

LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Han-Ru Zhou

Volume 45, numéro 1-2, 2015

Ateliers de droit constitutionnel en l'honneur de Marie Deschamps

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105804ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9926>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Zhou, H.-R. (2015). LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 45(1-2), 235–271. <https://doi.org/10.17118/11143/9926>

Résumé de l'article

La présente étude examine le principe constitutionnel dit « non écrit » ou implicite de l'indépendance judiciaire dans une perspective comparée. L'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sur la base de tels principes n'est pas unique au contexte canadien. En effet, depuis plus d'un demi-siècle, le Comité judiciaire du Conseil privé examine la conformité de lois à des principes constitutionnels implicites dans des affaires provenant de pays du Commonwealth ayant adopté, comme au Canada, une Constitution basée sur le « modèle de Westminster ». Cette jurisprudence du Conseil privé suggère que la position de la Cour suprême est loin d'être aussi exceptionnelle qu'on aurait pu initialement le croire. La jurisprudence de la Cour suprême s'inscrit plutôt dans un courant plus global au sein du Commonwealth permettant le recours à des principes constitutionnels implicites, en particulier l'indépendance judiciaire et la séparation des pouvoirs, dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. L'analyse comparée proposée aurait fourni à la Cour suprême un appui additionnel considérable à sa position concernant la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire.

LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

par Han-Ru ZHOU *

La présente étude examine le principe constitutionnel dit « non écrit » ou implicite de l'indépendance judiciaire dans une perspective comparée. L'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sur la base de tels principes n'est pas unique au contexte canadien. En effet, depuis plus d'un demi-siècle, le Comité judiciaire du Conseil privé examine la conformité de lois à des principes constitutionnels implicites dans des affaires provenant de pays du Commonwealth ayant adopté, comme au Canada, une Constitution basée sur le « modèle de Westminster ». Cette jurisprudence du Conseil privé suggère que la position de la Cour suprême est loin d'être aussi exceptionnelle qu'on aurait pu initialement le croire. La jurisprudence de la Cour suprême s'inscrit plutôt dans un courant plus global au sein du Commonwealth permettant le recours à des principes constitutionnels implicites, en particulier l'indépendance judiciaire et la séparation des pouvoirs, dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. L'analyse comparée proposée aurait fourni à la Cour suprême un appui additionnel considérable à sa position concernant la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire.

This article examines the « unwritten » or implied constitutional principle of judicial independence from a comparative perspective. The exercise of judicial review on the basis of such principles is not unique to the Canadian context. Indeed, for more than half a century, the Judicial Committee of the Privy Council has been examining the conformity of laws to implied constitutional principles in cases from Commonwealth countries which, as in Canada, have adopted a Constitution based on the “Westminster Model”. This Privy Council case law suggests that the position of the Supreme Court is far from being as exceptional as one would have initially thought. Rather, the Supreme Court case law fits with a more global trend within the Commonwealth of using implied constitutional principles, in particular judicial independence and the separation of powers, in conducting judicial review of legislation. It follows that the proposed comparative analysis would have provided the Supreme Court significant support for its position regarding the constitutional extent of the principle of judicial independence.

*. Professeur adjoint (droit public), Faculté de droit, Université de Montréal. Je tiens à remercier Martine Valois et les deux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur ce texte ainsi que Judith Cardin Poissant pour son aide dans la recherche. Des versions antérieures de ce texte ont été présentées dans le cadre du Young Comparativist Committee Conference de l'American Society of Comparative Law à l'Université de l'Indiana et du cycle d'ateliers en droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dont je remercie les participants pour leurs commentaires. Ce projet de recherche a été financé par le Fonds Georg Stellari de l'Université de Montréal. [han-ru.zhou@umontreal.ca]

SOMMAIRE

Introduction	237
1. L'indépendance judiciaire en tant que motif de contrôle judiciaire des lois	240
2. La pertinence de la common law comparée en droit constitutionnel	249
2.1. L'unité de la common law.....	251
2.2. Le modèle de Constitution de Westminster	255
3. L'opportunité du recours à la common law comparée en contexte canadien	261
Conclusion	266

Introduction

Comme le souligne la juge Deschamps en introduction à la présente série d'études en droit constitutionnel, la Cour suprême du Canada est probablement l'une des cours suprêmes nationales les plus ouvertes à l'utilisation du droit comparé dans l'élaboration de ses jugements¹, en particulier du droit des pays du Commonwealth ayant adopté le système de common law. Ainsi, on a déjà observé que :

the Supreme Court of Canada consistently looks to the law of other nations for guidance and inspiration. In fact, the Supreme Court of Canada's use of foreign law has not diminished with the establishment of a uniquely Canadian body of law, but rather has increased in frequency and diversity. [...] Foreign law appears in the entire range of cases that fall within the Court's jurisdiction. [...]

Foreign law is so common in Canadian Supreme Court decisions that it is difficult to find general statements regarding the use, relevance or value of such authorities; comparative judicial reasoning is integral to the Court's methodology.²

Bien que cette ouverture des juristes canadiens envers le droit comparé soit solidement ancrée dans la tradition juridique canadienne, certains auteurs ont laissé entendre qu'il y aurait une récente tendance judiciaire vers une diminution du recours au droit comparé. Sur la base d'études empiriques de citations de la Cour suprême de précédents étrangers publiées en 2009 et 2010, Peter McCormick a notamment observé un moindre intérêt des « membres de la Cour récemment nommés » à l'endroit du droit comparé³. Selon McCormick, ses études montrent aussi une diminution constante de la proportion des citations de précédents

-
1. Voir Marie DESCHAMPS, « Introduction » dans cette revue.
 2. Sarah K. HARDING, « Comparative Reasoning and Judicial Review », (2003) 28 *Yale J. Int'l L.* 409, 411 et 413.
 3. Peter MCCORMICK, « Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations », (2009-2010) 41 *R.D. d'Ottawa* 209, 241.

étrangers au cours des dernières décennies. Par exemple, en divisant les périodes d'étude selon les mandats des trois derniers juges en chef de la Cour suprême, l'auteur note que la proportion des citations provenant des deux juridictions les plus souvent consultées, soit l'Angleterre et les États-Unis, est respectivement passée de 16,6 % (période Dickson) à 9,4 % (période Lamer) à 6,1 % (période McLachlin 2000-2008) et de 7,2 % à 5,6 % à 3,5 %. Pendant ces mêmes périodes, la proportion des citations canadiennes a grimpé de 74,2 % à 83,3 % à 88,8 %⁴.

Malgré les limites des conclusions pouvant être tirées d'études empiriques de la nature de celles faites par McCormick, celles-ci semblent trouver un certain appui dans la doctrine. Ainsi, dans une étude du recours au droit comparé à la Cour suprême au cours de l'année 2008, Adam Dodek parle d'un « recours limité et [d']opportunités manquées »⁵. Essentiellement, ce dernier note qu'au cours de cette année, la Cour suprême n'a eu recours au droit comparé que dans deux dossiers connexes. Dans ces deux dossiers, l'étude comparée n'a été l'affaire que d'un seul juge et (principalement) d'une seule juridiction, en l'occurrence les États-Unis⁶. Le point de vue de McCormick semble aussi trouver un écho chez le juge Bastarache. Dans un article publié peu après sa retraite de la Cour suprême, ce dernier va même jusqu'à avancer que :

Many commentators have observed that the changing nature of judicial decision-making is characterized by an increased willingness on the part of judges to refer to and apply foreign sources of law when they interpret domestic law. [...] I still believe that the influence of judicial borrowing in Canada is overstated by some.⁷

-
4. *Id.*, 217. Voir aussi Peter MCCORMICK, « American Citations and the McLachlin Court: An Empirical Study », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 83.
 5. Adam DODEK, « Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008: Limited Engagement and Missed Opportunities », (2009) 47 *S.C.L.R.*(2^e) 445.
 6. *Id.*, 473.
 7. Michel BASTARACHE, « How Internationalization of the Law Has Materialized in Canada », (2009) 59 *R.D.U.N.-B.* 190, 196.

Pour le juge Bastarache, le phénomène de l'« internationalisation » n'aurait eu à ce jour qu'un effet minimal sur la jurisprudence de la Cour⁸.

