

Les Cahiers de droit



La justice constitutionnelle face au mouvement conservateur : la Cour suprême du Canada et le gouvernement Harper (2006-2015)

Constitutional Justice and the Conservative Movement : the Supreme Court of Canada and the 2006-2015 Harper Government

La justicia constitucional ante el movimiento conservador : la Corte Suprema de Canadá y el Gobierno de Stephen Harper (2006-2015)

Daniel Mockle

Volume 58, numéro 4, décembre 2017

Le contenu de ce texte est à jour en septembre 2017.

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1042755ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1042755ar>

[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

Mockle, D. (2017). La justice constitutionnelle face au mouvement conservateur : la Cour suprême du Canada et le gouvernement Harper (2006-2015). *Les Cahiers de droit*, 58(4), 653–709. <https://doi.org/10.7202/1042755ar>

Résumé de l'article

Les orientations politiques du gouvernement conservateur de Stephen Harper ont fait, directement ou indirectement, l'objet de plusieurs litiges devant la Cour suprême du Canada. Celle-ci, à l'unanimité, ou par une majorité importante, a répondu par la négative à des réformes introduites par les conservateurs, ainsi qu'à l'égard de questions sensibles pour leur programme politique. Jamais auparavant, le Canada n'avait connu une polarisation aussi nette entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire. Il en est résulté l'image d'une tension ou d'un « conflit », avec les nuances nécessaires pour le contexte institutionnel et politique. Si cet affrontement peut donner lieu à un bilan proprement juridique pour divers champs du droit constitutionnel, la piste explicative de cet épisode ne peut être réduite à une lecture au premier degré fondée sur des considérations de droit positif. Une mise en perspective montre une nette divergence entre la Cour suprême et les conservateurs sur le constitutionnalisme. Avant d'être un élément fondateur du droit constitutionnel, le constitutionnalisme relève avant tout de la théorie politique, ce qui montre, en définitive, l'ampleur des divergences qui ont marqué la période 2006-2015.

Tous droits réservés © Université Laval, 2017

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

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

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

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

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

La justice constitutionnelle face au mouvement conservateur : la Cour suprême du Canada et le gouvernement Harper (2006-2015)

Daniel MOCKLE*

Les orientations politiques du gouvernement conservateur de Stephen Harper ont fait, directement ou indirectement, l'objet de plusieurs litiges devant la Cour suprême du Canada. Celle-ci, à l'unanimité, ou par une majorité importante, a répondu par la négative à des réformes introduites par les conservateurs, ainsi qu'à l'égard de questions sensibles pour leur programme politique. Jamais auparavant, le Canada n'avait connu une polarisation aussi nette entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire. Il en est résulté l'image d'une tension ou d'un « conflit », avec les nuances nécessaires pour le contexte institutionnel et politique. Si cet affrontement peut donner lieu à un bilan proprement juridique pour divers champs du droit constitutionnel, la piste explicative de cet épisode ne peut être réduite à une lecture au premier degré fondée sur des considérations de droit positif. Une mise en perspective montre une nette divergence entre la Cour suprême et les conservateurs sur le constitutionnalisme. Avant d'être un élément fondateur du droit constitutionnel, le constitutionnalisme relève avant tout de la théorie politique, ce qui montre, en définitive, l'ampleur des divergences qui ont marqué la période 2006-2015.

* Professeur, Faculté de Science politique et de Droit, Université du Québec à Montréal. Texte de la conférence prononcée le jeudi 2 mars 2017, au Centre de droit public comparé (CDPC), à l'Université Paris II Panthéon-Assas. Le contenu de ce texte est à jour en septembre 2017.

Constitutional Justice and the Conservative Movement: the Supreme Court of Canada and the 2006-2015 Harper Government

The political actions of Stephen Harper's conservative government led, directly or indirectly, to several cases before the Supreme Court of Canada. The Court, unanimously or by a large majority, rejected the reforms introduced by the Conservatives along with several key items in their political program. Never before had Canada seen such a clear polarization between the executive and judicial functions. The result was an appearance of tension or "conflict" in institutional and political terms. Although a purely legal conclusion can be drawn in various fields of constitutional law, the explanation for this episode cannot be sought solely in a first-degree reading based on positive law. The broader perspective reveals a clear divergence between the Court and the Conservatives in terms of constitutionalism. In addition to its role as a founding element of constitutional law, constitutionalism relies on political theory, clearly demonstrating the extent of the divergence that marked this period.

La justicia constitucional ante el movimiento conservador: la Corte Suprema de Canadá y el Gobierno de Stephen Harper (2006-2015)

Las orientaciones políticas del Gobierno conservador de Stephen Harper fueron objeto—directa o indirectamente—de varios litigios ante la Corte Suprema de Canadá. Esta instancia, de manera unánime, o con una importante mayoría, negó las reformas presentadas por los Conservadores, asimismo, con respecto a temas sensibles de su programa político. Nunca antes en Canadá se había conocido una polarización tan diáfana entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, y que ha proyectado una imagen de una tensión o de un « conflicto », con los requeridos matices del contexto institucional y político. Si esta confrontación puede ser el objeto de un balance propiamente jurídico en los diversos campos del derecho constitucional, la pista explicativa de este episodio no puede limitarse a una lectura superficial fundada en las consideraciones del derecho positivo. Una perspectiva demuestra una divergencia neta que existe entre la Corte y los Conservadores sobre el constitucionalismo. Antes de ser un elemento fundamental del derecho constitucional, el

constitucionalismo depende antes que nada, de la teoría política, lo que demuestra, en definitiva, la magnitud de las divergencias que marcaron este periodo.

	<i>Pages</i>
1 Les enjeux de société	664
1.1 Les litiges relatifs aux infractions pénales et aux moyens d'investigation....	666
1.2 Le durcissement de la répression pénale.....	677
2 Les litiges de droit constitutionnel	687
2.1 La dimension fédérale du Canada	689
2.2 Le partages des compétences	694
2.3 Les revendications autochtones.....	699
Conclusion	702

La transition politique du 17 octobre 2015 offre la possibilité de faire un bilan des neuf années du gouvernement conservateur de Stephen Harper (2006-2015). Le dernier mandat de ce gouvernement (2011-2015) a été marqué par le rôle prépondérant de la Cour suprême du Canada dans les affaires publiques. Celle-ci, à l'unanimité, ou par une majorité importante, a répondu, à plusieurs reprises, par la négative à des projets de réforme lancés par les conservateurs, notamment pour la réforme du Sénat, la nomination des juges à la Cour suprême, ainsi que dans le champ des politiques pénales, avec des arrêts relatifs à la prostitution, à l'aide médicale à mourir et à la vie privée des internautes. Dans le champ du droit pénal, les conservateurs ont connu plusieurs défaites pour des principes liés à leur programme politique, même s'ils n'étaient pas forcément à l'origine des lois contestées.

Cet épisode constitue une nouveauté pour le Canada, puisque jamais auparavant ce type de polarisation entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire n'avait revêtu une telle ampleur. En peu de temps, il en est résulté un mythe ou, à tout le moins, un récit (*narrative*)¹, où la Cour

1. Christopher MANFREDI, «Conservatives, the Supreme Court of Canada, and the Constitution: Judicial-Government Relations, 2006-2015», (2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 951.

suprême est apparue comme la gardienne des droits et libertés par rapport au programme politique des conservateurs. Ce récit privilégie la thèse du conflit, voire d'une lutte politique, entre une cour progressiste devant un gouvernement figé dans sa vision conservatrice du Canada. Cette thèse conflictuelle est inédite pour le droit canadien, à la différence du droit américain où des différends politiques ont marqué l'évolution de la Cour suprême des États-Unis, notamment à l'occasion du *New Deal*, préconisé par Franklin Roosevelt à partir de 1933. Pour le Canada, le contexte n'est pas le même puisque ce sont plusieurs champs du droit qui ont été le théâtre de ces divergences.

La période finale de cet affrontement a pris les allures d'un crescendo durant le dernier mandat du gouvernement Harper. En dépit du fait que certaines mesures prises par les conservateurs pourront encore faire l'objet de litiges pour les années futures, un premier recul temporel permet de constituer l'existence d'un corpus de 19 arrêts où la Cour suprême a été appelée à trancher des litiges relatifs aux politiques défendues par les conservateurs de 2006 à 2015². Ces derniers étaient directement engagés dans plusieurs arrêts puisque ce sont des dispositions législatives ou des décisions administratives qu'ils avaient proposées qui formaient l'objet du litige. Dans d'autres affaires, leur engagement pouvait paraître moins direct, car le Procureur général du Canada doit comparaître pour défendre la validité constitutionnelle des lois fédérales lorsqu'elles sont contestées ou encore être présent pour des litiges impliquant les droits des populations autochtones, ce domaine étant de compétence fédérale. En dépit de ce rôle obligé, ces litiges mettaient directement en cause les politiques des conservateurs dans plusieurs domaines, notamment en matière économique et pénale ainsi qu'en matière de sécurité.

Lors de leur arrivée au pouvoir en janvier 2006, les conservateurs pouvaient paraître vulnérables : la Cour suprême était alors composée de huit juges, dont sept avaient été nommés sous le gouvernement libéral, dirigé successivement par Jean Chrétien et Paul Martin (1993-2005)³. Toutefois, cette explication politique qui serait fonction de la nomination ne peut être retenue. Au moment de l'épisode final de 2013-2015, la Cour

2. Des arrêts rendus en 2016 ont été intégrés à ce corpus. Ce recensement prend fin en septembre 2017.

3. Ce sont, par ordre d'entrée en fonction, le juge Bastarache (1997), le juge Binnie (1998), le juge LeBel (2000), la juge Deschamps (2002), le juge Fish (2003), la juge Abella (2004) et la juge Charron (2004). La juge en chef McLachlin a été nommée sous le gouvernement conservateur de Brian Mulroney en 1988. Enfin, le juge Rosthein, recommandé par le gouvernement de Paul Martin, a été nommé par les conservateurs en mars 2006, car un poste était vacant.

suprême était composée majoritairement de juges nommés par le gouvernement Harper⁴. Comment dès lors expliquer le consensus qui existait au sein de la Cour suprême qui a été unanime, ou presque, dans la plupart de ces arrêts, à l'exception de la question très controversée des armes à feu et de quelques enjeux de droit pénal? La thèse de l'appartenance politique, très répandue afin d'expliquer les positions de la Cour suprême des États-Unis, ne semble pas s'imposer d'emblée pour le Canada. De toute évidence, il faut chercher ailleurs les éléments qui ont mené à la polarisation que résume la formule «*Harper v. the Court*⁵».

La Cour suprême du Canada est une cour générale d'appel pour un État fédéral⁶. Depuis sa création en 1875, sa composition reflète des dimensions géographiques et historiques⁷ qui n'existent pas forcément ailleurs, notamment en droit américain où les nominations à la Cour suprême ne sont plus fondées sur des considérations géographiques⁸. Le rôle de la Cour a changé considérablement avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982⁹. Après l'Irlande (1937) et l'Inde (1950), le Canada a été le troisième système politique issu du paradigme de Westminster à adhérer aux principes du constitutionnalisme avec une charte des droits et libertés. Cette révolution (*Charter Revolution*) a imposé un lourd fardeau à la Cour suprême, car elle a été dans l'obligation de voir

-
4. En 2013, les cinq juges nommés par les conservateurs étaient, suivant l'année de leur nomination, le juge Rothstein (2006), le juge Cromwell (2008), le juge Moldaver (2011), le juge Karakatsanis (2011) et le juge Wagner (2012). En 2014, afin de combler les départs des juges LeBel et Fish, deux juges venant du Québec avaient été nommés, soit le juge Gascon et la juge Côté. Pour sa part, le juge Brown a été nommé en 2015. Jusqu'à ce moment-là, et encore en 2017, seules les juges Abella et McLachlin avaient été nommées avant l'arrivée des conservateurs en 2006.
 5. Chr. MANFREDI, préc., note 1, 953
 6. La possibilité de créer cette cour générale d'appel avait été prévue par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
 7. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 6. Cette répartition géographique (*pattern of regional representation*) est la règle depuis l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé en 1949; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., t. 1, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 243. Les nominations visent également à refléter la diversité ethnique et culturelle de la population canadienne, ainsi que l'équilibre entre les personnes des deux sexes: Adam DODEK et Rosemary CAIRNS WAY, «The Supreme Court of Canada and Appointment of Judges in Canada», dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 211, à la page 212.
 8. Jeffrey Allan SEGAL, Harold J. SPAETH et Sara C. BENESH, *The Supreme Court in the American Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 250 («Factors Affecting Nomination: Region»).
 9. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

au respect et à l'application des droits reconnus par la Charte canadienne en fonction d'un vaste corpus législatif hérité du passé et de la suprématie parlementaire.

Cette transition s'est traduite par de grands arrêts. Ce sont surtout les enjeux de société qui ont retenu l'attention. Ainsi, en 1976, avant la Charte canadienne, la Cour suprême avait exprimé une nette déférence à l'égard des intentions du législateur qui avait restreint le droit à l'avortement aux avortements thérapeutiques¹⁰. Saisie de cette question en 1988 avec le même intéressé, elle a fait prévaloir le droit à la sécurité physique des femmes sur le fondement de l'article 7 de la Charte canadienne¹¹. La Cour suprême n'était pas unanime (cinq juges contre deux, dans un jugement de 155 pages), mais la majorité a considéré que la restriction imposée par l'article 287 du *Code criminel*¹² ne répondait pas aux exigences de proportionnalité de l'article premier de la Charte canadienne¹³. Autre élément : le statut des conjoints de même sexe reflète bien l'évolution de la Cour suprême sur ces enjeux de société. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*¹⁴ de 1995, la majorité (cinq juges contre quatre) n'avait pas reconnu le caractère discriminatoire de la définition des « conjoints » dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*¹⁵ qui ne concernait que les personnes de sexe différent¹⁶. En revanche, en 1999, à la suite d'un changement dans la composition de la Cour suprême, cette discrimination à l'égard des conjoints de même sexe en droit ontarien¹⁷ a été sanctionnée par une majorité de huit juges contre un¹⁸. Enfin, en 2004, c'est à l'unanimité que le plus haut tribunal du pays a reconnu la validité constitutionnelle d'une proposition de loi soumise par les autorités fédérales pour permettre le mariage entre personnes du même sexe¹⁹. Dans ce renvoi, la Cour suprême a employé la métaphore de

10. *Morgentaler c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 616.

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

12. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 287. Cette disposition est toujours en vigueur mais inopérante depuis 1988.

13. La Cour suprême des États-Unis n'est pas unanime sur ce sujet. En 2016, par cinq voix contre trois, elle a réaffirmé le droit à l'avortement : *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016).

14. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

15. *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9, art. 2.

16. *Egan c. Canada*, préc., note 14.

17. *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3.

18. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 (200 p.).

19. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 (la Cour). En 2015, par cinq voix contre quatre, la Cour suprême des États-Unis est parvenue à la conclusion que ce type de mariage est un droit constitutionnel en vertu du 14^e amendement de la Constitution : *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

l'arbre vivant afin de souligner la nécessité d'une adaptation progressive aux réalités contemporaines²⁰.

Ce renforcement du rôle des juges a suscité des controverses. À titre d'exemple, la «judiciarisation du politique» avait pour objet de dénoncer le constitutionnalisme et le rôle prépondérant du pouvoir judiciaire dans l'élaboration des politiques publiques²¹. Certaines craintes étaient liées à l'avènement d'un type de démocratie où les questions politiques seraient résolues suivant «le mode [de] fonctionnement propre aux tribunaux²²». Ce sont néanmoins les milieux conservateurs, notamment ceux de l'Ouest canadien, qui ont réagi le plus vigoureusement à la lumière des arrêts favorables aux droits des minorités, notamment les femmes et les homosexuels²³. L'École de Calgary en forme l'illustration la plus connue avec les travaux de Morton et Knopff²⁴, mais également ceux qui sont issus d'autres parties du Canada, également hostiles ou réservés à l'égard de l'«activisme judiciaire²⁵». Si certaines analyses sont polémiques et subjectives²⁶, d'autres déplorent en termes plus mesurés, et suivant une approche qui n'est pas celle du conservatisme, l'appauvrissement de la démocratie politique au Canada dans un contexte où l'élaboration des politiques publiques doit répondre aux exigences de la Charte canadienne²⁷. Ces approches,

-
20. «Notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressive, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne»: *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 19, par. 22. Cette métaphore remonte à l'arrêt *Edwards c. Procureur général du Canada*, [1930] A.C. 124. Afin d'en savoir plus: Wilfrid J. WALUCHOW, «The Living Tree», dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 7, p. 891.
 21. Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996.
 22. *Id.*, p. 111.
 23. David SANSCHAGRIN, *Les juges contre le Parlement? La conscience politique de l'Ouest et la contre-révolution des droits au Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015.
 24. Rainer KNOPFF et Frederick L. MORTON, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson Canada, 1992; Rainer KNOPFF et Frederick L. MORTON, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000; Frederick L. MORTON (dir.), *Law, Politics, and Judicial Process in Canada*, 3^e éd., Calgary, University of Calgary Press, 2002.
 25. Rory LEISHAM, *Against Judicial Activism: The Decline of Freedom and Democracy in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006; James B. KELLY et Christopher P. MANFREDI (dir.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009.
 26. R. LEISHAM, préc., note 25, chap. 5 («How Our Judges Have Become Politicians») et chap. 6 («Escalating Judicial Attack on Christians»).
 27. Andrew PETTER, *The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 226.

qui relèvent de divers horizons politiques, sont loin de faire l'unanimité²⁸, car la justice constitutionnelle liée à l'application de la Charte canadienne a été l'objet de nombreux travaux favorables sous divers angles²⁹. Déjà en 1987, Patrick Monahan constatait que c'est davantage la conduite des officiers publics (notamment les corps policiers) qui est en cause dans les litiges concernant l'application de la Charte canadienne que la contestation des lois et des règlements³⁰.

