été adoptées en anglais seulement, toutes les lois manitobaines postérieures à 1890 devaient être considérées comme inconstitutionnelles, ce qui, sans autre mesure, aurait provoqué le chaos et le vide juridique dans la province<sup>18</sup> : le rétablissement des lois antérieures à 1890, bien qu'elles aient pu être abrogées ou modifiées par une loi inconstitutionnelle postérieure à 1890 ; l'inexistence de toute règle de droit sur les matières dont ne traitaient pas les lois antérieures à 1890 ou la common law ; la situation d'illégalité des diverses institutions gouvernementales établies après 1890 ou tirant leurs pouvoirs de lois postérieures à 1890 ; la précarité des droits, des obligations et des effets ayant découlé de toutes les lois adoptées depuis 1890. En un mot, l'ordre de droit positif qui était censé avoir régi les justiciables manitobains depuis 1890 s'en trouvait détruit. De telles conséquences auraient eu pour effet de miner le principe de la primauté du droit :

[...] la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée<sup>19</sup>.

Il ne peut y avoir de primauté du droit dans une province qui n'a aucune règle de droit positif<sup>20</sup>.

La Cour est d'avis qu'il lui faut donc prendre les mesures nécessaires pour rétablir la primauté du droit, qui serait mise en péril par le fait de déclarer inconstitutionnelles toutes les lois manitobaines adoptées depuis 1890. En plus de principes existants comme celui de la validité de facto ou celui de la chose jugée, la Cour retient une mesure proprement et uniquement

17. *Ibid.* Voir : *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 280-282.

18. *Id.*, 747-749.

19. *Id.*, 749.

20. *Id.*, 750. Dans *Huet c. Ministre du Revenu national*, (1994) 85 F.T.R. 167, 190-191 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Division de première instance de la Cour fédérale écrit que le principe de la primauté du droit « comporte entre autres la notion voulant que ce sont les lois qui sont garantes des droits et libertés et qui doivent en tout temps déterminer les droits et obligations de chacun ». Elle écrit aussi : « Si les tribunaux ont le pouvoir de maintenir en vigueur des lois par ailleurs inopérantes en vertu du principe de la primauté du droit, ils doivent avoir aussi le pouvoir de déclarer inopérantes des lois dont la mise en application dans le temps a comme effet de suspendre le règne de la loi. »



fondée sur le principe de la primauté du droit : elle maintient temporairement en vigueur ces lois inconstitutionnelles, assurant ainsi la validité des droits, des obligations et des autres effets en découlant, pendant la période estimée nécessaire pour les traduire et les adopter à nouveau. Cette période de validité temporaire a en fait duré plus de sept ans<sup>21</sup>.

La Cour trouve dans la primauté du droit à la fois la source de l'inconstitutionnalité des lois unilingues et la source de l'obligation de maintenir temporairement en vigueur ces lois inconstitutionnelles<sup>22</sup>. Ce paradoxe n'est qu'apparent. La source de l'inconstitutionnalité des lois unilingues n'était pas, à tout le moins directement, la primauté du droit, mais plutôt une règle de droit, contenue dans la Constitution manitobaine, qui exige que les lois soient adoptées en français et en anglais. Le raisonnement implicite de la Cour est qu'une règle de droit, même contenue dans la Constitution, ne peut faire échec à la primauté du droit.

Par définition, il est indispensable que les règles de droit soient et demeurent cohérentes avec le principe qui leur donne autorité dans l'ordre social. Cette exigence de cohérence, bien plus que le statut constitutionnel de la primauté du droit<sup>23</sup>, justifie le pouvoir des tribunaux de façonner le droit en conformité avec les exigences de la primauté du droit, ainsi que leur pouvoir d'invalidier des règles de droit qui seraient incompatibles avec ce principe. Cette exigence de cohérence fournit aussi la justification du pouvoir, exercé dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, de reconstruire un ordre juridique déficient afin de le rendre conforme aux exigences inhérentes à la primauté du droit.

Il appert donc que la primauté du droit peut être assurée par une loi inconstitutionnelle et qu'il est préférable qu'une loi, même inconstitutionnelle, régie les rapports entre les justiciables plutôt que ces derniers soient laissés sans règles de droit. La nullité qui résulterait normalement de l'incompatibilité d'une disposition législative avec une disposition constitutionnelle ne peut être invoquée si cette nullité entraîne des conséquences incompatibles avec la primauté du droit. Cette règle de droit qui commande

---

21. Voir : *Ordonnance : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347 ; *Ordonnance : droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417 ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212.

22. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 2, 748-749.

23. Selon la Cour, outre sa mention dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le principe de la primauté du droit aurait été introduit en droit constitutionnel canadien par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, qui fait référence à une « Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom » (p. 750).

la nullité dans de telles circonstances doit aussi demeurer cohérente avec la primauté du droit.

Il devait sembler d'autant plus impérieux de parer aux conséquences de l'inconstitutionnalité des lois manitobaines, compte tenu qu'elle touchait l'ensemble de la législation et qu'elle ne résultait pas de l'absence de compétence de la législature manitobaine à adopter ces lois, mais du fait qu'il manquait une condition essentielle à leur validité, à savoir une version française dûment adoptée. On peut cependant s'interroger sur l'application possible des principes émis dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* dans le cas, plus usuel, où la déclaration d'inconstitutionnalité concerne seulement un nombre limité de dispositions législatives, et qu'elle est plutôt fondée sur le partage des compétences ou sur une contravention aux droits et libertés garantis par la Constitution<sup>24</sup>.