La présente étude se veut un exemple concret de la pertinence de l'analyse comparée en contexte constitutionnel canadien. Pour ce faire, nous examinerons dans une perspective comparée l'une des questions parmi les plus controversées en droit constitutionnel canadien : l'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sur la base de principes constitutionnels dits « non écrits » ou implicites, plus particulièrement l'indépendance judiciaire. Du point de vue juridique, cette forme de contrôle judiciaire est controversée dans la mesure où, selon ses opposants, elle entre directement en conflit avec l'autorité législative. Plusieurs juristes y voient en fait la situation dans laquelle une loi serait invalidée ou écartée même si elle ne contrevenait à aucune disposition de la Constitution. Selon Peter Hogg, un tel exercice de contrôle judiciaire est contraire à la position traditionnellement acceptée en droit canadien selon laquelle le contrôle judiciaire de la loi doit être basé *exclusivement* sur les termes de la Constitution⁹. Pour Hogg, les juristes canadiens tiennent pour acquis que : « only the actual text of the Constitution [...] creates enforceable rights and obligations »¹⁰.

Pourtant, à partir du milieu des années 1980, la Cour suprême exerçait déjà un contrôle judiciaire des lois dont on alléguait qu'elles violaient non seulement des dispositions de la Constitution, mais aussi un principe général d'indépendance judiciaire, lequel n'était pas spécifiquement prévu dans la Constitution. Cependant, ce débat entourant l'application d'un principe constitutionnel d'indépendance judiciaire n'est pas unique au contexte canadien. En effet, au moins dès les années 1960, le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné la conformité de lois à

8. *Id.*, 204.

9. Peter W. HOGG, « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 87, 102 et 113.

10. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2007, p. 15-52.

des principes constitutionnels implicites dans des pourvois provenant de pays du Commonwealth ayant adopté une Constitution basée sur le « modèle de Westminster ». Le présent article défendra le caractère persuasif en contexte canadien de cette jurisprudence du Conseil privé.

Pour procéder à l'étude du droit comparé, il convient d'abord de situer le débat en contexte canadien. À cette fin, la première partie consistera en un survol de l'interprétation faite par la Cour suprême de la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire. Ce survol a pour but d'étayer la proposition selon laquelle l'indépendance judiciaire peut être employée et a été employée par les tribunaux canadiens comme motif de contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir législatif. Dans la seconde partie, nous soutiendrons que, dans les juridictions de common law, le recours au droit constitutionnel comparé par les tribunaux est enraciné dans l'histoire et la tradition, et peut être expliqué de façon cohérente par la nature et la structure de la common law ainsi que par la décision des anciennes colonies de conserver le système de common law après leur indépendance à travers l'adoption d'une Constitution basée sur le modèle de Westminster. Finalement, la troisième partie posera un regard sur l'apport de la common law comparée dans l'analyse du principe d'indépendance judiciaire comme motif d'exercice du contrôle judiciaire en droit canadien. Nous concluons en suggérant que la Cour suprême du Canada aurait pu trouver un appui additionnel considérable à sa position concernant la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire si elle avait pris en considération la common law comparée pertinente.

1. L'indépendance judiciaire en tant que motif de contrôle judiciaire des lois

En droit canadien, le principe de l'indépendance judiciaire est une notion difficile à cerner. L'une de ces difficultés provient sans doute de la nature tant politique que juridique de ce principe. D'une part, la Cour suprême du Canada fait souvent référence à l'indépendance judiciaire en tant que valeur « fondamentale » ou

« constitutionnelle »¹¹, servant notamment à préserver d'autres valeurs constitutionnelles fondamentales : « la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes »¹². D'autre part, l'indépendance judiciaire est devenue un principe *juridique* dans la mesure où elle est partiellement reconnue dans la Constitution, principalement aux art. 96-101 L.C. 1867 et à l'art. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et a fait l'objet d'applications jurisprudentielles.

Cette partie présente un survol de la jurisprudence concernant l'indépendance judiciaire en tant que motif d'exercice du contrôle judiciaire. Presque tous les arrêts examinés dans cette partie demeurent controversés et ont soulevé de nouvelles incertitudes quant à la portée du pouvoir législatif. Cependant, c'est dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* que l'on retrouve l'analyse judiciaire la plus élaborée quant à la portée constitutionnelle du principe d'indépendance judiciaire. Par conséquent, nous expliquerons le raisonnement judiciaire dans ce jugement avant de démontrer que la jurisprudence de la Cour suprême subséquente à cet arrêt l'a appliqué et continue de l'appliquer.

Dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, la Cour suprême a entendu une série d'appels provenant de trois provinces. Un groupe d'appellants a soutenu que les lois de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard réduisant la rémunération et les avantages des juges de leurs cours provinciales respectives ont eu pour résultat que ces cours n'étaient plus indépendantes. Dans un autre appel, la Manitoba Provincial Judges Association a contesté, sur la même base constitutionnelle, la réduction de salaire de ses juges

11. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 685 et 702; *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 76; *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 111; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 34.

12. *R. c. Beauregard*, préc., note 11, 70. Voir aussi *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 123; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 33.

promulguée par une loi provinciale. Les appelants ont basé leurs contestations constitutionnelles sur l'art. 11*d*) de la Charte¹³.

La principale difficulté dans ces affaires concernait le fait que le niveau d'indépendance judiciaire garanti par les dispositions pertinentes de la Constitution a une portée limitée, de sorte qu'a priori, la Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 11*d*) de la Charte sont largement inapplicables aux cas en l'espèce. Dans l'extrait suivant de son jugement majoritaire, le juge en chef Lamer reconnaît d'ailleurs cette réalité :

un examen plus approfondi révèle des limites sérieuses à l'argument que les dispositions expresses de la Constitution codifient de façon exhaustive et définitive la protection de l'indépendance de la magistrature. Le premier problème, et aussi le plus grave, est que l'éventail des tribunaux dont l'indépendance est protégée par les dispositions écrites de la Constitution comporte des lacunes importantes. Par exemple, les art. 96 à 100 ne protègent que l'indépendance des juges des cours supérieures, de district et de comté [...] De plus, les art. 96 à 100 ne s'appliquent pas aux tribunaux inférieurs dont les juges sont nommés par les provinces, savoir les cours provinciales. [...] le champ d'application de l'al. 11*d*) est lui aussi expressément limité -- la protection qu'il énonce ne s'étend qu'aux tribunaux exerçant une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation. En conséquence, quand ces cours exercent une juridiction civile, il ne semble pas que leur indépendance soit garantie. L'indépendance des cours provinciales qui siègent en matière familiale, par exemple, ne bénéficierait pas de la protection constitutionnelle. Celle des cours supérieures, par contraste, quand elles entendent le même genre d'affaires, en bénéficierait.¹⁴

Conséquemment, la Cour aurait pu d'emblée rejeter les portions des recours basés sur la Charte qui ne découlaient pas d'un contexte

13. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 82.

14. *Id.*, par. 85 et 86.

pénal au motif que l'art. 11*d*) ne s'applique pas hors du domaine pénal. Or, le juge en chef Lamer invoque plutôt un principe constitutionnel implicite ou non écrit d'indépendance judiciaire comme principal fondement juridique à sa décision selon laquelle les législateurs provinciaux ne pouvaient adopter une loi modifiant la rémunération des juges « dans le cadre d'une mesure globale d'économie des deniers publics » sans avoir préalablement consulté une commission d'examen de la rémunération des juges. Au nom de ce même principe, la Cour invalide aussi les dispositions législatives albertaines autorisant le ministre de la Justice à désigner les jours d'audience de la cour et le lieu de résidence des juges, et la disposition législative du Manitoba autorisant le gouvernement à retirer du personnel des palais de justice par l'octroi de congés sans solde.

Le juge La Forest a rendu une opinion dissidente. Selon lui, toutes les garanties constitutionnelles doivent « tire[r] en réalité leur origine de dispositions précises de la Constitution »¹⁵. Dans la mesure où de telles garanties ne peuvent résulter « des mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle »¹⁶, les tribunaux ne peuvent les invoquer pour invalider une loi. Bien que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* affirme que la constitution canadienne repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », il n'existe pas de précédent anglais selon lequel les tribunaux peuvent invoquer l'indépendance judiciaire (ou tout autre principe juridique) afin d'invalider une loi. En Angleterre, le Parlement est l'autorité suprême. Par conséquent, le constituant n'a jamais eu l'intention que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ou toute autre partie de la Constitution du Canada au sens de l'art. 52 L.C. 1982) reconnaisse l'existence en droit canadien d'un principe constitutionnel général d'indépendance judiciaire issu du droit anglais. Pour le juge La Forest :

[l]es dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le Juge en chef, « l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le

15. *Id.*, par. 303.