Cette mise en perspective est importante compte tenu des liens de Stephen Harper avec l'École de Calgary³¹ à la lumière de ses années de formation dans cette ville. Ses liens intellectuels avec le néoconservatisme permettent de préciser l'empreinte du «conservatisme classique» (Edmund Burke³²) et du conservatisme néolibéral (Friedrich Hayek³³), ainsi que des liens avec le fait religieux et une forte teneur morale qui expliquent l'orientation conservatrice des politiques pénales des

-
28. Les auteurs «critiques» à l'égard de la Charte canadienne ont été critiqués: Richard SIGURDSON, «Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics», *Revue internationale d'études canadiennes*, nos 7-8, 1993, p. 95; Lorraine E. WEINRIB, «The Charter Critics: Strangers in a Strange Land», dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 243.
29. Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 153 («Le débat canadien concernant la légitimité du contrôle judiciaire»); James B. KELLY et Michael MURPHY, «Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada's Legal Rights Jurisprudence», (2001) 16 *Revue canadienne Droit et Société* 3; James B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, Vancouver, UBC Press, 2005; Stéphane BERNATCHEZ, *Juger les lois: la légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2006; Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2016.
30. Patrick MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Agincourt, Carswell, 1987, p. 48. Cette appréciation était juste, car ce sont surtout des affaires de droit pénal impliquant la conduite des policiers qui forment la majorité des litiges. Voir également J.B. KELLY, préc., note 29, chap. 4 («The Supreme Court and Police Conduct»).
31. Frédéric BOILY, «Un néoconservatisme à la canadienne? Stephen Harper et l'École de Calgary», dans Linda CARDINAL et Jean-Michel LACROIX (dir.), *Le conservatisme. Le Canada et le Québec en contexte*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2009, p. 35.
32. Russell KIRK, *The Conservative Mind: From Burke to Eliot*, 7^e éd., Washington, Regnery, 2001, p. 12 («Burke and the Politics of Prescription»).
33. Chiaki NISHIYAMA et Kurt R. LEUBE (dir.), *The Essence of Hayek*, Stanford, Hoover Institution Press, 1984, chap. 5 («“Social” or Distributive Justice»).

conservateurs³⁴. La méfiance de Stephen Harper à l'égard du pouvoir judiciaire est conforme aux postulats néolibéraux explicités par les travaux de Knopff et Morton³⁵. Ce n'était pas tant une hostilité de principe à l'égard de la Charte canadienne, mais plutôt une aversion à l'égard de l'activisme judiciaire, notamment au sujet de l'utilisation idéologique du principe d'égalité par les juges. Sur ce plan, ce courant paraît plus proche du conservatisme social que du libéralisme classique, vu son opposition à la revendication de droits et libertés par des groupes minoritaires³⁶. Peu de temps après son accession au pouvoir, en septembre 2006, Stephen Harper a mis fin au Programme de contestation judiciaire³⁷.

La thèse du conflit entre les politiques du gouvernement Harper et l'application des principes de la Charte canadienne par le pouvoir judiciaire repose sur des indices sérieux. Sur ce plan, ce n'est pas vraiment l'existence d'un conflit ouvert et direct entre le gouvernement et la Cour suprême qui doit être allégué et prouvé. En effet, il serait difficile de démontrer que les juges auraient été dans une hostilité de principe à l'égard des politiques conservatrices, ou l'inverse, car les milieux conservateurs « classiques » sont souvent respectueux à l'égard de l'autorité des juges. Ce qui compte en réalité, c'est la perception d'un conflit dans l'opinion publique, notamment dans les médias et la profession juridique³⁸. L'hostilité des milieux

-
34. Frédéric BOILY, *Stephen Harper: La fracture idéologique d'une vision du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, chap. 1 (« Les fondements intellectuels d'une vision politique »).
35. Natalie BOISVERT, « L'École de Calgary et le pouvoir judiciaire », dans Frédéric BOILY (dir.), *Stephen Harper. De l'École de Calgary au Parti conservateur: les nouveaux visages du conservatisme canadien*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007, p. 99.
36. Harper a été influencé par les travaux de Ian BRODIE, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany, State University of New York Press, 2002.
37. Ce programme a été créé en 1978 par le gouvernement de Pierre Elliott Trudeau en vue d'offrir une assistance financière pour l'avancement des droits linguistiques. C'est néanmoins le gouvernement conservateur de Brian Mulroney qui lui a conféré une importance accrue en 1985 dans le contexte de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte canadienne (principe d'égalité). Le même gouvernement a retiré son soutien financier en 1992. Le gouvernement libéral de Jean Chrétien l'a rétabli en 1994. Enfin, après l'abolition de 2006, il a été partiellement rétabli en 2008 en étant limité aux droits linguistiques (Programme d'appui aux droits linguistiques). Dans une version bonifiée, il est désormais de retour depuis le 30 août 2017 : GOUVERNEMENT DU CANADA, « Programme de contestation judiciaire », [En ligne], [www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/financement/programme-contestation-judiciaire/fiche-information.html] (25 octobre 2017).
38. « In one of the starkest examples in Canadian history of two branches of government openly turning against one another, the red robed members [of the] Supreme Court of Canada have spent months systematically shooting down virtually every issue the

conservateurs a pour objet le phénomène du *chartering of Canadian politics*, dans un contexte où les principes issus de la Charte canadienne jouent un rôle important dans l'élaboration des politiques publiques au Canada³⁹.

L'aspect qui facilite notre étude est la présence de balises temporelles qui vont de 2006 à 2015, et nous y avons inclus les arrêts postérieurs à la chute des conservateurs et qui ont été rendus en 2016. L'élément qui peut paraître moins évident est l'organisation de ce corpus d'arrêts. Faut-il en faire une recension chronologique ou bien tenter une répartition suivant le mode de saisine de la Cour suprême? Cette dernière a été saisie directement par le gouvernement Harper à quatre reprises par le procédé du renvoi fondé sur l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*⁴⁰. Ces quatre renvois sont des affaires de droit constitutionnel qui ne reposent pas sur des allégations d'atteinte à des droits reconnus par la Charte canadienne. L'examen attentif des arrêts montre que des dispositions de cette charte ont été invoquées pour des enjeux de société (prostitution, aide médicale à mourir, vie privée des internautes, législation pénale, sécurité). Le droit pénal est alors prépondérant⁴¹. Ce constat nous permet de dégager une *summa divisio* entre un premier groupe d'arrêts, où des enjeux de société sont déterminants pour l'issue des litiges (partie 1), par opposition à un groupe plus restreint, où la Charte canadienne n'est plus en cause dans des litiges de droit constitutionnel «classique» (partie 2). Cette présentation offre l'avantage d'être claire et cohérente.

Ce conflit a été largement perçu comme une opposition entre une «cour libérale» et un gouvernement conservateur. À première vue, il pourrait être perçu comme un épisode supplémentaire de la politisation des juges et de l'activisme judiciaire. Depuis le *Renvoi relatif à la sécession*

Conservatives hold dear»: Tristin HOPPER, «A Scorecard of the Harper Government's Wins and Losses at the Supreme Court of Canada», *National Post*, 15 avril 2015. Ce commentaire et d'autres du même type ont été signalés par Chr. MANFREDI, préc., note 1, 953.

39. David SCHNEIDERMAN et Kate SUTHERLAND (dir.), *Charting the Consequences: The Impact of Charter of Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997; Heather MACIVOR, *Canadian Politics and Government in the Charter Era*, 2^e éd., Toronto, Oxford University Press, 2012.

40. *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 7.

41. Dans les arrêts liés à l'application de la Charte canadienne, quelques litiges sont trop périphériques pour alimenter la thèse du conflit. Ainsi, l'exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada de la syndicalisation et du régime de négociation collective était «historique» et résultait de lois antérieures aux conservateurs. La Cour suprême a censuré cette exclusion sur le fondement de l'article 2 d) de la Charte canadienne: *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur Général)*, [2015] 1 R.C.S. 3.

du Québec⁴², le rôle politique de la Cour suprême est reconnu de façon plus explicite⁴³. Les frontières traditionnelles entre le droit et la politique seraient ainsi brouillées, à un point tel que les juges seraient devenus, dans plusieurs systèmes nationaux, des décideurs politiques ou des acteurs politiques⁴⁴. La thématique très connue du « gouvernement des juges » facilite cette perception⁴⁵. Plus connue en France qu'en monde de common law, cette expression a souvent une connotation péjorative en vue de critiquer le pouvoir excessif des juges⁴⁶.

L'insistance sur la dimension politique n'est pourtant pas dénuée de fondements. Nous avons constaté qu'au fil du temps les réflexions de la Cour suprême ont évolué sur des enjeux de société. Dans les arrêts de choix ultimes, les juges sont influencés par des « jugements de valeurs », surtout si les contours de certaines notions requièrent une appréciation qui ne repose pas exclusivement sur le droit⁴⁷.

Cette approche présente néanmoins un défaut majeur, car les juges ne sont pas des acteurs politiques qui gouvernent avec un programme politique au même titre que le gouvernement ou le Parlement. La période 2006-2015 exige de revoir cette surenchère relative à la dimension politique⁴⁸. Contrairement à l'image souvent proposée de la politisation des juges et de l'activisme judiciaire, c'est en réalité la rationalité juridique, la

42. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (la Cour).

43. Voir sur ce point les analyses convergentes de Jacques-Yvan MORIN, « Le rôle politique de la Cour suprême dans le débat sur le droit de sécession du Québec », dans M.J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), préc., note 28, p. 161, et de Patrick J. MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference », dans M.J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), préc., note 28, p. 169.

44. Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

45. Raoul BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 2^e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1997.

46. Pour une analyse critique de l'expression « gouvernement des juges », voir Michel TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », dans Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 231.

47. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 55 (trois interprétations de « société libre et démocratique »).

48. Robert I. MARTIN, *The Most Dangerous Branch: How the Supreme Court of Canada Has Undermined our Law and our Democracy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003.

*ratio juris*⁴⁹, celle qui découle directement de l'argumentation juridique et de sa mise en œuvre, qui a été à l'origine des déconvenues du gouvernement conservateur. Ce dernier avait mal anticipé qu'il pouvait être mis en échec, directement ou indirectement selon les litiges, du seul fait de l'application de principes fondamentaux issus du droit pénal et du droit constitutionnel, ou encore pour simple violation de dispositions législatives ou constitutionnelles. La rationalité interne du droit a été déterminante dans l'issue de ces divergences entre la Cour suprême et les conservateurs. Le conflit entre leur rationalité politique et la rationalité juridique, en apparence simple, reflète en réalité des dimensions plus complexes dans l'évolution du constitutionnalisme au Canada. Cette explication ne correspond pas à plusieurs stéréotypes. Elle exige toutefois une évaluation de la dimension proprement juridique de chaque arrêt.

1 Les enjeux de société

La forte teneur morale et religieuse des positions conservatrices est connue à la lumière des expériences politiques du dernier quart du xx^e siècle⁵⁰. Elle repose en partie sur une critique des politiques sociales de l'État-providence dans la mesure où celui-ci apparaît comme un simple appareil qui fournit des biens. L'influence du néoconservatisme a été soulignée dans la proportion où ce dernier préconise de « vivre selon le Bien » et non simplement de « bien vivre » avec des politiques sociales⁵¹. Au Canada, les programmes électoraux des conservateurs, de 2006 à 2015, proposent une sévérité accrue dans le domaine pénal, ainsi qu'un renforcement de la sécurité⁵².

Ce serait néanmoins une erreur de présenter les visées politiques des conservateurs uniquement sous la seule bannière de la loi et de l'ordre. Les Conservateurs étaient certes conservateurs sur le plan social, mais

49. Hugo CYR et Monica POPESCU, « The Supreme Court of Canada », dans Andras JAKAB, Arthur DYEVE et Giulio ITZCOVICH (dir.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 154.

50. Élisabeth LÉVY, « *The Right Hand of God*. Religion et conservatisme aux États-Unis et en Grande-Bretagne », dans Clarisse BERTHEZÈNE et Jean-Christian VINEL (dir.), *Conservatismes en mouvement : une approche transnationale au xx^e siècle*, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 2016, p. 383.

51. Fr. BOILY, préc., note 31, p. 39.

52. *Changeons pour vrai*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada, 2006, p. 21 (« Pour la sécurité »); *Un Canada fort et libre. Le plan de Stephen Harper pour les Canadiens*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada, 2008, p. 35 (« Protéger la sécurité des Canadiens »); *Ici pour le Canada*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada, 2011, p. 51 (« Ici pour les Canadiens respectueux des lois »), notamment p. 58 (« Présentation de l'ordre du jour sur la loi et l'ordre »).

très libéraux dans le domaine économique. Une telle orientation à teneur économique est en réalité prépondérante dans leurs programmes électoraux, notamment en 2011⁵³ et encore plus en 2015⁵⁴, où le recentrage sur les enjeux économiques se révèle manifeste après la série d'échecs essuyés auprès de la Cour suprême. Cependant, si leur programme de 2015 insiste encore sur les dimensions liées à la sécurité, notamment la nécessité de « rendre les rues plus sécuritaires », la dimension répressive de leur approche perdra dans l'opinion publique et imprimera une coloration durable à leur image politique.

La série d'arrêts relatifs aux infractions pénales et aux moyens d'investigation, ainsi que ceux qui ont pour objet le durcissement de la répression pénale, reflète l'inflation des interventions conservatrices dans le domaine pénal en fonction de la « dangerosité ». Cette orientation populiste et punitive des politiques pénales constitue un champ spécifique d'études⁵⁵. Toutefois, la série d'arrêts relatifs à ce domaine ne peut rendre compte de l'ampleur des changements induits par les politiques conservatrices en matière pénale : la hausse du taux d'incarcération, la surpopulation dans les cellules, l'augmentation du recours à l'isolement cellulaire à des fins de discipline carcérale, la répression accrue à l'égard des jeunes délinquants, pour n'en donner que quelques exemples⁵⁶.

La contestation est venue d'acteurs sociaux qui ne correspondaient pas à l'imagerie négative des conservateurs à propos des « activistes judiciaires⁵⁷ ». Ce sont en réalité des personnes ayant le statut de délinquant (au regard du système de justice pénale) qui ont revendiqué des droits reconnus par la Charte canadienne.

53. *Le plan Harper : maintenir les taxes et les impôts bas pour stimuler la croissance économique et la création d'emplois*, sous-titre du Programme de 2011, *Ici pour le Canada*, préc., note 52.

54. *Protéger notre économie. Notre plan conservateur pour protéger l'économie*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada, 2015.

55. Julian V. ROBERTS et autres, *Penal Populism and Public Opinion : Lessons from Five Countries*, New York, Oxford University Press, 2003 ; Denis SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005 ; John PRATT, *Penal Populism*, New York, Routledge, 2007 ; Pierre LANDREVILLE, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », *Criminologie*, vol. 40, n° 2, 2007, p. 19 ; John PRATT et Michelle MIAO, « Penal Populism : The End of Reason », *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research*, document n° 2017-02.

56. Julie DESROSIERS et Pierre RAINVILLE, « Remarques liminaires sur les dérives et évolutions du droit pénal », (2009) 50 *C. de D.* 455.

57. Sur les « activistes », voir Charles R. EPP, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

1.1 Les litiges relatifs aux infractions pénales et aux moyens d'investigation

L'arrêt emblématique de cette période est l'affaire *Canada (Procureur général) c. Bedford* (67 p.)⁵⁸ à propos de la criminalisation de conditions liées à l'exercice de la prostitution⁵⁹. Même si les conservateurs n'étaient pas à l'origine des interdictions traditionnelles en cette matière, la contestation engagée en Ontario par trois femmes qui revendiquaient le statut de prostituées ou d'ex-prostituées constituait une attaque directe contre les politiques pénales du gouvernement Harper⁶⁰.

Dans l'arrêt *Bedford*⁶¹, le litige avait pour objet la validité constitutionnelle de trois dispositions du *Code criminel* qui criminalisaient le fait de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver, le fait de vivre des produits de la prostitution d'autrui et l'interdiction de la communication en public à des fins de prostitution⁶². Sur le fondement de l'article 7 de la Charte canadienne, les trois intéressées ont fait valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettaient la sécurité et la vie des prostituées en les empêchant de prendre des mesures de protection contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ont également allégué une atteinte à la liberté d'expression en invoquant l'alinéa 2 b) de la Charte canadienne. Elles avaient obtenu des jugements favorables en première instance⁶³, de même que devant la Cour d'appel de l'Ontario⁶⁴.

La Cour suprême a été ainsi appelée à revoir les positions qu'elle avait exprimées dans le *Renvoi sur la prostitution* qui remonte à 1990⁶⁵. Dans cet arrêt, elle avait confirmé la constitutionnalité des interdictions imposées par deux des trois dispositions contestées (maison de débauche et communication à des fins de prostitution) en fonction des mêmes dispositions de la Charte canadienne (art. 7 et al. 2 b)). Dans l'arrêt de 2013, c'était

58. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 (ci-après «arrêt *Bedford*»).

59. *Id.*

60. Déjà, en 2012, la Cour suprême avait été saisie d'une demande en provenance de la Colombie-Britannique (Vancouver) en vue de déterminer si un groupe de défense des prostituées avait la qualité pour agir dans l'intérêt public. Elle avait répondu par l'affirmative : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524 (j. Cromwell, au nom de la Cour).

61. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

62. *Code criminel*, préc., note 12, art. 210, 212 (1) j) et 213 (1) c).

63. *Bedford c. Canada*, 2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321 (j. Himel).

64. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1 (j. Doherty, Rosenberg et Feldman, majoritaires ; j. MacPherson et Cronk, dissidents).

65. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Manitoba)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

une question délicate, car la Cour suprême avait été dans l'obligation de préciser les éléments pouvant permettre à un juge de première instance de se soustraire aux contraintes liées à la règle du précédent (dimension hiérarchique). De même, elle devait clarifier les conditions en vertu desquelles elle pouvait déroger à ses propres précédents (dimension collégiale). Au nom de la Cour suprême, la juge en chef McLachlin a répondu qu'une telle dérogation était possible « lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve⁶⁶ ».

