

Chapter 2

À LA RECHERCHE DES LIMITES PROCÉDURALES À LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE EN DROIT CANADIEN

David D'Astous*

I. INTRODUCTION

Au Royaume-Uni, l'étude de la souveraineté parlementaire, notamment des limites et des conséquences de son déploiement dans les institutions politiques britanniques, a longuement suscité l'engouement des constitutionnalistes. L'une des questions les plus importantes et les plus anciennes concernant les limites de la souveraineté du Parlement britannique est celle de savoir si celui-ci peut se lier pour l'avenir en s'obligeant à légiférer par une procédure plus onéreuse que celle employée ordinairement. Reconnaître que le législateur a un tel pouvoir laisse entendre que la validité d'une loi peut être assujettie à des exigences de « manière et à la forme » (*manner and form*) et que le respect de règles procédurales est susceptible d'être examiné par les tribunaux.

Ce débat est important pour comprendre le rôle constitutionnel des tribunaux et les modalités du contrôle judiciaire des lois et a par conséquent fait l'objet de nombreuses spéculations dans plusieurs pays du Commonwealth, dont l'Australie, la Nouvelle-Zélande ainsi que l'Afrique du Sud. Néanmoins, au Canada, la question a rarement été débattue, et peu d'arrêts en ont fait l'étude: pas plus d'une dizaine d'affaires dans les trois dernières décennies. Qui plus est, le caractère obligatoire des conditions de manière et de forme a été largement accepté par la majorité des auteurs doctrinaux, sans grand débat¹. Pourtant, la théorie de l'autolimitation procédurale,

* B.C.L./J.D. (McGill). L'auteur tient à remercier Johanne Poirier pour son appui, ses conseils et ses commentaires durant le processus de rédaction. Il souhaite également remercier Marc-Antoine Gervais, Maxime St-Hilaire et Patrick F. Baud, à qui cet article doit beaucoup, ainsi que Catherine Laperrière et Etienne W. Gratton, pour leurs précieux commentaires.

¹ Voir par ex. Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 294 et suiv.; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson

développée par certains constitutionnalistes britanniques, soulève des questions particulières en droit canadien, vu l'enchéassement de la Constitution du Canada, de la hiérarchie des normes qui en résulte ainsi que des conséquences particulières de la sanction d'inconstitutionnalité.

Cela dit, la Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée de façon claire et déterminante sur la question. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, le juge Sopinka, s'exprimant pour une Cour unanime, était resté équivoque à cet égard². Le raisonnement de la Cour suprême dans deux affaires récentes, l'arrêt *Mikisew*³ et le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*⁴, semble cependant indiquer que le Parlement et les législatures pourraient conditionner l'adoption, la modification ou l'abrogation future des lois au respect des exigences procédurales qu'ils s'imposent par la loi. Dans ces deux affaires, les juges de la Cour suprême ont accueilli, en *obiter dictum*, l'applicabilité de la théorie britannique en droit canadien, ne faisant vraisemblablement aucune distinction entre les normes imposées au législateur par la loi ordinaire de celles imposées par la Constitution. Ces *dicta* restent très limités en ce qu'ils ne permettent pas de résoudre les diverses difficultés que soulève la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien.

Cet article adopte une approche théorique et comparative pour mettre en lumière ces difficultés. La première partie (I) clarifie les multiples facettes de ce principe constitutionnel en distinguant la conception orthodoxe de la conception nouvelle de la souveraineté parlementaire développée par certains constitutionnalistes britanniques. En examinant la jurisprudence du Commonwealth, nous montrons comment certaines constitutions enchâssées limitent expressément le pouvoir de légiférer de leur parlement par des exigences procédurales. La seconde partie (II) traite d'abord de la réception en droit canadien de la souveraineté parlementaire et des limites inhérentes que lui impose la Constitution. En s'appuyant sur une telle compréhension, nous remettons ensuite en question l'applicabilité de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien, telle que mise de l'avant par la doctrine et la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada.

Reuters, 2018, p. 12-11 et suiv.; Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.35 et suiv.; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 7e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2018, p. 101 et suiv.

² Le juge Sopinka affirmait dans ce jugement qu'il est « fort peu probable » qu'une loi ordinaire traduise l'intention du législateur de se lier pour l'adoption future de lois. Voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563 [ci-après *Renvoi sur le RAP*].

³ *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40 [ci-après *Mikisew*].

⁴ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48 [ci-après *Renvoi sur les valeurs mobilières*].

II. LES MULTIPLES FACETTES DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE: LEÇONS DU ROYAUME-UNI ET DU COMMONWEALTH

Notre compréhension de la souveraineté parlementaire repose sur certaines leçons qui peuvent être tirées du droit britannique et de la jurisprudence du Commonwealth. Elle s'appuie sur une réévaluation de la théorie de l'autolimitation procédurale telle que développée par certains constitutionnalistes britanniques. Nous posons d'abord les propositions fondamentales de la souveraineté parlementaire telles que traditionnellement acceptées en droit britannique. Nous montrons ensuite les principales objections qui y ont été opposées, tout en posant un regard critique sur la conception nouvelle de la souveraineté parlementaire, notamment à la lumière de la jurisprudence du Commonwealth.

1. Une doctrine au cœur de la tradition constitutionnelle britannique

En droit britannique, aucune loi fondamentale ne dispose du pouvoir de légiférer du Parlement de Westminster. C'est la souveraineté parlementaire, une doctrine fondamentale de la constitution non écrite britannique, « [t]he bedrock of the British constitution », qui en régit la compétence législative⁵. L'existence de cette doctrine remonte à l'édition du *Bill of Rights*, qui consacre en droit britannique le principe selon lequel le monarque n'a pas le pouvoir de changer seul la common law, le droit statutaire ou le droit coutumier du Royaume-Uni⁶. Seule l'action concertée des trois organes du pouvoir législatif – la Chambre des communes, la Chambre des lords et la Reine – donne naissance à la norme juridique. Le célèbre axiome de A.V. Dicey définit la souveraineté parlementaire comme étant « the right to make or unmake any law whatever », s'y ajoutant la règle selon laquelle « no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament »⁷.

Autrement dit, l'axiome de Dicey exprime le pouvoir juridique du Parlement de Westminster d'édicter ou d'abroger toute loi (*i*); toute loi qu'il édicte donne naissance à une norme juridique qui gouverne les autres branches de l'État, à savoir l'exécutif et le judiciaire (*ii*). Ces deux dimensions de la souveraineté parlementaire forment respectivement un « pouvoir » (dimension positive) et une « immunité » (dimension négative)⁸. Cette compréhension de la souveraineté parlementaire est

⁵ *R. (Jackson) v. Attorney General*, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 9 (Lord Bingham) (U.K.H.L.) [ci-après *Jackson*].

⁶ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, par. 43. Voir aussi *Case of Proclamations*, (1611) 12 Co. Rep. 74 (U.K.K.B.); Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, University Press, 1999, p. 159 et suiv.

⁷ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 2012, p. 3.

⁸ Voir Pavlos Eleftheriadis, *Parliamentary Sovereignty and the Constitution*, (2009) 22 Can. J.L. & Jur. 267, 268.

largement acceptée au Royaume-Uni, tant par le politique que par le judiciaire, de sorte qu'elle est décrite comme la conception « orthodoxe ».

(a) *Le pouvoir du Parlement de Westminster d'édicter toute loi*

La souveraineté parlementaire comporte une dimension positive importante, à savoir que le Parlement de Westminster a un pouvoir de légiférer illimité: toute loi relève de sa compétence, et corollairement, il ne peut être lié par ses prédécesseurs ni lier ses successeurs⁹. Partant, le Parlement a le pouvoir d'abroger toute loi explicitement ou implicitement (*implied repeal*), suivant la règle de la préséance de la loi postérieure. Ce principe d'interprétation des lois signifie que, puisque le Parlement ne peut être empêché de légiférer sur un sujet particulier, le conflit entre deux dispositions législatives est résorbé par la préséance de la plus récente sur la plus ancienne¹⁰. Un tel principe se défend conceptuellement par un argument démocratique: une Chambre des communes élue par la volonté populaire d'aujourd'hui ne peut limiter le pouvoir de légiférer de celle élue par la volonté populaire de demain¹¹. Lord Maughan, dans l'affaire *Ellen Street Estates*, avait notamment statué que: « The legislature cannot, according to our constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation and, it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject-matter there can be no implied repeal. »¹²

Selon H.W.R. Wade, il en découle que la seule limite au pouvoir législatif du Parlement est celle qui lui impose de maintenir cette souveraineté¹³. Le législateur ne peut, au moyen d'une disposition législative, rendre plus onéreuse l'abrogation ou la modification d'une loi ou encore prétendre assujettir l'adoption future des lois à une procédure spéciale. La portée juridique d'une telle disposition serait nulle, car toute loi peut être adoptée, modifiée ou abrogée par une loi formellement ordinaire. La conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire ne reconnaît pas le pouvoir du législateur d'enchâsser (*entrench*) une loi par le truchement d'exigences

⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-1.

¹⁰ Voir Alec Samuels, *Implied Repeal*, (2019) 40:2 Stat. L. Rev. 206; Alison Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 31 et suiv. Voir aussi *Vauxhall Estates, Ltd. v. Liverpool Corp.*, [1932] 1 K.B. 733 (U.K.K.B.); *Ellen Street Estates, Ltd. v. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590 (U.K.C.A.) [ci-après *Ellen Street*].

¹¹ Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 281. Voir aussi AW Bradley, « The Sovereignty of Parliament—Form or Substance? », dans Jeffrey Jowell & Dawn Oliver, (dir.), *The Changing Constitution*, 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 22, à la p. 31.

¹² *Ellen Street Estates, Ltd v. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590 at 567 (U.K.C.A.).

¹³ C'est le principe du maintien de la souveraineté parlementaire (« continuing sovereignty »). H.W.R., *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) 13:2 Cambridge L.J. 172, 174.

procédurales particulières¹⁴. De plus, les tribunaux ne pourraient, en principe, contrôler le respect de telles exigences procédurales, vu la dimension négative de la souveraineté parlementaire, suivant laquelle les tribunaux ne peuvent vérifier que rudimentairement la validité des lois.

(b) La préséance de la loi au regard du pouvoir judiciaire

La souveraineté parlementaire telle que comprise par Dicey décrit le statut juridique de l'organe législatif et, par le fait même, la relation qui doit exister entre le législateur et les tribunaux¹⁵. Wade l'expliquait en quelques mots: « aucune loi de l'assemblée législative souveraine [...] ne peut être invalide aux yeux des tribunaux »¹⁶. Cette dimension de la souveraineté parlementaire en est la plus importante, car elle s'intéresse au pouvoir et à la légitimité des tribunaux d'exercer un contrôle judiciaire des lois édictées par le Parlement de Westminster¹⁷.

Il découle de la souveraineté parlementaire que les tribunaux britanniques doivent donner effet aux lois dûment édictées par le Parlement, vu l'absence de norme juridique permettant d'en faire le contrôle¹⁸. C'est ce qu'exprime Lord Simon dans l'arrêt *Pickin*: « [T]he courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid. »¹⁹ La notion de « loi dûment édictée par le Parlement », en droit

¹⁴ H.W.R. Wade, *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens & Sons, 1980, p. 24 et suiv.

¹⁵ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 2012, p. 24. Voir aussi Richard Ekins, *Acts of Review and the Parliament Acts*, (2007) 123 *Law Q. Rev.* 91, 101-105.

¹⁶ H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) 13:2 *Cambridge L.J.* 172, 174 [Notre traduction].

¹⁷ Pavlos Eleftheriadis, *Parliamentary Sovereignty and the Constitution*, (2009) 22 *Can. J.L. & Jur.* 267, 283.

¹⁸ Voir Anthony Clarke & John Sorabji, *The Rule of Law and Our Changing Constitution*, in Mads Andenas & Duncan Fairgrieve, (dir.), *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 39, à la p. 54. À noter que cette notion déroge à la théorie du constitutionnalisme de common law mise de l'avant par plusieurs constitutionnalistes britanniques. Sur ce sujet, voir notamment T.R.S Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Thomas Poole, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, (2003) 23 *Oxford J. Leg. Stud.* 435; Stuart Lakin, *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution*, (2008) 28:4 *Oxford J. Leg. Stud.* 709; T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 142; Han-Ru Zhou, « The Continuing Significance of Dr Bonham's Case », dans Paul Daly (dir.), *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, p. 279. Pour une critique de cette théorie, voir Jeffrey Goldworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 14.

¹⁹ *Pickin v. British Railways Board*, [1974] U.K.H.L. 1, 15 [ci-après *Pickin*] (U.K.H.L.).

britannique, est traditionnellement régie par la règle du *enrolled bill*. Cette règle consacre le principe selon lequel une loi est réputée valide dès lors qu'elle est passée dans les deux Chambres et qu'elle a reçu la sanction royale. Les tribunaux se limitent donc, d'un point de vue purement procédural, à un exercice de vérification de l'« authenticité » de la loi²⁰. Cet exercice s'oppose à l'examen de la régularité procédurale de la loi (« validité »), car une loi est « authentique » dès lors qu'elle apparaît au *parliamentary roll*, ou son équivalent moderne, imprimée sur papier vélin, certifiée par le greffier puis archivée²¹.

De plus, la procédure d'adoption des lois et les règles de procédure interne (*standing order*) sont immunisées contre le contrôle judiciaire par le privilège parlementaire, lequel existe afin de protéger le processus législatif de l'ingérence des pouvoirs exécutif et judiciaire et, par le fait même, garantir l'exercice de la souveraineté parlementaire²². C'est ce qu'avait expliqué la Chambre des lords dans l'affaire *Pickin*: « The function of the Court is to construe and apply the enactments of Parliament. The Court has no concern with the manner in which Parliament or its officers carrying out its Standing Orders perform these functions. »²³ Par conséquent, il est reconnu en droit britannique qu'une loi ne peut pas être invalidée par les tribunaux au motif que la procédure par laquelle elle a été édictée était entachée d'un vice.

Enfin, une compréhension dite « diceyenne » de la constitution britannique établit comme fondamentale la distinction entre le pouvoir *juridique* et le pouvoir *politique* de légiférer²⁴. Suivant une telle distinction, le pouvoir de légiférer du Parlement de Westminster, bien que désormais limité par plusieurs contraintes politiques, reste juridiquement illimité²⁵. Par conséquent, la conception orthodoxe de la souveraineté

²⁰ Voir *Edinburgh & Dalkeith Railway Co v. Wauchope*, [1842] U.K.H.L. 710, 725 (U.K.H.L.). Voir aussi Luc. B. Tremblay, *Legitimacy of Judicial Review: Special or General?*, (2002) 21 Windsor YB. Access Just. 505, 514.

²¹ Voir Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 Osgoode Hall L.J. 345, 347.

²² Voir *Bradlaugh v. Gossett*, (1884) 12 Q.B.D 271, [1884] EWHC 1, 278 (U.K.Q.B.). La Cour y avait affirmé: « [W]hat is said or done within the walls of Parliament cannot be inquired into in a court of law [. . .]. [The] House of Commons is not subject to the control of Her Majesty's courts in its administration of that part. of the statute law which has relation to its own internal proceedings. » Voir aussi *Bill of Rights 1689*, 1 Wil & Mar, c. 2, art. 9, qui prévoit que « les procédures du Parlement ne devront pas être attaquées ou mises en question par un tribunal ou par ailleurs hors du Parlement ».

²³ *Pickin v. British Railways Board*, [1974] U.K.H.L. 1, 9.

²⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 2012, p. 24.

²⁵ Sur la question, voir notamment Alison Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing, 2009; Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing,

parlementaire persiste, dans une large mesure, en droit britannique, malgré les changements politiques et constitutionnels qui se succèdent au Royaume-Uni²⁶. Toutefois, certains constitutionnalistes, dont Michael Gordon, ont interprété ces changements politiques comme signalant l'avènement d'une nouvelle orthodoxie constitutionnelle, mieux interprétée sous le prisme de la théorie de l'autolimitation procédurale²⁷.