16. *Id.*, par. 319.

préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ». Au contraire, ils sont la Constitution. Affirmer autre chose c'est subvertir le fondement démocratique du contrôle judiciaire.¹⁷

Ainsi, les juges majoritaires auraient eu tort d'invoquer le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* au soutien du caractère constitutionnel de l'indépendance judiciaire et n'auraient pas correctement pris en compte les implications du principe de la souveraineté parlementaire en Angleterre et au Canada.

Il convient de souligner que le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* n'est pas le premier arrêt canadien d'importance en matière d'indépendance judiciaire. Avant 1997, plusieurs arrêts avaient discuté de divers aspects de l'indépendance judiciaire, dont ses effets juridiques à l'égard de la loi. À notre avis, cette jurisprudence, comme la jurisprudence subséquente au renvoi de 1997, est conforme à l'interprétation faite par le juge en chef Lamer dans ce renvoi.

Dans l'arrêt *R. c. Beauguard*, l'intimé, un juge de la Cour supérieure du Québec, a contesté la constitutionnalité d'une loi nouvellement adoptée par le Parlement fédéral, laquelle exigeait de tous les juges de nomination fédérale une contribution de 7 % de leur salaire pour couvrir les frais de leur pension. L'intimé a prétendu que cette loi violait l'art. 100 L.C. 1867 qui prévoit que « [l]es salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté [...] seront fixés et payés par le parlement du Canada ». Dans un jugement majoritaire, le juge en chef Dickson reconnaît qu'au Canada, « l'indépendance judiciaire doit également être maintenue face à toute autre ingérence possible, *y compris celle du pouvoir législatif* »¹⁸. Toutefois, après avoir examiné les faits en l'espèce, il conclut que la loi contestée n'est pas contraire à l'art. 100.

17. *Id.*

18. *R. c. Beauguard*, préc., note 11, 73 et 74 (italiques ajoutés).

Dans l'arrêt *R. c. Lippé*, les intimés ont contesté l'indépendance judiciaire des juges municipaux du Québec. Le juge en chef Lamer (avec l'accord des juges Sopinka et Cory) a été d'avis que l'indépendance judiciaire correspond à l'indépendance envers le « gouvernement », un terme défini comme n'étant « [pas limité] aux simples pouvoirs exécutif et législatif. Par l'expression 'gouvernement', dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État »¹⁹. Dans son jugement majoritaire, le juge Gonthier soutient même que l'indépendance judiciaire « inclut à la fois l'indépendance vis-à-vis du gouvernement [tel que le définit le juge en chef Lamer dans ce jugement] et l'indépendance vis-à-vis des parties au litige »²⁰. Ainsi, le juge en chef Lamer et le juge Gonthier reconnaissent tous deux que l'indépendance judiciaire interdit les ingérences indues des pouvoirs législatif et exécutif. Toutefois, en appliquant les exigences de l'indépendance judiciaire au régime législatif établissant les cours municipales en cause dans cet arrêt, le juge Gonthier estime qu'il n'était pas contraire à l'art. 11*d*) de la Charte. Aujourd'hui, on peut constater que l'arrêt *Lippé* a été en quelque sorte annonciatrice de l'interprétation « large et libérale » de l'art. 11*d*) et du principe d'indépendance judiciaire subséquemment adopté par la jurisprudence. En effet, d'entrée de jeu, le juge en chef Lamer affirme que : « [l]es cours municipales ont, au Québec, compétence aussi bien en matière civile que pénale »²¹. Néanmoins, la Cour ne considère pas cette disposition comme l'empêchant d'examiner la conformité aux exigences d'indépendance judiciaire des lois concernant les tribunaux statutaires siégeant en matière civile.

Dans l'affaire *Mackeigan c. Hickman*, cinq juges d'appel ont demandé à la Cour supérieure de casser une ordonnance de comparution délivrée par une commission royale d'enquête afin de les obliger à répondre à des questions reliées à un jugement qu'ils avaient rendu. S'exprimant pour la pluralité de la Cour suprême, le juge McLachlin débute son analyse juridique en énonçant les

19. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 138.

20. *Id.*, 154.

21. *Id.*, 131.

principes relatifs à l'indépendance judiciaire pertinents en l'espèce. Après avoir cité avec approbation les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard*, elle affirme que : « [l]a condition capitale du maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les 'pouvoirs et fonctions' essentiels du tribunal »²². Selon la juge McLachlin, il s'ensuit que « le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver [...] les pouvoirs et fonctions des tribunaux »²³. Ses propos n'étaient pas fondés sur des dispositions de la Constitution, mais provenaient plutôt d'un examen de l'indépendance judiciaire « en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien »²⁴. Après avoir établi les principes applicables en l'espèce, la juge McLachlin interprète les pouvoirs statutaires d'enquête de la commission de façon à ne pas porter atteinte au droit des juges de refuser de témoigner devant la commission sur les motifs de leurs décisions.

Dans l'affaire *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, deux juges de cour provinciale ont contesté la validité d'une loi provinciale visant à remplacer les juges surnuméraires par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière au motif que ce changement législatif portait atteinte à l'indépendance judiciaire. Sous le régime législatif précédent, les juges provinciaux qui avaient atteint un certain âge et cumulé un nombre déterminé d'années de service pouvaient alors choisir de siéger comme juge surnuméraire et ainsi continuer à recevoir leur plein traitement tout en conservant une charge de travail réduite. Dans un jugement majoritaire, le juge Gonthier affirme que « [l]e préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'al. 11*d*) de la *Charte* confèrent [aux normes juridiques régissant l'indépendance judiciaire] un statut fondamental en les plaçant au plus haut niveau de la hiérarchie juridique »²⁵. Il ajoute que la

22. *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, 827 et 828.

23. *Id.*, 832.

24. *Id.*, 828.

25. *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, préc., note 11, par. 37.

compétence des législatures provinciales « doit être exercée en conformité avec les principes structurels de la Constitution canadienne, dont l'indépendance de la magistrature »²⁶. Les deux juges dissidents ne se sont pas objectés aux propos de la majorité concernant l'indépendance judiciaire. Au contraire, ils sont en accord avec le juge Gonthier quant à « son exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire »²⁷. Cependant, ils expriment leur désaccord avec son interprétation de la loi contestée. Selon eux, le statut de juge surnuméraire ne reçoit pas de protection constitutionnelle. La Cour suprême a accepté l'argument des juges provinciaux et a invalidé les dispositions législatives contestées. Ce faisant, elle reconnaît que le principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire peut servir à contrôler la constitutionnalité des lois.

En somme, à partir du milieu des années 1980, la Cour suprême a été saisie de demandes de contrôle judiciaire des lois fondées non seulement sur les dispositions de la Constitution, mais aussi sur un principe constitutionnel général d'indépendance judiciaire. Il semble bien que les tribunaux ont été d'avis que l'indépendance judiciaire, en tant que principe constitutionnel reconnu implicitement à travers certaines dispositions de la Constitution et dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, peut avoir préséance sur la loi. Des obiter à cet effet se trouvent dans les arrêts *Beauregard*, *Lippé* et *Mackeigan*. Dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* et dans l'arrêt *Mackin*, la Cour a invalidé les lois contestées au motif qu'elles étaient contraires au principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire. Comme dans le cas de l'appel du Manitoba dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, l'affaire *Mackin* ne découle pas exclusivement d'un contexte pénal et n'impliquait pas l'indépendance des juges des cours supérieures, de sorte que la Cour n'a pu se fonder entièrement sur l'art. 11*d*) de la Charte ou sur les art. 96-101 L.C. 1867 dans son examen de la loi contestée, et encore moins pour la déclarer invalide. À travers une interprétation évolutive du

26. *Id.*, par. 70.

27. *Id.*, par. 91.

principe d'indépendance judiciaire²⁸, la Cour a élargi la portée initiale de ce principe partiellement exprimé dans les dispositions de la Constitution de façon à ce qu'il devienne applicable à tous les tribunaux judiciaires (*Renvoi : juges de la Cour provinciale, Mackin, Lippé*) et aux juges de paix (*Ell c. Alberta*).