Dans de telles circonstances, en effet, ce n'est pas l'ensemble de l'ordre réel de droit positif qui disparaît avec la déclaration d'inconstitutionnalité, mais une seule ou encore quelques règles de droit délimitées. La primauté du droit n'exige vraisemblablement pas qu'il existe des règles de droit positif sur tous et chacun des sujets sur lesquels les rapports entre justiciables peuvent devenir conflictuels. Un tel système de droit est irréalisable, même dans la tradition du droit civil qui privilégie la codification des règles de droit, et à plus forte raison dans un système de common law où la jurisprudence constitue la source première des règles de droit. La primauté du droit n'impose vraisemblablement pas aux législatures d'obligation de légiférer sur tous les aspects des domaines relevant de leur compétence. C'est ce qui expliquerait que, de façon générale, une déclaration d'inconstitutionnalité ne requiert pas le maintien temporaire de la disposition législative invalidée jusqu'à ce qu'elle soit remplacée par la législature compétente.

La Cour suprême du Canada a appliqué dans *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*<sup>25</sup> les principes qu'elle avait formulés près d'un an auparavant dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, en préservant le caractère exécutoire d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'une des lois déclarées inconstitutionnelles dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*. Cette application est difficile à suivre : si la Cour cherchait dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* à éviter le chaos

---

24. On peut noter que la Cour suprême du Canada a maintenu temporairement en vigueur des dispositions déclarées contraires à la *Charte canadienne des droits et libertés* sans s'appuyer clairement sur le principe de la primauté du droit. Voir par exemple : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, 217-218 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1021-1022 ; et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 715-717.

25. *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449.

qui aurait résulté de l'inconstitutionnalité de toutes les lois manitobaines adoptées depuis 95 ans, cette raison ne valait pas nécessairement à l'égard d'un litige particulier, commencé avant la déclaration d'inconstitutionnalité du *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, et dans lequel l'invalidité de la loi sur laquelle était fondée l'accusation avait été expressément soulevée comme moyen de défense. L'ordre réel de droit positif au Manitoba n'aurait vraisemblablement pas été remis en cause par le rejet de l'accusation.

La nécessité qu'existent des règles de droit postule la création d'institutions chargées d'élaborer et de donner effet à ces règles de droit. C'est ce qui explique l'importance particulière du principe de la primauté du droit en droit constitutionnel. L'objet même d'une constitution est d'établir et d'encadrer des institutions qui ont pour fonction d'élaborer les règles de droit, de les mettre en application et de voir à leur concrétisation dans la réalité des choses. Une constitution contient donc essentiellement des mécanismes destinés à assurer la primauté du droit ; sa fonction première est de déterminer la forme particulière de ces mécanismes dans une société donnée.

La primauté du droit protégerait ainsi l'existence même des institutions établies par la Constitution, et sans doute aussi leurs pouvoirs, leurs privilèges et leur capacité de fonctionnement. Elle pourrait servir de justification à l'indépendance des organes constitutionnels les uns par rapport aux autres, aux différentes immunités dont bénéficient leurs membres<sup>26</sup> et au pouvoir de contrôler leur fonctionnement interne.

### 3. L'assujettissement à l'ordre juridique

La deuxième condition de fondation du droit dans l'ordre social est l'assujettissement à l'ordre juridique des personnes et entités évoluant dans la société, les justiciables. Le droit vise essentiellement à régir les relations des justiciables ; il est donc impératif pour son efficacité pratique que ces justiciables soient assujettis aux règles de droit qui les touchent. Cet assujettissement concerne tant le statut des justiciables par rapport aux règles de droit que leur connaissance des règles de droit.

#### 3.1 Le statut des justiciables

Les règles de droit doivent lier les justiciables, en ce sens que ces derniers peuvent être contraints par l'État de se conformer aux règles de droit ou de subir les conséquences qui découlent d'une conduite incompatible avec les règles de droit. Cette contrainte est exercée par les autorités

---

26. C'est l'idée développée par l'auteur dans sa thèse de doctorat : L. HUPPÉ, *L'immunité de poursuite civile des titulaires de fonctions constitutionnelles*, Montréal, Université de Montréal, 1994, pp. 176 et suiv.

administratives chargées de voir à l'application de la loi ou encore par les tribunaux, dans le cadre de litiges institués par les personnes qui bénéficient des règles de droit ou qui peuvent s'en prévaloir. C'est le pouvoir de contrainte de l'État qui force ou incite les justiciables à se conformer aux règles de droit ; ils ne peuvent être tenus de se conduire en conformité avec les règles de droit que dans la mesure de ce pouvoir de contrainte, qui est la seule source de leur obligation d'obéir au droit. Aux fins de la primauté du droit, l'assujettissement à l'ordre juridique signifie donc la faculté d'utiliser le pouvoir de contrainte de l'État à l'encontre d'un justiciable.

L'efficacité d'un système juridique dépend de l'assujettissement aux règles de droit de la totalité des personnes et entités œuvrant dans la société. L'ensemble des personnes physiques rattachées au territoire régi par un système juridique doivent donc être considérées comme des justiciables de ce système juridique. Au surplus, il y aurait une contradiction évidente à ce que les entités créées par des règles de droit, ou tirant leurs pouvoirs de règles de droit, comme les personnes morales et les différents démembrements de l'État, ne soient pas aussi assujetties au droit.

Le principe même de l'assujettissement au droit a été clairement affirmé en jurisprudence. Dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*<sup>27</sup>, la Cour suprême du Canada exprime que la primauté du droit « communique [...] un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues ». L'identification des justiciables liés par les règles de droit ne semble laisser place à aucune exception. Ainsi, selon le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, la primauté du droit doit signifier entre autres :

[...] que le droit est au-dessus des *autorités gouvernementales* aussi bien que du *simple citoyen* et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire<sup>28</sup>.

[...] (1) que *les gens* doivent être régis par le droit et tenus d'y obéir et (2) que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide *aux gens*<sup>29</sup>.

