



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

**UNE THÉORIE CANADIENNE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE PORTANT
SUR LA DÉFINITION DES DROITS ET LIBERTÉS ÉNONCÉS PAR
LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS**

par

Arthur M. Grant

**Thèse présentée à l'École des études supérieures
et de la recherche de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention d'une maîtrise en droit**

© Arthur M. Grant, Ottawa, Canada, 1990.



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-60118-3

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

Introduction

L'année 1982 marque un tournant décisif dans la fédération canadienne: l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés¹ (ci-après appelée la «Charte») a fondamentalement remodelé le contexte constitutionnel canadien en lui donnant une nouvelle charpente et en modifiant notablement les rapports entre les citoyens et l'État.

L'interprétation des dispositions de la Charte pose un défi de taille à la profession juridique et à la magistrature canadiennes. Les termes utilisés pour définir les droits et libertés qu'énonce le texte sont souvent vagues et peuvent donner matière à discussion. Quels sens les tribunaux devraient-ils donner aux nouvelles dispositions constitutionnelles? Jusqu'où s'étendent les frontières légitimes du pouvoir judiciaire? Pour répondre à ces questions, les juristes canadiens doivent se demander quelle théorie du contrôle judiciaire il convient d'employer pour comprendre les dispositions de la Charte.

Nous proposons ici de présenter une telle théorie, en employant les principes et les objectifs qui sous-tendent la Charte, en considérant le contexte de son adoption et en

¹ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, laquelle forme l'annexe B du Canada Act, 1982 (R.U.), 1982, chap. 11.

respectant sa structure législative générale. Nous tenons d'emblée à souligner une chose que les praticiens du droit oublient souvent: c'est que la Charte a été adoptée pour répondre non seulement à des fins philosophiques, mais encore et surtout à des fins politiques. Cette idée selon laquelle la Charte constitue un texte politique influencera fortement nos recherches et nous permettra d'étayer plusieurs des principes proposés. Nous nous efforcerons dans les pages qui suivent de démontrer le bien-fondé de cette assertion ainsi que les dangers susceptible de résulter d'une interprétation de la Charte qui ne tiendrait pas compte des facteurs politiques. Pour faciliter la compréhension, il nous faut d'abord discuter les hypothèses et les principes qui ont guidé nos recherches.

(a) La philosophie générale de la Charte

Il est indéniable que la philosophie générale de la Charte procède des idéologies qui animent le monde occidental. Nous pouvons donc énoncer l'hypothèse selon laquelle la Charte a été secrétée par une société fortement influencée par la pensée occidentale. Le Canada est un pays situé au nord des États-Unis d'Amérique et à l'ouest de l'Europe occidentale. Une partie importante de sa population trouve ses origines ethniques au sein de ces pays dits de tradition libérale démocratique. Par ailleurs, des liens économiques, militaires et culturels étroits existent entre Le Canada et les autres pays occidentaux. Il est donc raisonnable de supposer que la Charte qui n'est pas un texte

révolutionnaire, dérive des principes philosophiques mêmes qui ont accompagné les courants migratoires vers notre pays.

Le plus révélateur, cependant, c'est la formulation de la Charte. Ce n'est pas le discours de Karl Marx ni celui des révolutionnaires sud-africains noirs actuels, mais plutôt celui de John Locke ou de John Stuart Mill. D'un point de vue général, la Charte réunit les droits et libertés qu'on trouve dans tous les textes libéraux classiques, tels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, produit de la Révolution française, et le Bill of Rights américain ², modelé d'après la célèbre Déclaration d'indépendance. De plus, l'article premier traduit l'orientation philosophique de la Charte de façon assez éloquente:

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les mots soulignés laissent entendre que la Charte est un document foncièrement occidental. C'est là une conclusion raisonnable puisqu'ils supposent que les sociétés dites «libre[s] et démocratique[s]» sont le point de repère à utiliser pour la justification des limites apportés à l'exercice des droits et libertés constitutionnels au Canada. La recherche des origines

² Amendments I - X, XIII - XV, XIX, XXIV, et XXVI à la Constitution des États-Unis de l'Amérique.

historiques et philosophiques de la Charte elle-même, comme de ses dispositions, se limitera donc, pour les fins de cette thèse, au libéralisme et aux autres philosophies générales que partagent les pays occidentaux, y compris et surtout le Canada. En fixant ainsi ces paramètres d'étude, nous éviterons des interprétations de dispositions ambiguës de la Charte fondées sur des idéologies telles que le marxisme qui ne s'appliquent évidemment pas à notre société.

(b) Distinction entre la définition des droits et libertés et la justification des limites qui leur sont apportées

La Charte fait une distinction entre la définition des droits et libertés et la justification des limites qui leur sont apportées. Cette distinction apparaît dans l'article premier: la Charte garantit les droits et libertés qu'elle énonce, mais elle prévoit que des limites peuvent y être apportées dans certaines circonstances.³ Nous verrons plus loin que cette distinction devrait être maintenue et respectée et que le processus de la justification devrait s'en tenir strictement aux principes

³ Les circonstances dans lesquelles un droit ou une liberté peut être limité sont celles qu'évoque la deuxième phrase de l'article premier:

[Les droits et libertés énoncés par la Charte] ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

directeurs de l'article premier.

Dans notre discussion, nous mettrons l'accent sur le problème de la délimitation d'un droit ou d'une liberté par voie de définition. En d'autres termes, nous chercherons à savoir quelle portée devrait être attribuée à première vue au droit ou à la liberté à l'étude et quels aspects de la valeur protégée ou visée par le droit ou la liberté en question devraient à première vue bénéficier de cette disposition de la Charte. Quant à la question relative aux critères particuliers qu'il faut considérer dans toute analyse portant sur la justification d'une limite apportée à un droit ou à une liberté, nous n'en discuterons pas. Nous tenterons plutôt de déterminer quel rôle général devrait jouer cet article préliminaire dans le contexte de la Charte. Les facteurs ou critères précis dont les tribunaux devraient tenir compte font partie d'une analyse qui déborde le cadre de la présente étude.

Dans cet exposé, nous tenterons de démontrer que le rôle principal de l'article premier est d'établir les critères et facteurs qui doivent servir à évaluer la justification des limites apportées à un droit ou à une liberté que la Charte entend protéger. Comme nous l'expliquerons plus loin, la distinction entre la définition d'un droit et la justification d'une limite apportée à un droit est très importante: avant de limiter un droit, il faut d'abord jouir du droit en question. Le doyen Timothy Christian a souligné cette distinction dans un

article récent ⁴:

The process of definition must be distinct from the process of justification. A right or freedom is to be defined broadly and without regard to the factors that may be significant at the stage of justification. ⁵

Nous essayerons ainsi de proposer un processus permettant de définir les droits et libertés énoncés par la Charte. Autrement dit, nous voulons établir une théorie grâce à laquelle on pourrait circonscrire la portée de la protection qu'opère au départ la Charte, à savoir le domaine à l'intérieur duquel le gouvernement se doit d'analyser minutieusement d'éventuelles restrictions. Nous laisserons de côté la question de la validité des limites jurisprudentielles actuelles apportées aux droits et libertés en vertu de l'article premier. Nous examinerons cependant la question du rôle général que devrait jouer cet article dans le processus global d'interprétation de la Charte.

(c) La Charte canadienne devrait être évaluée dans son contexte canadien

⁴ Timothy Christian, «The Limited Operation of the Limitation Clause» (1987), 25 Alb. L. Rev. 264, à la p. 275.

⁵ Ibid. Voir notre discussion de cette distinction, aux pp. 70-81, où nous examinons les arrêts La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143, et Ford c. Procureur général du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712 (voir n. 132), ainsi que leur traitement de l'article premier.

On note une tendance, surtout chez les common lawyers canadiens, à se référer à la jurisprudence constitutionnelle américaine comme si elle s'appliquait directement au Canada, sans chercher à comprendre les différences profondes qui séparent les origines historiques et les modes de rédaction des deux constitutions nationales ou, du moins, sans en tenir compte. Nous croyons que la Charte canadienne doit être interprétée en fonction des paramètres politique et constitutionnel que les constituants de 1982 lui ont assignés. Bien qu'il existe des similitudes entre notre Charte et le Bill of Rights américain, ou même entre notre Charte et d'autres textes nationaux ou internationaux portant sur les droits de la personne, et bien que l'on doive considérer la Charte canadienne, comme le Bill of Rights américain, comme un texte de type occidental, il ne faut pas perdre de vue que ses objets qui sont spécifiquement canadiens et qu'ils traitent de questions constitutionnelles particulières au Canada. Les dispositions de la Charte doivent être interprétées à la lumière de ces objets dits «canadiens».

Plan de la thèse

Comme nous l'avons déjà souligné, cette thèse a pour objet de présenter une théorie du contrôle judiciaire aux fins de l'interprétation des droits et libertés énoncés par la Charte. Pour ce faire, il faut dégager le contexte historique, politique et philosophique qui a précédé l'adoption de la Charte, puis faire ressortir les principes de base propres à faciliter l'exercice d'interprétation. De plus, il faut examiner globalement la structure même de la Charte pour déterminer quelles règles générales devraient s'imposer dans l'étude de ses dispositions. Enfin, il conviendra de démontrer concrètement que la théorie présentée est souhaitable. Pour faciliter la compréhension de nos propos, nous présentons ci-après les deux étapes analytiques principales, et leurs sous-étapes respectives, que nous emploierons pour aborder notre sujet:

1. Chapitre premier: Objets et structure de la Charte et principes qui en découlent

(a) D'abord, nous discuterons les principes de fond qui sont employés dans l'interprétation d'un texte constitutionnel. Plus précisément, nous soulignerons l'idée selon laquelle une constitution, et surtout la Charte, devrait recevoir une interprétation téléologique; c'est-à-dire, une disposition

constitutionnelle devrait s'interpréter en fonction des intérêts et des objets qu'elle vise.

(b) Deuxièmement, nous déterminerons les objectifs généraux de la Charte en étudiant les contextes historique, politique et philosophique de son adoption. Les motivations des constituants de 1982, ainsi que les impératifs qui les ont conduits à souscrire au compromis constitutionnel, seront examinés.

(c) Ensuite, nous analyserons brièvement la structure et le libellé de la Charte elle-même. Nous comparerons la structure de la Charte avec celle de la Constitution américaine.

2. Chapitre deuxième: Formulation et illustration d'une théorie du contrôle judiciaire

(a) Par la suite, nous discuterons les théories du contrôle judiciaire proposées de nos jours par les juristes canadiens et nous tenterons d'évaluer leur bien-fondé. Cette discussion servira de fondement à la proposition d'une théorie du contrôle judiciaire, une théorie fondée sur les principes découlant de l'analyse des objectifs généraux de la Charte et de l'analyse de sa structure.

(b) Finalement, nous analyserons trois arrêts de la

Cour suprême du Canada pour donner des exemples d'emploi et de non-emploi de la théorie. Nous entendons démontrer que cette théorie convient mieux que d'autres aux besoins constitutionnels canadiens du Canada.

Commençons par une étude du mode générale d'interprétation de la Charte.

Chapitre premier

Objets et structure de la Charte et les principes qui en découlent

1. L'interprétation de la Charte en général: l'approche téléologique

Le choix du mode général d'interprétation d'un texte constitutionnel, en l'occurrence la Charte, influe considérablement sur l'interprétation de chacune de ses dispositions. Il convient de définir l'approche qui préside à l'interprétation des dispositions individuelles.

Il est peut être banal aujourd'hui de dire que c'est par la méthode téléologique que doivent s'interpréter les dispositions de la Charte. Dès ses premières décisions portant sur la Charte, la Cour suprême du Canada a laissé clairement entendre que l'approche téléologique est la méthode d'interprétation à employer pour déterminer la portée des dispositions de ce document. Dans deux arrêts importants⁶ l'actuel juge en chef Dickson a signalé que cette méthode d'interprétation devait prévaloir. L'approche téléologique suppose une évaluation des buts ou des intérêts visés par les dispositions concernées, afin que l'on puisse en arriver à une

⁶ Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145 et La Reine c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295.

mesure exacte de la portée qu'on devrait leur attribuer. Nous partageons cette orientation.⁷ Pour comprendre une constitution, c'est-à-dire la loi fondamentale d'une société, une loi qui pose les règles de fond, les principes essentiels et les valeurs communes de cette société, il faut assurément découvrir les intérêts et les buts visés par cette constitution généralement et par chacune de ses dispositions. Le professeur David Paciocco nous explique le fondement de méthode interprétative:

There are a number of reasons for this. Most important is the stature of the document. As part of the Constitution, it is that part of the «supreme law of Canada», whose «purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines». Confining its impact to the strict import of the language used would diminish the range of rights protected, and would make it less relevant to the average person. Significantly, technical interpretation would not be in keeping with a document which, of necessity, «must use general language which is capable of development and adaptation by the court.»⁸

Mais comment détermine-t-on les buts et les intérêts que telle ou telle disposition entend promouvoir? Les dispositions de la Charte ne sont que des énoncés de principes,

⁷ Nous ne sommes pas les seuls à adopter cette méthode. Après avoir constaté que toute interprétation de la Charte exige «judicial statesmanship» (The Law of the Charter: General Principles, Carswell, Toronto, 1986, à la p. 47), le professeur Dale Gibson remarque que «[j]udicial statesmanship calls for «purposive» interpretation» (à la p. 49). Le professeur David Paciocco soutient lui aussi que la méthode d'interprétation la plus appropriée pour la Charte est la méthode téléologique: Charter Principles and Proof in Criminal Cases, Carswell, Toronto, 1987, aux pp. 51-56.

⁸ Paciocco, ibid., aux pp. 51-52.

des énoncés dont les motivations ne sont pas toujours apparentes. Dans les deux arrêts précités, le juge Dickson explique la démarche à effectuer pour y parvenir. Ses propos concernant les objectifs généraux de la Charte méritent l'attention.

Dans le premier arrêt Hunter c. Southam Inc.⁹ on prétendait contraire à l'article 8 de la Charte le par. 10(1) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions¹⁰. Cette disposition permettait au directeur des enquêtes sur les coalitions d'autoriser les fonctionnaires à perquisitionner dans les bureaux de l'intimé Southam Inc., à Edmonton «et ailleurs au Canada». L'article 8 de la Charte interdit «les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Voici ce que dit le juge Dickson de la méthode d'interprétation de la Charte:

Cette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatibles avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt M'Culloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La Charte canadienne des droits et libertés est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans les limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à

⁹ Précité, n. 6.

¹⁰ S.R.C. 1970, chap. C-23.

agir. 11

(Le souligné est nôtre.)

Plus tard, dans le deuxième arrêt, La Reine c. Big M Drug Mart Ltd. 12, le juge Dickson a réaffirmé et expliqué cette méthode d'interprétation. Il s'agissait d'une loi fédérale qui interdisait les ventes le dimanche, La Loi sur le dimanche 13. Cette loi a été jugée contraire à la liberté de religion protégée par le par. 2a) de la Charte. Le juge Dickson dit ce qui suit

11 Précité, n. 6, à la p. 156. Le juge Dickson a d'abord exprimé ce qui suit relativement aux règles générales employées pour l'interprétation d'une constitution (pp. 155-56):

Il est claire qu'on ne peut pas déterminer le sens du mot «abusives» au moyen d'un dictionnaire au des règles d'interprétation des lois. L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une Déclaration ou une Charte des droits, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptée, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et lis doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu'il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] «de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne».

12 Précité, n. 6.

13 S.R.C. 1970, chap. L-13.

sur l'approche téléologique:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la Charte. Dans l'arrêt Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la Charte consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

A mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus large de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte. Comme on le souligne dans l'arrêt Southam, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme illustre l'arrêt de Cour Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. ¹⁴

(Le souligné est nôtre.)

Ces deux arrêts, Hunter et Big M, disent comment aborder l'interprétation de la Charte, c'est-à-dire comment utiliser l'approche téléologique pour interpréter une disposition

¹⁴ Précité, n. 6, à la p. 344.

de la Charte. Pour faire l'analyse des buts et des intérêts visés par une disposition constitutionnelle, le juge Dickson suggère de considérer les contextes historique, philosophique et linguistique propres à la disposition en question et, s'il y a lieu, le sens et l'objet des autres dispositions qui s'y rattachent dans le cadre de la Charte elle-même. Il ajoute qu'il est nécessaire de chercher le but de la disposition en fonction «de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même».

C'est avec ces objectifs plus larges et généraux de la Charte que nous proposons de commencer notre analyse. Nous voulons démontrer que la nature et les objets généraux de la Charte colorent les objets et les intérêts de chacune des dispositions qu'elle contient. Par conséquent, si les dispositions de ce document constitutionnel ont collectivement un ou plusieurs objets, il faut saisir, selon nous, le rôle de chacune dans la réalisation de ces objets pour arriver à définir les buts ou intérêts propres à chacune d'elles. Autrement dit, ces objectifs larges sont reliés généralement à chacune des dispositions de la Charte. Le résultat de cette relation, et ce qui importe le plus aux fins de cette analyse, c'est qu'ils vont influencer considérablement sur le choix et le développement d'une théorie générale du contrôle judiciaire.

Nous parlerons ici des «buts généraux», des «objets de base», des «objectifs larges de la Charte. Nous posons pour

hypothèse qu'ils doivent déterminer le choix de la théorie du contrôle judiciaire. Nous ne prétendons pas, cependant, que les idées des constituants quant aux objets de chacune des dispositions constitutionnelles doivent être décisives, mais simplement que les intentions premières des constituants relativement au rôle ou à la fonction de la Charte devraient être de grande importance pour les interprètes de la Charte. Ce point de vue a été énoncé par le professeur Patrick Monahan dans un travail intitulé «Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada». ¹⁵ Bien que nous ne partageons pas les conclusions de son analyse, nous nous rangeons à son avis en ce qui concerne le pouvoir persuasif des intentions générales des constituants:

The views of the drafters may not be conclusive in resolving constitutional ambiguity, but this does not necessarily imply that their intentions should be simply ignored. Indeed, it would be impossible or absurd to attempt to construe the Charter without taking the intentions of the drafters into account in some minimal fashion. The Court has declared its support for a «purposive» interpretation of the Charter, which surely makes the purposes of the drafters of the document relevant and significant. Moreover, the Court's recent jurisprudence surrounding the Constitution Act, 1867 has made increasing reference to legislative history. Thus the real issue is not whether the intentions of the drafters are relevant at all but rather what weight ought to be attached to this material.

Professor Dworkin has attempted to answer this question through reference to a distinction

¹⁵ Patrick Monahan, Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada, Carswell, Toronto, 1987.

between «concepts» and «conceptions». A «conception» is a specific account or understanding of what the words one is using mean, whereas a «concept» invites discussion about what words used to convey some general idea mean. Concepts are not tied to the author's situation and intentions in the way conceptions are. Moreover, a concept is sufficiently vague and abstract such that its content is not usually specific enough to decide troubling cases. People may agree on some paradigmatic case which exemplifies the concept, but its boundaries will remain «contested» and perennially open to dispute. Dworkin's view is that only the concepts used by the drafters of the constitution are binding on latter interpreters; although the drafters may well have conceptions of their own as to the meaning of constitutional language, these conceptions need not be used in deciding cases. Dworkin's conclusions on this point are apparently derived from the views of the drafters themselves who, according to Dworkin, did not intend to give their own conceptions any special weight.

Dworkin's concepts-conceptions distinction, while extremely suggestive, has been subjected to widespread criticism in the American constitutional literature. Despite the difficulties with Dworkin's approach, it does capture one important truth about the significance of authorial intent in constitutional interpretation: judges deciding cases ought to take serious account of generalized purposes or intentions of the drafters, while at the same time according less weight to their views as to the precise meaning of particular words or phrases. This conclusion follows from the very nature of the process of drafting a constitution. A constitution is designed to state the general and enduring principles which are to govern the life of the polity. The role of the drafters is simply to define those general purposes rather than to decide individual cases. The task of applying the language of the document to particular circumstances is the responsibility of judges rather than the authors. It follows that judges should pay particular attention to the general purposes and policies of the drafters, but accord little or no weight to their opinions on the

outcome of particular cases. 16

(Le souligné est nôtre.)

La distinction entre «concepts» et «conceptions» discutée par Ronald Dworkin et Patrick Monahan jouit d'un appui judiciaire important. Dans l'arrêt La Reine c. Therens 17, le juge Le Dain a référé explicitement à cette distinction du professeur Dworkin en expliquant pourquoi on ne devrait pas accepter l'interprétation du mot «détention» formulée par la Cour suprême 18 dans le contexte de la Déclaration canadienne des droits 19 dans la cadre de l'interprétation de l'article 10 de la Charte 20. Nous sommes d'avis que ce principe général d'interprétation est bien-fondé, que les tribunaux ne devraient pas être liés par les interprétations des auteurs de la Charte mais qu'ils devraient plutôt tenir compte des concepts et des idéaux plus larges que partageaient les constituants. Nous

16 Ibid., aux pp. 82-83. Voir aussi le professeur Paciocco, précité, n. 7, aux pp. 58 et 62-65 où ce dernier soutient que, tout au moins en ce qui concerne la procédure pénale, on devrait chercher pour le «principe» ou le «concept» qui anime le droit sous étude et non l'interprétation précise qu'avaient à l'esprit les auteurs de la Charte lorsqu'ils ont rédigé la disposition en question. Lui aussi a référé aux propos du professeur Dworkin pour arriver à cette conclusion.

17 [1985] 1 R.C.S. 613.

18 Voir Chromiak c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 471.

19 S.R.C. 1985, Appendice III.

20 Précité, n. 17., à la p. 638. Bien que le juge Le Dain ait été dissident en ce qui concerne le résultat final, il avait l'appui unanime de la Cour suprême à l'égard de ses propos concernant l'interprétation de l'article 10.

croyons que le raisonnement de ce principe devient plus difficile à contester à l'égard des concepts les plus généraux de la Charte, c'est-à-dire, à l'égard des principaux objectifs de la Charte.

Si l'on accepte cette hypothèse, selon laquelle il faut tenir compte des les objets principaux et généraux des constituants dans l'interprétation des dispositions de la Charte il faut a fortiori que toute théorie générale du contrôle judiciaire en tienne compte. Quels sont, alors, les objets généraux de ce document constitutionnel?

2. Les objets généraux de la Charte

Tout comme les objets de ses dispositions individuelles, les objets généraux de la Charte elle-même sont difficiles à discerner. Les constituants de 1982 ²¹ ont adopté la Charte pour des raisons diverses. Néanmoins, on peut reconnaître dans le contexte historique de la Charte deux raisons principales de son adoption. Ces raisons expliquent pourquoi le Canada a une

²¹ L'expression «les constituants de 1982» a été employée jusqu'à présent comme s'il s'agissait d'un groupe de personnes homogène et identifiable. Dans le contexte canadien, cette hypothèse est sujette à caution. «Les constituants de 1982» ne sont pas nécessairement un groupe déterminé et limité. On peut reconnaître de nombreuses personnes comme «constituants». Par exemple, il est évident que les premiers ministres et les ministres de 1982 entrent dans cette catégorie floue des «constituants de 1982». Ces hommes (ils étaient tous des hommes) ont utilisé leur autorité politique, d'abord pour représenter leurs juridictions respectives dans les négociations constitutionnelles, et ensuite, pour entériner l'accord constitutionnel à titre de mandataires du peuple canadien. D'autres personnes ont également participé au processus d'adoption de l'Accord de 1981. Par exemple, des sous-ministres et d'autres fonctionnaires, ainsi que des témoins qui ont comparu devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes. Tous ces intervenants ont participé de près ou de loin à l'adoption de la Charte. A cet égard, ils sont tous des constituants. Mais on ne doit pas oublier l'objectif de cet exercice analytique. En examinant les intentions des «constituants», on cherche à découvrir les objets plus larges de la Charte, soit ses principes fondamentaux. C'est pourquoi les actes et les paroles des intervenants qui ont participé au texte de la Charte seulement ne sont pas pertinents au présent exposé. Ce sont les raisons de l'existence même de la Charte qu'on vise ici. Les actes des intervenants secondaires n'aident pas à comprendre pourquoi le Canada a opté pour une charte des droits. On examinera donc ici les motivations, les intentions et les paroles des acteurs politiques principaux, tels les premiers ministres et leurs ministres, qui étaient intimement associés au problème constitutionnel, afin de comprendre ce qui les a conduits à enchâsser une charte des droits dans la constitution canadienne.

Charte; elles rendent compte des objectifs politiques, philosophiques et pratiques de la Charte et font comprendre aux juristes canadiens sa nature constitutionnelle. Pour faciliter la discussion, voici ce que sont les objectifs en question:

(a) La Charte devrait fournir aux Canadiens une protection efficace de leurs droits et libertés fondamentaux;

(b) La Charte devrait favoriser l'unification de la fédération canadienne en consacrant d'une manière constitutionnelle les valeurs fondamentales que tous les Canadiens partagent.