L'interprétation de la Constitution canadienne faite par la majorité de la Cour dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* (et dans les autres arrêts ayant appliqué le renvoi) a été fortement critiquée. Jean Leclair et Yves-Marie Morissette ont soutenu que : « [l]a thèse défendue par le juge en chef [...] n'est confortée ni par les textes de loi constitutionnels ni par l'histoire. Elle constitue un bouleversement radical et injustifié de la théorie des sources du droit constitutionnel canadien »²⁹. Un auteur a même écrit : « Frankly, I cannot see how the reasoning I have criticized can be explained as anything other than a disingenuous rationalization of a result strongly desired by the judges on policy grounds »³⁰. D'autres auteurs ont qualifié le jugement majoritaire de « douteux »³¹, comme étant « sans fondement »³² et même de raisonnement « fantaisiste »³³. Bien que la plupart des critiques reconnaissent l'existence de principes constitutionnels non écrits, ils sont

-
28. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 106; *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, [2005] 2 R.C.S. 286, par. 2 et 4.
29. Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485, 487.
30. Jeffrey GOLDSWORTHY, « The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity », (1999-2001) 11 *Constit. Forum* 60, 64.
31. Robert G. RICHARDS, « Provincial Court Judges Decision-Case Comment », (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 575, 588. Voir aussi J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, préc., note 29.
32. Jamie CAMERON, « The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions », dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : les défis du constitutionnalisme. Essays in Honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89, à la page 113.
33. Peter W. HOGG, « The Bad Idea of Unwritten Constitutional Principles: Protecting Judicial Salaries », dans Adam DODEK et Lorne SOSSIN (dir.), *Judicial Independence in Context*, Toronto, Irwin Law, 2010, p. 25, à la page 26.

généralement d'avis, comme Peter Hogg, que toute norme constitutionnelle provenant de ces principes doit nécessairement avoir sa source dans les dispositions de la Constitution, sans quoi ils ne peuvent avoir préséance sur la loi. Ceux-ci ont donc préféré la dissidence du juge La Forest. À notre avis, un examen de la common law comparée pertinente offre une réponse aux critiques de la position de la Cour qui mérite considération. La prochaine partie expliquera la pertinence particulière du droit constitutionnel comparé entre juridictions de common law avant d'examiner la jurisprudence constitutionnelle du Comité judiciaire du Conseil privé sur l'indépendance judiciaire.

2. La pertinence de la common law comparée en droit constitutionnel³⁴

Toute étude de droit comparé devrait préalablement établir sa pertinence. Dans le contexte de la comparaison des droits issus de juridictions de common law, une telle analyse implique naturellement la notion bien connue d'autorité persuasive. Selon Christopher McCrudden, « [persuasive authority] is regarded as relevant to the decision which has to be made by the judge, but is not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources »³⁵. Si le droit comparé peut être juridiquement pertinent ou persuasif, la véritable question est son *degré* de pertinence et de persuasion sur un sujet donné. Parfois, les contextes des juridictions comparées sont tellement différents que la pertinence ou l'utilité du droit comparé est presque inexistante, alors qu'à d'autres occasions, les juridictions sont suffisamment similaires ou même apparentées, de telle sorte que les principes juridiques transnationaux peuvent avoir un haut degré de persuasion devant les tribunaux nationaux.

34. Pour une analyse plus approfondie de la question, voir Han-Ru ZHOU, « A Contextual Defense of 'Comparative Constitutional Common Law' », (2014) 12 *Int'l J. Const. L.* (à paraître).

35. Christopher McCRUDDEN, « A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », (2000) 20 *O.J.L.S.* 499, 502 et 503.

Il semble que l'objection la plus fréquemment soulevée à l'encontre de l'utilisation du droit comparé par les tribunaux, particulièrement en matière constitutionnelle, est fondée sur les contextes sociaux (historique, politique, culturel et juridique) distincts des systèmes juridiques, de telle sorte qu'il est souvent difficile, voire impossible, d'en faire une comparaison utile et appropriée. Marie-Claire Ponthoreau écrit que : « [p]armi les écueils afférents à la méthode comparative, la 'décontextualisation' paraît être le risque le plus évident »³⁶. Selon elle, le comparatiste doit rechercher « le contexte pertinent permettant de comprendre correctement et complètement des règles juridiques étrangères »³⁷. L'importance de l'élément contextuel dans l'analyse du droit comparé est aussi présente dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Par exemple, à propos de l'influence des développements constitutionnels en droit américain, le juge en chef Dickson, rendant jugement au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, souligne que :

[l]e Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.³⁸

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, le juge Bastarache, au nom de la majorité de la Cour, écrit que :

36. Marie-Claire PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 537, à la page 558.

37. *Id.*, p. 559.

38. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 740, cité dans Beverley MCLACHLIN, « Use of Foreign Law - A Comparative View of Canada and the United States », (2010) 104 *ASIL Proc. Ann. Meeting* 491, 492.

[q]uand la solution adoptée dans d'autres pays varie ou est, sous quelque aspect pertinent, différente de la loi contestée au Canada, les mesures législatives étrangères doivent être étudiées plus attentivement afin de dégager leur objectif précis et de déterminer si cet objectif a une valeur persuasive au Canada. Non seulement le contexte social peut être complètement différent de celui qui existe au Canada, mais le contexte juridique dans lequel les mesures restreignant la liberté d'expression sont évaluées peut lui aussi être différent.³⁹

Dans cette partie, nous soutiendrons que, d'un point de vue juridique, la valeur persuasive de la common law comparée s'explique par l'existence de deux facteurs. D'abord, la réception de la tradition de common law et de ses règles et principes dans les nouvelles colonies a établi un niveau d'uniformité entre les différents systèmes juridiques. Ensuite, au moment de leur indépendance, ces anciennes colonies ont généralement décidé d'adopter une Constitution qui visait à préserver leur système juridique existant basé sur la common law. Ces deux facteurs ont créé un contexte propice au développement du recours par le Comité judiciaire du Conseil privé à la common law comparée en contexte constitutionnel.

2.1. L'unité de la common law

L'étendue de l'influence du droit anglais au sein des juridictions de common law puise son origine dans les principes traditionnels de la réception de la common law à l'étranger. De nos jours, il est généralement accepté que le droit public anglais s'étendait initialement aux colonies⁴⁰. Dans l'arrêt *Madzimbamuto*

39. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 121.

40. Voir notamment William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. In four books*, 8^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1778, p. 104 et 105; Bruce Harvey MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, Brisbane, Supreme Court of Queensland Library, 2007, p. 18-19, 30-32, 234-255 et 326; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 5-8; P.W. HOGG, préc., note 10, chap. 2.

v. *Lardner-Burke*, lord Reid, s'exprimant au nom de la majorité du Conseil privé, réitère la règle de réception comme suit :

The nature of the sovereignty of The Queen in the Parliament of the United Kingdom over a British colony must be determined by the constitutional law of the United Kingdom[.] [I]t has never been doubted that, when a colony is acquired or annexed, following on conquest or settlement, the sovereignty of the United Kingdom Parliament extends to that colony, and its powers over that colony are the same as its powers in the United Kingdom.⁴¹

De plus, dans les colonies de l'Amérique du Nord britannique, la réception du droit anglais était déclarée ou confirmée (ou reconfirmée) par acte de l'exécutif ou par voie législative⁴².

Avec le temps, l'influence des précédents de common law transnationaux est demeurée forte malgré la décolonisation britannique. Un exemple saisissant est l'arrêt *Robins c. National Trust Co.* Dans cette affaire, l'appelant a demandé au Conseil privé de renverser les jugements des tribunaux ontariens concernant la validité d'un testament. Devant le Conseil privé, l'appelant a invoqué un arrêt de 1922 de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario qui aurait adopté une position différente de celle des tribunaux anglais. Le Conseil privé exprime ainsi la règle du précédent (*stare decisis*) applicable :

when an appellate Court in a colony which is regulated by English law differs from an appellate Court in England, it is not right to assume that the Colonial Court is wrong. It is otherwise if the authority in England is that of the House of Lords. That is the supreme tribunal to settle English law, and that being settled, the Colonial Court, which is bound by English law, is bound to follow it. [I]n the present case their Lordships do not consider it necessary to settle which of the two possible views [...] is right; they will assume, for

41. *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645, 721 et 722 (C.P.).