Selon l'arrêt *R. c. Mercure*<sup>30</sup>, cet assujettissement comprend aussi les législatures ; le juge La Forest écrit ainsi : « Pour ma part, je ne peux accepter que dans un État qui repose sur la primauté du droit, une législature soit libre de passer outre à la loi, exprimée dans l'instrument qui la constitue, qui prescrit le mode et la forme d'adoption des lois. »

27. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 9, 806.

28. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 2, 748 (italiques ajoutés).

29. *Id.*, 750 (italiques ajoutés), citant M. RAZ, *op. cit.*, note 4, pp. 212-213. Voir aussi : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 269 ; *Reclamation Systems Inc. c. Rae*, (1996) 27 O.R. (3d) 419, 431 (Ont. Court, G.D.) ; *R. c. Domm*, (1997) 31 O.R. 540, 546 (Ont. C.A.).

30. *R. c. Mercure*, précité, note 17, 279.

Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>31</sup>, la Cour suprême du Canada exprime sous une autre forme le principe que l'État est lié par le droit :

Au cœur de l'« État de droit », comme dans l'application de la primauté du droit, se trouve la proposition que les *rapports entre l'État et les individus* sont régis par le droit.

Il faut écarter l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit et privilégier une conception plus globale de l'*État*, considéré comme une entité *soumise au droit* et agissant par l'intermédiaire du droit.

Quoique le concept de primauté du droit ait surtout été invoqué dans le contexte de litiges impliquant l'État ou ses émanations, sa portée ne peut être limitée au seul domaine du droit public. Chaque justiciable est lié par le droit, qu'un conflit l'oppose à l'État ou à un autre justiciable. La primauté du droit touche donc aussi nécessairement le droit privé, bien qu'elle ne semble pas encore y avoir été utilisée.

Des arguments reliés à la primauté du droit pourraient possiblement recevoir application dans diverses situations où des justiciables cherchent à échapper à l'application du droit dans leurs rapports juridiques : par exemple lorsqu'ils renoncent à certains droits ou à certains avantages conférés par la loi sans que des règles de droit n'encadrent une telle renonciation ; lorsqu'ils tentent de construire pour eux-mêmes un ordre juridique incompatible avec des règles de droit impératives ; ou encore lorsqu'ils tentent d'échapper à la juridiction des tribunaux soit en s'interdisant d'exercer les recours que les règles de droit mettent à leur disposition, soit en organisant un tribunal privé hors du cadre prévu par la loi.

31. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 640-641 (italiques ajoutés). Voir aussi : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 34, où le juge en chef déclare que l'un des aspects de la primauté du droit « est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit » ; *R. c. Caslake*, C.S.C. 22 janvier 1998, n° 25023, où le juge en chef Lamer écrit que la « Charte exige que les mandataires de l'État respectent la primauté du droit » (paragr. 27). L'une des facettes de l'assujettissement de l'État au droit serait que celui-ci doit se conformer aux décisions judiciaires même lorsqu'elles ne sont pas susceptibles d'exécution. Dans *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603, 611 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale écrit : « Tout insaisissable qu'elle puisse être, la notion de primauté du droit doit de toutes façons vouloir dire que « la loi est suprême » et que les autorités gouvernementales n'ont pas la faculté de ne pas lui obéir. Il serait impensable, sous le régime de la primauté du droit, de supposer qu'il faille un processus d'exécution pour assurer que le gouvernement et ses fonctionnaires vont s'acquitter fidèlement des obligations que leur impose la loi. Que le gouvernement doit obéir et obéira à la loi est un principe fondamental de notre Constitution. »

Pour les particuliers comme pour les représentants de l'État, l'assujettissement au droit n'est pas volontaire. Il résulte de la nature du système juridique et découle comme une conséquence nécessaire de la primauté du droit. Seul le caractère contraignant du droit lui procure une prépondérance dans l'ordre social pour la résolution des conflits. Les justiciables eux-mêmes ne peuvent manifestement pas décider de ne pas être assujettis au droit. Ils ne peuvent échapper à certaines règles de droit, en tout ou en partie, que lorsque le droit le leur permet : leur exemption a alors un fondement juridique, elle n'est pas que le pur résultat de leur volonté.

Le fait que tous les justiciables soient assujettis au droit crée par le fait même entre eux une égalité fondamentale de statut dans leur relation avec le droit. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence ait rapproché le concept de primauté du droit et celui d'égalité devant la loi, protégé par différentes dispositions législatives et constitutionnelles<sup>32</sup>. Dans *Procureur général du Canada c. Lavell*<sup>33</sup>, la Cour suprême du Canada retient le sens suivant de la primauté du droit :

Un autre sens est celui d'égalité devant la loi ou d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires : le « règne du droit », dans ce sens, exclut l'idée d'une exemption de fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéissance à la loi auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de la compétence des tribunaux ordinaires.

Cette égalité qui résulte de la primauté du droit se distingue cependant du droit à l'égalité devant la loi protégé par la Constitution. Elle n'est pas fondée sur la volonté d'éviter des distinctions arbitraires reliées, par exemple, à la race ou à l'origine nationale. Ce qu'elle met en cause n'est pas le fait que des règles de droit différentes régissent des personnes que l'on considère pourtant être dans des situations identiques. Elle exige plutôt que toutes les personnes, quelles qu'elles puissent être, soient liées par des règles de droit et par les mécanismes de décision qui y sont prévus. Elle traite du rapport entre les justiciables et l'ordre juridique et non, comme le fait l'égalité devant la loi protégée par la Constitution, du rapport des justiciables entre eux. La primauté du droit tolère que des règles de droit puissent conduire à des situations juridiques différentes pour les justiciables visés, dans la mesure où tous sont liés par des règles de droit.