Le Procureur général du Canada et celui de l'Ontario, pour leur part, ont soutenu que les allégations d'atteinte à la sécurité (article 7 de la Charte canadienne) ne pouvaient être retenues puisque « les prostituées font le choix de se livrer à une activité intrinsèquement risquée⁶⁷ ». Leurs arguments n'ont pas été retenus. En procédant à l'examen de sa propre jurisprudence relative à la portée de l'article 7, la Cour suprême est parvenue à la conclusion que les dispositions contestées étaient arbitraires en ayant une portée excessive, notamment par la disproportion à l'égard des objectifs publics liés à l'encadrement juridique de la prostitution. Ainsi, le plus haut tribunal canadien a examiné attentivement le critère de la « portée excessive » en reprenant de façon systématique ses propres arrêts⁶⁸.

Le rayonnement médiatique de cette affaire a été considérable, car la Cour suprême a rendu un jugement unanime dans ce cas. Il illustre fort bien ce que peut représenter la rationalisation juridique d'un phénomène social. Cet arrêt n'offre aucune synthèse générale sur les dimensions sociales et économiques de la prostitution au Canada au début du XXI^e siècle. Ce n'est pas le rapport d'une commission parlementaire. En fait, la Cour a raisonné en fonction des principes de justice fondamentale et du contrôle de proportionnalité afin de déterminer s'il y avait atteinte à des droits reconnus par la Charte canadienne.

Les conservateurs ont riposté en 2014 par une loi ayant pour objet d'interdire et de criminaliser toute forme de publicité pour des services sexuels⁶⁹. Cette loi introduit également une longue disposition en vue d'interdire l'obtention, moyennant rétribution, de services sexuels, ainsi que la communication à cette fin⁷⁰. Sans procéder à une analyse exhaustive de cette loi, nous constatons que quelques dispositions servent, à toutes

66. Arrêt *Bedford*, préc., note 58, par. 44.

67. *Id.*, par. 79.

68. *Id.*, par. 101-123.

69. *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, L.C. 2014, c. 25.

70. *Code criminel*, préc., note 12, art. 286.1 (marchandisation des activités sexuelles).

fins utiles, à criminaliser la prostitution et vont à l'encontre de principes dégagés dans l'arrêt *Bedford*⁷¹.

En 2014, la Cour suprême a livré un autre arrêt unanime, *R. c. Spencer* (44 p.)⁷², à propos des fouilles relatives à la vie privée des internautes. Pour ce qui est des faits, la police avait été en mesure d'obtenir auprès du fournisseur de services Internet l'adresse de protocole Internet que l'accusé avait utilisée afin d'accéder à de la pornographie impliquant des mineurs, et ce, dans le but de la stocker à l'aide d'un programme de partage de fichiers. La demande avait été formulée sans autorisation judiciaire préalable sur le fondement d'une disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁷³, loi qui avait été adoptée en 2000 par les libéraux (gouvernement de Jean Chrétien). Lors du procès, l'accusé a allégué que les éléments de preuve obtenus par les policiers correspondaient à une fouille ou à une perquisition abusive en dérogation aux garanties offertes par l'article 8 de la Charte canadienne⁷⁴.

Au nom de la Cour suprême, le juge Cromwell a constaté que l'obtention de l'adresse de protocole Internet et des renseignements sur l'identité de l'abonné constituait une fouille. Le véritable enjeu consistait à déterminer si, d'une manière générale, les citoyens ont droit au respect de leur vie privée à l'égard des renseignements relatifs aux ordinateurs utilisés à domicile à des fins privées par l'entremise d'un abonnement à des services Internet⁷⁵. Le fait qu'une résidence était en cause a été un facteur important. Cependant, au-delà de cet élément, la Cour suprême a pris en considération trois critères : la confidentialité, le contrôle de l'information et l'anonymat.

Pour l'issue de l'affaire, le critère de l'anonymat a été le plus déterminant. Le droit à l'anonymat est une dimension importante du droit à la vie privée aux fins de l'interprétation de l'article 8 de la Charte canadienne. Dans cette perspective, la Cour suprême a pris en considération les enjeux concrets liés à l'utilisation d'Internet, notamment la croissance

71. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

72. *R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212.

73. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, sous-al. 7 (3) c. 1) (ii) (ci-après «LPRPDE»).

74. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9, art. 8 : «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Le juge de première instance n'a pas retenu cet argument au motif que l'obtention des renseignements relatifs à l'abonnement ne constituait pas une fouille ni une perquisition. La Cour d'appel a confirmé ce verdict et a annulé l'acquittement sur l'accessibilité : *Spencer c. R.*, 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280 (j. Cameron, Ottenbreit et Caldwell).

75. *R. c. Spencer*, préc., note 72, par. 36.

exponentielle de la qualité et de la quantité de renseignements qui peuvent être stockés, mais également l'accès à l'historique de navigation et l'utilisation des moteurs de recherche. Il apparaît clairement qu'un utilisateur de services Internet n'est pas en mesure d'exercer un contrôle total à l'égard du profil de ses activités en ligne. Dans ce contexte, l'anonymat permet à un utilisateur d'être assuré que ses activités demeurent confidentielles. Afin de déterminer si une atteinte raisonnable en matière de vie privée était acceptable, la Cour suprême a été conduite à examiner la teneur du contrat d'abonnement, les politiques élaborées par le fournisseur de services Internet, ainsi que le contenu de la LPRPDE. Or, pour cette dernière, la Cour suprême est parvenue à la conclusion que la communication faite à la demande de la police ne répondait pas aux exigences de l'article 7 de cette loi. Comme la fouille avait été effectuée sans mandat, elle a été présumée abusive, ce qui sera toujours le cas, à moins d'être autorisée expressément par ladite loi⁷⁶. En dépit de cette violation, la preuve ainsi obtenue à l'encontre de Matthew David Spencer a été jugée admissible au sens de l'article 24 (2) de la Charte canadienne.

Même si Matthew David Spencer a été reconnu coupable, la Cour suprême aura néanmoins posé des balises importantes pour le respect de la vie privée des internautes. Bien que l'arrêt n'ait pas eu pour objet une vaste réflexion sur la vie privée à l'ère numérique, le litige a été réglé sur le fondement du droit à la vie privée qui résulte de la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, ainsi que sur des considérations de stricte légalité liées aux exigences de la LPRPDE.

Déjà en février 2012, les conservateurs avaient déposé le projet de loi n° C-30 (*Loi sur la protection des enfants contre les cyberspéditeurs* (titre abrégé)) afin de reconnaître aux corps policiers des pouvoirs considérables d'investigation et d'interception de communications électroniques faites à des fins criminelles, sans l'autorisation préalable d'un juge⁷⁷. Devant l'ampleur des protestations, ce projet de loi a été abandonné le 11 février 2013. Ce contexte explique le soin apporté par la Cour suprême à proposer un cadre juridique plus respectueux des droits et libertés en 2014. Les enjeux liés à la cybersurveillance n'en restent pas moins d'actualité. Ainsi, le projet de loi n° C-51 en vue de renforcer les pouvoirs des autorités fédérales dans la lutte contre le terrorisme a été adopté en mai 2015⁷⁸. Il a

76. *Id.*, 246 ; R. c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

77. *Loi édictant la Loi sur les enquêtes visant les communications électroniques criminelles et leur prévention et modifiant le Code criminel et d'autres lois*, projet de loi n° C-30, 1^{re} sess., 41^e légis., (Can.). Devant l'ampleur des protestations, ce projet de loi a été abandonné le 11 février 2013.

78. *Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, c. 20.

notamment servi à créer deux nouvelles lois, la *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*⁷⁹ et la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*⁸⁰ qui permet de régulariser, au niveau législatif, l'usage de la liste regroupant les noms des personnes interdites de vol (*no-fly list*) au Canada⁸¹.

L'affaire relative au rapatriement d'Omar Khadr (24 p.) relève également des moyens d'investigation⁸². À l'âge de 15 ans, ce citoyen canadien, a été capturé par les forces militaires américaines en Afghanistan en juillet 2002 et transféré dans les mois qui ont suivi à Guantanamo afin d'être placé dans un centre de détention pour adultes. En 2003 et en 2004, des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), ainsi que des membres de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), l'ont interrogé et ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines, tout en sachant que ces dernières avaient soumis Omar Khadr à une technique de privation de sommeil connue sous le nom de *frequent flyer program*. Dans le premier arrêt rendu à ce sujet en 2008, la Cour suprême avait ordonné au gouvernement canadien, en se fondant sur l'article 7 de la Charte canadienne, de communiquer à Omar Khadr les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis⁸³. Celui-ci avait alors demandé à plusieurs reprises son rapatriement au Canada. Le 10 juillet 2008, lors d'une conférence de presse, le premier ministre Harper a annoncé son refus à cet égard⁸⁴.

L'affaire *Canada (Premier ministre) c. Khadr* revêtait une grande importance, car le Canada avait activement participé à un processus contraire aux obligations internationales en matière de droits et libertés,

79. *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, L.C. 2015, c. 20, art. 2.

80. *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, c. 20, art. 11.

81. Du côté américain, cette liste de personnes suspectes a connu un essor considérable après les attentats du 11 septembre 2001. Au Canada, il s'agissait du Programme de protection des passagers qui remonte à 2007. Sur ce sujet, voir Daniel MOCKLE, «La virtualité et l'État de droit», dans Karim BENEKHEF et Pierre TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, p. 9, à la page 45 («La transformation numérique de l'espace étatique : les "frontières intelligentes"»).

82. *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44 (la Cour) (ci-après «arrêt *Khadr*»).

83. *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125.

84. En invoquant les exigences de l'article 7 de la Charte canadienne, Omar Khadr a obtenu une réponse favorable de la Cour fédérale, ainsi que de la Cour d'appel fédérale : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2009 CAF 246, 310 D.L.R. (4th) 462 (j. Evans et Sharlow ; j. Nadon, dissident).

notamment l'interdiction de la torture, et avait contribué à la détention continue d'Omar Khadr. En rendant une décision unanime, la Cour suprême a repris les principes dégagés en 2008. Malgré le fait que la Charte canadienne ne présente pas de portée extraterritoriale pour les Canadiens qui sont à l'étranger, son application peut être revendiquée si ce sont les autorités canadiennes, en mission à l'étranger, qui participent à des mesures ou à des actions contraires aux principes qu'elle contient⁸⁵. La Cour suprême n'a pas hésité à condamner le refus exprimé par le premier ministre. Le fait d'avoir interrogé un mineur en ayant recours à des moyens associés à la torture, et sans l'aide d'un avocat, afin de lui soutirer des déclarations relatives à des accusations criminelles et de les transmettre aux autorités américaines «contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires⁸⁶» dans ce domaine⁸⁷.

En revanche, la Cour suprême n'a pas ordonné le rapatriement d'Omar Khadr, car ce sujet délicat mettait en jeu la souveraineté de l'État pour les affaires étrangères. Au Canada, ce type de pouvoir relève de la prérogative royale. L'exercice des pouvoirs qui en découlent n'en reste pas moins assujéti aux limites qui découlent du contenu de la Charte canadienne depuis 1985⁸⁸. Le plus haut tribunal du pays a donc laissé au gouvernement Harper le choix de la réponse⁸⁹, ce qui constitue une attitude fort éloignée des allégations d'«activisme judiciaire» constamment réitérées à l'égard des juges. Sur ce plan, la Cour suprême a assumé son rôle traditionnel de protection lié à l'application de garanties constitutionnelles. Ainsi, le problème politique de la détention d'Omar Khadr a été tranché sur le fondement des garanties offertes par l'article 7 de la Charte canadienne.

L'arrêt *Khadr*⁹⁰ met en lumière les suites politiques des événements du 11 septembre 2001. Trois arrêts importants ont été rendus en matière

85. Ce principe avait été énoncé dans l'affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292.

86. Arrêt *Khadr*, préc., note 82, par. 25.

87. *Id.*

88. *Opération Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

89. Arrêt *Khadr*, préc., note 82, par. 39. Ce n'est toutefois qu'en septembre 2012 qu'Omar Khadr a été rapatrié à la suite de la demande des autorités américaines, car il était le seul ressortissant issu d'un État occidental encore détenu à Guantanamo. Le Canada a été critiqué pour ce retard. De 2012 à 2015, Omar Khadr a été incarcéré sur la base des éléments de preuve obtenus à Guantanamo, et en raison également de ses aveux. Le 7 juillet 2017, le gouvernement de Justin Trudeau lui a offert des excuses officielles avec une indemnisation considérable qui a provoqué l'indignation des conservateurs : RADIO-CANADA, «Ottawa versera 10 millions de dollars à l'ex-enfant-soldat Omar Khadr», 4 juillet 2017, [En ligne], [ici.radio-canada.ca/nouvelle/1043321/excuses-indemnité-10-millions-omar-khadr] (6 septembre 2017).

90. *Id.*

de sécurité nationale dans le contexte particulier des mesures contre le terrorisme : les deux premiers, qui avaient pour objet la même affaire, remontent à 2007 et à 2008 ; l'autre arrêt, relatif également aux mesures de sécurité, a été rendu en 2014. Comme l'enjeu principal est la détention de personnes dangereuses pour la sécurité nationale, des principes fondamentaux de la procédure pénale sont en cause. Dans le premier arrêt, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (79 p.)⁹¹, la délivrance des certificats de sécurité résultait d'un régime élaboré conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁹². Cette loi de 2001 avait été conçue sous le gouvernement libéral de Jean Chrétien. Elle n'en constituait pas moins une loi ayant une portée significative pour les conservateurs compte tenu de l'importance accrue des questions liées à la sécurité nationale dans leur programme politique. Dans l'arrêt unanime rendu au nom de la Cour suprême, la juge en chef McLachlin a conclu que le dispositif initial des certificats de sécurité portait atteinte aux garanties d'équité procédurale incluses dans les principes de justice fondamentale énoncés dans l'article 7 de la Charte canadienne (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité). Cet article n'exige pas un type particulier de procédure, mais plutôt un processus équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause⁹³. Dans l'énumération des principes pertinents, la Cour suprême a insisté sur le respect du caractère contradictoire, notamment sur le droit à l'audition et le droit d'accès à la preuve produite, avec la possibilité de réponse pour l'intéressé. En se fondant sur ses propres précédents en droit de l'immigration, notamment les arrêts *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'Immigration*⁹⁴ et *Suresh c. Citoyenneté et Immigration Canada*⁹⁵, la Cour n'a guère eu de difficultés afin de sanctionner la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos où les juges ne peuvent entendre que les arguments d'une seule partie. Ce qui confère à l'arrêt *Charkaoui* un intérêt spécifique, ce sont les réflexions de la Cour suprême afin de trouver des solutions moins attentatoires aux droits procéduraux des intéressés eu égard aux impératifs de la sécurité nationale⁹⁶. La Cour suprême a également conclu que le dispositif des certificats de sécurité portait atteinte aux garanties reconnues par l'article 9 (protection contre la détention arbitraire), ainsi que par l'alinéa 10 c) (contrôle de légalité de la détention) de la Charte

91. *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 (ci-après «arrêt *Charkaoui* »).

92. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (ci-après «LIPR »).

93. Arrêt *Charkaoui*, préc., note 91, par. 20.

94. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

95. *Suresh c. Citoyenneté et Immigration Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3.

96. Arrêt *Charkaoui*, préc., note 91, par. 70 et suiv.

canadienne, puisque la LIPR interdisait tout contrôle de la détention des étrangers dans un délai de 120 jours suivant la confirmation du certificat.

La déclaration d'invalidité a néanmoins été suspendue pour une année en vue de permettre au Parlement de modifier la loi. Dès le début de 2008, le projet de loi n° C-3 a été adopté et de nouvelles dispositions ont été promulguées le 22 février 2008⁹⁷, en reprenant pour l'essentiel l'approche britannique du représentant spécial⁹⁸. Un deuxième arrêt a été rendu en juin 2008, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (36 p.)⁹⁹, en raison des difficultés éprouvées par Adil Charkaoui, avant l'arrêt de 2007, pour l'obtention d'éléments de preuve¹⁰⁰. À l'unanimité, la Cour suprême a évalué que l'obligation de communication emportait comme conséquence une obligation de conservation de notes opérationnelles qui avaient été détruites par le SCRS en violation d'une exigence prévue par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*¹⁰¹. En revanche, la Cour suprême a refusé la demande d'arrêt des poursuites, car plusieurs garanties procédurales avaient été respectées. Dans les deux arrêts *Charkaoui*¹⁰², dont les enjeux sont éminemment politiques sous plusieurs rapports (lutte contre le terrorisme), la Cour suprême a donc raisonné en termes exclusivement juridiques.

En 2014, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat* (70 p.)¹⁰³, la Cour suprême a été appelée de nouveau à examiner la validité du régime des certificats de sécurité¹⁰⁴. À la différence de l'arrêt *Charkaoui* de 2007, elle a confirmé à l'unanimité la validité constitutionnelle du nouveau régime introduit dans la LIPR, notamment le rôle des avocats spéciaux. Le litige avait pour objet l'étendue de l'obligation de divulgation afin que la personne visée par la délivrance d'un certificat soit « suffisamment informée » pour donner aux avocats spéciaux des renseignements leur permettant de contester l'information et la preuve présentée lors des audiences à huis clos. L'essentiel du litige découlait des restrictions qui limitaient le pouvoir des avocats spéciaux pour l'admissibilité ou

97. *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, c. 3.

98. LIPR, préc., note 92, art. 85-85.6 (avocat spécial).

99. *Charkaoui c. (Canada) Citoyenneté et Immigration*, [2008] 2 R.C.S. 326 (j. LeBel et Fish).

100. *Id.*

101. *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23, art. 12.

102. Arrêt *Charkaoui*, préc., note 91 ; *Charkaoui c. (Canada) Citoyenneté et Immigration*, préc., note 99.

103. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, [2014] 2 R.C.S. 33 (ci-après « arrêt *Harkat* »).