2. Le Parlement de Westminster peut-il se lier pour l'avenir par la forme?

(a) Une conception nouvelle de la souveraineté parlementaire

La dimension positive de la souveraineté parlementaire, qui considère sans effet les tentatives d'un Parlement souverain de se lier pour l'avenir par des limites procédurales, s'avère particulièrement contentieuse, et à plus forte raison compte tenu des développements politiques au Royaume-Uni. Il faut également admettre que la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire n'est pas sans paradoxe, suivant la célèbre formule du professeur Hamish R. Gray:

*If Parliament is sovereign, there is nothing it cannot do by legislation; if there is nothing Parliament cannot do by legislation, it may bind itself hand and foot by legislation; if Parliament so binds itself by legislation there are things which it cannot do by legislation; and if there are such things Parliament is not sovereign.*²⁸

Pour Ivor Jennings, la proposition selon laquelle un parlement souverain ne peut se lier pour l'avenir et, par conséquent, qu'on ne puisse accorder à une loi une autorité supralégislative en limitant sa modification ou son abrogation à une procédure plus

2015; Nicholas W Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, (2011) 9 Intl. J. Constitutional L. 144; Mark Elliott, *Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom's Contemporary Constitution*, (2014) 10 European Constitutional L. Rev. 379; Paul Silk, « Devolution and the UK Parliament », dans Alexander Horne & Gavin Drewry (dir.), *Parliament and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 181; Mark Elliott, « Parliamentary Sovereignty in a Changing Constitutional Landscape », dans Jeffrey Jowell & Colm O'Cinneide (dir.), *The Changing Constitution*, 9e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 30; Mark Elliott & Stephen Tierney, *Political Pragmatism and Constitutional Principle: The European Union (Withdrawal) Act 2018*, (2019) Public Law 37.

²⁶ Voir *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, par. 43. Contra Mark Elliott, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure*, (2004) 2 Intl. J. Constitutional L. 545, 553; Mark Elliott, « The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional and Political Perspective », dans Jeffrey Jowell & Dawn Oliver (dir.), *The Changing Constitution*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 39; Martin Loughlin & Stephen Tierney, *The Shibboleth of Sovereignty*, (2018) 81:6 Mod. L. Rev. 989.

²⁷ Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 3. Voir aussi *R. (Jackson) v. Attorney General*, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 102 (Lord Steyn), par. 104 (Lord Hope), par. 159 (Lady Hale).

²⁸ Voir Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament Today*, (1953) 10 U.T.L.J. 54, 54.

onéreuse – c'est-à-dire l'enchâsser (*entrench*) – s'accorde mal avec la notion de souveraineté du Parlement. Il soutient plutôt que, si le législateur détient réellement une compétence législative illimitée, cette dernière doit comprendre le pouvoir de modifier les conditions d'exercice du pouvoir législatif elles-mêmes: « its power to change the law includes the power to change the law affecting itself »²⁹. Autrement dit, puisque la souveraineté parlementaire confère au législateur un pouvoir juridiquement illimité, ce pouvoir doit inclure le pouvoir d'édicter des règles régissant la validité des lois subséquentes³⁰.

Les fondements théoriques de cette conception nouvelle de la souveraineté parlementaire reposent sur les travaux de R.T.E. Latham³¹. Pour Latham, la simple affirmation de la souveraineté du Parlement est lacunaire dans la mesure où elle n'indique pas ce que constitue « le Parlement » ni ne pose les règles qui permettent d'authentifier l'expression de sa volonté souveraine. De son avis, toute constitution doit comporter certaines règles prescrivant les conditions formelles d'expression de la volonté du souverain: « Where the purported sovereign is any one but a single actual person, the designation of him must include the statement of rules for the ascertainment of his will. »³² Par conséquent, la souveraineté parlementaire doit comporter tout à la fois les règles qui régissent la conséquence juridique de la validité d'une loi ainsi que les règles qui régissent la détermination de cette validité³³. Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que ces dernières puissent être librement modifiées par le législateur en sa compétence législative³⁴. Or, la conception nouvelle de la souveraineté parlementaire, notamment mise de l'avant par Jennings et Latham, diffère seulement de la conception orthodoxe en ce qu'elle

²⁹ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., London, University of London Press, 1959, p. 153. C'est le principe de la souveraineté parlementaire « auto-limitative » (« self-embracing »). Voir H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 146.

³⁰ Voir Han-Ru Zhou, « Revisiting the “Manner and Form” Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 613; Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 69.

³¹ Voir Peter Oliver, *Law, Politics, the Commonwealth and the Constitution: Remembering R.T.E. Latham, 1909–43*, (2000) 11 *King's College L.J.* 153, 154. Heuston qualifiait l'œuvre de Latham de « most brilliant contribution to the literature of English constitutional law since Dicey ». Voir R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1964, p. 7.

³² R.T.E. Latham, *What is an Act of Parliament?*, (1939) *King's Counsel* 152, 154. Voir aussi R.T.E. Latham, « *The Law and the Commonwealth* », dans W.K. Hancock, *Survey of British Commonwealth Affairs*, London, Oxford University Press, 1937, p. 510, à la p. 523.

³³ Voir Luc B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 62.

³⁴ Voir H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) 13:2 *Cambridge L.J.* 172.

suggère que le Parlement de Westminster (et tout parlement souverain) possède un tel pouvoir.

Il existerait donc des règles régissant la validité des lois, lesquelles peuvent être modifiées au moyen de la loi ordinaire et dont l'inobservance peut être sanctionnée par les tribunaux: « [C]e n'est que lorsque les règles formelles d'adoption des lois sont respectées que la volonté dûment exprimée du Parlement devient loi. »³⁵ Or, si, traditionnellement, les tribunaux ne peuvent s'enquérir que de l'authenticité de la loi en raison du privilège parlementaire, la théorie de l'autolimitation procédurale nécessite que les tribunaux puissent surveiller le respect par le législateur de règles formelles qu'il a lui-même édictées. Le professeur Han-Ru Zhou reconnaît d'emblée cette difficulté. Il suggère plutôt que le privilège parlementaire puisse, à l'occasion, ne pas immuniser les procédures législatives du contrôle judiciaire, notamment lorsque le législateur a clairement indiqué son intention d'être lié par une exigence procédurale³⁶.

La théorie de l'autolimitation procédurale repose sur le postulat qu'il existe une différence fondamentale entre une restriction du pouvoir de légiférer sur le fond, lequel ne peut être entravé sans que soit sapée la souveraineté du Parlement, et une limite procédurale qui conditionnerait l'adoption future des lois sur la forme. Selon cette conception nouvelle de la souveraineté parlementaire, une condition de manière et de forme ne saurait être comprise comme une limite au pouvoir législatif du Parlement, car elle ne restreint en rien son autorité de légiférer sur une matière donnée. C'est ce que soutiennent plusieurs constitutionnalistes, dont Geoffrey Marshall: « rules that simply define the procedures through which legal changes are effected are not fetters or limits on power and do not constitute restrictions on sovereignty »³⁷.

Cela a pour conséquence de suggérer qu'un législateur a le pouvoir d'enchâsser certaines lois fondamentales en stipulant, par le truchement d'une condition de manière et de forme, qu'elle ne peut être modifiée ou abrogée que suivant une procédure plus onéreuse que celle employée ordinairement³⁸. Suivant un tel

³⁵ Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 613 [notre traduction].

³⁶ Voir Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 614. Voir aussi R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1964, p. 17.

³⁷ Geoffrey Marshall, « The Constitution: Its Theory and Interpretation », dans Vernon Bogdanor (dir.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 35, à la p. 46. Voir aussi Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 74; Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 613.

³⁸ Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 614.

raisonnement, une condition de manière et de forme ne peut pas être abrogée implicitement par une loi postérieure qui ne la respecterait pas – au motif de l’incompatibilité – lorsque cette dernière n’a pas été adoptée suivant la procédure spéciale prescrite par la loi antérieure³⁹. Le manquement à une exigence procédurale entraîne plutôt l’invalidité de la loi entachée du vice: elle est nulle *ab initio*, car elle ne correspond pas à l’expression authentique de la volonté du législateur⁴⁰.

Dans l’arrêt *Jackson*, les juges Hale et Steyn ont envisagé, en *obiter dictum*, l’applicabilité de la théorie de l’autolimitation procédurale en droit britannique. En l’espèce, la Chambre des lords était appelée à se pencher sur la portée juridique du *Parliament Act 1911*⁴¹, telle que modifiée par le *Parliament Act 1949*⁴², pour déterminer la validité des lois adoptées en vertu de la procédure exceptionnelle établie par cette loi. Cette procédure prévoit qu’une loi d’intérêt public (*public bill*) peut être adoptée sans l’accord de la Chambre des lords lorsque celle-ci retarde un vote pour l’adoption d’une loi pendant une période de deux ans. Ce délai a été réduit de moitié, passant de deux à un an, par le *Parliament Act 1949*, lui-même adopté en vertu de la procédure spéciale prévue par le *Parliament Act 1911* et donc sans le consentement de la Chambre des lords.

La validité du *Hunting Act 2004*, adopté en vertu des *Parliament Acts*, était indirectement contestée par les demandeurs dans *Jackson*⁴³. De fait, ceux-ci plaidaient que la Chambre des communes ne pouvait se prévaloir de la procédure prévue par le *Parliament Act 1911* pour la modifier et donc que les lois adoptées en vertu du *Parliament Act 1949*, dont fait partie le *Hunting Act 2004*, sont invalides⁴⁴. En cela, le principe dégagé de *Pickin* selon lequel il n’appartient pas aux tribunaux de juger de la validité des lois est sauvegardé dans la mesure où les juges ne statuent pas sur la validité de la procédure par laquelle le *Hunting Act* a été adoptée, mais qu’elle effectue plutôt un exercice d’interprétation des lois⁴⁵. Les neuf juges de la

³⁹ Gerard Carney, *An Overview of Manner and Form in Australia*, (1989) 5 Queensland U. Technology L.J. 69, 93; Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament and the Entrenchment of Legislative Process*, (1964) 27:6 Mod. L. Rev. 705, 708. Voir aussi R. c. Mercure, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 277.

⁴⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 183.

⁴¹ Parliament Act 1911 (UK), 1 & 2 Geo. V, c. 13.

⁴² Parliament Act 1949 (UK), 13 & 14 Geo. VI, c. 10.

⁴³ Hunting Act 2004 (UK), 52 Eli., c. 37.

⁴⁴ Seulement six autres lois ont été édictées en vertu de cette procédure: Government of Ireland Act 1914; Welsh Church Act 1914; Parliament Act 1949; War Crimes Act 1991; European Parliament Elections Act 1999; Sexual Offences (Amendment) Act 2000.

⁴⁵ R. (Jackson) v. Attorney General, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 51 (Lord Nicholls), par. 169 (Lord Carswell) (U.K.H.L.). Contra Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 196 et suiv.

Chambre des lords ont confirmé unanimement, dans neuf motifs différents, la validité du *Parliament Act 1949*. Les juges Hale et Steyn ont explicitement fondé leurs motifs sur la théorie de l'autolimitation procédurale: « If Parliament can do anything, there is no reason why Parliament should not decide to redesign itself. »⁴⁶ En d'autres termes, la *Parliament Act 1949* aurait eu pour effet de redéfinir le processus législatif en permettant, dans certaines circonstances, de légiférer valablement sans obtenir le consentement de la Chambre des lords, donnant raison aux constitutionnalistes défendant la conception nouvelle de la souveraineté parlementaire.

Cela étant dit, plusieurs nuances s'imposent. D'abord, il faut souligner que la juge Hale distingue la réduction des exigences procédurales (« downwards ») de l'imposition de limites procédurales au pouvoir de légiférer (« upwards »), en refusant de statuer sur cette dernière⁴⁷. Suivant un tel raisonnement, il ne pourrait être possible de rendre plus onéreuse la procédure d'adoption des lois que celle employée ordinairement, mais il serait permis de l'alléger. Ensuite, plusieurs autres juges, dont Lord Bingham, Lord Carswell et Lord Hope, ont expressément rejeté cette proposition, suivant plutôt la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire⁴⁸. De plus, il faut admettre que la procédure prévue par le *Parliament Act 1949* est une procédure alternative et non impérative et, en cela, ne cadre pas avec la nature obligatoire des conditions de manière et de forme⁴⁹. Enfin, il n'est pas non plus évident qu'une redistribution du pouvoir législatif entre la Chambre des lords et la Chambre des communes puisse constituer une limite procédurale ou même une limite de fond au pouvoir de légiférer du Parlement⁵⁰.

Par ailleurs, la Cour suprême du Royaume-Uni, dans l'arrêt *Miller (No. 1)*, a réaffirmé la centralité de la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire dans la constitution britannique⁵¹. La disposition de quelques juges du plus haut tribunal du Royaume-Uni à envisager une conception nouvelle de la souveraineté

⁴⁶ R. (Jackson) v. Attorney General, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 160 (motifs de Lady Hale). Voir aussi par. 94 (motifs de Lord Steyn) (U.K.H.L.).

⁴⁷ R. (Jackson) v. Attorney General, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 163. Voir aussi par. 81 (motifs de Lord Steyn). Contra par. 113 (motifs de Lord Hope) (U.K.H.L.).

⁴⁸ Voir R. (Jackson) v. Attorney General, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 9 (motifs de Lord Bingham), par. 174 (motifs de Lord Carswell) et par. 113 (motifs de Lord Hope) (U.K.H.L.).

⁴⁹ Voir Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 177.

⁵⁰ George Winterton, *The British Grundnorm: Parliamentary Sovereignty Re-Examined*, (1976) 92:4 Law Q. Rev. 519, 598.

⁵¹ R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2017] UKSC 5, par. 43. Cependant, cet arrêt peut également être interprété comme illustrant le virage interventionniste qu'ont récemment adopté les tribunaux à l'égard du pouvoir législatif. Voir Roger Masterman et Shauna Wheatle, *Unpacking Separation of Powers: Judicial Independence*,

parlementaire n'est donc pas déterminante. Il n'empêche que l'arrêt *Jackson* continue de susciter l'engouement de certains constitutionnalistes qui y voient une consécration de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit britannique⁵².

(b) *Le Colonial Laws Validity Act et la jurisprudence du Commonwealth*

La question de savoir si un parlement peut se lier pour l'avenir au moyen d'exigences procédurales ne s'est jamais présentée de la même manière dans les colonies britanniques, malgré leur réception du constitutionnalisme britannique et de la souveraineté parlementaire⁵³. Au Royaume-Uni, la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire exclut la possibilité qu'une loi soit formellement enchâssée et qu'elle ait ainsi préséance sur les autres lois dans la hiérarchie des normes. Par opposition, les lois impériales édictées pour les colonies britanniques primaient les dispositions incompatibles des lois coloniales en vertu de l'article 2 du *Colonial Laws Validity Act 1865*⁵⁴. Cette même loi énonçait expressément, en son article 5, le pouvoir des législatures coloniales de modifier les modalités du processus législatif par la loi, pour autant que soient respectées les conditions de manière et de forme prévues notamment par toute loi impériale ou toute loi coloniale antérieure:

*Every colonial legislature shall have [...] full power to make laws respecting the constitution, powers, and procedure of such legislature; provided that such laws shall have been passed in such manner and form as may from time to time be required by any Act of Parliament, letters patent, Order in Council, or colonial law for the time being in force in the said colony.*⁵⁵

Quelques législatures coloniales ont usé de ce pouvoir dévolu par le CLVA pour enchâsser formellement certaines normes, les protégeant ainsi du processus législatif ordinaire par diverses exigences procédurales, de sorte à ériger une constitution rigide (« controlled »). Par opposition, la constitution britannique est souple («

Sovereignty and Conceptual Flexibility in the UK Constitution, (2017) 3 Public Law 469, p. 24-25.

⁵² Voir Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 194; Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 Law Q. Rev. 610, 623; Rika Weill, *Centennial to the Parliament Act 1911: The Manner and Form Fallacy*, (2012) 27:1 Public Law 105. *Contra* Richard Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, (2007) 123 Law Q. Rev. 91; Christopher Forsyth, *The definition of Parliament after Jackson: Can the life of Parliament be extended under the Parliament Acts 1911 and 1949?*, (2011) 9:1 Intl. J. Constitutional L. 132.

⁵³ Voir Peter Oliver, *The Constitution of Independence*, New York, Oxford University Press, 2005.

⁵⁴ (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63. Voir aussi Jean E. Côté, *The Reception of English Law*, (1977) 15 A.L.R. 29, 31.

⁵⁵ *Colonial Laws Validity Act*, art. 5.

uncontrolled »), c'est-à-dire qu'elle peut être modifiée sans formalité particulière⁵⁶.