42. Voir B.H. McPHERSON, préc., note 40, chap. 7-9.

the purposes of this discussion, that the English rule is right.⁴³

En d'autres mots, même si le Canada et les autres Dominions avaient été officiellement reconnus dans le Commonwealth, au même titre que la Grande-Bretagne, comme étant « de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires intérieures ou extérieures »⁴⁴, le Conseil privé a continué tout de même d'appliquer les précédents de la Chambre des lords dans les affaires provenant d'une province canadienne, et ce, malgré l'existence d'une autorité contraire provenant du plus haut tribunal de cette province. De façon générale, sir Ivor Jennings a noté que tous les États indépendants du Commonwealth :

shared the general principles of English constitutional law, modified to meet local conditions and their former dependent status by Acts of Parliament or Orders in Council. Their modern constitutions have therefore been founded upon those principles. [T]hey have without exception adopted or adapted the British system of government.⁴⁵

Plus récemment, un auteur a observé qu'« il était, et est encore, commun pour une cour anglaise de référer à d'autres juridictions de common law : ainsi, même après l'abolition des appels au Conseil privé, le droit anglais influençait le droit australien et canadien (et vice-versa) »⁴⁶.

Comment pouvons-nous, du moins en droit constitutionnel, expliquer la continuation d'une influence aussi durable des

43. *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515, 519 et 520 (C.P.).

44. SA MAJESTÉ LA REINE, *Déclaration Balfour (Summary of Proceedings)*, Conférence impériale, 1926, p. 14.

45. Ivor JENNINGS, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. 43.

46. Jan M. SMITS, « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 513, à la page 522 (trad.).

précédents transnationaux de common law, longtemps après que les liens politiques et juridiques avec l'Empire britannique aient été rompus? La nature de la common law nous fournit une explication à cet égard, plus particulièrement, l'idée persistante d'une unité, du moins partielle, quant au contenu de la common law. J.W. Harris exprime l'avis que :

[c]ommon law decisions are rightly considered potential persuasive authority for any common law court in any part of the world faced with the same issue. As Lord Wilberforce stated in Pickett's case, any common law ruling may be taken as a *prima facie* indication that the solution arrived at has source-support and comes within the range of the *de jure* power to develop the law.⁴⁷

Harris pousse même plus loin l'idée d'une sorte d'unité au sein de la common law dans le contexte des relations entre l'individu et l'État, en référence notamment à un ensemble de règles et de principes « supra-juridictionnels et relativement intemporels »⁴⁸. Harris explique ainsi le caractère « intemporel » de ces règles et principes supra-juridictionnels :

although it is recognised, as a matter of history, that they have evolved and, as a matter of prediction, that they may change, they are conceived as embodying correct statements of a received tradition. They are not mere propositions of law valid for the moment within a particular jurisdiction.⁴⁹

Ces règles et principes supra-juridictionnels incarnent la conception dans la common law de la primauté du droit et concernent des limites juridiques « fondamentales » à l'action gouvernementale⁵⁰. Harris donne l'exemple du jugement dissident de lord Atkin dans l'arrêt *Liversidge v. Anderson*, dans lequel ce

47. J.W. HARRIS, « The Privy Council and the Common Law », (1990) 106 *L.Q.R.* 574, 599.

48. *Id.*, 588.

49. *Id.*, 588 et 589.

50. *Id.*, 590.

dernier écrit que « every imprisonment is *prima facie* unlawful and that it is for a person directing imprisonment to justify his act »⁵¹. Pour Harris, l'opinion de lord Atkin est devenue « part of the common stock of constitutional common law »⁵². À l'intérieur de ce champ limité de normes fondamentales, Harris suggère qu'il y a, en principe, une solution unique à rechercher dans la « common law supra-juridictionnelle »⁵³. Plusieurs auteurs ont aussi reconnu une notion d'unité (ou d'uniformité) dans la common law⁵⁴. Cette unité a été largement préservée lorsque la presque totalité des anciennes colonies sont devenues indépendantes.

2.2. Le modèle de Constitution de Westminster

Dans presque toutes les colonies britanniques, un système de gouvernement basé sur le « modèle de Westminster » a été éventuellement introduit. Lorsque ces colonies sont devenues indépendantes, plusieurs d'entre elles ont officialisé leur nouveau statut politique et juridique par le biais d'une Constitution visant à préserver ce modèle. Le contenu de ces Constitutions, sous forme

51. *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206, 245 (C.L.).

52. J.W. HARRIS, préc., note 47, 589.

53. *Id.*, 599 et 600 (trad.).

54. Voir notamment H. Patrick GLENN, « The Use of Comparative Law by Common Law Courts in Canada », dans *Droit contemporain 1994: rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 85, aux pages 85-86, 88 et 96; Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », (1998-1999) 34 *Tulsa L.J.* 15, 17; J.N. MATSON, « The Common Law Abroad: English and Indigenous Laws in the British Commonwealth », (1993) 42 *I.C.L.Q.* 753, 779; Esin ÖRÜCÜ, « Comparative Law in Practice: the Courts and the Legislator », dans Esin ÖRÜCÜ et David NELKEN (dir.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart, 2007, p. 411, à la page 415; M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 36, p. 558; Cheryl SAUNDERS, « Judicial Engagement with Comparative Law », dans Tom GINSBURG et Rosalind DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 571, à la page 576; C.L. OSTBERG, Matthew E. WETSTEIN et Craig R. DUCAT, « Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada », (2001) 34 *Can.J.Pol.Sc.* 377, 389; J.M. SMITS, préc., note 46, p. 522; G. WINTERTON, « Comparative Law Teaching », (1975) 23 *Am.J.Comp.L.* 69, 71 et 72.

de décret ou de loi du Parlement impérial, était généralement fondé sur la législation impériale pertinente de la deuxième moitié du 19^e siècle ou de la première moitié du 20^e siècle, notamment la *Loi sur la validité des lois coloniales* de 1865, le *Statut de Westminster* de 1931 et les lois constitutives des anciens Dominions.

Cette section examine les implications constitutionnelles du choix fait par ces anciennes colonies d'officialiser leur indépendance par l'adoption d'une Constitution qui a préservé leur système de common law. À cet égard, on peut identifier deux principales caractéristiques interdépendantes du modèle de Westminster tel que décrit par le Conseil privé dans l'arrêt de principe *Hinds v. The Queen*, soit la conformité de ce modèle avec la tradition de common law ainsi que le rôle important des principes sous-jacents aux Constitutions basées sur le modèle de Westminster. Nous soutiendrons que les interprétations judiciaires d'une Constitution possédant ces deux caractéristiques sont fréquemment invoquées pour interpréter une autre Constitution de Westminster. Dans ces arrêts, le Conseil privé a interprété la Constitution nationale pertinente en conformité avec son analyse dans l'arrêt *Hinds*, et ainsi inféré des principes constitutionnels généraux qui n'étaient pas spécifiquement exprimés dans la Constitution nationale, mais qui provenaient en partie de l'interprétation des Constitutions d'autres pays du Commonwealth. Ces principes ont été employés par le Conseil privé pour contrôler la validité des lois. La partie suivante se penchera sur la pertinence de cette jurisprudence du Conseil privé en contexte canadien.

Dans l'affaire *Hinds*, les appelants ont contesté la validité constitutionnelle de la *Jamaican Gun Court Act* de 1974 qui créait un nouveau tribunal, composé de trois divisions, chacune ayant compétence pour juger des infractions liées à l'utilisation d'une arme à feu. Une de ces divisions était la Full Court Division. La loi de 1974 imposait aussi une peine de détention obligatoire avec travaux forcés, pour laquelle un détenu ne pouvait être libéré que par décision du gouverneur général agissant sur la recommandation d'un comité de révision composé d'un juge et de quatre membres non-judiciaires nommés par le Premier ministre.

Rendant jugement au nom de la majorité du Conseil privé, lord Diplock identifie deux caractéristiques principales que la Constitution jamaïcaine partage avec les Constitutions des autres juridictions de common law. En premier lieu, toutes ces Constitutions ont été négociées et rédigées par des personnes « baignant dans la tradition de cette branche de la common law d'Angleterre qui concerne le droit public »⁵⁵. Selon lord Diplock, les nouvelles Constitutions sont évolutives et non révolutionnaires (« evolutionary not revolutionary »). Elles prévoient la continuité du gouvernement à travers des institutions successorales législatives, exécutives et judiciaires⁵⁶. En second lieu, il arrive souvent que les auteurs de ces Constitutions aient fait en sorte qu'une grande partie (« a great deal ») de celles-ci puisse être interprétée par implication nécessaire des matières de ces Constitutions, de sa structure et des circonstances dans lesquelles elles ont été adoptées⁵⁷.