Nous discuterons ces deux objectifs larges par l'ordre utilisé plus haut.

- (a) La Charte devrait fournir aux Canadiens une protection efficace de leurs droits et libertés fondamentaux

A l'époque de la Confédération, en 1867, les constituants n'ont pas cru nécessaire de rédiger un document portant sur les droits de la personne. Ils croyaient que l'adoption d'une constitution semblable à celle du Royaume-Uni suffirait aux besoins constitutionnels des citoyens de leur futur pays. Depuis la Confédération cependant, les Canadiens ont réexaminé la pertinence de cette décision. Depuis les années 30, on demandait l'adoption d'un texte sur les droits de la personne. Certains facteurs ou événements ont joué un rôle non négligeable dans cette remise en question. Le premier facteur était l'existence du Bill of Rights américain.

Il faut noter, avant de comparer le Bill of Rights américain et de la Charte canadienne des droits et libertés, que ces deux documents constitutionnels ont des origines très différentes. Le Bill of Rights est né d'une pensée libérale révolutionnaire et a fait partie intégrante de la Révolution américaine du XVIII^e siècle. Par contre, le Canada d'aujourd'hui n'est pas le produit d'une révolution mais est plutôt le produit d'une évolution graduelle, et la Charte, bien qu'elle partage d'une manière très générale la philosophie que du Bill of Rights, est née au sein d'un État-providence du XX^e siècle. Malgré ces

différences assez profondes, les juristes canadiens sont depuis longtemps fascinés par le Bill of Rights américain.

Bien avant l'essor du mouvement international de la protection des droits de la personne, des intervenants ont témoigné devant la Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces en 1937. Ils soutenaient que «[l]iberties sometimes have to be maintained not by, but against majorities» (une pensée constitutionnelle très américaine) et, ayant constaté qu'il en était ainsi aux États-Unis, ils ont suggéré que:

If it is not already the case, these rights [of citizens] should be so imbedded in the constitution that nothing short of an amendment of the constitution could abridge them. ²²

L'idée américaine d'enchâssement constitutionnel des droits de l'individu a été adoptée par le professeur A.R.M. Lower qui s'est prononcé sur ce sujet dans un article intitulé «Some reflections on a Bill of Rights». ²³ Évidemment inquiet et choqué par les abus commis contre les individus avant et pendant la Deuxième Guerre mondiale, il a présenté sa conception d'une charte des droits pour le Canada, tout en se référant au Bill of Rights américain à titre d'instrument exemplaire:

²² Mémoire de Coyne, Lower et Macfarlane pour «Native Sons of Canada», Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces, le 8 décembre 1937 à Winnipeg, Manitoba, à la p. 20.

²³ (1947), 16 Fortnightly L.J. 216.

...We must get back to the principles of the common law, and in returning to them we shall find ourselves resting also on another great body of doctrine, a body of doctrine upon which the strong neighbouring nation [États-Unis] still rests. That body of doctrine is the natural rights philosophy of the 18th century, and it is enshrined in the Declaration of Independence, and the first ten amendments of the American Constitution [the Bill of Rights].²⁴

Un autre juriste canadien, W. Glen How, a également appuyé l'idée de l'enchâssement constitutionnel des droits de l'individu. Dans un article publié en 1948, «The Case for a Canadian Bill of Rights²⁵, il s'est référé à maintes reprises à la Constitution américaine ainsi qu'à la jurisprudence et à la doctrine constitutionnelles américaines pour étayer sa thèse selon laquelle le Canada devrait inclure une déclaration des droits dans sa Constitution. Dans sa conclusion, il cite le juge O'Halloran de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a dit, à l'appui de l'adoption d'une charte canadienne des droits:

No Canadian can rest content unless he is convinced that his citizenship as such guarantees to him constitutionally equally full rights as are enjoyed by his friends and neighbours in the United States of America.²⁶

Les commentaires de ces juristes démontrent que,

²⁴ Ibid., à la p. 237.

²⁵ (1948), 26 Rev. Bar. Can. 759.

²⁶ Le juge O'Halloran a fait ces remarques dans son article «Inherent Rights», Obiter Dicta, journal étudiant de l'Osgoode Hall Law School, printemps 1948, p. 30, cité par How à la p. 796.

depuis l'époque du débat concernant le renouvellement de la constitution canadienne, le Bill of Rights américain a eu une influence considérable sur la pensée constitutionnelle canadienne. Maintenant dans la tranquillité relative qui suit ce débat, on se rend compte que cette influence procède de la notion générale de «constitutionnalisation» ou d'«enchâssement constitutionnel» des droits et libertés fondamentaux. Certains, tels le professeur Lower, ont soutenu que le Canada pouvait adopter le Bill of Rights américain comme sien simplement en faisant des modifications mineures. Ces derniers arguments semblent ne pas avoir survécu à la démarche canadienne en vue de l'adoption d'une charte. La structure et le libellé de la Charte diffèrent notablement de ceux du Bill of Rights. Ce qui est resté de cette démarche, cependant, a été l'idée d'enchâssement constitutionnel, et cette idée elle-même a été modifiée pour répondre à des besoins constitutionnels spécifiquement canadiens.²⁷

Un autre facteur externe important qui a motivé l'adoption d'une protection efficace des droits de la personne a été la Deuxième Guerre mondiale, et les conséquences qu'elle a eues au Canada comme à l'étranger.

Cette guerre a exercé une profonde influence sur l'attitude des juristes canadiens à l'égard des droits de la

²⁷ Voir à cet égard Anne Bayefsky, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987), 32 Rev. de Droit de McGill 791, à la p. 825.

personne. Les horreurs qui s'y sont déroulés ont choqué tous les membres de la famille humaine, y compris les Canadiens. Les crimes commis contre l'humanité à l'étranger ont fortement ébranlé la confiance dans la philosophie juridique positiviste et dans la notion du gouvernement absolu par la majorité. Les atrocités commises sur les groupes minoritaires ont démontré la faiblesse de ces notions et la nécessité d'une protection des droits de l'individu. De plus, les Canadiens eux-mêmes se sont rendus compte progressivement que les forces de l'Axe n'étaient pas les seules à avoir violé les droits de la personne. Eux aussi étaient coupables d'avoir ignoré les droits de certains de leurs propres concitoyens. Le traitement des citoyens canadiens d'origine japonaise en est un exemple. Le système gouvernemental canadien fit donc l'objet d'une révision constitutionnelle.

Bien que cette inquiétude ait affecté les Canadiens, elle était plutôt d'ordre global. Elle s'est manifesté par l'entremise de l'Organisation des Nations Unies, nouvellement créée, dans sa Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ²⁸, trois ans seulement après la fin des hostilités. Partout dans le monde se dessinait une préoccupation à l'égard de la définition et de la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne. Sur le plan international, à part la Déclaration universelle, on a vu l'adoption de plusieurs textes internationaux: la Déclaration américaine des droits et

²⁸ Résolution de l'Assemblée générale, 217A (III), Doc. de l'O.N.U. A/810 (1948), adoptée le 10 décembre 1948.

obligations de l'homme (1948) ²⁹, la Convention européenne des droits de l'homme (1950) ³⁰, le Pacte international sur les droits civils et politiques (1966) ³¹, le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (1966) ³², la Convention américaine des droits et obligations de l'homme (1969) ³³, et tout récemment, la Convention africaine des droits et obligations de la personne et du peuple (1981) ³⁴.

Comme nous l'avons déjà signalé, les Canadiens n'étaient pas à l'abri de ce mouvement international, et plusieurs ont trouvés suffisamment d'inspiration dans les événements de la guerre pour poursuivre leur objectif d'une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux des Canadiens au niveau national. On retrouve cette inspiration chez le jeune John G. Diefenbaker dans un discours qu'il prononça à la Chambre des communes en 1947 et au cours duquel il proposa au

²⁹ O.A.S. Off. rec. O.E.A./Ser.L/V/II 23, doc. 21, rev. 6, adoptée le 2 mai 1948.

³⁰ 213 U.N.T.S. 222, adoptée le 4 novembre 1950, en vigueur le 3 septembre 1953.

³¹ Résolution de l'Assemblée générale, 2200 (XXI), 21 U.N. G.A.O.R., Supp. (No. 16) 52, Doc. de l'O.N.U. A/6316 (1966), adoptée le 16 décembre 1966, en vigueur le 23 mars 1976.

³² Résolution de l'Assemblée générale, 2200 (XXI), 21 U.N. G.A.O.R. Supp. (No. 16) 49, Doc. de l'O.N.U. A/6316 (1966), adoptée le 16 décembre 1966, en vigueur le 23 mars 1976.

³³ O.A.S. Off. Rec. O.E.A./Ser. K/XVI/I.I Doc. 65, Rev. 1, Corr. 2, adoptée le 7 janvier 1970.

³⁴ O.U.A. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 Documents juridiques internationaux 58 (1982), adoptée le 27 juin 1981.

Parlement d'adopter une Déclaration canadienne des droits, déclaration qui serait semblable à la Déclaration universelle que préparait la nouvelle Organisation des Nations Unies. Il a cependant reconnu que les déclarations internationales ne suffiraient pas pour protéger comme il convient les droits de la personne: il fallait une loi:

Des déclarations de liberté n'en garantissent pas la pratique. Si les droits des nations ou des particuliers ne sont pas consacrés par des lois, ces déclarations ne valent rien. ³⁵

Treize ans plus tard, le mouvement international en faveur de la protection des droits de la personne continuait d'affecter profondément M. Diefenbaker, à l'époque Premier ministre du Canada. Cette fois-ci lorsqu'il se leva à la Chambre des Communes, ce fut pour présenter une loi qui avait pour objet la protection des droits des individus dans les domaines de la juridiction fédérale: la Déclaration canadienne des droits ³⁶. Il est évident qu'il considérait que la Déclaration s'inscrivait dans le processus international et faisait partie intégrante du devoir du Canada à ce chapitre:

La mesure que je présente constitue le premier pas accompli par le Canada dans la voie de l'acceptation de déclaration internationale des droits de l'homme ou des principes qui ont inspiré les auteurs de ce noble document. ³⁷

35 Hansard, le 16 mai 1947, à la p. 3167.

36 Précité, n. 19.

37 Hansard, le 1^{er} juillet 1960, p. 5887.

Le processus international a poursuivi son influence sur le Canada, puisqu'en 1976 ce dernier a entériné les deux Pactes internationaux concernant les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels ³⁸. Le résultat juridique de cette ratification fut le suivant: le Canada était lié par les dispositions de ces deux documents internationaux par l'effet du droit international public. Même avant l'entérinement des deux Conventions, le Canada était déjà lié par les termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; si ce n'est sur le plan juridique, certainement sur le plan moral. Il n'est pas surprenant alors de voir M. Gordon L. Fairweather, à l'époque président de la Commission canadienne des droits de la personne, témoigner devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes, et soutenir que la charte proposée relevait de ces textes internationaux:

[TRADUCTION] En 1976, toutes les provinces avaient convenu que le Canada doit ratifier les pactes relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels découlant de la Déclaration universelle des droits, connue maintenant sous l'appellation de Déclaration internationale des droits. La charte des droits et libertés que vous étudiez en ce moment ne constitue donc pas une préoccupation strictement nationale; je dirais plutôt qu'elle découle des obligations et engagements internationaux pris par le Canada. ³⁹

38 Précités, n. 31 et n. 32.

39 Procès-verbaux et témoignage du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes, le 14 novembre 1980, p. 5:7.

Le mouvement national en faveur d'une protection juridique des droits de la personne au Canada trouve donc son origine, au moins partiellement, dans le mouvement international qui a suivi la deuxième Guerre mondiale. Nous avons déjà signalé que, même avant l'adoption de la Charte, le Canada a essayé de protéger les droits de ses citoyens, ou tout au moins les droits fondamentaux qui correspondent aux philosophies communes au monde occidental. La Déclaration canadienne, résultat de cette première tentative législative nationale d'«enchâssement», au plan fédéral, des droits fondamentaux de l'individu, a été adoptée car, selon le gouvernement fédéral de l'époque, les droits de la personne devaient être protégés par des lois pour qu'ils puissent être respectés par les particuliers eux-mêmes.⁴⁰ L'objectif du gouvernement Diefenbaker dans la promulgation de la Déclaration canadienne était de fournir aux Canadiens une protection efficace de leurs droits fondamentaux.

Malheureusement, si louables fussent-elles, les intentions des auteurs de la Déclaration canadienne n'ont pas réussi dans cet objet principal, à savoir une meilleure protection des droits fondamentaux des Canadiens. A l'exception

⁴⁰ On retrouve cette idée dans un discours de l'aspirant John G. Diefenbaker, l'artisan principal de la Déclaration canadienne: Hansard, Chambre des communes, le 16 mai 1947, pp. 3145-46.

toutefois notable de l'arrêt La Reine c. Drybones ⁴¹, la Cour suprême du Canada a carrément refusé de donner effet aux dispositions de la Déclaration, en s'autorisant du principe de la suprématie du Parlement comme leur guide. Selon la Cour suprême de l'époque, il est peu probable que la Déclaration peut lier un Parlement postérieur à son adoption à cause de l'opération de ce principe fondamental. ⁴² De plus, puisque la Déclaration ne fait

⁴¹ [1970] R.C.S. 282. Après l'adoption de la Charte, trois juges de la Cour suprême a tenté d'employer la Déclaration canadienne des droits pour invalider des procédures administratives qui visaient la détermination du statut de réfugié: voir les motifs du juge Beetz (les juges Estey et McIntyre ont souscrit à ses motifs) dans l'affaire Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177. La juge Wilson (le juge en chef Dickson et le juge Lamer ont souscrit à ses motifs) s'est appuyée sur les dispositions de la Charte pour arriver à la même conclusion. Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

⁴² Curr c. La Reine, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899-90, où le juge Laskin a dit ce qui suit à l'égard de la constitutionnalité de certaines dispositions du Code criminel adoptée après l'entrée en vigueur de la Déclaration canadienne:

[I]l faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par une loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adopté par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ces raisons doivent se rapporter à des normes objectives et faciles à appliquer, qui doivent guider les tribunaux, si on veut que l'application régulière dont il est question à l'alinéa (a) de l'art. 1, permette d'annuler une loi fédérale par ailleurs valide. En l'espèce, aucune raison ni aucune norme fondamentale n'ont été énoncées. Quant à moi, je ne suis pas

que déclarer les droits qui «ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada»⁴³, les tribunaux canadiens ont décidé que les droits qui y sont énoncés ne sont que les droits de types généraux comme les ont modifiés et précisés les lois fédérales antérieures à la Déclaration⁴⁴. A titre d'instrument de protection des droits de la personne dans le domaine fédéral, la Déclaration a donc perdu son sens et, juridiquement, elle est devenue lettre morte peu de temps après son adoption.⁴⁵ Une loi ordinaire ne suffit pas pour écarter le principe de la suprématie parlementaire: il faut une loi constitutionnelle pour ce faire.

disposé à faire des conjectures à ce sujet.

43 Déclaration canadienne, précité, n. 19, art. 1.

44 La Reine c. Burnshine, [1975] 1 R.C.S. 693; La Reine c. Miller et Cockriell, [1977] 2 R.C.S. 680.

45 Malgré l'échec de la Déclaration canadienne des droits sur le plan judiciaire, il faut admettre qu'elle a eu et qu'elle continue d'avoir des effets positifs sur le plan législatif fédéral. L'article 3 de la Déclaration exige que «le ministre de la Justice ... [examine] tout règlement transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement, en application de la Loi sur les textes réglementaires, ainsi que tout projet ou proposition de loi soumis ou présentés à la Chambre des communes par un ministre fédéral en vue de rechercher si l'une quelconque de ses dispositions est incompatible avec les fins et dispositions de la présente Partie [articles 1, 2, 3 et 4]], et [qu'il signale] toute semblable incompatibilité à la Chambre des communes dès qu'il en a l'occasion». Voir les propos de l'honorable W.S. Tarnopolsky de la Cour d'appel de l'Ontario,, à l'époque professeur, à cet égard dans son ouvrage, The Canadian Bill of Rights (2e édition révisée) (The Canadian Publishers, Toronto, 1975, aux pp. 125-28). Néanmoins, cet effet positif constant ne fonctionne pas indépendamment des interprétations judiciaires. En déterminant si une loi ou un règlement est incompatible avec la Déclaration canadienne des droits, le ministre de la Justice doit considérer les interprétations judiciaires de ses dispositions. Évidemment, si les tribunaux interprètent les dispositions de la Déclaration de façon restrictive, l'efficacité de la Déclaration sur le plan législatif est affectée.

Pour les défenseurs des droits de la personne, le destin malheureux de la Déclaration n'a fait que jeter de l'huile sur le feu et les a incités à faire pression davantage en faveur de l'enchâssement des droits fondamentaux dans la Constitution⁴⁶. Certains, exaspérés, ont prétendu que la Cour suprême aurait dû reconsidérer sa position au regard de la Déclaration et qu'elle aurait dû lui reconnaître un statut quasi-constitutionnel dans l'interprétation de ses dispositions.⁴⁷ D'autres juristes ont poursuivi l'objectif d'une charte constitutionnelle. D'après eux, l'échec jurisprudentiel de la Déclaration canadienne a tracé le chemin à suivre: une Charte constitutionnelle de nos droits fondamentaux. On entendit donc des constitutionalistes, tels le

⁴⁶ Voir les propos du professeur Peter Hogg, Constitutional Law of Canada, 2d ed. (Carswell, Toronto, 1985), à la p. 650:

The enactment of the Canadian Bill of Rights did not satisfy those who advocated a bill of rights for Canada. It was a merely statutory instrument. It did not apply to the provinces. And it had been given little effect even in its application to the federal government. Indeed, the inadequacies of the Canadian Bill of rights were often offered as reasons for the adoption of a more effective bill.

(Le souligné est nôtre.)

⁴⁷ Walter S. Tarnopolsky, à l'époque, professeur, «The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights» (1975), 53 Rev. Bar. Can. 644, à la p. 672. Ironiquement, après l'adoption de la Charte, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de ce statut quasi-constitutionnel de la Déclaration: Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357 à la p. 366.

professeur Gérard A. Beaudoin ⁴⁸, se prononcer en faveur de cet objectif, eu égard à l'échec de la Déclaration canadienne des droits:

Nous concluons de cette étude que l'idéal serait que les autorités fédérales et provinciales se mettent d'accord sur une véritable Déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux. ⁴⁹

(Le souligné est nôtre.)

Pierre Trudeau, alors Ministre de la Justice, remarquait que la Déclaration canadienne n'était pas parvenue à contenir les pouvoirs législatifs et exécutifs face aux droits fondamentaux des Canadiens. C'est pourquoi il proposa l'enchâssement d'une déclaration des droits dans la Constitution canadienne:

Ce n'est qu'en donnant une forme constitutionnelle à une Charte cadre que les droits fondamentaux de tous les Canadiens recevront une protection égale. Une Charte des droits ainsi faite stipulerait clairement quels sont les différents droits qui doivent être protégés et soustrairait ces droits à l'atteinte des gouvernements. Contrairement à la plupart des modifications constitutionnelles, une telle modification n'impliquerait pas un transfert de pouvoirs législatifs d'un ordre de gouvernement à l'autre. Au contraire, elle exige simplement une volonté commune de restreindre le pouvoir de tous les ordres de gouvernements. Ainsi, toutes les valeurs fondamentales de la société canadienne, qu'elles soient politiques, juridiques, égalitaires ou linguistiques, pourraient être sauvegardées partout au Canada d'une manière dont

⁴⁸ Récemment nommé sénateur.

⁴⁹ Gérard Beaudoin, «La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux» (1975), 53 Rev. Bar. Can. 675, à la p. 713.

la Déclaration des droits de 1960 et toutes autres déclarations de droits que pourraient promulguer les provinces ne sauraient assurer. 50

Il est indéniable que les artisans de la Charte ont souhaité protéger les valeurs et les droits fondamentaux des Canadiens. Sans aucun doute ils carressaient également l'espoir que ce nouvel instrument de protection des droits fondamentaux se révélerait plus efficace que la Déclaration fédérale. Ils souhaitaient en somme que toute nouvelle protection nationale des droits fondamentaux tire sa substance indépendamment des lois ordinaires du Parlement. L'échec de la Déclaration canadienne soulignait sans équivoque que la protection des droits de la personne par une loi ordinaire ne suffisait pas et que seul un instrument constitutionnel pouvait surmonter les difficultés inhérentes à la Déclaration canadienne. Simultanément, au cours des années 50, 60 et 70, la Cour suprême des États-Unis nous rappelait constamment les bienfaits que pouvait apporter une charte constitutionnelle. C'est ainsi que la démarche canadienne, entreprise peu après la Deuxième guerre mondiale, en faveur d'une protection des droits fondamentaux, a abouti graduellement au constat suivant: il fallait enchâsser les droits fondamentaux dans la Constitution si l'on voulait assurer leur protection.

Les tenants de la Charte, principalement le

50 Charte canadienne des droits de l'homme, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1968, aux pp. 14-15.

gouvernement fédéral, ont donc insisté pour qu'elle soit une loi constitutionnelle. La nature constitutionnelle de la Charte aurait pour conséquence que les droits et libertés fondamentaux y énoncés seraient mieux protégés qu'ils ne l'étaient par la Déclaration canadienne des droits. Ce serait une protection réelle et autonome et non simplement une protection interprétative et déclarative. Cette protection fournirait au peuple canadien ce que la Déclaration canadienne entendait garantir: la primauté juridique des droits fondamentaux de l'individu sur l'action gouvernementale.

Bien que la Déclaration canadienne n'ait pas atteint ses objectifs principaux, elle a fixé, en précisant ces derniers, les priorités de toute tentative ultérieure relative à la protection des droits des Canadiens. Si la Déclaration a constitué «le premier pas accompli par le Canada dans la voie de l'acceptation de la déclaration internationale des droits de l'homme ou des principes qui ont inspiré les auteurs de ce noble document»⁵¹, la Charte canadienne est le deuxième pas.⁵² La

51 John G. Diefenbaker, précité, n. 37.

52 Le juge en chef Dickson a déjà remarqué que «la Charte est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et [qu']elle comporte un bon nombre de [leurs] principes généraux [nécessaire pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale]»: Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] R.C.S. 313. Nous remarquons que Me André Morel, professeur de l'Université de Montréal, aussi perçoit cette parenté «internationale» de la Charte. Ce dernier considère que la disposition de la Charte qui démontre qu'elle se «rattache à la nouvelle génération des chartes des droits née avec la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et à laquelle appartient le Pacte

Déclaration universelle et les autres documents internationaux et nationaux analogues qui l'ont suivie avaient tous pour objet la protection des droits fondamentaux. Il faut remarquer que les droits énoncés par tous ces textes, y compris par la Charte, sont protégés parce qu'ils sont «fondamentaux» dans la société qui les protège. Dans le contexte de la Charte canadienne, ces droits et libertés comprennent collectivement certains des principes sur lesquelles reposent la société et la nation canadiennes. Si l'on comprend que les droits et libertés énoncés par la Charte et par la Déclaration canadienne, comme par la Déclaration universelle des droits de l'homme, laquelle a inspiré ces deux documents instruments canadiens, procèdent d'un contexte qui déborde les frontières canadiennes, on comprend dès lors qu'ils soient «fondamentaux» en raison de leur lien intime avec la dignité et la valeur de la personne humaine et avec le respect minimal auquel a droit chaque être humain. Cette préoccupation de base, commune à tous les activistes oeuvrant au niveau international, est reflétée dans le préambule de la Déclaration universelle, lequel exige «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine»⁵³. On retrouve la même idée dans le préambule de la Déclaration canadienne:

international relatif aux droits civils et politiques» est la clause limitative, l'article premier: «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges» (1983), 61 Rev. du Bar. Can. 81 à la p. 101.

⁵³ Déclaration universelle, précité, n. 28, para. 1 du preambule.

Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres;

....

Et afin d'explicitier ces principes ainsi que les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui en découlent, dans une Déclaration de droits qui respecte la compétence législative du Parlement du Canada et qui assure à sa population la protection de ces droits et libertés,

En conséquence, Sa Majesté ... décrète:

(Le souligné est nôtre.)

Cette assise philosophique peut expliquer pourquoi on qualifie de «fondamentaux» les droits et libertés enchâssés dans la Charte et dans les autres textes portant sur les droits de la personne. Le professeur William Conklin a analysé cette question⁵⁴ et il a conclu qu'on les qualifie de fondamentaux à cause de leur lien étroit avec le respect qu'exige la «reconnaissance d'une personne»⁵⁵; autrement dit, les droits qui sont vraiment «fondamentaux» le sont parce qu'ils se fondent sur le respect dû à chaque individu en tant que personne humaine.⁵⁶

⁵⁴ William Conklin, In Defence of Fundamental Rights, (Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1979).