Dans l'affaire *Trethowan*, la législature australienne de la Nouvelle-Galles du Sud s'était imposé une procédure spéciale pour l'abolition de son conseil législatif, à savoir la tenue d'un référendum, en édictant le *Constitution (Legislative Council) Amendment Act*⁵⁷. Cette disposition législative ne pouvait être modifiée ou abrogée par la législature de la Nouvelle-Galles du Sud en sa compétence législative ordinaire, car elle était elle-même protégée par la procédure spéciale: elle était doublement enchâssée. Partant, elle conditionnait tout à la fois la validité des lois prétendant abolir le Conseil législatif et la validité des lois prétendant abroger cette condition de manière et de forme sans passer par voie référendaire. En l'espèce, le Conseil privé a jugé *ultra vires*, et donc invalide, la tentative de la législature d'abolir successivement la disposition législative et le Conseil législatif sans tenir de référendum sur la base du CLVA⁵⁸.

Ainsi, l'article 5 CLVA conférait aux tribunaux le pouvoir d'invalider les lois dérogeant à la procédure requise par les conditions de manière et de forme applicables en vertu de la loi. Les tribunaux ont pu exercer un contrôle judiciaire du processus législatif et du respect de règles formelles sur la base de cette disposition législative. Une loi entachée d'un vice procédural est frappée d'invalidité, car le législateur excède alors du pouvoir législatif que lui attribue le CLVA⁵⁹. Cela dit, le Conseil privé s'est inspiré de l'affaire *Trethowan*, à notre avis à tort, pour trancher deux affaires subséquentes où le CLVA n'était pourtant plus applicable. Comme nous le verrons, l'amalgame entre les arrêts *Trethowan*, *Harris* et *Ranasinghe* est douteuse, car les fondements juridiques du contrôle judiciaire dans ces affaires diffèrent les uns des autres.

Dans l'affaire *Harris*⁶⁰, l'article 152 du *South Africa Act 1909*⁶¹, loi constituant le Parlement de l'Afrique du Sud, prévoyait une procédure de modification plus onéreuse pour certaines dispositions de la Constitution de l'Afrique du Sud⁶². Cette procédure spéciale exigeait que toute modification soit adoptée aux deux tiers de la majorité d'une session conjointe des deux Chambres du Parlement. Le droit de vote des « Coloured », protégé par cette procédure spéciale, ne pouvait donc être modifié

⁵⁶ Voir *McCawley v. The King* (Australia), [1920] A.C. 691, 701 (P.C.).

⁵⁷ (AUS) 1929/28.

⁵⁸ *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 at 433 (P.C.).

⁵⁹ *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 at 433 (P.C.). Voir aussi Norman Siebrasse, *The Doctrinal Origin of Judicial Review and the Colonial Laws Validity Act*, (1993) 1:1 *Rev. Const. Stud.* 75; B.M. O'Brien, *The Indivisibility of State Legislative Power*, (1981) 7:4 *Monash U.L. Rev.* 225.

⁶⁰ *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 4 S.A. 769 (S.C.S.A.).

⁶¹ (U.K.), 9 Ed. VII, c. 9, art. 152.

⁶² Voir *Denis V. Cowen*, *The Entrenched Sections of the South Africa Act*, (1953) 70 *South African L.J.* 238.

ou abrogé par voie législative ordinaire. En l'espèce, la Cour suprême de l'Afrique du Sud a invalidé le *Separate Representation of Voters Act*⁶³, loi formellement ordinaire adoptée sans respecter la procédure de modification et visant à ségréger la liste électorale⁶⁴. Pourtant, dans une affaire antérieure, la plus haute cour de l'Afrique du Sud avait statué que, suivant la ratification du *Statut de Westminster*⁶⁵ et l'abrogation subséquente du CLVA en droit sud-africain, les tribunaux n'avaient plus le pouvoir d'invalider les lois⁶⁶.

Ensuite, dans l'affaire *Ranasinghe*, l'article 29(4) de la Constitution ceylanaise, prévue par décret impérial, disposait d'une procédure spéciale requérant une majorité aux deux tiers dans les deux chambres pour toute modification constitutionnelle⁶⁷. Le Conseil privé a invalidé une loi édictée par le Parlement ceylanais visant à modifier la Constitution au motif qu'elle n'avait pas obtenu le certificat du Président de la Chambre assurant l'obtention du vote spécial prescrit par la Constitution. Le juge Pearce avait alors statué qu'une législature « has no power to ignore the conditions of law-making that are imposed by the instrument which itself regulates its power to make law »⁶⁸. Il en découle le principe bien établi selon lequel un parlement ne peut mettre de côté les conditions d'exercice du pouvoir législatif contenues dans l'instrument – la constitution – qui lui confère ce pouvoir de légiférer. Toute tentative par le législateur d'y déroger a pour conséquence l'excès de la compétence législative qui lui est dévolue et la loi entachée d'un vice procédural doit être sanctionnée d'invalidité par les tribunaux. Autrement dit, une constitution ne peut être modifiée que par la procédure de révision y étant expressément prévue, le cas échéant.

Dans ces trois cas où des conditions de manière et de forme ont servi à invalider une loi, l'erreur procédurale était évidente. En effet, il appert que les tribunaux ont pu déroger à la règle du *enrolled bill* dans des situations où il était apparent, à première vue, qu'il y avait irrégularité ou vice procédural⁶⁹. À tout le moins, ces arrêts semblent suggérer que la présomption de régularité procédurale en faveur de l'action législative, garantie par le privilège parlementaire, est réfragable, contrairement à ce qu'avancent les partisans de la conception orthodoxe de la souveraineté

⁶³ (AFS), 1951/46.

⁶⁴ *Harris v. Minister of the Interior*, [1952] 4 S.A. 769, at 437 (S.C.S.A.).

⁶⁵ (R.-U.), 22 Geo. V, c. 4.

⁶⁶ Voir *Ndlwana v. Hofmeyr*, [1937] A.D. 229, at 1265 (S.C.S.A.).

⁶⁷ *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172 (P.C.). Pour une recension des circonstances et conséquences constitutionnelles entourant cette décision, Voir Rehan Abeyratne, *Uncertain Sovereignty: Ceylon as a Dominion 1948–1972*, (2019) 17:4 *Intl. J. Constitutional L.* 1258.

⁶⁸ *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, 198, 200 (P.C.).

⁶⁹ Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 410.

parlementaire⁷⁰. Toutefois, comme le note Katherine Swinton, cette conclusion risque d’être plus admissible en droit canadien ou australien, où le contrôle judiciaire des lois est exercé en vertu d’une constitution écrite, qu’en droit britannique ou en droit néo-zélandais, où la souveraineté parlementaire et le privilège parlementaire y font traditionnellement obstacle⁷¹.

Pourtant, certains constitutionnalistes, dont Jennings, se sont inspirés de la jurisprudence du Commonwealth pour élaborer la théorie de l’autolimitation procédurale⁷². De même, dans l’arrêt *Jackson*, Lord Steyn et Lady Hale ont formulé leur jugement en s’appuyant sur ces arrêts comme source persuasive de droit⁷³. L’obiter du juge Pierce dans *Ranasinghe* fut interprété comme signifiant que les conditions de manière et de forme ne limitent en rien le pouvoir de légiférer d’un d’un parlement: « A Parliament does not cease to be sovereign whenever its component members fail to produce among themselves a requisite majority [for the adoption of] ordinary legislation [...] or when in the case of legislation to amend the Constitution there is only a bare majority if the Constitution requires something more. »⁷⁴ Partant, une certaine lecture de l’arrêt *Ranasinghe* permettrait de réconcilier la souveraineté parlementaire avec l’obligation du législateur de respecter certaines exigences procédurales: un parlement ne peut pas s’interdire de légiférer sur une question, mais il peut s’obliger à ne légiférer sur cette question que d’une manière plus onéreuse que ne l’est la procédure ordinaire⁷⁵. Selon cette compréhension, tout parlement souverain aurait le pouvoir de se lier pour l’avenir au moyen d’une loi ordinaire⁷⁶.

⁷⁰ Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 *Osgoode Hall L.J.* 345, 353-56.

⁷¹ Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 *Osgoode Hall L.J.* 345, 358.

⁷² Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 *Osgoode Hall L.J.* 345, 153-54. Voir aussi R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1964, p. 218-219; Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament and the Entrenchment of Legislative Process*, (1964) 27:6 *Mod. L. Rev.* 705, 708.

⁷³ *R. (Jackson) v. Attorney General*, [2005] U.K.H.L. 56, 1 A.C. 262, par. 81-85 (motifs de Lord Steyn); par. 163-64 (motifs de Lady Hale).

⁷⁴ *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, 200 (P.C.).

⁷⁵ Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 294.

⁷⁶ R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1964, p. 218-219; Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament and the Entrenchment of Legislative Process*, (1964) 27:6 *Mod. L. Rev.* 705, 708; Han-Ru Zhou, *Revisiting the “Manner and Form” Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 *Law Q. Rev.* 610, 612-614; Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 90. Voir aussi Geoffrey Marshall,

(c) La thèse de l'ancrage supralégislatif

À notre avis, il serait erroné de faire une lecture aussi généreuse de l'arrêt *Ranasinghe* et des principes qui en découlent. De l'aveu même du juge Pearce, son *obiter* ne pourrait permettre aux tribunaux britanniques d'invalider les lois édictées par le Parlement de Westminster, car aucune loi supralégislative ne régit son pouvoir de légiférer⁷⁷. La jurisprudence du Commonwealth n'offre pas l'autorité que suggèrent certains constitutionnalistes quant au pouvoir du législateur britannique de se lier pour l'avenir sur des questions procédurales. Il est vrai que dans *Trethowan*, le juge Dixon a suggéré, en *obiter*, que son raisonnement pouvait trouver application en droit britannique⁷⁸. À notre avis, c'est omettre le fondement juridique de l'invalidation de la disposition contestée, à savoir l'article 5 CLVA, et la compétence législative limitée dévolue aux législatures coloniales par le CLVA. En effet, les législatures coloniales avaient expressément le pouvoir de se lier pour l'avenir par des conditions de manière et de forme, pour autant qu'elles aient respecté toute condition antérieure⁷⁹. Jennings lui-même reconnaissait cette difficulté⁸⁰.

Dans les cas où l'exercice du pouvoir de légiférer sur une question avait été assujéti au respect d'une procédure plus onéreuse que celle employée ordinairement, c'était par l'application d'une norme supralégislative dont l'autorité permettait indéniablement de conditionner la validité des lois subséquentes. D'abord, dans *Trethowan*, le caractère obligatoire des conditions de manière et de forme était assuré par le truchement du CLVA, qui régissait expressément la souveraineté parlementaire des législatures coloniales. Ensuite, dans *Harris* et *Ranasinghe*, les dispositions litigieuses étaient des normes constitutionnellement enchâssées, contenues dans un instrument conférant aux législatures leur compétence législative et dictant expressément les modalités de ce pouvoir législatif.

Suivant la thèse des professeurs Gerard Carney⁸¹ et Jeffrey Goldsworthy⁸², le

Constitutional Theory, New York, Oxford University Press, 1980, p. 55.

⁷⁷ *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, 197 (P.C.).

⁷⁸ *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526, at 426 (P.C.). En ce sens, voir par exemple Stephen A. Scott, *Constituent Authority and the Canadian Provinces*, (1967) 12 McGill L.J. 528, 545; Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament Today*, (1953) 10 U.T.L.J. 54, 64; W. Friedmann, *Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty, and the Limits of Legal Change*, (1950) 24 Aust. L.J. 103, 104.

⁷⁹ H.W.R. Wade, *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens & Sons, 1980, p. 29; H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) 13:2 Cambridge L.J. 172, 183.

⁸⁰ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., London, University of London Press, 1959, p. 156.

⁸¹ Gerard Carney, *An Overview of Manner and Form in Australia*, (1989) 5 Queensland U. Technology L.J. 69, 69.

⁸² Jeffrey Goldsworthy, *Structural Judicial Review and the Objection from Democracy*,

législateur ne peut se lier pour l'avenir qu'en présence d'une norme supralégislative recréant les effets de l'article 5 CLVA en droit. Cependant, le *Statut de Westminster*⁸³ exclut l'application du CLVA comme limite à la compétence législative du Parlement du Canada et des législatures provinciales, leur permettant d'abroger toute loi du Royaume-Uni s'y appliquant, sous réserve des restrictions applicables: « Aux termes du par. 7(1), le Parlement impérial est demeuré l'instrument juridique d'adoption de modifications des A.A.N.B., 1867-1930. »⁸⁴ Le Statut fut par ailleurs entièrement applicable en Afrique du Sud dès 1931, et le Parlement de l'Afrique du Sud l'a expressément ratifié en 1934⁸⁵. Par opposition, l'article 10 du *Statut* prévoyait qu'il ne s'appliquerait à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande qu'à la suite d'une ratification formelle par leur Parlement respectif⁸⁶.

Il fut ratifié par le Parlement du Commonwealth en 1942, puis par le Parlement de Wellington en 1947⁸⁷. Néanmoins, le CLVA est demeuré applicable aux lois édictées par les États fédérés de l'Australie jusqu'en 1986, au moment de l'édiction de l'*Australia Act 1986*⁸⁸ par le Parlement du Commonwealth⁸⁹. L'article 6 de cette loi reproduit les effets juridiques de l'article 5 CLVA en permettant aux États fédérés de l'Australie d'édicter des conditions de manière et de forme au moyen de la loi, pour autant que soit observée toute condition antérieure⁹⁰. Par conséquent, la validité des lois édictées par les États australiens, contrairement à celle du Parlement de Westminster, est assujettie aux conditions de manière et de forme prévues par la loi⁹¹.

En principe, toutefois, une condition de manière et de forme ne peut être

(2010) 60 U.T.L.J. 137, 143. Voir aussi Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 174 et suiv.

⁸³ Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, [1981] S.C.J. No. 58, [1981] 1 R.C.S. 753, 794.

⁸⁴ (UK), 22 Geo. V, c. 4, reproduit dans L.R.C. (1985), annexe II, no 5, Partie VI, art. 2.

⁸⁵ Status of the Union Act (AFS), 1934/69.

⁸⁶ Status of the Union Act, art. 10.

⁸⁷ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (AUS), 1942/47; Statute of Westminster Adoption Act 1947 (NZ), 1947/38.

⁸⁸ (AUS), 1985/142.

⁸⁹ Gerard Carney, *An Overview of Manner and Form in Australia*, (1989) 5 Queensland U. Technology L.J. 69, 69.

⁹⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Manner and Form in Australian States*, (1987) 16 Melbourne L. Rev. 403, 411. Voir aussi Gerard Carney, « State Constitutions », dans Cheryl Saunders & Adrienne Stone (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 277, à la p. 296; Gerard Carney, *An Overview of Manner and Form in Australia*, (1989) 5 Queensland U. Technology L.J. 69, 70.

⁹¹ Voir *South Australia v. Commonwealth* ('First Uniform Tax case'), (1942) 65 C.L.R. 373, 422 (juge Latham) (H.C.A.).

contraignante en droit que si elle est elle-même enchâssée par une procédure de modification ou d'abrogation plus onéreuse que celle employée ordinairement. Logiquement, une règle procédurale ne peut être comprise comme limitant le pouvoir législatif du parlement ou comme conditionnant la validité des lois subséquentes si elle peut elle-même être modifiée ou abrogée par l'exercice ordinaire de sa compétence législative⁹². Dans la même veine, il n'est pas impossible qu'une règle procédurale non enchâssée puisse être abrogée implicitement par la simple incompatibilité d'une loi postérieure avec la procédure qu'elle prescrit⁹³. En effet, dans l'arrêt *McCawley*, le Conseil privé avait jugé que le *Constitutional Act of Queensland, 1867*, loi coloniale dont les dispositions pouvaient expressément être modifiées par la législature du Queensland en sa compétence législative ordinaire, ne pouvait pas conditionner l'adoption future des lois, même par le truchement du CLVA, car elle n'était pas elle-même enchâssée⁹⁴. Par opposition, dans *Trethowan*, la disposition litigieuse était doublement enchâssée et limitait donc la souveraineté parlementaire de la législature⁹⁵.

Il ne fait ainsi aucun doute que l'article 128 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*⁹⁶, qui dispose de la procédure de révision de la Constitution australienne, conditionne la validité des lois édictées par le Parlement fédéral. De fait, cette disposition interdit au Parlement fédéral de modifier ou d'abroger les dispositions constitutionnelles – incluant l'article 128 – sans qu'un référendum rassemblant une majorité des électeurs dans une majorité des États fédérés sanctionne une telle modification ou abrogation⁹⁷. À notre avis, le caractère obligatoire des conditions de manière et de forme prescrites par une loi fondamen-

⁹² Peter Congdon, *A Constitutional Antinomy: The Principle in McCawley v. The King and Territorial Limits on State Legislative Power*, (2017) 39:4 Sydney L. Rev. 439, 445. Voir aussi Gerard Carney, *An Overview of Manner and Form in Australia*, (1989) 5 Queensland U. Technology L.J. 69, 93; Jeffrey Goldsworthy, *Manner and Form in Australian States*, (1987) 16 Melbourne L. Rev. 403, 406; Bora Laskin, *An Inquiry Into the Diefenbaker Bill of Rights*, (1959) 37 R. du B. Can. 78, 132.