On peut cependant poser comme principe que, à moins d'exceptions prévues par une règle de droit, tous les justiciables sont régis par le même

32. Voir, entre autres, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

33. *Procureur général du Canada c. Lavell*, précité, note 7, 1366. Voir aussi *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, 704-705 ; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1329 ; et *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan*, (1987) 44 D.L.R. (4th) 16, 38 (C.A. Sask.).

droit, que l'on qualifie pour cette raison de droit commun. Tel serait le fondement de l'application du droit commun à l'État. Dans *Procureur général de la province de Québec c. Labrecque*<sup>34</sup>, la Cour suprême du Canada déclare ainsi :

Dans ce droit anglo-canadien, faut-il le rappeler, le droit administratif ne constitue pas un système complet et autonome, distinct du droit commun et administré par des tribunaux spécialisés. C'est au contraire le droit commun administré par les tribunaux judiciaires qui est reçu en droit public et dont les dispositions régissent la puissance publique, à moins qu'elles ne soient remplacées par des dispositions législatives incompatibles, ou supplantées par les règles particulières à la prérogative royale, cet ensemble de pouvoirs et de privilèges qui n'appartiennent qu'à la Couronne.

[...] Cette caractéristique est un des éléments du principe de légalité (« *Rule of law* ») comme il est conçu en droit public anglais.

Au-delà de l'assujettissement de principe à un même droit commun, la primauté du droit favoriserait aussi un ordre juridique dans lequel les règles de droit reçoivent une application semblable pour tous les justiciables visés. Dans *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*<sup>35</sup>, le juge Gonthier écrit :

L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait « difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible. »

Cette constatation l'amène à endosser la pratique de tenir des réunions plénières entre les membres d'un même tribunal administratif, de façon à atténuer les risques de décisions divergentes sur des questions semblables et à favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. Une telle cohérence paraît indispensable dans la mesure où l'on cherche à faire en sorte qu'un même problème juridique reçoive une même solution, indépendamment de la personne appelée à en décider. Le *stare decisis* repose sans doute sur des considérations similaires.

La primauté du droit n'implique cependant pas que l'application d'une même règle de droit à plusieurs situations de conflit conduise nécessairement à des résultats identiques pour les justiciables visés. À l'étape où l'on individualise les règles de droit, dans le cadre d'un litige particulier, le contenu des règles de droit et leurs conséquences sur les justiciables dépendent en définitive de l'appréciation qu'en fait le tribunal ou le décideur qui les applique. Cette appréciation peut varier de l'un à l'autre sans que la

34. *Procureur général de la province de Québec c. Labrecque*, précité, note 6, 1081-1082.

35. *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, 327, citant Y.-M. MORISSETTE, « Le contrôle de la compétence d'attribution : thèse, antithèse et synthèse », (1986) 16 R.D.U.S. 591, 632.

primauté du droit ne soit pour autant remise en cause. La Cour suprême du Canada a ainsi décidé, dans *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*<sup>36</sup>, que l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs par rapport aux tribunaux de droit commun prime l'objectif qu'une question juridique reçoive une même solution indépendamment de celui qui en décide.

Ainsi, à l'étape où la concrétisation des règles de droit passe par l'appréciation d'un tribunal dans le cadre d'un litige, la primauté du droit signifie que tous les justiciables sont également assujettis à cette appréciation ; elle n'exige pas que tous doivent, ultimement, se retrouver dans une situation juridique similaire. C'est l'assujettissement de tous les justiciables au pouvoir d'appréciation du tribunal qui est alors une conséquence de la primauté du droit, et non une égalité dans le résultat de cette appréciation, bien qu'elle puisse être souhaitable.

### 3.2 La connaissance des règles de droit

Les règles de droit doivent être portées à la connaissance des justiciables pour que l'ordre juridique soit propre à régir ces justiciables qui y sont assujettis. Il est en effet essentiel à la primauté du droit que le droit puisse être connu par ceux qui y sont assujettis. La jurisprudence a plus particulièrement formulé cette exigence à l'égard des ordonnances d'injonction. Dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*<sup>37</sup>, la juge McLachlin écrit :

C'est un principe fondamental de tout État de droit que les citoyens ne peuvent être détenus et châtiés pour avoir violé une ordonnance qu'ils ne connaissent pas. Pour que les membres du public puissent être accusés d'entrave à la justice en cas de désobéissance à une injonction, ils doivent d'abord avoir été informés de l'existence et du contenu de l'ordonnance et avoir eu la possibilité de s'y conformer.

Il doit exister un lien de communication entre les institutions qui élaborent les règles de droit et les justiciables tenus de les observer, qui rende accessible aux uns ce que décident les autres. On peut ainsi rattacher à la primauté du droit les diverses dispositions législatives relatives à la publication des lois et des règlements et à la signification des jugements. La

36. *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 784 et suiv., où la Cour suprême déclare que « le principe de la primauté du droit doit, aux fins du contrôle judiciaire, être nuancé ». Voir aussi *National Corn Growers Assn c. Tribunal des importations du Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1332 et suiv.

37. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048, 1067 (ci-après citée « *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1996) »).



nature de la règle de droit en cause et l'identité de ceux qu'elle vise déterminent la forme et les modalités du processus par lequel les règles de droit sont communiquées.

Ainsi, c'est par une publication destinée à tous que sont communiquées les règles de droit générales comme les dispositions législatives et réglementaires<sup>38</sup>, et il incombe aux justiciables de s'informer eux-mêmes des règles de droit qui peuvent les concerner. Dans le cas des jugements et des différentes ordonnances judiciaires, qui ne touchent qu'un nombre limité de justiciables impliqués dans un conflit particulier, c'est par une communication directe aux personnes touchées que l'État<sup>39</sup> ou le bénéficiaire du jugement<sup>40</sup> leur en donnent connaissance.

