COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21 **DATE :** 20140321 **DOSSIER :** 35586

Dans l'affaire d'un renvoi par le Gouverneur en conseil concernant les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, dans le décret C.P. 2013-1105 en date du 22 octobre 2013

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner

MOTIFS CONJOINTS : (par. 1 à 107)	La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner
MOTIFS DISSIDENTS : (par. 108 à 154)	Le juge Moldaver

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

DANS L'AFFAIRE DU renvoi par le Gouverneur en conseil concernant les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, institué aux termes du décret C.P. 2013-1105 en date du 22 octobre 2013

Répertorié : Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6

2014 CSC 21

N° du greffe : 35586.

2014 : 15 janvier; 2014 : 21 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

RENVOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Juges — Conditions d'admissibilité à une nomination à la Cour suprême du Canada — Exigence que trois juges soient nommés parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec — Un juge de la Cour d'appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans est-il admissible à une nomination à la Cour suprême du Canada? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5, 6.

Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Composition de la Cour suprême du Canada — Le Parlement agissant seul peut-il légiférer pour permettre la nomination d'un ancien membre du Barreau du Québec à un poste de juge de la Cour réservé au Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 41d); Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5.1, 6.1.

L'honorable Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale et ancien membre du Barreau du Québec pendant plus de 10 ans, a été nommé juge de la Cour suprême du Canada pour la province de Québec en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* (la « Loi »). L'article 6 précise qu'au moins trois des neuf juges nommés à la Cour « sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci ».

Après la contestation de la nomination du juge Nadon devant la Cour fédérale du Canada, le gouverneur en conseil a soumis les questions suivantes au jugement de la Cour en vertu de l'art. 53 de la Loi :

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*?

Les art. 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013* ont reçu la sanction royale et sont devenus les art. 5.1 et 6.1 de la Loi. Les articles 5.1 et 6.1 précisent qu'un ancien membre du barreau peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 5 et qu'un ancien membre du Barreau du Québec est admissible à une nomination en vertu de l'art. 6.

Arrêt (le juge Moldaver est dissident) : La Question 1 reçoit une réponse négative. La Question 2 reçoit une réponse négative pour ce qui est des trois postes réservés au Québec et de la disposition déclaratoire énoncée dans l'article 472. Elle reçoit une réponse affirmative concernant l'article 471.

Question 1

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner :

Un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale ne peut être nommé à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 6 de la Loi. L'article 5 de la Loi fixe les conditions générales de nomination à la Cour suprême en créant quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province; (2) les anciens juges d'une telle cour; (3) les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province; (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. Toutefois, l'art. 6 réduit à deux groupes le bassin des personnes

admissibles, qui comprend quatre groupes en vertu de l'art. 5. Les personnes nommées aux trois postes réservés pour le Québec en vertu de l'art. 6 doivent être soit membres du Barreau du Québec soit juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec au moment de leur nomination, en plus de répondre aux conditions générales fixées à l'art. 5.

Le sens ordinaire de l'art. 6 est demeuré constant depuis la version originale de cette disposition édictée en 1875 et il a toujours exclu les anciens avocats. En précisant que trois juges sont nommés « parmi » les juges et les avocats (c'est-à-dire les membres) des institutions énumérées, l'art. 6 exclut implicitement les anciens membres de ces institutions et impose une condition de contemporanéité de l'appartenance à celles-ci. Selon les art. 5 et 6, interprétés en corrélation, le minimum de 10 années d'inscription au barreau s'applique à la nomination des juges pour le Québec.

Cette analyse textuelle respecte l'objectif sous-jacent de l'art. 6 et reflète le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême en tant que cour générale d'appel pour le Canada et en tant qu'institution fédérale et bijuridique. L'article 6 vise (i) à garantir une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec à la Cour et (ii) à renforcer la confiance du Québec envers la Cour. Cette interprétation respecte en outre l'économie générale de la Loi au sujet de la nomination des juges suppléants, qui

exclut les juges des cours fédérales des postes de juge suppléant pour les causes du Québec.

Le juge Moldaver (dissident) :

Les conditions de nomination énoncées à l'art. 5 s'appliquent à tous les candidats, y compris ceux qui sont choisis parmi les institutions québécoises pour occuper un siège réservé au Québec. En conséquence, les avocats actuels *et les anciens* avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ainsi que les juges actuels *et les anciens* juges des cours supérieures du Québec sont tous admissibles à une nomination à un poste de la Cour réservé au Québec. Je réponds donc à la Question 1 par l'affirmative.

Les articles 5 et 6 sont inextricablement liés. L'article 5 énonce les conditions de base auxquelles une personne doit satisfaire pour être nommée juge de la Cour. Pour l'application de l'art. 5, tous les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans et tous les juges, actuels et anciens, d'une cour supérieure d'une province sont admissibles. L'article 6 précise l'art. 5 en exigeant que, pour trois postes de juge de notre Cour, les candidats qui satisfont aux critères de l'art. 5 soient choisis parmi trois institutions québécoises (le Barreau du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec). L'article 6 n'impose aucune condition additionnelle.

Suggérer que le Québec souhaitait soustraire du bassin de candidats potentiels les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec revient à réécrire l'histoire. L'article 6 a, et a toujours eu, pour objet de garantir qu'un nombre déterminé de juges de la Cour soient formés en droit civil et représentent le Québec. Puisque ces postes de juge doivent être pourvus par des candidats provenant d'une des trois institutions québécoises énumérées à l'art. 6, ces candidats auront forcément reçu une formation en droit civil. La combinaison de cette formation et de leur lien avec l'une des institutions québécoises nommées sert à protéger la tradition civiliste du Québec et suscite la confiance du Québec envers la Cour. Imposer une exigence additionnelle de contemporanéité de l'appartenance au Barreau du Québec ne favorise en rien la réalisation de l'objet sous-jacent de l'art. 6 et mène à des résultats absurdes.

L'exigence de contemporanéité ne trouve un appui ni dans le texte de l'art. 6, ni dans son contexte ou son historique législatif. Le mot « parmi », à l'art. 6, n'a aucune signification temporelle. Il tire son sens du contexte et ne peut, de lui-même, appuyer la prétention qu'une personne doit être un membre *actuel* du barreau ou de la magistrature pour être nommée juge pour le Québec. Le mot « parmi » ne modifie pas le groupe de personnes visé à l'art. 6 — celui qui est décrit à l'art. 5. En fait, compte tenu de son contexte historique, le mot « parmi » *renforce* l'idée d'un lien inextricable entre les art. 5 et 6.

Si on ne le lit pas en conjonction avec l'art. 5, l'art. 6 mène à un résultat absurde, car un avocat néophyte admis au barreau la veille serait admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Manifestement, l'art 6 doit être lié à la condition d'inscription au barreau pendant 10 ans que pose l'art. 5. Il n'existe pas à ce jour de principe d'interprétation des lois qui permette de puiser seulement les aspects qui nous agréent dans l'art. 5 (soit l'inscription au barreau pendant 10 ans) — et de rejeter les autres (soit l'admissibilité, en vertu de l'art. 5, des avocats actuels *et des anciens* avocats inscrits au barreau pendant 10 ans).

L'exigence de contemporanéité ne trouve pas d'appui dans l'économie de la Loi. L'article 30 de la Loi qui traite de la nomination de juges suppléants constitue une anomalie historique et n'est d'aucune utilité pour l'interprétation des art. 5 et 6.

Toute interprétation de l'art. 6 exigeant qu'un *ancien* avocat qui a été membre du Barreau du Québec pendant dix ans, ou qu'un *ancien* juge de la Cour d'appel du Québec ou de la Cour supérieure, redevienne membre de ce barreau pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour n'aurait aucun sens d'un point de vue pratique. Il est difficile de croire que la population du Québec aurait, pour une raison ou pour une autre, davantage confiance en pareil candidat le vendredi que le jeudi.

Question 2

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner :

Le pouvoir unilatéral de « créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada » conféré au Parlement par l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifié par l'évolution de la Cour suprême dans la structure constitutionnelle, comme le reconnaît la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Initialement, la Cour suprême a acquis sont statut constitutionnel en raison de l'évolution historique qui en a fait une institution dont la pérennité et le fonctionnement affectaient les intérêts à la fois du Parlement et des provinces. La protection de la Cour a ensuite été confirmée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le contenu reflète la perception que les caractéristiques essentielles de la Cour faisaient partie de la Constitution canadienne. En conséquence, le Parlement doit maintenant préserver les éléments essentiels qui permettent à la Cour de s'acquitter de sa mission actuelle. Bien que le Parlement puisse adopter les modifications d'ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour, il ne peut modifier unilatéralement ni la composition ni d'autres caractéristiques essentielles de la Cour.

La Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettit expressément les changements touchant la Cour suprême et sa composition au respect des procédures de modification de la Constitution. Les modifications de la composition de la Cour, y compris son abolition, ne peuvent se faire que conformément à la procédure établie à

l'al. 41*d*) et requièrent donc le consentement unanime du Parlement et de l'assemblée législative de chaque province. La notion de « composition » renvoie au paragraphe 4(1) et aux art. 5 et 6 de la Loi, qui codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982. Toute modification importante portant sur ces conditions de nomination constitue une modification de la Constitution portant sur la composition de la Cour suprême du Canada et entraîne l'application de la Partie V. Les autres caractéristiques essentielles de la Cour ne peuvent être modifiées que conformément à l'art. 42(1)*d*), qui exige le consentement d'au moins sept provinces représentant, au total, au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Les caractéristiques essentielles de la Cour qui sont protégées par l'al. 42(1)*d*) incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance.

L'article 6.1 (art. 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*) excède le pouvoir du Parlement agissant seul, car il modifie sur le fond les conditions de nomination d'un juge pour le Québec fixées à l'art. 6. L'affirmation que l'art. 6.1 est une disposition déclaratoire ne change en rien son effet. Toutefois, l'art. 5.1 (art. 471) ne modifie pas le droit existant en 1982; il a donc été valablement adopté en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien qu'il soit redondant.

Le juge Moldaver (dissident) :

Comme tout avocat, actuel ou ancien, inscrit pendant 10 ans au Barreau du Québec est admissible à une nomination à un poste de juge de la Cour réservé au Québec, le texte législatif mentionné dans la question 2 n'a aucun autre effet que de répéter ce que la loi dit déjà. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la Question 2.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner

Arrêts mentionnés : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Sarvanis c. Canada*, 2002 CSC 28, [2002] 1 R.C.S. 921; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616.

Lois et règlements cités

Acte concernant les statuts revisés du Canada, S.R.C. 1886, ch. 4, art. 8.

Acte de la Cour Suprême et de l'Echiquier, S.C. 1875, ch. 11, art. 4.

Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, S.R.C. 1886, ch. 135, art. 4(2), (3).

Charte canadienne des droits et libertés.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 101.

Loi constitutionnelle de 1982, partie V, art. 41*d*), 42(1)*d*), 52(1), (2).

Loi de la Cour suprême, S.R.C. 1906, ch. 139, art. 5, 6.

Loi de la Cour suprême, S.R.C. 1927, ch. 35, art. 4, 5, 6.

Loi modifiant la loi de la Cour de l'Echiquier, S.C. 1912, ch. 21, art. 1.

Loi modifiant la Loi de la cour de l'Echiquier, S.C. 1920, ch. 26, art. 1.

Loi modifiant la Loi de la cour Suprême, S.C. 1918, ch. 7, art. 1.

Loi modifiant la Loi de la Cour suprême, S.C. 1926-27, ch. 38, art. 1.

Loi modifiant la Loi de la Cour suprême, S.C. 1949 (2e sess.), ch. 37, art. 1, 3.

Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême et modifiant en conséquence la Loi sur la Cour fédérale, L.C. 1974-75-76, ch. 18.

Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1932-33, ch. 53, art. 17.

Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013, L.C. 2013, ch. 40, art. 471, 472 (projet de loi C-4).

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2e suppl.), art. 64.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 4(1), 5, 5.1 [aj. 2013, ch. 40, art. 471], 6, 6.1 [*idem*, art. 472], 25, 29, 30 [mod. 2002, ch. 8, art. 175], 53.

Loi sur la révision et la codification des textes législatifs, L.R.C. 1985, ch. S-20, art. 6.

Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires, L.C. 2002, ch. 8, art. 175.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 5.4.

Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats, R.R.Q., ch. B-1, r. 12, art. 2.

Statut de Westminster de 1931 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^{o} 27).

Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^{e} éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Bushnell, Ian. *The Captive Court : A Study of the Supreme Court of Canada*. Montréal and Kingston : McGill-Queen's University Press, 1992.

Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada : A History, 1875-1992*. Toronto : University of Toronto Press, 1997.

Canada. *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*. Ottawa, 1981.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2^{e} sess., 3^{e} lég., 1875, p. 299, 782-783, 799, 993, 995, 1030.

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^{e} sess., 8^{e} parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose & Lemieux, 1865, p. 581-582.

Canada. *Rapport du consensus sur la Constitution : Charlottetown*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1992.

Canada. Sénat. *Debates of the Senate of Canada*, 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, p. 713.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^{e} éd. Montréal : Thémis, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto : Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).

Lederman, W. R. « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *C. de D.* 195.

Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2013.

Newman, Warren J. « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada » (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 429.

Oliver, Peter. « Canada, Quebec, and Constitutional Amendment » (1999), 49 *U.T.L.J.* 519.

Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. « Purposive Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act* » (2013), 22 *Const. Forum const.* 15.

Russell, Peter H. *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*. Ottawa : Information Canada, 1969.

Saywell, John T. *The Lawmakers : Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 2002.

Scott, Stephen A. « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.

Scott, Stephen A. « The Canadian Constitutional Amendment Process » (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

RENVOI par le Gouverneur en conseil concernant les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, institué aux termes du décret C.P. 2013-1105 en date du 22 octobre 2013. La Question 1 reçoit une réponse négative. Le juge Moldaver est dissident. La Question 2 reçoit une réponse négative pour ce qui est des trois postes réservés au Québec et de la disposition déclaratoire

énoncée dans l'article 472. Elle reçoit une réponse affirmative concernant l'article 471.