⁹³ Voir *West Lakes v. South Australia*, (1980) 25 S.A.S.R. 389, 414 (juge Zelling) (A.S.C.). Voir aussi Jeffrey Goldsworthy, *Manner and Form in Australian States*, (1987) 16 Melbourne L. Rev. 403, 406; Robert French, *Manner and Form in Western Australia: An Historical Note*, (1993) 23:2 U.W.A. L. Rev. 335, 344; Thomas Roszkowski & Jeffrey Goldsworthy, *Symmetric entrenchment of manner and form requirement*, (2012) 23 Public Law 216, 217.

⁹⁴ *McCawley v. The King (Australia)*, [1920] A.C. 691, 712-14 (P.C.).

⁹⁵ *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (P.C.). Voir aussi Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 144; A.B. Keith, *Imperial Unity and the Dominions*, Oxford, Clarendon Press, 1916, p. 389-90.

⁹⁶ (UK), 63 & 64 Vict., c. 12.

⁹⁷ Voir *Kartinyeri v. Commonwealth*, (1998) 195 C.L.R. 337, par. 100 (juges Brennan & McHugh) (H.C.A.).

tale enchâssée est incontestable et existe indépendamment de la question de savoir si un législateur peut se lier par des conditions de manière et de forme au moyen d'une loi ordinaire. C'est bien ce que suggèrent les principes qui se dégagent des arrêts *Harris et Ranasinghe*.

Par opposition, il demeure improbable que le Parlement du Commonwealth puisse s'imposer par la loi des exigences procédurales en les ajoutant aux conditions de manière et de forme prescrites par la Constitution australienne, en l'absence d'une norme supralégislative reproduisant les effets juridiques du CLVA⁹⁸. Le droit néo-zélandais, sur cette question, présente un exemple similaire à celui du droit britannique, au vu du caractère souple de la Constitution de la Nouvelle-Zélande. Il nous semble peu probable que les règles procédurales édictées par le Parlement de Wellington puissent le lier pour l'avenir et la Cour suprême a d'ailleurs récemment refusé de trancher la question⁹⁹.

Dans cette partie, nous avons montré les propositions et les difficultés que soulève la théorie de l'autolimitation procédurale. Selon cette conception nouvelle de la souveraineté parlementaire, si le pouvoir d'un parlement est illimité, celui-ci doit logiquement inclure celui de réduire le champ d'action des législatures subséquentes par l'édition d'exigences procédurales. Autrement dit, il doit être possible, par l'opération d'une loi autrement ordinaire, de rendre plus onéreuse la procédure subséquente d'adoption, d'abrogation ou de modification de certaines lois. Cette théorie demeure spéculative en droit britannique et ne semble pas correspondre aux principes découlant de la jurisprudence provenant d'autres du pays Commonwealth. Le Parlement de Westminster, dont les pouvoirs sont régis par la doctrine constitutionnelle de la souveraineté parlementaire, ne peut être comparé aux parlements dont les pouvoirs sont régis par une constitution formellement enchâssée, ou encore aux législatures ayant expressément le pouvoir de se lier pour l'avenir par des conditions de manière et de forme.

III. LES LIMITES DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE EN DROIT CANADIEN

Dans cette partie, nous montrons les failles conceptuelles qui assaillent l'applicabilité de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien. Notre raisonnement repose d'abord sur le pouvoir limité du législateur de modifier les contraintes de

⁹⁸ Voir *Attorney-General (WA) v Marquet*, [2003] HCA 67, par. 251 (majorité) et par. 279 (juge Kirby) (H.C.A.). Voir aussi George Winterton, *Can the Commonwealth Parliament Enact "Manner And Form" Legislation?*, (1980) 11 Fed. L. Rev. 167.

⁹⁹ Voir *Hinemanu Ngaronoa & Ors v Attorney-General & Ors*, [2018] NZSC 123, par. 70. Voir aussi Timothy Shiels & Andrew Geddis, *Tracking the Pendulum Swing on Legislative Entrenchment in New Zealand*, (2020) 41:2 Stat. L. Rev. 207; Jerome B. Elkind, *A New Look at Entrenchment*, (1987) 50 Mod. L. Rev. 158. *Contra* B.V. Harris, *The Law-Making Powers of the New Zealand General Assembly: Time to Think about Change*, (1984) 5 Otago L. Rev. 565; F.M. Brookfield, *Parliamentary Supremacy and Constitutional Entrenchment: A Jurisprudential Approach*, (1984) 5 Otago L. Rev. 603; Philip A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, 4e éd., Wellington, Brookers Ltd., 2014, p. 607.

fond et les conditions de forme que lui impose la Constitution. Nous mettons ensuite à l'épreuve l'argument jurisprudentiel sur lequel se fonde la Cour suprême dans l'arrêt *Mikisew* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières* pour faire allusion au caractère obligatoire des règles procédurales édictées par la loi formellement ordinaire. Finalement, nous montrons les obstacles supplémentaires qui s'opposent à l'application de telles règles procédurales par les tribunaux.

1. Une réception partielle de la souveraineté parlementaire

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que la Constitution canadienne repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »¹⁰⁰. Cette assise consacre au Canada la formation d'institutions parlementaires similaires à ceux du Parlement de Westminster et l'incorporation de principes juridiques fondamentaux modelés sur ceux de la Constitution britannique¹⁰¹. Aussi fut-il rapidement établi que le préambule avait pour effet d'introduire en droit canadien le principe de la souveraineté parlementaire¹⁰². Toutefois, nous verrons que la souveraineté du Parlement et des législatures n'existe qu'à l'intérieur des limites prescrites par la Constitution. Comme l'explique S.A. de Smith, « [t]he Constitution defines and establishes the principal organs of government; it is the source of their authority; it prescribes the manner in which and the limits within which their functions are to be exercised »¹⁰³.

Le pouvoir de légiférer est encadré par la Constitution et toute loi, sans égard à son objet, est susceptible de contrôle judiciaire sur le fond (*i*). La compétence législative dévolue au Parlement et aux législatures est définie et limitée par certaines exigences procédurales qui déterminent la validité des lois qu'ils édictent (*ii*).

(a) *Des contraintes au pouvoir de légiférer sur le fond*

Contrairement au Royaume-Uni, le Canada est un état fédéral où la constitution écrite répartit formellement les compétences législatives entre les ordres de gouvernements fédéral et provincial. La Constitution du Canada, dont notamment la

¹⁰⁰ Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 (UK), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91, reproduit dans L.R.C. (1985), annexe II, no 5.

¹⁰¹ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-3.

¹⁰² Luc B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 58. Voir aussi Mark Walters, « The British Legal Tradition in Canadian Constitutional Law », dans Peter Oliver, Patrick Macklem, & Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution Handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 106; Louis Sormany, « Le préambule de l'A.A.N.B. », (1977) 18 C. de D. 91, 123 et suiv.

¹⁰³ Stanley A. de Smith, *The New Commonwealth and its Constitutions*, London, Stevens and Sons, 1964, p. 109. Voir aussi J. Noel Lyon, *The Central Fallacy of Canadian Constitutional Law*, (1976) 22 McGill L.J. 42, 45.

partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*, consacre le partage des compétences entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales, chacun des deux ordres du gouvernement étant également souverain dans le champ de compétence qui lui est exclusif¹⁰⁴. De cet ordre des choses découle la nécessité pour les tribunaux d’être investis du pouvoir d’interpréter les dispositions constitutionnelles et de trancher les litiges qui en découleraient, comme l’a par ailleurs défendu A.V. Dicey¹⁰⁵.

Dès les origines du fédéralisme canadien, les tribunaux ont pu contrôler les sphères de compétence législative de chaque ordre de gouvernement. Ce contrôle de constitutionnalité s’effectuait d’abord par le truchement de l’article 2 CLVA et, plus tard, de l’article 7(1) du *Statut de Westminster*, qui permettaient aux tribunaux d’invalider les dispositions législatives contrevenant au partage des compétences¹⁰⁶. Ces dispositions ont été ensuite abrogées et remplacées par le régime établi par l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁷. En effet, l’alinéa 52(1) consacre le principe de la suprématie de la Constitution, suivant lequel « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada » et, de plus, elle « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »¹⁰⁸.

Les deux dimensions que consacre la souveraineté parlementaire, à savoir la compétence législative illimitée du Parlement de Westminster et l’immunité des activités législative contre le contrôle judiciaire, n’ont donc jamais pu pleinement exister en droit canadien¹⁰⁹. Au contraire, la notion de souveraineté parlementaire telle que traditionnellement comprise en droit britannique est en tension avec la structure du fédéralisme canadien¹¹⁰. Néanmoins, il peut être défendu que la doctrine britannique de la souveraineté parlementaire a été « rapidement adaptée » au contexte du fédéralisme canadien, le pouvoir du Parlement et des législatures de légiférer dans leur sphère respective ayant été interprété comme illimité¹¹¹.

¹⁰⁴ Loi constitutionnelle de 1867, Partie VI, art. 91–95. Voir aussi *Hodge v. The Queen (Canada)*, (1883) 9 A.C. 117 (P.C.).

¹⁰⁵ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 2012, p. 78 et suiv.

¹⁰⁶ Voir B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 7.

¹⁰⁷ *R. c. Big M Drug Mart. Ltd.*, [1985] S.C.J. No. 17, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 35.

¹⁰⁸ Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), constituant l’annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (UK), 1982, c. 11.

¹⁰⁹ B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 39.

¹¹⁰ Renvoi: *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] S.C.J. No. 58, [1981] 1 R.C.S. 753, 806. Voir aussi J. Noel Lyon, *The Central Fallacy of Canadian Constitutional Law*, (1976) 22 McGill L.J. 42, 45; Walter R. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 104.

¹¹¹ Warren Newman, *The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty*

Quoi qu'il en soit, la *Loi constitutionnelle de 1982* ajoute de nouvelles limites au pouvoir de légiférer du Parlement des législatures, en plus des contraintes imposées par le partage des compétences législatives. Elle enchâsse la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui permet aux tribunaux de déclarer inconstitutionnelles les lois en violation des droits fondamentaux qu'elle garantit, sous réserve des limites raisonnables établies à l'article premier¹¹². Cependant, la disposition de dérogation (art. 33) préserve la souveraineté parlementaire dans la mesure où elle permet de soustraire temporairement certaines lois au contrôle judiciaire exercé sur la base des droits de la Charte expressément suspendus (art. 2 et 7 à 15)¹¹³. De plus, l'article 35 constitutionnalise les droits existants, ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones, lesquels ne peuvent être atteints que dans les limites prescrites par une norme de justification établie dans la jurisprudence¹¹⁴.

Ces changements importants ont amené la Cour suprême à postuler la transformation du système canadien d'un ordre juridique régi par la souveraineté parlementaire en un ordre juridique régi par la suprématie constitutionnelle¹¹⁵. Toutefois, comme le soutient Brian Bird, « Canada was, before 1982, governed by constitutional supremacy — the difference was the breadth of state action subject to constitutional oversight »¹¹⁶. À notre avis, il n'y a rien d'étonnant dans l'affirmation selon laquelle la souveraineté parlementaire n'a pas été reçue intégralement en droit canadien¹¹⁷. Au contraire, le pouvoir de légiférer est d'abord et avant tout défini par

in *Constitutional Theory and Litigation*, (2005) 16 N.J.C.L. 175, 206. Voir aussi *Hodge v. The Queen (Canada)*, (1883) 9 A.C. 117 (P.C.).

¹¹² *Charte canadienne des droits & libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir aussi *R. c. Oakes*, [1986] S.C.J. No. 7, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹¹³ Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.95; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 487; Geoffrey Sigalet, Grégoire Webber & Rosalind Dixon (dir.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 209; Maxime St-Hilaire & Xavier Focroulle Ménard, *Nothing to Declare: A Response to Grégoire Webber*, Eric Mendelsohn, Robert Leckey and Léonid Sirota on the Effects of the Notwithstanding Clause, (2020) 29:1 *Const. Forum Const.* 38. Contra Vanessa MacDonnell, *The New Parliamentary Sovereignty*, (2016) 21 *Rev. Const. Stud.* 13, 25 et suiv.; Peter W. Hogg, Allison A.B. Thornton and Wade K. Wright, *A Reply on "Charter Dialogue Revisited"*, (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 45 193, 201.

¹¹⁴ Voir *R. c. Sparrow*, [1990] S.C.J. No. 49, [1990] 1 R.C.S. 10; *Tsilhqot'in Nation British Columbia*, [2014] S.C.J. No. 44, 2014 CSC 44.

¹¹⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] S.C.J. No. 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

¹¹⁶ Brian Bird, *The Unbroken Supremacy of the Canadian Constitution*, (2018) 55:3 *Alberta L.R.* 755, 771. Voir aussi B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 49.

¹¹⁷ Vanessa MacDonnell, *The New Parliamentary Sovereignty*, (2016) 21 *Rev. Const.*

les contraintes de fond et les conditions de forme que lui impose la Constitution. Ce n'est qu'à l'intérieur de ces limites que la souveraineté parlementaire peut exister¹¹⁸.

De fait, l'ordre juridique canadien ne rompt pas entièrement avec la tradition constitutionnelle britannique. La Cour suprême, unanime dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, a d'ailleurs affirmé sans équivoque que si « la Constitution apporte des limites aux pouvoirs de légiférer du Parlement et des législatures provinciales », la souveraineté parlementaire demeure un « élément fondamental de la structure de l'État canadien »¹¹⁹. En dehors des contraintes de fond et des limites procédurales que les normes constitutionnelles imposent, la souveraineté parlementaire régit, comme en droit britannique, la relation juridique qui existe entre les trois organes de l'État, à savoir le législatif, l'exécutif et le judiciaire¹²⁰.

De même, il est bien établi en droit canadien, comme en droit britannique, qu'il est « interdit au Parlement et aux législatures d'entraver, par une loi ordinaire, l'exercice futur de leur pouvoir de légiférer »¹²¹. Le législateur ne peut s'interdire de légiférer sur une question sur laquelle il a par ailleurs compétence. Corollairement, en cas de conflit véritable entre deux normes législatives, les tribunaux donnent préséance à la loi postérieure sur la loi antérieure, suivant le principe de la préséance de la loi postérieure¹²². Toute tentative de limiter la compétence du Parlement et des législatures sur le fond par la loi ordinaire se trouve donc sans effet.

(b) Des conditions de manière et de forme prescrites par la Constitution

La Constitution conditionne l'exercice du pouvoir législatif dévolu au Parlement et aux législatures au respect de certaines exigences procédurales. Si une loi dûment édictée peut devenir inopérante par son incompatibilité sur le fond avec la

Stud. 13, 20. Voir aussi Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 242; Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.30.

¹¹⁸ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 58.

¹¹⁹ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 58. Voir aussi Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] S.C.J. No. 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

¹²⁰ Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.32.

¹²¹ Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] S.C.J. No. 66, 2011 CSC 66, par. 119.; Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

¹²² Voir Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac & Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 1334, et suiv. Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-8; Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.123.

Constitution, une loi entachée d'un vice procédural ne correspond pas à l'expression authentique de la volonté du législateur: elle est invalide *ab initio*, le législateur ayant excédé la compétence législative que la Constitution lui confère¹²³. Cette conséquence juridique de l'irrégularité procédurale ne fait aucun doute sous le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: « [D]ans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. »¹²⁴

Cet effet juridique est le résultat de l'enchâssement de certaines normes constitutionnelles, qui ne peuvent être modifiées que d'une manière plus onéreuse que ne l'est la procédure ordinaire. Le fondement procédural du contrôle judiciaire fut d'abord établi à l'article 5 du *Colonial Laws Validity Act*, comme nous l'avons vu plus haut, et préservé jusqu'en 1982 par le *Statut de Westminster*. À notre avis, un mécanisme juridique similaire fut repris à l'alinéa 52(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui énonce que « [l]a Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle »¹²⁵. Certaines dispositions constitutionnelles sont expressément enchâssées par l'application de l'alinéa 52(3). D'autres sont librement modifiables ou abrogeables par le Parlement et les législatures en vertu de l'alinéa 52(3) et ne conditionnent donc pas le pouvoir législatif du Parlement et des législatures.