104. *Id.*

l'accessibilité de certains éléments de preuve. La Cour suprême a conclu dans un premier temps que les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée¹⁰⁵. L'un des points majeurs du litige n'en restait pas moins la demande des avocats spéciaux afin de pouvoir questionner et contre-interroger les sources humaines du SCRS. La Cour suprême n'est pas parvenue à un consensus sur ce point précis. Au nom de la majorité, la juge en chef McLachlin a confirmé la position de la Cour d'appel en soulignant que le travail classique des indicateurs de police diffère considérablement de la collecte de renseignements et d'informations de sécurité¹⁰⁶. En revanche, les juges Abella et Cromwell ont été dissidents sur cette question en affirmant que les indicateurs du SCRS ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée après avoir reçu une promesse d'anonymat. Comme c'est le cas des procès en matière pénale, ils ont affirmé que le privilège générique de confidentialité devrait être appliqué¹⁰⁷.

En dépit de cette divergence, les juges de la Cour suprême ont néanmoins été d'accord sur plusieurs points essentiels en constatant que le nouveau régime établi par la LIPR est conforme aux exigences de l'article 7 de la Charte canadienne. Comme ce sont les conservateurs qui ont modifié cette loi en 2008 afin de rendre plus crédible le régime des certificats de sécurité, il n'est pas possible d'interpréter l'arrêt *Harkat*¹⁰⁸ comme un échec pour le gouvernement Harper. Une analyse plus fine montre néanmoins l'importance déterminante que conserve le contrôle judiciaire sur l'ensemble du processus de délivrance des certificats de sécurité, ce qui est très éloigné des intentions initiales des conservateurs. Au sens strict, ceux-ci n'ont pas essuyé une défaite sur la légalité du nouveau processus, mais ils n'ont pas obtenu pour autant de gains substantiels en matière de sécurité.

Enfin, le dernier arrêt relatif au domaine des infractions pénales a pour objet l'aide médicale à mourir. Déjà, dans un premier arrêt très connu qui remonte à 1993 (*Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*¹⁰⁹), la Cour suprême était restée très divisée sur cette question. À cette époque, aucune démocratie occidentale n'autorisait expressément l'aide médicale à mourir. Au nom de la majorité, le juge Sopinka avait conclu que l'interdiction de cette aide ne contrevenait pas à l'article 7 de

105. *Id.*, par. 61 (j. en chef McLachlin, au nom de la majorité).

106. *Id.*, par. 85.

107. *Id.*, par. 114.

108. *Id.*

109. *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

la Charte canadienne et que, si une atteinte pouvait être alléguée à l'égard du principe d'égalité reconnu par l'article 15, l'interdiction générale pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de ladite charte relatif au contrôle de proportionnalité¹¹⁰.

Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)* (93 p.)¹¹¹ rendu en 2015, la Cour suprême a prononcé un jugement unanime où elle a révisé la position qu'elle avait retenue plus de 20 ans auparavant. Elle a pris en considération l'autonomie et la dignité d'un adulte capable qui cherche dans la mort un remède à des problèmes de santé graves et irrémédiables. À des fins de pondération, elle a également tenu compte du caractère sacré de la vie et de la nécessité de protéger les personnes vulnérables. Le plus haut tribunal du pays a ainsi conclu que l'alinéa 241 b) et l'article 14 du *Code criminel* portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité reconnus par l'article 7 de la Charte canadienne¹¹². Comme dans l'arrêt *Bedford*¹¹³, la Cour suprême a été dans l'obligation de clarifier la question délicate du réexamen de la règle du précédent par une cour de première instance. Même si les faits du litige étaient «très semblables» à ceux de l'arrêt de 1993, les juges ont validé ce réexamen compte tenu de l'évolution considérable des principes de la portée excessive et du caractère disproportionné liés à l'application de l'article 7 de la Charte canadienne, ainsi que de l'évolution des faits législatifs et sociaux relatifs à l'aide médicale à mourir¹¹⁴. La Cour suprême a également dû préciser davantage les compétences respectives des autorités fédérales et des provinces dans le domaine de la santé, car c'est là une matière de compétence concurrente.

Afin de déterminer si l'interdiction de l'aide médicale à mourir portait atteinte aux droits reconnus par l'article 7 de la Charte canadienne, la Cour suprême a examiné ses propres précédents, notamment deux arrêts

110. Quatre juges avaient néanmoins manifesté leur désaccord (j. en chef McLachlin, avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé; j. Lamer et Cory, dans deux autres jugements séparés).

111. *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 (la Cour) (ci-après «arrêt Carter»).

112. En Cour suprême de Colombie-Britannique, les proches parents de Kay Carter avaient eu gain de cause à propos de la validité constitutionnelle des dispositions contestées : *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1. Atteinte d'une maladie neurodégénérative fatale, la sclérose latérale amyotrophique, Kay Carter avait été dans l'obligation de faire un déplacement en Suisse, grâce à l'aide de sa fille et de son conjoint, afin de recourir aux services d'une clinique d'aide au suicide où elle a pris la dose requise de penthiobarbital sodique.

113. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

114. Dans la version anglaise de *Bedford*, on trouve les expressions suivantes : *physician-assisted death* et *physician-assisted dying*.

où le droit à la vie était en cause dans la perspective de l'absence de soins de santé¹¹⁵, l'autonomie de la personne pour les décisions de nature médicale¹¹⁶, ainsi que le droit à la sécurité dans le contexte de l'autonomie personnelle¹¹⁷. Elle a pris également en considération les atteintes à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne¹¹⁸.

Dans cette affaire *Carter*, le Procureur général du Canada avait retenu une position qui reflétait, à plusieurs égards, les positions conservatrices du gouvernement Harper en alléguant que le but de l'interdiction était la préservation de la vie, peu importe les circonstances¹¹⁹. Pour sa part, la Cour suprême a appliqué les principes dégagés dans l'arrêt *Bedford*¹²⁰, notamment en évaluant le critère de la portée excessive et celui des « conséquences totalement disproportionnées ». L'atteinte aux garanties de l'article 7 de la Charte canadienne a été résolue sur le seul fondement du critère de la portée excessive¹²¹. Enfin, pour le contrôle de proportionnalité requis par l'article premier de la Charte canadienne, le plus haut tribunal du pays a longuement analysé le volet de l'« atteinte minimale ». À cette fin, il doit vérifier si la restriction d'un droit est raisonnablement adaptée aux objectifs poursuivis par le législateur. Dans la perspective d'une interdiction complète de l'aide médicale à mourir, il a évalué les éléments de la preuve présentée en première instance, notamment l'application de la norme du consentement éclairé, de même que les risques de « dérapage » dans le contexte proprement canadien. C'est ainsi que les juges sont parvenus à la conclusion que l'interdiction absolue ne constituait pas une atteinte minimale. En dépit du consensus auquel ils sont parvenus, le gouvernement conservateur n'a donné aucune suite à ce jugement¹²².

Les réflexions de la Cour suprême sur les enjeux liés à l'aide médicale à mourir relèvent d'une rationalité propre au domaine des droits et libertés. Si cette cour a été attentive aux enjeux médicaux et scientifiques, c'est pour répondre à des exigences de preuve aux fins de l'application de la Charte

115. *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791 ; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134 (ci-après « arrêt *Insite* »).

116. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

117. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307.

118. *Ministre de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

119. Arrêt *Carter*, préc., note 111, par. 78.

120. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

121. Arrêt *Carter*, préc., note 111, par. 85-88.

122. Afin de remédier à cette situation, le gouvernement libéral a déposé en 2015 le projet de loi C-14 qui a été adopté en juin 2016 : *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, L.C. 2016, c. 3.

canadienne¹²³. Même si la preuve reste tributaire d'éléments factuels, elle n'en demeure pas moins une question éminemment juridique dans tous les domaines d'application du droit. Dans le champ du droit constitutionnel, elle peut prêter à confusion vu le type d'investigation que doivent faire les juges. La Cour suprême ne devient pas pour autant une commission royale d'enquête. Elle est dans l'obligation de vérifier s'il y a atteinte à des droits reconnus par la Charte canadienne.

1.2 Le durcissement de la répression pénale

En dépit de leur notoriété, les arrêts *Bedford*¹²⁴ et *Carter*¹²⁵ n'ont pas été le théâtre principal des divergences entre le gouvernement conservateur et la Cour suprême. Dans le contexte du durcissement de la répression pénale, celle-ci a été saisie de nombreux dossiers. Plusieurs arrêts sont conformes au scénario déjà esquissé du « conflit », car la majorité des mesures contestées résultaient de modifications législatives apportées par les conservateurs ou de décisions administratives qu'ils avaient prises.

L'affaire *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society* (63 p.)¹²⁶ en a été un exemple retentissant¹²⁷. Au sens strict, cet arrêt relève davantage du droit administratif, ainsi que du champ des droits et libertés. En réalité, c'est le durcissement de la répression contre le trafic de drogues qui en a été le moteur puisque les conservateurs avaient retiré l'autorisation requise pour le fonctionnement du centre *Insite*, premier centre d'injection supervisée pour toxicomanes au Canada¹²⁸, situé dans le quartier Downtown Eastside (DTES) de Vancouver. Les libéraux avaient donné le feu vert à ce centre en 2003. Pour proposer cette forme d'aide destinée aux toxicomanes, il était cependant nécessaire d'obtenir une exemption en vue de soustraire le centre *Insite* des dispositions de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹²⁹. En 2008, les conservateurs ont refusé de reconduire l'exemption.

123. En matière constitutionnelle, la preuve représente un domaine spécifique sur le plan de l'expertise. Voir notamment les travaux de Danielle PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 1.

124. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

125. Arrêt *Carter*, préc., note 111.

126. Arrêt *Insite*, préc., note 115.

127. *Id.*

128. C'était en fait le premier centre d'injection supervisée en Amérique du Nord.

129. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 56 (exemptions).

À la suite de la contestation judiciaire engagée par le centre Insite, les conservateurs ont perdu en première instance¹³⁰ et en appel¹³¹. Dans un arrêt unanime rendu au nom de la Cour suprême par la juge en chef McLachlin, le refus a été sanctionné pour atteinte à l'article 7 de la Charte canadienne. La Cour a ordonné au ministre de la Santé de reconduire l'exemption. L'élément qui confère une plus-value incontestable à cet arrêt est le soin apporté par la Cour suprême dans la mise en contexte du quartier DTES avec sa population de toxicomanes et les problèmes de santé qui en découlent. Tout comme dans l'arrêt *Carter*¹³², qui est postérieur à l'arrêt *Insite*¹³³, les juges ont d'abord été dans l'obligation de clarifier les enjeux liés au partage des compétences entre les autorités fédérales et les provinces, ces dernières ayant compétence en matière d'établissements de santé¹³⁴.

Comme dans les arrêts précédents, la Cour suprême n'a pas cherché à présenter dans l'arrêt *Insite* une étude exhaustive des enjeux liés à la consommation de drogues dures au Canada. Ce jugement n'est pas un rapport. La Cour suprême devait plutôt déterminer si une atteinte aux droits reconnus par l'article 7 de la Charte canadienne pouvait être établie. Elle a répondu par l'affirmative en montrant que les toxicomanes seraient privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie si les professionnels de la santé du centre Insite ne pouvaient plus offrir les services de supervision médicale et de counseling. Il en résultait ainsi une atteinte directe au droit à la vie et à la sécurité¹³⁵. Après avoir rejeté des arguments qui concernaient la validité constitutionnelle de la législation relative aux drogues, les juges ont indiqué que c'est bien la décision du ministre relative à l'exemption qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale par son caractère arbitraire et disproportionné¹³⁶. Dans la perspective plus générale du droit administratif, l'arrêt *Insite*¹³⁷ est important, car il confirme, comme la Cour suprême l'avait déjà fait dans l'arrêt *Suresh c. Citoyenneté et Immigration Canada*¹³⁸, que, dans le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les autorités publiques doivent respecter les principes et les garanties de la Charte canadienne. Dans les

130. *PHS Community Services Society v. Attorney General of Canada*, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89 (j. Pitfield).

131. *PHS Community Services Society v. Attorney General of Canada*, 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269 (j. Rowles et Huddart, formant la majorité; j. Smith, dissidente).

132. Arrêt *Carter*, préc., note 111.

133. Arrêt *Insite*, préc., note 115.

134. *Id.*, par. 52 et 73.

135. *Id.*, par. 91 et 92.

136. *Id.*, par. 127-133.

137. *Id.*

138. *Suresh c. Citoyenneté et Immigration Canada*, préc., note 95.

circonstances particulières de l'arrêt *Insite*¹³⁹, la Cour suprême a rendu une ordonnance de la nature d'un *mandamus* afin d'ordonner au ministre la remise immédiate de l'exemption prévue dans l'article 56 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹⁴⁰.

Le verdict de la Cour suprême a permis, durant les années qui ont suivi, la création de centres d'injection supervisée dans plusieurs agglomérations urbaines du Canada. À défaut de pouvoir remédier de façon définitive au trafic de la drogue, les conservateurs ont manifesté une nette préférence pour le durcissement des peines à l'égard des délinquants, peu importe que ce soit à l'étape de la sentence ou pour la durée de l'incarcération. Sur ce plan, ils ont essuyé plusieurs échecs.

Dans deux arrêts unanimes, la Cour suprême a sanctionné deux mesures en vue d'accroître le temps de détention pour des personnes déjà incarcérées. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling* (40 p.)¹⁴¹ qui remonte à 2014, une loi adoptée par les conservateurs constituait l'objet du litige¹⁴². La *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels* de 2011¹⁴³ avait notamment pour objet l'abolition de la procédure d'examen expéditif qui devait favoriser la libération anticipée et conditionnelle de délinquants non violents qui en étaient à leur première infraction. L'article 10 (1) prévoyait que cette abolition s'appliquait rétroactivement aux délinquants purgeant déjà leur peine. Trois détenus qui étaient admissibles à cette procédure d'examen expéditif ont contesté la constitutionnalité de cette disposition en invoquant l'alinéa h) de l'article 11 de la Charte canadienne selon lequel une personne inculpée a le droit de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie. En termes de droit pénal, c'est le principe de non-application de la double peine qui était en cause.

Au nom de la Cour suprême, le juge Wagner a rappelé que l'alinéa h) de l'article 11 de la Charte canadienne était le reflet de l'article 14.7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁴⁴ qui prévoit que « [n]ul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné¹⁴⁵ ». En incluant la perspective d'une nouvelle poursuite, et non seulement d'une deuxième peine, cette règle,

139. Arrêt *Insite*, préc., note 115.

140. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, préc., note 129.

141. *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392 (ci-après « arrêt *Whaling* »).

142. *Id.*

143. *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, c. 11.

144. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 186.

145. *Id.*, art. 14 (7).

pour reprendre la terminologie du droit pénal, est celle de la protection contre la «double peine» (*protection against double jeopardy*). Après avoir pris en considération que d'autres alinéas de l'article 11 auraient pu être invoqués, notamment les alinéas g) (protection contre une loi pénale rétroactive) et i) (protection contre l'imposition d'une peine plus sévère si celle-ci est modifiée entre le moment de l'accomplissement du crime et le prononcé de la sentence), le juge Wagner a évalué que le dispositif de l'alinéa h) était suffisant pour réclamer le droit de ne pas être «puni de nouveau¹⁴⁶».

Pour l'issue de l'arrêt *Whaling*¹⁴⁷, le concept de «peine» a été déterminant. Afin de clarifier cette question, la Cour suprême a été dans l'obligation de réexaminer les principes qui définissent la portée de l'article 11 h). Il fallait déterminer si la modification rétroactive de l'admissibilité à la libération conditionnelle risquait de prolonger la période d'incarcération que doit purger un délinquant. La Cour a répondu par l'affirmative à cette question en prenant en considération que des changements apportés rétroactivement aux conditions de la sanction originale avaient pour effet d'aggraver la peine du délinquant (être puni de nouveau). Au Canada, sur le plan des principes, le droit constitutionnel n'interdit pas la rétroactivité (*ex post facto*) des lois¹⁴⁸. En revanche, en matière de droit pénal, la présomption de non-rétroactivité vient directement de la common law. Un principe fondamental du droit pénal était donc en jeu. Lorsque le législateur introduit rétroactivement des changements à l'admissibilité à la libération conditionnelle, il prolonge l'incarcération du délinquant et contrevient ainsi aux exigences de l'article 11 h). Malgré le fait que la disposition contestée ait reposé sur des objectifs urgents et réels, elle ne pouvait pas satisfaire au critère de l'atteinte minimale.

Dans l'autre arrêt relatif à la durée de la peine, *R. c. Safarzadeh-Markhali* (26 p.)¹⁴⁹, c'est encore une autre loi introduite par les conservateurs qui a été l'objet du litige¹⁵⁰. À la différence de la solution retenue dans l'arrêt *Whaling*, c'est l'article 7 de la Charte canadienne qui a été utilisé en vue de contester l'exclusion du crédit pour détention présentencielle dans la détermination de la peine. Cette exclusion avait été introduite par la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*¹⁵¹ de 2009 dont l'objet était de modifier les articles 715 et 719 du *Code criminel*. Avant cette modification,

146. Arrêt *Whaling*, préc., note 141, par. 36.

147. *Id.*

148. P. HOGG, préc., note 7, vol. 2, p. 557.

149. *R. c. Safarzadeh-Markhali*, [2016] 1 R.C.S. 180.

150. *Id.*

151. *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, c. 29.

le crédit accordé était de deux jours contre un. Le nouveau régime prévoit qu'un jour de crédit sera généralement alloué pour chaque jour de détention avant la sentence. Bien que Hamidreza Safarzadeh-Markhali ait été expulsé vers l'Iran, et que le pourvoi soit devenu théorique à son égard, la Cour suprême a convenu, avec l'accord des avocats, que la constitutionnalité de la disposition contestée devait être « tranchée¹⁵² ». Au nom de la Cour suprême, la juge en chef McLachlin a centré son analyse sur le critère de la portée excessive au regard de l'article 7¹⁵³. Cette analyse requiert un examen des objectifs poursuivis par le législateur. Or, sur ce point, la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, dont le titre anglais est *Truth in Sentencing Act*¹⁵⁴, était muette sur les objectifs recherchés. Les juges ont été ainsi conduits à prendre en considération les déclarations du ministre de la Justice lors de la présentation du projet de loi devant le Parlement. Les conservateurs étaient visiblement mécontents de la manipulation du système de crédit qui permettait à plusieurs délinquants de prolonger leur détention avant sentence afin de tirer avantage du crédit majoré, ce qui écourtait ainsi la durée totale de leur séjour en prison. Les délinquants visés étaient en principe des personnes dangereuses (crimes violents) et des récidivistes.