La connaissance des règles de droit ne concerne pas que l'aspect formel de leur communication, mais concerne aussi le contenu des règles de droit, qui doivent être suffisamment intelligibles pour que les justiciables soient en mesure d'en apprécier la portée. Cette exigence vise la protection des justiciables parce qu'elle leur sert à orienter leur conduite ; elle touche aussi à la nature même de l'ordre juridique : des règles de droit dont le contenu est vague ou incertain ne contribuent pas à la concrétisation d'un ordre juridique mais à la création de rapports ambigus entre les justiciables, et laissent place à des mécanismes de solution des conflits qui ne prennent pas appui sur un processus juridique.

Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>41</sup>, la Cour suprême du Canada rattache à la primauté du droit l'invalidité d'une disposition législative pour cause d'imprécision :

[...] on a adopté comme fondement logique de la théorie de l'imprécision l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Ces deux motifs ont été reliés d'une manière générale à l'ensemble de principes de gouvernement désigné comme « primauté du droit », qui forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle.

L'exigence selon laquelle le droit doit être intelligible prend un sens particulier lorsque la loi confère une discrétion aux personnes chargées de

38. Voir pour les dispositions législatives : l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2 ; l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 1 ; la *Loi sur la publication des lois*, L.R.C. (1985), c. S-21 ; et les articles 35 à 39 de la *Loi sur l'assemblée nationale*, L.R.Q., c. A-23.1.

39. Voir par exemple l'article 473 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, qui prévoit que le greffier du tribunal doit donner avis aux parties et à leurs procureurs de tout jugement contradictoire rendu après délibéré, dès que la minute en est déposée au greffe.

40. Voir par exemple l'article 756 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, qui prévoit qu'une ordonnance d'injonction interlocutoire doit dans tous les cas être signifiée à la partie adverse.

41. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 31, 632. Voir aussi *Comité pour la république du Canada c. Canada*, précité, note 8, 210.

l'appliquer. La primauté du droit empêche alors que cette discrétion puisse être exercée arbitrairement, pour un motif n'ayant aucun rapport avec la loi conférant la discrétion, les dispositions de cette dernière contenant alors les paramètres de l'intelligibilité de la discrétion à exercer. Ainsi, dans *Roncarelli c. Duplessis*<sup>42</sup>, le juge Rand déclare :

That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of desintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.

Le même principe trouverait aussi application à l'égard des tribunaux, lorsqu'ils analysent la validité d'une loi en regard des dispositions de la Constitution : leur rôle est limité par le texte de la Constitution, qui encadre la nature et la portée de la discrétion qu'il leur revient d'exercer dans ces circonstances. Dans *R. c. Morgentaler*<sup>43</sup>, le juge McIntyre écrit :

Il est essentiel de maintenir ce principe dans une démocratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp « prochoix » ou « provie », car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la *Charte*, ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n'est absolu.

L'exigence voulant que les justiciables puissent connaître les règles de droit qui s'appliquent à eux justifierait aussi la réticence à l'égard des lois rétroactives. La logique de la primauté du droit voudrait que les justiciables soient liés par les règles de droit existant au moment où ils accomplissent les actes qui sont pour eux susceptibles de conséquences juridiques. Ce principe ne semble pour l'instant avoir été reçu qu'en droit criminel. Dans *R. c. Gamble*<sup>44</sup>, la juge Wilson écrit : « Il est essentiel à tout système juridique qui

42. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 142. C'est la même idée qui est reformulée dans *Conseil canadien des églises c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1992] 1 R.C.S. 236, 250, où la Cour suprême énonce que la primauté du droit « garantit au citoyen le droit d'être protégé contre toute mesure gouvernementale arbitraire et inconstitutionnelle ».

43. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 139.

44. *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, 647. Dans *Huet c. Ministre du Revenu national*, précité, note 20, 192, la Division de première instance de la Cour fédérale a considéré que serait contraire à la primauté du droit la pratique parlementaire par laquelle une loi vient rétroactivement donner effet à un budget préalablement déposé et qui annonce des changements dans les lois fiscales, sans que les contribuables ne sachent au moment du dépôt du budget si la loi rétroactive en reprendra effectivement les dispositions : « Plus la période entre l'énoncé ministériel et l'adoption de la loi y donnant effet est longue, plus le processus est susceptible de miner le principe de la primauté du droit par l'incertitude qu'elle engendre. Le droit existant est de fait aboli sans qu'il y ait cependant

reconnaît « la primauté du droit » (voir le préambule de la *Charte*) qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. »

La possibilité pour les justiciables de connaître les règles de droit entraîne en contrepartie l'obligation de se renseigner sur le contenu des règles de droit. La primauté du droit pourrait ainsi servir de fondement au principe que nul n'est censé ignorer la loi. C'est la position prise par le juge en chef Lamer dans *R. c. Jorgensen*<sup>45</sup> :

L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité existe à titre d'exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Comme il a été souligné dans plusieurs des affaires où cette règle a été analysée, la complexité des règlements actuels permet de présumer qu'un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d'une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement essentiel de la primauté du droit. La multiplicité des règlements est un motif qui permet de créer une exception limitée à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

La séquence logique est ainsi conclue : le droit doit pouvoir être connu des justiciables, mais lorsqu'il est dûment communiqué et qu'il est intelligible, les justiciables ne peuvent prétendre l'ignorer.