La partie V et l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui établissent les modalités de la révision constitutionnelle, prévoient deux types de procédures: de l'une, des procédures attributives de compétence, et, de l'autre, des procédures limitatives de compétence¹²⁶. Les articles 38 à 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettissent la modification ou l'abrogation de certaines dispositions constitutionnelles – incluant la partie V – au respect d'exigences procédurales limitatives de compétence¹²⁷. Ces conditions de manière et de forme ont pour effet d'enchâsser constitutionnellement les dispositions qu'elles protègent: le Parlement et les législatures n'ont pas compétence pour modifier les normes enchâssées constitu-

¹²³ Fabien Gélinas, *La primauté du droit & les effets d'une loi inconstitutionnelle*, (1988) 67 R. du B. Can. 455, 463.

¹²⁴ Renvoi: *Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] S.C.J. No. 36, [1985] 1 R.C.S. 721, 746.

¹²⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(3).

¹²⁶ Voir Maxime St-Hilaire, Patrick S. Baud et Éléna S. Drouin, *The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition*, (2019) 28:1 *Const. Forum Const.* 7; Warren J. Newman, « *Constitutional Amendment by Legislation* », dans Emmett Macfarlane (dir.), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 100.

¹²⁷ Certaines dispositions législatives formellement ordinaires sont également enchâssées par l'effet de ces dispositions. C'est le cas des articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, enchâssées par l'application de l'article 41(d) et l'article 42(1)(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26; Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] S.C.J. No. 21, 2014 CSC 21, par. 91-95.

tionnellement par l'exercice d'une procédure législative ordinaire¹²⁸. Par opposition, les articles 44 et 45 sont des dispositions attributives de compétence en ce qu'elles permettent au Parlement et aux législatures de modifier la constitution en leur compétence législative ordinaire.

Avant 1982, les dispositions enchâssées de la Constitution canadienne ne pouvaient être modifiées que par l'édition d'une loi impériale, vu l'absence de disposition modificatrice à la *Loi constitutionnelle de 1867* (contrairement, par exemple, au *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*)¹²⁹. La modification des autres éléments de la Constitution, propres à chaque ordre de gouvernement, relevait expressément de la compétence du Parlement ou des législatures en vertu des paragraphes 91(1) et 92(1)¹³⁰, remplacés par les articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³¹. Cette compétence du Parlement et des législatures sur leur constitution s'exerce au même titre que tous les autres pouvoirs législatifs établis à la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que cette compétence constituante et leur compétence législative se retrouvent indissociables¹³².

La Constitution formelle prescrit deux ensembles de limites procédurales au pouvoir législatif du Parlement et des législatures: des exigences portant sur la composition des organes législatifs et des exigences régissant les qualités d'une loi dûment édictée¹³³. Par exemple, le Parlement du Canada est formé de deux chambres législatives, l'une composée d'élus et l'autre, de membres qui sont nommés, ainsi que de la Reine, suivant l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³⁴. L'action concertée de ces deux chambres, lorsqu'elle est sanctionnée au nom de la Reine par le Gouverneur général, donne naissance à la loi fédérale¹³⁵. De même, les articles 55 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exigent qu'une loi

¹²⁸ Voir Benoît Pelletier, Les modalités de la modification de la Constitution du Canada, (1999) 33 R.J.T. 1. Voir aussi Benoît Pelletier, La modification constitutionnelle au Canada, Scarborough, Carswell, 1996.

¹²⁹ Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, [1981] S.C.J. No. 58, [1981] 1 R.C.S. 753, 825-26. Voir aussi Ontario (Procureur général) c. SEFPO, [1987] S.C.J. No. 48, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 88.

¹³⁰ Tels qu'ajoutés à la Loi constitutionnelle de 1867 par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) (R.-U.), 1949, 13 Geo. VI, c. 81.

¹³¹ Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] S.C.J. No. 32, 2014 CSC 32, par. 46-48.

¹³² François Chevrette, Le Conseil législatif de Québec: son fondement constitutionnelles caractères, (1963) 13 R.J.T. 85, 98.

¹³³ William E. Conklin, Pickin and its Applicability to Canada, (1975) 25 U.T.L.J. 193, 201.

¹³⁴ Loi constitutionnelle de 1867, art. 17. Voir aussi Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] S.C.J. No. 32, 2014 CSC 32, par. 55.

¹³⁵ Loi constitutionnelle de 1867, art. 55. Voir aussi Authorson c. Canada (Procureur général), [2003] S.C.J. No. 40, 2003 CSC 39, par. 37.

provinciale soit sanctionnée au nom de la Reine par le lieutenant-gouverneur d'une province¹³⁶. Dans le cas des législatures du Manitoba, du Québec et du Nouveau-Brunswick, ainsi que dans celui du Parlement fédéral, la législation est également assujettie à une exigence de bilinguisme¹³⁷. En outre, l'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit une procédure spéciale pour prolonger le mandat de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative, autrement limité à cinq ans¹³⁸. Ces règles ont en commun qu'elles sont enchâssées par une procédure de modification ou d'abrogation rigide. Elles conditionnent donc la validité des lois édictées par le Parlement et les législatures.

Par opposition, les normes constitutionnelles non enchâssées – c'est-à-dire modifiables par l'application des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – ne peuvent permettre d'invalider les lois adoptées irrégulièrement. Comme nous l'avons soutenu plus haut, une règle procédurale non enchâssée ne peut être comprise comme conditionnant le pouvoir législatif du Parlement et des législatures si elle peut être modifiée ou abrogée en leur compétence législative ordinaire. Les normes constitutionnelles non enchâssées emportent plutôt l'inopérabilité des dispositions législatives incompatibles. Si, d'une part, la loi inopérante pour incompatibilité avec une règle procédurale doit être entièrement paralysée par l'effet d'une norme constitutionnelle non enchâssée – l'incompatibilité sur la forme doit s'étendre à l'entière de la loi –, l'abrogation subséquente de la disposition constitutionnelle en conflit mène à la réhabilitation de la loi jusqu'alors inopérante, d'autre part¹³⁹. En cela, une loi incompatible sur la forme avec une norme constitutionnelle non enchâssée ne peut être considérée comme l'abrogeant implicitement¹⁴⁰. Néanmoins, l'effet de l'invalidité *ab initio* se distingue de l'inopérabilité,

¹³⁶ Gallant v. The King [1949] 2 D.L.R. 425, 23 M.P.R. 48, at 450 (P.E.I.S.C.), cité avec approbation dans Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, [1981] S.C.J. No. 58, [1981] 1 R.C.S. 753, 881. Voir aussi Re Initiative and Referendum Act, [1919] A.C. 935, 943 (P.C.).

¹³⁷ Loi constitutionnelle de 1867, art. 133; Loi constitutionnelle de 1982, art. 18; Loi de 1870 sur le Manitoba, 33 Vict., c. 3 (Canada), reproduit dans L.R.C. (1985), annexe II, art. 23. Voir aussi Québec (Procureur général) c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016, 30 N.R. 225, at 1022; Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba, [1985] S.C.J. No. 36, [1985] 1 R.C.S. 721, 774.

¹³⁸ Loi constitutionnelle de 1982, art. 4.

¹³⁹ Pierre-André Côté, La préséance de la Charte canadienne des droits & libertés, (1984) 18 R.J.T. 107, 119.

¹⁴⁰ Succession Eurig (Re), [1998] S.C.J. No. 72, [1998] 2 R.C.S. 565, par. 35; R. c. Mercure, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 277. Contra Avis sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S. 1198, 84 D.L.R. (3d) 257, at 1291.

car cette dernière n'engage que la préséance d'une norme sur une autre¹⁴¹.

2. Le Parlement et les législatures peuvent-ils se lier pour l'avenir par la forme?

(a) Une ouverture à la théorie de l'autolimitation procédurale

Il ne fait aucun doute que le manquement aux conditions de manière et de forme enchâssées constitutionnellement est sanctionné d'invalidité. Cette affirmation ne doit pas mener à la conclusion que le Parlement et les législatures ont le pouvoir de s'imposer des conditions de manière et de forme par l'exercice de leur compétence législative ordinaire: « to do so would rob the phrase “bind itself” of its significance »¹⁴². En effet, il n'existe pas dans la Constitution canadienne de disposition reproduisant expressément les effets du CLVA, c'est-à-dire permettant au Parlement et aux législatures d'édicter librement des conditions de manière et de forme, comme c'est par ailleurs le cas en Australie.

Néanmoins, une doctrine prédominante défend l'applicabilité de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien sur la base d'un argument essentiellement jurisprudentiel, s'inspirant – à notre avis à tort – de la jurisprudence du Commonwealth¹⁴³. Selon cette thèse, le Parlement et les législatures auraient le pouvoir d'édicter et de modifier les conditions de validité des lois par l'exercice de leur compétence législative ou, autrement dit, au moyen d'une loi ordinaire. Cependant, l'opinion du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP* était restée équivoque à cet égard: « [L]orsqu'une loi ne présente aucun caractère constitutionnel, il est fort peu probable qu'elle traduise une intention de la part du corps législatif de se lier pour l'avenir. »¹⁴⁴ Or, les opinions récemment émises par la Cour suprême dans l'arrêt *Mikisew* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières* semblent plutôt envisager l'applicabilité de cette théorie en droit canadien¹⁴⁵.

¹⁴¹ Pierre-André Côté, *La préséance de la Charte canadienne des droits & libertés*, (1984) 18 R.J.T. 107, 130.

¹⁴² Luc B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 83.

¹⁴³ Voir par ex. Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 294 et suiv.; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-11 et suiv.; Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VII.152 et suiv.; Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 Osgoode Hall L.J. 345, 381, Pour une opinion plus nuancée, voir John Lovell, *Legislating Against the Grain: Parliamentary Sovereignty and Extra-Parliamentary Vetoes*, (2008) 24:1 N.J.C.L. 1.

¹⁴⁴ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

¹⁴⁵ Voir Noura Karazivan, « *Cooperative Federalism v Parliamentary Sovereignty* »

Dans l'affaire *Mikisew*, les appelants, membres de la Mikisew Cree First Nation, contestent la validité de deux lois susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits garantis par traité et déposés devant le Parlement sans qu'ils aient été consultés. À l'appui de leur position, les membres de la Mikisew Cree First Nation plaident notamment que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait naître une obligation de consulter que le législateur doit respecter avant d'édicter une loi susceptible d'avoir une incidence sur des intérêts autochtones protégés¹⁴⁶. Cette obligation de consulter agirait comme une condition de manière et de forme imposée au législateur par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Celle-ci formerait donc un fondement procédural autonome du contrôle judiciaire des lois et non seulement une partie de la norme de justification de la loi portant atteinte aux droits garantis par la Constitution¹⁴⁷.

Traditionnellement, l'obligation de consulter, qui découle du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, est notamment imposée au gouvernement lorsqu'il envisage de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits autochtones protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans l'exercice de son pouvoir exécutif¹⁴⁸. En l'espèce se pose la question de savoir si cette obligation est également imposée au gouvernement dans l'élaboration des projets de loi et plus largement dans le processus législatif. La Cour a unanimement rejeté le pourvoi pour des motifs juridictionnels, mais quatre opinions divisées ont été émises en *obiter dictum* sur la question de l'obligation de consulter.

Pour une majorité des juges (7-2), la fonction législative qu'exercent les ministres et le Gouverneur général relève des pouvoirs législatifs qui leur sont dévolus dans la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non pas de leur pouvoir

Revisiting the Role of Courts, Parliaments and Governments », dans Alain-G. Gagnon & Johanne Poirier (dir.), *Canadian Federalism and its Future: Actors and Institutions*, Kingston & Montreal, McGill-Queen's University Press, à paraître; Craig Scott, Consultation, Cooperation and Consent in the Commons' Court: 'Manner and Form' After Mikisew Cree II, (2020) 94 S.C.L.R. (2d) 155.

¹⁴⁶ *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 30. Pour un argument similaire, voir Zachary Davis, *The Duty to Consult and Legislative Action*, (2016) 79 Sask. L. Rev. 17.

¹⁴⁷ *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 30, 90, 124 (mémoire des appelants par. 38, 39). La consultation fait partie du cadre d'analyse relatif à la justification d'une atteinte des droits autochtones. Voir *R. c. Sparrow*, [1990] S.C.J. No. 49, [1990] 1 R.C.S. 10, at 1119; *Tsilhqot'in Nation British Columbia*, [2014] S.C.J. No. 44, 2014 CSC, par. 77.

¹⁴⁸ Voir *Nation Haïda c. Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts), [2004] S.C.J. No. 70, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique* (Directeur d'évaluation de projet), [2004] S.C.J. No. 69, 2004 CSC 74; *Première nation crie Mikisew c. Canada* (Ministre du Patrimoine canadien), [2005] S.C.J. No. 71, 2005 CSC 69.

exécutif¹⁴⁹. Il découle de cette conclusion que l'obligation de consulter n'est pas imposée par la Constitution aux gouvernements fédéral et provinciaux dans leur fonction législative. Par opposition, le constat suivant lequel l'article 35 impose une exigence procédurale au législateur aurait eu pour conséquence que les lois adoptées par le Parlement du Canada en l'espèce étaient invalides, ce que même les juges Abella et Martin n'étaient pas prêts à considérer¹⁵⁰.

Or, l'absence de fondement constitutionnel signifie que la Cour outrepasserait son rôle si elle imposait une obligation de consulter au processus législatif¹⁵¹. La souveraineté parlementaire, le privilège parlementaire et la séparation des pouvoirs immunisent l'élaboration, l'adoption et la promulgation des lois contre une telle ingérence par les tribunaux¹⁵². Cela dit, huit des neuf juges de la Cour, dans trois des quatre motifs du jugement, ont suggéré que le législateur pourrait s'imposer lui-même une telle obligation de consulter à l'étape de l'élaboration des projets de loi¹⁵³. Une telle règle procédurale serait prévue par une loi ordinaire et pourrait, selon eux, faire l'objet d'un contrôle judiciaire par les tribunaux et invalider les lois ne l'observant pas.

Le *Renvoi sur les valeurs mobilières* semble réaffirmer la volonté de la Cour suprême d'accueillir la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien. Dans cet arrêt s'est posée la question de savoir si un régime coopératif permettant aux provinces et au Parlement de réguler conjointement le marché des capitaux au moyen d'une loi provinciale type, la « Loi uniforme », avait pour effet de limiter la souveraineté parlementaire des législatures¹⁵⁴. Le Protocole d'accord, l'entente

¹⁴⁹ Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 33.

¹⁵⁰ Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 96.

¹⁵¹ Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 35. Cependant, la majorité des juges de la Cour suprême ont laissé supposer que l'article 35 pourrait, dans le futur, être reconnu comme imposant certaines contraintes au processus législatif. Voir Craig Scott, Consultation, Cooperation and Consent in the Commons' Court: 'Manner and Form' After Mikisew Cree II, (2020) 94 S.C.L.R. (2d) 155, 159.

¹⁵² Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 32 (motifs des juges Karatkasanis, Wagner & Gascon), par. 101 (motifs du juge Brown), par. 148 (motifs des juges Rowe, Côté & Moldaver); contra, par. 63 (motifs des juges Abella & Martin, dissidentes notamment sur ce point).

¹⁵³ Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 51 (motifs des juges Karatkasanis, Wagner & Gascon), par. 96 (motifs des juges Abella & Martin), par. 167 (motifs des juges Rowe, Côté & Moldaver).

¹⁵⁴ La régulation du marché des capitaux est de compétence provinciale, mais le fédéral a compétence pour légiférer sur certains aspects des valeurs mobilières pour prévenir les risques systémiques & pour assurer la stabilité du marché. Voir Renvoi relatif à la Loi sur les

intergouvernementale, prévoit la création d'un « Conseil des ministres », composé des ministres responsables de la réglementation des marchés des capitaux de chacune des provinces participantes, et du ministre fédéral des Finances, dont l'un des rôles est de voter les propositions de modifications à la loi par un mécanisme de révision particulier¹⁵⁵.

Devant la Cour d'appel du Québec, la procureure générale du Canada avait plaidé que la structure de modification de la Loi uniforme prévue par le Protocole n'était pas justiciable¹⁵⁶. La procureure générale de la Colombie-Britannique, appuyant la position de la procureure générale du Canada, arguait que si cette structure décisionnelle était justiciable, elle jouait le rôle d'une exigence procédurale permettant de conditionner la validité des lois¹⁵⁷. Or, quatre des cinq juges de la Cour d'appel étaient d'avis que le mécanisme d'amendement à la Loi uniforme prévu par le régime coopératif avait pour effet d'entraver la compétence législative des législatures au Conseil des ministres (au sens du Protocole) et l'avaient jugé inconstitutionnel¹⁵⁸.