La disposition contestée a été censurée par la Cour suprême, car sa formulation était trop générale, notamment par l'inclusion de délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la tranquillité publiques. Hamidreza Safarzadeh-Markhali avait été maintenu en détention en raison de son casier judiciaire. Or cette inscription le rendait inadmissible à un crédit majoré pour la détention avant sentence. Toute personne ayant un casier judiciaire se trouvait automatiquement exclue du bénéfice de ce crédit majoré. La Cour a donc conclu que la disposition contestée avait une portée excessive en privant inutilement de liberté des catégories de délinquants non dangereux pour la sécurité publique.

Loin d'être des affaires « politiques », les arrêts *Whaling*¹⁵⁵ et *R. c. Safarzadeh-Markhali*¹⁵⁶ montrent l'importance que les juges accordent au strict respect des garanties constitutionnelles en matière de droit pénal. Les autres arrêts reflètent les mêmes préoccupations.

152. *R. c. Safarzadeh-Markhali*, préc., note 149, par. 6.

153. Les principes nécessaires à l'évaluation de la portée excessive ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Moriaty*, [2015] 3 R.C.S. 485.

154. *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, préc., note 151.

155. Arrêt *Whaling*, préc., note 141.

156. *R. c. Safarzadeh-Markhali*, préc., note 149.

En 2016, la Cour suprême a été appelée à évaluer la validité constitutionnelle de dispositions introduites en 2012 par les conservateurs¹⁵⁷ afin de modifier l'article 161 (1) du *Code criminel*¹⁵⁸ par l'ajout de deux sanctions supplémentaires concernant des délinquants sexuels reconnus coupables d'infractions à l'égard de personnes âgées de moins de 16 ans. Dans l'affaire *R. c. K.R.J.* (77 p.)¹⁵⁹, l'appelant avait plaidé coupable à des accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile¹⁶⁰. Pour le processus de détermination de la peine, le législateur avait permis de soumettre les délinquants à deux nouvelles mesures issues des modifications de 2012, même avant leur entrée en vigueur. Ces modifications avaient donc une application rétroactive. Elles avaient notamment pour objet, de façon distincte, d'interdire au délinquant sexuel tout contact avec des personnes âgées de moins de 16 ans après libération et retour dans la collectivité, ainsi que l'interdiction d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique.

L'enjeu du litige concernait donc la constitutionnalité de dispositions rétroactives en matière pénale, notamment leur conformité avec l'article 11 i) de la Charte canadienne qui permet à toute personne inculpée de bénéficier de la peine la moins sévère entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Le principe de non-rétroactivité pour les infractions pénales est énoncé à l'alinéa g) de l'article 11. Afin de clarifier la portée de l'alinéa i), la Cour suprême devait donc déterminer si les nouvelles mesures introduites en 2012, en vue de contrôler les délinquants sexuels après leur libération, pouvaient être considérées comme répondant à la notion de « peine¹⁶¹ ».

Dans un jugement qui a recueilli l'appui de la majorité¹⁶², la juge Karakatsanis est parvenue à la conclusion que ces mesures pouvaient être assimilées à une peine en fonction de trois critères¹⁶³ et qu'il s'agissait d'une atteinte au droit garanti par l'alinéa i) de l'article 11 compte tenu de leur portée rétroactive. En revanche, ce qui est étonnant, c'est le résultat auquel est parvenu le plus haut tribunal du pays aux fins de l'application

157. *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 16 (1).

158. *Code criminel*, préc., note 12.

159. *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906.

160. *Id.*

161. En première instance, le juge Klinger avait répondu par l'affirmative. Au nom des juges formant la majorité, la juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 ont pour objet de protéger le public et non de punir les contrevenants : pour sa part, le juge Gberman était dissident ; *R. v. K.R.J.*, 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540.

162. La majorité était constituée de la juge Karakatsanis, avec l'accord de la juge en chef McLachlin, et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté.

163. *R. c. K.R.J.*, préc., note 159, par. 41.

du principe de proportionnalité qui résulte de l'article premier de la Charte canadienne. La majorité des juges a conclu que l'application rétroactive de la première interdiction (prohibition de tout contact avec des personnes de moins de 16 ans) n'était pas justifiée, mais que la seconde (privation de l'accès à Internet) pouvait revêtir une portée rétroactive en raison de l'importance croissante d'Internet dans le cas des infractions sexuelles touchant les enfants. Dans sa dissidence, la juge Abella a rappelé que la seconde interdiction ne cherche pas simplement à empêcher la communication électronique avec des mineurs : elle a pour objet réel l'impossibilité d'avoir accès à Internet à « quelque fin que ce soit¹⁶⁴ ». La juge en conclut que la seconde interdiction, comme la première, n'est pas justifiée, car les autorités seraient en mesure d'invoquer l'évolution technologique ou d'autres considérations similaires pour « réduire à néant l'al. 11 i) de la Charte¹⁶⁵ ».

Pour la question plus délicate des peines minimales, la Cour suprême n'est pas parvenue non plus à l'unanimité. Avec un écart temporel court, car les deux arrêts ont été rendus en 2015 et en 2016, la peine minimale obligatoire a d'abord été examinée pour la possession illégale d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, avant d'être de nouveau évaluée pour celle qui est relative au trafic ou à la possession de certaines drogues considérées comme des substances dangereuses. Dans le premier cas, soit l'arrêt *R. c. Nur* (86 p.)¹⁶⁶, en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour suprême a été appelée à déterminer si les peines minimales obligatoires prévues dans l'article 95 (2) a) (i) et (ii) du *Code criminel*¹⁶⁷ portent atteinte à l'article 12 de la Charte canadienne (protection contre tous traitements ou toutes peines cruels et inusités)¹⁶⁸. Le principe des peines minimales obligatoires existe depuis longtemps en droit pénal. Toutefois, dans le cas particulier des armes à feu « foncièrement dangereuses », les peines minimales pour possession illégale (sans autorisation ni permis, selon les exigences de la *Loi sur les armes à feu*¹⁶⁹) ont été prolongées en mai 2008 par les conservateurs à trois ans pour une première infraction et à cinq ans pour une récidive¹⁷⁰. Avant cette modification, la peine minimale était d'un

164. *Id.*, par. 121.

165. *Id.*, par. 128.

166. *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773.

167. *Code criminel*, préc., note 12, art. 95 (2) a) (i) et (ii).

168. *R. c. Nur*, préc., note 166.

169. *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39.

170. *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 8.

an. Cependant, ce n'est pas la première fois que la Cour suprême est saisie d'un litige relatif au régime général de réglementation des armes à feu¹⁷¹.

Dans l'arrêt rendu en 2015, Hussein Jama Nur ainsi qu'un autre délinquant, Sidney Charles, ont fait valoir que ces peines minimales n'étaient pas totalement disproportionnées dans leur cas (trois ans de prison pour Hussein Jama Nur et cinq pour Sidney Charles); en revanche, de telles sanctions contreviennent aux exigences de l'article 12 de la Charte canadienne lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. Le Procureur général de l'Ontario prétendait que l'article 12 ne pouvait être appliqué qu'à la situation concrète du délinquant qui saisit le tribunal ou, à défaut, à d'autres situations concrètes, et non à des situations hypothétiques. La Cour suprême, pour sa part, a rejeté cet argument en rappelant, sur le fondement de nombreux arrêts qu'elle a rendus, qu'une personne peut contester une disposition législative même lorsque ses propres droits ne sont pas « bafoués » par la disposition qui fait l'objet du litige¹⁷². Cette approche découle de l'interprétation de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷³ qui assure la primauté de la Constitution en raison de « la nature de la loi, et non pas du statut de l'accusé¹⁷⁴ ». Dans l'arrêt *R. c. Nur*¹⁷⁵, la Cour suprême rappelle la nécessité de se prémunir contre des lois invalides¹⁷⁶. Elle l'avait d'ailleurs fait à propos de « situations hypothétiques raisonnables » dans trois arrêts où des allégations d'atteinte aux exigences de l'article 12 avaient été soulevées par des délinquants : *R. c. Smith (Edward Dewey)*¹⁷⁷, *R. c. Goltz*¹⁷⁸ et *R. c. Morrissey*¹⁷⁹. Dans l'arrêt *R. c. Nur*¹⁸⁰, la

171. En 2000, à la suite d'une contestation issue d'un renvoi à la Cour d'appel de l'Alberta, le gouvernement de cette province avait contesté devant la Cour suprême la compétence des autorités fédérales en vue d'établir un régime strict avec permis et certificat d'enregistrement pour les armes à feu. La Cour suprême avait confirmé à l'unanimité la compétence des autorités fédérales compte tenu de la dimension proprement pénale de cette loi : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Canada)*, [2000] 1 R.C.S. 783.

172. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, préc., note 11; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66.

173. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

174. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 172, 314 (j. Dickson).

175. *R. c. Nur*, préc., note 166.

176. « Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu'au regard des faits précis d'une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l'encontre de la primauté du droit » : *R. c. Nur*, préc., note 166, 803 (j. en chef McLachlin).

177. *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

178. *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

179. *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90.

180. *R. c. Nur*, préc., note 166.

terminologie retenue est celle des « applications raisonnablement prévisibles¹⁸¹ ». La Cour suprême raisonne donc en fonction d'une peine infligée à un délinquant, mais également par rapport à d'autres personnes appelées potentiellement à subir la même sanction. Étudiant différents scénarios, les juges formant la majorité¹⁸² sont parvenus à la conclusion que ces peines minimales étaient disproportionnées dans plusieurs cas prévisibles, et qu'il y avait donc une violation de l'article 12 de la Charte canadienne. Toutefois, leur conclusion n'est pas parvenue à rallier les trois juges dissidents¹⁸³ qui ont considéré que ces situations hypothétiques n'étaient pas raisonnables.

En juin 2015, les conservateurs ont cherché à remédier aux conséquences de l'arrêt *R. c. Nur*¹⁸⁴ par le dépôt d'un projet de loi qui est mort au feuillet à la suite de la dissolution du Parlement durant l'été¹⁸⁵.

Dans l'arrêt *R. c. Llyod* (50 p.)¹⁸⁶, rendu en 2016, soit le second arrêt relatif aux peines minimales, le partage numérique entre les juges formant la majorité et ceux qui sont alors dissidents a été le même, mais avec une composition sensiblement différente, puisque le juge Moldaver s'est joint aux juges majoritaires, alors qu'un nouveau venu, le juge Brown (nommé à la Cour suprême le 31 août 2015), a donné son appui au juge Wagner qui a rédigé le jugement du groupe formant la minorité¹⁸⁷. À la différence de ce qui s'était produit pour l'arrêt *R. c. Nur*¹⁸⁸, la peine minimale d'un an d'emprisonnement (en cas de récidive) pour la possession de drogues dangereuses était prévue par une disposition de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹⁸⁹, qui avait été introduite par les libéraux (gouvernement de Jean Chrétien) en 1996¹⁹⁰. Au nom des juges formant la majorité, la juge en chef McLachlin constate que la disposition contestée est problématique, car elle s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels. Ainsi, cette disposition concerne non seulement

181. « La protection des droits individuels commande un contrôle constitutionnel qui s'intéresse non seulement à la situation du délinquant qui saisit le tribunal, mais également à celle de toute personne dont il est raisonnablement prévisible qu'elle tombe sous le coup de la loi en cause », *R. c. Nur*, préc., note 166, 807 (j. en chef McLachlin).

182. La majorité était constituée de la juge en chef McLachlin, avec l'appui des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon.

183. Étaient dissidents les juges Rothstein, Moldaver et Wagner.

184. *R. c. Nur*, préc., note 166.

185. *Loi sur les peines sanctionnant la possession criminelle d'armes à feu*, projet de loi n° C-69, 2^e sess., 41^e légis. (Can.).

186. *R. c. Llyod*, [2016] 1 R.C.S. 130.

187. *Id.*

188. *R. c. Nur*, préc., note 166.

189. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, préc., note 129.

190. *Id.*, art. 113, art. 5 (3) a) (i) (D).

le trafic de drogue « hautement répréhensible », mais également les simples toxicomanes qui ont déjà écopé d'une première peine pour simple possession. Pour les mêmes motifs que ceux qui ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Nur*¹⁹¹, la peine minimale d'un an contrevient aux exigences de l'article 12 de la Charte canadienne. La Cour suprême a examiné en outre la constitutionnalité de la disposition contestée au regard de l'article 7 de la Charte canadienne puisque cet argument avait été soulevé en première instance, sans toutefois être retenu. La perspective d'une contestation des règles applicables en matière de sanction sur le fondement de l'article 7 n'a pas été reconnue par la Cour suprême, la proportionnalité de la peine ne constituant pas un principe de justice fondamentale¹⁹².

Enfin, parmi les arrêts liés au durcissement de la répression pénale, celui de 2008, soit l'arrêt *R. c. D.B.* (76 p.)¹⁹³, découle d'une loi introduite par les libéraux (gouvernement de Jean Chrétien) en 2002 à l'égard des jeunes délinquants qui sont âgés de plus de 14 ans, soit la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*¹⁹⁴. L'un des buts majeurs de cette loi est l'application de peines réservées aux adultes à des personnes mineures. Davantage que les précédents, cet arrêt montre une cour plus divisée, à cinq juges contre quatre. Pour ce qui est des faits, D.B., adolescent de 17 ans, avait plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire à la suite d'une bagarre dans un centre commercial. Au sens de la loi de 2002, ce crime est une « infraction désignée » qui fait peser sur le mineur le fardeau de démontrer qu'il ne devrait pas être assujéti à une peine réservée aux adultes. Si l'adolescent se voit infliger une peine applicable aux adultes, il ne peut pas demander une ordonnance de non-publication et son identité peut ainsi être révélée.

Parmi les précédents judiciaires, le *Renvoi*¹⁹⁵ présenté par le Québec devant la Cour d'appel du Québec, en vue de contester sur le fondement de l'article 7 de la Charte canadienne ces dispositions relatives à l'inversion du fardeau de la preuve, avait reçu un accueil favorable de la part des cinq juges. La Cour d'appel était parvenue à la conclusion que ces règles particulières imposaient un fardeau excessif compte tenu de la vulnérabilité des adolescents et de l'objet de la loi (intérêt supérieur de l'enfant, réadaptation et réhabilitation)¹⁹⁶. Pour l'affaire *R. c. D.B.*, la Cour d'appel de l'Ontario

191. *R. c. Nur*, préc., note 166.

192. *R. c. Llyod*, préc., note 186, par. 43.

193. *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3.

194. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

195. *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118.

196. *Id.*

avait par ailleurs décidé que cette inversion du fardeau de la preuve portait atteinte à deux principes de justice fondamentale¹⁹⁷.

En dépit de la position unanime des deux cours d'appel, la Cour suprême n'en est pas arrivée à un accord sur cette question. Au nom des juges formant la majorité, la juge Abella a expliqué que cette inversion portait atteinte à un principe fondamental lié à l'article 7, en ce sens que les adolescents sont assujettis à un système de justice distinct selon l'historique législatif du système de justice pénale, et également selon le consensus qui existe à l'échelle internationale, notamment dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁹⁸ qui a été ratifiée en 1992 par le Canada¹⁹⁹. En revanche, au nom des juges dissidents, le juge Rothstein a validé l'approche retenue par le législateur compte tenu des intérêts en cause, soit ceux des adolescents qui ont droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée avec des garanties tangibles à cet effet, d'une part, et l'intérêt de la société à être protégée contre les jeunes contrevenants violents, d'autre part²⁰⁰.

Malgré ces divergences au sein de la Cour suprême, les sept arrêts relatifs au durcissement de la répression pénale montrent le souci de faire prévaloir plusieurs principes fondamentaux du droit pénal par rapport au durcissement des politiques pénales à l'égard de contrevenants considérés comme dangereux. Sur ce plan, l'échec des conservateurs est complet.

2 Les litiges de droit constitutionnel

La série d'arrêts relatifs aux enjeux de société ne présente pas un contenu proprement canadien, car les questions débattues existent ailleurs, dans la vaste majorité des pays occidentaux, à tout le moins. En revanche, le caractère spécifique du Canada devient plus manifeste avec une série de litiges qui relèvent plus étroitement du droit constitutionnel classique, et où les enjeux liés à l'application de la Charte canadienne ne sont plus au premier plan. Cette série d'arrêts a pour objet la dimension fédérale du Canada à la lumière du statut de deux organes qui en sont l'expression, soit la Cour suprême et le Sénat, ainsi que d'autres enjeux concernant le partage des compétences entre les autorités fédérales et les provinces, et les revendications autochtones.

Pris isolément, les éléments qui forment l'identité politique, juridique et sociale du Canada pourraient facilement être comparés avec d'autres

197. *R. c. D.B.*, [2006] 79 O.R. (3d) 698 (j. Goudge, Amstrong et Blair).

198. *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, n° 3, art. 40 (1).

199. *R. c. D.B.*, préc., note 193, par. 47-69 (j. Abella, McLachlin, Binnie, LeBel et Fish).

200. *Id.*, par. 158 (j. Rothstein, avec l'appui des juges Bastarache, Deschamps et Charron).

caractéristiques similaires présentes sur plusieurs continents. Le projet de réforme du Sénat qui a été débattu au Canada en 2013-2014 en est un bon exemple : à titre comparatif, l'Italie a été appelée à se prononcer par référendum le 4 décembre 2016 sur un projet de modification de la Constitution italienne qui portait avant tout sur le statut du Sénat. Au Canada, la Chambre haute a été conçue à l'origine pour représenter les régions avec un nombre de 105 sénateurs, à la suite des dernières modifications constitutionnelles. Les sénateurs n'y sont pas élus mais nommés par le gouvernement et doivent se retirer à l'âge de 75 ans. Le Sénat canadien est une institution controversée qui a été l'objet de plusieurs tentatives de réforme, dont la dernière en date de 2013, faite à l'initiative des conservateurs, a été un échec complet, ou presque.