#### 4. La faculté d'exercer un recours

Cette troisième condition de fondation du droit dans l'ordre social présente deux facettes : d'une part, l'État et les justiciables doivent disposer d'un recours permettant de concrétiser les règles de droit dans la réalité des choses, ils doivent pouvoir saisir un tribunal de la situation de conflit dans laquelle ils se trouvent ; d'autre part, le tribunal doit posséder l'autorité et la capacité de voir à l'application effective des règles de droit.

##### 4.1 Le droit de saisir un tribunal

Les règles de droit ont pour objet de donner une solution aux conflits qui surviennent entre les justiciables. Compte tenu du grand nombre de

---

de certitude à cet égard et le droit à venir demeure à être précisé en prenant pour acquis qu'il sera éventuellement promulgué. De toute évidence, ce processus, si nécessaire puisse-t-il être, a comme effet pratique de créer un vide juridique et est susceptible de porter une atteinte sérieuse au principe de la primauté du droit surtout comme il est accompagné d'une longue période d'attente.» La Cour fédérale a cependant décidé qu'elle ne pouvait intervenir dans ce qu'elle considère être un privilège parlementaire de l'assemblée législative, à savoir le processus budgétaire.

45. *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 77-78 ; les autres membres du banc ne se sont pas prononcés sur la question.

situations où des règles de droit sont susceptibles de recevoir application, la simple existence de règles de droit auxquelles les justiciables ont accès pour déterminer leurs droits et obligations contribue au règlement de leurs litiges. Mais les justiciables peuvent diverger d'opinion sur la portée des règles de droit ou sur leur application à la situation de conflit ; il leur arrive aussi de refuser de s'y conformer. Pour donner un sens réel aux règles de droit et les concrétiser dans la réalité des choses, la primauté du droit requiert donc que les justiciables puissent disposer d'un recours leur permettant de saisir un tribunal afin de trancher les litiges.

C'est dans la perspective de cette proposition fondamentale que doivent être analysées les diverses règles de droit qui encadrent le droit de saisir un tribunal. Elles établissent, par exemple, des délais de prescription pour l'exercice des recours. Elles définissent l'intérêt juridique requis pour intenter une procédure. Elles cherchent à éviter qu'un tribunal tranche plus d'une fois le même litige entre les mêmes parties. Elles donnent parfois aux parties la possibilité de recourir à un système privé de règlement des litiges, comme l'arbitrage. Elles sanctionnent à l'occasion les recours abusifs ou frivoles. Les règles de droit établissant les différentes modalités d'exercice des recours judiciaires doivent demeurer conformes aux exigences inhérentes à la primauté du droit.

Ainsi, le système d'arbitrage de griefs ne peut empêcher un justiciable de s'adresser aux tribunaux lorsque surgit un conflit à propos duquel ni les mesures législatives, ni la convention collective, n'offrent de recours. Dans *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*<sup>46</sup>, la juge McLachlin écrit :

Si détaillé que puisse être un régime établi par la loi pour le règlement des conflits, il reste toujours une possibilité que des événements entraînent un problème que le régime n'avait pas prévu. Il est alors important qu'il y ait un tribunal capable de résoudre ce problème, si l'on veut trouver une solution judiciaire plutôt qu'extra-judiciaire. C'est précisément pour cette raison que la common law a élaboré la notion de cours investies d'une compétence inhérente. Si l'on veut éviter que la primauté du droit ne soit réduite à un ensemble incohérent, appliqué au gré de la fantaisie, il faut qu'il y ait une entité à laquelle les parties à un conflit puissent s'en remettre lorsque les lois et les régimes établis par celles-ci ne prévoient aucun recours.

L'exercice d'un recours comporte manifestement l'accès au lieu où siège le tribunal. En confirmant le prononcé d'une ordonnance d'injonction destinée à empêcher le piquetage devant un palais de justice, le juge en

---

46. *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495, 501-502.

chef Dickson écrit, dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>47</sup> :

[...] je tiens à mettre en relief certains articles de la *Charte* qui, à mon sens, fournissent une réponse complète à quiconque cherche à retarder, à refuser ou à empêcher l'accès aux cours de justice de ce pays [...] À quoi bon des droits et libertés garantis par la *Charte* si une personne qui veut les faire respecter se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé ? Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux ? [...]

Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice.

La faculté de saisir un tribunal prend une forme particulière lorsque le justiciable poursuivi est l'État. Dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*<sup>48</sup>, la Cour suprême du Canada déclare que la primauté du droit comprend, entre autres, la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale. C'est par le contrôle judiciaire des actes de l'administration gouvernementale que les tribunaux s'assurent que le gouvernement agit conformément aux règles de droit. Dans *Immeubles Port-Louis Ltée c. Lafontaine*<sup>49</sup>, le juge Gonthier déclare :

Le principe de subordination de l'administration publique au pouvoir de surveillance des cours supérieures est la pierre angulaire du système de droit administratif canadien et québécois. Ce contrôle judiciaire est une conséquence nécessaire de la *rule of law* [...] Ces principes signifient fondamentalement que l'exercice du pouvoir public doit être contrôlé et en corollaire, que l'administré doit posséder les recours appropriés pour se protéger contre l'arbitraire. C'est à partir de ces principes que se fonde, dans notre système juridique et politique, le contrôle judiciaire des cours de justice sur l'action administrative.

La primauté du droit ne limite cependant pas aux seuls justiciables la faculté de saisir un tribunal ; les instances chargées de l'application de la loi

47. *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 228-230.

48. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 9, 806. Dans *Procureur général du Québec c. Société canadienne de métaux Reynolds Limitée*, [1993] R.J.Q. 98, 105 (C.A.), la Cour d'appel du Québec écrivait que « la primauté du droit est une règle qui assujettit le pouvoir exécutif à la loi et à l'autorité des tribunaux ». Dans *Oag c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 472, 480 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), infirmé en partie en appel sur une autre question par [1987] 2 C.F. 511 (C.A.F.), la Division de première instance de la Cour fédérale s'appuie sur la primauté du droit pour affirmer que « l'État n'est pas à l'abri de l'obligation d'accorder un redressement à un individu auquel lui-même, ses offices, ses commissions ou d'autres tribunaux ont causé un préjudice ». Toutefois, selon l'arrêt *Vanguard Coatings and Chemicals Ltd. c. M.R.N.*, [1988] 3 C.F. 560, 579 (C.A.F.), « la primauté du droit n'a jamais été considérée comme incluant un droit d'appel ».

49. *Immeubles Port-Louis Ltée c. Lafontaine*, [1991] 1 R.C.S. 326, 360.

doivent aussi en bénéficier. En effet, la mise en application d'une partie des règles de droit, tel le droit criminel ou réglementaire, incombe aux autorités gouvernementales, à la différence d'une grande partie des règles de droit, comme les règles du droit privé, dont la mise en œuvre dépend de l'initiative des justiciables touchés. Ce n'est pas en tant que justiciable que l'État voit à l'application de telles règles de droit, mais dans le rôle constitutionnel réservé à la fonction exécutive. Les règles de droit de cette nature demeurent lettre morte si l'État ne peut contraindre les justiciables visés à s'y conformer.

La primauté du droit implique donc que l'État puisse librement poursuivre les justiciables lorsqu'il estime qu'il y a contravention à des dispositions législatives qu'il est chargé d'appliquer, et ce, sans que les tribunaux ne remettent en cause la décision d'intenter de telles poursuites. Dans *R. c. Power*<sup>50</sup>, la juge L'Heureux-Dubé écrit : « Il est évident qu'en principe et en règle générale, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela paraît clairement aller de pair avec le respect du partage des pouvoirs et de la primauté du droit. »

Tant celui qui veut poursuivre pour son intérêt privé que l'État qui poursuit au nom de l'intérêt collectif doivent ainsi disposer d'un recours pour concrétiser les règles de droit qui forment l'ordre juridique.

#### 4.2 L'autorité des tribunaux

La valeur des principes qui sous-tendent la primauté du droit culmine à l'étape de la concrétisation des règles de droit par les tribunaux. Le droit acquiert alors sa force contraignante à l'égard des justiciables, et cette contrainte représente la caractéristique dominante d'un système juridique. La réalité et l'efficacité des règles de droit dépendent donc nécessairement de l'autorité du système judiciaire qui les exprime et leur donne effet<sup>51</sup>.

Ainsi, il ne fait pas de doute que la primauté du droit protège l'existence même des tribunaux. Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*<sup>52</sup>, la juge McLachlin l'invoque à l'égard des tribunaux dont le gouverneur général nomme les juges :

50. *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 621. Cependant, la primauté du droit veut que ce soit aux tribunaux, et non au pouvoir exécutif ou au pouvoir législatif, qu'il revient de décider de la culpabilité d'un accusé et de la peine à lui imposer, le cas échéant : *R. c. Campbell*, [1995] 2 W.W.R. 469, 498 (Q.B. Alb.), appel rejeté par [1995] 8 W.W.R. 747 (C.A. Alb.).

51. Le juge en chef Lamer écrit ainsi dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995), précité, note 3, 753, que les cours supérieures provinciales « constituent le fondement de la primauté du droit ».

52. *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, 232.

La présence, dans l'ensemble du pays, d'une magistrature nommée et rémunérée par le gouvernement fédéral a servi d'élément unificateur au Canada au cours des années qui ont suivi. De fait, il est possible d'affirmer que cette présence, garantie par la Constitution, est l'une des protections fondamentales de la primauté du droit au Canada.

Reconnaître que l'existence des tribunaux est garantie par le principe de la primauté du droit entraîne certaines conséquences. Un tribunal sans pouvoirs et sans autorité ne pourrait servir adéquatement la primauté du droit. Le juge en chef Lamer écrit, dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995)<sup>53</sup>, que « la compétence fondamentale des cours supérieures provinciales comprend les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit ». Les tribunaux doivent donc disposer au minimum de certaines pouvoirs, encore largement indéfinis, que l'on ne peut altérer sans compromettre la vigueur même du principe de la primauté du droit. Selon l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*<sup>54</sup>, le pouvoir de punir pour outrage au tribunal en ferait partie :

Tant l'outrage civil au tribunal que l'outrage criminel au tribunal reposent sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. La primauté du droit est le fondement de notre société ; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû. Pour ce faire, les tribunaux ont, depuis le XII<sup>e</sup> siècle, exercé le pouvoir de punir pour outrage au tribunal.

Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*<sup>55</sup>, la Cour suprême du Canada appuie sur le même principe le pouvoir d'un tribunal de régir la publicité des débats en justice et d'exclure le public d'une procédure pénale. La primauté du droit pourrait aussi garantir les pouvoirs d'enquête d'un tribunal, par exemple ceux reliés à l'assignation et

53. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995), précité, note 3, 754. Ces propos ont été repris par la Cour supérieure du Québec dans *Bertrand c. Bégin*, [1996] R.J.Q. 2393, 2399 (C.S.).

54. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, 931. Voir aussi *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, 1075 ; *Paul Magder Furs Ltd. c. Procureur général de l'Ontario*, (1992) 94 D.L.R. (4th) 748, 755 (C.A. Ont.). Dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995), précité, note 3, 753-754, le juge en chef Lamer est d'avis que le pouvoir de punir pour outrage au tribunal commis en dehors des audiences du tribunal ne peut être retiré aux tribunaux dont l'existence est garantie par la primauté du droit.