La Cour suprême, unanime, a exprimé l'opinion inverse. Selon la Cour, le mécanisme de révision prévu au Protocole d'accord n'a pas pour effet d'entraver la compétence législative des législatures, puisqu'il n'est pas incorporé dans la Loi uniforme. Le Conseil des ministres n'aurait donc, de l'avis de la Cour, aucun rôle à jouer dans le processus législatif et ne peut limiter l'exercice par les législatures de leur pouvoir de légiférer¹⁵⁹. Si la Loi uniforme visait à lier les législatures par une exigence procédurale, elle aurait eu à le faire de manière claire et explicite: « [L]a législature qui a l'intention de s'engager à respecter des règles quant à la manière et à la forme selon lesquelles la loi est censée être modifiée *doit* le faire en termes clairs. »¹⁶⁰ Autrement dit, la Cour suprême aurait été prête à considérer le caractère obligatoire du mécanisme de révision de la Loi uniforme s'il y avait été incorporé.

valeurs mobilières, [2011] S.C.J. No. 66, 2011 CSC 66. La Loi régulerait tous les aspects du marché des capitaux par une coopération des deux ordres de gouvernement.

¹⁵⁵ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 45.

¹⁵⁶ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2017] J.Q. no 5583, 2017 QCCA 756, par. 50.

¹⁵⁷ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2017] J.Q. no 5583, 2017 QCCA 756, par. 52.

¹⁵⁸ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2017] J.Q. no 5583, 2017 QCCA 756, par. 103.

¹⁵⁹ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 51-67.

¹⁶⁰ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 51. Suivant le raisonnement du juge Schragger, dissident dans le renvoi devant la Cour d'appel, il est fort probable que le mécanisme de modification aurait été jugé inconstitutionnel eût-il été incorporé à la Loi uniforme. Voir Renvoi relatif à la

(b) *Suprématie constitutionnelle et souveraineté parlementaire*

Si dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, le juge Brown a joint son opinion à celle des autres juges de la Cour suprême, il n'a pas pour autant souscrit, dans l'arrêt *Mikisew*, à la thèse voulant que la théorie de l'autolimitation procédurale soit applicable en droit canadien¹⁶¹. Il a plutôt exposé tacitement la distinction fondamentale qui doit être faite entre les conditions de manière et de forme imposées par une norme enchâssée constitutionnellement et les règles procédurales que le législateur s'impose à lui-même au moyen d'une loi ordinaire. Selon lui, la souveraineté parlementaire ne peut être contrainte que par la Constitution, qui impose certaines exigences procédurales au processus législatif¹⁶². À son avis, soutenir le contraire mène à une « enflure du pouvoir judiciaire [. . .] au détriment du pouvoir des assemblées législatives sur leurs procédures »¹⁶³. Suivant cette logique, il ne peut être possible pour une législature de lier les législatures subséquentes en édictant une loi prétendant leur imposer une procédure plus onéreuse pour l'adoption, la modification ou l'abrogation des lois.

À notre avis, c'est cette position qui cadre le mieux avec le principe de la souveraineté parlementaire tel que compris à la lumière de la suprématie de la Constitution. Si la constitution non écrite britannique est la source de l'autorité législative du Parlement, sa compétence législative et sa compétence constituante demeurent indissociables: une modification constitutionnelle est édictée par la loi ordinaire¹⁶⁴. Même en acceptant que la souveraineté parlementaire confère au Parlement de Westminster le pouvoir de modifier les conditions d'exercice de son pouvoir de légiférer, ce qui est loin d'être acquis, il ne s'ensuit pas pour autant que ces conclusions soient applicables en droit canadien. De plus, qu'une condition de manière et de forme soit une limite acceptable au pouvoir de légiférer du Parlement ou des législatures ne signifie pas pour autant que le législateur dispose du pouvoir de se l'imposer par l'exercice de sa compétence législative, ni même que les

réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2017] J.Q. no 5583, 2017 QCCA 756, par. 185.

¹⁶¹ Voir *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 122-23 (juge Brown).

¹⁶² *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 122 (motifs du juge Brown).

¹⁶³ *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 139 (motifs du juge Brown).

¹⁶⁴ Voir Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 2012, p. 36-38; *McCawley v. The King* (Australia), [1920] A.C. 691, 703-04 (P.C.); *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] S.C.J. No. 58, [1981] 1 R.C.S. 753, 837. Il ne nous semble pas ici nécessaire de trancher le débat sur la nature de la constitution britannique. Voir Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 14 et suiv.

tribunaux soient habilités à en examiner l'observance.

De fait, la Constitution du Canada est non seulement la source de l'autorité législative du Parlement et des législatures, mais elle est également la source des conditions d'exercice de ce pouvoir législatif¹⁶⁵. C'est dire que les règles régissant la validité des lois ou, autrement dit, les limites à la souveraineté parlementaire sont expressément prévues par la Constitution et ne peuvent être modifiées que par une procédure rigide. C'est ce qu'avait brillamment expliqué le juge La Forest, alors dissident dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*:

Le pouvoir d'annuler les lois adoptées par des représentants démocratiquement élus tire sa légitimité d'une source supra-législative: le texte de la Constitution. Ce document fondamental [. . .] exprime le désir du peuple de limiter, de certaines façons précises, le pouvoir des législatures. Comme notre Constitution est écrite, ces limites ne peuvent pas être modifiées par le recours au processus démocratique habituel. Toutefois, elles ne sont pas immuables et peuvent être modifiées au moyen d'une autre forme d'expression de la volonté du peuple: la modification constitutionnelle.¹⁶⁶

Il est vrai que l'application des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

¹⁶⁵ Voir Maxime St-Hilaire & Patrick S. Baud, « Legal Roadblocks to Proposals for A Quebec Constitution », dans Richard Albert & Léonid Sirota (dir.), *Does Quebec Need a Written Constitution?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, à paraître. Voir aussi MH Tse, *The Canadian Bill of Rights as an Effective Manner and Form Device: An Analysis of the Supreme Court of Canada Decision in Authorson v Canada (Attorney General)*, (2005) 18:1 N.J.C.L. 71.

¹⁶⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] S.C.J. No. 75, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 314. Voir cependant l'opinion des juges majoritaires dans cette même affaire, pour qui les principes non écrits de la Constitution auraient une portée normative limitant la compétence législative du Parlement et des législatures. Voir aussi *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] S.C.J. No. 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49 et suiv.; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] S.C.J. No. 58, 2002 CSC 57, par. 54-55; Mark D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, (2001) 51 U.T.L.J. 91; David J. Mullan, *Underlying Constitutional Principles: The Legacy of Justice Rand*, (2010) 34:1 Man. L.J. 73; Vincent Kazmierski, *Draconian but not Despotic: The 'Unwritten' Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada*, (2010) 41:2 Ottawa L. Rev. 245; Alyn James Johnson, *The Judges Reference and the Secession Reference at Twenty: Reassessing the Supreme Court of Canada's Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project*, (2019) 56:4 Alta. L. Rev. 1077; Alyn James Johnson, *Imperial Tobacco and Trial Lawyers: An Unstable and Unsuccessful Retreat*, (2019) 57:1 Alta. L. Rev. 29. Contra Jeffrey Goldsworthy, *The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity*, (2000) 11:2 Const. Forum Const. 60; Jean Leclair, *Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, (2002) 27:2 Queen's L.J. 389. Depuis le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, il n'est jamais arrivé que la Cour suprême invalide une loi sur la seule base d'un principe constitutionnel non écrit et plusieurs juges ont même émis des doutes quant à cette éventualité. Voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] S.C.J. No. 50, 2005 CSC 49, par. 66 (juge Major, pour la Cour, unanime); *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*,

permet au Parlement et aux législatures de modifier la constitution qui leur est propre, à l'inclusion de certaines règles procédurales, par l'exercice de leur compétence législative¹⁶⁷. Néanmoins, comme nous l'avons suggéré, ces dispositions constitutionnelles n'ont pas pour effet de conférer au Parlement et aux législatures le pouvoir de conditionner la validité des lois futures au respect de règles procédurales. De fait, le pouvoir d'autodéfinition du Parlement et des législatures est limité en ce qu'il ne leur permet pas de modifier les exigences procédurales qui excèdent leur compétence sur leur constitution respective¹⁶⁸. Si les articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permettent pas de modifier ou d'abroger certaines normes constitutionnelles enchâssées, de même n'est-il pas possible pour le législateur d'enchâsser une règle procédurale au-delà de la compétence qu'elles attribuent. Le législateur reste libre d'abroger – pourvu qu'il le fasse expressément – toutes les règles procédurales adoptées en vertu des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et son pouvoir n'est en rien limité par celles-ci.

Admettre que la Constitution confère au Parlement et aux législatures le pouvoir de conditionner la validité des lois au moyen d'une loi ordinaire mènerait à la conclusion invraisemblable qu'une loi édictée ordinairement puisse entraîner les mêmes effets juridiques qu'une norme constitutionnellement enchâssée. Une telle conclusion contreviendrait au régime établi par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles et les normes législatives ordinaires ainsi que d'une procédure relative à l'enchâssement de nouvelles dispositions constitutionnelles.

Il faut dire que les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Mikisew* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières* ont d'abord et avant tout été convaincus par un argument de nature jurisprudentielle, mis de l'avant par certains auteurs, dont Peter W. Hogg, Herbert Marx et François Chevrette. Ceux-ci ont prétendu que la théorie de l'autolimitation procédurale était applicable en droit canadien par suite des arrêts

[2014] S.C.J. No. 59, 2014 CSC 59, par. 26 (juge McLachlin, pour la majorité); par. 80 et suiv. (juge Rothstein, dissident).

¹⁶⁷ Robin Elliot, *Rethinking Manner and Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values*, (1991) 29:2 Osgoode Hall L.J. 215, 246-47.

¹⁶⁸ Sur la compétence du Parlement et des législatures à l'égard de leur constitution respective, telle que prévue aux termes des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, voir *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*, [1979] S.C.J. No. 94, [1980] 1 R.C.S. 54 et *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 30 N.R. 225; *Ontario (Procureur général) c. SEFPO*, [1987] S.C.J. No. 48, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 81 et suiv. Ces décisions sont encore pertinentes bien que décidées dans le contexte des articles 91(1) et 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque leur champ d'application est inchangé. Voir *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] S.C.J. No. 32, 2014 CSC 32, par. 46-47. Voir aussi Warren J. Newman, « Constitutional Amendment by Legislation », dans Emmett Macfarlane (dir.), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 100.

Drybones et *Mercur*e, qui illustreraient la reconnaissance par la Cour suprême du caractère obligatoire des règles procédurales contenues dans les lois ordinaires¹⁶⁹. Le juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP* avait lui aussi interprété les arrêts *Drybones* et *Mercur*e comme indiquant qu'une règle procédurale contenue dans une loi de « nature constitutionnelle », mais par ailleurs formellement ordinaire, était susceptible de conditionner la validité des lois subséquentes¹⁷⁰. À notre avis, cet argument jurisprudentiel ne tient pas la route, tel que nous l'expliquons plus bas.

(c) La question épineuse des lois quasi constitutionnelles

Les lois quasi constitutionnelles sont des lois formellement ordinaires, mais qui revêtaient un statut particulier dans la hiérarchie des normes en raison de l'importance des protections qu'elles garantissent¹⁷¹. Cette position soulève certaines difficultés au regard de notre opinion sur le caractère obligatoire des règles procédurales contenues dans les lois ordinaires. De fait, il y a une inadéquation entre l'édiction des lois quasi constitutionnelles et leur effet: elles sont adoptées, modifiées et abrogées par une compétence législative ordinaire, mais ont préséance sur les autres lois ordinaires par l'interprétation qu'en font les tribunaux¹⁷².

Selon Luc B. Tremblay, appuyé par la majorité des auteurs doctrinaux, les dispositions de dérogation contenues dans plusieurs lois quasi constitutionnelles illustreraient le pouvoir du Parlement et des législatures de se lier pour l'avenir en s'obligeant à respecter une procédure plus onéreuse que celle prévue ordinairement¹⁷³. De même, pour Hogg, l'inadéquation entre la procédure d'adoption et l'effet des lois quasi constitutionnelles ne peut être expliquée qu'en recourant à la

¹⁶⁹ Voir Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 294 et suiv.; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-11 et suiv. Brun, Tremblay et Brouillet offrent une perspective plus nuancée sur la question. Voir Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.151 et suiv.

¹⁷⁰ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

¹⁷¹ Vanessa MacDonnell, *A Theory of Quasi-Constitutional Legislation*, (2017) 53:2 *Osgoode Hall L.J.* 508, 510.

¹⁷² Richard Albert, « Quasi-Constitutional Amendments », dans Richard Albert & Joel I Colón-Ríos (dir.), *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes*, Oxon, Routledge, 2019, p. 135, à la p. 137.

¹⁷³ Luc B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 90, 132; Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 295; Walter R. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 141.

théorie de l'autolimitation procédurale¹⁷⁴.

Leur opinion sur la question prend racine dans le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Drybones*¹⁷⁵. Dans cette décision, la Cour suprême avait déterminé que l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁷⁶, une disposition de dérogation expresse, avait pour effet de rendre inopérantes les lois incompatibles avec les droits qu'elle garantit, en l'occurrence une loi édictée antérieurement¹⁷⁷. Néanmoins, la décision aurait été la même si la loi avait été adoptée postérieurement: la *Déclaration canadienne des droits* rend inopérantes les lois incompatibles avec elles sur le fond, qu'elles soient édictées antérieurement ou postérieurement¹⁷⁸. Autrement dit, la primauté que confère le statut de quasi-constitutionnalité à la *Déclaration canadienne des droits* la protégerait contre une abrogation implicite, soumettant par le fait même l'entièreté des lois édictées par le Parlement à l'exigence d'une déclaration expresse de dérogation¹⁷⁹. De même, la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸⁰ rendrait inopérantes les lois portant atteinte aux droits qu'elle garantit lorsque la mention expresse de dérogation imposée par l'article 52 n'est pas invoquée¹⁸¹. Plusieurs autres lois touchant au domaine des droits et libertés disposent d'une clause de dérogation et possèdent donc une

¹⁷⁴ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 12-18.

¹⁷⁵ R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 9 D.L.R. (3d) 473 [*Drybones*].

¹⁷⁶ L.R.C. (1985), app. III.

¹⁷⁷ R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 9 D.L.R. (3d) 473, at 293-59. Voir aussi R. c. *Miller*, [1977] 2 R.C.S. 680, 11 NR 386; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] S.C.J. No. 18, [1984] 1 R.C.S. 357, par. 10; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] S.C.J. No. 40, 2003 CSC 39, par. 10. La *Déclaration* est une loi quasi constitutionnelle, comme la Cour suprême l'a reconnu pour la première fois dans l'arrêt *Hogan*. Voir R. c. *Hogan*, [1975] 2 R.C.S. 574, 597, 2 NR 343 (juge Laskin).

¹⁷⁸ *Singh c. Ministre de l'Emploi & de l'Immigration*, [1985] S.C.J. No. 11, [1985] 1 R.C.S. 177, par. 121 (juge Beetz).

¹⁷⁹ Voir John Helis, « Quasi-Constitutionality in Canada and the Weak-Form Model of Constitutionalism and Judicial Review », dans Richard Albert & Joel I Colón-Ríos (dir.), *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes*, Oxon, Routledge, 2019, p. 118, à la p. 122.

¹⁸⁰ RLRQ, c. C-12.

¹⁸¹ Voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] S.C.J. No. 88, [1988] 2 R.C.S. 712, 745. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées & employés*, [1996] S.C.J. No. 70, [1996] 2 R.C.S. 365, par. 116; *De Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] S.C.J. No. 51, 2010 CSC 51, par. 45. La *Charte des droits & libertés de la personne* est une loi quasi constitutionnelle, comme l'a reconnu explicitement la Cour suprême pour la première fois dans l'arrêt *Frenette*. Voir *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] S.C.J. No. 24, [1992] 1 S.C.R. 647, 673 (juge Laskin).

primauté sur les autres lois dans la hiérarchie des normes¹⁸².

Nous souscrivons cependant à la thèse de Maxime St-Hilaire selon laquelle les lois quasi constitutionnelles ne peuvent être comprises comme imposant des conditions de manière et de forme au législateur¹⁸³. D'abord, elles ne conditionnent pas la validité des lois et ne limitent en rien le pouvoir de légiférer du législateur. Ensuite, la préséance qui leur est accordée n'est pas rattachée à une règle procédurale, c'est-à-dire à l'efficacité juridique de leurs dispositions, mais plutôt à l'inapplication de principes d'interprétation des lois. En cela, les auteurs doctrinaux majoritaires font erreur en qualifiant de particulier le statut de lois quasi constitutionnelles dans la hiérarchie des normes. L'interprétation de dispositions législatives incompatibles suivant certains principes de common law et leur caractère fondamental d'un point de vue matériel n'équivalent pas à leur hiérarchisation d'un point de vue formel.