⁵⁵ Ibid., aux pp. 219-20.

⁵⁶ Voir Robert Samek, «Untrenching Fundamental Rights» (1982), 27 Rev. de droit de McGill 755 où ce dernier appuie la théorie du professeur Conklin selon laquelle les droits protégés par la Charte devraient être considérés comme «fondamentaux» à cause de leur lien avec le respect de la personne humaine (voir infra). M. Samek s'oppose toutefois à l'affirmation de Conklin selon laquelle la Charte ne procède que d'une philosophie libérale: aux pp. 781-86. Bien que la Charte puisse s'interpréter

Des juges de la Cour suprême du Canada ont déjà noté l'existence d'un lien étroit entre l'adoption de la Charte et la protection de la dignité et de la valeur humaines. L'actuel juge en chef Dickson a déclaré dans l'affaire La Reine c. Big M Drug Mart Ltd. ⁵⁷ que l'on «voit facilement le rapport entre le respect de la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive [la] protection constante» des droits et libertés visés par la Charte. ⁵⁸

Le juge Lamer, dans l'arrêt Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.) ⁵⁹ a également évoqué cette relation entre certaines des dispositions de la Charte et le respect de l'existence humaine. En interprétant l'expression «principes de justice fondamentale» trouvée à l'art. 7, il a constaté que les articles subséquents 8 à 14 fournissent une «indication exceptionnelle» du sens de cette expression, constituant «des éléments essentiels d'un système de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne

en fonction d'autres assises philosophiques générales que le libéralisme, nous croyons quand même que les dispositions de la Charte doivent être interprété en fonction du contexte social et philosophique où se trouve le Canada. Comme l'a noté le juge en chef Dickson, à l'époque juge, dans l'arrêt La Reine c. Big M Drug Mart Ltd., précité, n. 6, il faut «se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, ..., elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés»: à la p. 344.

57 Ibid.

58 Ibid., à la p. 346.

59 [1985] 2 R.C.S. 486.

humaine» (préambule de la Déclaration canadienne des droits) et en «la primauté du droit» (préambule de la Charte canadienne des droits et libertés)» 60.

Une discussion approfondie de cette relation entre la Charte et la dignité humaine figure dans le jugement rendu par la juge Wilson dans la célèbre affaire La Reine c. Morgentaler 61. Elle se réfère expressément à cette relation:

La Charte et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de la dignité humaine. 62

La notion de la dignité trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la Charte. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupations ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la Charte, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans la mesure de possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien. 63

Compte tenu des propos tenus par les juges, il est raisonnable d'attribuer aux auteurs de la Charte cette préoccupation même qui a conduit le législateur à édicter la Déclaration canadienne des droits et de nombreux pays à adopter

60 Ibid., à la p. 503.

61 [1988] 1 R.C.S. 30.

62 Ibid., à la p. 164.

63 Ibid., à la p. 166.

la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il faut admettre ici que le lien entre la Charte et la notion de la dignité est une préoccupation qui procède au Canada d'une perspective philosophique occidentale: on ne trouve pas beaucoup de droits de nature explicitement socio-économique dans les dispositions de la Charte.⁶⁴ Eu égard aux diverses perspectives philosophiques et politiques qu'avaient les constituants de 1982, il nous est impossible de spécifier précisément l'assise philosophique sur laquelle devrait reposer la Charte. A notre avis, nous ne pouvons qu'affirmer que la Charte est conforme à «l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et [leurs] principes généraux». Donc, nous soutenons que, dans la mesure où la Charte, comme son prédécesseur, la Déclaration canadienne, vise à assurer une protection plus efficace des droits fondamentaux des Canadiens, elle établit une protection de base réelle et positive de la dignité et la valeur de la personne humaine.

L'analyse précédente de l'objectif d'une meilleure protection des droits fondamentaux des Canadiens peut nous faire comprendre pourquoi les droits et libertés qui sont protégés par la Charte sont ainsi protégés et pourquoi cette protection a pris la forme d'un document constitutionnel. Mais elle ne nous fait

⁶⁴ Voir à titre d'exemples illustratifs de droits de nature socio-économique les dispositions des articles 22-27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la plupart des dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, précité, n. 28 et 32 respectivement.

pas comprendre les forces qui ont conduit à l'adoption de la
Charte

(b) La Charte devrait favoriser l'unification de la fédération canadienne

Le second but de l'adoption de la Charte est obscur. Il n'apparaît pas clairement, à moins que l'on ne suive le sentier difficile suivi dans ce processus. ⁶⁵

Bien que le mouvement de la protection des droits de la personne, au Canada comme à l'étranger, ait inspiré les auteurs de la Déclaration canadienne des droits, l'énergie catalytique de la Charte a été la menace de décentralisation, et peut-être même de désintégration, de la nation canadienne. Tout au long de la Dépression et de la Seconde Guerre mondiale, et durant la vingtaine d'années qui l'a suivi, le gouvernement fédéral est parvenu à centraliser le pays grâce à des amendements constitutionnels ⁶⁶ et à son pouvoir fiscal ⁶⁷. Néanmoins, depuis

⁶⁵ On trouve un excellent résumé de ce processus politique dans l'ouvrage, The Law of the Charter: General Principles, écrit par le professeur Dale Gibson: précité, n. 7, aux 30-39.

⁶⁶ Loi constitutionnelle de 1940 concernant l'assurance-chômage; Acte de l'Amérique du nord britannique (No. 2), 1949 concernant le pouvoir de modifier «la constitution du Canada» avec certaines exceptions (maintenant abrogée par la Loi constitutionnelle de 1982); l'Acte de l'Amérique du nord britannique, 1951 concernant les pensions de vieillesse (maintenant abrogé par la Loi constitutionnelle de 1982); la Loi constitutionnelle de 1964 concernant les pensions de vieillesse.

⁶⁷ Voir Hogg, précité, n. 46, où il dit, aux pp. 127-28:

In recent years, the depression of the 1930s followed by the second world war led to a great

la fin des années 50, le Canada connut un fort accroissement du

increase in federal power. The depression, as well as nearly bankrupting some provinces, emphasized the importance of national monetary and banking systems as economic tools. The war effort required central direction of the economy, and enormous national resources. The resulting concentration of federal power continued well into the postwar period.

There were a number of reasons why the pendulum did not start to swing back until the mid-1950s. First of all, of course, the growth of federal power had altered the balance of bargaining power to a degree which would take years for the provinces to redress even if they strove single-mindedly to that end. Secondly, the problems of postwar reconstruction were comparable in magnitude to those of the war, and the federal government had in fact developed ambitious national policies for the transition to peace and an unprecedented level of prosperity. Thirdly, humanitarian and egalitarian ideals which emphasized governmental responsibility for the provision of minimum standards of income, health, education and welfare to all Canadians could only be fulfilled by action at the national level. Fourthly, the existence of only one taxing authority eliminated much complexity and duplication in collection machinery and in the obligations of taxpayers to file returns, and enabled one national fiscal policy to regulate the economy and stimulate employment. And fifthly, there were administrative and political advantages to the provinces in not having to administer a system of tax collection, and in not having to take responsibility for levying the most painful taxes. These factors all combined to produce a continuation of highly centralized fiscal arrangements well into the 1950s. (Some of the factors are, of course, enduring and will assure the federal government a major fiscal role into the foreseeable future.) In the tax rental agreements of 1947-1962 Ottawa remained the sole taxing authority, and it used the power of the purse to establish conditional grant and shared-cost programmes, which extended federal power deeply into the traditionally provincial domains of housing, highways, health and social welfare;....

pouvoir des provinces par rapport à celui du gouvernement fédéral. Les commentateurs R. Rainer Knopff et F.L. Morton ont expliqué comment ce mouvement général décentralisateur s'est produit:

L'accentuation de cette tendance à la décentralisation au Canada s'explique par des facteurs multiples et complexes. Un des plus importants, toutefois, est l'importance croissante des domaines de compétence provinciale dans la mise en place du régime de sécurité sociale depuis la Seconde Guerre mondiale. Les possibilités de décentralisation inhérentes à l'utilisation de ces pouvoirs ont enflammé les imaginations et exalté les ambitions des élites politiques des provinces, en particulier les nationalistes à tous crins qui sont arrivés au pouvoir au Québec dans les années 1960. Toutefois, les gouvernements provinciaux étaient dans l'incapacité d'agir d'une façon effective tant qu'Ottawa monopolisait les ressources fiscales et les utilisait pour empiéter sur les domaines de compétence provinciale à l'aide de subventions conditionnelles. La grande priorité des provinces devint dès lors de modifier cette situation. ⁶⁸

Comme Knopff et Morton le mentionnent, c'est au Québec où cette force centrifuge a été la plus forte. Dès la fin des années 50 et après l'élection du gouvernement Lesage, la société québécoise a subi une transformation énorme, que l'on appelle «la révolution tranquille». Au cours de cette révolution, le Québec a cessé d'être une société rurale et conservatrice pour

⁶⁸ R. Rainer Knopff et F.L. Morton, «Le développement national et la Charte», dans Alan Cairns et Cynthia Williams, coordinateurs, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Volume 33 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, aux pp. 156-57.

devenir une société moderne et cosmopolite; d'abord une société où la majorité francophone était dépendante économiquement, le Québec est devenu une société dont les citoyens de langue française ont graduellement obtenu le contrôle de leur propre destinée.

Ces forces nationalistes, d'abord représentées par les gouvernements Lesage et Johnson, exigeaient que le Québec obtienne un pouvoir accru pour permettre à la société québécoise de disposer des compétences nécessaires à son épanouissement. Le gouvernement central estimait que se rendre aux demandes du Québec entraînerait la scission de la fédération et il entremit alors d'agir à l'encontre de ces forces nationalistes. Sous la direction du Premier ministre Lester B. Pearson le gouvernement fédéral lança une contre-offensive en adoptant un programme fédéral de bilinguisme et de biculturalisme ⁶⁹. Ce programme avait pour objet la promotion et l'articulation de l'une identité «canadienne» chez les francophones du Canada mais on voulait en réalité légitimer le gouvernement fédéral aux yeux des francophones du Québec ⁷⁰. Le nationalisme québécois, cependant,

⁶⁹ Voir le Rapport de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1967-70. Voir également la Loi sur les langues officielles, R.S.C. 1970, chap. O-2.

⁷⁰ Voir Knopff et Morton, précités, n. 68, à la p. 160:

Le tout premier exemple de cette seconde stratégie [l'établissement et l'articulation des conditions d'une identité nationale qui transcendait les identités régionales] est la Loi sur les langues officielles, adoptée en 1969 qui

n'allait pas s'apaiser aussi facilement. Les demandes en faveur d'un fédéralisme renouvelé devinrent de plus en plus insistantes, voire radicales aux yeux du gouvernement fédéral, puisqu'elles visaient la reconnaissance d'un statut particulier pour le Québec au sein de la fédération canadienne. Lorsque, suite à la célèbre Conférence sur la Confédération de demain, le gouvernement fédéral reconnut enfin qu'il fallait régler la question constitutionnelle, il répondit aux demandes du gouvernement québécois par un ensemble de propositions constitutionnelles qui entendaient neutraliser la menace du pouvoir croissant des provinces, surtout celui du Québec. ⁷¹ Le pivot de cet ensemble de propositions était une Charte constitutionnelle des droits. ⁷²

visait à désamorcer les tendances provincialistes au Québec non en restructurant les institutions du gouvernement central, mais en s'assurant que plus de fonctionnaires parlent français et que les services gouvernementaux en français soient plus répandus. Ottawa a essayé ainsi de saper la thèse des nationalistes québécois selon laquelle le Québec est la seule véritable patrie des francophones en Amérique du Nord et que seul le gouvernement du Québec peut par conséquent représenter les Québécois.

⁷¹ Le professeur David Paciocco estime que les deux questions qui ont provoqué et qui justifiait la réforme constitutionnelle de 1981-82 étaient «the Quebec question and the repatriation initiative»: précité, n. 7, à la p. 60. Nous croyons que ces deux questions ne sont pas indépendantes mais qu'elles sont plutôt interreliées. Le rapatriement de la constitution est devenu nécessaire à cause de la décentralisation croissante de la fédération et surtout à cause des demandes croissantes du Québec.

⁷² Voir le politologue Peter Russell, dans «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 Rev. du Bar. Can. 30, où il explique cette décision de la

Dans les publications, Le fédéralisme et l'avenir ⁷³, Une Charte canadienne des droits de l'homme ⁷⁴, et La Constitution canadienne et le citoyen ⁷⁵, le gouvernement a fait maintes fois référence à la nécessité d'une Charte constitutionnelle. Le Premier ministre Pearson n'a-t-il pas dit:

Le premier objectif de la Fédération canadienne, selon le gouvernement du Canada, c'est de protéger les droits des particuliers. Cela signifie tout d'abord garantir les droits personnels de tous les Canadiens....

Les droits de l'individu - sur le plan humain et

façon suivante à la p. 32:

However, the very success of the Confederation of Tomorrow Conference in raising national expectations about both the necessity and the possibility of responding creatively to Quebec's constitutional discontents seemed to convince the Prime Minister [Pearson] and his Justice Minister Pierre Trudeau, who was soon to succeed him, that a different strategy was needed. The constitutional issue could no longer be kept on the back burner. But if constitutional reform was to be seriously pursued, it was essential that Quebec's demands be countered by proposals designed to have a unifying effect on Canada. It was at this point the federal government urged that a charter of rights be at the top of the constitutional reform agenda.

⁷³ Premier Ministre Lester B. Pearson, Gouvernement du Canada, Le fédéralisme et l'avenir, Déclaration de principe et exposé de la politique du Gouvernement du Canada, Conférence sur la Constitution, 1968, Ottawa, les 5, 6 et 7 février 1968, Imprimeur de la Reine, Ottawa.

⁷⁴ Précité, n. 50.

⁷⁵ Premier Ministre Pierre E. Trudeau, La Constitution canadienne et le citoyen (un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales), Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1969.

linguistique - sont tellement essentiels à cette volonté de survivance du pays, que le gouvernement du Canada, à titre de première étape dans la revue de la Constitution,.... que ces droits soient garantis dans la loi fondamentale...⁷⁶

Très tôt dans sa carrière politique, Pierre Trudeau, lui aussi, a vu l'adoption d'une Charte constitutionnelle comme l'une des premières étapes nécessaires d'une réforme constitutionnelle canadienne.

S'accorder sur les valeurs communes à tous les individus est donc un premier pas essentiel. Mais un accord sans résultats pratiques ne constituent qu'un geste symbolique. Si nous pouvions véritablement nous entendre sur les droits et les libertés que nous estimons essentiels à tous les Canadiens, nous devrions également être prêts à leur accorder une protection légale toute particulière. Une fois inclus dans un document constitutionnel, ces droits et libertés représenteraient pour tous les gouvernements du Canada un énoncé de principe et une limitation à leurs pouvoirs.⁷⁷

(Le souligné est nôtre.)

Un résumé chronologique démontre la détermination du gouvernement fédéral quant au concept d'une Charte des droits nationale. En 1970, le Premier ministre Pierre Trudeau est presque parvenu à un consensus avec les provinces en faveur d'une réforme constitutionnelle qui aurait enchâssé les droits fondamentaux dans la constitution. Malheureusement, le Premier ministre québécois de l'époque, Robert Bourassa, refusa de se

⁷⁶ Précité, n. 73, à la p. 19.

⁷⁷ Précité, n. 50, aux pp. 15-16.

joindre au pacte proposé ⁷⁸ et ce fut l'échec. Malgré cette défaite, Ottawa poursuivit ses efforts de réforme constitutionnelle: en 1972, un Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes établi par le gouvernement Trudeau déposa le rapport appelé Rapport Molgat-McGuigan. On y faisait encore état d'une Charte des droits ⁷⁹.

Toutefois, en dépit de ses efforts, Ottawa ne parvint pas à affaiblir le mouvement nationaliste québécois, si bien que, le 10 novembre 1976, le Parti québécois, parti politique voué à l'indépendance du Québec, accéda au pouvoir à l'Assemblée nationale du Québec. Il va sans dire que cette élection ébranla la fédération canadienne.

L'existence même du Canada étant en question, le gouvernement fédéral regroupa ses énergies afin de neutraliser les forces dissidentes, surtout celles du Québec ⁸⁰. En 1978, Ottawa établit une Commission sur l'unité canadienne, chargée de trouver des solutions à l'état chancelant de la fédération

⁷⁸ Ce pacte s'appelle maintenant la «Charte de Victoria». Il comprenait une Charte constitutionnelle des droits.

⁷⁹ Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1972 aux pp. 13-25.

⁸⁰ En fait, il semble qu'en essayant d'apaiser le nationalisme québécois, Ottawa s'est aliéné les régions des Prairies et du Pacifique. Voir Knopff et Morton, précité, n. 68, à la p. 161, où ils disent:

Pendant un certain temps, la politique visant à faire diminuer l'aliénation au Québec l'a exacerbé dans l'Ouest.

canadienne. Les recommandations faites par cette Commission en 1980 comprenaient l'inclusion d'une Charte des droits dans la Constitution ⁸¹. Avant même que la Commission ait rendu son rapport, le gouvernement Trudeau avait déposé un projet de loi comprenant, entre autres, une Charte des droits ⁸². Bien que ce projet de loi n'ait jamais été adopté, il avait pour but explicite l'unification nationale. Dans le livret, Le temps d'agir: jalons du renouvellement de la fédération canadienne ⁸³, publié en 1978 pour signaler l'introduction de ce projet de loi, le Premier ministre a précisé que «le renouvellement du fédéralisme canadien doit faire du Canada un pays auquel tous les citoyens pourront donner sans réserve leur allégeance et leur loyauté ⁸⁴. Dans cette publication, le gouvernement fédéral proposait deux conditions préalables pour ce renouvellement: la première était que le Canada demeure une véritable fédération; la seconde était qu'une Charte des droits et libertés fondamentaux soit insérée dans la nouvelle constitution, et qu'elle soit applicable aux deux ordres de gouvernement ⁸⁵.

⁸¹ Voir le Rapport de la Commission sur l'unité canadienne, Se retrouver: Observations et recommandations, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1979, aux pp. 114-17.

⁸² Projet de loi sur la réforme constitutionnelle, présenté en juin 1978.

⁸³ Ministère des Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1978.

⁸⁴ Ibid., à la p. 13.

⁸⁵ Ibid., à la p. 23.

Lorsque le peuple québécois vota contre la souveraineté-association avec le «reste du Canada» lors du référendum de mai 1980, le gouvernement fédéral comprit qu'il avait reçu le mandat de renouveler le fédéralisme canadien. Il décida alors de donner suite à son projet de réforme constitutionnelle ⁸⁶.

Une tentative d'accord constitutionnel échoua en septembre 1980. Le gouvernement fédéral décida alors de poursuivre unilatéralement le rapatriement de la Constitution et déposa une résolution dans la Chambre des communes à cette fin ⁸⁷. Un nouveau Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes fut établi pour étudier spécifiquement les dispositions de la Charte des droits et libertés comprise dans la Résolution. De nombreux témoins comparurent devant ce comité et des changements importants furent apportés au chapitre du libellé des

⁸⁶ Jean Chrétien, Dans la fosse aux lions, Les Éditions de l'homme, Montréal, 1985, à la p. 155:

«Où allons-nous maintenant?» me demanda Pierre Trudeau, le lendemain même du référendum, soit le 21 mai 1980. Au cours de la campagne référendaire, il avait promis que la victoire du Non ne serait pas la victoire du statu quo mais plutôt un appel vers un fédéralisme renouvelé. Le temps des promesses était passé, il fallait désormais agir. Deux projets majeurs émergèrent de nos discussions: rapatrier la Constitution et la doter d'une charte des droits.

⁸⁷ Projet de résolution concernant la Constitution du Canada, publié le 2 octobre 1980; présenté à la Chambre des communes le 6 octobre 1980. Voir Hansard, Débats des communes, le 6 octobre 1980, à la p. 3280 et seq.

dispositions. D'autres dispositions furent également ajoutées. 88

Ce processus unilatéral fut stoppé toutefois suite à la décision de la Cour suprême du Canada du 28 septembre 1981. La Cour déclara que le comportement du gouvernement fédéral était valide sur le plan de la constitution écrite, mais que, sur le plan des conventions constitutionnelles, il ne l'était pas 89. Pour un amendement constitutionnel d'être valide sur le plan des conventions constitutionnelles, il faut qu'il y ait «au moins un degré appréciable de consentement provincial». 90 Cette décision judiciaire força les gouvernants à repenser la question de rapatriement.

Cette fois, la conférence fédérale-provinciale se termina par un accord entre le gouvernement fédéral et neuf des dix provinces. Le gouvernement du Québec refusa d'y souscrire. Remarquons que, pour obtenir cette entente, qui comprenait une Charte des droits, le gouvernement Trudeau dut accepter la formule d'amendement constitutionnel fortement décentralisatrice

88 Voir Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada.

89 Voir Renvoi sur l'amendement de la Constitution du Canada, [1981] 1 R.C.S. 753, 125 D.L.R. (3d) 1.

90 Ibid., à la p. 905.

proposée par les provinces ⁹¹ qui s'étaient d'abord opposées à la résolution. La seule partie du projet constitutionnel original que M. Trudeau parvint à imposer était la vénérée Charte des droits. ⁹²

⁹¹ Il y a deux raisons principales pour lesquelles nous croyons que la formule d'amendement proposée par le groupe de huit provinces initialement opposées à l'amendement du gouvernement fédéral est décentralisatrice. Premièrement, une province qui ne veut pas être liée par un nouvel amendement qui résulte en un transfert de compétence législative peut exprimer son désaccord par résolution adoptée majoritairement par sa législature et l'amendement ne s'appliquera pas à cette province: Loi constitutionnelle de 1982, article 38(3). Si l'amendement en question traite d'éducation ou d'autres domaines culturels, le Canada doit fournir «une juste compensation» à toute province qui a exercé ce pouvoir de «désaccord»: article 40. Deuxièmement, selon la formule générale d'amendement (article 38(1)), il ne faut que l'appui de deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces pour modifier la plupart des dispositions de la Constitution. Ce degré de consentement provincial est très faible et des amendements radicaux, soit très décentralisateurs ou très centralisateurs, sont donc plus possible. Selon le recensement le plus récent, on peut prévoir un amendement au Sénat, par exemple, malgré le désaccord du Québec, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, provinces qui représentent des majorités dans trois des cinq grandes régions peuplées du Canada (ces régions étant les provinces maritimes, le Québec, l'Ontario, les provinces des prairies, et la région du Pacifique). Nous remarquons que les opposants à l'accord du lac Meech soutiennent que l'accord est trop décentralisant. Nous remarquons également que la plupart des dispositions de cet accord peut être entérinée individuellement par cette formule générale. Parce que les exigences de la formule générale sont facile à remplir, la possibilité d'amendements constitutionnels mal conçus est augmentée.

⁹² Non seulement M. Trudeau dut accepter la formule d'amendement décentralisatrice, mais également l'affaiblissement de la Charte par l'effet de l'inclusion de l'art. 33, la «clause de dérogation». L'exercice de cette disposition par une province ou par le gouvernement fédéral suppose un certain «coût politique» de la part du gouvernement concerné et nous croyons pour cette raison qu'elle sera rarement employé, mais son inclusion rend compte du prix élevé qu'a dû payer le Premier ministre Trudeau pour faire accepter le principe de la Charte des droits.

Cette chronologie du processus d'adoption de la Charte suscite la question: «Pourquoi le gouvernement fédéral a-t-il été tellement insisté en faveur d'une Charte des droits et libertés?» Le gouvernement Trudeau a amplement démontré son attachement à la Charte, au risque de s'aliéner les Québécois, ces mêmes citoyens qui avaient présenté des exigences auxquelles devait répondre le «fédéralisme renouvelé» qu'était l'Accord de 1981. Cet attachement est également démontré par le retrait des exigences du gouvernement fédéral au chapitre de la formule d'amendement constitutionnel préconisée par les provinces. Pourquoi un tel comportement? Le professeur Peter Russell répond de la manière suivante:

[The Trudeau government's political] commitment [to the Charter] proved to be very strong indeed...But it was the inclusion of a constitutional Charter of Rights binding on the provinces in the package of constitutional change which Mr. Trudeau threatened to achieve, if necessary, unilaterally without provincial support that demonstrates how deeply he and his government believed in its benefits. At this point, when federal-provincial negotiations on the constitution were at an impasse, it would have been ever so much easier, from a political point of view, for the federal government to have proceeded simply with patriation and an amending formula. The insistence on coupling a constitutional charter with patriation shows how strongly the Trudeau government believed in the nation-building potential of a constitutional charter. They would risk dividing the country in order that it might become more united. This nation-building aspect was the central thesis of Mr. Trudeau's final parliamentary speech on the Charter:

«Lest the forces of self-interest tear us apart, we must now define the common thread

which binds us together.» 93

93 Russell, précité, n. 72, aux pp. 35-6. Discours de M. Trudeau: Hansard, le 23 mars 1981, p. 8519. M. Russell n'est pas le seul à partager cet avis: Cynthia Williams est également d'opinion que le combat contre les forces dissidentes était le but principal des auteurs du projet de la Charte. Voir Williams, «L'évolution des droits du citoyen», dans Alan Cairns et Cynthia Williams, coordinateurs, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Volume 33 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Gouvernement du Canada, Ottawa, 1986, pp. 111-47, à la p. 126:

Le projet de charte avait essentiellement pour but de contrer la plus puissante des forces centrifuges au sein du fédéralisme canadien pendant l'étude du projet de réforme, soit la montée du nationalisme au Québec et la menace du séparatisme.