Dans l'arrêt *Hinds*, lord Diplock identifie dans le modèle de Westminster « le concept de base de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire tel qu'il a été développé dans la constitution non écrite du Royaume-Uni »⁵⁸. Ce concept exige que « les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État [soient] exerçables *exclusivement* par la législature, l'exécutif et le judiciaire respectivement »⁵⁹. Plus particulièrement, le pouvoir judiciaire est « investi dans des personnes nommées pour occuper une charge judiciaire de la manière et selon les termes prévus au chapitre [d'une Constitution de Westminster] traitant de la judicature, bien que cela ne soit pas expressément affirmé dans la Constitution »⁶⁰. Pour lord Diplock, ces exigences de la séparation des pouvoirs sont nécessairement implicites dans la Constitution jamaïcaine. Par conséquent, il conclut que les dispositions de la loi contestée concernant la création de la Full Court Division sont invalides dans la mesure où elles transfèrent la compétence criminelle d'un juge

55. *Hinds v. The Queen*, [1977] A.C. 195, 212 (C.P.) (trad.).

56. *Id.*

57. *Id.*, 211 et 212.

58. *Id.*, 212.

59. *Id.*, (italiques ajoutés).

60. *Id.*, 213.

de la Cour suprême aux membres de cette Division dont le degré d'inamovibilité est moins élevé que celui d'un juge de la Cour suprême en vertu de la Constitution. Lord Diplock conclut aussi que les dispositions législatives concernant la détention obligatoire durant le bon plaisir du gouverneur général et concernant le comité de révision sont invalides, puisqu'elles transfèrent le pouvoir judiciaire de détermination de la peine à un organisme qui n'est pas compétent à exercer des pouvoirs judiciaires en vertu de la Constitution.

Dans leur jugement dissident (qui rappelle à plus d'un égard le jugement dissident du juge La Forest dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*), le vicomte Dilhorne et lord Fraser adoptent partiellement la description du modèle de Westminster faite par les juges majoritaires. Plus particulièrement, ils sont d'accord pour dire que les Constitutions rédigées par des « personnes baignant dans la common law » sont évolutives, et non révolutionnaires⁶¹. Cependant, les juges dissidents sont en désaccord avec l'opinion de la majorité voulant qu'une grande partie dans ces Constitutions doit être identifiée par implication nécessaire. Au contraire, l'existence d'une Constitution « should lead to even greater reluctance to imply something not expressed »⁶², étant donné qu'un de ses objets importants est de permettre de savoir plus facilement d'avance si une proposition législative contrevient à la Constitution⁶³. Les juges dissidents estiment donc qu'il n'y a aucune exigence implicite dans la Constitution jamaïcaine interdisant au Parlement de modifier la compétence de la Cour suprême.

Comme en contexte canadien avec le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, l'arrêt *Hinds* n'est pas la première affaire dans laquelle le tribunal national de dernier ressort a exercé un contrôle judiciaire d'une loi en vertu de principes constitutionnels implicites. Dans les années 1960, des affaires du Conseil privé ont fait l'objet d'analyses judiciaires fondées sur les implications de l'adoption d'une Constitution de Westminster, soit celle du Ceylan,

61. *Id.*, 235 et 238.

62. *Id.*, 238.

63. *Id.*, 234 et 238.

aujourd'hui devenu le Sri Lanka. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe* et *Liyanage v. The Queen* sont deux affaires dans lesquelles la validité de certaines dispositions de la loi ceylanaise a été contestée au motif qu'elles contrevenaient à la Constitution du Ceylan. L'affaire *Ranasinghe* concerne la composition d'un tribunal anti-corruption dont les membres étaient nommés par le pouvoir exécutif et l'affaire *Liyanage* concerne une loi *ad hominem* rétroactive ayant pour but de faciliter la condamnation de personnes accusées d'avoir participé à une tentative de coup d'État.

À propos de la Constitution ceylanaise, le Conseil privé déclare que : « malgré de nombreuses divergences de détail, il est immédiatement apparent qu'elle fonde, dans ses grandes lignes, une démocratie parlementaire sur le modèle du régime constitutionnel du Royaume-Uni »⁶⁴. D'emblée, le Conseil privé reconnaît que, suivant la Constitution ceylanaise, « les tribunaux ne sont pas expressément investis du pouvoir judiciaire, contrairement à ce que l'on trouve dans le cas des États-Unis d'Amérique ou de l'Australie, par exemple »⁶⁵. Néanmoins, il déclare que « les rédacteurs de la Constitution étaient conscients qu'il importait d'assurer l'indépendance des juges et de maintenir la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire »⁶⁶. Le Conseil privé interprète les dispositions de la Constitution, ainsi que son silence sur l'attribution du pouvoir judiciaire, comme manifestant « une nette intention d'assurer que le système judiciaire sera libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive) »⁶⁷. Suivant cette lecture « structurelle » de la Constitution, le Conseil privé interprète le processus de nomination des « officiers de justice » à l'art. 55 de la Constitution comme n'étant pas uniquement limité aux juges des

64. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, 190 (C.P.) (traduit dans F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 85), citant *A.-G. of Ceylon v. de Livera*, [1962] A.C. 103, 118 (C.P.).

65. *Liyanage v. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259 (C.P.) 286 (traduit dans F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 144). Voir aussi *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64, 190.

66. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64, 190.

67. *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65, 287.

tribunaux ordinaires, mais comme incluant aussi les fonctionnaires lorsqu'ils exercent des fonctions judiciaires. Étant donné que le processus de nomination des officiers du Tribunal des délits de corruption (« Bribery Tribunal ») sous la *Ceylonese Bribery Amendment Act* de 1958 contrevient à l'art. 55, le Conseil privé conclut dans l'arrêt *Ranasinghe* que les membres du tribunal ont été nommés illégalement. Dans l'arrêt *Liyanage*, le Conseil privé invoque ce même principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire afin d'invalider une loi ceylanaise, au motif qu'elle constitue une tentative législative illégale « d'usurper le pouvoir judiciaire de la magistrature »⁶⁸.

Depuis l'affaire *Hinds*, la jurisprudence a appliqué ou approuvé le jugement de lord Diplock dans l'interprétation des constitutions des autres juridictions dont le Conseil privé est demeuré le tribunal de dernière instance⁶⁹. Par exemple, dans l'arrêt *John v. DPP*, le Conseil privé a déclaré que :

Their Lordships do not doubt for one moment that the Constitution of Dominica like other similar constitutions takes for granted the basic principle of separation of powers and they emphatically endorse what was said in this connection by the Board in *Hinds v. The Queen* in the majority opinion given by Lord Diplock.⁷⁰

Dans l'arrêt *Commissioner of Police v. Davis*, le Conseil privé a affirmé qu'une disposition législative qui augmente la peine maximale de cinq ans pour les infractions liées à la drogue, normalement jugées par les cours de magistrats (« magistrates »

68. *Id.*, 289.

69. Voir par exemple *Ahnee v. DPP*, [1999] 2 A.C. 294, 302 et 303 (C.P.); *Browne v. The Queen*, [2000] 1 A.C. 45, 48-50 (C.P.); *Thomas v. Baptiste*, [2000] 2 A.C. 1, 30 (C.P.) (lord Goff et lord Hobhouse, motifs diss.); *Reyes v. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235, par. 44 (C.P.); *DPP of Jamaica v. Mollison*, [2003] 2 A.C. 411, 422-424 (C.P.); *Independent Jamaica Council for Human Rights (1998) Ltd v. Marshall-Burnett*, [2005] 2 A.C. 356, par. 19 (C.P.); *Griffith v. The Queen*, [2005] 2 A.C. 235, par. 24 (C.P.); *State of Mauritius v. Khojraty*, [2007] 1 A.C. 80, par. 11, 13 et 35 (C.P.).