Drybones reste l'arrêt de principe sur l'effet qu'entraînent les lois quasi constitutionnelles sur les autres lois en cas de conflit. Dans cet arrêt, le juge Ritchie, pour la majorité, avait expliqué de façon très claire de quelle façon se résorbe le conflit entre normes législatives quasi constitutionnelles et ordinaires, en traçant un parallèle avec l'inopérabilité qu'entraîne la loi fédérale sur la loi provinciale en cas d'incompatibilité¹⁸⁴. Similairement, dans *Authorson*, la Cour suprême a affirmé que la *Déclaration canadienne des droits* n'a pas pour effet de permettre aux tribunaux de « contraindre le législateur à modifier son processus législatif »¹⁸⁵. En cas de conflit entre une loi quasi constitutionnelle et une loi ordinaire, les tribunaux ne font que prioriser l'application d'une norme par rapport à une autre en lui donnant préséance.

C'est ce qu'explique le juge Bastarache dans l'arrêt *Tranchemontagne* lorsqu'il affirme que la validité d'une disposition déclarée inopérante par l'effet d'une loi quasi constitutionnelle n'est pas remise en question: « Le législateur avait le pouvoir d'adopter la disposition incompatible; il se trouve seulement qu'il a également

¹⁸² Voir Anne F Bayefsky, *Parliamentary Sovereignty and Human Rights in Canada*, (1983) 31 *Political Studies* 239, 250-52.

¹⁸³ Voir Maxime St-Hilaire, « 'Quasi Constitutional' Status as *Not* Implying a Form Requirement » (8 août 2017), online (blog): *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, <<http://www.iconnectblog.com/2017/08/quasi-constitutional-status-as-not-implying-a-form-requirement/>>.

¹⁸⁴ R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 9 D.L.R. (3d) 473, 295. Sur la doctrine de la prépondérance fédérale, voir par ex. *Rothmans, Benson & Hedges Inc c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] S.C.J. No. 1.

¹⁸⁵ *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] S.C.J. No. 40, 2003 CSC 39, par. 40. Voir aussi MH Tse, *The Canadian Bill of Rights as an Effective Manner and Form Device: An Analysis of the Supreme Court of Canada Decision in Authorson v. Canada (Attorney General)*, (2005) 18:1 N.J.C.L. 7, 11.

édicte une autre règle de droit qui prévaut. »¹⁸⁶ En cela, la primauté des lois quasi constitutionnelles se distingue des conditions de manière et de forme qui régissent l'exercice du pouvoir législatif : une disposition invalide n'a jamais existé, le législateur n'ayant pas le pouvoir de l'adopter¹⁸⁷. Aussi est-il possible d'assimiler les normes constitutionnelles non enchâssées avec les lois quasi constitutionnelles en ce qu'elles ont préséance sur la loi ordinaire en cas de conflit.

Quoi qu'il en soit, les dispositions de dérogation ne peuvent être comprises comme la source de la primauté des lois quasi constitutionnelles. Cet effet juridique prend plutôt racine dans l'intention du législateur de déroger aux principes d'interprétation des lois. Ces principes, dont font partie la règle de la préséance de la loi postérieure et la règle de la préséance de la spéciale, permettent ordinairement aux tribunaux de résoudre les conflits de lois¹⁸⁸. Or, dans le cas des lois quasi constitutionnelles, la volonté du législateur de déroger à ces principes est clairement exprimée par le caractère fondamental des protections qu'elles garantissent, ce qui leur permet de primer la loi ordinaire en cas de conflit. La Cour suprême a statué à maintes reprises que la préséance des lois quasi constitutionnelles privées de disposition de dérogation au regard des lois ordinaires était assurée par leur caractère fondamental¹⁸⁹. Il arrive par ailleurs que des lois soient reconnues quasi constitutionnelles sans qu'elles soient dotées d'une clause de dérogation, ou même d'une clause de primauté¹⁹⁰. Le statut particulier des lois quasi constitutionnelles –

¹⁸⁶ *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] S.C.J. No. 14, 2006 CSC 14, par. 35.

¹⁸⁷ *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] S.C.J. No. 14, 2006 CSC 14, par. 35. Voir aussi John Helis, *Quasi-Constitutional Laws of Canada*, Toronto, Irwin Law, 2018, p. 153 et suiv.; Maxime St-Hilaire & Patrick S. Baud, « Legal Roadblocks to Proposals for A Quebec Constitution », dans Richard Albert & Léonid Sirota (dir.), *Does Quebec Need a Written Constitution?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, à paraître, p. 7; John Lovell, *Legislating Against the Grain: Parliamentary Sovereignty and Extra-Parliamentary Vetoes*, (2008) 24:1 N.J.C.L. 1, 15; John Lovell, « Parliamentary Sovereignty in Canada », dans Peter Oliver, Patrick Macklem, & Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution Handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 189, à la p. 201; Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 183.

¹⁸⁸ Voir Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac & Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1334 et suiv.; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6e éd., Toronto, LexisNexis, 2014, p. 363-67.

¹⁸⁹ Voir Québec (Commission des droits de la personne & des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville), [2000] S.C.J. No. 24, 2000 CSC 27, par. 27. Voir aussi *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] S.C.J. No. 65, [1982] 2 R.C.S. 145, 158; *Winnipeg School Division No 1 v. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156.

¹⁹⁰ C'est le cas des lois protégeant l'accès à l'information. Voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] S.C.J.

et l'effet juridique qui en découle – n'est donc pas le résultat des règles procédurales dont elles sont disposées, mais plutôt de principes d'interprétation des lois, ou, en l'occurrence, de leur inapplicabilité¹⁹¹. La thèse prédominante sur la question doit dès lors échouer.

(d) *Le cas particulier de l'arrêt Mercure: retour sur la jurisprudence du Commonwealth*

Aux termes de l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, le Parlement fédéral a le pouvoir de constituer de nouvelles provinces¹⁹². La province de la Saskatchewan a été constituée à partir des Territoires du Nord-Ouest par la *Loi sur la Saskatchewan*¹⁹³, édictée par l'exercice de cette compétence. Lors de sa création, certaines dispositions de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*¹⁹⁴, adoptées par le Parlement fédéral pour l'Assemblée territoriale, ont été préservées pour éviter la création d'un vide juridique.

Dans l'arrêt *Mercure*¹⁹⁵, la validité d'une loi de la Saskatchewan était contestée au motif qu'elle n'avait pas été adoptée suivant la procédure prescrite par l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, à savoir une exigence de bilinguisme. De l'avis de la Cour suprême, cette règle procédurale avait été préservée aux termes de l'article 14 de la loi constitutive de la province, qui prévoit le maintien des conditions d'exercice du pouvoir législatif telles qu'établies par l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* jusqu'à leur abrogation par la législature nouvellement constituée¹⁹⁶. Autrement dit, l'exigence de bilinguisme avait continué de s'appliquer

No. 7, 2003 CSC 8; Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [2011] S.C.J. No. 25 2011 CSC 25. C'est également le cas des lois protégeant les droits linguistiques. Voir R. c. Beaulac, [1999] S.C.J. No. 25, [1999] 1 R.C.S. 768; Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles), [2002] S.C.J. No. 55, 2002 CSC 5; Thibodeau c. Air Canada, [2014] S.C.J. No. 67, 2014 CSC 67.

¹⁹¹ John Helis, « Quasi-Constitutionality in Canada and the Weak-Form Model of Constitutionalism and Judicial Review », dans Richard Albert & Joel I Colón-Ríos (dir.), *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes*, Oxon, Routledge, 2019, p. 118, à la p. 122-23; Voir aussi Maxime St-Hilaire & Patrick S. Baud, « Legal Roadblocks to Proposals for A Quebec Constitution », dans Richard Albert & Léonid Sirota (dir.), *Does Quebec Need a Written Constitution?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, à paraître, p. 7.

¹⁹² *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28.

¹⁹³ *Loi sur la Saskatchewan*, 1905 (UK), 4 & 5 Éd. VII, c. 42, art. 14.

¹⁹⁴ S.R.C. 1886, c. 50.

¹⁹⁵ R. c. *Mercure*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, appliqué dans R. c. *Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103, [1990] S.C.J. No. 99, qui traitait de la même question à l'égard des lois élaborées par l'Alberta suivant la création de la province par une opération identique.

¹⁹⁶ R. c. *Mercure*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 270. L'article 14 disposait: « Jusqu'à ce que ladite législature en statue autrement, toutes les dispositions de la loi relatives à la constitution [. . .] s'appliquent mutatis mutandis, à l'[A]ssemblée législative de

au processus législatif de l'Assemblée législative de la Saskatchewan.

En revanche, si l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* était enchâssé avant 1905, puisque l'Assemblée territoriale n'avait pas compétence pour l'abroger, il ne l'était plus, au moment où l'Assemblée législative de la Saskatchewan a été constituée par la *Loi sur la Saskatchewan*. De fait, cette dernière disposait alors du pouvoir de modifier sa constitution par le truchement de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, remplacé par l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁹⁷. Néanmoins, selon le juge La Forest, l'exigence de bilinguisme prévue à l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* ne pouvait être abrogée implicitement par l'édition de lois ne l'observant pas.

Au contraire, cette disposition devait être considérée comme une condition de manière et de forme permettant d'invalider les lois entachées d'un vice procédural¹⁹⁸. Pour arriver à cette conclusion, le juge s'appuyait sur les écrits de Jennings et sur les arrêts *Trethowan*, *Harris*, et plus particulièrement sur le célèbre *dicta* du juge dans l'affaire *Ranasinghe*: « [U]ne législature n'a pas le pouvoir de laisser de côté les conditions d'exercice du pouvoir législatif qui lui sont imposées par l'instrument même qui règle son pouvoir de faire des lois. »¹⁹⁹ À son avis, qu'une règle procédurale prévue par la constitution soit enchâssée ou non n'a aucune incidence sur l'effet qu'elle entraîne au regard des lois édictées par le législateur. Il suffit qu'elle soit une norme constitutionnelle contenue dans l'instrument régissant son pouvoir de légiférer²⁰⁰. Partant, l'Assemblée législative de la Saskatchewan était obligée de respecter l'exigence de bilinguisme lui étant imposée. Suivant ce raisonnement, l'arrêt *Mercury* fut interprété comme signalant l'applicabilité de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien²⁰¹.

À notre avis, il n'en est pas ainsi. D'une part, nous avons des doutes quant au bien-fondé du raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercury*. Comme l'expliquent avec justesse Maxime St-Hilaire et Patrick Baud, le juge La Forest semble fonder sa conclusion sur la prémisse erronée selon laquelle, puisque l'article 110 de la *Loi des Territoires du Nord-Ouest* conditionnait la validité des lois édictées par l'Assemblée territoriale, il doit s'ensuivre que l'article 14 de la *Loi sur la Saskatchewan* préserve cet effet²⁰². Pourtant, nous avons montré qu'une règle

[la Saskatchewan]. » Voir *Loi sur la Saskatchewan*, 1905 (UK), 4 & 5 Éd. VII, c. 42, art. 14.

¹⁹⁷ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 272.

¹⁹⁸ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 277.

¹⁹⁹ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 277-79.

²⁰⁰ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 277-79.

²⁰¹ Herbert Marx & François Chevette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux*: notes & jurisprudence, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 295.

²⁰² Voir Maxime St-Hilaire & Patrick S. Baud, « Legal Roadblocks to Proposals for A Quebec Constitution », dans Richard Albert & Léonid Sirota (dir.), *Does Quebec Need a Written Constitution?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, à paraître, p. 9-10.

procédurale ne peut être comprise comme limitant le pouvoir de légiférer d'un Parlement si elle peut être modifiée ou abrogée par la loi ordinaire.

De fait, dans *Harris* et *Ranasinghe*, les instruments en litige conditionnaient l'exercice du pouvoir législatif dévolu aux législatures qu'ils constituaient dans la mesure où les conditions de manière et de forme étaient elles-mêmes enchâssées. Le Parlement fédéral avait, en l'espèce, sciemment décidé de ne pas enchâsser l'exigence de bilinguisme prévue à l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, et ce, précisément dans le but de permettre à la législature nouvellement constituée de l'abroger²⁰³. C'est par ailleurs ce que l'Assemblée législative de la Saskatchewan avait fait en édictant *The Language Act* deux ans après l'arrêt *Mercury*²⁰⁴. Nous sommes d'avis qu'elle aurait pu le faire sans suivre la manière et la forme prescrite par l'exigence de bilinguisme. L'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* n'était plus qu'une loi quasi constitutionnelle au moment où elle fut reconduite à titre de loi provinciale, comme l'a lui-même reconnu le juge La Forest²⁰⁵. Son raisonnement aurait d'ailleurs pu se limiter au seul constat de la nature quasi constitutionnelle de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Il aurait par le fait même évité de confondre la sanction d'invalidité avec l'interprétation d'une loi comme n'ayant pas l'effet souhaité, c'est-à-dire l'inopérabilité.

D'autre part, même si le juge La Forest s'appuie sur la conception de la souveraineté parlementaire développée par Jennings et sur les affaires *Trethowan*, *Harris* et *Ranasinghe* pour élaborer son jugement, nous avons montré que ces arrêts ne sont pas des autorités permettant de conclure sans équivoque qu'un Parlement a le pouvoir de conditionner l'exercice de son pouvoir de légiférer dans le cadre de sa compétence législative²⁰⁶. L'arrêt *Mercury* n'a donc pas la portée que certains auteurs doctrinaux lui accordent²⁰⁷.

3. LOIS ORDINAIRES ET CONDITIONS DE VALIDITÉ DES LOIS: MARIAGE CONCEPTUEL INCERTAIN

Si la Cour suprême semble disposée à reconnaître le pouvoir du Parlement et des législatures de s'imposer des conditions de manière et de forme en leur compétence législative, nous avons montré les difficultés conceptuelles de cette approche au vu du régime établi par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En tout état de cause, s'ajoutent à cette difficulté plusieurs obstacles qui limiteraient le pouvoir des tribunaux d'invalider les lois sur la base d'une règle procédurale contenue dans une

²⁰³ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 248.

²⁰⁴ S.S. 1988, c. L-7.5.

²⁰⁵ R. c. *Mercury*, [1988] S.C.J. No. 11, [1988] 1 R.C.S. 234, 268.

²⁰⁶ Voir Jacques-Yvan Morin, *Pour une nouvelle Constitution du Québec*, (1985) 30:2 McGill L.J., p. 209-10.

²⁰⁷ C'est aussi l'opinion de la Cour d'appel du Québec: « On ne doit pas donner à l'arrêt *Mercury* une portée qu'il n'a pas. » Voir *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec* c. Québec (Procureur général), [2004] J.Q. no 4881, [2004] R.J.Q. 1164, par. 43 (Que. C.A.).

loi ordinaire. De même, le critère de l'intention claire, qui gouverne l'identification des exigences procédurales que s'impose le législateur par la loi n'est pas en mesure de résoudre ces difficultés.

La souveraineté parlementaire préserve à tout le moins la plénitude des pouvoirs du Parlement et des législatures de légiférer sur les questions qui sont *intra vires* de leur compétence législative respective, entendu que soient respectées les limites prescrites par la Constitution²⁰⁸. Une loi prétendant interdire au Parlement ou à une législature de légiférer sur une question en particulier n'a aucun effet juridique²⁰⁹. Il n'est pas évident que le législateur ait le pouvoir de s'obliger à légiférer sur une question seulement d'une manière plus onéreuse que ne l'est la procédure législative ordinaire dans le cadre du pouvoir qui lui est dévolu par la Constitution. Il n'est pas davantage évident que les tribunaux auraient le pouvoir d'invalider une loi entachée d'un vice procédural.

En effet, la Cour suprême a régulièrement suggéré qu'en dehors des limites prescrites par la Constitution, le Parlement et les législatures étaient libres d'édicter toute loi par l'exercice de leur compétence législative ordinaire: « [L]es législatures sont assujetties à des exigences constitutionnelles pour que l'exercice de leur pouvoir de légiférer soit valide, mais à l'intérieur des limites que leur impose la constitution, elles peuvent faire ce que bon leur semble. »²¹⁰ Dans l'arrêt *Melford Developments*, le juge Etsey avait même affirmé qu'il est « incontestable que le Parlement est souverain et qu'il ne peut se lier pour l'avenir lorsqu'il exerce la compétence souveraine que lui accorde la constitution »²¹¹. C'est dire que, dans le « domaine résiduel » où s'applique la souveraineté parlementaire, « il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la validité des lois »²¹². Par conséquent, la compétence des tribunaux à déclarer invalides des lois n'ayant pas observé une règle procédurale contenue dans une loi ordinaire reste incertaine.