55. *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, 502-503. Dans la même veine, la primauté du droit devrait logiquement servir aussi de justification au pouvoir des assemblées législatives d'exclure des personnes de l'enceinte parlementaire, bien que ce principe n'ait pas été invoqué dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Président de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse*, [1993] 1 R.C.S. 319.

à l'audition des témoins. En effet, pour concrétiser les règles de droit dans la réalité d'un conflit entre des justiciables, le tribunal doit disposer des moyens lui permettant de connaître les faits pertinents par rapport à leur application. Dans *R. c. Carosella*<sup>56</sup>, la Cour suprême du Canada confirme l'arrêt de la procédure contre un accusé, parce qu'un organisme public avait détruit des documents susceptibles de l'aider à préparer une défense pleine et entière ; le juge Sopinka écrit :

Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis.

La force obligatoire des jugements définit aussi la mesure de l'autorité des tribunaux. L'exécution des jugements représente l'aboutissement ultime du processus constitutif de l'ordre juridique qui commence par l'élaboration des règles de droit. Dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995)<sup>57</sup>, le juge en chef Lamer écrit ainsi que, pour assurer le maintien de la primauté du droit, « il doit exister un système judiciaire qui peut garantir l'exécution de ses ordonnances ».

L'impossibilité de remettre en question ce qui fait l'objet d'un jugement et la façon dont le litige a été définitivement tranché prend aussi sa source dans la primauté du droit. Les règles de droit abstraites que formulent les dispositions législatives trouvent leur accomplissement dans des jugements qui établissent leur signification concrète. Pour les justiciables visés, le jugement réalise l'ordre juridique qui n'a plus, dès lors, à être remis en cause. Le principe de la chose jugée pourrait ainsi potentiellement trouver sa source dans la primauté du droit. Dans *R. c. Litchfield*<sup>58</sup>, la Cour suprême

56. *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 114.

57. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1995), précité, note 3, 753 ; ces propos ont été repris dans *Cooper c. Commission des droits de la personne du Canada*, [1996] 3 R.C.S. 854, 872.

58. *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, 349. Voir aussi *R. c. Domm*, précité, note 25, 547. Dans *Desroches c. Paquette*, [1988] R.J.Q. 2179, 2182 (C.S.), la Cour supérieure du Québec écrivait que « l'une des composantes de la règle de droit est, sans contredit, l'autorité des décisions judiciaires ». Dans *Commission des droits de la personne du Canada c. Canadian Liberty Net*, [1996] 1 C.F. 787, 796 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale justifiait par le principe de la primauté du droit le pouvoir des tribunaux de sanctionner



du Canada invoque la primauté du droit comme fondement de la règle interdisant les attaques indirectes contre les décisions judiciaires :

La règle repose sur un solide raisonnement : elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu'ils [sic] ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l'ordonnance. De plus, [TRADUCTION] « l'administration ordonnée et pratique de la justice » exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d'être annulées en appel.

L'autorité des tribunaux ne dépend pas uniquement des pouvoirs que le système juridique met à leur disposition, mais aussi de la dignité et de l'intégrité de ceux qui exercent ces pouvoirs. En contrepartie de la garantie de tels pouvoirs, la primauté du droit exige que les tribunaux n'outrepassent pas leur compétence<sup>59</sup> et que certaines règles destinées à assurer la confiance des justiciables dans le système judiciaire gouvernent la conduite des juges. Dans *Ruffo c. Conseil de la magistrature*<sup>60</sup>, le juge Gonthier reconnaît ainsi « la nécessité qu'il existe au sein de la magistrature des normes de conduite conçues pour soutenir la confiance que place le justiciable en cette dernière et ceci, pour assurer la permanence de la règle de droit telle qu'elle s'exprime aujourd'hui ».

## Conclusion

La primauté du droit n'explique pas pourquoi le droit devrait occuper une place prépondérante dans la résolution des conflits entre les justiciables, ni dans quelles circonstances l'utilisation d'autres mécanismes lui serait socialement préférable. Il revient aux justiciables et à l'État de décider de se prévaloir des mécanismes que le droit met à leur disposition, en fonction de considérations qui dépassent le cadre du droit.

Au surplus, au-delà de la formulation des conditions nécessaires à la fondation du droit dans l'ordre social, la primauté du droit ne fournit pas d'indications quant au contenu des règles de droit, ni quant à la façon de résoudre les conflits entre justiciables. Elle donne toutefois une assise au

---

par l'outrage au tribunal la contravention à une ordonnance d'injonction, même dans le cas où l'ordonnance d'injonction est ultérieurement déclarée invalide : « Notre système juridique est enraciné dans le principe de la primauté du droit. Il est donc clair que lorsqu'un tribunal rend une ordonnance, il faut obéir à cette ordonnance même s'il s'avère, pour quelque raison, qu'elle a été rendue par erreur. Il en est ainsi parce qu'il y a en jeu plus que la simple question de la validité d'une ordonnance donnée. Ce qui est en jeu, ce sont l'intégrité et l'autorité mêmes des institutions judiciaires du Canada. » Voir aussi *R. c. Curragh Inc.*, [1997] R.C.S. 537, 581-2.

59. *Idziak c. Ministre de la Justice du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 631, 644.

60. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, 332.

pouvoir décisionnel de ceux qui, selon les variations politiques qui surviennent dans une société, façonnent le droit selon leur conception de l'équité.

Le rôle fondamental de la primauté du droit est plutôt de mettre en place les conditions nécessaires pour assurer la réussite du droit comme mécanisme de résolution des conflits entre justiciables. La primauté du droit donne un sens aux règles de droit qui forment l'ordre juridique et justifie ainsi l'autorité du droit dans la société. Il faut donc construire l'ordre juridique dans la perspective fournie par la primauté du droit et maintenir la cohérence des règles de droit avec le principe premier qui détermine leur influence.