

**Déclarations d'inconstitutionnalité :
Coup d'œil sur la perspective canadienne**

Suzanne Côté

Juge à la Cour suprême du Canada

Monsieur le Juge en chef Wagner,
Monsieur le président Meyer,
Chers collègues,
Chers participants,

C'est un grand plaisir de me joindre à vous aujourd'hui et d'avoir l'occasion de vous donner un aperçu de la perspective canadienne sur les déclarations d'invalidité en tant que remède constitutionnel. Au Canada, le pouvoir des tribunaux de déclarer des lois constitutionnellement invalides fait partie de notre tradition juridique depuis la naissance du pays. L'existence de ce remède n'est pas en soi controversée. En revanche, les modalités de telles déclarations, et notamment l'opportunité d'en suspendre la prise d'effet, soulèvent des questions épineuses. Des questions qui mettent en cause le rôle respectif des pouvoirs législatif et judiciaire, dans une démocratie constitutionnelle.

Dans mon exposé, je vais vous entretenir brièvement des fondements du contrôle de constitutionnalité en droit canadien, avant de faire état du débat entourant plus particulièrement la suspension temporaire des déclarations d'invalidité, une pratique qui est désormais employée assez couramment par les tribunaux, y compris par la Cour suprême du Canada. Comme je l'expliquerai cependant, notre Cour s'est montrée un peu plus réticente à ce chapitre dans la dernière année, ce qui permet à certains de penser – et même d'espérer – un changement de philosophie.

D'abord, quelques rappels sur le contrôle de constitutionnalité au Canada. Le régime politique canadien en est un de suprématie constitutionnelle, de telle sorte que les actes du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux et territoriaux doivent être conformes à la Constitution. Lorsque

l'un des ordres de gouvernement outrepasser ses pouvoirs constitutionnels, il incombe aux tribunaux – et ultimement à la Cour suprême du Canada – de s'assurer que la Constitution ait préséance.

En pratique, le devoir des tribunaux de faire respecter la Constitution se traduit le plus souvent par une déclaration constatant l'invalidité de la loi, ou d'une partie de la loi, contestée. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982, ce contrôle de constitutionnalité repose sur l'article 52 de cette loi, qui prévoit que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

Comme certains d'entre vous le savez peut-être, c'est cette loi constitutionnelle de 1982 qui inclut la Charte canadienne des droits et libertés, ainsi qu'une disposition qui garantit les droits des peuples autochtones. Avant son entrée en vigueur en 1982, le contrôle de constitutionnalité découlait de la suprématie des lois impériales britanniques, notamment de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 qui répartit les compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales.

Pendant la majeure partie de l'histoire constitutionnelle canadienne, il allait de soi qu'une déclaration d'invalidité avait un effet immédiat. Dès qu'un tribunal constatait l'invalidité d'une disposition législative, celle-ci était considérée comme absolument nulle et inopérante. D'ailleurs, les textes constitutionnels canadiens ne prévoient expressément aucun mécanisme autorisant les tribunaux à suspendre temporairement la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité.

En fait, c'est seulement en 1985, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, que la Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois que les tribunaux pouvaient exceptionnellement suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, et donc permettre à une loi inconstitutionnelle de demeurer opérante pendant une certaine période de temps.

Il faut dire que l'affaire était véritablement exceptionnelle. Dans le cadre de ce renvoi, la Cour suprême a conclu que toutes les lois de la province du Manitoba adoptées depuis près d'un siècle étaient invalides parce qu'elles étaient rédigées en anglais seulement, contrairement aux exigences de bilinguisme de la Constitution. Cependant, la Cour, estimant que la

primauté du droit ne pouvait tolérer un vide juridique total, a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour donner le temps à la législature de traduire, d'adopter de nouveau ses lois, de les imprimer et de les publier, en version française cette fois.

Ce qui était initialement conçu comme une mesure d'exception est devenue par la suite une pratique passablement courante. Les tribunaux ont en effet développé graduellement l'habitude de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, généralement pour une période de douze mois, afin que le législateur puisse modifier sa loi de façon à la rendre conforme à ses obligations constitutionnelles. Selon une recension datant de 2016, notre Cour, à elle seule, aurait eu recours une quarantaine de fois à de telles mesures suspensives.

Le développement de cette pratique a connu plusieurs phases dans la jurisprudence canadienne. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada* de 1992, la Cour a d'abord expliqué qu'une suspension pouvait être indiquée dans trois situations non exhaustives : premièrement, en cas de danger pour le public ; deuxièmement, en cas de menace pour la primauté du droit ; et troisièmement, lorsque l'invalidation de la loi priverait certaines personnes du bénéfice de la loi, sans profiter à celles dont les droits ont été enfreints. C'est d'ailleurs ce troisième scénario qui était en cause dans l'affaire *Schachter*, puisque la loi contestée accordait des prestations de maternité et de paternité plus généreuses aux parents adoptifs qu'aux parents biologiques, et ce, en violation du droit à l'égalité. La Cour aurait trouvé inapproprié de simplement déclarer la loi invalide, ce qui aurait fait perdre à tous les parents concernés le droit à une prestation.