70. *John v. DPP*, [1985] 1 W.L.R. 657, 662 (C.P.).

courts »), des tribunaux statutaires, à une peine d'emprisonnement à perpétuité, est inconstitutionnelle et nulle au motif qu'une telle peine équivaut à un transfert inconstitutionnel de juridiction de la Cour suprême vers les cours de magistrats en vertu de l'arrêt *Hinds*⁷¹.

Bref, l'importance de la jurisprudence du Conseil privé discutée dans cette partie, et plus particulièrement, de l'arrêt *Hinds*, réside dans la reconnaissance judiciaire de l'idée d'un ensemble de principes constitutionnels de base dans la tradition de common law qui transcendent les frontières nationales entre pays du Commonwealth ayant conservé le système de common law. À partir de la prémisse que la Constitution nationale en cause était fondée sur le modèle de Westminster, le Conseil privé a exercé un contrôle judiciaire de la loi contestée sur la base des principes généralement inférés des Constitutions de Westminster. Dans les jugements discutés dans cette partie, le Conseil privé a invalidé ou écarté des dispositions législatives de droit interne qui contrevenaient indûment à ces principes. La prochaine partie examinera la contribution potentielle de la common law comparée dans le contexte de l'indépendance judiciaire au Canada.

3. L'opportunité du recours à la common law comparée en contexte canadien

À la lumière des développements subséquents au *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, il semble que l'omission des tribunaux canadiens à considérer sérieusement les autorités pertinentes du Commonwealth a appauvri d'autant leur analyse et a sans doute contribué à la réaction très divisée dans la communauté juridique suscitée par ce renvoi. Dans l'arrêt *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, la Cour suprême du Canada a admis elle-même que le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* n'avait « pas apporté la solution espérée »⁷². Après avoir analysé la relation entre l'exécutif et les cours provinciales dans les dix provinces canadiennes suite à

71. *Commissioner of Police v. Davis*, [1994] 1 A.C. 283, 297 (C.P.).

72. *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, préc., note 28, par. 3.

ce dernier arrêt, Lorne Sossin a même soutenu que les comités de rémunération des juges auraient aggravé le conflit entre les pouvoirs exécutif et judiciaire⁷³. Toutefois, force est de constater que la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême sur l'indépendance judiciaire présente d'importants éléments communs avec celle d'autres systèmes de common law basés sur le modèle de Westminster. La présente partie examinera l'apport de cette jurisprudence du Conseil privé sur le débat quant à la portée de l'indépendance judiciaire en contexte canadien.

Suivant l'arrêt *Hinds v. The Queen*, on peut considérer la Constitution canadienne comme étant fondée sur le modèle de Westminster. Non seulement lord Diplock a qualifié la Constitution canadienne de la sorte⁷⁴, mais la Cour suprême reconnaît elle aussi que le « modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster [est] évoqué dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dote le Canada d'une 'constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni' »⁷⁵.

Par ailleurs, même sans ces déclarations judiciaires, on peut raisonnablement soutenir que les deux principales caractéristiques des Constitutions suivant ce modèle s'appliquent à la Constitution canadienne : celle-ci a été négociée et rédigée par des personnes influencées par la tradition de la common law qui souhaitaient qu'elle soit évolutive, et non révolutionnaire, laissant donc une grande place pour interpréter la Constitution par implication nécessaire de ses matières, de sa structure et des circonstances dans lesquelles elle a été adoptée⁷⁶. La promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1867* a confirmé le droit anglais en tant qu'une des principales sources ou un des principaux fondements du droit constitutionnel canadien. Peter Hogg observe que, puisque le

73. Lorne SOSSIN, « Between the Judiciary and the Executive: The Elusive Search for a Credible and Effective Dispute-Resolution Mechanism », dans Adam DODEK et Lorne M. SOSSIN (dir.), *Judicial Independence in Context*, Toronto, Irwin Law, 2010, p. 63, aux pages 67 et suiv.

74. *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 211.

75. *Figueroa c. Canada (P.G.)*, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 82.

76. Voir *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 212.

nouveau Dominion a conservé son cadre constitutionnel existant, la Constitution de 1867 « did no more than was necessary to accomplish confederation. [...] Apart from the changes needed to establish the new federation, the British North Americans wanted the old rules to continue in both form and substance exactly as before »⁷⁷. Quant à l'aspect implicite de la constitution canadienne, Hogg admet lui-même que : « The Constitution of Canada is constructed on a set of unwritten or implicit principles that have profoundly influenced the drafting of the text and that continue to influence its interpretation »⁷⁸.

Tout comme les Constitutions interprétées par le Conseil privé dans sa jurisprudence susmentionnée, la transition du Canada vers son indépendance n'a produit aucun changement apparent dans le fonctionnement de son système judiciaire. Ainsi, alors que le Conseil privé infère de ce silence dans les Constitutions de Westminster que l'ancienne position pré-indépendance continuait, l'art. 129 L.C. 1867 confirme qu'après la Confédération,

toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, — tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, — toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, — et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, *continueront d'exister [...] comme si l'union n'avait pas eu lieu [...]*.

De plus, comme l'ont observé plusieurs auteurs, les dispositions de la Constitution ceylanaise et de la Constitution canadienne de 1867

77. P.W. HOGG, préc., note 10, p. 1-3 et 1-4. Voir aussi H. ARTHURS, « Constitutional Courage », (2004) 49 *R.D. McGill* 1, 11; J.E.C. BRIERLEY, « Reception of English Law in the Canadian Province of Quebec », dans Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 103, à la page 112; Peter H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada: the Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 47; Walter Surma TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 29 et 30.

78. P.W. HOGG, préc., note 10, p. 15-51 et 15-52.

concernant l'indépendance judiciaire sont très similaires⁷⁹. En particulier, ces Constitutions ne protègent pas expressément les pouvoirs et la compétence des tribunaux⁸⁰. Pour reprendre les mots du Conseil privé, on peut dire que les art. 96-101 L.C. 1867 traduisent une nette intention du constituant d'assurer que le système judiciaire serait libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive) et que seule la magistrature soit investie du pouvoir judiciaire⁸¹.

La jurisprudence du Conseil privé démontre que, bien avant les tribunaux canadiens, d'autres tribunaux de common law ont invoqué des principes constitutionnels implicites dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. Dans la partie précédente, nous avons cité plusieurs autres jugements dans lesquels le Conseil privé a utilisé un raisonnement similaire pour invalider des lois contrevenant à l'indépendance judiciaire ou, plus généralement, à la séparation des pouvoirs, sur la base que les Constitutions de ces États étaient fondées sur le modèle de Westminster.

À notre avis, la présente analyse de la common law comparée pose un obstacle important à la position des critiques de la jurisprudence de la Cour suprême concernant la portée constitutionnelle du principe d'indépendance judiciaire. D'abord, la jurisprudence pertinente du Conseil privé nous amène à faire le constat que la position de la Cour suprême est loin d'être aussi exceptionnelle qu'on aurait pu initialement le croire. Au contraire, le Conseil privé a aussi inféré, à partir des Constitutions de Westminster, des principes généraux initialement « développés dans la constitution non écrite du Royaume-Uni »⁸², qui ont ensuite été invoqués dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois (et des

79. Voir notamment F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 160; J. Noel LYON, « The Central Fallacy of Canadian Constitutional Law », (1976) 22 *McGill L.J.* 40, 45. Les dispositions pertinentes des Constitutions ceylanaise et canadienne sont reproduites en annexe au présent article.

80. Voir *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64; *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65.

81. Voir *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65, 287.

82. *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 212.

actes de l'exécutif). Cette position jurisprudentielle s'inscrit donc dans un courant plus global au sein du Commonwealth autorisant le recours à des principes constitutionnels implicites, en particulier l'indépendance judiciaire et la séparation des pouvoirs, dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. Dans ce contexte, le droit comparé nous oblige à prendre position sur le degré de pertinence en contexte canadien de la jurisprudence du Conseil privé en la matière, particulièrement des arrêts *Ranasinghe*, *Liyanage* et *Hinds*. Tel qu'il a été expliqué au début de la seconde partie, la pertinence du droit comparé dépend d'un critère contextuel et, en ce sens, il nous semble que, sur la question de l'indépendance judiciaire examinée dans le présent article, on peut difficilement mieux remplir ce critère. En effet, les constitutions d'où émanent les règles et principes faisant l'objet de notre comparaison partagent la même tradition juridique initialement reçue de l'Angleterre, suivent le même modèle constitutionnel et, dans une large mesure, possèdent les mêmes principes constitutionnels fondamentaux. D'ailleurs, il est intéressant d'observer que dans un arrêt rendu avant le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, le juge La Forest, au nom de la majorité de la Cour, s'est appuyé lui-même sur l'arrêt *Ranasinghe* (et la jurisprudence du Commonwealth) pour invalider toutes les lois provinciales de la Saskatchewan au motif qu'elles n'avaient pas respecté les exigences dites quant au mode et à la forme imposées par voie législative. Le juge La Forest conclut sa discussion sur ce point en déclarant que « [c]ela a toujours été la loi dans notre pays et dans le Commonwealth en général »⁸³, quoiqu'en réalité, le caractère obligatoire des restrictions quant au mode et à la forme relève lui aussi de la constitution non écrite⁸⁴.