René LeBlanc et *Christine Mohr*, pour le procureur général du Canada.

Patrick J. Monahan et *Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

André Fauteux et *Jean-François Beaupré*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Sébastien Grammond, *Jeffrey Haylock* et *Nicolas M. Rouleau*, pour les intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau.

Rocco Galati, en personne.

Sébastien Grammond, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

Paul Slansky, pour l'intervenante Constitutional Rights Centre Inc.

Version française de l'avis rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES LEBEL, ABELLA, CROMWELL, KARAKATSANIS ET WAGNER —

I. Introduction

[1] La *Loi sur la Cour suprême* prévoit que trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada sont choisis « parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci » : L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 6. Le renvoi porte sur deux aspects des conditions de nomination à ces trois postes de juge réservés pour le Québec.

[2] Dans la première question, on nous demande si une personne qui a autrefois été inscrite pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec répond aux conditions de nomination pour être choisie « parmi les avocats de » cette province au sens de l'art. 6. La deuxième question se posera si la première reçoit une réponse négative. Nous devrons alors déterminer si le Parlement peut légiférer pour permettre la nomination d'une telle personne à l'un des trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec. La réponse à ces questions — qui soulèvent à première vue des questions d'interprétation législative — implique des problèmes plus fondamentaux sur la composition de la Cour et la place qu'elle occupe dans les ordres juridique et constitutionnel du Canada.

[3] Ces questions se présentent dans le contexte de la nomination, en vertu de l'art. 6, de l'honorable Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale. Le juge Nadon a déjà été inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans, mais ne l'était plus au moment de sa nomination. Comme il n'était un juge ni de la Cour d'appel ni de la Cour supérieure de la province de Québec, il ne pouvait pas être nommé à ce titre. Il s'agit donc de déterminer plus précisément s'il était admissible à une nomination à titre de personne qui a été autrefois membre du Barreau du Québec.

[4] À notre avis, il faut répondre à cette question par la négative : une personne actuellement juge à la Cour d'appel fédérale n'est pas admissible à être nommée en vertu de l'art. 6 « parmi les avocats de » la province de Québec. Ces termes exigent que la personne nommée soit un avocat inscrit au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans au moment de sa nomination.

[5] Quant à la question du pouvoir du Parlement de légiférer pour imposer une interprétation de l'art. 6 et permettre ainsi la nomination d'un ancien membre du Barreau du Québec à l'un des postes de juge de la Cour réservés pour le Québec, nous sommes d'avis qu'il faut aussi y répondre par la négative. Les conditions de nomination fixées à l'art. 6 portent sur la composition de la Cour et bénéficient à ce titre d'une protection constitutionnelle. Selon l'al. 41*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute modification portant sur la composition de la Cour suprême du Canada doit se faire par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada,

autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province.

[6] Ces conclusions signifient, concrètement, que la nomination du juge Nadon et son assermentation comme juge de la Cour sont nulles *ab initio*. Le juge Nadon demeure juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale.

II. Les questions soumises par renvoi

[7] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a pris le décret C.P. 2013-1105 en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* afin de soumettre les questions suivantes au jugement de la Cour :

> (1) Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?
>
> (2) Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n^{o} 2 sur le plan d'action économique de 2013*?

[8] Ces questions portent sur l'interprétation juste des art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* et sur le pouvoir du Parlement de les modifier. Notre avis, donné en vertu du par. 53(4) de la Loi, se limite aux questions de droit et de compétence qu'il

faut nécessairement trancher pour y répondre. On ne nous demande pas notre avis et nous ne nous prononçons pas sur les avantages ou les inconvénients des conditions de nomination codifiées aux art. 5 et 6 de la Loi ni sur les modifications qui pourraient y être apportées.

III. Contexte

[9] Le 30 septembre 2013, le premier ministre du Canada a annoncé la nomination à la Cour suprême du Canada du juge Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale. Le 3 octobre 2013, le juge Nadon a été nommé juge à la Cour suprême du Canada par le décret C.P. 2013-1050, afin de remplacer le juge Morris Fish à titre de l'un des trois juges provenant du Québec nommés conformément à l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le juge Nadon a prêté serment comme juge de la Cour le 7 octobre 2013, en avant-midi.

[10] Le même jour, cette nomination a été contestée par une requête présentée devant la Cour fédérale du Canada : dossier de la Cour fédérale n^{o} T-1657-13. Le juge Nadon a alors décidé de ne pas participer aux dossiers examinés par la Cour.

[11] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a soumis les deux questions énoncées précédemment au jugement de la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le même jour, le projet de loi C-4, intitulé *Loi n^{o} 2 sur le plan d'action économique de 2013*, a été déposé à la Chambre des communes. Les articles 471 et 472 du projet de loi C-4 modifiaient la *Loi sur la Cour suprême* par

l'adjonction des art. 5.1 et 6.1. Ces dispositions ont par la suite été adoptées et ont reçu la sanction royale le 12 décembre 2013 : L.C. 2013, ch. 40. Le nouvel art. 6.1 précise qu'un ancien membre du Barreau du Québec peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 6.

[12] Les articles 5, 5.1, 6 et 6.1 de la Loi sont actuellement libellés comme suit :

> **5.** Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.
>
> **5.1** Pour l'application de l'article 5, il demeure entendu que les juges peuvent être choisis parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau d'une province.
>
> **6.** Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.
>
> **6.1** Pour l'application de l'article 6, il demeure entendu que les juges peuvent être choisis parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau de la province de Québec.

IV. Question 1

A. *La question*

(1) Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

[13] L'article 5 de la *Loi sur la Cour suprême* fixe les conditions générales de nomination à la Cour suprême du Canada en créant quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province; (2) les anciens juges d'une telle cour; (3) les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province; (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans.

[14] L'article 6 de la Loi fixe les conditions particulières auxquelles une personne doit répondre pour être nommée juge de la Cour suprême pour la province de Québec. Il définit expressément deux catégories de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec, et (2) les membres du Barreau du Québec.

[15] Dans le présent renvoi, on nous demande de décider si la deuxième catégorie définie à l'art. 6 englobe *à la fois* les avocats actuellement inscrits au Barreau du Québec *et* ceux qui y ont autrefois été inscrits, ou si l'admissibilité à une nomination se limite aux membres actuels du barreau. Le juge Nadon n'appartient pas à la première catégorie — il n'était juge ni de la Cour d'appel ni de la Cour supérieure du Québec — et n'était pas membre du Barreau du Québec au moment de sa nomination. Il a toutefois été autrefois un avocat inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans. Son admissibilité à une nomination dépend donc des limites de la deuxième catégorie — c'est-à-dire si une personne peut être nommée à la Cour suprême en vertu de l'art. 6 en sa qualité d'ancien membre du Barreau du Québec.

[16] Le procureur général du Canada soutient que l'art. 5 fixe les critères d'admissibilité généraux et permet de nommer les avocats, actuels et anciens, à la Cour suprême. Selon lui, l'art. 6 ne restreint pas ces critères ni ne les modifie autrement sur le fond : il a plutôt pour objectif de garantir que les juges nommés pour le Québec remplissent les conditions de nomination générales dans la province de Québec.

[17] À notre avis, l'art. 6 réduit à deux groupes le bassin des personnes admissibles, qui comprend quatre groupes en vertu de l'art. 5. En précisant que trois juges doivent être choisis parmi les membres d'institutions expressément énumérées, l'art. 6 exige que les personnes nommées aux trois postes de juge réservés pour le Québec soient choisies parmi les membres actuels de ces institutions, en plus de répondre aux conditions générales fixées à l'art. 5.

[18] Notre conclusion s'appuie sur quatre motifs principaux. Premièrement, le sens ordinaire de l'art. 6 est demeuré constant depuis la version originale de cette disposition édictée en 1875 et il a toujours exclu les anciens avocats. Deuxièmement, cette interprétation reflète des différences importantes dans la formulation des art. 5 et 6. Troisièmement, cette interprétation de l'art. 6 favorise son double objet qui consiste à garantir que la Cour possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées *et* à préserver la confiance du Québec envers la Cour. Enfin, cette interprétation respecte

l'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* au sujet de la nomination de juges suppléants.

B. *Principes généraux d'interprétation*

[19] La *Loi sur la Cour suprême* a été édictée en 1875 à titre de loi ordinaire relevant du pouvoir de légiférer conféré par l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (S.C. 1875, ch. 11). Toutefois, comme nous l'expliquons plus loin, la Constitution limite maintenant le pouvoir du Parlement de modifier la Loi. En effet, les art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* contiennent une caractéristique essentielle de la Cour suprême du Canada — sa composition — que protège la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À ce titre, ils doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet et examinés dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344.

C. *Historique législatif des articles 5 et 6*

[20] Les conditions de nomination des juges pour le Québec résultent de l'entente historique qui a permis la création de la Cour en 1875. Les articles 5 et 6 de la Loi actuelle tirent leur origine de la disposition initiale fixant les conditions de nomination à l'art. 4 de la Loi de 1875. Il est donc utile d'examiner l'historique législatif des dispositions fixant ces conditions. Nous verrons que seule la

modification de 1886 a apporté un changement de fond aux conditions générales de nomination à la Cour aujourd'hui énoncées à l'art. 5. Par ailleurs, aucune modification de fond n'a été apportée aux critères de nomination des juges pour le Québec depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1875.

[21] La Loi de 1875 établissait dans une seule disposition le processus de nomination, le nombre de juges (un juge en chef et cinq juges puînés), les conditions de nomination générales et l'exigence que deux juges proviennent de la magistrature ou du barreau de la province de Québec : art. 4. Le volet de l'art. 4 à l'origine des art. 4, 5 et 6 de la Loi actuelle était ainsi libellé :

> **4.** [Qualités exigées du juge en chef et des juges.] Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelqu'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces et, — comme juges puînés de cette cour, — cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelqu'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec;
>
> **4.** [Qualification of Chief Justice and Judges, respectively.] Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any of the said Provinces, to be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years' standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken from among the judges of the

> Superior Court or Court of Queen's Bench or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec;

Selon cette disposition, seules les personnes étant avocats au moment de leur nomination pouvaient être nommées à la Cour, tant pour le Québec que pour le reste du pays.

[22] Le seul changement de fond aux conditions de nomination a été apporté en 1886 lors de la révision des lois (S.R.C. 1886, ch. 135). L'article 4 a alors été divisé en plusieurs paragraphes, dont les par. 4(2) et 4(3) qui énonçaient les conditions de nomination générales et, plus particulièrement, les conditions de nomination des juges pour le Québec. En particulier, la formulation du par. 4(2) (maintenant l'art. 5) a été élargie pour inclure quiconque « sera ou aura été » ("*is or has been*") un avocat. Voici les par. 4(2) et 4(3) :

> 2. [Qui pourra être nommé juge.] Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d'une cour supérieure dans quelqu'une des provinces du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces :
>
> 3. [Juges tirés du barreau de Québec.] Au moins deux des juges de la cour seront pris parmi les juges de la cour du Banc de la Reine ou de la cour Supérieure, ou parmi les avocats de la province de Québec :
>
> 2. [Who may be appointed judge.] Any person may be appointed a judge of the court who is or has been a judge of a superior court of any of the Provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said Provinces :
>
> 3. [Judges from bar of Quebec.] Two at least of the judges of the court shall be appointed from among the judges of the Court of Queen's Bench, or of the Superior Court, or the barristers or advocates of the Province of Quebec :

[23] Nous avons souligné, dans chacune des deux langues officielles, les termes clés des dispositions révisées de 1886 que nous allons maintenant examiner. La Loi de 1886 prévoyait la nomination des avocats, actuels et anciens, à la Cour en général, mais elle n'a pas modifié le langage plus restrictif employé à propos de la nomination des juges pour le Québec. De plus, dans la refonte de 1886, il était précisé que, dans le cas où l'effet des statuts révisés serait différent de celui des lois abrogées, les « dispositions [des statuts révisés] prévaudront » : *Acte concernant les statuts révisés du Canada*, S.R.C. 1886, ch. 4, art. 8.

[24] En 1906, les par. 4(2) et 4(3) sont devenus les art. 5 et 6, mais sans qu'aucun changement de fond ne soit apporté : S.R.C. 1906, ch. 139.

[25] En 1927, on a ajouté un juge à la composition de la Cour pour porter le nombre de juges à sept au total, mais on a maintenu à deux le nombre de juges pour le Québec : S.C. 1926-27, ch. 38, art. 1; S.R.C. 1927, ch. 35, art. 4 et 6. Le nombre de juges de la Cour a été augmenté à nouveau en 1949, pour être porté à neuf. On a préservé la proportion de juges pour le Québec, en faisant passer leur nombre à trois : *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2^{e} Sess.), ch. 37, art. 1.

[26] Le libellé actuel des art. 5 et 6 remonte à la révision des textes législatifs de 1985. Le libellé de la version française des art. 5 et 6 a alors subi un changement qui a créé une ambiguïté dont nous traiterons plus loin, tandis que la version anglaise est demeurée identique. À ce moment, le Parlement n'avait pas l'intention d'apporter

de changements de fond à la Loi : la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, L.R.C. 1985, ch. S-20, art. 6. Voici le texte de la Loi de 1985 :

> **5.** [Conditions de nomination] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.
>
> **6.** [Représentation du Québec] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.
>
> **5.** [Who may be appointed judges] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.
>
> **6.** [Three judges from Quebec] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[27] En résumé, hormis l'augmentation du nombre de juges pour le Québec, qui est passé de deux à trois dans l'art. 6, aucun changement de fond n'a été apporté aux art. 5 et 6 entre la révision de 1886, qui prévalait expressément sur la version antérieure, et la version de la Loi actuellement en vigueur.

D. *L'article 5*

[28] Rappelons que l'art. 5 de la Loi fixe les conditions de nomination générales à la Cour. Cet article crée quatre groupes de personnes qui peuvent être nommées : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province; (2) les anciens juges d'une telle cour; (3) les avocats actuels

inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province; (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. En conséquence, cette disposition permet généralement la nomination à la Cour des avocats, actuels *ou* anciens, inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province.