Voir également Alan C. Cairns, «The Canadian Constitutional Experiment» (1984), 9 Dalhousie L.J. 87, à la p. 97, qui constate:

Federal policy in the recent constitutional review process was the contemporary expression of this historic and traditional federal government effort to strengthen the national community and to resist the provincialization of the Canadian people.

Enfin, les commentateurs Knopff et Morton, eux aussi, donnent une opinion semblable (précité, n. 68, à la p. 149):

Pour beaucoup d'observateurs des affaires canadiennes, la dimension territoriale de notre vie publique a pris une importance telle qu'elle menace l'unité nationale. C'est l'opinion que partageait le gouvernement libéral sous la direction de Pierre Elliott Trudeau. Dès le début, le gouvernement Trudeau a fait la modération des forces centrifuges au sein du Canada l'élément central de sa stratégie en matière de réforme constitutionnelle. La Charte des droits et libertés était un élément clé de cette stratégie: elle visait non seulement à protéger les droits, mais aussi à renforcer l'unité nationale.

Cette opinion est confirmée par des commentaires prévoyant le conflit final de 1980-81 et faits par Pierre Trudeau, alors ministre de la Justice, lors d'un discours au congrès annuel de l'Association du Barreau canadien, en 1968, à Québec. Il semblait prévoir la bataille farouche qui allait avoir lieu:

[T]he adoption of a constitutional Bill of Rights is intimately related to the whole question of constitutional reform. Essentially, we will be testing -- and, hopefully, establishing -- the unity of Canada. If we reach agreement on the fundamental rights of the citizen, on their definition and protection in all parts of Canada, we shall have taken a major first step toward basic constitutional reform. ⁹⁴

(Le souligné est nôtre.)

En appuyant la résolution unilatérale, M. Trudeau explique l'objet de l'enchâssement d'une Charte des droits dans la Constitution:

Nous devons maintenant établir les principes de base, les valeurs et les croyances fondamentales qui nous unissent en tant que Canadiens, de sorte que par-delà nos loyautés régionales, nous partageons un style de vie et un système de valeurs qui nous rendent fiers de ce pays qui nous a donné tant de liberté et une joie aussi immense. ⁹⁵

⁹⁴ «A Constitutional Declaration of Rights», Federalism and the French Canadians, Macmillan Co. of Canada, Toronto, 1968, aux pp. 54-55.

⁹⁵ Propos tenus en 1981: citation extraite de l'ouvrage intitulé La Charte canadienne des droits et liberté: un guide à l'intention des Canadiens, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1982.

(Le souligné est nôtre.)

Comme le professeur Russell le souligne, l'importance accordée par le gouvernement fédéral à l'inclusion d'une Charte des droits dans la réforme constitutionnelle ne peut s'expliquer que la conviction qu'un texte de cette nature contribuerait à l'unité canadienne. La proposition selon laquelle une Charte des droits peut unifier un pays comme le Canada semble à première vue difficile à étayer. Néanmoins, une analyse plus approfondie montre que cette assertion n'est pas dépourvue de fondement. Pour comprendre comment une Charte constitutionnelle des droits peut favoriser l'unification d'une société, servons-nous de la définition-même du terme «constitution».

Une constitution est la loi suprême d'un pays, celle qui énonce les règles de base. Voir l'article 52 de notre Loi constitutionnelle de 1982 qui énonce ce principe de façon explicite. Il se lit comme suit, en partie:

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

....

Une constitution établit les principes fondamentaux de la société qu'elle régit. Par exemple, si le pays est de type fédéral, elle fixe les limites du pouvoir de chaque ordre de gouvernement. Souvent, elle précise les relations entre le

citoyen et l'État. ⁹⁶ La Commission sur l'unité canadienne a discuté le concept de constitution, dans le livre intitulé Définir pour choisir ⁹⁷, de la manière suivante:

L'existence d'une société se fonde sur le consensus de ses membres. Ceux-ci conviennent de respecter un ensemble de règles qu'ils considèrent aptes à régir les activités de la société et de l'État. Cet ensemble de règles forme une constitution au sens le plus large du terme.

Une constitution est donc un ensemble de lois fondamentales, de coutumes et de conventions; elles forment le cadre où s'exerce le gouvernement d'un État.

Une constitution comprend essentiellement: (1) les principes, les règles et les buts fondamentaux de la vie politique d'une société, (2) la définition des principaux organes de gouvernement dans les quatre secteurs habituels -- législatif, exécutif, judiciaire et administratif -- et aussi, la définition de leur composition, de leurs fonctions, de leurs pouvoirs et des restrictions à leur compétence, (3) la définition du partage des pouvoirs et des mécanismes de coordination entre les deux ordres de gouvernement, s'il s'agit d'un État fédéral, et (4) la définition des rapports entre gouvernants et gouvernés et particulièrement des

⁹⁶ La Cour suprême du Canada a appuyé ces idées dans l'affaire, Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721. La Cour a constaté ce qui suit à la p. 745:

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme déclare l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle.

⁹⁷ Tome I du Rapport de la Commission sur l'unité canadienne.

droits de ces derniers. 98

(Le souligné est nôtre.)

Les auteurs du rapport de la Commission notent également qu'une «constitution qui inspire le respect de ses citoyens contribue à la cohésion d'un pays» 99.

Mais une constitution peut être comprise de façon beaucoup plus large. Le grand politologue Alan C. Cairns comprend le terme de cette façon. Il le définit comme l'ensemble des egos constitutionnels personnels et il explique sa définition de la manière suivante:

A constitution is not just a bundle of machinery, a big tinker toy with substitutable parts facilitating easy assembling and dismantling. It is also a body of understandings, norms, and identities of those who live the ongoing constitutional life of the country. From this perspective, we are all part of the constitution, and the evolution of our inner life has a constitutional component and significance. 100

L'idée selon laquelle une Charte constitutionnelle peut favoriser l'unité d'une fédération repose sur plusieurs théories. Pour la première, une Charte constitutionnelle étant un consensus sur les droits et libertés fondamentaux de la société qu'elle régit, elle contribue à faire ressortir les valeurs communes nationales de celle-ci, plutôt que ses

98 Ibid., à la p. 29.

99 Ibid.

100 Cairns, précité, n. 93, à la p. 103.

divergences régionales. Elle constitue donc un symbole important des valeurs et principes qui sont supposés fondamentaux pour tous les membres de la société concernée, ce qui permet aux citoyens de s'identifier à la société et à ses institutions. On peut dès lors comprendre pourquoi, selon M. Cairns, le combat constitutionnel de 1980-81 ne visait pas tant l'acquisition de pouvoirs que la façon les Canadiens allaient se percevoir à l'avenir:

The constitutional struggle, therefore, was a contest between competing definitions of Canada which carried in their wake the potential restructuring of the psyche of Canadians. It was for possession of our souls that the contending governments fought. The competing actors sought not only a practical but a symbolic reconstruction of the Canadian constitutional system -- a reconstruction designed over the long haul to transform our identities and perceptions and to direct our definitions of who we are and what Canada was all about in ways compatible with the new federalism they were bent on constructing, or in the case of the Parti Québécois, destroying.

The basic federal objective was to nationalize the environment from which the citizenry received its cues so that the future balance of federal-provincial loyalties would shift to the advantage of the central government. The basic objective of the more aggressive members of the provincial «Gang of Eight» was to do the reverse. ¹⁰¹

R. Rainer Knopff et F.L. Morton pensent que la valeur de ce symbolisme réside dans le fait qu'une Charte constitutionnelle des droits donne aux citoyens eux-mêmes une certaine prééminence par rapport aux institutions de l'État, une

101 Ibid., à la p. 98.

certaine souveraineté sur laquelle les gouvernements, qu'ils soient provinciaux ou fédéral, ne peuvent empiéter:

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique fait une large place aux gouvernements et dit très peu au sujet des rapports entre le gouvernement comme tel et la population. Par conséquent, dans la mesure où ces questions de droits ou libertés sont devenues le sujet d'une révision constitutionnelle en vertu de l'AANB, elles devaient être formulées dans les termes et les catégories du fédéralisme. Selon Reg Whitaker, cette importance donnée aux gouvernements dans la Constitution dans la mesure où elle obscurcit la souveraineté plus fondamentale des personnes, a dépouillé le pays de l'une des plus fortes sources d'identification nationale et par conséquent d'unité nationale.

«Même une fédération -- peut-être surtout une fédération -- a besoin d'un attachement émotif ou sentimental de tous au niveau national. Un État fédéral dynamique doit établir un équilibre stable entre les identités régionales, provinciales ou sous-culturelles, et une identité des citoyens en tant que citoyens avec leur État national. La reconnaissance du principe de la souveraineté des personnes est un moyen d'encourager un tel attachement à des identités plus limitées.»¹⁰²

Cette théorie est étayée par ce que le Premier ministre Trudeau a dit lui-même au sujet du prédécesseur législatif de la Charte le projet de loi de 1978. Dans la publication Le temps d'agir¹⁰³, il insistait sur le fait que la nouvelle Constitution devrait donner aux droits fondamentaux de

¹⁰² Knopff et Morton, précité, n. 68, à la p. 163, citant Reg Whitaker, «Democracy and the Canadian Constitution» dans And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act (Methuen, Toronto, 1983), aux pp. 246-47.

¹⁰³ Précité, n. 83.

l'individu la pré-éminence par rapport à l'État:

La primauté des citoyens et de leurs libertés

Le renouvellement de la fédération doit consacrer la primauté des citoyens sur les institutions, garantir leurs droits et libertés, et assurer que ces droits et libertés sont inaltérables.

....

Aucune loi d'aucun parlement ne peut renforcer la solidarité ou développer la sympathie et l'amitié entre les collectivités canadiennes. C'est aux citoyens eux-mêmes qu'il appartient d'assumer pleinement l'identité canadienne et de l'exprimer par leurs actions et leurs comportements individuels et collectifs.

Les Canadiens progresseront d'autant plus dans cette voie si leurs gouvernements reconnaissent la primauté de leurs droits et libertés en les inscrivant dans la Constitution...¹⁰⁴

(Le souligné est nôtre.)

M. Peter Russell, cependant, après avoir remarqué que l'effet unificateur le plus notable d'une Charte des droits est la capacité d'une telle charte de constituer un symbole unificateur, exprime des doutes sur l'efficacité réelle de la Charte si elle est confinée à ce rôle:

My own intuition is that if the reality of a charter is confined to the symbolic level, it is unlikely to have a unifying effect. If the Charter is no more than a fancy document that hangs on the school-room wall, that is recited in citizenship classes and eulogized in after-dinner speeches, I doubt that it will have a significant impact, of any kind, on the attitudes of citizens

104 Ibid., à la p. 9.

-- except possibly to promote cynicism. 105

(Le souligné est nôtre.)

Pour Russell, la théorie selon laquelle la Charte unifiera la fédération canadienne en est une qui reconnaît le pouvoir unificateur intrinsèque du processus de contrôle judiciaire résultant d'une Charte constitutionnelle des droits. Grâce au processus du contrôle judiciaire, la Cour suprême établira des normes dans le domaine des droits de la personne, des normes qui seront uniformes à travers le pays. De plus, les litiges portant sur la Charte n'opposeront plus les gouvernements provinciaux au gouvernement fédéral. Ils intéresseront plutôt toutes les régions du Canada et toucheront chacun des citoyens à titre individuel, non à titre de membre d'une collectivité provinciale. Les débats sur la Charte sont généralement des débats d'envergure nationale et non des débats restreints à telle ou telle province. 106

Le constitutionnaliste Peter Hogg partage ce point de vue. D'après lui, la seule existence de ce processus de nationalisation des normes dans le domaine des droits de la personne aura un effet unificateur à long terme:

105 Russell, précité, n. 72, aux pp. 36-37.

106 Ibid., aux pp. 40-41. Il y a bien sûr des exceptions à cette généralisation comme en témoigne le débat linguistique au Québec. Néanmoins, vues globalement, les questions portant sur les dispositions de la Charte déborderont les régions. Ça pourra être l'avortement, la prière dans les écoles, les disparités salariales, etc.

It is sometimes said that a bill of rights is a centralizing force in a federal state. This is not true in any obvious sense. The Charter of Rights did not confer any additional powers on the federal Parliament. On the contrary, it limited the powers of the federal Parliament as well as the provincial Legislatures. But the Charter is a centralizing force in a subtle sense. It supplies a set of uniform national standards for the protection of civil liberties. These apply throughout the country, and in fields of formerly exclusive provincial jurisdiction. Some of these standards, namely, the mobility rights of s. 6 and the language rights of ss. 16 to 23, are avowedly directed to national unity, preventing the balkanization of Canada by facilitating personal mobility, and by attempting to make the whole of Canada a homeland for French-speaking as well as English-speaking Canadians. But all of the provisions of the Charter give to persons whose civil liberties have been abridged by provincial (or federal) action the right to appeal to national norms which will be enforced by the court system, and ultimately by a national court, the Supreme Court of Canada.

It is true that the decisions of the Supreme Court of Canada on Charter issues will not be unifying in the sense of attracting national concurrence. The experience of the United States shows that judicial decisions on matters such as pornography, school prayers, police powers, capital punishment and abortion are highly controversial and divisive. But the debates engendered by such decisions are national debates, on issues that transcend the federal-provincial or regional differences that occupy so much of Canada's public debates. Charter issues do not call in question the legitimacy of Canada as a national political community. They assume that legitimacy, and they strengthen it by the further assumption that on issues of human liberty it is appropriate to have a single Canadian policy.

I conclude that the Charter's conferral of a right to invoke national standards and a national court for the protection of civil liberties adds a dimension of allegiance to Canada as a whole that did not exist before 1982. The Charter is to

that extent a unifying instrument. 107

Si l'on peut juger de la qualité d'une chose par son usage, on constate, cinq ans après l'adoption de la Charte, que la deuxième théorie d'unification commence à porter fruit. Le professeur F.L. Morton a expliqué, dans une étude intitulée «The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» qu'un des effets politiques majeurs de la Charte sur le processus politique canadien est son effet centralisateur. Selon lui, la Cour suprême du Canada commence à imposer, par ses décisions, des normes nationales uniformes là où auparavant prévalaient des divergences régionales. 108 De plus, il soutient que les questions de partage des compétences législatives, fréquentes jusqu'en 1982, ont fait place, après l'adoption de la Charte, à des questions touchant le pouvoir pur et simple de légiférer. 109 À ce deuxième rôle, il attribue des effets unificateurs.

À la suite de cette analyse, il nous semble incontestable que la Charte a en partie pour vocation, symboliquement et pratiquement, d'unifier la fédération canadienne. Même si l'on doute qu'en fait une Charte puisse

107 Précité, n. 46, aux pp. 651-52. Knopff et Morton, eux aussi, reconnaissent cette deuxième théorie d'unification nationale: précité, n. 68, aux pp. 164-68.

108 On songe, par exemple, à l'homogénéisation nationale des soins médicaux dans le domaine de l'avortement, suite de la décision Morgentaler c. La Reine, précité, n. 61.

109 F.L. Morton, «The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987), 20 J. Can. Pol. 31.

avoir des effets unificateurs notables sur une société comme la société canadienne, il est certain que les partisans de la Charte lui attribuaient un pouvoir unificateur à long terme tout simplement parce qu'elle allait consacrer les valeurs et principes fondamentaux chers à tous les Canadiens. Nous croyons qu'il est essentiel pour l'interprète de la Charte de respecter cet objet et cette intention, quelle que soit son opinion personnelle sur le bien-fondé de la décision des constituants relativement au moyen choisi pour atteindre cet objectif.

(c) Sommaire des objectifs larges de la Charte

Suite à l'analyse qui précède, nous pouvons maintenant énumérer les objets généraux de la Charte. Ces objets sont:

- (1) de garantir au peuple canadien la protection réelle et positive de ses droits fondamentaux, c'est-à-dire, des droits conformes à un respect minimal de la dignité et de la valeur de l'être humain, la protection ainsi offerte étant plus efficace que la protection interprétative et déclarative énoncée par la Déclaration canadienne;
- (2) à promouvoir l'unité canadienne à long terme, en offrant un symbole national à l'élément le plus simple de la nation, le citoyen, en donnant, par le biais d'un document constitutionnel national, une certaine pré-éminence à l'individu par rapport à l'État, et en assurant le développement de normes nationales par l'effet d'uniformisation du contrôle judiciaire.

Nous étudierons maintenant brièvement la structure et la formulation de la Charte afin de dégager d'autres facteurs pertinents au processus général d'interprétation.

3. La structure et la terminologie de la Charte

Toute théorie du contrôle judiciaire de la Charte canadienne doit tenir compte de la structure et de la terminologie particulières à ce document constitutionnel. La Charte n'est pas une copie conforme du Bill of Rights américain. Elle n'est pas non plus une copie des grands textes internationaux analogues. On note des différences dans leurs sources d'inspiration et dans leur rédaction, tant au niveau global qu'au niveau du détail. Nous faisons nôtres les propos du juge Lamer à cet égard dans l'affaire Renvoi relative à la Motor Vehicles Act CC.-B.) 110, lorsqu'il a refusé d'accepter la dichotomie américaine entre le fond et la procédure dans le cadre de l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale»:

La dichotomie entre le fond et la procédure réduit le débat presque à un choix entre tout ou rien. De plus, elle est dans une large mesure liée, selon l'expérience américaine, à l'application régulière des règles de fond et de procédure. Elle transpose dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États-Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. A mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en

110 Précité, n. 59.

permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions. ¹¹¹

Nous avons déjà expliqué ce qui différencie les sources d'inspiration de la Charte et du Bill of Rights américain dans la section portant sur le premier objectif de la Charte. ¹¹² Dans la présente partie analytique, nous étudierons plutôt les différences de structure et de libellé.

La première disposition clé discutée ici est l'article premier de la Charte. Cette disposition prévoit expressément que les droits fondamentaux ne sont pas absolus: il est des domaines d'activités humaines ou des intérêts qui bénéficient au départ de la protection de la Charte, mais que, dans certaines circonstances, la société, c'est-à-dire l'État, est fondée à restreindre. L'article premier précise toutefois les conditions préalables de cet empiétement de l'État. D'abord, l'empiétement doit être «raisonnable». Ce mot, «raisonnable», a permis à la Cour suprême de préciser d'autres critères, soit celui de l'importance de l'objectif législatif et la rationalité du moyen adopté pour atteindre cet objectif et celui de la proportionnalité entre l'objet législatif et le moyen employé pour atteindre cet objectif d'un côté et l'atteinte au droit ou à

¹¹¹ Ibid., à la p. 498.

¹¹² Voir plus haut, à la p. 23.

la liberté en question de l'autre. 113 Deuxièmement, l'atteinte doit être justifiée par une règle de droit. Troisièmement, la justification de l'empiètement doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par conséquent, si l'État décide de restreindre l'un des droits fondamentaux énoncés

113 Le professeur André Morel considère que le mot «raisonnable» n'emporte que la notion de rationalité et non celle de proportionnalité: précité, n. 52, aux pp. 93 -96. C'est-à-dire qu'il ne faut pas que la loi en question soit nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes de la législature: au contraire, il faut simplement que la loi sous étude soit rationnellement liée avec un objet législatif important. La Cour suprême, cependant, n'a pas donné raison à son argument: voir La Reine c. Oakes, précité, n. 5; Edward Books and Art Limited c. La Reine, [1986] 2 R.C.S. 713 où la Cour suprême a interprété l'article premier comme exigeant que l'empiètement soit non seulement rationnel mais également proportionnel. Dans l'affaire Edwards Books, le juge en chef Dickson explique ces critères supplémentaires de cette façon (aux pp. 768-69):

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être soigneusement conçus pour atteindre cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

par la Charte, il doit d'abord répondre aux exigences de l'article premier.

Il faut souligner qu'aux États-Unis, l'article premier de notre Charte n'a pas d'équivalent. C'est pourquoi les tribunaux américains ont dû recourir à diverses techniques pour valider des décisions gouvernementales qui, bien que légitimes et nécessaires, restreignaient tout de même des droits inscrits dans le Bill of Rights américain. Ils ont utilisé, pour y parvenir, les définitions des droits en question. Ainsi, pour légitimer un empiétement de l'État sur les droits énoncés dans le Bill of Rights, les tribunaux assignent des limites étroites aux définitions des droits fondamentaux. L'effet de l'inclusion d'une clause limitative dans notre Charte a été expliqué par le doyen Timothy Christian dans un exemple portant sur la publicité obscène:

In the absence of an express limitation clause the approach to defining such a right [liberté de religion] would be different. The courts could be expected to cautiously define rights to avoid potential conflicts and extreme interpretations. For example, if «freedom of expression» were given an absolute meaning, the provisions in s. 159 of the Criminal Code which make it an offence to publish obscene material would have to be ruled unconstitutional as infringing the freedom of expression. In order to avoid such a result, the courts could be expected to narrow the definition of freedom of expression to exclude obscene expression. This would be similar to the approach of the United States Supreme Court which has held that «...obscenity is not within the area of protected speech or press». If it followed the American approach, the Canadian court would be effectively amending the fundamental freedom to read that everyone has the

freedom of expression -- but not obscene publication.

In a system without an express limitation clause all such checks would have to be judicially created as part of the definition. In contrast, the method of limitation under the Charter is stated in s. 1. In the face of these express standards for balancing competing interests, the Canadian courts are not called on to invent narrow definitions to restrict the scope of unqualified rights and freedoms. At the stage of definition the rights and freedoms are to be broadly interpreted. To take the obscene publication example again: at the definition stage, freedom of expression would include the freedom to express any ideas at all, including obscene ideas. This is clearly consistent with the plain words of the Charter which do not qualify the term «expression» in any way. Provided publication could be characterized as expression it would come within the scope of the freedom. The issue then would be whether the law prohibiting obscene publication could be justified under s. 1 and, assuming that the «sufficient importance» and «direct collision» hurdles could be passed, further consideration would follow under the proportionality test. ¹¹⁴

(Le souligné est nôtre.)

Au Canada, le recours à la technique d'interprétation par les définitions n'est donc nécessaire. Depuis l'adoption de la Charte, la fonction de justification est exclusivement assignée à l'article premier. Cette disposition précise que les droits et libertés que la Charte garantit «ne peuvent être restreints que par une règle de droit» et sous réserve de certaines conditions. Le texte anglais précise que les droits et libertés sont «subject only to such reasonable limits...». La méthode d'interprétation par les définitions n'est pas nécessaire

¹¹⁴ Christian, précité, n. 4, à la p. 275.

au Canada parce que les critères établis par l'article premier en tiennent lieu. ¹¹⁵ Nous admettons que les tribunaux doivent donner un sens aux termes imprécis et flous de la Charte: il s'agit là, bien sûr, de leur responsabilité constitutionnelle. Mais, à cause de l'existence de l'article premier, ils peuvent définir un droit ou une liberté sans la nécessité additionnelle de justifier l'action gouvernementale en question.

Nous soulignons également que, contrairement à plusieurs textes internationaux qui comprennent une clause limitative pour certaines de leurs dispositions, la clause limitative de notre Charte vise toutes les dispositions de celle-ci. C'est pourquoi nous partageons l'avis du professeur Monahan, selon lequel les rédacteurs de la Charte ont refusé de reconnaître un domaine d'«autonomie pure», c'est-à-dire à l'abri de toute limitation. ¹¹⁶ Nous ne sommes pas d'accord avec tous les aspects de son analyse, mais nous admettons avec lui que, du moins sur le plan théorique, la Charte ne reconnaît l'existence d'aucun droit absolu, ni d'aucun droit totalement à l'abri de l'action gouvernementale. ¹¹⁷

¹¹⁵ Voir à cet égard les propos de Jamie Cameron, «The Forgotten Half of Dolphin Delivery: a Comment on the Relationship Between Substantive Guarantees and Section 1 of the Charter» 88), 22 U.B.C.L.R. 147, à la p. 153.

¹¹⁶ Précité, n. 15, à la p. 115.