En somme, la Cour suprême aurait eu avantage à s'appuyer sur les arrêts du Conseil privé pour mieux étayer le bien-fondé de son interprétation concernant la portée constitutionnelle de l'indépendance judiciaire. Les dispositions de la Constitution canadienne et d'autres Constitutions de Westminster traitant de la

83. *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 279.

84. Sur l'origine des restrictions quant au mode et à la forme, voir Han-Ru ZHOU, « Revisiting the 'Manner and Form' Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 *L.Q.R.* 610.

judicature sont grandement similaires. Compte tenu de ces similitudes entre les textes et contextes constitutionnels des pays du Commonwealth pertinents, il ne devrait pas être surprenant que les tribunaux canadiens soient parvenus à des conclusions similaires à celles d'autres tribunaux des pays du Commonwealth. Cette similitude ajoute aussi du poids à l'idée d'une common law (constitutionnelle) unitaire supra-juridictionnelle évoquée par J.W. Harris⁸⁵.

Conclusion

Cet article a défendu l'utilité du droit constitutionnel comparé entre les juridictions de common law. Plus particulièrement, nous avons soutenu que la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé concernant l'indépendance judiciaire était hautement pertinente en droit canadien et aurait fourni à la Cour suprême un argument utile dans son analyse de la validité des lois contestées en vertu du principe d'indépendance judiciaire. D'un point de vue méthodologique, il a été suggéré que l'élément contextuel est le principal critère dans l'évaluation du degré de persuasion des autorités transnationales de common law. En conséquence, mon argument a d'abord cherché à répondre à l'exigence contextuelle.

Dans les juridictions de common law, le recours par les tribunaux à la common law comparée est enraciné dans l'histoire et la tradition et peut être expliqué de façon cohérente par la nature et la structure de la common law. Historiquement, ce recours peut remonter aux conséquences de la colonisation britannique et de la réception du droit anglais dans les territoires nouvellement acquis par la Couronne impériale. Au fil du temps, la pratique juridique, au sein de ces colonies, de référer aux autorités anglaises et du Commonwealth est devenue bien établie au point où elle a perduré même après que les liens politiques et juridiques entre les anciennes colonies et le Royaume-Uni eurent cessé d'exister. Suite à l'indépendance de ces colonies, l'une des raisons majeures de la

85. J.W. HARRIS, préc., note 47.

continuation de cette pratique est probablement liée au fait que l'indépendance a été officialisée par l'adoption d'une Constitution fondée sur le modèle de Westminster, préservant ainsi le système de common law et les principes pertinents de la constitution non écrite du Royaume-Uni. Lorsque conçus en ces termes, il peut être soutenu que les règles et les principes d'une common law transnationale peuvent avoir un haut niveau de pertinence dans la résolution de questions de droit constitutionnel interne.

Au Canada, la Cour suprême a invoqué le principe d'indépendance judiciaire afin d'invalider ou d'écarter des lois. L'arrêt de principe en droit canadien est le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* dans lequel la Cour a invalidé des lois de trois provinces, notamment sur la base qu'elles contrevenaient au principe constitutionnel implicite ou non écrit d'indépendance judiciaire. Bien que le jugement majoritaire dans cette affaire ait été grandement critiqué, la jurisprudence subséquente a maintenu la conception de l'indépendance judiciaire développée dans ce jugement. Nous avons soutenu que l'analyse judiciaire canadienne dans ce domaine controversé illustre les risques de négliger l'étude sérieuse de la common law comparée en droit constitutionnel. Cette proposition est bien exprimée par Cheryl Saunders lorsqu'elle écrit :

a flawed understanding of foreign experience matters: the reasons of the court are less persuasive and the engagement with foreign law loses its educative value. And the same applies to the rejection of foreign experience on the basis of inadequate comparative analysis. In these circumstances, not only is the reasoning of the court unsound, but the opportunity for insight from comparative experience is lost.⁸⁶

La jurisprudence de la Cour suprême sur la portée constitutionnelle de l'indépendance judiciaire aurait été grandement renforcée par l'analyse des arrêts pertinents provenant de la jurisprudence du Commonwealth. L'eût-elle fait, la Cour aurait probablement pu

86. C. SAUNDERS, préc., note 54, p. 589.

limiter davantage l'ampleur de la controverse constitutionnelle que nous connaissons, en particulier considérant que les critiques de la position de la Cour suprême ont exprimé leur accord avec l'analyse en droit comparé du juge La Forest ou souligné l'absence d'analyse correspondante dans le jugement majoritaire du juge en chef Lamer⁸⁷.

De nos jours, certains juristes canadiens pourraient être favorables à l'idée de graduellement délaissier l'étude du droit comparé maintenant que le système juridique canadien a développé un imposant corpus législatif et jurisprudentiel. Mais une telle avenue serait regrettable. Comme l'exhorte la juge L'Heureux-Dubé dans un article juridique discutant des droits de la personne, mais dont les propos suivants sont également applicables à l'ensemble du droit constitutionnel :

We should not be global jurists only when constitutions are new, and then turn inward once jurisprudential principles have been developed. Changing interpretations, as well as solutions to specific problems are useful tools that apply whether there is one case interpreting a human rights provision, or one hundred. Dialogue must continue long after the rights themselves are articulated and tests for interpretation have been developed.⁸⁸

L'apport du droit comparé est d'autant plus précieux lorsque les tribunaux, les interprètes ultimes de la Constitution⁸⁹, doivent résoudre des questions constitutionnelles d'une extrême difficulté comme dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*. Dans cet exercice interprétatif, le cadre constitutionnel et le langage de nos

87. Voir notamment J. GOLDSWORTHY, préc., note 30; J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, préc., note 29; R.G. RICHARDS, préc., note 31.

88. C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 54, 27.

89. Voir notamment *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220, 237 et 238; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 13 (j. en chef Lamer); Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 209 et 210; P.W. HOGG, préc., note 10, p. 60-10; J. LECLAIR, « Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview », (2004) 36 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 543, 551.

instruments constitutionnels nationaux respectifs diffèrent, mais les défis demeurent les mêmes : « réconcilier les contraintes constitutionnelles avec les pouvoirs législatifs légitimes du Parlement et définir les limites des droits constitutionnels dans une société libre et démocratique »⁹⁰.

90. Marie DESCHAMPS, « Foreword », (2012) 1 *C.J.I.C.L.* 3, 4 (trad.).

Annexe

Ceylon (Constitution) Order in Council, 1946
Part VI "La judicature" (extraits traduits)

Loi constitutionnelle de 1867
Partie VII "Judicature"

52. (1) Le juge en chef et les juges puînés de la Cour suprême et les commissaires d'assise seront nommés par le gouverneur-général.

(2) Chaque juge de la Cour suprême restera en fonction durant bonne conduite et ne pourra être révoqué sauf par le gouverneur-général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Représentants.

(3) L'âge de la retraite des juges de la Cour suprême sera de soixante-deux ans; mais le gouverneur-général peut permettre à un juge de la Cour suprême qui a atteint l'âge de soixante-deux ans de continuer à occuper sa charge pour une période n'excédant pas douze mois.

(4) Les salaires des juges de la Cour suprême seront déterminés par le Parlement et

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de

seront prélevés sur le Fonds consolidé.

(5) Chaque juge de la Cour suprême nommé avant la date d'entrée en vigueur de cette Partie de l'Arrêté et occupant sa charge à cette date, continuera d'occuper sa charge comme s'il avait été nommé en vertu de cette Partie de l'Arrêté.

(6) Le salaire payable audit juge ne devra pas être diminué pour la durée de sa charge.

comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.