[29] La version anglaise de l'art. 5 ne soulève aucune ambiguïté. Les termes « *is or has been* » s'appliquent manifestement *à la fois* aux juges d'une cour supérieure provinciale *et* aux avocats inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province. L'historique législatif de cette disposition le confirme. La Loi de 1875 limitait les nominations aux personnes « étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats » : art. 4. La Loi de 1875 excluait les anciens avocats. Elle permettait la nomination des juges, actuels et anciens, ainsi que des avocats actuels, à l'exclusion des anciens avocats. Toutefois, dans la formulation adoptée lors de la révision de 1886, les termes « quiconque sera ou aura été » s'appliquent tant aux juges qu'aux avocats, de sorte que les anciens avocats forment une quatrième catégorie de personnes admissibles. Comme nous l'avons déjà précisé, les modifications législatives apportées lors de la révision de 1886 étaient conçues pour avoir un effet substantiel sur les textes.

[30] Si la version française de l'art. 5 soulève maintenant des ambiguïtés, celles-ci ont été créées par la révision de 1985. Auparavant, le texte français, (« est ou a été ») suivait le texte anglais de près (« *is or has been* »). De 1886 à 1985, les deux versions incluaient nettement les avocats, actuels ou anciens. La version

anglaise les comprend toujours. Toutefois, la version française exige maintenant que les juges soient choisis « parmi les juges, actuels ou anciens » ou « parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans ». Certains pourraient prétendre que la formulation actuelle exclut les avocats qui ne sont pas inscrits au barreau au moment de leur nomination, puisque les termes « actuels ou anciens » ne s'appliquent pas aux avocats. Nous rejetons cet argument.

[31] La modification apportée à la version française de l'art. 5 en 1985 n'en a pas changé la portée. Cette modification faisait partie de la révision des textes législatifs qui n'était pas censée en modifier le fond : art. 6 de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*; *Sarvanis c. Canada*, 2002 CSC 28, [2002] 1 R.C.S. 921, par. 13. Bref, les versions française et anglaise ont la même portée, comme c'était le cas avant la révision de 1985.

[32] Nous concluons de la même manière si nous appliquons la règle selon laquelle l'interprétation d'une loi bilingue exige la recherche du sens commun aux deux versions. En cas d'ambiguïté d'une version, il faut examiner la version rédigée dans l'autre langue officielle pour déterminer si elle est claire et non équivoque : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, (5e éd. 2008), p. 99-116; Pierre-André Côté, en collaboration avec Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), p. 375-377; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 28. La version anglaise de la loi permet sans équivoque la nomination d'anciens avocats, alors que la version française peut raisonnablement

recevoir deux interprétations : une qui exclut les anciens avocats comme personnes admissibles à une nomination et une qui les inclut. Le sens commun aux deux versions se trouve uniquement dans la version anglaise non équivoque, dont nous devons dès lors retenir le sens.

[33] Enfin, l'inclusion des anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au barreau est compatible avec l'objet de l'art. 5, qui consiste à garantir que les personnes nommées à la Cour possèdent une expérience suffisante de la pratique du droit.

[34] En conséquence, les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale satisfont généralement aux conditions de nomination fixées à l'art. 5, puisqu'ils ont été autrefois des avocats inscrits au barreau pendant au moins 10 ans.

E. *L'article 6*

[35] L'article 6 précise qu'au moins trois des neuf juges nommés à la Cour « sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci » (« *shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province* »).

[36] Le procureur général du Canada plaide que les art. 5 et 6 doivent être lus en corrélation comme des dispositions complémentaires, de sorte que l'inscription

pendant au moins 10 ans au barreau s'applique aux nominations des juges pour le Québec. De l'avis du procureur général, comme l'art. 6 ne précise pas le nombre d'années pendant lesquelles la personne nommée doit avoir été inscrite au barreau, interpréter l'art. 6 isolément de l'art. 5 mènerait à la conclusion absurde qu'un avocat de peu d'expérience pourrait être nommé à la Cour.

[37] Nous sommes d'accord pour affirmer que les art. 5 et 6 doivent être interprétés en corrélation. Nous sommes aussi d'avis que le minimum de 10 années d'inscription au barreau s'applique à la nomination des juges pour le Québec. Nous rejetons toutefois la conclusion ultime du procureur général du Canada selon laquelle l'interprétation de ces dispositions de manière complémentaire permet que d'*anciens* avocats inscrits au barreau pendant au moins 10 ans soient nommés aux postes de juge réservés pour le Québec. L'article 6 n'écarte pas les conditions de nomination générales fixées à l'art. 5, qui s'appliquent à toutes les nominations à la Cour suprême. Il y ajoute plutôt des conditions de nomination additionnelles applicables aux trois juges nommés pour le Québec. L'une d'elles exige que les personnes nommées soient inscrites au Barreau du Québec au moment de leur nomination.

[38] Cette conclusion s'appuie sur le sens ordinaire et l'objectif de l'art. 6, ainsi que sur le contexte législatif.

(1) Le sens ordinaire de l'article 6

[39] L'article 5 est libellé en termes généraux (« [l]es juges sont choisis parmi »), tandis que l'art. 6 est libellé en termes restrictifs (« [a]u moins trois des juges sont choisis parmi »). Ainsi, l'art. 6 limite le bassin de candidats. Il n'est pas contesté que les limites fixées à l'art. 6 sont d'ordre géographique, car il exige que les personnes nommées appartiennent à l'une des institutions du Québec qui y sont énumérées. Il s'agit de savoir si l'art. 6 exige aussi qu'elles appartiennent à l'une des institutions du Québec qu'il énumère au moment de leur nomination.

[40] Le procureur général du Canada plaide que le sens ordinaire de l'art. 6 n'exige pas qu'une personne soit inscrite au Barreau du Québec au moment de sa nomination. Selon lui, le terme « parmi » (« *from among* » en anglais) ne comporte pas de sens temporel et, en conséquence, les termes « actuels ou anciens » (« *is or has been* » en anglais) qui ont un sens temporel dans l'art. 5 s'appliquent à l'art. 6.

[41] Nous ne sommes pas de cet avis. Les termes utilisés aux art. 5 et 6 sont très différents. L'article 5 renvoie à la fois aux membres actuels et aux anciens membres des institutions énumérées par l'utilisation des mots « actuels ou anciens » dans la version française et des mots « *is or has been* » dans la version anglaise. En revanche, l'art. 6 renvoie uniquement aux personnes qui sont membres du barreau au moment de leur nomination (« sont choisis parmi » et « *shall be appointed from among* »). Le sens ordinaire des termes utilisés indique clairement la signification de cette différence. Les mots « parmi les juges » et « *from among the judges* » ne

signifient pas « parmi les anciens juges » et « *from among the former judges* ». De même, les mots « parmi les avocats » et « *from among the advocates* » ne signifient pas « parmi les anciens avocats » ou « *from among the former advocates* ».

[42] Un principe d'interprétation reconnaît que la mention d'un ou de plusieurs éléments d'une catégorie donnée exclut implicitement tous les autres éléments de cette catégorie : Sullivan, p. 243-44. En énumérant expressément les institutions du Québec parmi les membres desquelles les juges doivent être nommés, l'art. 6 exclut toutes les autres institutions. De même, en précisant que trois juges sont nommés « parmi » les juges et les avocats (c'est-à-dire les membres) des institutions énumérées, l'art. 6 exclut implicitement les anciens membres de ces institutions et impose une condition de contemporanéité de l'appartenance à celles-ci.

[43] Le fait que les art. 5 et 6 formaient à l'origine une seule disposition — l'art. 4 de la Loi de 1875 — n'ébranle pas notre interprétation, parce que les mêmes conclusions pourraient être tirées du texte de la disposition initiale. À l'époque, comme maintenant, les conditions de nomination générales étaient libellées en termes généraux, tandis que les précisions au sujet des juges pour le Québec étaient exprimées en termes restrictifs : « [. . .] dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec [. . .] ».

[44] En fait, l'art. 4 de la Loi de 1875 renforce notre conclusion selon laquelle les anciens avocats ne peuvent pas être nommés aux postes de juge pour le Québec.

Entre 1875 et la révision de 1886, étaient admissibles les personnes « étant ou ayant été respectivement juges [. . .] ou étant avocats ». Les conditions de nomination des juges pour le Québec ont été édictées à l'origine parallèlement à ces termes généraux, qui excluaient manifestement les anciens avocats. Lorsque les conditions de nomination générales ont été assouplies en 1886 pour permettre la nomination d'anciens avocats, les conditions de nomination aux postes de juge pour le Québec n'ont pas été modifiées sur le fond. Hormis l'augmentation du nombre de juges qui est passé de deux à trois, les conditions de nomination aux postes de juge pour le Québec sont demeurées inchangées sur le fond depuis 1875. En l'absence d'intention expresse de modifier les conditions de nomination des juges pour le Québec depuis qu'elles ont été édictées en 1875, nous concluons que l'art. 6 a conservé le même sens qu'à l'origine et qu'il exclut la nomination d'anciens avocats aux postes de juge réservés pour le Québec. La condition de contemporanéité existe sans équivoque depuis 1875 et n'a jamais été modifiée.

[45] En résumé, selon le sens ordinaire des termes utilisés, l'art. 5 crée quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : les juges, actuels et anciens, d'une cour supérieure et les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. Toutefois, l'art. 6 impose une condition additionnelle en exigeant que les personnes nommées aux trois postes de juge réservés pour le Québec soient membres des institutions énumérées de la province de Québec au moment de leur nomination, en plus de satisfaire aux conditions générales fixées à l'art. 5. Ainsi, l'article 6 restreint à seulement deux groupes le bassin de

candidats à une nomination pour le Québec : les juges actuels de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec et les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec.

(2) L'objet de l'art. 6

[46] Cette analyse textuelle respecte l'objectif sous-jacent de l'art. 6. Le procureur général du Canada plaide que l'art. 6 vise seulement à garantir que trois membres de notre Cour possèdent une formation et de l'expérience en droit civil québécois. Il soutient que la nomination d'avocats du Québec, actuels ou anciens, qui possèderaient de toute façon une formation et de l'expérience en droit civil, permet de réaliser cet objectif.

[47] Bien que les arguments du procureur général du Canada fassent ressortir un objectif important de l'art. 6, un examen de l'historique législatif révèle que cette disposition possède un objectif additionnel de caractère plus général.

[48] En effet, l'article 6 exprime le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême. Tout comme la protection des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités constituait une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 79-82), la protection du Québec par un nombre minimum de juges du Québec constituait un enjeu majeur

de la création de la Cour. Une interprétation téléologique de l'art. 6 doit refléter la conclusion de ce compromis et non saper celui-ci.

[49] L'objectif de l'article 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada. Le professeur Russell a décrit succinctement cet objectif plus général en des termes que l'histoire justifie :

> [TRADUCTION] [. . .] l'antipathie pour l'idée que des juges d'une tradition juridique étrangère interprètent le Code civil du Bas-Canada ne reposait pas simplement sur une préoccupation à l'égard de la pureté ou de la justesse du droit. Elle découlait plus souvent de la prémisse plus fondamentale que le système de droit civil du Québec constituait un ingrédient essentiel de sa culture distinctive et devait par conséquent, de *droit*, être protégé par des juges empreints des pratiques judiciaires et des valeurs sociales inhérentes à cette culture. [Italiques dans l'original.]
>
> (P. H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* (1969), p. 8)

[50] À l'époque de la Confédération, le Québec hésitait à accepter la création d'une Cour suprême parce qu'il craignait qu'elle soit incapable de traiter adéquatement les questions de droit civil québécois (Ian Bushnell, *The Captive Court : A Study of the Supreme Court of Canada* (1992), p. 4-5 ; Russell, p. 8-9). Des

députés fédéraux du Québec déclarèrent redouter qu'un « tribunal suprême d'appel » soit

> composé de juges, dont la grande majorité ignorerait les lois civiles du Québec, lequel tribunal serait appelé à réviser et aurait le pouvoir de renverser les décisions de toutes leurs cours du Québec . . .
>
> (*Débats de la Chambre des communes*, 2e Sess., 3e lég. (« *Débats de 1875* »), 16 mars 1875, p. 782-783, Henri-Thomas Taschereau, député de Montmagny, Québec)

[51] Le projet de loi créant la Cour suprême a été adopté seulement après que des amendements y furent apportés pour répondre spécifiquement aux préoccupations du Québec. Plus important encore, le projet de loi amendé qui est devenu la *Loi sur la Cour suprême* prévoyait que deux des six juges « seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec » : art. 4 de la Loi de 1875.

[52] Lors des débats entourant l'adoption du projet d'établissement de la Cour suprême en 1875, des députés des deux côtés de la Chambre étaient conscients de la situation particulière du Québec et de la nécessité d'assurer une expertise en droit civil à la Cour. Ainsi, en deuxième lecture, M. Taschereau, député du parti libéral alors au pouvoir, a décrit l'intérêt spécial du Québec à l'égard du projet de loi :

> Cet intérêt provient du droit de juridiction en appel en matière civile que l'on se propose d'accorder à la Cour Suprême, et de la position particulière de cette province relativement à ses institutions et à ses lois comparées avec celles des autres provinces. Située comme elle l'est, il n'y a pas de province dans la Puissance aussi intéressée que la nôtre dans

> la passation de l'acte maintenant sous discussion, et qui avant que quelques jours ne se soient écoulés, formera un des chapitres les plus importants dans le livre des statuts de la Puissance.
>
> (*Débats de de 1875*, 16 mars 1875, p. 782)

[53] De même, Toussaint Antoine Rodolphe Laflamme, qui a présenté devant le Parlement la disposition prévoyant un nombre minimum de juges du Québec, a qualifié cette exigence de question de droit pour le Québec : « [i]l comprenait que si cette Cour Suprême devait régler et établir définitivement toutes les questions qui embrassaient les intérêts du Bas-Canada, cette province avait droit à deux juges sur les six » (*Débats de 1875*, 27 mars 1875, p. 993). Monsieur Laflamme estimait qu'avec deux juges (un tiers) à la Cour suprême, pour le Québec, « la clause serait une sauvegarde plus considérable et meilleure que sous le présent système », soit celui des appels au Conseil privé (*ibid.*). De son côté, Télesphore Fournier, le ministre de la Justice et procureur général, principal porte-parole pour le projet de loi, a fait valoir que la connaissance du droit civil de ces deux juges bénéficierait à l'ensemble de la Cour : « il y aura, parmi les juges sur le banc, des personnes parfaitement entendues dans la connaissance des lois de cette section de la Confédération, et ces personnes pourront donner le bénéfice de leurs lumières aux autres juges siégeant avec elles » (*Débats de 1875*, 16 mars 1875, p. 799). David Mills, qui appuyait le projet de loi, s'est fait le défenseur de la disposition réservant un nombre minimum de juges pour le Québec face aux critiques qui la taxaient d'« esprit de section ». Selon lui, compte tenu du « système de jurisprudence entièrement différent » au Québec, « il n'était que raisonnable qu'il eût une garantie

qu'une portion de la cour comprît le système de lois qu'elle était appelée à administrer » (*Débats de 1875*, 30 mars 1875, p. 1030 (je souligne)).