¹¹⁷ Il faut dire qu'il y a une disposition qui peut être à l'abri de cette notion: l'article 28. L'article 28 se lit comme suit:

28. Indépendamment des autres dispositions de la

Nous reconnaissons que l'article premier permet de légitimer l'empiétement de l'État en ce qui touche les domaines d'activités et les intérêts protégés par la Charte. Mais d'après nous, l'article premier ne permet à la volonté de la majorité de s'imposer que si les conditions qu'il précise sont observées. Le rôle de cet article est donc non seulement de légitimer l'action gouvernementale qui empiète sur les droits et libertés garantis par la Charte, mais également de préciser les conditions auxquelles cette action peut être jugée acceptable. C'est là un

présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Bien que nous croyions que cette disposition ne confère pas en soi un droit substantif à l'égalité entre les sexes, certains prétendent qu'elle rend le droit à l'égalité entre les sexes un droit absolu: voir Morel, précité, n. 52, à la p. 88. Pour le point de vue contraire, voir Gibson, précité, n. 7, aux pp. 69-71. Nous sommes d'avis que les droits et libertés énoncés par la Charte sont maintenant garantis également à toutes les personnes des deux sexes mais ce principe laisse toujours ouverte la possibilité que la législature établisse des distinctions entre les sexes pour des raisons légitimes et proportionnelles. Il y a une différence profonde entre un principe qui veut que tous les droits constitutionnels énoncés par la Charte soient garantis également aux personnes des deux sexes et un principe qui veut qu'aucune distinction législative entre les sexes ne puisse être tolérée. Selon nous, l'article 28 défend toute interprétation des droits et libertés énoncés par la Charte qui établisse des distinctions entre les deux sexes dans la définition même du droit ou de la liberté en question. Le droit à l'égalité mentionné à l'article 15(1), donc, ne peut s'interpréter d'une façon qui permet à la législature de respecter un sexe plus que l'autre. Mais cette idée n'interdit nullement les distinctions fondées sur le sexe pour des raisons légitimes et proportionnelles. Examinons par exemple une loi qui confère des droits aux soins médicaux gratuits aux mères durant et immédiatement après la naissance de leurs enfants. La loi distingue entre les hommes et les femmes mais la distinction est clairement légitime.

rôle dont il faut absolument tenir compte dans toute articulation d'une théorie du contrôle judiciaire au regard des dispositions de la Charte.

La Cour suprême du Canada a fait sienne cette assertion. Dans l'affaire La Reine c. Oakes 118, la constitutionnalité de l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants 119 a été mise en question à cause de sa prétendue incompatibilité avec l'article 11d) de la Charte. Le juge en chef Dickson a rendu le jugement de la Cour quant à l'interprétation de l'article 11d) et à l'application de l'article premier de la Charte. 120 L'article 8 de la Loi sur les stupéfiants exigeait de «l'accusé qu'il établisse selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession des stupéfiants pour en faire le trafic». 121

Le juge en chef a déclaré qu'il n'y avait pas «le moindre doute» que cette disposition viole l'article 11d) de la Charte. 122 Il a remarqué que l'article 8 exige que l'accusé

118 Précité, n. 5.

119 S.R.C. 1970, chap. N-1.

120 Le juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain se sont souscrits au jugement du juge en chef Dickson. Le juges Estey et McIntyre se sont dits «d'accord avec les conclusions du juge en chef quant au lien entre l'al. 11d) et l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés»: précité, n. 5, à la p. 143.

121 Ibid., à la p. 134.

122 Ibid.

prouve qu'il n'est pas coupable de l'infraction de trafic, une exigence qui «est radicalement et fondamentalement incompatible avec les valeurs sociales de la liberté et de la dignité humaine, que nous faisons nôtres, et va directement à l'encontre de la présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d)». ¹²³ Passant à la question de l'application de l'article premier, le juge en chef Dickson a déclaré qu'à son avis, «il est très souhaitable qu'à des fins d'analyse l'article premier et l'al. 11d) restent distincts» ¹²⁴ et que cet article «établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la Loi constitutionnelle de 1982) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées [aux] droits et libertés» garantis par la Charte». ¹²⁵ A cause du fait que cette thèse se concentre sur les questions visant la bonne définition des droits et libertés énoncés par la Charte, nous n'examinerons pas de façon détaillée les critères de justification discutés par le juge en chef dans cet arrêt. Il suffit de dire que, selon cette discussion, l'article premier exige que la partie voulant soutenir la restriction en question démontre que (1) la loi autorisant la restriction ait «un objectif qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles» pour qu'on puisse qualifier l'objectif comme «suffisamment important», ¹²⁶ et (2) que le moyen adopté pour

123 Ibid., aux pp. 134-135.

124 Ibid., à la p. 134.

125 Ibid., à la p. 135.

126 Ibid., à la p. 139.

atteindre cet objectif important soit proportionnel à la restriction du droit ou de la liberté en question. ¹²⁷

Tout récemment, la Cour suprême s'est fondée sur principe dans son analyse de la portée du paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'affaire Andrews c. Law Society of British Columbia ¹²⁸, M. Andrews a prétendu que l'article 42 de la Barristers and Solicitors Act ¹²⁹ qui exigeait que tout membre du barreau de la Colombie-Britannique soit citoyen canadien viole l'article 15(1) de la Charte. La question tranchée par la Cour était de déterminer l'étendue appropriée du droit énoncé par

¹²⁷ Ibid. Le juge en chef a précisé que ce critère de proportionnalité comprend «trois éléments»:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnue comme «suffisamment important».

Il faut souligner que ces critères de proportionnalité exigeants ont commencé à être de se voir dilués par des arrêts plus récents: voir en particulier le jugement du juge La Forest dans l'affaire États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1488-1490, (le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory y souscrivirent).

¹²⁸ Précité, n. 5.

¹²⁹ R.S.B.C. 1979, chap. 26.

l'article 15(1). Au lieu d'une définition du mot «discrimination» qui aurait nécessité une analyse du caractère raisonnable de la distinction contestée, la Cour a opté pour une interprétation qui laisserait cette analyse à l'article premier.¹³⁰

Cette analyse a été confirmée par la suite par la Cour suprême dans l'arrêt La Reine c. Turpin¹³¹. La juge Wilson a rendu le jugement de la Cour et a souligné que «[p]our déterminer l'étendue des quatre principaux droits à l'égalité, il importe de s'assurer que chacun de ces droits se voie attribuer son plein sens indépendamment de tout facteur justificatif applicable en

¹³⁰ Précité, n. 5, aux pp. 177-183. Voir en particulier ce qu'a dit le juge McIntyre (la majorité s'est dite d'accord avec le juge McIntyre pour cette partie de son jugement), à la p. 178:

Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier. Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles [les art. 1 et 15] pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte, et à l'État de justifier cette violation.

et à la p. 182 où il a élaboré son interprétation de l'art. 15(1):

Le troisième point de vue, celui des «motifs énumérés et analogues», correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l'article premier les questions de justification.

¹³¹ [1989] 1 R.C.S. 1296.

vertu de l'article premier de la Charte». ¹³² L'assertion touchant le rôle de l'article premier n'est donc pas dépourvue d'un appui jurisprudentiel important.

¹³² Ibid., à la p. 1325. Voir aussi l'arrêt Ford c. Procureur-général du Québec, précité, n. 5 où la Cour suprême a soigneusement tenté de distinguer entre ces deux fonctions, celle de définition et celle de justification (aux p. 765-66):

Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la Charte canadienne et de la Charte québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes. La première question, dans le contexte de la Charte canadienne du moins, doit être tranchée par l'emploi de la méthode d'interprétation fondée sur l'objet qui a été exposé par cette Cour dans les arrêts Hunter c. Southam Inc. [1984] 2 R.C.S. 145, et Big M Drug Mart Ltd., précité. La seconde question, qui concerne les limites à imposer aux valeurs protégées, doit être réglée par l'application de l'article premier de la Charte tel qu'il est interprété dans l'arrêt Oakes, précité, et dans l'arrêt R. c. Edwards Books and Art Ltd. [1986] 2 R.C.S. 713. La séparation des deux démarches analytiques a été établie par cette Cour dans les arrêts susmentionnés. Nous allons d'abord examiner les intérêts et les objets que la liberté ou le droit en question visent à protéger afin de déterminer s'il y a eu violation de ce droit ou de cette liberté dans le cas présenté à la Cour. Si nous concluons qu'il y a eu atteinte à la liberté ou au droit en question, nous devons déterminer, en second lieu, si l'État peut justifier cette atteinte en respectant les limites imposées par l'article premier, car c'est dans le cadre des paramètres définis à l'article premier que, le plus souvent, les tribunaux devront sopeser des valeurs opposées afin de décider laquelle doit primer.

Une autre disposition importante distingue la Charte du Bill of Rights américain: l'article 33 ou la «clause de dérogation». Cette disposition permet au Parlements ou à la législature d'une province d'adopter une loi incompatible avec certaines des dispositions de la Charte, à savoir l'article 2 et les articles 7 à 15. Pour ce faire, le législateur doit déclarer expressément dans la loi en question qu'elle a effet indépendamment d'une disposition donnée de ces articles de la Charte. La déclaration cesse d'avoir effet au plus tard cinq ans après son entrée en vigueur. ¹³³ La professeure Anne Bayefsky,

¹³³ Dans l'arrêt Ford c. Procureur général du Québec, ibid., la Cour suprême a précisé que l'article 33 «établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné» (à la p. 740). Dans cet arrêt, en légiférant la Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21 (sanctionnée le 23 juin 1982), la province du Québec a invoqué le pouvoir dérogatoire prévu par l'article 33 pour éviter l'examen judiciaire de toutes ses lois existantes. La province ne l'a pas invoqué de nouveau le 23 juin 1987, cinq ans après son invocation. Donc, selon l'article 33(3), cette loi a cessé d'avoir effet après cette dernière date. La Cour a quand même tranchée la question à savoir si ce mode «omnibus» d'emploi de l'article 33 a été constitutionnel. La Cour a répondu de façon affirmative: une province peut invoquer l'article 33 par une loi omnibus: aux pp. 742-43. Cependant, la Cour n'a pas accepté la disposition qui visait à donner un effet rétroactif à cette loi dérogatoire: à la p. 743. Le libellé de l'article 33(1) ne prévoit qu'un effet futur pour toute invocation du pouvoir dérogatoire: aux pp. 743-44.

Avant la décision dans l'affaire Ford, certains avaient prétendu que l'article premier de la Charte s'applique également à l'article 33 et que ce dernier ne peut être invoqué pour défaire la charpente même de notre société démocratique: voir Brian Slattey, «A Theory of The Charter» (1987), 25 Osgoode Hall L.J. 701, aux pp. 743-45. Voir aussi une discussion de cet argument par Dale Gibson, précité, n. 7, aux pp. 130-31. L'arrêt Ford semble avoir écarté ces arguments, indiquant que la seule

de son côté, croit que l'article 33 évite l'effet désiré de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution. D'après elle, la Charte est inscrite dans la Constitution sans y être enchâssée. Le principe de la suprématie parlementaire demeure en vigueur, même il soit modifié. ¹³⁴ Contrairement au Bill of Rights des États-Unis, on peut dire que la Charte canadienne porte donc une soupape de sûreté grâce à laquelle les législatures canadiennes conservent «le dernier mot» dans les domaines visés par les articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Aux États-Unis, si un tribunal juge qu'une loi est inconstitutionnelle, la loi est inopérante. Au Canada, si un tribunal juge qu'une loi est contraire à l'article 2 ou aux articles 7 à 15 de la Charte et donc inopérante, le législateur peut toujours la ressusciter en recourant à l'article 33. Donc, considéré de concert avec l'article premier, l'article 33 montre que les dispositions substantives de la Charte ne devraient s'interpréter ni trop restrictivement ni trop largement. Comme nous l'avons déjà expliqué, la possibilité de restriction d'un

forme du contrôle judiciaire que peuvent exercer les tribunaux est celle qui leur permet d'examiner la législation dérogatoire pour sa compatibilité avec les exigences de forme de l'article 33 et non celle qui leur permet de scruter le fond des motivations qui animent la législation dérogatoire sous étude pour sa conformité avec les principes qui soustendent la Charte.

¹³⁴ Anne Bayefsky, précité, n. 27, à la p. 818. C'est-à-dire que, bien que les lois puissent être assujetties à une revision judiciaire en fonction des articles 2 et 7 à 15, les législatures peuvent toujours faire imposer leur volonté en exerçant leurs pouvoirs sous l'article 33. Donc, en ce qui concerne les articles 2 et 7 à 15 de la Charte, le principe de la suprématie parlementaire demeure en vigueur.

droit étant expressément reconnue et précisée par l'article premier, le recours à la méthode d'interprétation par les définitions n'est pas nécessaire et on peut délimiter le droit ou la liberté en question de façon libérale, tout en tenant compte évidemment des objectifs principaux de la disposition visée et, bien sûr, de son libellé. Si l'interprétation de l'article premier donne à l'État une latitude suffisante pour intervenir de façon légitime, on peut alors définir les droits et libertés en recourant à la méthode téléologique, sans qu'il soit nécessaire de ce faire par rapport à la justification de l'action gouvernementale en question.

L'article 33 présente, cependant, un deuxième aspect pouvant influencer le choix ultime d'une théorie du contrôle judiciaire. Le premier aspect reconnaît que si les tribunaux interprètent trop largement une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15, il existe toujours la soupape de sûreté de l'article 33. Néanmoins, et deuxièmement, bien que l'article 33 puisse tenir lieu de soupape de sûreté, cela ne signifie pas que les tribunaux peuvent juger de façon irréfléchie. Au contraire, l'article 33 les oblige à faire preuve de prudence. Comme la professeure Anne Bayefsky le signale, l'article 33 oblige les tribunaux à chercher un juste équilibre entre la valeur démocratique, c'est-à-dire, la volonté de la majorité, et les valeurs comprises dans les dispositions des articles 2 et

7-15 de la Charte.¹³⁵ Interpréter la Charte d'une manière susceptible de conduire à la création d'une «super-législature judiciaire» serait encourager le recours à l'article 33, ce qui aurait pour effet d'amoindrir l'efficacité de la Charte comme instrument de protection de nos droits et libertés fondamentaux.
136

Une autre considération importante relativement à la structure même de la Charte est l'inclusion de plusieurs dispositions interprétatives expresses. Les articles 25 à 31 sont des dispositions générales dont l'objet est de guider l'interprétation de la Charte. L'article 25, par exemple, prévoit que la Charte ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits ou libertés des peuples

135 Ibid., aux pp. 825-30.

136 Ibid., à la p. 825 où elle dit:

It might be suggested that the judicial function under the Charter should align itself with the realization of justice and the search for right answers alone. The consensual value of the democratic principle will be preserved by section 33, and this is an interest which the judiciary can afford to neglect. This argument ignores the obvious political ramifications of such judicial imprudence, namely, a greatly increased use of section 33, a popular diminution of respect for judicial decisions, and a likely conservative backlash in the courts in order to restore their credibility or stature. Under these circumstances the tension between judicial review under the Charter and the democratic principle would simply be destroyed.

autochtones. ¹³⁷ L'article 26 précise que la Charte ne constitue pas une codification limitative des droits et libertés des Canadiens. L'article 27 précise que «[t]oute interprétation de la [Charte] doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens». ¹³⁸ L'article 28 énonce que les droits et libertés mentionnés dans la Charte sont garantis également aux personnes des deux sexes. ¹³⁹ L'article 29 dit que la Charte ne porte pas atteinte aux droits ou privilèges concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles et déjà accordés par des dispositions constitutionnelles antérieures à l'adoption de la Charte. ¹⁴⁰ L'article 30 énonce que les territoires du Yukon et

¹³⁷ Pour une discussion approfondie de l'interprétation et de la l'application de l'article 25, voir William Pentney «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982: Part I: The Interpretive Prism of Section 25» (1988), 22 UBC Law Rev. 21.

¹³⁸ Dans l'arrêt La Reine c. Big M Drug Mart Ltd., précité, n. 6, l'actuel juge en chef a employé l'article 27 pour faciliter l'interprétation de la liberté de religion protégée, par l'article 2a) de la Charte. Il s'est dit d'accord avec l'argument «qui porte que reconnaître au Parlement le droit d'imposer l'observance universelle du jour de repos préfère par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens» (aux pp. 337-38). Selon ce dernier, cela serait «contraire aux dispositions expresses de l'article 27» (à la p. 338). Il a référé encore une fois à l'article 27 en définissant plus largement l'article 2a) dans l'arrêt La Reine c. Edwards Books and Art Limited, précité, n. 113, à la p. 758.

¹³⁹ Voir nos propos sur l'article 28 plus haut, à la n. 117.

¹⁴⁰ La juge Wilson a discuté brièvement l'article 29 dans l'arrêt Renvoi sur An Act to Amend the Education Act, [1987] 1 R.C.S. 1148. Dans ce renvoi, la Cour suprême a dû se prononcer sur la constitutionnalité d'un projet de loi visant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire

du Nord-Ouest et leurs autorités législatives compétentes sont assujetties à la Charte comme le sont les provinces et les législatures provinciales. Finalement, l'article 31 précise que la Charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit. Ces dispositions générales doivent être gardées à l'esprit lorsqu'on interprète la Charte.¹⁴¹ Certaines d'entre elles, notamment les articles 25,

en l'Ontario. Bien que la savante juge se soit fondée uniquement sur l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, elle a dit ce qui suit à l'égard de l'article 29 (aux pp. 1197-98):

Toutefois, cela ne signifie pas que ces droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la Charte. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la Charte était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la Charte ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la Charte du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la Charte puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis fédéral. L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la Charte que pour assurer une plus grande certitude, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario.

En d'autres termes, l'art. 29 et là pour protéger contre tout examen en vertu de la Charte les droits ou privilèges qui autrement, n'était-ce cet article, pourraient faire l'objet d'un tel examen.

141 Voir William Pentney, «Les principes généraux d'interprétation de la Charte» dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny, éditeurs, La Charte canadienne des droits et libertés; 2e édition (Wilson et LaFleur, Montreal, 1989) aux pp. 47-61 où il soutient

26, 27 et 29, rendent hommage à notre passé ou constituent des marques de bienveillance à l'endroit de certains éléments socio-ethniques de notre société. Quant à l'article 28, il prévoit l'égalité des deux sexes face aux droits et libertés mentionnés dans la Charte. Nous croyons que ces dispositions peuvent servir de guide dans un grand nombre de questions portant sur la définition des droits et libertés mentionnés dans la Charte.

A cet égard, n'oublions pas que les articles 16 à 23 de la Charte sont particuliers au Canada, puisqu'ils consacrent

que ces dispositions devraient être considérés dans le cadre de l'analyse de la portée appropriée des droits et libertés (à la p. 56):

En somme, nous croyons que les dispositions interprétatives de la Charte doivent, dans les affaires qui la concernent, être appliquées au premier stade de l'analyse, celui de la définition de la portée et du sens du droit substantiel. Ces guides d'interprétation fonctionnent comme un prisme, qui modifie les interprétations traditionnelles des droits et libertés de sorte que celles-là ne portent pas atteinte à ceux-ci. On peut y parvenir en ajoutant une dimension nouvelle au sens usuel d'un droit ou d'une liberté ou en limitant la portée d'un droit prévu par la Charte. Les dispositions interprétatives n'opéreront adéquatement, dans le contexte de l'ensemble de la Charte, que si elles sont appliquées de cette façon.

Voir aussi les propos du juge en chef actuel dans les arrêts Big M Drug Mart Ltd., précité, n. 6, et Edwards Books, précité, n. 113, qui ont fait l'objet d'une discussion dans la n. 138 plus haut. L'application de l'article 27 dans ces arrêts démontrent l'importance et l'effet bénéfique que ces dispositions interprétatives peuvent avoir quant à la définition des droits et libertés sur le plan substantif.

le caractère bilingue de notre nation. Ces dispositions visent surtout l'unité nationale, en codifiant l'un des principes fondamentaux de notre fédération, le principe d'égalité des deux langues au niveau fédéral et dans la province du Nouveau-Brunswick. Ces dispositions montrent clairement que les objectifs de la Charte sont différents de ceux du Bill of Rights américain ou de certains textes internationaux portant sur les droits de la personne. Elles révèlent également que la Charte est un produit d'un contexte différent de ceux qui ont entouré ces autres documents. Nous croyons que ces dispositions concernant des divers droits linguistiques constituent une preuve convaincante que les auteurs de la Charte avaient à l'esprit l'objectif de l'unification à long terme le Canada. Par conséquent, les principes d'interprétation qui découlent de cet objectif général s'appliquent a fortiori dans le cas des articles 16 à 23. 142

142 Nous sommes d'accord avec le professeur Monahan, précité, n. 15, lorsqu'il prétend que les droits linguistiques de la Charte ne devraient pas s'interpréter totalement de façon indépendante des autres droits et libertés énoncés par la Charte. Lui, comme nous, reproche au juge Beetz d'avoir insisté sur le fait que les droits linguistiques, contrairement aux autres droits mentionnés dans la Charte, sont les produits d'«un compromis politique» et devraient s'interpréter de façon restrictive: Société des Acadiens du Nouveau Brunswick c. Association of Parents for Fairness In Education, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578. Le professeur Monahan soutient que la Charte devrait s'interpréter dans son entièreté et que les fils conducteurs qui soulignent le document entier sont la notion de démocratie et celle de communauté (aux pp. 111-115). Nous sommes d'accord avec lui que la Charte est certainement un document qui protège, en partie, des valeurs ou des principes fondamentaux pour une démocratie occidentale vitale. Nous sommes d'accord également avec la proposition que les droits linguistiques sont sûrement des droits de nature collective. Mais, pour les motifs

Le dernier aspect notable de la Charte est son libellé de facture plutôt «internationale». Certaines de ses dispositions ressemblent aux dispositions du Bill of Rights américain ou des textes internationaux portant sur les droits de la personne. Plusieurs commentateurs croient que cette ressemblance offre une source jurisprudentielle précieuse pour l'interprétation de la Charte.¹⁴³ À cet égard, cependant, les

décrits en haut, nous ne pouvons nous dire d'accord que la Charte vise, comme but général, l'enchâssement des valeurs communautaires. Dire ainsi, d'après nous, équivaut à soutenir que tous les constituants étaient d'accord sur la nature «collective» des droits et libertés mentionnés dans la Charte. Comme nous l'avons précisé plus haut, l'histoire du processus politique qui a mené à l'adoption de la Charte ne peut soutenir une telle thèse. Nous pouvons soutenir, cependant, que les constituants avaient à l'esprit l'unification du pays et la protection plus efficace des droits et libertés fondamentaux des Canadiens, en tant que citoyens et en tant qu'êtres humains.

¹⁴³ Voir les propos généraux à cet égard des auteurs suivants: Daniel Turp, «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: un bilan jurisprudentiel» (1984), 18 R.J.T. 353; Brian Schwartz et Gordon Mackintosh, «The Charter and the Domestic Enforcement of International Law» (1986), 16 Man. L.J. 149; G. Tremblay, «La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme» (1982), 23 C. de D. 795; W. S. Tarnopolsky, «Sources commune et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne» dans Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Daniel Turp et G.A. Beaudoin, directeurs (Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, Québec, 1986); J. Claydon, «International human rights and the interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 Sup. Ct. L.R. 287; N. Finkelstein, «Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the relevance of the U.S. experience» (1985), 6 Advocates' Q. 188; P. Connelly, «The Fourth Amendment and Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: what has been done? what is to be done?» (1985), 27 Criminal L.Q. 182; M.A. Haywood, «International law and the interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: uses and justifications» (1985), 23 U.W.O.L.Rev. 9; D.C. MacDonald,

propos du politicologue et juriste Edward McWhinney, c.r., paraissent pertinents. M McWhinney pense qu'il faut se garder d'adopter telles quelles les interprétations données aux dispositions étrangères ou internationales similaires aux dispositions de la Charte sans comprendre parfaitement les contextes sociologique, social, culturel et économique de telles dispositions:

Recourse to comparative law, in any case, in order to be scientifically meaningful and legally relevant to Canadian courts operating under the new Charter, must proceed from, and be based upon, comparative sociology of law-comparative sociological jurisprudence. For these purposes, it is not enough to demonstrate a purely verbal similarity or even textual identity as between the new Canadian Charter and another, foreign charter. One must indicate, in addition, the particular societal conditions -- cultural, social, economic -- under which the particular foreign legal principle or rule developed in its own country, then demonstrate a basic identity with, or parallelism to distinctive Canadian societal conditions today, in order to justify making the legal transfer or «reception» from the foreign country concerned to contemporary Canada. This is a fairly rigorous scientific-legal test to pass, but it will avoid the hazards of those purely mechanical «receptions» of foreign law in which odd snippets are casually or carelessly snatched from constitutional charters or case law

«L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés» dans Perspective canadiennes, précité dans cette note; M. Cohen, «Towards a paradigm of theory and practice: the Canadian Charter of Rights and Freedoms - international law influences and interactions» [1986] Annuaire can. des droits de la personne 47; M. Cohen, «The Canadian Legal Profession and International Law» (1983), 13 Man.L.J. 201; Errol Mendes, «Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Applying International and European Jurisprudence and Practices on the Law and Practices of Fundamental Rights» (1982), 20 Alta. L. Rev. 383.

decisions, here and there around the world, and then rearranged, like dead butterflies in cases, in one's own national jurisprudence. Comparative law must be, in Ehrlich's phrase, comparative «living law»; not simply textual exegesis, on a trans-national basis, of the abstract «law-in-books» of constitutional texts. ¹⁴⁴

Nous partageons les propos de M. McWhinney: la ressemblance pouvant exister entre le texte de la Charte et celui d'un document étranger ou international ¹⁴⁵ ne justifie pas en soi l'adoption des façons dont le document a été interprété.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Edward McWhinney, c.r., «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Lessons of Comparative Jurisprudence» (1983), 61 Rev. du Bar. Can. 55, à la p. 64.