Subséquentement, cependant, les tribunaux ont cessé de justifier la suspension d'une déclaration d'invalidité sur la base de l'une ou l'autre des situations dont fait état l'arrêt *Schachter*. Les motifs légitimant une mesure suspensive se sont pour ainsi dire multipliés. On a invoqué notamment la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard du législateur, particulièrement lorsque plusieurs moyens s'offrent à lui pour remédier à une violation constitutionnelle.

En ce sens, ces mesures suspensives refléteraient ce que certains observateurs appellent la théorie du dialogue, selon laquelle la définition et la portée des droits constitutionnels doivent faire l'objet d'une forme de discussion,

d'échange, entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Cette théorie du dialogue repose sur l'idée que, bien que les tribunaux soient les gardiens ultimes de la Constitution, les élus sont souvent en meilleure posture pour traduire certains droits constitutionnels en mesures législatives concrètes.

Certains auteurs sont sceptiques quant à cette approche. En effet, une déclaration d'invalidité immédiate n'empêche pas le législateur d'adopter par la suite un régime législatif qui réponde à ses préoccupations, dans la mesure bien sûr où ce régime respecte les exigences de la Constitution. De ce point de vue, il ne serait pas essentiel de suspendre la déclaration d'invalidité pour laisser au législateur une certaine marge de manœuvre, sur le plan politique, pour réagir et s'adapter à la décision des tribunaux.

Dans la dernière décennie, deux décisions importantes de la Cour suprême ont ravivé le débat sur l'inclusion de mesures suspensives. D'abord, en 2013, dans l'arrêt *Bedford*, la Cour a invalidé des articles du Code criminel qui interdisaient certaines activités liées à la prostitution parce que ces dispositions portaient atteinte au droit à la sécurité des travailleuses du sexe. La déclaration a cependant été suspendue pour une période d'un an afin de permettre au Parlement d'adopter une nouvelle législation, au motif que l'absence d'encadrement de la prostitution susciterait « de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens ».

En 2015, dans le premier arrêt *Carter* (notre arrêt concernant l'aide médicale à mourir), la Cour a invalidé les dispositions du Code criminel qui avaient pour effet de prohiber l'aide médicale à mourir en toutes circonstances. Dans cette affaire, la Cour a suspendu la déclaration pour un an, sans toutefois offrir de justification. Je n'ai pas pris part à cette décision, mais on peut penser que la Cour préférerait laisser le Parlement préciser les balises du droit à l'aide médicale à mourir, compte tenu de la complexité de la question et des inquiétudes quant à de possibles abus.

Comme je le mentionnais, les mesures suspensives dans *Bedford* et *Carter* ont suscité une certaine controverse. Pour plusieurs observateurs, de simples « inquiétudes » ne devraient pas justifier, en elles-mêmes, de perpétuer une violation constitutionnelle – même temporairement – à moins qu'un véritable danger pour le public ne soit démontré.

Le dossier *Carter* a eu une suite, en quelque sorte, parce que le Parlement fédéral n'a pas réussi à légiférer sur l'aide médicale à mourir dans le délai d'un an fixé par la Cour, notamment en raison de la tenue d'une élection

fédérale. Le procureur général du Canada a par conséquent demandé, par requête, la prolongation de la suspension pour une période de six mois. La Cour l'a accordée pour une période de quatre mois, mais a pris soin de rappeler qu'une telle suspension est « une mesure extraordinaire, car elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi inconstitutionnelle, en violation des droits constitutionnels des membres de la société canadienne ». En outre, la Cour a assorti la suspension d'un mécanisme d'exemption constitutionnelle, permettant à certains patients de s'adresser à un tribunal afin d'obtenir le droit, sur une base exceptionnelle, de bénéficier d'une aide médicale à mourir.

Notre Cour suprême s'est récemment montrée plus exigeante à l'égard de la suspension d'une déclaration d'invalidité, en insistant sur le fait qu'une telle mesure devait demeurer véritablement exceptionnelle. Dans l'arrêt *Boudreault*, rendu à la fin de l'année 2018, la Cour a invalidé les dispositions du Code criminel qui imposaient automatiquement aux personnes déclarées coupables d'une infraction criminelle de payer une suramende mandatoire pour financer les services de soutien aux victimes. La majorité de la Cour a conclu que la suramende constituait une « peine cruelle et inusitée » au sens de l'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés, et donc inconstitutionnelle, pour les contrevenants vivant dans la pauvreté.

Au terme de sa décision, la Cour a refusé d'accorder une mesure suspensive, du fait que l'État n'avait pas satisfait à « la norme rigoureuse qui exige de démontrer qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit ». La Cour a ainsi réaffirmé les critères rigoureux qui avaient été adoptés au début des années 90. D'une certaine manière, c'est un rappel qu'il n'y a rien de banal à laisser subsister une violation constitutionnelle, ne serait-ce que pour un laps de temps limité.

Il sera intéressant de voir si les tribunaux canadiens se montreront désormais plus circonspects dans leur emploi de mesures suspensives. Du moins, on peut penser que les juges seront portés à motiver davantage leurs décisions à cet égard, ce qui est sans doute souhaitable compte tenu des enjeux.

Ce n'est certainement pas le dernier mot sur la question, cependant. Dans la mesure où ce débat met en cause le difficile équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire, il n'y a pas de réponse simple ou idéale. Chose certaine, je suis heureuse d'avoir cette occasion d'en discuter avec vous et d'en apprendre un peu plus sur les approches retenues dans d'autres juridictions.