Ces arrêts de droit constitutionnel mettent en relief ce qui définit l'identité du Canada. Chaque élément pris isolément ne peut représenter sa spécificité. C'est au contraire l'effet de cumul qui permet de mieux saisir cette identité : le parlementarisme issu du paradigme de Westminster, la dimension fédérale, l'unité de juridiction avec la Cour suprême au sommet, le constitutionnalisme, la primauté du droit, le bilinguisme, le bijuridisme, la protection des minorités, l'importance des régions et, enfin, le caractère multinational, où les questions autochtones revêtent une grande acuité au-delà des différences linguistiques et de la singularité du Québec. La seule comparaison plausible pourrait être faite avec l'Afrique du Sud à la suite de la réforme constitutionnelle de 1996 pour laquelle le Canada a servi de modèle. Dans le cas du Canada, la thématique du fédéralisme multinational est devenue un objet d'étude²⁰¹.

Dans un contexte où le Canada souligne son 150^e anniversaire en 2017, la mise en perspective avec le centenaire de 1967 montre une évolution considérable où la Cour suprême a joué souvent un rôle déterminant, sans être pour autant l'instigatrice des réformes proposées, et encore moins maîtresse des événements politiques et des conflits. De 1967 à 2017, le Canada a intégré, par une série de réformes législatives et constitutionnelles, le bilinguisme, le constitutionnalisme, la reconnaissance de droits et libertés dans une charte, le principe de protection des minorités, la reconnaissance plus explicite des droits des populations autochtones et, plus récemment, l'organisation d'une commission vérité-réconciliation afin de mieux clarifier un passé difficile pour les Premières Nations. Compte tenu de l'ampleur de ces transformations, la Cour suprême a été appelée à

201. Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 ; Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

plusieurs reprises à jouer un rôle déterminant, comme le montre le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²⁰² qui remonte à 1998.

À l'exception de la question du Sénat, le programme politique des conservateurs pour le Canada ne laissait pas augurer de conflits majeurs sur le plan constitutionnel. Parmi diverses mesures, le programme de 2006 concernait la préservation de l'unité du pays par la mise en œuvre d'un fédéralisme ouvert, la correction du déséquilibre fiscal entre les autorités fédérales et les provinces, la protection et la promotion des langues officielles, la reconnaissance des droits de propriété dans la Constitution, ainsi que l'amélioration de la démocratie par divers moyens, notamment celui de la réforme du Sénat²⁰³. Si plusieurs de ces objectifs vont perdurer dans les programmes de 2008 et de 2011, le plus récent programme politique des conservateurs, celui de 2015, reflète davantage leur évolution de 2011 à 2015. La dimension économique est désormais prépondérante et les enjeux plus proprement constitutionnels n'ont qu'une place mineure dans une longue série d'objectifs à atteindre en vue de protéger et de soutenir l'économie²⁰⁴. C'est à la lumière de ces orientations qu'il faut tenter de faire ressortir une trame factuelle et juridique qui sera à l'origine de quelques litiges.

2.1 La dimension fédérale du Canada

La première partie de l'année 2014 a été marquée par deux arrêts majeurs où la défaite des conservateurs a fait l'objet d'une large couverture médiatique. Ce sont les deux renvois fondés sur l'article 53²⁰⁵, l'un ayant pour objet la nomination des juges à la Cour suprême, l'autre étant relatif au statut du Sénat. Ces deux arrêts avaient pour objet distinct deux institutions dont la nomination des membres reste tributaire de la dimension fédérale du Canada.

Dans l'affaire du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6* (65 p.)²⁰⁶, le litige découlait de la nomination de Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale et ancien membre du Barreau du Québec pendant plus de dix ans²⁰⁷, afin de figurer parmi le groupe des trois juges en provenance du Québec suivant les termes de l'article 6 de la

202. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 42.

203. *Changeons pour vrai*, préc., note 52, p. 41-46 (« Pour le Canada »).

204. *Protéger notre économie*, préc., note 54.

205. *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 7, art. 53 (renvois par le gouverneur en conseil).

206. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 R.C.S. 433.

207. Le choix du juge Nadon avait une nette coloration politique puisque dans l'arrêt *Khadr*, préc., note 84, c'est le seul juge qui a exprimé une position favorable à l'égard des pouvoirs des autorités fédérales en matière de politique étrangère.

*Loi sur la Cour suprême*²⁰⁸. Or, l'article 5 pose comme condition générale de nomination pour tous les juges de la Cour suprême le fait d'être des juges actuels ou anciens d'une cour supérieure provinciale et d'avoir été des avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province. L'article 6 ajoute comme condition précise, pour «la représentation du Québec», que les trois juges doivent être choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec ou encore parmi les avocats du Québec. Le juge Nadon n'était plus membre du Barreau du Québec depuis plusieurs années lors de sa nomination le 3 octobre 2013²⁰⁹.

Le 7 octobre, lors de l'entrée en fonction du juge Nadon, sa nomination a été contestée devant la Cour fédérale par requête. Devant cette difficulté, le gouvernement conservateur a déposé le 24 octobre deux modifications à la *Loi sur la Cour suprême*²¹⁰ afin de permettre la nomination de personnes ayant été autrefois inscrites, comme avocat, pendant au moins dix ans, au barreau d'une province²¹¹. Le même jour, il a présenté, par le procédé du Renvoi, deux questions à la Cour suprême :

- 1) Une personne autrefois inscrite pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?
- 2) Le Parlement peut-il légiférer pour introduire des modifications aux conditions de nomination à la Cour suprême, notamment afin d'inclure des personnes ayant été membres du barreau d'une province pendant au moins dix ans?

À l'exception du juge Moldaver, la Cour suprême a répondu par la négative à ces deux questions. Pour la première question, la Cour a retenu quatre motifs, les plus importants ayant pour objet un examen détaillé de l'historique législatif des articles 5 et 6, ainsi que leur analyse textuelle. Les juges formant la majorité ont évalué que l'article 6 exige une interprétation plus restrictive des conditions d'admissibilité, car «il reflète le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec²¹²». Les juges ont non seulement pris en considération la nécessité de garantir une expertise en droit civil, mais ils ont également tenu

208. *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 7.

209. Pour une étude détaillée de cette nomination, voir Hugo CYR, «The Bungling of Justice Nadon's Appointment to the Supreme Court of Canada», (2014) 67 *S.C.L.R.* (2d) 73.

210. *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 7.

211. Cette modification a été faite en vertu de la *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, L.C. 2013, c. 40, art. 471 et 472.

212. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206, par. 69.

compte de la légitimité de la Cour suprême en tant qu'institution fédérale et bijuridique.

La réponse à la seconde question revêt une grande importance pour le droit constitutionnel. Les juges formant la majorité ont affirmé que le Parlement ne pouvait pas modifier unilatéralement la composition de la Cour suprême, car ses caractéristiques essentielles sont protégées par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹³. La composition de la Cour suprême ne peut ainsi être changée que conformément aux exigences de l'article 41 (consentement unanime du Parlement et des assemblées législatives de chaque province). Enfin, les autres caractéristiques essentielles de la Cour suprême ne peuvent varier que selon les modalités prévues par l'article 42 qui exige le consentement de sept provinces représentant au total au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Les juges sont parvenus à la conclusion que la Cour suprême a désormais un statut constitutionnel, et ce, en examinant l'évolution de son statut.

Cette approche évolutive nécessitait un retour obligé sur les origines de la Cour suprême depuis sa création en 1875. Avant l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹⁴, la Cour jouait déjà «un rôle primordial dans la structure constitutionnelle en tant qu'arbitre ultime des litiges sur le partage des compétences et en tant que cour générale d'appel pour le Canada²¹⁵». La modification constitutionnelle de 1982 a été à l'origine du nouveau contentieux constitutionnel lié à l'interprétation de la Charte canadienne²¹⁶, ainsi qu'à l'avènement décisif du constitutionnalisme²¹⁷. Les juges de la Cour suprême en ont déduit que les caractéristiques essentielles de ce tribunal sont protégées par la Constitution, même si cette cour n'est pas expressément constitutionnalisée. Le fait qu'elle bénéficie d'une protection constitutionnelle pour sa composition, de même que pour ses caractéristiques essentielles, est conforme au rôle constitutionnel que lui attribue la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹⁸. L'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*²¹⁹ est «particulièrement pertinent», car il reflète le caractère bijuridique de la Cour. À la lumière de cette évolution, le Parlement ne peut désormais que préserver et protéger ce statut constitutionnel, ce qui limite ses interventions à des modifications d'ordre administratif nécessaires au

213. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

214. *Id.*

215. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206, par. 88.

216. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

217. *Id.*, par. 52 (1); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 42, par. 72 (évolution de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle).

218. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206, par. 99 et 100.

219. *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 7, art. 6.

maintien de la Cour suprême dans la perspective de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²²⁰.

Ce projet de modification des conditions de nomination des juges de la Cour suprême ne figurait pas dans le programme politique des conservateurs. À l'inverse, la question de la réforme du Sénat apparaissait clairement dans les priorités énoncées par les conservateurs, notamment dans leur programme politique de 2008²²¹. La volonté des conservateurs de procéder à un rééquilibrage régional en conférant une légitimité accrue à la Chambre haute avec une formule « triple E » (égal, élu et efficace) pour le Sénat remonte à 2004²²². Un sénat plus fort aurait permis une meilleure représentation de l'Ouest canadien dans la perspective d'un contrepoids institutionnel aux ambitions des deux provinces dominantes, soit l'Ontario et le Québec²²³. Les propositions de réforme du Sénat sont bien antérieures au gouvernement conservateur de Stephen Harper. Ce dernier a donné une impulsion nouvelle par le dépôt d'une série de projets de loi (de 2006 à 2011) qui sont tous morts au feuillet.

Déjà, en 1980, avant le rapatriement de la Constitution, la Cour suprême avait été saisie d'une demande de renvoi afin d'évaluer la validité constitutionnelle d'un projet de réforme complète du Sénat déposé en 1978 par le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau²²⁴. La Cour suprême avait conclu à l'époque que la Constitution ne permettait pas au Parlement de modifier unilatéralement les caractéristiques fondamentales du Sénat ou de l'abolir²²⁵. Le dernier projet de modification du Sénat présenté par les conservateurs en 2011 a été contesté par le Québec devant la Cour d'appel du Québec. Celle-ci a conclu que le Parlement ne pouvait pas modifier unilatéralement la durée du mandat des sénateurs, ni prévoir la tenue

220. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6, art. 101.

221. *Un Canada fort et libre*, préc., note 52, p. 24 (« Réformer ou abolir le Sénat »).

222. Fr. BOILY, préc., note 34, p. 103.

223. Le nombre de sénateurs peut varier dans des proportions relativement restreintes. L'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6, réserve à l'Ontario et au Québec 48 sièges sur un total de 96. L'entrée de Terre-Neuve dans la fédération en 1949 a permis la création de 6 nouveaux sièges. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1999* (*Nunavut*), L.C. 1998, c. 15, a entraîné l'ajout de trois sièges (un pour le Yukon, un pour les Territoires du Nord-Ouest et un pour le Nunavut), ce qui représente désormais un total de 105 sénateurs. La règle du surnombre ne permet pas de dépasser 113 membres. Pour plus de précisions, voir Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 341 (« La composition du Sénat »).

224. *Loi constitutionnelle de 1978*, projet de loi n^o C-60, 20 juin 1978.

225. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

d'élections consultatives en vue de leur nomination²²⁶. La Cour d'appel du Québec a rendu ce verdict à la lumière des exigences nouvelles découlant de la *Loi constitutionnelle de 1982*²²⁷, notamment celles qui sont relatives à la modification de la Constitution prévue dans la partie V.

Le 1^{er} février 2013, le gouvernement conservateur a pris un décret en vue de soumettre six questions relatives à la réforme du Sénat par le procédé du renvoi. La Cour suprême a été diligente : sa décision a été rendue le 25 avril 2014 (60 p.)²²⁸, peu de temps après le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*²²⁹, celui-ci datant du 21 mars. En substance, la Cour suprême a répondu de la même façon qu'en 1980 à la lumière des modifications introduites par la *Loi constitutionnelle de 1982*²³⁰. La parenté avec le Renvoi du 21 mars est manifeste, car il est question des mêmes enjeux relatifs à la procédure de modification de la Constitution. Les transformations recherchées par les conservateurs reflétaient, à bien des égards, de nombreuses suggestions de réforme esquissées depuis plusieurs décennies : les mandats à durée fixe pour les membres du Sénat, la consultation directe de la population des provinces dans le contexte d'un processus national ou encore, le cas échéant, l'abolition du Sénat.

De la même façon qu'elle l'avait fait précédemment, la Cour suprême a examiné les actes de procédure de modification prévus dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*²³¹. Comme elle l'avait déjà montré en 1998, elle a rappelé que les dispositions écrites de la Constitution ne représentent pas de façon exhaustive le contenu de la Constitution du Canada²³². Elle a de nouveau affirmé que la Constitution possède une « architecture interne » ou une « structure constitutionnelle fondamentale²³³ ». La Cour suprême a ainsi conclu que le Parlement ne pouvait pas adopter unilatéralement la plupart des changements proposés. La procédure normale de modification prévue par l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²³⁴ est nécessaire pour la mise en place d'élections consultatives et la création de mandats sénatoriaux à durée limitée. Pour abolir le Sénat, le consentement unanime du Parlement et des provinces est requis au sens de l'alinéa e) de l'article 41.

226. *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, [2013] R.J.Q. 1711.

227. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

228. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704 (la Cour).

229. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206.

230. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

231. *Id.*

232. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 42, par. 32.

233. « Comme nous l'avons vu, la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale » : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 228, par. 27.

234. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9.

Cette abolition serait un changement fondamental de l'architecture constitutionnelle en supprimant la structure bicamérale introduite par la *Loi constitutionnelle de 1867*²³⁵.

L'année 2014 a été le moment le plus fort de ce qui peut être présenté comme une nette divergence entre les positions exprimées par les conservateurs et les réponses apportées par la Cour suprême. Il faut rappeler que le jugement dans l'arrêt *Whaling*²³⁶, sur l'application d'une législation rétroactive en matière de libération conditionnelle, a été prononcé à l'unanimité le 20 mars 2014²³⁷. Et c'est le 13 juin de la même année que la Cour suprême a rendu un verdict unanime sur la vie privée des internautes²³⁸. L'année 2014 a également été déterminante pour d'autres questions constitutionnelles, notamment en matière autochtone, comme nous le verrons plus loin.

2.2 Le partage des compétences

Même si les conservateurs affichaient au départ des positions favorables à l'autonomie des provinces, ce sont des éléments plus spécifiques de leur programme économique, ainsi que leur position particulière sur la question des armes à feu, qui vont générer des litiges avec plusieurs provinces, en particulier avec le Québec.

Le partage des compétences n'a pas toujours été l'enjeu déterminant de certains arrêts. Dans les arrêts *Insite*²³⁹ et *Carter*²⁴⁰, où des enjeux relatifs à la compétence traditionnelle des provinces avaient été soulevés aux fins de contestation de la position du Procureur général du Canada, la Cour suprême n'avait pas retenu les arguments fondés sur l'exclusivité des compétences²⁴¹. La santé est un domaine de compétence mixte. Dans ces deux arrêts, la dimension constitutionnelle du partage des compétences ne revêtait qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet principal du litige.

Dans un autre cas, soit l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte* (62 p.)²⁴², où les conservateurs avaient modifié la législation fédérale en matière bancaire afin d'introduire le concept de «normes nationales exclusives»,

235. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6.

236. Arrêt *Whaling*, préc., note 141.

237. *Id.*

238. *R. c. Spencer*, préc., note 72.

239. Arrêt *Insite*, préc., note 115.

240. Arrêt *Carter*, préc., note 111, par. 49-53.

241. *Id.* ; arrêt *Insite*, préc., note 115, par. 50-73.

242. *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2014] 2 R.C.S. 725 (J. Rothstein et Wagner, au nom de la Cour).

l'issue du litige a été du même type pour l'exclusivité de la compétence des autorités fédérales²⁴³. Poursuivies dans le contexte d'un recours collectif relatif à des frais cachés de conversion pour les opérations par carte de crédit en devises étrangères, les banques avaient invoqué l'exclusivité de la compétence fédérale en matière bancaire²⁴⁴ afin de rendre inapplicable ou inopérante la législation québécoise dans le domaine de la protection des consommateurs²⁴⁵. Dans cet arrêt unanime, la Cour suprême a jugé que cette législation n'établissait pas des normes applicables aux produits et services bancaires offerts par les banques. Suivant cette approche, elle a affirmé que les dispositions relatives à la protection des consommateurs instaurent des normes contractuelles analogues à celles du *Code civil du Québec*²⁴⁶. Même en présumant que l'un des objectifs de la *Loi sur les banques*²⁴⁷ est la mise en œuvre de «normes nationales claires, complètes et exclusives applicables aux produits et services bancaires²⁴⁸», la Cour suprême a refusé les arguments de l'exclusivité de la compétence fédérale, ainsi que ceux qui étaient fondés sur la règle de la prépondérance. Il n'était pas vraiment question dans ce cas d'un domaine de compétence mixte, car la législation bancaire et celle qui est relative à la protection des consommateurs n'ont pas le même objet pour la Cour suprême.

À la lumière du projet de loi n° C-29 déposé par le gouvernement de Justin Trudeau le 25 octobre 2016²⁴⁹, la volonté d'exclure les banques de l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁵⁰ reflète sans doute mieux des priorités qui viennent directement du Conseil du Trésor. Le Sénat, qui n'était plus à majorité conservatrice, a menacé de scinder le projet de loi au début du mois de décembre. Devant l'ampleur de l'opposition au Québec, et devant l'attitude du Sénat, le gouvernement a retiré la disposition controversée. Du même coup, le Sénat a retrouvé son rôle traditionnel de défenseur des régions.

En matière de politique économique, ce n'est pas la première déconvenue des autorités fédérales. En 2011, l'affaire du *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* (60 p.)²⁵¹ a été un échec complet pour les

243. *Id.*

244. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6, par. 91 (15).

245. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.

246. *Banque de Montréal c. Marcotte*, préc., note 242, par. 79.

247. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, préambule (modification de 2012 : L.C. 2012, c. 19, art. 525).

248. *Id.*, art. 525.

249. *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2016*, projet de loi n° C-29, 42^e légis., 1^{re} sess. (Can.). Ce projet a été adopté le 15 décembre 2016 : L.C. 2016, c. 12.

250. *Loi sur la protection du consommateur*, préc., note 245.

251. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837 (la Cour).

conservateurs qui voulaient créer un organisme canadien unique de réglementation des valeurs mobilières²⁵². Au Canada, ce type de législation relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils²⁵³. Les conservateurs ont alors invoqué la compétence des autorités fédérales en matière de trafic et de commerce²⁵⁴ afin d'élaborer une proposition concernant une loi sur les valeurs mobilières²⁵⁵. À l'unanimité, la Cour suprême a constaté que le pouvoir général du législateur fédéral relatif au trafic et au commerce est si vaste «qu'il pourrait théoriquement faire double emploi avec celui des provinces quant à de vastes pans des questions de propriété et de droits civils²⁵⁶». Elle a évalué que cette interprétation romprait l'équilibre constitutionnel créé par les articles 91 et 92 et minerait le principe du fédéralisme. En outre, elle a rappelé que la fédération canadienne repose sur un principe de coordination et non de subordination des provinces aux autorités fédérales²⁵⁷. Afin de déterminer si des matières peuvent relever du pouvoir général conféré par l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour suprême a repris les cinq critères énoncés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing* de 1989²⁵⁸. Dans son analyse, la Cour a cherché à déterminer «le caractère véritable de la loi proposée quant à son objet et quant à ses effets²⁵⁹». Dans l'évaluation de ceux-ci, elle a fait le constat que la «loi proposée aurait pour effet de dédoubler et d'évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels, pour les remplacer par un nouveau régime de réglementation fédéral²⁶⁰». En examinant attentivement l'ensemble du projet de loi et le dossier présenté par le Procureur général du Canada, les juges ont conclu que le caractère véritable de la *Loi sur les valeurs mobilières*²⁶¹ était essentiellement une question relevant de la compétence législative des provinces. Ils ont donc rendu un verdict fondé strictement sur le partage des compétences et non sur l'opportunité d'une réglementation nationale dans le domaine.

252. *Id.*

253. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6, par. 92 (13). Il est ici question de la compétence de principe des provinces pour le droit privé.

254. *Id.*, par. 91 (2).

255. *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, décret C.P. 2010-667.

256. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 251, par. 70.

257. *Id.*, par. 71. Ce principe avait été explicité dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 42, par. 58.

258. *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (j. en chef Dickson, au nom de la Cour).

259. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 251, par. 92.

260. *Id.*, par. 106.

261. *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1.

De nombreux rapports d'experts avaient été remis pour justifier les mérites économiques d'un régime uniforme à l'échelle nationale.

Dans l'arrêt de 2015 sur le Registre canadien des armes à feu (RCAF) (80 p.)²⁶², la Cour suprême n'est pas parvenue à maintenir un pareil niveau de consensus. Dans la première décision sur le sujet qui remonte à 2000, elle avait néanmoins conclu à l'unanimité que la création d'un régime national de contrôle des armes à feu relevait clairement de la compétence des autorités fédérales en matière de droit pénal²⁶³. Elle avait ainsi confirmé la validité constitutionnelle de la *Loi sur les armes à feu*²⁶⁴. Cette dernière constituait une grande nouveauté en Amérique du Nord dans la mesure où le Canada obligeait toute personne possédant une arme à feu à obtenir un permis de possession d'arme, ainsi qu'à être titulaire d'un certificat d'enregistrement spécifique pour cette arme qui était répertorié dans le RCAF²⁶⁵. Dans l'affaire de 2015, la Cour suprême a été saisie en appel d'une demande de jugement déclaratoire présentée par le Québec en 2012²⁶⁶ afin de contester la volonté des conservateurs d'abolir la partie du RCAF relative aux armes d'épaule, ainsi que leur refus de transmettre les données afin que le Québec puisse créer son propre fichier²⁶⁷.

Cette affaire met clairement en lumière les divisions régionales sur la question des armes à feu. Les zones urbaines étaient nettement favorables à l'égard du RCAF, alors qu'en contrepartie les zones rurales y étaient vraiment hostiles. La question des armes à feu est restée très sensible pour le Québec à la suite de la tragédie survenue à l'École polytechnique de Montréal le 6 décembre 1989. Pour les provinces des Prairies, soit le Manitoba, la Saskatchewan et l'Alberta, la création du RCAF a été perçue comme une intrusion excessive dans la vie privée de la population canadienne. Le RCAF a également été très controversé à cause de son coût d'implantation.

262. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693.

263. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Canada)*, préc., note 171.

264. *Loi sur les armes à feu*, préc., note 169.

265. Les armes ont été divisées en trois catégories aux fins de la réglementation : les armes prohibées, les armes à autorisation restreinte et les armes d'épaule. Il y avait néanmoins une longue tradition de réglementation des armes à feu au Canada, mais qui n'était pas assez exhaustive.

266. Le Québec avait également déposé des requêtes en injonction permanente et interlocutoire, ainsi qu'une demande pour une ordonnance de sauvegarde et une ordonnance de transfert.

267. En 2012, le Parlement canadien avait adopté la *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, L.C. 2012, c. 6.

Le Québec a d'abord eu gain de cause en première instance. La Cour supérieure a constaté que les exigences de mise en œuvre et de coordination entre les autorités fédérales et les provinces aboutissaient à l'existence d'un partenariat fédéral-provincial en matière de contrôle des armes à feu, lequel pouvait être justifié selon la formule du fédéralisme coopératif élaborée par la Cour suprême²⁶⁸. L'appel du Procureur général du Canada a été accueilli à l'unanimité par un banc de cinq juges de la Cour d'appel qui a invalidé l'existence de ce partenariat²⁶⁹. En Cour suprême, les cinq juges formant la majorité ont rejeté la thèse du Québec qui cherchait à utiliser le fédéralisme coopératif afin de faire obstacle à une loi qui relève de la compétence des autorités fédérales en matière de droit pénal. À l'opposé, les juges minoritaires ont conclu à l'existence d'un partenariat fédéral-provincial qui s'inscrit dans l'esprit du fédéralisme coopératif²⁷⁰.

Le jugement de la Cour suprême a été en grande partie le reflet des divisions politiques au Canada puisque les trois juges issus du Québec ont formé le groupe des dissidents, avec l'appui de la juge Abella, qui vient de l'Ontario. Ces deux provinces étaient favorables au maintien du RCAF pour tous les types d'armes à feu. Ce qui reste désormais du RCAF, soit le contrôle sur les armes prohibées et sur les armes à autorisation restreinte, ne présente en réalité qu'une utilité limitée dans la lutte contre l'usage des armes à des fins criminelles.

Le Québec n'a pas tardé à réagir avec le dépôt, en décembre 2015, du projet de loi n° 64 sur l'immatriculation de toutes les armes à feu, lequel a été adopté presque à l'unanimité par l'Assemblée nationale et sanctionné en juin 2016²⁷¹.

Les trois arrêts qui ont été analysés requièrent deux clarifications. Il faut d'abord signaler qu'ils ne sont pas forcément représentatifs de l'ensemble des litiges qui ont opposé les autorités fédérales aux provinces durant la période 2006-2015. Dans quelques domaines, les autorités fédérales ont

268. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 4202 (j. Blanchard). La formule du fédéralisme coopératif remonte à 1995 : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162 ; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 10 ; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 (j. Binnie et LeBel, au nom de la Cour).

269. *Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1138, [2013] R.J.Q. 1023.

270. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 262, par. 47 et suiv. (j. LeBel, Wagner et Gascon, avec l'appui de la juge Abella).

271. *Loi sur l'immatriculation des armes à feu*, projet de loi n° 64, 41^e légis., 1^{er} sess. (Qc) ; L.Q. 2016, c. 15.

eu gain de cause en fonction du partage traditionnel des compétences. Ainsi, en matière aéronautique, la Cour suprême, par une majorité importante, a confirmé la compétence des autorités fédérales sur le fondement de la prépondérance fédérale (conflit de lois)²⁷². Dans d'autres affaires, les autorités fédérales ont eu en partie gain de cause, la Cour suprême ayant cependant rendu des jugements nuancés²⁷³ ou partagés²⁷⁴.

Enfin, dans ces trois arrêts, la Cour suprême n'a pas rompu avec le cadre d'analyse qu'elle utilise pour le partage des compétences. Le fédéralisme coopératif est une notion plus subtile qui revêt des dimensions politiques mais également juridiques. Afin d'établir sa pertinence, les juges devaient montrer l'existence d'un partenariat, lequel restait tributaire d'ententes entre les autorités fédérales et les provinces. Dans cette analyse qui peut être favorable ou défavorable, la Cour suprême fonde son appréciation sur des considérations proprement juridiques.

2.3 Les revendications autochtones

Au Canada, les ressources naturelles relèvent de la compétence des provinces. De prime abord, les litiges qui opposent les populations autochtones aux autorités publiques pour des enjeux liés à l'exploitation forestière ou minière ne mettent pas directement en cause les autorités fédérales. Ce n'est en fait qu'une apparence, car ces dernières sont appelées à intervenir fréquemment compte tenu de leurs obligations fiduciaires de protection à l'égard des autochtones. À vrai dire, elles se trouvent partie au litige dans la plupart des arrêts puisque les obligations de consultation qui découlent de ces devoirs fiduciaires touchent autant les provinces que les autorités fédérales aux fins du respect des droits ancestraux²⁷⁵. Ceux-ci ont été confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁶. De plus, les autorités fédérales ont une compétence de principe sur les « Indiens et les

272. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536 (j. LeBel et Deschamps, dissidents); *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453 (j. Deschamps, dissidente). La portée de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, c. A-2, était en cause.

273. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457.

274. *Québec (Procureur général) c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557 (j. LeBel, Deschamps, Abella et Charron, dissidents). L'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, était en cause, ainsi que celle de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14.

275. *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535; *Première Nation de Grassy Narrows c. Ministre des Ressources naturelles de l'Ontario*, [2014] 2 R.C.S. 447.

276. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9, art. 35.

terres réservées pour les Indiens²⁷⁷ » en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁷⁸.

Un litige opposant directement les conservateurs à des populations autochtones en matière d'aménagement du territoire était donc peu vraisemblable compte tenu du rôle prépondérant des provinces dans ce domaine. L'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* (65 p.)²⁷⁹ de 2015 semblait, à première vue, conforme à ce scénario, car la Colombie-Britannique était directement en cause pour la délivrance d'un permis d'exploitation forestière accordé en 1983 qui concernait le territoire des Tsilhqot'in, peuple semi-nomade qui vit au sud-ouest de la province. Cette affaire a néanmoins eu un impact direct sur les visées du gouvernement conservateur pour l'exportation du pétrole albertain. Le projet de construction de l'oléoduc Northern Gateway, qui aurait permis le transport du pétrole de l'Alberta vers la côte de la Colombie-Britannique, avait reçu l'appui des conservateurs en juin 2014 pour alimenter le marché de la région Asie-Pacifique, notamment le marché chinois. La construction de cet oléoduc exigeait un tracé qui aurait traversé le centre de la Colombie-Britannique (région de Cariboo Forest) pour rejoindre le port de Kitimaat situé au fond d'un fjord. Le tracé de cet oléoduc se trouve nettement plus au nord du territoire traditionnel des Tsilhqot'in.

Bien que le litige ait visé un permis d'exploitation forestière ainsi qu'un plan d'aménagement du territoire, qui relevaient de la compétence de la Colombie-Britannique, le Procureur général du Canada a été dans l'obligation d'intervenir, car sa compétence exclusive sur les questions autochtones a été invoquée en première instance en vue de faire échec aux visées provinciales²⁸⁰. Dans l'arrêt unanime de 2015, la Cour suprême n'a pas retenu cet argument en le jugeant inutile afin d'apprécier les obligations de consultation qui incombent aux autorités visées lorsque des droits ancestraux sont revendiqués par une population autochtone. Le litige découlait du fait que les autorités de la Colombie-Britannique n'avaient pas consulté de manière appropriée les Tsilhqot'in avant la délivrance du permis d'exploitation forestière. Il aurait été nécessaire d'obtenir leur consentement, car le principe de l'honneur de la Couronne oblige les autorités publiques à consulter les populations intéressées²⁸¹. Afin de déterminer l'existence

277. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 6, par. 91 (24).

278. *Id.*

279. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256 (j. en chef McLachlin, au nom de la Cour suprême) (ci-après «*arrêt Tsilhqot'in*»).

280. *Nation Tsilhqot'in v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112 (j. Vickers).

281. *Nation Haida c. Ministre des Forêts de Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 511.

d'un manquement à cette obligation, la Cour suprême devait donc vérifier l'origine du titre ancestral, ce qu'elle a fait en appliquant les trois critères dégagés dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* de 1997²⁸². La Cour a estimé que les trois critères étaient remplis puisque l'occupation du territoire revendiqué avant l'affirmation de la souveraineté européenne était suffisante, continue et exclusive en fonction des caractéristiques de la région. Pour la suffisance de l'occupation, les juges ont retenu une approche fondée sur l'utilisation régulière du territoire en tenant compte de plusieurs éléments²⁸³. Une fois le titre établi, il n'est plus question de « terres publiques » au sens de la loi de la Colombie-Britannique sur les forêts²⁸⁴ : « l'intérêt bénéficiaire sur les terres est dévolu au groupe autochtone et non à la Couronne²⁸⁵ », ce qui oblige cette dernière à justifier toute atteinte au titre²⁸⁶. Lorsqu'un titre est établi, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁸⁷ contraint la Couronne à démontrer la nécessité de toute mesure législative et réglementaire qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral²⁸⁸.

L'arrêt *Tsilhqot'in*²⁸⁹ a eu un impact réel sur la réalisation potentielle de l'oléoduc Northern Gateway par l'entreprise Enbridge. En 2015, malgré l'accord donné par 26 des 45 communautés autochtones visées pour la réalisation du projet, une opposition directe à l'égard de cet oléoduc subsistait encore parmi plusieurs groupes autochtones. Ceux-ci dénonçaient le fait que les autorités fédérales avaient consenti à ce projet sans processus véritable de consultation des nations autochtones, et ce manquement concernait également la Colombie-Britannique. En cas de judiciarisation du litige, l'arrêt *Tsilhqot'in*²⁹⁰ aurait une grande importance. De nombreuses difficultés en vue de parvenir à un accord financier entre l'Alberta et la Colombie-Britannique, ainsi que les controverses environnementales liées à la réalisation de cet oléoduc, ont contribué au ralentissement du projet. En novembre 2016, le gouvernement Trudeau a annoncé son rejet au profit d'autres oléoducs.

282. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 143 (j. en chef Lamer).

283. « Il faut aborder la question en tenant compte de point de vue du groupe autochtone et de la common law, sans oublier les coutumes du peuple et la nature de leur territoire » : arrêt *Tsilhqot'in*, préc., note 279, par. 54.

284. *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.

285. Arrêt *Tsilhqot'in*, préc., note 279, par. 116.

286. *Id.*

287. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 9, art. 35.

288. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1110 (j. La Forest et Dickson, au nom de la Cour).

289. Arrêt *Tsilhqot'in*, préc., note 279.

290. *Id.*

Même si l'arrêt *Tsilhqot'in* n'a pas pour cible directe les conservateurs, il influe néanmoins sur leur politique générale de soutien à l'égard de l'industrie pétrolière aux fins d'aménagement du territoire canadien. Les conservateurs sont restés ambivalents à l'égard des revendications autochtones. L'accord de principe à propos des pensionnats indiens a été conclu le 20 novembre 2005 avec le gouvernement libéral de Paul Martin. La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*²⁹¹ qui en découle remonte au 8 mai 2006, peu de temps après l'arrivée au pouvoir des conservateurs le 23 janvier 2006²⁹². Cette convention a été à l'origine de la Commission de vérité et réconciliation du Canada dont les travaux ont eu lieu de 2009 à 2015. Dans la version définitive du rapport déposé le 15 décembre 2015, les commissaires ont fait état des nombreux refus du gouvernement conservateur afin de rendre accessibles les documents et les archives nécessaires pour les travaux de cette commission²⁹³. En revanche, en 2008, le premier ministre Harper a présenté des excuses officielles à propos des pensionnats²⁹⁴. Les conservateurs ont quand même été réfractaires aux revendications territoriales, jugées peu compatibles avec l'exploitation directe des ressources naturelles par l'industrie minière ou pétrolière.

Conclusion

Le bilan du conflit entre la Cour suprême et le gouvernement Harper peut relever de simples considérations comptables. Sur les dix-neuf arrêts examinés, les conservateurs en ont perdu dix-sept. Ils n'ont eu gain de cause que dans deux arrêts dont ils n'ont pas tiré, de toute évidence, un grand avantage. En ce qui concerne l'arrêt *Harkat* de 2014²⁹⁵ relatif à la validité du régime des certificats de sécurité, la Cour suprême avait d'abord répondu par la négative en 2007 dans l'arrêt *Charkaoui*²⁹⁶, ce qui avait obligé le gouvernement conservateur à introduire une réforme de la LIPR fondée sur l'intervention d'avocats spéciaux afin d'offrir un minimum de

291. *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, mai 2006.

292. *Id.*

293. CANADA, COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, *Honorer la vérité, réconcilier l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 31-33.

294. Le premier ministre Harper a présenté des excuses complètes au nom des Canadiens relativement aux pensionnats indiens : *Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens*, 11 juin 2008, [En ligne], [www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_fra.pdf] (6 septembre 2017).

295. Arrêt *Harkat*, préc., note 103.

296. Arrêt *Charkaoui*, préc., note 91.

droits aux personnes visées par des certificats de sécurité. Dans l'arrêt *Harkat*, les juges ont confirmé à l'unanimité la validité constitutionnelle du nouveau régime. Cependant, compte tenu du fait que ceux-ci conservent des pouvoirs importants par rapport aux certificats de sécurité, ce n'était pas le résultat escompté par les conservateurs. Enfin, dans l'arrêt de 2015 sur le RCAF²⁹⁷, les conservateurs ont obtenu un jugement favorable par une mince majorité (cinq juges contre quatre). Leur victoire n'a donc été que partielle puisque le Québec a riposté par l'adoption en 2016 de la *Loi sur l'immatriculation des armes à feu*²⁹⁸. Ainsi, le bilan général reste pauvre pour les visées politiques des conservateurs.