¹⁴⁵ Nous reconnaissons qu'il existe peut-être une distinction entre l'effet qu'une interprétation d'une disposition provenant d'un document étranger peut avoir sur l'interprétation d'une disposition similaire dans la Charte et l'effet qu'aurait une disposition d'un document international. Dans le premier cas, l'interprétation de la disposition étrangère ne peut avoir qu'un effet persuasif; par contre, dans le deuxième cas, lorsque le Canada a participé à l'adoption du document international, ou bien s'il l'a ratifié, il y a une présomption que les lois du Canada doivent être interprétées de façon à ce qu'elles respectent les obligations internationales du Canada. Ainsi, l'interprétation de la disposition internationale ratifiée ou adoptée par le Canada est plus persuasive quant à l'interprétation d'une disposition similaire de la Charte que celle d'une disposition d'un document étranger. Malgré cette distinction entre les documents étrangers et internationaux, nous croyons que le principe que nous énonçons ici demeure valide; soit une simple ressemblance existant entre une disposition d'un document non-domestique et celle de la Charte ne justifie pas en soi l'acceptation des interprétations du document non-domestique.

¹⁴⁶ Voir les propos du juge La Forest dans l'arrêt La Reine c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588 à la p. 639 à cet égard:

Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la Charte qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient

Nous croyons que notre Charte doit être interprétée en fonction du contexte canadien, même si par ailleurs il peut être utile parfois de puiser dans la jurisprudence étrangère. À cet égard, les tribunaux devraient, pour interpréter la Charte, considérer les contextes géographique, linguistique et historique particuliers au Canada afin de bien comprendre l'importance de certaines valeurs et la façon dont elles sont exprimées dans la Charte.¹⁴⁷ Il faut cependant que ces contextes soient bien

prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes, compte tenu particulièrement des répercussions importantes de l'article premier et du par. 24(1) de la Charte. La pensée juridique canadienne s'est fondée à maintes reprises dans le passé sur celle des Britanniques; la Charte ne constituera pas un signe de notre maturité nationale si elle devient simplement une excuse pour adopter un autre modèle de pensée. La jurisprudence américaine, tout comme la jurisprudence britannique, doit être considérée comme un outil et non comme un maître à penser.

¹⁴⁷ A cet égard, voir les propos de la juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique McLachlin (maintenant, juge de la Cour suprême du Canada) dans l'affaire récent, Dixon c. Attorney General of British Columbia (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 273 (C.S.) à la p. 288:

It is clear that the American jurisprudence, at least at the congressional level, requires virtually absolute equality of voting power. However, it would be simplistic and wrong to infer, without more, that the Canadian concept of democracy dictates the same result. It is vital to recognize that it is Canadian, not American, constitutional history, values and philosophy which must guide this Court.

et à la p. 289:

Democracy in Canada is rooted in a different

établis, qu'ils soient acceptés et non-controversés, sans quoi on court le risque d'en arriver à des interprétations fondées sur les opinions personnelles pas nécessairement conformes au consensus obtenu pour la valeur en question. Il serait alors impossible d'établir l'existence ou la portée de cette valeur au niveau national. On n'obtiendrait que la perception d'un juge relativement à la valeur considérée.

history. Its origins lie not in the debate of the founding fathers, but in the less absolute recesses of the British tradition. Our forefathers did not rebel against the English tradition of democratic government as did the Americans; on the contrary, they embraced it and changed it to suit their own perceptions and needs.

et aux pp. 290-91:

In short, the development of Canadian democracy has different roots and has followed a different course than has the American concept of democracy. The rationalist ideals embodied in the French revolutionary slogan «Liberty, equality and fraternity» dominated the thinking of the founding fathers of the American nation. Whatever the actual practice (slaves did not win the right to vote until 1870), the ideal of equal representation was present from the beginning in the United States. The fact that democracy in the United States sprang from a revolution ushering in a new regime, meant that at least in theory the ideals of equality can be seen as having been embraced from the outset in an absolute fashion, something that never occurred in England or Canada, where gradual change and accommodation of other factors has been the norm. The historical and philosophical tradition upon which the post-1962 «One Man, One Vote» decisions in the United States are grounded, is absent in Canada. The American jurisprudence cannot be transported into the Canadian legal context without careful consideration and, where necessary, modification.

Comme nous l'avons mentionné, nous ne nous opposons pas à ce que les tribunaux canadiens se servent de textes étrangers ou internationaux pour interpréter la Charte. Tout au contraire, nous croyons que, pour déterminer quels droits ou libertés sont fondamentaux, il convient de considérer l'ensemble des textes internationaux et étrangers. Un important critère d'interprétation pour la Charte sera alors l'existence ou l'inexistence d'un consensus global des principales sources d'inspiration de la Charte en faveur de la protection de tel droit ou de telle liberté.

Par exemple, si l'on examine les dispositions des documents étrangers et internationaux les plus connus, soit la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme, et les Pactes internationaux sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, culturels et sociaux, ainsi que celles du Bill of Rights américain, et les interprétations que ces derniers ont reçues, on constate souvent qu'il existe un consensus unanime ou quasi-unanime sur l'inclusion de certains droits et libertés dans leur protection. Nous croyons qu'à l'intérieur des limites imposées par le libellé même des dispositions de la Charte, ces droits et libertés communs au monde occidental constituent un niveau minimal pour les droits et libertés fondamentaux énoncés dans la Charte. Il faut se rappeler que le Canada est signataire de la Déclaration universelle, et qu'il a ratifié les deux Pactes

internationaux, ainsi que d'autres pactes internationaux portant sur les droits de la personne. De plus, certain commentateurs ont fait remarquer que l'adhésion du Canada aux Pactes internationaux et à la Déclaration universelle oblige le Canada non seulement à respecter les droits fondamentaux en vertu du droit international public, mais également à interpréter la Charte conformément aux dispositions internationales. 148

Ce recours au droit comparé a été suggéré par le juge en chef Dickson, dissident, dans l'affaire Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) 149. D'après lui, les dispositions des textes internationaux et leur interprétation par les instances compétentes sont pertinentes et persuasives en ce qui concerne l'interprétation de la Charte:

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leur ressortissants. La Charte est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne--les

148 Voir Turp, précité, n. 143 et Schwartz et Mackintosh, précité, n. 143.

149 Précité, n. 52.

déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières-- doivent, à mon avis, être considérés comme des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte.

En particulier, la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la Charte et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L'importance de ces instruments pour ce qui est d'interpréter la Charte va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes. Lorsque les juges canadiens sont saisis du texte, souvent large, de la Charte [TRADUCTION] «le texte souvent plus détaillé des dispositions des traités peut être utile pour donner un contenu à des concepts aussi imprécis que le droit à la vie, la liberté d'association et même le droit à l'assistance d'un avocat». J. Claydon «International Human Rights and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 Supreme Court L.R. 287, à la p. 293. 150

(Le souligné est nôtre.)

De plus, le fait que le Canada ait ratifié des traités touchant les droits de la personne est, pour le juge en chef, très révélateur. Selon lui, les droits compris dans les traités que le Canada a ratifiés devraient constituer un niveau minimal pour ce qui est de la protection offerte par la Charte:

En outre, le Canada est partie à plusieurs

150 Ibid., aux pp. 348-49.

conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la Charte. Le Canada est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la Charte. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, l'interprétation de la Charte doit «viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte». Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression «bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte».

Je crois qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne. 151

(Le souligné est nôtre.)

Selon nous, s'il existe un consensus dans les instruments internationaux portant sur les droits de la personne

151 Ibid., aux pp. 349-50.

et ratifiés par le Canada, surtout en ce qui touche les droits de nature «libérale», on peut alors présumer que les dispositions de la Charte protègent les droits inclus dans ce consensus. Il existe bien sûr une qualification importante à cette idée: cette présomption doit tenir compte du libellé de la Charte. On ne peut faire inclure un droit ou une liberté dans la protection de la Charte s'il n'existe aucun fondement textuel pour soutenir son inclusion. Il faut donc que le libellé de la Charte puisse être compatible avec l'inclusion du droit ou de la liberté.

De plus, il faut dire que cette présomption devrait être reliée à l'idée selon laquelle les droits et libertés énoncés par la Charte ne sont pas séparés les uns des autres. Comme Pierre Trudeau l'a signalé, la Charte est destinée à protéger un ensemble de valeurs, des valeurs et des principes qu'en tant que Canadiens, nous avons en commun et considérons comme fondamentaux. De plus, avant d'exclure de la protection de la Charte par le biais d'une interprétation restrictive la protection d'un droit ou d'une liberté reconnu comme étant fondamental partout ailleurs dans le monde occidental, les tribunaux devraient, à notre avis, se demander si le droit ou la liberté revendiqué est protégé sous une autre disposition de la Charte. De même, avant de l'inclure dans la protection d'une disposition de la Charte par voie d'une interprétation très large de ladite disposition, les tribunaux devraient se demander si le droit ou la liberté réclamé peut être protégé plus légitimement par une autre disposition de la Charte. Les propos du juge La

Forest dans l'arrêt La Reine c. Lyons ¹⁵² sont pertinents à cet égard:

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la Charte ne sont pas séparés et distincts les uns des autres (voir, par exemple, mes observations à ce propos dans l'arrêt R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588). Au contraire, la Charte sera à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la Charte représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la Charte dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit. ¹⁵³

(Le souligné est nôtre.)

Nous pouvons maintenant résumer nos assertions en ce qui concerne la structure et le libellé de la Charte, y compris le rôle du droit comparatif dans son interprétation:

(a) Structurellement, la Charte diffère du Bill of

152 [1987] 2 R.C.S. 309.

153 Ibid., à la p. 326.

Rights américain sous deux aspects importants: premièrement, la Charte prévoit expressément dans son article premier que les droits et libertés qu'elle énonce peuvent, dans les conditions que précise cet article, être restreints par une action gouvernementale, tandis que le Bill of Rights semble conférer des droits et libertés de façon absolue; deuxièmement, la plupart des droits et libertés énoncés dans la Charte sont assujettis à la «clause de dérogation», l'article 33, qui donne le dernier mot aux législatures en ce qui concerne les droits et libertés visés par cet article, tandis que le Bill of Rights n'a pas de disposition dérogatoire;

- (b) La légitimation de l'empiétement de l'État dans les domaines visés par les dispositions de la Charte ne devrait pas suivre l'exemple américain, selon lequel cette légitimation procède de la définition même des droits et libertés protégés: compte tenu de l'article 33, les tribunaux canadiens devraient analyser tout empiétement de l'État en fonction des conditions fixées par l'article premier;
- (c) Les dispositions de la Charte doivent être interprétées d'une manière conforme avec les

dispositions générales d'interprétation, à savoir les articles 25 à 31. De plus, les articles relatifs aux droits linguistiques témoignent du souci de la Charte pour la notion d'unité nationale et pour la prise en considération de ses contextes spécifiquement canadiens;

- (d) La Charte devrait s'interpréter en fonction du contexte canadien, c'est-à-dire en fonction des contextes géographique, linguistique et historique particuliers au Canada;
- (e) La ressemblance pouvant exister entre le libellé d'une disposition de la Charte et celui d'une disposition du Bill of Rights américain ou d'un autre document étranger ou international ne devrait pas autoriser d'emblée le recours à la jurisprudence entourant la disposition étrangère, sans que l'on comprenne d'abord les différences de contexte qui séparent la disposition de la Charte et la disposition du document étranger ou international;
- (f) L'existence d'un consensus dans les instruments internationaux et le Bill of Rights américain, et surtout dans les instruments internationaux ratifiés par le Canada qui protègent certains droits et libertés permet de présumer que, dans

le mesure où le permet le libellé de la Charte, les dispositions de la Charte protègent ces mêmes droits et libertés; et

- (g) En interprétant la Charte, les tribunaux devraient prendre acte des rapports existant entre toutes ses dispositions, ainsi que du rôle de chacune d'elles dans la réalisation de ses objectifs globaux.

Les principes de base découlant du contexte de l'adoption de la Charte, de ses objectifs globaux, ainsi que de sa structure et de sa formulation propres, nous sont maintenant familiers. Nous allons maintenant évaluer dans quelle mesure les diverses théories actuellement proposées pour le contrôle judiciaire sont compatibles avec de tels principes, puis nous proposerons une théorie du contrôle judiciaire susceptible, selon nous, de répondre aux exigences constitutionnelles émanant de ces principes.

Chapitre deuxième

Formulation et illustration d'une théorie du contrôle judiciaire

1. Énonciation d'une théorie du contrôle judiciaire

(a) Les théories existantes

Nous avons précédemment exploré les principes de fond sous-jacents aux objectifs globaux et à la structure de base de la Charte. Les principes ainsi définis sont énumérés à la fin des parties (2) et (3), et nous y renvoyons le lecteur. Nous croyons que ces principes constituent des lignes directrices pour toute formulation d'une théorie du contrôle judiciaire. De plus, il pourra sembler maintenant évident que nous ne sommes pas en faveur d'une adoption des théories ou interprétations étrangères sans que soit vérifiée d'abord leur compatibilité avec la Charte, texte juridique spécifiquement canadien.

Le débat concernant les limites propres du pouvoir judiciaire dans l'interprétation des dispositions du Bill of Rights, c'est-à-dire le débat concernant la théorie du contrôle judiciaire la plus indiquée pour les fins du Bill of Rights se poursuit aux États-Unis depuis des décennies. Il existe aux États-Unis plusieurs écoles de pensée sur cette question mais nous les repartirons en deux catégories. Selon la première école, les dispositions du Bill of Rights constituent des valeurs

fondamentales qui devraient avoir préséance sur les décisions de la majorité résultant du processus démocratique. ¹⁵⁴ Plus précisément, les dispositions du Bill of Rights protègent des valeurs dont la substance est distincte et dont l'assise n'est pas le processus démocratique. Selon la deuxième école, lorsque les dispositions sont floues, le contrôle judiciaire devrait se limiter à protéger les canaux du processus démocratique et les groupes minoritaires mal représentés dans le système politique. Ce groupe soutient que les tribunaux ne doivent pas rechercher des valeurs inhérentes dans les dispositions floues, sauf dans la mesure où elles touchent le processus démocratique. ¹⁵⁵

¹⁵⁴ Voir, par exemple, Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977), surtout les chapitres 5 et 6. Le professeur Dworkin soutient que le système constitutionnel américain repose sur une théorie particulière de la moralité, soit que les individus ont des droits moraux qui peuvent faire l'objet d'exécution forcée contre l'État: à la p. 147. Il constate (ibid.):

The difficult clauses of the Bill of Rights, like the due process and equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions; therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality.

¹⁵⁵ Voir, par exemple, John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980), aux pp. 105 - 179. Le doyen Ely suggère que l'on adopte une forme de contrôle judiciaire qui vise la préservation et la facilitation des processus politiques et qui vise la représentation efficace des minorités traditionnellement exclues du processus démocratique. Il expose le fond de sa théorie du contrôle judiciaire comme suit (aux p. 102-3).

The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called

Quelques juristes canadiens ont avancé une théorie selon laquelle Canada devrait opter pour une forme du contrôle

"antitrust" as opposed to a "regulatory" orientation to economic affairs - rather than dictate substantive results it intervenes only when the "market", in our case the political market, is systematically malfunctioning. ... Our government cannot fairly be said to be "malfunctioning" simply because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however, strongly (and claims that it is reaching results with which "the people" really disagree - or would "if they understood" - are likely to be little more than self-deluding projections). In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.

Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need not worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that they won't have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims - though no one could suppose the evaluation won't be full of judgment calls - that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing the interests of those whom the system presupposes they are.

judiciaire qui reconnaîtrait la valeur distincte des droits et libertés énoncés pour la Charte. Dans un ouvrage antérieur à l'adoption de la Charte, In Defence of Fundamental Rights 156, déjà mentionné, le professeur Conklin soutenait que, si l'on adoptait une Charte des droits au Canada, on devrait fonder l'interprétation de ses dispositions sur une théorie selon laquelle les droits fondamentaux sont «fondamentaux» parce qu'ils sont intimement liés au respect qu'exige la «reconnaissance d'une personne» 157, autrement dit, au respect auquel a droit l'individu à titre de personne humaine. D'après Conklin, ce respect minimal suppose que certains «droits» sont garantis à

156 Précité, n. 54.

157 L'expression qu'emploie Conklin est «recognition respect». Il y a deux sorte de «respect», selon Conklin: il y a le respect qui résulte d'une évaluation d'une personne (en anglais, «appraisal respect») et le respect qui résulte de la reconnaissance d'une personne à titre de personne humaine («recognition respect»). Il distingue ces deux sortes de respect de la manière suivante (à la p. 277):

[I have outlined] two conceptions of what it means to say that we ought to respect someone. The one, appraisal respect, is not shared equally. It may be waived, taken away or even remain unrecognised. In addition, it may vary in time and place with the consequence that the rights derived from it will be ad hoc. The second conception, recognition respect, avoids these problems. Not only is it consistent with the idea that a person is a potentiality, but it contemplates a sense in which all persons are equal. It recognises the primacy of the individual rather than the individual's instrumental relationship with the social welfare.

chaque individu, c'est-à-dire des droits «fondamentaux». 158
 Robert Samek, qui reprochait à Conklin d'avoir imprégné ces
 droits «fondamentaux» de libéralisme, a quand même appuyé de
 façon générale la théorie de ce dernier. 159

158 Ibid., aux pp. 219-20. Conklin soutient en particulier que cette notion du «respect auquel a droit l'individu à titre de personne humaine» nous explique pourquoi certains droits et libertés sont considérés comme fondamentaux. (à la p. 279):

In particular, a philosophy rooted in respect for persons can be linked to hitherto unresolved constitutional issues. For one thing, respect for persons tells us why some rights are fundamental and others are not. It provides an argument for non-discrimination rights as well as for the fundamental rights of life, thought, political participation, speech, press, due process, assembly and religion. More importantly, it explains why counsel and judge alike are compelled to incorporate socio-economic considerations into their analyses of concrete cases.

159 Le professeur Samek, précité, n. 56. Samek a appuyé le fondement de la théorie énoncée par Conklin parce que, selon lui, ce fondement explique la raison pour laquelle une charte des droits constitutionnelle ne devrait pas être acceptée (aux pp. 785):

Conklin refuses to accept a handout of such rights from any state or its officials, for he realizes that to do so is in effect to surrender them. He who gives can also take away. Once we are prepared to accept our rights from the state, we place ourselves in its hands. This is the most fundamental objection to any constitutional charter of legal rights. In reducing our fundamental rights to legal entitlements, we exchange our birthright for a mess of pottage.

Notamment, il a observé que dès que l'on examine la notion des «droits fondamentaux» d'un certain point de vue idéologique, la notion perd son utilité. Il a constaté ce qui suit à cet égard (à la p. 786):

Once fundamental rights are identified with a certain ideological package, the dynamics of the

Une autre juriste, la professeure Anne Bayefsky, soutient, quant à elle, que la Charte reconnaît des valeurs normatives et substantives qui ne devraient pas être confinées aux seules valeurs démocratiques. Son point de vue est très similiaire à celui du professeur Dworkin: la magistrature canadienne devrait être à la recherche des «bonnes réponses» de façon à rendre des «décisions justes»:

[T]he task is to structure the judicial institution in such a way as to maximize the likelihood that it will issue just decisions: that in applying the Charter it will arrive at moral, right answers. The most important element necessary for this to be accomplished is acknowledging that the court is engaged in a search for the right answer -- that answering a

original notion is lost. This is apparent from Conklin's treatment of the subject. His starting point is the open-ended potential of all human beings, which can only be restricted to give each person an equal opportunity of realizing it. Formulated in this way, the recognition respect for persons is not frozen in a particular mould. It is due to them as persons, and has its root in their very being, not in a set of ideological beliefs.

Unfortunately, Conklin feels obliged to "fill up" man's open-ended potential with the prevailing ideological mix. After all the straining against the leash, we end up with pretty much the liberal position, though we must give Conklin credit for stretching it as far as it will go and for buttressing political with economic rights. To profit from the notion of man's open-ended potential we must trace it back to his condition in the world. His real potential lies in his capacity to respond to it and in doing so find the way to release from the human predicament. Man's quest for justice and his assertion of fundamental rights are merely different aspects of the same response.

question such as «what does equal benefit of the law mean?» will require answering what it should mean. Acknowledging that Charter rights and freedoms were moral standards by which to measure governmental acts will set the orientation of the judiciary in many concrete ways. It will suggest a number of general principles of interpretation of a constitutional bill of rights... 160

160 Bayefsky, précité, n. 27, à la p. 828. Elle énumère par la suite un certain nombre de ces principes d'interprétation, y compris (aux pp. 828-30):

1.--Specific provisions of the Charter should be given a large and liberal construction «in light of its larger objects», namely, «to guarantee and to protect ... the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines». Judges should therefore admit to being non-interpretivists, at least in the sense described by Ronald Dworkin: «[t]he commitment of our legal community to this particular document, with these provisions enacted by people with these motives, presupposes a prior commitment to certain principles of political justice which, if we are to act responsibly, must therefore be reflected in the way the Constitution is read and enforced.»

...

3.--The judiciary is similarly not confined, in the case of «open-ended» constitutional provisions, to Ely's «questions of participation», to protecting processes or channels of political change or ensuring «discrete and insular minorities» the protection «afforded other groups by the representative system». The Charter is concerned with ensuring legitimate outcomes, not just prescribing legitimate processes.

(Le souligné est nôtre.)

Sa note infrapaginale à la fin du texte concernant le principe d'interprétation «3» explique pourquoi elle ne peut appuyer une théorie orientée ver la protection du processus démocratique. La note est rédigée, en partie, comme suit:

In any event, this would assume procedural or process rights could be isolated from substantive

Selon la professeure Bayefsky, les dispositions clés qui exigent une telle interprétation de la Charte sont l'article premier et l'article 33 de la Charte et l'article 52 de la Loi sur la constitution de 1982. Elle soutient que ces trois dispositions démontrent très clairement les forces qui se sont opposées et qui doivent présentement interagir, soit une qui veut faire imposer certaines normes en matière de droits de la personne et une autre qui veut retenir le principe de la suprématie parlementaire:

Determining the appropriate function for the judiciary and its relation to the legislature required by the Charter entails the recognition that the Charter embodies two inconsistent themes. On the one hand, Section 52 (together with the legislative history of Section 1) gives to the judiciary a mandate to review the substance of legislation for its conformity to human rights standards and to render legislation for its conformity to human rights standards and to render legislation inconsistent with those standards of no force or effect. The framers' intention in drafting both section 52 and section 1, which were never altered after the introduction of section 33, was clearly to end the reign of the doctrine of parliamentary sovereignty. Firstly, they intended to limit legislative authority in relation to human rights by stipulating that legislators could only avoid the proscriptions of the bill of rights by bringing about constitutional amendment. Secondly, they intended to give the courts the power to set aside legislation they found to be inconsistent with those rights. On the other hand, section 33 was just as clearly intended to

rights, which they cannot, and that the constitution indicated a dominant concern with process and not with substance, which the Charter does not.

ensure the retention of the doctrine of parliamentary sovereignty, namely to provide that legislators of the day could avoid the proscriptions of a constitutional bill of rights without constitutional amendment, by ordinary legislative majorities. 161

Le professeur David Paciocco, lui aussi, tente d'énoncer une théorie d'interprétation. 162 Il l'a fait, cependant, dans le contexte des «droits juridiques». Il adopte la notion proposée par Dworkin qui distingue entre les «concepts» et les «conceptions» dans le contexte juridique pour énoncer une distinction entre les «principes» et les «règles». Selon Paciocco, la Charte cherche à protéger certains principes, et non certaines règles:

A principle is a specific type of concept. It is «a standard [which informs the development of law] that is to be observed ... because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.» The function of a principle in the legal system is to state «a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.» In other words, the relevant concepts that operate in a legal system are the principles which underlie the rules the system employs. A rule, on the other hands, is more or less the legal system's version of a conception; it provides a specific solution to the precise controversies to which it applies. The broad-sense historical datum relevant to Charter interpretation, then, is the performance of the principles that are suggested by the language of a particular Charter right. 163

161 Ibid., à la p. 819.

162 Précité, n. 7.

163 Ibid., aux pp. 64-65.

(Le souligné est le sien.)