Il est vrai que la théorie de l'autolimitation procédurale postule une distinction

²⁰⁸ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 58.

²⁰⁹ Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] S.C.J. No. 66, 2011 CSC 66, par. 119; Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

²¹⁰ *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] S.C.J. No. 50, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59. D'autres décisions soutiennent explicitement ou tacitement cette thèse: Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 548; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] S.C.J. No. 40, 2003 CSC 39, par. 39; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 36; Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 58.

²¹¹ *R. c. Melford Developments Inc*, [1982] S.C.J. No. 76, [1982] 2 R.C.S. 504, 513.

²¹² *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines & des Ressources)*, [1989] S.C.J. No. 80, [1989] 2 R.C.S. 49, 91.

entre une contrainte de fond et une contrainte de forme, cette dernière n'étant pas à proprement parler une « limite » à la souveraineté parlementaire, ce que nous avons pour le reste remis en question. Cependant, même en acceptant une telle affirmation, il n'est pas évident, comme l'explique le juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP*, de tracer la ligne de démarcation entre une abdication du pouvoir de légiférer sur le fond et une règle procédurale qui rendrait plus onéreuse la procédure d'adoption des lois²¹³. Par exemple, les tribunaux ont refusé d'interpréter certaines dispositions législatives comme de simples règles procédurales, les jugeant plutôt comme des limites sur le fond. C'est le cas notamment des référendums contraignants en droit, dits législatifs, dont le succès se traduirait par l'obligation du législateur d'adopter la loi soumise au vote populaire²¹⁴. C'est également le cas des dispositions déléguant un veto à l'adoption, la modification ou l'abrogation des lois à des entités ne faisant pas partie de l'organe législatif²¹⁵.

De plus, les tribunaux canadiens ont traditionnellement été réticents à examiner la manière par laquelle une loi a été adoptée, présumant plutôt la régularité procédurale de la loi à défaut de preuve du contraire²¹⁶. À cet égard, le pouvoir des tribunaux d'examiner l'application des dispositions législatives portant sur la procédure interne des assemblées législatives est considérablement réduit par l'immunité que leur confère le privilège parlementaire²¹⁷. Aussi est-il frappant de

²¹³ Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 564.

²¹⁴ Voir *Re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.); *Manitoba v. Government of Manitoba*, [2014] M.J. No. 206, 2014 MBQB 155. Dans *Trethowan*, le Conseil privé avait jugé valide une exigence procédurale similaire, mais en l'espèce, une norme supralégislative, à savoir le *Colonial Laws Validity Act*, habilitait expressément la législature à l'adopter. Voir *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526, at 433 (P.C.).

²¹⁵ Voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 564. Voir aussi *Canada (Attorney General) v. Friends of the Canadian Wheat Board*, [2012] F.C.J. No. 706, 2012 FCA 183, par. 82; *Oberg v. Canada (Attorney General)*, [2012] M.J. No. 53, 2012 MBQB 64, par. 25. Voir aussi *West Lakes v. South Australia*, (1980) 25 S.A.S.R. 389 at 390 (juge King) (A.S.C.), cité avec approbation dans *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 564.

²¹⁶ Voir *Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, Droit constitutionnel*, 6e éd., Montréal, Yvon Blais, 2014, par. VIII.166; *William E. Conklin, Pickin and its Applicability to Canada*, (1975) 25 U.T.L.J. 193, 203; *Katherine Swinton, Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 *Osgoode Hall L.J.* 345, 353-56. Voir aussi *The King c. Irwin* [1926] Ex CR 127 at 129 (E.C.); *Akar c. A.-G. Sierra Leone*, [1970] A.C. 853 at 867-68 (P.C.).

²¹⁷ Voir *Temple c. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265, [1943] 3 D.L.R. 649; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] S.C.J. No. 28, 2005 CSC 30, par. 34; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique & parapublique du Québec*, [2018] S.C.J. No. 39, 2018 CSC 39, par.

lire, dans l'arrêt *Mikisew*, la majorité des juges de la Cour suprême s'appuyer sur le fait que le privilège parlementaire limite l'intervention des tribunaux dans le processus législatif pour se prononcer sur l'obligation de consulter, d'une part, mais de l'omettre complètement eu égard à la question du caractère obligatoire des règles procédurales imposées par la loi ordinaire, d'autre part²¹⁸. Cette difficulté, sans être insurmontable²¹⁹, nécessite la plus grande prudence des tribunaux pour que soit préservée la séparation des pouvoirs entre les différents organes de l'État²²⁰.

Au demeurant, l'interprétation des lois ordinaires doit se faire suivant les dispositions pertinentes des différentes lois d'interprétation²²¹, lesquelles reflètent le pouvoir illimité de légiférer du Parlement et des législatures à l'intérieur des limites prescrites par la Constitution²²². Dans le *Renvoi sur le RAP*, le juge Sopinka avait à juste titre soulevé la difficulté pour les tribunaux de déterminer l'intention du législateur de faire primer une loi ordinaire sur les autres lois²²³. Pour y remédier,

24. Voir aussi Maxime St-Hilaire, *Affaire Boulerice: le privilège parlementaire comme modification constitutionnelle judiciaire et (donc) inconstitutionnelle*, (2020) 13:3 R.D.P.P. 521.

²¹⁸ À notre avis, seul le juge Brown est entièrement cohérent sur la question du privilège parlementaire. Voir *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil), [2018] S.C.J. No. 40, 2018 CSC 40, par. 122 et suiv. Voir cependant l'opinion du juge Rowe dans *Chagnon*, suivant laquelle le législateur ne peut invoquer le privilège parlementaire pour éviter de se conformer au texte d'une loi qu'il a édictée. Voir *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique & parapublique du Québec*, [2018] S.C.J. No. 39, 2018 CSC 39, par. 66. Il semble également qu'un argument fondé sur la primauté du droit puisse être soulevé à cet égard. Voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] S.C.J. No. 50, 2005 CSC 49, par. 60.

²¹⁹ Voir Herbert Marx & François Chevrette, *Droit constitutionnel, principes fondamentaux: notes & jurisprudence*, 2e éd. par Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 410; Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament and the Entrenchment of Legislative Process*, (1964) 27:6 Mod. L. Rev. 705, 708; Han-Ru Zhou, *Revisiting the "Manner and Form" Theory of Parliamentary Sovereignty*, (2013) 129:3 Law Q. Rev. 610, 614; Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege*, (1976) 14:2 Osgoode Hall L.J. 345, 153-54.

²²⁰ Voir *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique & parapublique du Québec*, [2018] S.C.J. No. 39, 2018 CSC 39, par. 26; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] S.C.J. No. 28, 2005 CSC 30, par. 21.

²²¹ Voir par ex. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21, art. 42(1); *Loi d'interprétation*, LRQ 1985, c. I-16, art. 11. Le par. 42(1) de la loi d'interprétation fédérale prévoit qu'il « est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi ».

²²² *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 548.

²²³ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 562.

il avait suggéré que les tribunaux puissent conclure à l'intention du Parlement ou d'une législature de se lier sur la forme lorsque cette intention est clairement exprimée: « [T]oute exigence de mode et de forme doit surmonter le texte clair du par. 42(1) de la *Loi d'interprétation*. »²²⁴ Le seul critère de l'intention claire, tel qu'il a été réaffirmé dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, ne permet cependant pas de résoudre les difficultés posées par les obstacles décrits précédemment²²⁵.

Dans les faits, la résolution des conflits découlant de règles procédurales édictées par la loi ordinaire est toujours une question d'interprétation des lois. La question qui doit préoccuper les tribunaux est celle de s'avoir s'il faut donner effet à la lettre d'une loi édictée antérieurement par le législateur qui prétend l'obliger à légiférer par une procédure plus onéreuse qu'employée ordinairement ou s'il faut plutôt donner effet à la décision postérieure du législateur d'exercer son pouvoir législatif libre de toute contrainte formelle²²⁶. Il nous semble que le raisonnement du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP* découle d'une confusion entre la sanction d'invalidité découlant du régime établi par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'interprétation d'une loi comme n'ayant pas l'effet souhaité, à savoir l'inopérabilité. Selon nous, le critère de l'intention claire ne fait que traduire la nécessité pour le législateur d'exprimer clairement sa volonté de déroger aux principes d'interprétation des lois lorsqu'il souhaite donner préséance à une loi édictée antérieurement en cas de conflit. Aussi est-il plus délicat pour les tribunaux d'arriver à une telle conclusion dans le cas des lois ordinaires, par opposition aux lois de « nature constitutionnelle »²²⁷.

Il en découle à notre avis que les règles procédurales contenues dans les lois ordinaires sont assimilables à des règles d'interprétation des lois ou encore à des règles de procédure interne – lorsque la volonté claire du législateur n'est pas établie – et non à des conditions de manière et de forme. Par exemple, les lois édictées par l'Assemblée nationale du Québec ne sont pas susceptibles d'être invalidées sur la base qu'elles ont été adoptées sans respecter les dispositions de la *Loi sur l'Assemblée nationale*²²⁸, bien que celle-ci fasse partie de la constitution de la province²²⁹. Comme nous l'avons soutenu plus haut, une règle procédurale non

²²⁴ Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

²²⁵ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 CSC 48, par. 51.

²²⁶ Voir Berend Hovius, *The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charte*, (1982) 28 McGill L.J. 32, 54; Robin Elliot, *Rethinking Manner and Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values*, (1991) 29:2 Osgoode Hall L.J. 215, 237.

²²⁷ Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] S.C.J. No. 60, [1991] 2 R.C.S. 525, 563.

²²⁸ RLRQ, c. A-23.1.

²²⁹ Voir par ex. Michel Bonsaint (dir.), *Procédure parlementaire du Québec*, 3e éd.,

enchâssée ne peut conditionner la validité des lois, car le législateur reste libre de l'abroger par l'exercice de sa compétence législative. C'est notamment ce qui était en jeu dans l'affaire *Canadian Taxpayers Federation*, où la Cour supérieure de l'Ontario a jugé valide l'abrogation d'une règle procédurale et l'adoption subséquente d'une loi sans la respecter²³⁰.

Par ailleurs, même en acceptant que le critère de l'intention claire permette aux tribunaux de conclure à l'existence d'une condition de manière et de forme que le législateur se serait imposé par la loi ordinaire, il demeure que son application par les tribunaux inférieurs mène à des résultats souvent contradictoires, certains juges allant jusqu'à refuser d'examiner la question²³¹. À ce jour, un seul jugement a convenu, dans des motifs incidents, du caractère obligatoire d'une règle procédurale prévue par la loi, suivant le critère de l'intention claire²³². Il semble désormais nécessaire pour la Cour suprême de clarifier l'état du droit sur la question.

Dans cette partie, nous avons montré que le caractère obligatoire des règles procédurales que s'imposerait le législateur par une loi ordinaire est loin d'être acquis, contrairement à ce qu'a suggéré la Cour suprême dans l'arrêt *Mikisew* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières*. Bien au contraire, il semble que les conditions d'exercice du pouvoir législatif dévolu au Parlement et aux législatures sont prévues par la Constitution et ne peuvent être modifiées que par une procédure rigide. Contrairement à la thèse de la majorité des auteurs doctrinaux sur laquelle s'appuie la Cour suprême, les arrêts *Drybones* et *Mercure* ne prouvent pas l'applicabilité de la théorie de l'autolimitation procédurale en droit canadien. Les lois quasi constitutionnelles, tout comme les normes constitutionnelles non enchâssées, n'emportent pas l'invalidité des lois, mais bien leur inopérabilité, ce qui les distingue fondamentalement des conditions de manière et de forme. Même si, en théorie, le Parlement et les législatures pouvaient s'imposer des conditions de manière et de forme au moyen d'une loi ordinaire – ce qui est loin d'être acquis –, il faudrait qu'un tribunal soit à même d'en contrôler l'observance.

IV. CONCLUSION

La thèse que nous avons mise de l'avant remet en question l'opinion défendue par la majorité des auteurs doctrinaux et appuyée par la jurisprudence récente de la Cour

Québec, Éditeur officiel du Québec, 2012, p. 51.

²³⁰ Voir *Canadian Taxpayers Federation v. Ontario (Minister of Finance)*, [2004] O.J. No. 5239, 73 O.R. (3d) 621 (Ont. S.C.).

²³¹ Voir *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2004] J.Q. no 4881, [2004] R.J.Q. 1164 (Que. C.A.); *Greater Vancouver Regional District v. British Columbia (Attorney General)*, [2011] B.C.J. No. 1549, 2011 BCCA 345; *Canada (Attorney General) v. Friends of the Canadian Wheat Board*, [2012] F.C.J. No. 706, 2012 FCA 183; *Oberg v. Canada (Attorney General)*, [2012] M.J. No. 53, 2012 MBQB 64.

²³² *Amalgamated Transit Union Local 1374 v. Saskatchewan (Finance)*, [2017] S.J. No. 218, 2017 SKQB 152.

suprême du Canada selon laquelle le législateur peut se lier pour l'avenir en s'obligeant à légiférer sur une question d'une manière plus onéreuse que la procédure employée ordinairement.

Selon notre lecture de la jurisprudence du Commonwealth, le Parlement de Westminster, dont les pouvoirs sont régis, en droit britannique, par la doctrine constitutionnelle de la souveraineté parlementaire, ne peut être comparé avec les parlements dont les pouvoirs sont régis par une constitutionnelle formellement enchâssée, ou encore aux législatures ayant expressément le pouvoir de se lier pour l'avenir par des conditions de manière et de forme. Dans ces deux cas, il ne fait aucun doute que l'exercice de la compétence législative est assujéti au respect des exigences procédurales. Cependant, il n'est pas aussi clair qu'une loi ordinaire puisse conditionner l'adoption future des lois, comme le veut la théorie de l'autolimitation procédurale. Même en acceptant que la souveraineté parlementaire confère au Parlement de Westminster le pouvoir de modifier les conditions d'exercice de son pouvoir de légiférer, il ne s'ensuit pas pour autant que cette conclusion soit applicable en droit canadien.

La souveraineté parlementaire n'existe en droit canadien que dans un domaine résiduel considérablement réduit par l'opération des normes constitutionnellement enchâssées. De fait, les conditions d'exercice du pouvoir législatif du Parlement du Canada et des législatures provinciales sont expressément prévues par la Constitution du Canada et ne peuvent être modifiées que par une procédure rigide de révision constitutionnelle. Il ne fait aucun doute que le manquement aux conditions de manière et de forme enchâssées constitutionnellement est sanctionné d'invalidité, vu l'enchâssement de la Constitution prévu à l'alinéa 52(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par opposition, la modification par le Parlement et les législatures de leur constitution respective s'exerce au même titre que leur compétence législative ordinaire. La Constitution du Canada, et notamment l'application des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne permet donc pas au législateur de s'imposer des conditions de manière et de forme au moyen d'une loi ordinaire.

Il existe également une confusion entre la sanction d'invalidité dont est frappée la loi outrepassant les exigences procédurales enchâssées par la Constitution et l'inopérabilité qui résulte d'un conflit entre une loi ordinaire et la loi quasi constitutionnelle ou la norme constitutionnelle non enchâssée. Cette première découle du régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que cette dernière découle des principes encadrant l'interprétation des lois par les tribunaux. En cela, nous avons pu réfuter l'argument jurisprudentiel fondé sur les arrêts *Mercury* et *Drybones*. Enfin, nous avons émis des doutes quant au pouvoir des tribunaux d'invalider les lois sur la base des règles procédurales édictées par une loi ordinaire. D'une part, la présomption de validité des lois et le privilège parlementaire limitent le champ d'action des tribunaux au regard de la procédure législative. D'autre part, le critère de l'intention claire, mis de l'avant dans le *Renvoi sur le RAP* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, ne permet pas de conclure à l'existence d'une condition de manière et de forme édictée par la loi ordinaire, mais plutôt de traduire

l'intention du législateur de soustraire une disposition législative des règles d'interprétation des lois.

Pour ces raisons, nous sommes d'avis que la Cour suprême a fait erreur dans l'arrêt *Mikisew* et le *Renvoi sur les valeurs mobilières* sur la question l'applicabilité de la théorie de l'autodéfinition procédurale en droit canadien.