[54] La confiance du Québec envers la Cour dépendait de la présence de deux juges (un tiers) originaires du Québec. Jacques-Olivier Bureau, un sénateur du Québec, a estimé justifié de [TRADUCTION] « confier les droits de ses concitoyens à cette Cour suprême, puisqu'il considérait que leurs droits seraient en sécurité dans une cour dont deux des juges proviendraient de la magistrature de cette province » (*Débats du Sénat*, 2e sess., 3e lég., 5 avril 1875, p. 713). Les commentaires de Joseph-Aldéric Ouimet, député libéral-conservateur de Laval, soulignent également qu'il s'agissait d'une question de confiance envers la Cour :

> Dans Québec un avocat doit avoir dix ans de pratique avant de pouvoir être nommé juge. Les juges des autres provinces pourraient avoir la plus belle intelligence et le plus beau talent possible et cependant ne pas donner autant de satisfaction au peuple de Québec que leur propre Banc Judiciaire.
>
> (*Débats 1875*, 27 mars 1875, p. 995)

[55] Les députés du gouvernement comme ceux de l'opposition ont considéré que l'attribution de deux (un tiers) postes de juge au Québec était un moyen d'assurer non seulement le bon fonctionnement, mais aussi la légitimité de la Cour suprême en tant qu'institution fédérale et bijuridique.

[56] Envisagé sous cet angle, l'objectif de l'art. 6 diffère manifestement de celui de l'art. 5. L'article 5 établit un vaste bassin de candidats admissibles; l'art. 6

est plus restrictif. Le Parlement considérait l'exclusion de candidats par ailleurs admissibles aux termes de l'art. 5 comme un moyen d'atteindre le double objectif de (i) garantir une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec à la Cour et de (ii) renforcer la confiance du Québec envers la Cour. Exiger que des membres actuels des institutions de droit civil soient nommés garantissait non seulement que ces juges soient qualifiés pour représenter le Québec, mais que les Québécois les perçoivent ainsi.

[57] On pourrait prétendre que l'exclusion des anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ne permet pas de réaliser parfaitement ce double objectif parce qu'elle risque d'exclure des candidats qui possèdent une expertise en droit civil et qui feraient effectivement bénéficier la Cour de leur connaissance des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec. En d'autres mots, on pourrait prétendre que notre interprétation de l'art. 6 est trop limitative au regard des objets de cette disposition.

[58] Cet argument n'est pas convaincant. Le législateur aurait pu retenir des critères différents pour réaliser le double objectif de l'art. 6 — en exigeant par exemple une évaluation qualitative de l'expertise des candidats en matière de droit civil et de traditions juridiques du Québec — mais il a plutôt choisi de favoriser la réalisation des objectifs de cette disposition en précisant des critères objectifs de nomination à un poste de la Cour réservé pour Québec. En dernière analyse, le législateur doit tracer la ligne. Les critères choisis par le législateur ne sont peut-être

pas parfaits, mais ils favorisent la réalisation de l'objectif de cette disposition : voir Michael Plaxton et Carissima Mathem, « Purposive Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act* » (2013), 22 *Const. Forum const.* 15, p. 20-22.

[59] Nous avons déjà conclu qu'une interprétation textuelle de l'art. 6 exclut la nomination d'anciens avocats. L'interprétation téléologique de cet article nous amène à la même conclusion. La disposition générale relative à l'admissibilité, l'art. 5, a pour objectif sous-jacent l'énonciation des conditions générales minimales applicables à la nomination de tous les juges de la Cour suprême. Par contre, l'objectif sous-jacent de l'art. 6 consiste à consacrer le compromis historique qui a permis la création de la Cour, en restreignant les conditions d'admissibilité aux postes de juge réservés pour le Québec. Il sert à limiter le pouvoir discrétionnaire par ailleurs large du gouverneur en conseil de nommer des juges, afin de garantir que la Cour suprême possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées, ainsi qu'afin de renforcer la confiance des Québécois envers la Cour.

[60] Nous atteignons cette conclusion sans pour autant ignorer ou minimiser de quelque façon que ce soit l'expertise en droit civil des juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale. À titre d'exemple, l'art. 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, fait écho à bien des égards à l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* en exigeant qu'un nombre minimum de juges de chacune de ces cours proviennent des institutions québécoises. Les juges originaires du Québec jouent un

rôle vital au sein des cours fédérales. Cependant, l'art. 6 précise que les juges des cours fédérales ne sont pas, à ce titre, admissibles à l'un des postes de juge de notre Cour réservés pour le Québec. La question n'est pas de savoir si les membres civilistes des cours fédérales feraient d'excellents juges de la Cour suprême du Canada, mais de déterminer s'ils sont admissibles à une nomination en vertu de l'art. 6 à titre d'anciens avocats, plutôt que d'avocats actuels, de la province de Québec. Nous concluons qu'ils ne le sont pas.

[61] Certains arguments qui nous ont été présentés s'appuient fortement sur le contexte découlant des négociations constitutionnelles qui ont suivi le rapatriement de la Constitution en 1982, en particulier sur le consentement du Québec aux réformes constitutionnelles proposées, qui auraient explicitement rendu les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale admissibles à l'un des postes de juge de la Cour réservés pour le Québec. L'Accord de Charlottetown allait plus loin en stipulant qu'il inscrivait dans la Constitution les dispositions actuelles de la *Loi sur la Cour suprême* prévoyant « neuf juges, dont trois doivent avoir été reçus au barreau du Québec (barreau de droit civil) » (*Rapport du consensus sur la Constitution : Charlottetown* (1992), p. 8). Le consentement du Québec démontrait, plaide-t-on, que ce dernier acceptait ces conditions de nomination.

[62] Cet argument n'est pas convaincant. Les négociations en vue des accords du Lac Meech et de Charlottetown au sujet des conditions de nomination à la Cour ont été entreprises dans le contexte de discussions plus vastes sur des questions

intéressant le fédéral et les provinces, qui comprenaient une participation plus importante des provinces au processus de nomination des juges de la Cour suprême. Dans le cas du Québec, les modifications proposées auraient diminué l'importance de l'art. 6 en tant que seule mesure de sauvegarde des intérêts du Québec à la Cour suprême. En effet, ces propositions auraient exigé que le gouverneur général en conseil nomme une personne dont le nom figurerait sur une liste fournie par le Québec. Dans ce contexte, il faut nous garder de toute inférence selon laquelle tous s'entendaient pour donner de l'art. 6 une interprétation différente de celle que nous adoptons.

(3) Contexte législatif

[63] L'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* renforce la conclusion à laquelle nous a amenés une interprétation textuelle et téléologique. En plus d'indiquer quelles personnes peuvent être nommées juges de la Cour suprême du Canada, la Loi indique quels juges des autres cours peuvent agir à titre de juges suppléants de la Cour. Les juges des cours fédérales et de la Cour canadienne de l'impôt, qui sont admissibles à siéger à titre de juges suppléants en général, ne peuvent siéger pour l'audition de l'appel d'un jugement rendu au Québec lorsque le quorum de la Cour n'inclut pas au moins deux des juges nommés aux termes de l'art. 6. Autrement dit, les dispositions régissant l'admissibilité à siéger à titre de juge suppléant de la Cour comportent la même distinction entre l'admissibilité générale et l'admissibilité à un poste de juge réservé pour le Québec. Il ne s'agit pas d'affirmer

que ces juges sont exclus pour l'application de l'art. 6 simplement parce qu'ils sont exclus pour l'application du par. 30(2) de la Loi. Le fait est plutôt que l'exclusion prévue au par. 30(2) s'inscrit dans le contexte général qui doit être pris en compte pour l'interprétation des art. 5 et 6 de la Loi.

[64] En principe, cinq juges constituent le quorum de la Cour : art. 25 et 29 de la Loi. Lorsque le quorum n'est pas atteint, le par. 30(1) prévoit qu'un juge suppléant peut provenir (a) de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt, ou, en leur absence, (b) des cours supérieures des provinces. Toutefois, aux termes du par. 30(2), lorsque les juges capables de siéger ne comprennent pas au moins deux juges qui remplissent les conditions fixées à l'art. 6, — c'est-à-dire deux juges issus de la magistrature ou du barreau de la province de Québec — le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu au Québec doit provenir de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec.

[65] Ainsi, les juges de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et de la Cour canadienne de l'impôt satisfont aux conditions de nomination générales pour siéger à titre de juge suppléant de la Cour aux termes du par. 30(1), mais ils ne satisfont pas aux conditions plus restrictives fixées au par. 30(2) pour remplacer, à titre de juge suppléant, un juge provenant du Québec. En effet, le paragraphe 30(2) mentionne expressément les juges qui remplissent les « conditions fixées à l'article 6 », de sorte que les deux articles sont explicitement liés. De plus, les art. 5 et 6 et les par. 30(1) et 30(2) comportent la même distinction entre les conditions de

nomination générales (art. 5 et par. 30(1)) et les conditions plus restrictives pour les postes de juge de la Cour réservés pour le Québec (art. 6 et par. 30(2)).

[66] Le fait que les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale ne peuvent pas être nommés juges suppléants pour le Québec appuie la conclusion suivant laquelle ces juges sont, de la même manière, exclus d'une nomination à la Cour en vertu de l'art. 6.

[67] On a suggéré qu'il ne faudrait pas accorder d'importance aux termes de l'art. 30 parce qu'il s'agirait d'une disposition désuète à laquelle on n'a pas eu recours depuis la seconde décennie du 20e siècle. Nous ne sommes pas d'accord. L'historique de la Loi donne à penser que l'exclusion des juges des cours fédérales des postes de juge suppléant pour le Québec ne résulte pas d'un simple oubli. Après la création de la Cour fédérale dans les années 70, on a révisé le par. 30(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour y faire mention de la Cour fédérale (*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1970, ch. 10 (2e suppl.) art. 64). Même si l'objectif de la révision était expressément de mentionner la Cour fédérale dans la Loi, comme au par. 30(1), le législateur n'a pas modifié la disposition qui la suit immédiatement, le par. 30(2). De même, il n'a pas modifié le par. 30(2) en 2002, lorsqu'il a modifié le par. 30(1) pour mentionner les deux nouvelles cours distinctes, la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt (S.C. 2002, ch. 8, art. 175). Même si elle n'est pas concluante, l'omission répétée d'inclure les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale provenant du Québec parmi les juges suppléants qui peuvent siéger à

notre Cour en remplacement de juges nommés aux termes de l'art. 6 laisse croire que leur exclusion était délibérée. Cette exclusion est compatible avec le fait que les juges de ces mêmes cours ne peuvent être nommés aux termes de l'art. 6.

[68] Lorsque l'article 30 a été édicté à l'origine en 1918 (S.C. 1918, ch. 7, art. 1), le juge adjoint de la Cour de l'Échiquier provenait du Québec. S'il avait été nommé juge suppléant pour entendre une affaire provenant d'une province de common law, une majorité du quorum qui aurait tranché le litige aurait été composée de juristes de formation civiliste. Le Parlement a jugé que cette conséquence n'était pas souhaitable. L'historique législatif explique pourquoi le juge adjoint de la Cour de l'Échiquier ne pouvait agir comme juge suppléant pour entendre les appels de décisions rendues dans une province de common law. Il n'explique toutefois pas pourquoi ce juge ne pouvait pas non plus agir comme juge suppléant pour entendre les appels d'une décision rendue au Québec, alors que la représentation du Québec aurait ainsi été préservée pour l'audition des appels provenant de cette province. Depuis qu'il a prévu pour la première fois la nomination de juges suppléants, le Parlement a toujours refusé que les juges des cours fédérales, ou de la Cour de l'Échiquier qu'elles ont remplacée, siègent en qualité de juges suppléants à la Cour suprême dans les appels des décisions rendues au Québec. S'il s'agit d'une anomalie, le Parlement l'a créée délibérément et l'a toujours maintenue.

(4) Conclusion

[69] Nous concluons donc que l'art. 5 établit les conditions générales de nomination d'un vaste bassin de personnes admissibles à un poste de juge à la Cour suprême du Canada. Cependant, dans le cas des trois postes de juge réservés pour le Québec, l'art. 6 commande une interprétation plus restrictive des conditions d'admissibilité pour qu'il reflète le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec.

[70] Nous concluons qu'une personne qui a été autrefois inscrite pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec peut être nommée juge de la Cour en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la Cour suprême*, mais ne peut pas être nommée en vertu de l'art. 6. Pour être admissible à l'un des trois postes de juge visés à l'art. 6 il faut, en plus de satisfaire aux conditions fixées à l'art. 5, être soit membre du Barreau du Québec soit juge de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec au moment de la nomination. En conséquence, un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale ne peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 6 de la Loi.

[71] Nous soulignons en passant que le renvoi ne soulève pas la question de savoir si un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans pourrait s'y réinscrire pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour en vertu de l'art. 6. Nous ne nous prononçons donc pas sur cette question.