A son avis, nos principes juridiques sont le fondement de nos règles de droits: ils nous expliquent le fondement, de concert avec les considérations de politique, pour ces règles. ¹⁶⁴ Il soutient que l'on peut distinguer entre les principes et les règles par le biais d'un examen approfondi des fondements de nos règles existantes et par l'isolation des fondements qui visent un critère général de justice ou de moralité. ¹⁶⁵ Si un principe est découvert par le biais de cette analyse, il faut simplement se demander si ce principe est pertinent à la controverse en question et au texte même de la Charte. ¹⁶⁶

Par ailleurs, plusieurs commentateurs canadiens se sont référés à la doctrine constitutionnelle américaine pour affirmer que les tribunaux canadiens devraient adopter la théorie qui viserait surtout la protection du processus démocratique pour l'interprétation de la Charte. ¹⁶⁷ Le professeur Patrick

¹⁶⁴ Ibid., à la p. 65.

¹⁶⁵ Ibid., à la p. 74.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Patrick Monahan, précité, n. 15; H. Scott Fairley, «Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review» (1982), 4 Sup. Ct. L.R. 217. M. Fairley se fonde uniquement sur son analyse de l'article 24 de la Charte mais soutient qu'employer une forme de contrôle judiciaire visant à protéger certaines valeurs substantives équivaudrait à une injustice envers nos traditions politiques et institutions parlementaires (aux pp. 252-53). Il admet que le fondement de sa position est faible à cause de sa non-conformité à l'esprit du document (à la p. 253):

Monahan en particulier, après une étude des articles 1 à 15 de la Charte, en est venu à la conclusion que celle-ci a été structurée de façon à régler l'exercice du pouvoir par l'État:

The overriding goal of the Charter was to regulate and to structure the way in which state power could be used, rather than to define the boundary between public and private.

....

In short, the Charter makes no reference to those elements of the American Bill of Rights premised on ideals of «limited government». What, then, were the elements of the American constitution which were imported for use in Canada? There are a number of important parallels between the Charter and the U.S. Bill of Rights. First, the «fundamental freedoms» in section 2 of the Charter are analogous to the guarantees of free speech, free press and peaceful assembly in the American constitution. The «democratic rights» in ss. 3 to 5 of the Charter parallel similar sorts of rights in the American constitution. A number of «legal rights» in s. 8 to 14 of the Charter draw on similar American provisions. Finally, and most importantly, s. 15 of the Charter enshrines the value of «equal protection» which has been so central to American constitutional development. 168

D'après Monahan, les droits et libertés énoncés dans la Charte ont rapport à la réglementation du pouvoir de l'État,

My account of what the Charter actually prescribes in support of the theory is incomplete; the argument proceeds initially from an analysis of only one section [24]. Therefore, my case could run afoul of the counter-proposition that the spirit of the theory goes contrary to the spirit of the document, which really does articulate a framework of fundamental values for judicial enforcement.

ce qui explique leur enchâssement. Il admet, cependant, que la réglementation du pouvoir étatique n'est pas le seul objectif de la Charte. Les droits linguistiques reconnus dans les articles 16 à 23 nous montrent que la Charte n'est pas destinée à protéger les droits de l'individu mais qu'elle a plutôt pour objet la reconnaissance des droits des communautés, précisément les communautés francophone et anglophone, renforçant ainsi l'orientation «collective» de la Charte. En d'autres mots, les droits linguistiques soulignent les notions de «collectivité» et de «communauté» qui, avec la notion de la démocratie, selon Monahan, soustendent la Charte.¹⁶⁹ Il faut dire que Monahan constate expressément qu'il ne prétend pas que les valeurs de la démocratie et de la communauté sont les seules valeurs reflétées par les dispositions de la Charte. Par contre, il soutient qu'elles sont les valeurs qui s'imposent partout dans le document et qui le «convient» le mieux. A cet égard, il constate ce qui suit (aux pp. 104-6):

My claim is not that the values of democracy and community are the only ones reflected in the Charter. Rather, I argue that these two values run throughout the document and, in particular, help to explain certain of its important structural features. In Dworkinian terms, my claim is that a theory based on these twin values satisfies a threshold test of «fit» with the Charter.

Il tente de soutenir sa position en se référant à certaines

¹⁶⁹ Ibid., aux pp. 111-15.

considérations politiques. Il suggère que la tradition politique canadienne a toujours été plus compatible avec des valeurs démocratiques et communautaires qu'avec celles qui visent l'individu à titre d'individu et non à titre de membre d'une société. Deuxièmement, il souligne la valeur de la démocratie elle-même. Finalement, il soulève la valeur intrinsèque de la communauté elle-même. Ces considérations de politique nous réfèrent, selon lui, à une théorie de contrôle judiciaire qui vise le processus démocratique et l'auto-détermination de la communauté. 170

170 Ibid., aux pp. 105-6 où il constate ce qui suit:

At the broader level of political theory, I argue that there are three sorts of considerations which suggest that democratic and communitarian values should form the basis of Charter interpretation. The first consideration is the Canadian political tradition itself. . . ., Canadian politics has always placed particular emphasis on communitarian values. Moreover, Canadians traditionally have regarded the state as a vehicle for creating individual freedom, rather than as the antithesis of such freedom. . . . The reading of the Charter which I suggest attempts to build upon this political tradition.

A second consideration is based on the value of democracy itself. Democracy regards consent as the only legitimate basis for the exercise of state power. Either the people themselves or their democratically-accountable representatives should have responsibility for making political choices. A democratic conception of judicial review attempts to reinforce this ideal. It regards judicial review as a mechanism to protect existing opportunities for democratic debate and dialogue as well as to open new avenues for such debate. The democratic conception stands in contrast to various "justice based" theories, designed to circumscribe and to by-pass the political process. By inviting judges to test

Nous sommes d'avis que plusieurs de ces auteurs n'ont pas prêté suffisamment attention aux objectifs globaux de la Charte et au contexte de son adoption. Certains utilisent l'interprétation d'articles particuliers de la Charte pour fonder une théorie générale d'interprétation. 171 La majorité

the substantive fairness of political outcomes against some independent normative standard, justice-based theories limit the opportunities for popular participation and control. Rather than encouraging individuals to debate and define the conditions of their communal life, conflict is arbitrated by deferring to an elite judiciary.

A third consideration, which I advance in support of the democratic-communitarian approach, is the intrinsic value of community itself. The conception of community I have in mind is not some romantic ideal of a conflict-free and tightly-knit little world. But neither is the community simply the aggregation of private interests. Instead, it is an ideal which claims that individuals are themselves constituted, in an important if not exclusive sense, by their membership in community. Thus, political debate and argument on the fullest range of issues is valued not because it will necessarily yield right answers to issues of political morality, but because it is a necessary feature of a community defining and revising its own identity. This perspective values the process whereby citizens define their own traditions, conventions and expectations as opposed to seeking to emulate the choices of the inhabitants of some ideal or hypothetical commonwealth.

171 La professeure Bayefsky, précitée, n. 27, s'est fondée sur les articles premier et 33 de la Charte et l'article 52 de la Loi sur la constitution de 1982 pour arriver à sa théorie. M. Fairley, précité, n. 167, s'est fondé uniquement sur une analyse de l'article 24 de la Charte. Voir également l'analyse de M. Slattery, précité, n. 133, que repose sur les articles premier et 33.

de ces auteurs n'ont pas tenté d'examiner la raison d'être de la Charte, qui, selon nous, devrait animer toute théorie générale d'interprétation de la Charte.¹⁷² De plus, il nous semble que certains juristes n'ont pas résisté à la tentation de s'en remettre à la doctrine et à la jurisprudence constitutionnelles américaines.¹⁷³ Nous croyons que ces tendances soient dangereuses pour le constitutionnalisme canadien parce qu'elles ignorent le contexte et les objets constitutionnels spécifiquement «canadiens» de la Charte, et le rôle que celle-ci est donc appelée à jouer au sein du fédéralisme canadien.

A cet égard, comme nous l'avons déjà souligné, il importe de reconnaître les différences fondamentales qui séparent le Bill of Rights américain et la Charte. Sur le plan structurel, nous avons indiqué plus haut que les articles 1 et 33 de la Charte, ainsi que ses dispositions générales énoncées par les

¹⁷² Par exemple, M. Paciocco, précité, n. 7, est arrivé à son énoncée des principes d'interprétation de la Charte par le biais d'une analyse approfondie de la jurisprudence existante à l'époque de la rédaction de son livre. Néanmoins, il n'a pas fait une analyse des motifs pour l'adoption de la Charte, analyse qui est, d'après nous, nécessaire à la compréhension de ses objectifs généraux. Nous pouvons critiquer de la même manière les analyses de Mme. Bayefsky *ibid*, M. Fairley *ibid*, et M. Monahan, précité, n. 15. Quant à M. Conklin, précité, n. 54 son travail a précédé la Charte et donc, il ne pouvait analyser sa raison d'être.

¹⁷³ Bien que M. Monahan, précité, n. 15, essaie de relier sa théorie aux notions de «communauté» et de «collectivité», elle repose en grande partie sur les principes qui soustendent la théorie du juriste américain, J.H. Fly, précité, n. 155. Il dit que cette théorie «convient» (en anglais, «fits») mieux la Charte canadienne sans considérer les motifs pour l'adoption de ce document constitutionnel. Quant à M. Fairley, précité, n. 167, il adopte simplement la théorie de M. Ely.

articles 25 à 31 et ses dispositions sur les langues officielles obligent le juriste à interpréter la Charte différemment du Bill of Rights américain, lequel ne contient pas de dispositions équivalentes. Néanmoins, le facteur déterminant, c'est que les deux textes ont été adoptés dans des contextes bien différents. Le Bill of Rights est le produit d'une révolution libérale. Il forme le noyau de la pensée libérale révolutionnaire de la fin du dix-huitième siècle, époque où l'on valorisait la liberté individuelle et le concept d'égalité juridique. Par contre, la Charte est un produit de l'État-providence qu'est le Canada de la fin du vingtième siècle, un produit du mouvement international en faveur de la protection de la dignité humaine. Elle a été adoptée pour des raisons différentes, dont certaines étaient politiques, par exemple, la cohésion d'une nation divisée. C'est là que se trouve la différence la plus importante - les objets généraux et les approches philosophiques des deux instruments constitutionnels ne sont pas les mêmes. C'est pourquoi nous croyons que l'on doit se garder d'adopter une théorie du contrôle judiciaire en fonction de la doctrine et de la jurisprudence américaines à moins d'être convaincu que les objectifs globaux de la Charte, ainsi que son libellé et sa structure générale, sont pris en considération.

Selon nous, le point de départ de toute analyse théorique de la Charte réside donc dans les buts fondamentaux de celle-ci, puis dans une évaluation de sa structure générale. Nous proposons d'utiliser les principes sous-jacents aux

objectifs larges de la Charte, au contexte de son adoption, à sa structure et à son libellé pour traiter le problème des limites à apporter au pouvoir judiciaire dans l'interprétation de ses dispositions. Nous croyons que, si ces principes sont ainsi observés, la Charte jouera pleinement le rôle constitutionnel et politique que les constituants de 1982 lui ont assigné.

Les conséquences qui découlent des principes évoqués plus haut ne diffèrent pas nécessairement les unes des autres. Par exemple, l'idée de promotion de l'unité nationale repose, au moins partiellement, sur l'enchâssement de certaines valeurs fondamentales communes à tous les Canadiens. Il faut alors se demander quelles valeurs sont «fondamentales». L'idée d'une protection des droits et libertés fondamentaux suscite la même question: «Pourquoi ces droits et libertés sont-ils «fondamentaux»?» Ces deux questions sont apparentes et elles nécessitent toutes deux la même analyse philosophique du caractère des droits et libertés garantis par la Charte: «Pourquoi qualifie-t-on de fondamentaux les droits et libertés garantis par la Charte?» Pour répondre à ces questions interdépendantes, il faut recourir au contexte de l'adoption de la Charte, à ses sources d'inspiration, et à sa raison d'être.

b) La théorie proposée

Comme nous venons de le souligner, le fil conducteur du présent exposé est la proposition selon laquelle toute théorie générale concernant l'interprétation de la Charte doit respecter les objets de base, les principes fondamentaux et la structure générale de celle-ci. On doit se garder d'interpréter la Charte indépendamment de son contexte et, en particulier, de son contexte canadien. Nous avons indiqué précédemment les deux objectifs généraux qui ont motivé en 1982 l'adoption de la Charte. Le premier est la protection efficace des droits et libertés fondamentaux des Canadiens, le second est la cohésion de la fédération canadienne à long terme par la sensibilisations de l'individu aux valeurs fondamentales communes à travers la nation. Toute théorie du contrôle judiciaire pour la Charte canadienne doit tenir compte de tels objets. Ils définissent son rôle constitutionnel à l'intérieur du fédéralisme canadien et lui donnent une substance. Cette théorie doit promouvoir, et non compromettre, la réalisation de ces objectifs. Une théorie qui ignore les objectifs généraux de la Charte méconnaît les intentions des constituants de 1982. Quelle théorie générale peut répondre aux impératifs que nous évoquons?

La théorie que nous proposons repose sur une simple idée: la Charte devrait être interprétée d'une manière conforme à

la notion de dignité humaine, d'une manière qui rende les dispositions de la Charte intelligibles aux Canadiens et qui respecte le rôle des articles 1 et 33 et les dispositions générales d'interprétation. Lorsque nous disons que la Charte devrait être interprétée d'une façon qui soit intelligible aux Canadiens, nous voulons dire qu'il devrait être tenu en compte de la perception qu'en ont les non-juristes. Si possible, ce document devrait être interprété en ayant recours au bon sens et aux règles grammaticales usuelles. Expliquons notre raisonnement.

La Charte a pour objet principal de protéger la dignité et la valeur de l'individu: elle vise à garantir le respect minimal de la personne humaine. Comme la juge Wilson a remarqué dans l'affaire Morgentaler ¹⁷⁴, la notion de dignité humaine est «inextricablement liée» à l'adoption de la Charte, et les droits et libertés garantis par la Charte sont tous inhérents à cette notion dignité humaine. ¹⁷⁵ C'est pourquoi

174 Précité, n. 61.

175 Ibid., aux pp. 164-66. Voir également les propos de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Ford c. Procureur Général du Québec précité, n. 5. À la p. 767, la Cour relie la valeur de l'expression dans le domaine commercial à l'idée de l'épanouissement individuel:

Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc

l'interprétation donnée à la Charte doit rattacher le droit ou la liberté en question à cette notion de «dignité humaine», de «valeur intrinsèque de la personne humaine» ou de «respect inhérent au personne humaine» 176

On évitera donc d'interpréter la Charte non seulement d'une façon qui ne respecte pas la dignité humaine, mais encore d'une façon qui heurte le bon sens. Non seulement la protection de la dignité humaine sera-t-elle ainsi mieux assurée, mais encore l'objectif de l'unité nationale sera favorisé. Par exemple, interpréter la liberté d'expression énoncée par l'alinéa 2b) de la Charte d'une façon qui, sans considération des impératifs de l'article premier, protège l'expression de la haine par le meurtrier serait contraire à la notion de dignité humaine et heurterait le bon sens des Canadiens. Cette interprétation n'encouragerait pas la promotion de la dignité humaine et ne serait pas de nature à susciter le respect de la Charte par les citoyens. En ce disant, nous n'essayons pas de justifier une limite apporté à un droit ou à une liberté. Rappelons que nous n'entendons pas définir les critères qui permettraient de légitimer, en vertu de l'article premier, un empiétement de l'État sur les droits et libertés. Nous proposons seulement une

l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

176 Voir à cet égard l'article récent de Me. Luc Huppé, «La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte» (1988), 48 R. du B. 724.

définition de la portée qu'il convient de donner à ces droits et libertés. D'après nous, cependant, cette définition ne devrait pas inclure les interprétations selon lesquelles une protection prima facie est conférée à une activité humaine qui est l'antithèse de la dignité humaine.

Nous croyons aussi que la Charte devrait être interprétée d'une manière qui évite «l'austérité du juridisme tabulaire» et qui assure à tous les Canadiens la possibilité de «bénéficier pleinement des droits et libertés [qui y sont] mentionnés». ¹⁷⁷ Si la Charte a pour vocation d'unir le Canada, on doit se garder de l'interpréter trop rigoureusement. La Charte a été conçue pour garantir les valeurs communes aux Canadiens et leurs principes fondamentaux. Si ces valeurs et ces principes sont étroitement circonscrits par des jugements fortement teintés de «juridisme tabulaire», au point de ne plus représenter les valeurs et principes chers aux Canadiens ou essentiels à la cohésion de la fédération canadienne, la Charte sera considérée avec cynisme et on cessera de la voir comme symbole unificateur ou comme garantie de la prééminence des valeurs «fondamentales». Nous favorisons donc une interprétation large et libérale des termes employés pour énoncer les droits et libertés, une interprétation qui donne aux mots employés leurs sens ordinaires. C'est de cette façon que la

¹⁷⁷ Traduction de l'arrêt, Minister of Home Affairs v. Fisher, [1980] A.C. 319, à la p. 328, per lord Wiberforce, cité par l'actuel juge en chef Dickson, à l'époque juge, dans l'affaire Hunter, précité, n. 6, à la p. 156.

Charte sera vraiment accessible au profane. 178 Les propos du juge Estey dans l'arrêt Law Society of Upper Canada c. Skapinker¹⁷⁹ méritent ici d'être cités:

On peut, sans crainte de se tromper, conclure que la Charte des droit sera lue par plus de membres de la société canadienne que toute autre partie des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982.¹⁸⁰

Nous croyons que donner un sens étroit à des termes parfois vagues serait introduire un légalisme dangereux. Dans la mesure du possible, il faut donner aux dispositions de la Charte une interprétation large, conforme à la notion de dignité humaine. Ainsi sera sauvegardée la valeur unificatrice de ce symbole national, et ainsi seront vraiment garantis les droits

178 A ce sujet, voir le professeur Paciocco, précité, n. 7 où ce dernier constate ce qui suit (aux pp. 51-52):

[The Charter's] interpretation should be «a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection.» There are a number of reasons for this. Most important is the stature of the document. As part of the Constitution, it is that part of the «supreme law of Canada», whose «whose purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines.» Confining its impact to the strict import of the language used would diminish the range of rights protected, and would make it less relevant to the average person.

179 Précité, n. 47.

180 Ibid., à la p. 376.

fondamentaux. 181

Un autre facteur milite en faveur d'une interprétation de la Charte qui la rende accessible au profane. Une telle interprétation est conforme à l'une des valeurs fondamentales reconnue expressément dans le préambule de la Charte elle-même: la primauté du droit. Le principe de la primauté du droit veut dire que la loi s'applique également à tous. Mais il veut dire aussi que chacun est fondé à connaître ce qu'est le droit. Dans l'affaire Merkur Island Shipping Corporation v. Laughton 182, Sir John Donaldson, le maître des rôles, évoque ce principe:

The efficacy and maintenance of the rule of law, which is the foundation of any parliamentary democracy, has at least two prerequisites. First people must understand that it is in their interests, as well as in that of the community as a whole, that they should live their lives in accordance with the rules and all the rules. Second they must know what those rules are. Both are equally important... 183

(Le souligné est nôtre.)

Une interprétation qui s'en tient au sens ordinaire des mots

181 Nous admettons qu'il ne serait pas toujours possible d'interpréter toutes les dispositions floues de la Charte selon leur sens ordinaire. Les expressions comme «la vie, la liberté et la sécurité de la personne», ou même le mot «expression», doivent être interprétés par les tribunaux et des significations plus concrètes doivent leur être assignés. Néanmoins, nous prétendons que les tribunaux doivent tenir compte de la signification communément acceptée de ces dispositions et la compréhensibilité de leurs interprétations pour le profane.

182 [1983] 1 All E.R. 334 (C.A.).

183 Ibid., à la p. 351.

employés dans la Charte et qui ne heurte pas le bon sens rendrait la Charte plus accessible au profane et favoriserait le principe de la primauté du droit.

Cette proposition déborde les frontières canadiennes. La présomption selon laquelle le Canada ne garantit pas moins que les droits et libertés garantis par un consensus des textes internationaux et nationaux adoptés par les autres «sociétés libres et démocratiques» est en harmonie avec elle. Les Canadiens ne saisiront pas les sens de la Charte si par exemple tous les autres textes étrangers et internationaux portant sur les droits de la personne protègent des aspects fondamentaux de la liberté de circulation que la Charte ne protège pas. C'est pourquoi la Charte devrait être interprétée, si possible, parallèlement à ces autres textes. La ratification par le Canada d'un texte international de cette nature devrait être considérée comme une indication que les droits et libertés qu'il garantit sont aussi garantis par la Charte.

Ensuite, la structure de la Charte particulièrement les articles 1 et 33, appelle une interprétation libérale des droits et libertés mais, en même temps, appelle une interprétation qui reconnaît à la société démocratique le droit de s'organiser. Tandis que l'article premier n'a pas d'équivalent aux États-Unis où les empiétements ne peuvent être légitimes qu'au moyen d'une interprétation restrictive des définitions figurant dans le Bill of Rights, l'article premier de

la Charte énonce les conditions auxquelles les droits et libertés peuvent être restreints. Le caractère non absolu des droits et libertés ressort du texte même de la Charte. L'article premier est très clair sur ce point: il garantit les droits et libertés énoncés dans la Charte, mais il prévoit qu'ils peuvent être restreints par l'État aux conditions qui y sont énoncées. La règle de la majorité trouve ainsi son expression. L'État peut restreindre les droits et libertés garantis par la Charte, mais il ne peut les restreindre qu'en conformité avec l'article premier. On peut donc supposer que ces droits et libertés ont une étendue aussi vaste que le permet leur contexte historique, linguistique et philosophique, sans considération des limites justifiables qui peuvent leur être apportés.

L'article 33 joue lui aussi un rôle important dans ce processus. Comme nous l'avons dit, cette disposition oblige les tribunaux à ne pas se comporter comme des «super-législatures judiciaires», à moins que les législatures ne s'en servent pour nier les droits et libertés mêmes que la Charte est censée protéger. Les tribunaux devraient ainsi jouer le rôle qui leur revient, un rôle propre à assurer aux Canadiens la protection de leurs droits et libertés. C'est pourquoi il faut se garder d'interpréter la Charte d'une façon incompatible avec la notion de dignité humaine ou l'objectif d'unité nationale. Comme le note la professeure Bayefsky, les tribunaux doivent rechercher les

«bonnes réponses» ¹⁸⁴ aux questions qui leur sont posées: ils devraient éviter d'interpréter la Charte trop libéralement ou trop restrictivement afin d'assurer la protection des droits fondamentaux des Canadiens. Ils doivent l'interpréter justement.

Toujours sur le plan structurel, les dispositions interprétatives de la Charte doivent bien sûr être respectées. Parmi ces dispositions, citons l'article 27, qui parle du maintien et de la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, et l'article 25, qui maintient les droits des peuples autochtones. L'article 29 confirme les droits et privilèges relatifs aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles, droits et privilèges qui ont joué des rôles importants dans le fondement de la nation. Toutes ces dispositions sont conforme à la proposition selon laquelle la Charte doit s'interpréter en fonction de son contexte canadien et de la notion de dignité humaine.

Soulignons également le rôle important que jouent les dispositions relative aux droits linguistiques, c'est-à-dire les articles 16 à 23. Ces dispositions, qui reconnaissent explicitement le caractère bilingue de la fédération canadienne, l'un des principes fondamentaux de notre nation, sont incluses dans la Charte en raison de leur importance pour l'objectif de l'unité nationale. A l'égard de cet objectif, nous croyons,

¹⁸⁴ En anglais, l'expression employée est «right answers»: précité, n. 27.

contrairement à ce que soutient le juge Beetz dans l'arrêt Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education ¹⁸⁵, que l'on ne devrait pas interpréter les articles 16 à 23 indépendamment des autres dispositions de la Charte. Bien que les articles 16 à 23 soient moins étroitement reliés à la notion de dignité humaine que les articles 2 à 15, ils visent le même objet que ces derniers, soit la cohésion de la nation canadienne.