Dans douze arrêts, la Cour suprême a rendu un verdict défavorable à l'égard de réformes introduites par les conservateurs ou, à défaut, relativement à des principes liés à leur programme politique. Elle n'est pas parvenue à l'unanimité dans cinq arrêts, dont quatre mettent en lumière la portée de garanties fondamentales dans le champ du droit pénal : *R. c. K.R.J.* (rétroactivité de la législation pénale en matière de peines)²⁹⁹, *R. c. Nur* et *R. c. Lloyd* (peines minimales)³⁰⁰ et *R. c. D.B.* (jeunes délinquants)³⁰¹. Seul ce dernier arrêt, rendu en 2008, montre une cour plus divisée à cinq juges contre quatre. Pour les affaires qui ne relèvent pas du droit pénal, la seule dissidence est venue du juge Moldaver dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*³⁰².

Pour les litiges liés à l'application de la Charte canadienne, le bilan doit être relativisé dans la mesure où ce type de contentieux ne revêt plus l'importance numérique qu'il a connu de 1982 à 2000, dates qui correspondent, pour l'essentiel, aux mandats de deux juges en chef, Brian Dickson (1984-1990) et Antonio Lamer (1990-2000). La décroissance du nombre d'arrêts ouvre des perspectives sur une tout autre séquence temporelle, celle de la «cour McLachlin», qui n'est plus celle qui est dite de la «*Charter Revolution*»³⁰³. Dans les affaires les plus importantes, la similitude avec le fonctionnement des commissions parlementaires est incontestable. Loin d'être inadaptés à des litiges complexes, ces arrêts montrent au contraire un surinvestissement du contrôle judiciaire par des acteurs politiques.

297. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 262.

298. *Loi sur l'immatriculation des armes à feu*, préc., note 271.

299. *R. c. K.R.J.*, préc., note 159.

300. *R. c. Nur*, préc., note 166 ; *R. c. Lloyd*, préc., note 186.

301. *R. c. D.B.*, préc., note 193.

302. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206.

303. Peter J. McCORMICK, *The End of the Charter Revolution. Looking Back from the New Normal*, Toronto, Toronto University Press, 2015, chap. 6 («The Charter by the Numbers»), p. 175 et 179.

Ainsi, dans l'arrêt *Carter*³⁰⁴, si nous excluons la participation des procureurs généraux de différentes provinces, il y a eu 24 intervenants opposés ou favorables à l'aide médicale à mourir. Dans l'arrêt *Bedford*³⁰⁵, 21 intervenants se sont manifestés. Et enfin, dans l'arrêt *Insite*³⁰⁶, 14 groupes ont déposé des mémoires. Pour l'aide médicale à mourir, il aurait été plausible de concevoir un débat de ce type en commission parlementaire avec les mêmes intervenants.

Cette similitude peut prêter à confusion, car les juges ne sont pas des décideurs politiques. Chaque jugement requiert un travail de justification et d'argumentation qui diffère des autres organes de l'État. Pour le premier groupe d'arrêts associés à la Charte canadienne, cette rationalité interne du droit relève avant tout du contrôle de proportionnalité³⁰⁷. Durant la période 2006-2015, l'interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne a permis d'accroître substantiellement la portée de ce type de contrôle par les critères de la « portée excessive » et du « caractère totalement disproportionné »³⁰⁸. Les juges exercent ainsi un pouvoir de modération entre des intérêts opposés ou des divergences de position afin de déterminer si les moyens utilisés ne sont pas excessifs eu égard aux fins recherchées³⁰⁹. Ils devaient veiller au respect de droits et libertés dans des litiges où les groupes les plus vulnérables étaient visés : les personnes aux prises avec le système de justice pénale, les détenus, les personnes en fin de vie, les autochtones, les personnes qui doivent recourir à la prostitution, en particulier les femmes, et les toxicomanes. La Cour suprême a donc été appelée

304. Arrêt *Carter*, préc., note 111.

305. Arrêt *Bedford*, préc., note 58.

306. Arrêt *Insite*, préc., note 115.

307. Sur le rôle déterminant du principe de proportionnalité, voir : Aharon BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, chap. 17 « Proportionality's Importance », p. 457 ; Vicki C. JACKSON, « Constitutional Law in an Age of Proportionality », (2014-2015) 124 *Yale L.J.* 3094 ; Luc B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2011) 57 *R.D. McGill* 429, 431 (principe dominant) ; Mark ANTAKI, « The Rationalism of Proportionality Culture of Justification », dans Grant HUSCROFT, Bradley W. MILLER et Grégoire WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 284, à la page 289 (« Put starkly, proportionality is the supreme principle »).

308. Arrêt *Carter*, préc., note 111, par. 85 et 89. Voir Peter W. HOGG, « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter », (2012) 58 *S.C.L.R.* 195, et également, Margot YOUNG, « Section 7: The Right to Life, Liberty, and Security of the Person », dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 7, p. 777.

309. Ce travail de pondération est répandu dans quelques disciplines, comme le font les travailleurs sociaux qui doivent parfois évaluer des situations conflictuelles sur la base des évaluations psychosociales, médicales et psychologiques. Dans le cas du droit, cette pondération est requise dans presque tous les domaines.

à exercer ce type de contrôle, à maintes reprises, pour des interventions concrètes des autorités fédérales (et parfois, par association, des provinces), mais également pour des omissions, compte tenu du refus des autorités d'agir en faveur de ces groupes vulnérables. Ce qui peut ressembler à des « affaires politiques » relève en réalité de la longue série d'arrêts rendus aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne. Il est donc difficile de conclure que la Cour suprême serait, en pratique, un organe politique, alors qu'elle est saisie de demandes relatives à des atteintes à des droits et libertés. Elle a parfois peu de contrôle sur les événements. Elle n'a pas de programme politique. Dans la perspective de l'arrêt *Carter*³¹⁰, il aurait été préférable qu'elle puisse intervenir beaucoup plus tôt compte tenu des enjeux médicaux et humains liés aux situations de fin de vie. Dans ce type de cas, ce n'est pas un véritable travail de gouvernement, car le pouvoir exécutif et le Parlement peuvent agir plus rapidement, et à plus grande échelle, dans plusieurs champs de l'action publique. Sur le plan strict de l'efficacité, la comparaison serait défavorable pour le pouvoir judiciaire, car les juges interviennent parfois trop tard et ne peuvent alors remédier à l'irréparable, comme nous avons pu le constater dans le domaine pénal.

La série d'arrêts relatifs au droit constitutionnel plus classique obéit également à cette rationalité juridique. À certains égards, elle est encore plus manifeste, car l'analyse de la Cour suprême repose avant tout sur une analyse exégétique des textes en vue de déterminer si les autorités ont la compétence pour agir. Pour tous les organes de l'État, une partie importante du droit public, tous domaines confondus, repose sur cette dimension. Si les juges peinent parfois à concilier des principes juridiques opposés, leur travail ne relève pas pour autant de subterfuges. Dans la perspective du partage des compétences entre les autorités fédérales et les provinces, les positions de la Cour suprême sont restées conformes à plusieurs arrêts, au point de refuser toute autre approche fondée sur des considérations d'opportunité (le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*³¹¹ en est une bonne illustration). Certes, il existe des notions plus subtiles comme le fédéralisme coopératif qui n'est pas exempt de dimensions politiques, mais cette notion a été intégrée par le droit constitutionnel et doit être interprétée en fonction des arrêts antérieurs sur le même sujet. Dans les affaires autochtones, la Cour doit veiller au respect des obligations de protection et de consultation de la Couronne.

Ce bilan juridique doit cependant être nuancé. En insistant sur la dimension juridique de ces arrêts, nous ne cherchons pas à reprendre,

310. Arrêt *Carter*, préc., note 111.

311. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 251.

sans aucune nuance, les thèses connues des auteurs associés au courant rhétorico-herméneutique³¹². Si, à quelques reprises, la Cour suprême a été une actrice politique de premier plan, elle a toujours assumé ce rôle avec les exigences propres à l'élaboration du droit. En dépit de l'importance accrue de lois constitutionnelles, les systèmes britannique et canadien reposent sur le principe du « droit jurisprudentiel » (*judge-made law*). Cette explicitation judiciaire du droit constitutionnel doit être prise en considération avec les contraintes inhérentes à cette fonction. En produisant des normes secondaires au sens de la théorie de Hart³¹³, les juges se servent à l'occasion de concepts qui montrent que leurs analyses ne sont pas imperméables à l'égard de considérations de politique générale³¹⁴. En effet, leurs références sont issues parfois d'autres savoirs ou d'autres disciplines. L'utilisation qu'ils en font montre la nécessité de penser autrement la division binaire entre droit et politique.

Cette dimension juridique, même nuancée, ne permet pas d'expliquer la cause de la polarisation entre une cour qui a été largement majoritaire, voire unanime dans plusieurs arrêts³¹⁵, et les politiques retenues par les conservateurs. La piste explicative la plus simple est une réponse au premier degré fondée sur des considérations de droit positif. Dans le champ du droit pénal, les politiques conservatrices portaient directement atteinte à des principes fondamentaux de ce droit, ce qui peut expliquer l'unanimité des juges dans plusieurs arrêts. Bien que la Cour suprême ne soit pas parvenue à une complète unanimité pour ces affaires de droit pénal, ses jugements montrent néanmoins les réticences d'une nette majorité à l'égard de politiques trop dirigistes par rapport à l'indépendance des juges, et ce, tant pour leur travail (appréciation du juge à l'égard des délinquants) que pour leur statut (nomination des juges à la Cour suprême). Cette première lecture privilégie une opposition directe entre les préroga-

312. Charles LEBEN, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », (2011) 54 *Droits* 49.

313. Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

314. Dans l'affaire *Ernst c. Alberta Energy Regulator*, 2017 CSC 1, les juges ont employé les expressions « bon gouvernement », « efficacité » et « bonne administration de la justice » afin d'évaluer la portée d'une immunité conférée à un organisme public contre toute forme de poursuite.

315. Sur ce plan, la Cour suprême du Canada se démarque de la Cour suprême américaine où, de 1953 à 2004, les arrêts unanimes sur le plan des motifs oscillent entre 20 et 30 p. 100 : Pamela CORLEY, Amy STEIGERWALT et Artemus WARD, *The Puzzle of Unanimity: Consensus on the United States Supreme Court*, Stanford, Stanford Law Books, 2013, p. 3 (tableau).

tives traditionnelles reconnues par le droit à l'égard des juges et les intentions politiques des conservateurs³¹⁶.

Notre lecture offre la possibilité d'inverser la perspective traditionnelle, qui n'est plus celle de l'activisme judiciaire, mais bien celle de l'interventionnisme du gouvernement conservateur. Sur ce plan, il faut dépasser les stéréotypes associés aux conservateurs. Leurs politiques n'étaient pas orientées vers le *statu quo* sur le plan social et économique. Tout au contraire, l'examen attentif de leurs programmes politiques de 2006 à 2015 laisse voir une nette volonté «réformatrice» dans plusieurs domaines, notamment en matière économique (claire orientation de soutien aux petites entreprises et à divers types d'industries), en matière familiale, militaire, pénale et sécuritaire, et également, à un niveau plus institutionnel, en matière politique, comme l'a montré leur volonté de réforme du Sénat³¹⁷. Dans la mesure où ces orientations politiques les ont singularisés et démarqués des précédents gouvernements, les conservateurs ont accordé une grande importance à la législation comme moteur de plusieurs réformes, ne serait-ce que pour modifier des lois déjà en vigueur, en particulier le *Code criminel*³¹⁸. Loin d'être orienté vers le «laisser-faire», le gouvernement conservateur était interventionniste, sur une base sélective, dans plusieurs domaines. Son interventionnisme s'est concrétisé d'une façon différente des précédents gouvernements, principalement en matière de développement économique, afin de faire du Canada une «superpuissance énergétique³¹⁹».

Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner de la valorisation de la démocratie parlementaire par les conservateurs pour la mise en œuvre de leur programme politique. Sur ce plan, le bilan qui peut être tiré de leurs neuf années de pouvoir (2006-2015) montre la réactivation, à des fins rhéto-

316. Sans chercher à la contredire, cette analyse relativise la théorie du dialogue entre le législateur et la Cour suprême qui a été décrite par Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; Peter W. HOGG et Ravi AMARNATH, «Understanding Dialogue Theory», dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 7, p. 1053. En insistant sur la législation à titre de source prépondérante de l'action publique, cette théorie ne tient pas suffisamment compte de l'existence de décisions issues du gouvernement comme le montrent les arrêts *Insite*, préc., note 115 et *Khadr*, préc., note 82. Une théorie fondée sur le dialogue devient plus aléatoire pour la séquence temporelle 2006-2015 car les conservateurs ont essuyé plusieurs refus à l'égard de réformes fondées sur des projets de loi. Cette théorie ne permet pas non plus d'expliquer un conflit institutionnel.

317. *Ici pour le Canada*, préc., note 52, p. 70 («Ici pour l'intégrité et la responsabilité»).

318. *Code criminel*, préc., note 12.

319. Fr. BOILY, préc., note 34, p. 79.

riques, du paradigme de Westminster fondé sur la prépondérance de la démocratie parlementaire. Le retour aux origines, et notamment à l'École de Calgary, hostile à l'égard de l'activisme judiciaire, permet de mettre en lumière cette polarisation entre le juridique (*legal*) et le politique (*political*) en matière de constitutionnalisme. Le constitutionnalisme politique relève d'une longue tradition dans la pensée constitutionnelle britannique, et il n'est pas forcément orienté vers le conservatisme dans l'élaboration des politiques publiques. Le texte très connu de Griffith, *The Political Constitution*³²⁰, en est un exemple. Le constitutionnalisme politique a été l'objet de nombreux travaux au début des années 2000³²¹. Il procède en partie d'une critique de la vision juridique (*legal*) du constitutionnalisme qui assure la primauté du contrôle de constitutionnalité des lois fondé sur le contrôle judiciaire. Ce modèle dominant du contentieux constitutionnel est celui qui règne au Canada depuis 1982 avec la Charte canadienne. L'adoption de l'*Human Rights Act* en 1998 par la Grande-Bretagne³²² a favorisé ce débat relatif aux deux approches du constitutionnalisme³²³.

Le paradigme de Westminster repose sur des caractéristiques connues, notamment le rôle essentiel du Parlement et le principe du gouvernement responsable. Ce paradigme a quand même évolué dans le temps, car il repose de plus en plus sur la prééminence du pouvoir exécutif par rapport au Parlement³²⁴. L'épisode récent du gouvernement Harper en est une autre illustration³²⁵. Cette évolution explique à un niveau plus systémique l'opposition entre la Cour suprême et les conservateurs, qui tout en étant responsables devant le Parlement, avaient néanmoins leurs propres priorités. La polarisation considérable qui en est résulté (*Harper v. the Court*³²⁶) peut être expliquée par l'absence d'autres contrepoids institutionnels, comme c'est le cas dans le système politique américain. Certes, il existe d'autres

320. J.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », (1979) 42 *Mod. L.R.* 1.

321. Thomas POOLE, « Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », (2003) 23 *Oxford J. of Leg. Stud.* 435; Adam TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005; Richard BELLAMY, *Political Constitutionalism, A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 143 et suiv., partie 2 (« Political Constitutionalism »).

322. *Human Rights Act 1998*, c. 42 (R.-U.).

323. Paul CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 166 (« Legal and Political Constitutionalism »).

324. Stephen SEDLEY, *Lions under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 110 (« The Way We Live Now »).

325. Plusieurs arrêts, comme l'arrêt *Khadr*, montrent une participation directe de Stephen Harper, de ses ministres, de ses conseillers et du Cabinet.

326. Chr. MANFREDI, préc., note 1, 953.

acteurs moins connus tels le Vérificateur général ou divers commissaires spécialisés³²⁷. En dépit de la constitutionnalisation progressive de leur statut et fonction³²⁸, ces autorités restent tributaires des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Dans la perspective d'un conflit institutionnel entre le gouvernement et la Cour suprême, la piste de l'américanisation ne s'impose pas d'emblée, même si la comparaison avec le système politique américain reste utile et féconde pour plusieurs enjeux³²⁹. Comme cela s'est produit dans d'autres démocraties occidentales, notamment en Grande-Bretagne, le système politique canadien a évolué vers une importance accrue du pouvoir exécutif, sans cesser pour autant d'être une démocratie parlementaire.

L'épisode récent du gouvernement Harper met en lumière le rôle considérable que joue désormais la Cour suprême dans le contexte du passage «de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle³³⁰». Les juges sont plus que jamais des «gardiens de la Constitution³³¹». Dans le rôle que la Cour a exercé à l'égard du mouvement conservateur, cette fonction constitutionnelle ne peut se résumer à un simple droit de *veto*. Elle ne correspond pas à celle du «législateur négatif» conçue initialement par Hans Kelsen pour la première Cour constitutionnelle sur le continent européen³³². La légitimité politique et juridique de la Cour suprême repose plutôt sur la justification et l'argumentation de chaque arrêt, rendu chaque semaine, dans tous les domaines du droit.

327. Il n'existe pas au Canada, pas plus qu'aux États-Unis, d'ombudsman parlementaire ayant une compétence générale sur l'ensemble de l'Administration fédérale.

328. Daniel MOCKLE, «La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée», (2010) 51 *C. de D.* 245, 263 («Le statut juridique des autorités de surveillance»).

329. Pour la thèse de l'américanisation, voir David SCHNEIDERMAN, *Red, White, and Kind of Blue? The Conservatives and the Americanization of Canadian Constitutional Culture*, Toronto, University of Toronto Press, 2015.

330. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 42, par. 72; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 206, par. 89.

331. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 (j. Dickson).

332. Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», R.D.P. 1928.197, 224 et 225.