V. Question 2

A. *La question*

> (2) Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*?

[72] Comme nous avons conclu que, pour être admissible à l'un des postes de juge visés à l'art. 6 il faut, en plus de satisfaire aux conditions fixées à l'art. 5, être soit membre du Barreau du Québec soit juge de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec au moment de la nomination, nous devons examiner la seconde question et déterminer si le Parlement peut adopter des dispositions déclaratoires qui modifieraient la composition de la Cour suprême du Canada.

[73] Le procureur général du Canada plaide que les conditions de nomination prévues à l'art. 6 ne sont pas inscrites dans la Constitution. Selon ses prétentions, le Parlement conserve le plein pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de nomination fixées aux art. 5 et 6 en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[74] Nous ne sommes pas d'accord. Le Parlement ne peut pas modifier unilatéralement la composition de la Cour suprême du Canada. Les caractéristiques

essentielles de la Cour sont protégées par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La composition de la Cour ne peut être modifiée que conformément à l'art. 41[1] de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, partant, pareille modification requiert le consentement unanime du Parlement et de l'assemblée législative de chaque province. Les autres caractéristiques essentielles de la Cour ne peuvent être modifiées que conformément à l'art. 42[2] de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui exige le consentement d'au moins sept provinces représentant, au total, au moins la moitié de la population de toutes les provinces.

[75] Nous examinerons comment la Cour a acquis une protection constitutionnelle au cours de l'histoire, puis nous répondrons aux arguments du procureur général du Canada sur cette question. Enfin, nous traiterons de l'effet des dispositions déclaratoires adoptées par le Parlement.

---

[1] L'al. 41*d*) prévoit ce qui suit :

> **41.** Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :
> . . .
> *d*) la composition de la Cour suprême du Canada;

[2] L'al. 42(1)*d*) prévoit ce qui suit :

> **42.** (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :
> . . .
> *d*) sous réserve de l'alinéa 41*d*), la Cour suprême du Canada;

B. *Évolution du statut constitutionnel de la Cour suprême*

[76] Initialement, la Cour suprême a acquis sont statut constitutionnel en raison de l'évolution historique qui en a fait une institution dont la pérennité et le fonctionnement affectaient les intérêts à la fois du Parlement et des provinces. Ce statut a ensuite été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le contenu reflète la perception que les caractéristiques essentielles de la Cour faisaient partie de la Constitution canadienne.

(1) L'évolution de la Cour suprême avant le rapatriement

[77] Au moment de la Confédération, la Cour suprême du Canada n'existait pas. De plus, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne contenait aucune précision à propos de l'institution qui deviendrait la Cour suprême du Canada. On supposait que le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres demeurerait l'autorité judiciaire suprême pour le Canada. À titre exemple, George-Étienne Cartier, qui était alors procureur général pour le Bas-Canada, a exprimé l'opinion que « nous trouverons toujours un tribunal d'appel en dernier ressort dans le conseil privé de Sa Majesté », même si une cour générale d'appel pour le Canada devait être créée au pays : Province du Canada, Assemblée législative, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, 3e Sess., 8e législ., 2 mars 1865, p. 581-582.

[78] Toutefois, une disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* accordait au Parlement le pouvoir d'établir une cour générale d'appel pour le Canada :

> **101.** Le Parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

[79] Sir John A. Macdonald, le premier ministre et ministre de la Justice de 1867 à 1873, fut l'instigateur des débats parlementaires tenus sur l'opportunité d'établir une Cour suprême entre 1868 et 1875. En 1869, puis de nouveau en 1870, il a déposé à la Chambre des communes des projets de loi pour créer la Cour suprême. Aucun de ces projets ne réservait de postes à la Cour pour des juristes québécois. Le Québec s'est opposé ardemment à ces projets de loi au Parlement. Le premier projet de loi est mort au feuilleton et le deuxième a été retiré.

[80] Au-delà de l'opposition du Québec, on a contesté la nature de la juridiction de la cour et bon nombre d'objections remettaient en question la nécessité même d'une cour générale d'appel. Puisque l'on pouvait faire appel au Conseil privé et que l'Ontario et le Québec possédaient déjà des cours d'appel, une Cour suprême ne constituerait qu'une étape judiciaire intermédiaire sur la voie menant à Londres.

[81] Le projet de loi qui est finalement devenu la *Loi sur la Cour suprême* a été déposé par le ministre fédéral de la Justice, Télesphore Fournier, et a été adopté après plusieurs amendements (*Débats de 1875*, 23 février 1875, p. 299). La nouvelle Cour suprême était investie d'une compétence générale d'appel en matières civile, criminelle et constitutionnelle. De plus, la Cour s'était vu conférer une compétence exceptionnelle de première instance, qui n'était pas incompatible avec sa compétence

en appel, notamment pour examiner les renvois du gouverneur en conseil : *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*); *Renvoi sur la sécession*, par. 9.

[82] En vertu des pouvoirs que lui accordait depuis peu le *Statut de Westminster, 1931*, le Parlement a aboli les appels au Conseil privé en matière criminelle en 1933 (*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1933, ch. 53, art. 17). Fait historique encore plus important, il a aboli *tous* les appels au Conseil privé en 1949 (*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, art. 3), ce qui a entraîné de profondes répercussions sur l'architecture constitutionnelle du Canada. En effet, le Conseil privé avait exercé la compétence judiciaire de dernier ressort sur tous les litiges au Canada, y compris ceux relatifs à la Constitution canadienne. Il avait joué un rôle central dans la structure constitutionnelle de notre pays, notamment en traçant les contours de la compétence fédérale et provinciale dans un bon nombre d'arrêts de principe qui nous éclairent encore aujourd'hui quant au partage des compétences (John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism* (2002); Warren J. Newman, « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada » (2009), 47 S.C.L.R. (2d) 429, p. 439). Comme l'a expliqué Warren Newman :

> [TRADUCTION] [. . .] la fonction d'appel de dernier ressort du Comité judiciaire du Conseil privé faisait partie intégrante du système judiciaire canadien jusqu'à ce qu'il soit finalement écarté par le Parlement canadien en faveur de la Cour suprême. Tant que le Comité judiciaire continuait

> d'exercer cette fonction, les Canadiens pouvaient se passer d'une cour générale d'appel pour le Canada. Avec l'abolition des appels au Conseil privé, la juridiction d'appel de la Cour suprême du Canada est devenue essentielle. [p. 434]

[83] L'abolition des appels au Conseil privé signifiait que la Cour suprême du Canada héritait du rôle du Conseil en vertu de la Constitution canadienne. En conséquence, les pouvoirs et la compétence dont a été investie la Cour n'avaient [TRADUCTION] « pas une portée moindre que ceux exercés autrefois par le Comité judiciaire à l'égard du Canada » (*Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R. C. S. 198, p. 212), ce qui l'amenait notamment à trancher les litiges relatifs au fédéralisme. Un système fédéral doit nécessairement compter sur un arbitre indépendant qui tranche en dernier ressort les litiges relatifs au partage des compétences :

> Un système fédéral repose forcément sur la nécessité qu'existe un arbitre impartial pour régler les conflits de compétence quant aux frontières entre les pouvoirs du Parlement et ceux des législatures provinciales (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124). Les juges, qui sont chargés de « contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre » des deux paliers de gouvernement, sont cet arbitre impartial (*Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741).
>
> (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 55; voir aussi *Renvoi sur la sécession*, par. 53.)

[84] En outre, le statut de tribunal de dernier ressort désormais reconnu à la Cour l'autorisait à exercer une « 'juridiction unificatrice' sur les tribunaux des provinces » : *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 318; *Banque de Montréal c.*

Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd., [1975] 2 R.C.S. 546, p. 556. La Cour suprême du Canada est devenue la clé de voûte du système judiciaire unifié du Canada. Elle « exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays » (*Renvoi sur la sécession*, par. 9). Dans ce rôle, les pouvoirs de la Cour ne se limitent pas à ceux des tribunaux inférieurs dont elle révise les décisions en appel. Elle possède tous les pouvoirs nécessaires pour lui permettre « de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens » : *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 404, le juge Dickson; *Hunt*, p. 319.

[85] À la suite de l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, la pérennité et le fonctionnement de la Cour suprême sont devenus des questions d'intérêt primordiales pour le Parlement et pour les provinces. La Cour a assumé un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral. Elle est devenue l'arbitre ultime des litiges sur le partage des compétences et devait désormais juger en dernier ressort les questions de droit public et de droit provincial en matière civile. Grâce à l'expertise de ses juges issus des deux traditions juridiques du Canada, la Cour a veillé à ce que la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif. La Cour est ainsi devenue essentielle au fonctionnement des systèmes juridiques dans chaque province et, plus généralement, au développement d'un système juridique canadien cohérent et unifié.

[86] Dans la dernière partie du 20e siècle, le rôle de la Cour a encore évolué. En 1975, le Parlement a modifié la *Loi sur la Cour suprême* pour abolir les appels de plein droit à la Cour en matière civile (S.C. 1974-75-76, ch. 18). La Cour a ainsi pu commencer à choisir les affaires qu'elle entend en matière civile, ce qui lui a permis de centrer son attention sur les questions juridiques qui revêtent une importance pour le public. En conséquence, la mission de la Cour « consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence » : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 53.

[87] Cette évolution historique a fait de la Cour suprême une institution constitutionnellement essentielle qui affecte les intérêts à la fois du fédéral et des provinces. De plus en plus, les personnes que préoccupaient les réformes constitutionnelles ont accepté que les réformes à venir devraient reconnaître le rôle de la Cour suprême dans l'architecture de la Constitution.

(2) La Cour suprême et le rapatriement

[88] Nous avons vu que la Cour suprême jouait déjà un rôle primordial dans la structure constitutionnelle en tant qu'arbitre ultime des litiges sur le partage des compétences et en tant que cour générale d'appel pour le Canada. La *Loi constitutionnelle de 1982* a accentué l'importance du rôle attribué à la Cour par la Constitution et a confirmé son statut d'institution protégée par la Constitution.

[89] La *Charte canadienne des droits et libertés* a été adoptée lors du rapatriement de la Constitution. Les tribunaux ont alors dû assumer la responsabilité d'interpréter la *Charte* et d'accorder des réparations en cas de violation de ses dispositions. Le rapatriement a permis également de reconnaître expressément que la Constitution est la « loi suprême du Canada » :

> **52.** (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

La nécessité de l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité est le corollaire de cette disposition. Les tribunaux sont devenus les « gardiens de la constitution » (*Hunter*, p. 155, le juge Dickson). À ce titre, la Cour suprême du Canada constitue une pierre d'assise de la Constitution. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a « fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 72.

[90] En conséquence, la *Loi constitutionnelle de 1982* a confirmé que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême sont protégées par la Constitution. En effet, la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettit expressément les changements touchant la Cour suprême et sa composition au respect des procédures de modification de la Constitution.

[91] Aux termes de l'al. 41*d*), les modifications de la Constitution relatives à la « composition de la Cour suprême » requièrent le consentement unanime du Parlement et de l'assemblée législative de chaque province. La notion de « composition » renvoie au paragraphe 4(1) et aux art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982. L'alinéa 41*d*) protège aussi la pérennité de la Cour, puisque son abolition en éliminerait la composition.

[92] Le texte de la partie V apparaissait à l'origine dans l'« Accord d'avril » de 1981 (*Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981)), signé par huit provinces, dont le Québec. Les notes explicatives de cet Accord confirment que les signataires avaient l'intention de limiter le pouvoir unilatéral du Parlement de réformer la Cour suprême. Cette intention est exprimée en particulier dans la note explicative du texte maintenant devenu l'art. 41, qui requiert un consentement unanime pour les modifications portant sur cinq sujets, dont la composition de la Cour suprême : « [c]et article reconnaît que quelques sujets sont d'une importance tellement fondamentale que des modifications les affectant devraient recevoir l'approbation de toutes les Assemblées provinciales et du Parlement » (p. 9 (note 9)). La note explicative de l'al. 41*d*) précise justement que « [c]e paragraphe assurerait que la Cour suprême du Canada soit composée de juges dont une partie proviendraient du Barreau du Québec ou d'une Cour du Québec et auraient, par conséquent, une formation en droit civil » (p. 9 (note 9(d))). Les auteurs de cette disposition voulaient manifestement qu'il devienne difficile de modifier la

composition de la Cour. Ils entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour.

[93] Il ne faut pas s'étonner que l'al. 41*d*) ait accordé une protection spéciale à la composition de la Cour suprême du Canada. En effet, on reconnaît depuis longtemps son importance cruciale pour le fonctionnement efficace de la Cour et sa légitimité institutionnelle en tant que cour d'appel de dernier ressort au Canada. Comme nous l'avons expliqué, l'entente essentielle qui a permis la création de la Cour suprême portait sur la garantie qu'un nombre relativement important des juges proviendraient d'institutions liées au droit civil et à la culture du Québec. L'objectif de garantir que la tradition juridique distincte du Québec soit représentée à la Cour demeure tout aussi important de nos jours et touche la compétence, la légitimité et l'intégrité de la Cour. Le consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement. Il était nécessaire de protéger la composition de la Cour à l'al. 41*d*) parce que la protection prévue à l'al. 42(1)*d*) n'aurait pas empêché que le nombre de postes de juge réservés pour le Québec puisse être réduit, peut-être même totalement supprimé, sans le consentement du Québec.

[94] L'alinéa 42(1)*d*) applique la procédure de modification 7/50 aux caractéristiques essentielles de la Cour, plutôt qu'à toutes les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*.[3] La mention expresse de la Cour suprême du Canada à

[3] Cette opinion est partagée notamment par Patrick J. Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law* (4e éd. 2013), p. 205; Peter Oliver, "Canada, Quebec, and Constitutional Amendment" (1999),

l'al. 42(1)*d*) garantit le bon fonctionnement de la Cour suprême. Celui-ci exige qu'une protection constitutionnelle soit accordée aux caractéristiques essentielles de la Cour, identifiées à la lumière de son rôle dans la structure constitutionnelle tel qu'il avait évolué jusqu'au rapatriement. Ces caractéristiques essentielles incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance.

[95] En résumé, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel parce qu'elle a évolué de manière à devenir une cour générale d'appel *de dernier ressort* pour le Canada, avec compétence sur les appels relatifs à toutes les lois fédérales et provinciales, y compris la Constitution. Ce statut a été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a assujetti toute modification portant sur la composition de la Cour et ses autres caractéristiques essentielles à des procédures de modification strictes.

C. *Les arguments du procureur général du Canada*

[96] Cependant, le procureur général du Canada plaide (i) que la mention de la Cour suprême dans la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas d'effet juridique, et (ii) que les vaines tentatives d'intégrer les conditions de nomination dans l'Accord du lac Meech en 1987 et dans l'Accord de Charlottetown en 1992 démontrent que le

---

49 *U.T.L.J.* 519, p. 579; W. R. Lederman, "Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada" (1985), 26 *C. de D.* 195, p. 196; Stephen. A. Scott, "Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes" (1982), 20 *U.W.O.L. Rev.* 247, p. 273.

Parlement et les provinces estimaient que ces conditions n'avaient pas été constitutionnalisées en 1982.

(1) La thèse des « contenants vides »

[97] Le procureur général du Canada prétend que la Cour suprême du Canada n'est pas protégée par la Partie V, parce que la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas mentionnée à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* parmi les textes législatifs compris dans la Constitution du Canada. Il soutient essentiellement que les mentions de la « Cour suprême » aux al. 41*d*) et 42(1)*d*) sont des « contenants vides » dont le contenu ne sera déterminé que lorsque la Cour sera *expressément* inscrite dans le texte de la Constitution : voir par exemple Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 4-21. Il s'ensuit, selon lui, que le Parlement conserve le pouvoir d'apporter unilatéralement des changements à la Cour en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jusqu'à ce que la Cour soit expressément constitutionnalisée.

[98] Cet argument est dépourvu de fondement. Il signifierait que les auteurs du texte constitutionnel ont constitutionnalisé l'*exclusion* de la Cour suprême de toute protection constitutionnelle : Stephen A. Scott, "Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes" (1982), 20 *U.W.O.L. Rev*. 247, p. 272; Stephen A. Scott, "The Canadian Constitutional Amendment Processes" (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249, p. 261; voir aussi Patrick J. Monahan et Byron Shaw *constitutional Law* (4e éd. 2013), p. 204. Cet argument signifierait aussi

que les provinces ont accepté de mettre ce pouvoir unilatéral du Parlement à l'abri de toute modification, à moins que ne soient respectées les procédures astreignantes établies dans la Partie V.

[99] Retenir cet argument entraînerait deux conséquences pratiques incompatibles avec l'intention des provinces. Premièrement, cela signifierait que le Parlement pourrait, par une loi ordinaire, modifier unilatéralement et fondamentalement la Cour suprême, y compris la représentation du Québec à la Cour, qui a toujours été garantie. Or, le Québec, qui a signé l'Accord d'avril, n'aurait certainement pas consenti à cela, et les autres provinces non plus. Deuxièmement, cela voudrait dire que la Cour serait moins bien protégée que jamais depuis l'abolition des appels au Conseil privé. Ce résultat illustre l'absurdité du rejet du sens ordinaire de la Partie V. Les auteurs de celle-ci ne peuvent pas avoir eu l'intention de réduire la protection constitutionnelle accordée à la Cour, tout en accentuant le rôle constitutionnel que lui attribue la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[100] Notre histoire constitutionnelle révèle que les al. 41*d*) et 42(1)*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été adoptés dans le contexte de négociations constitutionnelles en prévision de modifications futures touchant la Cour suprême. Les procédures de modification établies dans la partie V visaient à orienter ce processus. Lorsque les auteurs du texte législatif ont précisé comment doivent être faites les modifications portant sur la Cour suprême et sa composition, ils avaient manifestement l'intention de préserver le *statu quo* quant au rôle constitutionnel de la

Cour, jusqu'à ce que des modifications soient faites : Monahan et Shaw, p. 204-205; W. R. Lederman, « Constitutional Precedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *C. de D.* 195, p. 200 ; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel* (5e éd. 2008), p. 233-234. Cette intention concorde avec le consensus politique et social de l'époque selon lequel la Cour suprême constitue un élément essentiel de l'architecture constitutionnelle du Canada.

[101] Il est vrai qu'au moment de la Confédération, l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a conféré au Parlement le pouvoir d'« adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada ». Le Parlement peut certainement, aux termes de l'art. 101, adopter les modifications d'ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour suprême, mais uniquement à condition que ces modifications ne changent rien aux caractéristiques de la Cour qui bénéficient d'une protection constitutionnelle. La nature du pouvoir unilatéral conféré à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifiée par l'évolution de la Cour dans la structure constitutionnelle, comme le reconnaît la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'art. 101 exige maintenant que le Parlement préserve — et protège — les éléments essentiels qui permettent à la Cour suprême de s'acquitter de sa mission actuelle.

(2) *L'Accord du lac Meech et l'Accord de Charlottetown*

[102] Le procureur général du Canada plaide que l'Accord du lac Meech et l'Accord de Charlottetown auraient expressément constitutionnalisé les conditions de

nomination à la Cour et que, comme ces modifications constitutionnelles n'ont pas été adoptées, les conditions de nomination à la Cour ne sont pas inscrites dans la Constitution.

[103] Nous ne pouvons pas retenir cet argument. Comme nous l'avons rappelé, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a protégé le *statu quo* en ce qui concerne la Cour suprême. Ce *statu quo* incluait expressément la composition de la Cour, dont la représentation du Québec à la Cour fait partie intégrante. L'Accord du lac Meech et l'Accord de Charlottetown auraient réformé le processus de nomination des juges de la Cour et exigé que les juges pour le Québec soient nommés parmi les candidats figurant sur une liste soumise par le Québec. Ces vaines tentatives de réforme prouvent uniquement qu'on a tenté de réformer plus généralement le processus de sélection, mais ne nous apprennent rien sur la protection constitutionnelle actuelle de la Cour. L'échec de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown signifie simplement que le *statu quo* quant au rôle constitutionnel de la Cour est demeuré intact.

D. *Les effets des dispositions déclaratoires édictées par le Parlement*

[104] Tout changement dans la composition de la Cour doit être fait conformément à l'al. 41*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le par. 4(1) et les art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982. L'article 6 est particulièrement pertinent, car il reflète le caractère bijuridique

de la cour et représente l'élément clé de l'entente historique qui a permis la création de la Cour suprême. Rappelons que la garantie qu'un tiers des juges de la Cour proviendraient du Québec assurait que la Cour posséderait une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et valeurs sociales du Québec y seraient représentées et renforçait la confiance du Québec envers la Cour.

[105] Les conditions de nomination générales et les conditions de nomination particulières pour le Québec sont des aspects de la composition de la Cour. En conséquence, toute modification importante portant sur ces conditions de nomination constitue une modification de la Constitution portant sur la composition de la Cour suprême du Canada et entraîne l'application de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toute modification des conditions de nomination aux trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec codifiées à l'art. 6 exige donc le consentement unanime du Parlement et des 10 provinces.

[106] Comme l'art. 6.1 de la *Loi sur la Cour suprême* (l'art. 472 du projet de loi intitulé *Loi n^{o} 2 sur le plan d'action économique de 2013*) modifie substantiellement les conditions de nomination d'un juge pour le Québec fixées à l'art. 6, il apporte une modification à la Constitution du Canada portant sur un sujet qui requiert le consentement unanime du Parlement et de l'Assemblée législative de chaque province. L'affirmation que l'art. 6.1 est une disposition déclaratoire ne change en rien son effet. Par conséquent, l'art. 6.1 excède le pouvoir du Parlement agissant seul. Toutefois, l'art. 5.1 (article 471) ne modifie pas le droit existant en

1982; il a donc été valablement adopté en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien qu'il soit redondant.

VI. Réponses aux questions du renvoi

[107] Nous répondons comme suit aux questions du renvoi

(1) Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

Réponse : Non

(2) Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*?

Réponse : Pour ce qui est des trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec, la réponse est non. Pour ce qui est de la disposition déclaratoire énoncée dans l'article 472, la réponse est non. Concernant l'article 471, la réponse est oui.

Version française de l'avis rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

VII. Introduction

[108] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a soumis les questions suivantes au jugement de la Cour conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 (la « Loi ») :

> 1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?
>
> 2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*?

[109] Ce renvoi découle de la nomination de l'honorable juge Marc Nadon à l'un des trois postes de juge de la Cour réservés à la province de Québec. Le juge Nadon a autrefois été membre du Barreau du Québec pendant près de 20 ans. Au moment de sa nomination à la Cour, il était juge à la Cour d'appel fédérale[4].

[110] Pour répondre à la question 1, il faut décider si les anciens avocats inscrits au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans répondent aux conditions de nomination fixées dans la *Loi sur la Cour suprême* relativement aux postes de juge réservés au Québec. Il s'agit d'une question d'ordre juridique, et non politique. Ce

[4] Le juge Nadon a été nommé à la Division de première instance de la Cour fédérale en 1993. Il a alors été nommé pour combler l'un des 10 postes de cette cour réservés à la province de Québec. Il a ensuite accédé à la Division d'appel de la Cour fédérale en 2001, où il occupait un siège de cette cour réservé à la province de Québec.

n'est pas le rôle de la Cour de faire des commentaires sur l'opportunité d'une nomination ou sur le processus de sélection qui l'a précédée. Ce sont là des questions d'ordre politique qui relèvent du pouvoir exécutif. Elles n'entrent pas dans notre mandat.

[111] La réponse à la Question 1 réside dans l'interprétation juste des art. 5 et 6 de la Loi. Pour les motifs qui suivent, je répondrais à la question 1 par l'affirmative. Les articles 5 et 6 permettent de nommer à la Cour tout avocat, actuel ou ancien, inscrit pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec. Compte tenu de ma réponse à la question 1, le texte législatif mentionné dans la question 2 est redondant. Il n'a aucun autre effet que de répéter ce que la loi dit déjà. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la question 2.

[112] Cela dit, comme les motifs des juges majoritaires le montrent clairement, une réponse différente à la Question 1 place la Question 2 à l'avant-plan, à mille lieues de la redondance. Elle soulève des questions constitutionnelles de grande importance pour la Cour et pour son rôle dans notre démocratie constitutionnelle.

[113] Bien que ma réponse à la Question 1 me dispense d'examiner ces questions constitutionnelles, j'ai décidé de le faire dans la mesure de ce qui suit. La coexistence de deux systèmes juridiques distincts au Canada — le système de droit civil au Québec et le système de common law ailleurs — constitue une caractéristique unique et fondamentale de notre pays. Il est crucial pour le Québec et pour l'ensemble du Canada que des personnes formées en droit civil fassent partie

intégrante du plus haut tribunal du pays. En fait, une garantie à cet égard était un élément capital du compromis auquel en sont arrivés le Parlement et le Québec au moment de la création de la Cour suprême en 1875[5].

[114] L'article 6 de la Loi protège le droit du Québec aux trois sièges qui lui sont réservés à la Cour. À l'instar des juges majoritaires, je reconnais que cette garantie a été intégrée à la Constitution et que les trois postes réservés au Québec constituent un élément essentiel de la composition de la Cour. De ce fait, tout changement à cet égard exigerait le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province conformément à l'alinéa 41*d*) figurant dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[115] Je n'en dirai pas plus. Et ce, parce que j'ai du mal à concevoir qu'une modification de l'art. 6 visant à permettre que les anciens avocats inscrits au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans soient admissibles à une nomination à la Cour exigerait l'unanimité, alors qu'il serait possible de modifier d'autres caractéristiques de la Cour — par exemple son rôle de cour générale d'appel pour le Canada et son indépendance — en appliquant la formule 7-50, en vertu de l'al. 42(1)*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En clair, je ne suis pas convaincu que tout changement des conditions de nomination porte sur « la composition de la Cour suprême du Canada » au sens de l'al. 41*d*).

---

[5] À l'époque, la Loi exigeait que deux des six juges de la Cour proviennent du Québec (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 4). En 1949, lorsque le nombre de juges à la Cour a augmenté pour passer à neuf, le nombre de nominations pour le Québec a été haussé à trois (*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949, ch. 37, art. 1).

[116] Quoi qu'il en soit, la première question qui nous est soumise est beaucoup plus restreinte. On nous demande spécifiquement de déterminer si les conditions de nomination sont plus strictes pour les personnes provenant du Québec que pour celles provenant des provinces de common law.

[117] Les juges majoritaires et moi sommes tous d'avis que, suivant l'art. 5 de la Loi, les avocats, *actuels et anciens*, inscrits à un barreau provincial pendant au moins 10 ans, ainsi que les juges, *actuels et anciens*, d'une cour supérieure provinciale, peuvent être nommés juges de notre Cour. Nous différons toutefois d'avis quant à savoir si, dans le cas des trois sièges réservés au Québec, l'art. 6 restreint les conditions de nomination aux seuls membres *actuels* du Barreau du Québec et aux juges *actuels* des cours supérieures de cette province. Contrairement à mes collègues, j'estime que ce n'est pas le cas. À mon humble avis, les mêmes conditions de nomination, énoncées à l'art. 5, s'appliquent à tous les candidats, y compris ceux qui sont choisis parmi les institutions québécoises pour occuper un siège réservé au Québec. L'exigence voulant qu'une personne soit inscrite au barreau au moment de sa nomination ne trouve un appui ni dans le texte de l'art. 6, ni dans son contexte, son historique législatif ou l'objet qui le sous-tend. Cette exigence de contemporanéité ne trouve pas non plus d'appui dans l'économie de la *Loi sur la Cour suprême*. En bref, la contemporanéité n'a jamais été exigée à l'art. 6 et j'estime que toute tentative en vue de l'imposer doit être repoussée.

VIII. Analyse

A. *Le texte, le contexte et l'historique des articles 5 et 6*

[118] Les art. 5 et 6 de la Loi sont au coeur du débat qui nous occupe :

5. [Conditions de nomination] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.	**5.** [Who may be appointed judges] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.
6. [Représentation du Québec] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.	**6.** [Three judges from Quebec] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[119] L'article 5 énonce les conditions de base auxquelles une personne doit satisfaire pour être nommée juge de la Cour. L'article 6 garantit au Québec trois sièges à la Cour en précisant que, pour au moins trois des juges, le barreau mentionné à l'art. 5 est celui du Québec, et les cours supérieures mentionnées à l'art. 5 sont la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec. Autrement dit, l'art. 6 précise l'art. 5 en exigeant que, pour trois postes de juge de notre Cour, les candidats qui satisfont aux critères de l'art. 5 soient choisis parmi trois institutions québécoises (le Barreau du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec). L'article 6 n'impose aucune autre condition.

[120] Même si la version française actuelle de l'art. 5 peut être nébuleuse, la version anglaise actuelle est claire. Mes collègues soulignent donc, avec raison selon moi, que, conformément à la règle d'interprétation des lois bilingues selon laquelle il faut retenir le sens commun aux deux versions, il faut se fonder sur la version anglaise de l'art. 5 pour l'interpréter. Comme l'indiquent les mots « *is or has been* », une personne peut être nommée si elle est un avocat, actuel *ou* ancien, inscrit pendant au moins 10 ans au barreau d'une province, ou si elle est un juge, actuel *ou* ancien, d'une cour supérieure. Mes collègues acceptent cette conclusion. Toutefois, relativement aux sièges réservés pour le Québec, ils affirment que l'art. 6 impose comme exigence supplémentaire que les candidats soient des membres *actuels* du Barreau du Québec ou qu'ils soient des juges *actuels* d'une cour supérieure du Québec.

[121] En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Les articles 5 et 6 sont inextricablement liés — et c'est là la clé pour comprendre que les conditions de nomination minimales de l'art. 5 s'appliquent également à la nomination des juges pour le Québec dont il est question à l'art. 6. Ce lien n'est nulle part plus évident que dans la formulation des art. 5 et 6 eux-mêmes, que je répète ici par souci de commodité, en en soulignant les termes clés :

5. [Conditions de nomination] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.	**5.** [Who may be appointed judges] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Représentation du Québec] Au moins trois <u>des</u> juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.	**6.** [Three judges from Quebec] At least three of <u>the</u> judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[122] Tout d'abord, les mots « *[l]es* juges » à l'art. 5 indiquent clairement que les conditions de nomination qu'énonce cet article s'appliquent à *toutes* les personnes nommées juges. Ensuite, les mots « <u>*des*</u> juges » à l'art. 6 renvoient explicitement à la description *des* juges de l'art. 5. Manifestement, il faut lire l'art. 5 afin de comprendre *quels* juges sont mentionnés à l'art. 6 et quelles sont les conditions de leur nomination.

[123] Mises à part ces indications textuelles, l'art. 6 mène à un résultat absurde si on *ne* le lit *pas* en conjonction avec l'art. 5. L'article 6 n'indique aucunement pendant combien de temps une personne doit être inscrite au barreau pour devenir admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Par conséquent, si on ne lit pas l'art. 6 en conjonction avec l'art. 5, *tout* membre du Barreau du Québec, y compris un avocat néophyte admis au barreau la veille, serait admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Devant ce résultat manifestement absurde, les juges de la majorité reconnaissent que l'expression « avocats de [la province] » à l'art. 6 *doit* être liée à la condition d'inscription au barreau pendant 10 ans que pose l'art. 5.

[124] Mais, disent-ils, le lien s'arrête là. Il ne s'étend pas au fait que, pour l'application de l'art. 5, tous les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau pendant au moins 10 ans peuvent être nommés juges de la Cour. J'estime, en toute déférence, qu'il s'agit d'une interprétation sélective. Il n'existe pas à ce jour de principe d'interprétation des lois qui permette de puiser seulement les aspects qui nous agréent dans l'art. 5 — et de rejeter les autres.

[125] Étant donné que l'art. 6 renvoie explicitement aux critères d'admissibilité énoncés à l'art. 5 et qu'il serait absurde que l'art. 6 ne tire pas son sens de l'art. 5, il faut logiquement se poser la question suivante : qu'est-ce qui, à l'article 6, impose une exigence de contemporanéité aux personnes nommées pour le Québec? À mon avis, la réponse est rien du tout.

[126] Contrairement aux juges majoritaires, j'estime, avec égards, que le mot « parmi », à l'art. 6, n'impose pas une exigence de contemporanéité aux juges nommés pour le Québec. Ce terme n'a aucune signification temporelle. Il tire son sens du contexte et ne peut, de lui-même, appuyer la prétention qu'une personne doit être un membre *actuel* du barreau ou de la magistrature pour être nommée juge de notre Cour pour le Québec. En bref, il ne modifie pas le groupe de personnes visé à l'art. 6 — celui qui est décrit à l'art. 5.

[127] Si le législateur *avait eu* l'intention de faire une distinction entre les personnes nommées pour le Québec et les autres personnes, en exigeant des juges du Québec qu'ils soient des juges actuels ou des membres actuels du barreau, il l'aurait

certainement indiqué en termes clairs. Il n'aurait pas masqué cette distinction cruciale entre les candidats du Québec et les autres candidats au moyen d'un terme aussi ambigu et non concluant que le mot « parmi ». L'ajout du mot « actuels » après les mots « juges » et « avocats » à l'art. 6 se serait avéré une solution simple et évidente.

[128] En plus de n'avoir aucune signification temporelle, le mot « parmi » renforce l'idée d'un lien inextricable entre les art. 5 et 6. C'est ce qui ressort à l'examen des termes employés à l'origine dans la Loi de 1875 (S.C. 1875, ch. 11). À l'époque, le texte des art. 5 et 6 actuels se retrouvait dans une même phrase – à l'art. 4 de la Loi de 1875. Cette disposition énonçait les conditions de nomination des juges de la nouvelle Cour suprême :

4. Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelqu'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au mois dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces et, — comme juges puînés de cette cour,— cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelqu'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris *parmi* les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec; et les vacances survenant dans

4. Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any one of the said Provinces, to be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years' standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken *from among* the Judges of the Superior Court or Court of Queen's Bench or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec; and vacancies in

ces charges seront, au besoin, remplies de la même manière. Le juge en chef et les juges de la Cour Suprême seront respectivement le juge en chef et les juges de la Cour de l'Échiquier. Ils résideront en la cité d'Ottawa, ou dans un rayon de cinq milles de cette cité	any of the said offices shall, from time to time, be filled in like manner. The Chief Justice and Judges of the Supreme Court shall be respectively the Chief Justice and Judges of the Exchequer Court : they shall reside at the City of Ottawa, or within five miles thereof.

[129] Cette disposition utilise le mot « parmi » en rapport avec les juges des cours supérieures du Québec. Et pourtant, le contexte, soit les mots « étant ou ayant été respectivement juges » utilisés précédemment dans la disposition, indique très clairement que les juges actuels *et* anciens étaient admissibles à un siège de la Cour réservé pour le Québec — et rien n'a jamais changé à cet égard. Il n'a jamais été suggéré dans le Hansard — et aucune révision subséquente des lois n'a jamais proclamé — que les anciens juges des cours supérieures du Québec ne peuvent pas être nommés juges de notre Cour. Ce qui a changé, c'est qu'en 1886, les *anciens* avocats inscrits au barreau pendant 10 ans sont devenus admissibles à siéger à la Cour, tout comme les avocats actuels (S.R.C. 1886, ch. 135, par. 4(2)).

[130] Lorsqu'on comprend que les juges actuels et anciens des cours supérieures du Québec ont toujours été inclus dans le bassin des personnes admissibles, il n'y a qu'un pas à faire pour constater que les modifications de 1886 n'ont pas réduit à deux le nombre des groupes de personnes admissibles pour le Québec — ce nombre, au Québec (et ailleurs au Canada), a plutôt été porté de trois à quatre.[6] On peut passer au peigne fin le Hansard des débats de 1875 — ou de toute

[6] Le mot « étant » employé à l'art. 4 de la Loi de 1875 en rapport avec les avocats a été remplacé par les mots « sera ou aura été », ce qui indique clairement que les avocats anciens et actuels étaient

année ultérieure — on n'y trouvera rien qui indique que législateur aurait eu l'intention de ramener les quatre groupes de candidats admissibles énumérés à l'art. 5 à deux groupes seulement dans le cas du Québec. En bref, la distinction entre quatre groupes d'une part et deux groupes d'autre part n'est fondée ni en fait ni en droit.

[131] En résumé, le libellé clair et l'historique législatif des art. 5 et 6 appuient la conclusion que les conditions de nomination énoncées à l'art. 5 s'appliquent également aux juges nommés pour le Québec. En outre, l'examen de l'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* — et en particulier de l'art. 30 — n'est d'aucune utilité pour l'interprétation des art. 5 et 6. Je passe à l'examen de cet article uniquement pour expliquer qu'il ne favorise aucune des interprétations des art. 5 et 6 proposées.

B. *L'article 30 de la Loi sur la Cour suprême*

[132] L'article 30 de la Loi constitue dans l'ensemble une anomalie historique. Il traite de la nomination de juges suppléants pour notre Cour :

30. (1) [Nomination d'un juge suppléant] Dans les cas où, par suite de vacance, d'absence ou d'empêchement attribuable à la maladie, aux congés ou à l'exercice d'autres fonctions assignées par loi ou décret, ou encore de	**30.** (1) [Appointment of *ad hoc* judge] Where at any time there is not a quorum of the judges available to hold or continue any session of the Court, owing to a vacancy or vacancies, or to the absence through illness or on leave or in

admissibles. Dans la révision de 1886, le par. 4(2) était rédigé comme suit : « Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d'une cour supérieure dans quelqu'une des provinces du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces ».

l'inhabilité à siéger d'un ou plusieurs juges, le quorum n'est pas atteint pour tenir ou poursuivre les travaux de la Cour, le juge en chef ou, en son absence, le doyen des juges puînés peut demander par écrit que soit détaché, pour assister aux séances de la Cour à titre de juge suppléant et pendant le temps nécessaire :

a) soit un juge de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt;

b) soit, si les juges de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt sont absents d'Ottawa ou dans l'incapacité de siéger, un juge d'une cour supérieure provinciale désigné par écrit, sur demande formelle à lui adressée, par le juge en chef ou, en son absence, le juge en chef suppléant ou le doyen des juges puînés de ce tribunal provincial.

(2) [Appels du Québec] Lorsqu'au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l'article 6, le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu dans la province de Québec doit être un juge de la Cour d'appel ou un juge de la Cour supérieure de cette province, désigné conformément au paragraphe (1).

the discharge of other duties assigned by statute or order in council, or to the disqualification of a judge or judges, the Chief Justice of Canada, or in the absence of the Chief Justice, the senior puisne judge, may in writing request the attendance at the sittings of the Court, as an *ad hoc* judge, for such period as may be necessary,

(a) of a judge of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada; or

(b) if the judges of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada are absent from Ottawa or for any reason are unable to sit, of a judge of a provincial superior court to be designated in writing by the chief justice, or in the absence of the chief justice, by any acting chief justice or the senior puisne judge of that provincial court on that request being made to that acting chief justice or that senior puisne judge in writing.

(2) [Quebec appeals] Unless two of the judges available fulfil the requirements of section 6, the *ad hoc* judge for the hearing of an appeal from a judgment rendered in the Province of Quebec shall be a judge of the Court of Appeal or a judge of the Superior Court of that Province designated in accordance with subsection (1).

[133] Parce que le par. 30(2) ne mentionne pas les juges des cours fédérales provenant du Québec et que ces derniers ne peuvent agir à titre de juges suppléants pour l'audition de l'appel d'un jugement rendu au Québec lorsque le quorum n'est pas atteint et qu'au moins deux juges de la Cour provenant du Québec ne sont pas

disponibles,[7] les intervenants Rocco Galati et Constitutional Rights Centre Inc. plaident que les juges des cours fédérales ne devraient pas être admissibles à un siège *permanent* de la Cour réservé pour le Québec. Mes collègues s'appuient sur cet argument pour conclure à l'exigence de contemporanéité, qui a pour effet d'exclure la nomination de juges des cours fédérales pour occuper à notre Cour un siège permanent réservé au Québec.

[134] Pour les motifs qui suivent, je n'accepte pas ces prétentions. L'article 30 n'est d'aucun secours pour l'interprétation des conditions de nomination qu'énoncent les art. 5 et 6 de la Loi. À cet égard, je fais miens, pour l'essentiel, les arguments qu'avance le doyen Sébastien Grammond[8] au nom des intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau.

[135] J'ai déjà indiqué que l'art. 30 constitue une anomalie historique. Afin d'expliquer pourquoi le par. 30(2) ne mentionne pas les juges des cours fédérales provenant du Québec, il faut tracer l'historique législatif de cette disposition. Cet article a été adopté en 1918 (S.R. 1918, ch. 7, art. 1). À l'époque, la Cour ne comptait que six juges et la Loi fixait le quorum à cinq juges. Par conséquent, si, pour une raison ou une autre, deux juges ou plus n'étaient pas disponibles, la Cour ne pouvait entendre des appels faute de quorum. En 1918, l'absence de plusieurs juges a placé la Cour dans une situation critique. Le Parlement a réagi en introduisant dans la Loi la

---

[7] Il convient de noter que des juges suppléants provenant des cours fédérales, qu'ils soient du Québec ou d'ailleurs, *peuvent* remplacer un juge de la Cour provenant du Québec qui est absent. Le paragraphe 30(2) s'applique uniquement lorsqu'au moins deux juges du Québec sont absents pour l'audition d'un appel d'une décision rendue au Québec.

[8] Doyen de la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

notion de juges suppléants. Ces derniers devaient remplir temporairement les fonctions de juge de la Cour suprême de sorte que le quorum soit atteint et que les appels soient entendus.

[136] Pour des raisons d'ordre pratique, le Parlement voulait qu'un juge suppléant provienne d'abord de la Cour de l'Échiquier (aujourd'hui remplacée par les cours fédérales) puisque cette cour siégeait elle aussi à Ottawa. À l'époque, la Cour de l'Échiquier ne comptait que deux juges — le « juge » et le « juge adjoint » (*Loi modifiant la Loi de la Cour de l'Échiquier*, S.R. 1912, ch. 21, art. 1).

[137] Il importe de signaler qu'à l'époque, le juge adjoint provenait du Québec. Le fait de nommer l'un ou l'autre des juges de la Cour de l'Échiquier pour siéger à titre de juge suppléant pouvait alors faire en sorte que le juge adjoint — un Québécois — soit nommé. Ce qui engendrait la possibilité qu'une majorité de juges civilistes entendent une affaire de common law, si la perte du quorum de la Cour résultait de l'absence de deux juges de common law.

[138] Le Parlement a cherché à éviter un tel résultat en précisant que seul pouvait être nommé juge suppléant « le juge » de la Cour de l'Échiquier, un terme qui excluait nécessairement le juge adjoint. Devant le mécontentement du Québec, le Parlement a accepté que, pour entendre l'appel d'un jugement rendu au Québec, si la

perte du quorum résultait de l'absence d'au moins deux juges du Québec, le juge suppléant serait choisi parmi les juges des cours supérieures de cette province[9].

[139] En résumé, lorsqu'il a adopté l'art. 30, le législateur visait deux objectifs précis — tout d'abord, s'assurer que notre Cour continue d'exercer ses fonctions et, ensuite, s'assurer que des juges civilistes ne puissent former une majorité lors de l'audition d'un appel sur une matière relevant de la common law. Le législateur a examiné la teneur de l'art. 30 pour la dernière fois en 1920, lorsqu'il a modifié la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* pour permettre la nomination de tout juge de la Cour de l'Échiquier à titre de juge suppléant (S.C. 1920, ch. 26, art. 1; S.R.C. 1927, ch. 35, art. 5). À l'époque, il n'était pas possible d'inclure des juges de la Cour fédérale provenant du Québec au par. 30(2), puisque les cours fédérales n'existaient pas et que la Cour de l'Échiquier, qui *existait* alors, n'avait pas de sièges réservés pour le Québec.

[140] Les juges majoritaires affirment que « l'omission répétée d'inclure les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale provenant du Québec parmi les juges qui peuvent siéger à notre Cour en remplacement de juges nommés aux termes de l'art. 6 laisse croire que leur exclusion était délibérée » (par. 67). En fait, la preuve suggère l'inverse. Les modifications législatives faites pour mettre à jour le nom des cours mentionnées dans cet article étaient de nature organisationnelle et touchaient exclusivement le par. 30(1), puisque le par. 30(2) ne mentionnait pas la

[9] Voir I. Bushnell, *The Federal Court of Canada : A History, 1875-1992* (1997), p. 95-96.

Cour de l'Échiquier et ne nécessitait pas d'actualisation.[10] Dans la mesure où, à toutes fins utiles, l'art. 30 est devenu obsolète depuis que le nombre de juges siégeant à la Cour est passé à neuf[11], il n'est guère surprenant que le législateur ne se soit pas préoccupé de la teneur de cette disposition.

[141] Mes collègues signalent que le par. 30(2) renvoie à l'art. 6 — « lorsque au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l'art. 6 » — et ils en déduisent que les deux articles sont « explicitement liés » (par. 65). Or, que le premier segment du par. 30(2) renvoie à l'art. 6 n'aide pas à interpréter *ce que signifie l'art. 6*. En effet, l'art. 30 prévoit manifestement que seuls les juges actuels des cours mentionnées peuvent être nommés juges suppléants de la Cour pour *tous* les appels, et non uniquement pour les appels provenant du Québec. Et ce, même si selon l'art. 5, *tant* les juges actuels que les anciens juges peuvent être nommés à titre permanent. Tout comme les conditions de nomination des juges suppléants énoncées au par. 30(1) n'ont pas d'incidence sur les conditions de nomination des juges *permanents* prévues à l'art. 5 (ce dont conviennent tous les membres de la Cour), le par. 30(2) ne peut servir de fondement à une exigence de contemporanéité à l'art. 6 relativement à la nomination de juges *permanents*.

---

[10] Par exemple, en remplaçant la mention de la « Cour de l'Échiquier » au par. 30(1) par « Cour fédérale » lorsque cette dernière a été créée en 1971 (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2e suppl.), art. 64), puis, en y ajoutant « Cour d'appel fédérale » en 2002 (L.C. 2002, ch. 8, art. 175).

[11] Le nombre de juges de la Cour est passé à neuf en 1949. Toutefois, le quorum légal est demeuré à cinq. Il ne serait donc nécessaire de recourir à l'art. 30 que si cinq des neuf juges de la Cour n'étaient pas disponibles.

[142] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 30 n'est d'aucun secours pour interpréter les art. 5 et 6.

[143] Aucun exercice d'interprétation législative n'est complet si les objectifs législatifs qui sous-tendent les dispositions en cause ne sont pas examinés. Je parlerai donc maintenant de ces objectifs.

C. *Les objectifs législatifs*

(1) L'objet des articles 5 et 6

[144] Comme je l'ai expliqué, l'art. 5 énonce les *conditions de nomination minimales* pour le bassin de candidats potentiels. Les conditions très larges prévues par cette disposition garantissent que l'exécutif puisse choisir parmi le bassin le plus large possible de candidats qui satisfont aux conditions de nomination de base.

[145] L'objectif législatif qui sous-tend l'art. 6 est différent. En effet, cette disposition a, et a toujours eu, pour objet de garantir qu'un nombre déterminé de juges de la Cour soient formés en droit civil et représentent le Québec. Puisque les postes de juge en question doivent être pourvus par des candidats provenant d'une des trois institutions québécoises énumérées à l'art. 6 (le Barreau du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec), ces candidats auront forcément reçu une formation en droit civil. La combinaison de cette formation et de leur lien avec l'une des institutions québécoises nommées sert à protéger la tradition civiliste

du Québec et suscite la confiance du Québec envers la Cour. Dans cette mesure, je suis d'accord avec les juges majoritaires. Cependant, ceci dit avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que l'art. 6 vise à garantir que « les valeurs sociales du Québec [. . .] soient représentées [à la Cour] » (par. 18). Le législateur a délibérément choisi d'inclure uniquement des conditions de nomination objectives dans les art. 5 et 6, et rien dans le libellé de la loi ou dans son historique n'autorise à y importer les valeurs sociales — 140 ans plus tard.

[146] Je le répète, l'article 6 vise à protéger la tradition civiliste du Québec et à susciter la confiance des Québécois envers la Cour. L'article 6 reconnaît le caractère unique du Québec et la place importante qu'il occupe dans notre pays, et il a joué un rôle clé pour obtenir l'adhésion du Québec à la création de la Cour suprême du Canada. Ce qui est toutefois crucial, c'est qu'aucune preuve n'établit que le Québec n'aurait pas donné son adhésion si, à l'époque, le débat avait aussi porté sur la question de savoir si les avocats, actuels ou anciens, inscrits au Barreau du Québec devaient être admissibles, comme les juges, actuels ou anciens, des cours supérieures du Québec. En effet, selon mon interprétation de l'art. 4 de la Loi de 1875, les juges actuels *et anciens ont toujours été* admissibles à une nomination. Dans la mesure où il a pu y avoir un doute quant aux anciens membres du barreau, la révision législative de 1886 a clairement indiqué qu'ils satisfont eux aussi aux conditions de nomination.

[147] Suggérer que le Québec souhaitait soustraire du bassin de candidats potentiels les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec

revient à réécrire l'histoire. Rien dans le débat historique ne laisse croire que c'était le cas. Penser que le Québec aurait eu une raison quelconque de s'opposer à la nomination à la Cour suprême de juges de la Cour du Québec qui avaient été membres du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans au moment de leur nomination à cette cour défie la logique et le bon sens.[12] Les juges de la Cour du Québec appliquent le droit civil *quotidiennement*. Je ne saisis vraiment pas pourquoi ces personnes, par ailleurs admissibles à une nomination à la Cour du fait de leur inscription au Barreau pendant 10 ans, cesseraient soudainement d'être acceptables aux yeux de la population du Québec le jour où elles accèdent à la magistrature. De même, malgré l'inexistence des cours fédérales à l'époque, la prétention que le Québec se serait opposé à la nomination à la Cour d'un juge de la Cour fédérale qui y occupe un des sièges réservés au Québec[13] est, à mon avis, tout aussi dénuée de fondement. Ces juges ont été formés en droit civil et ils continuent d'entendre des causes de droit fédéral impliquant le Québec qui exigent une connaissance pratique du droit civil.

[148] Mes collègues soutiennent le législateur est libre de « tracer la ligne » en choisissant une solution peut-être « trop limitative au regard des objets de [l'art. 6] », et en fixant ainsi des critères qui « ne sont peut-être pas parfaits » (par. 57-58). Selon

---

[12] « La Cour du Québec est une cour de première instance qui a compétence en matières civiles, criminelles et pénales de même que relativement à la jeunesse. Elle a aussi compétence en matières administratives et en appel lorsque le prévoit la loi. La Cour du Québec est composée de 270 juges nommés à vie par le gouvernement du Québec. » (Site Web de Justice Québec (http://www.justice.gouv.qc.ca/français/publications/generale/systeme.htm)).

[13] Parmi les 37 sièges de la Cour fédérale, 10 sont réservés à des juges du Québec (*Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 5.4). Parmi les 13 sièges de la Cour d'appel fédérale, 5 sont réservés à des juges du Québec (*ibid.*).

eux, le législateur a choisi certains critères objectifs et il n'appartient pas à la Cour de s'interroger sur la sagesse de sa décision. Je suis d'accord. Cela dit, lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi pour déterminer ce que *sont* les critères pertinents — c'est-à-dire ce que le législateur voulait qu'ils soient — il faut éviter d'en arriver à des résultats absurdes. (Voir par ex. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27, et *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 676). En toute déférence, j'estime qu'il faudrait appliquer ce principe pour interpréter l'art. 6 — et son application mène nécessairement au rejet de l'exigence de la contemporanéité.

(2) L'exigence de la contemporanéité ne favorise pas la réalisation de l'objectif législatif de l'article 6

[149] En plus de rendre inadmissibles des candidats qui pourraient autrement être dignes d'une nomination à la Cour, l'exigence de la contemporanéité ne favorise en rien la confiance du Québec envers la Cour. Il y a quelque 16 000 membres *actuellement* inscrits au Barreau du Québec depuis au moins 10 ans[14]. On ne peut certainement pas prétendre que la nomination de n'importe lequel de ces 16 000 avocats favoriserait la confiance du Québec envers la Cour.

[150] Cela devient encore plus évident lorsqu'on comprend qu'une personne peut rester membre du Barreau du Québec en se contentant de payer sa cotisation annuelle et de consacrer un nombre donné d'heures à la formation juridique continue

[14] Mémoire de l'Association canadienne des Juges de Cours Provinciales, par. 26.

— actuellement, 30 heures par période de deux ans.[15] Fait à noter, il n'existe *aucune* exigence voulant que cette formation continue ait un lien quelconque avec le droit civil, ni qu'elle soit en fait reçue *au* Québec. D'ailleurs, une personne n'est pas tenue de vivre au Québec, *ni d'exercer réellement le droit au Québec*, pour rester membre du Barreau du Québec. Bref, une personne pourrait avoir le lien le plus ténu avec l'exercice du droit civil au Québec et rester, malgré tout, un avocat inscrit au Barreau du Québec depuis au moins 10 ans.

[151] Telle est la réalité — et elle illustre à quel point il n'est pas plausible que quelqu'un puisse considérer l'inscription *actuelle* au Barreau du Québec comme une condition essentielle qui garantit la confiance du Québec envers les nominations à la Cour. De même, il est tout aussi peu vraisemblable que le fait d'être un *ancien* membre du Barreau du Québec puisse, à lui seul, miner cette confiance.

[152] Mes collègues ont choisi de ne pas traiter de la portée de l'exigence de contemporanéité de l'art. 6, c'est-à-dire de ne pas décider si la réinscription au Barreau du Québec pour une journée suffit pour qu'une personne puisse être nommée juge de la Cour en tant qu'avocat, ou s'il faut une période plus longue — six mois, deux ans, cinq ans, ou peut-être même une période ininterrompue de 10 ans précédant immédiatement la nomination.

---

[15] *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, R.R.Q., ch. B-1, r. 12, art. 2; voir aussi Site Web du Barreau du Québec (https://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/formation-continue/obligatoire/index.html).

[153] Pour moi, *la contemporanéité c'est la contemporanéité*. Un ancien juge d'une cour supérieure du Québec ou un ancien avocat qui a été inscrit au Barreau du Québec pendant 10 ans pourrait se réinscrire au barreau pour une journée et répondre ainsi aux conditions de nomination à notre Cour. Selon moi, ce raisonnement met en évidence la vacuité de l'exigence de la contemporanéité. Assurément, ce qui est essentiellement un geste de nature administrative ne change rien. Toute interprétation de l'art. 6 exigeant qu'un *ancien* avocat qui a été membre du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans, ou qu'un *ancien* juge de la Cour d'appel du Québec ou de la Cour supérieure, redevienne membre de ce Barreau pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour n'aurait aucun sens d'un point de vue pratique. En toute déférence, j'ai du mal à croire que la population du Québec aurait, pour une raison ou pour une autre, davantage confiance en un tel candidat le vendredi que le jeudi.

IX. Conclusion

[154] Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la question 1. Les avocats actuels et les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ainsi que les juges actuels ou les anciens juges des cours supérieures du Québec, sont tous admissibles à une nomination à l'un des postes de juge de la Cour réservés au Québec. Compte tenu de ma réponse à la question 1, j'estime inutile de répondre à la question 2.

Jugement en conséquence.

Procureur du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal; Procureur général du Québec, Montréal.

Procureur des intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau : Sébastien Grammond, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Rocco Galati : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales : Sébastien Grammond, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Constitutional Rights Centre Inc. : Slansky *Law Professional Corporation, Toronto.*