Au surplus, on devrait considérer la Charte globalement pour bien comprendre la protection qu'elle vise à assurer. Si les dispositions de la Charte sont interprétées indépendamment les unes des autres, sans une compréhension des valeurs qu'elle défend, certains aspects importants de ces valeurs risquent d'échapper à la protection constitutionnelle. Par exemple, si les tribunaux jugent que la liberté de l'individu de choisir son lieu de résidence à l'intérieur de sa province n'est pas protégée par l'article 6, tout en considérant cette liberté comme partie de la liberté de circulation qu'avaient à l'esprit les artisans de la Charte, ils devraient alors chercher à la protéger en recourant à une autre disposition de la Charte. Ils ne pourront le faire cependant que si le libellé de la Charte le permet. Cette proposition est en accord avec les deux objectifs généraux, la structure et la formulation de la Charte.

Vient en dernier lieu la proposition selon laquelle la

¹⁸⁵ Précité, n. 142, à la p. 578.

Charte ne devrait pas être interprétée indépendamment de son contexte canadien, mais plutôt d'une manière compatible avec l'idée que s'en font les Canadiens. Le Canada n'est ni les États-Unis, ni la Grande-Bretagne, ni la France. Il a sa propre histoire, ses propres valeurs, sa propre société et ses propres problèmes nationaux et régionaux. Dans le même esprit, la Charte n'est ni le Bill of Rights ni la Convention européenne sur les droits de l'homme. Le Canada a sa propre charte des droits. Il faut se garder d'entremêler la jurisprudence constitutionnelle canadienne portant sur la Charte avec les jurisprudences étrangères portant sur les droits de la personne. C'est une nation souveraine et indépendante appelée «Canada» qu'on bâtit ici, une nation ayant ses particularités. Il n'est pas question ici d'imiter un pays étranger ou de reproduire une constitution étrangère.

En résumé, nous proposons ce qui suit:

- (a) on doit interpréter la Charte en fonction de la notion de dignité humaine;
- (b) on doit interpréter la Charte de façon large et libérale, en donnant aux termes employés leur sens ordinaire, et avec le souci de rendre la Charte accessible au profane;
- (c) eu égard bien sûr au libellé de la Charte, on devrait recourir aux textes étrangers et

internationaux portant sur les droits de la personne pour établir la protection minimale, c'est-à-dire les droits et libertés jugés essentiels par toute société libre et démocratique, que la Charte devrait garantir;

(d) la justification des restrictions apportées aux droits et libertés énoncés par la Charte doit être fondée sur l'article premier et non sur la méthode d'interprétation par les définitions;

(e) à moins que le recours à l'article 33 ne devienne trop fréquent, l'interprétation des droits et libertés ne doit pas indûment être libérale au point de laisser de côté la notion de dignité humaine ou la notion d'unité nationale;

(f) la Charte doit être interprétée en conformité avec les dispositions générales, soit les articles 25 à 31;

(g) dans l'interprétation d'une disposition particulière de la Charte, on doit tenir compte de l'ensemble des valeurs et principes généraux de la Charte, de sorte qu'aucune valeur fondamentale n'échappe à sa protection;

(h) la Charte doit toujours être comprise en fonction de son contexte canadien.

Nous croyons que, si les principes ci-dessus sont

observés par les interprètes de la Charte, ses objectifs généraux seront plus accessibles et sa structure générale sera respectée. Ces principes constituent la «théorie» que nous proposons pour le contrôle judiciaire des droits et libertés garantis par la Charte. Examinons maintenant trois décisions de la Cour suprême du Canada afin de comprendre leur processus analytique.

2. Les théories actuelles du contrôle judiciaire

Dans cette partie, nous examinerons trois arrêts de la Cour suprême du Canada afin d'illustrer les théories du contrôle judiciaire qui y sont employées, et afin d'évaluer leur efficacité pour la réalisation des objets de la Charte et leur compatibilité avec la structure générale de la Charte. Ces trois arrêts sont Law Society of Upper Canada c. Skapinker¹⁸⁶ (ci-après appelé «Skapinker»), Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayon, section locale 580 c. Dolphin Delivery Ltd.¹⁸⁷ (ci-après appelé «Dolphin») et Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)¹⁸⁸ (ci-après appelé «Public Service»).

L'arrêt Skapinker

Dans l'affaire Skapinker¹⁸⁹, le premier arrêt de la Cour suprême du Canada touchant la Charte, la question en litige était la portée de l'alinéa 6(2)b) de la Charte. Le juge Estey, qui a rendu le jugement pour la Cour, a interprété l'alinéa 6(2)b) en relation avec les autres dispositions de l'article 6.

186 Précité, n. 47.

187 [1986] 2 R.C.S. 573.

188 Précité, n. 52.

189 Précité, n 47.

Voici ce que dit cet article:

Mobility Rights

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(2) Every citizen of Canada and every person having the status of permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(a) any laws or practices of general application in force in a province other than those which discriminate among persons primarily on the basis of present or previous residence; and

(b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

Liberté de circulation et d'établissement

6.(1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'il n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

Les faits de cette affaire peuvent être décrits brièvement. L'intimé, un citoyen sud-africain, était résident permanent du Canada. Il remplissait toutes les conditions pour devenir membre de l'association professionnelle appelante, la Law Society of Upper Canada, à l'exception de la condition portant sur la citoyenneté et imposée par l'alinéa 28c) de la Law Society Act 190. Cette disposition législative prévoit que tout membre du Barreau de l'Ontario doit être citoyen canadien. L'intimé demandait que l'alinéa 28c) soit déclaré inopérant à cause de son incompatibilité avec l'alinéa 6(2)b) de la Charte. Il fut débouté en première instance, mais la Cour d'appel de l'Ontario en décida autrement et fit droit à sa demande. La Cour suprême du Canada, cependant, cassa la décision de la Cour d'appel.

Un des problèmes présentés par cet arrêt était que l'intimé revendiquait un droit indépendant au travail, sans le rattacher aux concepts de circulation et d'établissement qui soulignent l'article 6. Un droit distinct au travail comporte un élément économique que les tribunaux hésitent à aborder. Le juge Estey, qui a rendu le jugement de la Cour, a relevé trois interprétations possibles pour l'alinéa 6(2)b):

- a) La conjonction «and» qui se trouve entre les al. 1)a) et b) du texte anglais (mais non dans le texte français) et la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède tout l'art. 6 permettent d'interpréter le paragraphe

190 R.S.O. 1980, chap. 233.

[6(2)] comme si les mots «et alors» étaient sous-entendus entre les deux alinéas, de sorte que les al. a) et b) se liraient de la façon suivante:

Tout citoyen ... et ... résident permanent ont le droit

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province; [et alors]

b) de gagner leur vie dans toute province. ¹⁹¹

b) On peut interpréter séparément les deux alinéas du par. (2) en escamotant la conjonction «and» entre les al. a) et b) du texte anglais, en n'accordant aucune valeur interprétative à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» et en tenant compte de la présence du par. (4) qui peut indiquer que «circulation et établissement» ne sont pas des éléments nécessaires de chacune des parties de l'art. 6. On peut dire qu'une telle interprétation emporte la reconnaissance de deux droits distincts dans les al. a) et b), le premier étant celui de se déplacer dans tout le pays et de résider dans toute province, le second étant celui, pour un résident permanent, de travailler dans toute province sans être astreint à aucune loi de la province qui, en réalité, vise à restreindre le droit d'un résident permanent d'y travailler; ¹⁹²

c) La troisième interprétation de l'al. 6(2)b) consiste à séparer les deux alinéas a) et b) comme si la conjonction «and» du texte anglais n'existait pas, mais à interpréter l'al. b) comme s'il comportait un élément de «circulation et établissement» obligatoire. ¹⁹³

191 Précité, n. 47, à la p. 369.

192 Ibid.

193 Ibid.

L'importance de la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» dans le processus d'interprétation constitutionnelle a été minutieusement étudiée par le juge. Plus d'un quart de son jugement est consacré à ce sujet. Il en est venu à la conclusion que l'on doit considérer la rubrique dans l'interprétation d'une disposition de la Charte ¹⁹⁴ et qu'il faut «réconcilier la rubrique avec l'article qu'elle précède» ¹⁹⁵. Dans ce sens, alors, le droit de «gagner [sa] vie dans toute province» doit être relié à la notion de circulation. ¹⁹⁶

Il a procédé à une analyse de l'article 6 pour comprendre le sens véritable de l'alinéa 6(2)b). Ce qu'il dit de l'alinéa 6(2)a) est très important. Nous reproduisons ci-après ces propos dans leur version anglaise originale et dans leur traduction française:

[TEXTE ANGLAIS] I return to subs. (2) itself. Paragraph (a) is pure mobility. It speaks of moving to any province and residing in any province. If (b) is caught up with (a), it is likewise a mobility provision.

[TRADUCTION FRANÇAISE] Je reviens au par. (2) lui-même. L'alinéa a) a vraiment trait à la liberté de circulation et d'établissement. Il parle de se déplacer dans tout le pays et d'établir sa résidence dans toute province. Si l'al. b) est lié à l'al. a), il constitue lui aussi une disposition relative à la liberté de

194 Ibid., aux pp. 376-77.

195 Ibid., à la p. 377.

196 Ibid.

circulation et d'établissement. 197

(Le souligné est nôtre.)

Nous remarquons que le juge Estey semble se fier au texte anglais de la Charte en ce qui concerne l'article 6, les deux versions n'étant pas parfaitement identiques. Le fait de s'en remettre ainsi à la version anglaise aura des incidences importantes en ce qui concerne la liberté de circulation à l'intérieur d'une province.

Il a écarté l'interprétation selon laquelle le paragraphe 6(2) constituerait un seul droit. Le fait que les rédacteurs aient scindé le paragraphe en deux alinéas et le fait que le paragraphe 6(3) parle des «droits mentionnés au paragraphe (2)» ont été décisifs. 198 De même, il a rejeté l'argument selon lequel les droits énoncés dans les deux alinéas sont deux droits distincts et indépendants. Une telle interprétation aurait rendu superflus les mots «dans toute province» à l'alinéa b) et aurait méconnu la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement». 199

Il en a conclu que c'est la troisième interprétation qu'il faut retenir pour l'alinéa 6(2)b):

Il est donc raisonnable de conclure que l'al. 6(2)b) ne doit pas s'interpréter indépendamment de la nature des droits conférés au par. (1) et à l'al. (2)a). En réalité, la répétition de

197 Ibid., à la p. 378.

198 Ibid.

199 Ibid., aux pp. 378-79.

l'expression «dans toute province» dans chacun des alinéas du par. (2) semblerait constituer un lien supplémentaire entre la rubrique et les droits accordés par le par. (2) dans son ensemble. Il ne faut pas non plus interpréter le par. 6(2) comme une disposition distincte, complètement séparée du par. 6(3). Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 6(3) parle des «droits», au pluriel, accordés par le par. 6(2) et établit une exception à la prépondérance de ces droits. A mon avis, l'al. 6(3)a) démontre encore mieux l'intention de garantir la possibilité de se déplacer librement partout au Canada sans être gêné par des lois qui «établissent [des] distinction[s] ... fondée[s] principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». Les derniers mots de l'al. 6(3)a), que je viens tout juste de citer, étayaient la conclusion que l'al. 6(2)b) vise la «liberté de circulation et d'établissement» et non pas à établir un droit distinct au travail. L'interprétation de l'al. 6(2)b) en fonction des exceptions énoncées à l'al. 6(3)a) permet également d'expliquer pourquoi les mots «dans toute province» sont utilisés: en vertu de l'al. 6(2)b) les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages «d'application générale» dans cette province qui n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

Plusieurs considérations militent en faveur de la troisième interprétation de l'al. b) précitée. Cette interprétation a pour effet de donner à l'al. b) un sens compatible avec la rubrique de l'art. 6. Celui qui traverse une frontière interprovinciale pour se rendre au travail a, en vertu de l'al. b), le droit de travailler sans avoir à établir une résidence dans la province où il travaille, en application du droit conféré par l'al. a). Il y a une distinction de rôle et d'objet entre les al. a) et b) et la nécessité de dispositions distinctes se trouve démontrée. La présence de l'al. 6(3)a), déjà analysé, est une autre considération en faveur de cette interprétation. 200

Le juge Estey cite le juge Arnup, dissident, de la Cour d'appel de l'Ontario à l'appui de sa position. Le juge Arnup considère l'alinéa 6(2)b) comme «[TRADUCTION] une disposition qui vise à empêcher toute province d'établir des barrières qui interdiraient aux personnes d'une autre province de joindre sa main-oeuvre, dans le cadre d'une politique visant à favoriser ses propres résidents». ²⁰¹ De plus, le juge Estey s'est référé à une décision de la Cour Supérieure du Québec, Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine au chef du Québec. ²⁰² Dans cet arrêt, le juge en chef Deschênes a conclu que l'alinéa 6(2)b) «vise sans doute à donner à la citoyenneté canadienne son sens véritable et à prévenir l'érection de murailles artificielles entre les provinces» ²⁰³ Ayant ainsi étayé son opinion, le juge Estey en arrive à sa conclusion finale. Ses propos illustrent non seulement son point de vue quant au sens de l'alinéa 6(2)b), mais aussi son point de vue quant au sens de l'alinéa 6(2)a): tous les deux, d'après lui, sont reliés à la notion de circulation interprovinciale. Il apparaît évident qu'il s'en remet uniquement à la version anglaise de l'article 6:

Pour ces motifs, je conclus que l'al. 6(2)b) ne

²⁰¹ (1983), 40 O.R. (2d) 481 (C.A.), à la p. 492; cité par le juge Estey, ibid., à la p. 380.

²⁰² [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512 (C.S.Qué.); cité par le juge Estey, ibid., à la p. 381.

²⁰³ Ibid., C.S., à la p. 1150.

crée pas un droit distinct au travail qui n'a rien à voir avec les dispositions relatives à la liberté de circulation de d'établissement parmi lesquelles ils se trouve. Les deux droits à l'al. a) et à l'al. b) se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence. L'alinéa b) ne confère donc pas à Richardson un droit constitutionnel distinct de pratiquer le droit dans sa province de résidence qui prévaudrait sur la disposition provinciale qu'est l'al. 28c) de la Law Society Act, par application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.²⁰⁴

(Le souligné est nôtre.)

Ainsi, selon la Cour suprême du Canada, les droits conférés par les alinéas a) et b) du paragraphe 6(2) ne visent que la liberté de circulation interprovinciale. Les termes de la version française, «le droit ... de se déplacer dans tout le pays», ne sont pas pris en considération et la Cour leur donna une portée très restrictive.

Bien que le juge Estey ait mis en garde les juristes canadiens contre «[l']interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, [et qui] pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert»²⁰⁵, il a interprété non seulement l'alinéa 6(2)b), mais aussi l'alinéa 6(2)a), d'une manière très formaliste. Il a suivi une méthode d'interprétation fortement juridique, une méthode qui s'en remet aux termes

204 Précité, n. 47, aux pp. 382-83.

205 Ibid., à la p. 366.

employés pour énoncer les droits en question. La conséquence de son interprétation formaliste est maintenant évident: la liberté de circulation intraprovinciale et la liberté de choisir le métier ne sont pas protégées, à moins que le droit «à la liberté» prévu par l'article 7 ne soit invoqué. Ce recours à l'article 7 donnerait sans doute à cet article une portée qu'il ne mérite pas. Les alinéas 6(2)a) et b) pourraient être interprétés beaucoup plus largement que ne l'a fait le juge Estey. Bien qu'il soit évident que les rédacteurs entendaient prévenir «l'érection de murailles interprovinciales», il ne ressort pas clairement du paragraphe 6(2) qu'ils entendaient exclure ces éléments fondamentaux de la liberté individuelle. Le sens du texte français de l'alinéa 6(2)a) est assurément tout autre: c'est la liberté de circulation «dans tout le pays» qui était visée, pas seulement la liberté de circulation interprovinciale.

Le juge Estey n'a pas tenu compte des objectifs généraux de la Charte, ni de l'interdépendance des dispositions à l'étude et des autres dispositions de la Charte. L'effet de l'arrêt Skapinker est que les Canadiens ont des droits constitutionnel de choisir leur province de résidence et de travail, de rester au Canada, d'en sortir et d'y retourner, mais qu'ils n'ont pas de droit constitutionnel de circuler librement à l'intérieur de leur province de résidence, ni même y choisir leur résidence. De plus, d'après ce jugement, ils n'ont pas non plus de droit constitutionnel de choisir librement leur métier, malgré que l'al. 6(2)b) leur confère «le droit de gagner leur vie dans

toute province». ²⁰⁶ Il en irait ainsi à moins que les droits en question ne soient garantis par d'autres articles de la Charte.

Le juge Estey n'a même pas non plus considéré le caractère fondamental qu'a la liberté de circulation dans la société canadienne. L'histoire du Canada est celle d'un pays colonisé. Sauf les peuples autochtones, les Canadiens sont tous immigrés ou descendants d'immigrés. C'est donc grâce à la liberté de circulation que la société canadienne doit sa diversité. L'immenrité géographique du pays a rendu nécessaire la liberté de circulation, sans quoi les Prairies n'auraient pas été peuplées comme elles le sont aujourd'hui. Des moyens de transport, comme le chemin de fer Canadien Pacifique, ont manifestement contribué à l'union de la Colombie-Britannique avec le reste du Canada. Il existe donc un lien étroit entre la liberté de circulation et l'histoire du Canada.

De nos jours, la liberté de circulation demeure toujours importante. Le déplacement des citoyens d'une partie du pays à l'autre continue de jouer un rôle important dans le fédéralisme. Cette liberté permet aux Canadiens de voyager et de prendre connaissance de leurs concitoyens d'autres régions du Canada. Grâce à cette liberté, les habitants de la Colombie-Britannique peuvent s'informer des Québécois, les Torontois peuvent comprendre les problèmes des habitants du nord de

²⁰⁶ En anglais, les termes employés sont «to pursue the gaining of a livelihood in any province».

l'Ontario, et les Terreneuviennes peuvent mieux connaître les habitants du Yukon. Cette liberté de circulation concorde donc avec l'objectif de l'unité canadienne. Compte tenu du libellé de l'article 6 et compte tenu de l'objectif de l'unité canadienne, nous croyons qu'il faut tenir compte du contexte canadien de la Charte pour déterminer dans quelle mesure est garantie la liberté de circulation.

Le principe de l'arrêt Skapinker s'est répercuté dans une série de jugements de la Colombie-Britannique portant sur le droit d'exercer le médecine dans la ville de son choix dans la province. Dans le premier de ces jugements, Mia c. Medical Services Commission of British Columbia, le juge en chef McEachern s'est appuyé sur le droit à la liberté garanti par l'article 7 pour invalider une pratique gouvernementale «draconienne» et «orwellienne» qui consistait à refuser aux jeunes médecins le droit d'exercer la médecine à moins qu'ils n'acceptent de travailler à un endroit acceptable au gouvernement. 207

Le gouvernement revint à la charge en adoptant une loi qui avait le même objet et le même effet. Le juge Lysyk refusa d'invalider cette loi. Se fondant sur l'arrêt Skapinker et certains jugements des tribunaux inférieurs favorables à une interprétation étroite de l'article 7, il jugea que les droits des demandeurs n'étaient pas violés. Il n'eut donc pas à décider

207 (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.), aux pp. 413-14.

si l'intervention gouvernementale était valide ou non au regard de l'article premier. 208

Tout récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a unanimement infirmé le jugement du juge Lysyk. Elle a interprété plus largement le droit à la liberté prévu par l'article 7. 209 Pour décider que le droit à la liberté comprend la liberté de circulation intraprovinciale et la liberté de choisir son métier, la Cour s'est appuyé explicitement sur la notion de l'interdépendance des droits garantis par la Charte. Cette notion avait été évoquée par le juge La Forest dans l'affaire La Reine c. Lyons 210. Quelle que soit la portée de l'article 6, la liberté de circulation intraprovinciale peut être déduite de l'article 7:

Section 6 may or may not be restricted to guaranteeing the right of free movement from province to province. Whatever the answer to that question may be, does not detract from the constitutional and fundamental importance of mobility as it affects the life, liberty and security of the person: «Liberty» must touch the right of free movement. 211

Ces jugements montrent les difficultés qui se posent.

208 Wilson c. Medical Services Commission of British Columbia (1987), 36 D.L.R. (4th) 31 (C.S.C.-B.).

209 Wilson c. Medical Services Commission of British Columbia (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); requête pour autorisation de pourvoi rejetée le 3 novembre 1988, 36 B.C.L.R. (2d) xxxvii (C.S.C.).

210 Précité, n. 152.

211 Précité, n. 209, à la p. 26.

D'une part, les tribunaux jugent que la liberté de circulation intraprovinciale, un aspect fondamental de la liberté de circulation générale, n'est pas couverte par l'article 6. 212 D'une autre part, invoquer l'article 7 pour reconnaître cette liberté, c'est élargir l'étendue du droit à la liberté. Or, sans l'article 7, la liberté de circulation intraprovinciale n'est pas garantie.

L'arrêt Skapinker montre qu'une interprétation restrictive ne convient pas pour la Charte. Il faut considérer ses objets généraux et l'ensemble de ses dispositions pour saisir la portée exacte de chacune de ses dispositions.

L'arrêt Dolphin

212 Les propos du juge La Forest dans l'affaire Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591 semblent indiquer qu'au moins sur le plan de la circulation interprovinciale, les dispositions du paragraphe 6(2) seront interprétées de façon libérale (aux pp. 620-21):

En réalité, une interprétation de la Charte fondée sur l'objet visé nous oblige à aborder de manière plus globale la liberté de circulation. Le paragraphe 6(2) était destiné à protéger le droit d'un citoyen (et par extension celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent évidemment réglementer ces droits (selon l'arrêt Skapinker). Cependant, sous réserve des exceptions contenues à l'article premier et à l'art. 6 de la Charte, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Ce serait déroger aux droits que possède le citoyen, en sa qualité même de citoyen, d'être traité également partout au Canada.

Dans l'affaire Dolphin 213, le jugement de la Cour a été rendu par le juge McIntyre. Celui-ci y examine des questions autres que celle relative à l'étendue de la liberté d'expression garantie par la Charte. Néanmoins, ce qu'il dit de la portée de cette liberté fondamentale est très intéressant. L'une des questions posées était de savoir si le piquetage secondaire est compris dans la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte qui se lit comme suit:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;....

Le juge McIntyre semble croire que l'importance de la liberté d'expression réside dans ses liens étroits avec le système parlementaire démocratique qui est le nôtre. Voici ce qu'il dit à ce sujet:

[La liberté d'expression] constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté. 214

213 Précité, n. 187.

214 Ibid., à la p. 583.

(Le souligné est nôtre.)

Puis il évoque brièvement la proposition de John Stuart Mill selon laquelle la liberté d'expression est essentielle pour la découverte de la vérité mais il revient tout de suite à la notion de démocratie:

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne. Les tribunaux ont reconnu ce fait. ²¹⁵

(Le souligné est nôtre.)

Il fait ensuite une analyse de la jurisprudence constitutionnelle américaine et de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes pour démontrer que même «[a]vant l'adoption de la Charte, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne» ²¹⁶. Il conclut cette discussion par les propos suivants:

On constate immédiatement que c'est avec raison que le professeur Peter W. Hogg a fait remarquer ce qui suit, à la p. 713 de son ouvrage intitulé Constitutional Law of Canada (2nd ed. 1985):

[TRADUCTION] Les juges canadiens ont toujours attaché beaucoup d'importance à la liberté d'expression comme élément de la

²¹⁵ Ibid., aux pp. 583-84.

²¹⁶ Ibid., à la p. 584: discussion du lien jurisprudentiel entre la démocratie et la liberté d'expression, aux pp. 583-86.

démocratie parlementaire et, par les moyens limités dont ils disposaient avant l'adoption de la Charte des droits, ils se sont efforcés de protéger cette liberté.

L'alinéa 2b) de la Charte déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc aucun doute.²¹⁷

Il apparaît clairement que le juge McIntyre se fonde sur le rapport existant entre la liberté d'expression et la démocratie parlementaire canadienne lorsqu'il détermine l'objet, ou la valeur, de cette liberté constitutionnelle. Malgré cette valorisation qu'on peut qualifier d'«étroite», il semble quand même disposé à accorder une interprétation large à l'alinéa 2b). Avant de répondre à la question de savoir si le piquetage constitue une activité susceptible de protection, il note que cette activité comprend un certain élément d'expression:

[Q]uelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci.²¹⁸

Il conclut que l'injonction attaquée a porté atteinte à la liberté d'expression des piqueteurs, le piquetage comprenant un élément d'expression protégé par l'alinéa 2b) de la Charte:

Compte tenu des conclusions de fait déjà

217 Ibid., à la p. 586.

218 Ibid.

mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier et, par ce moyen, d'exercer sur elle une pression économique qui la forcerait à cesser de faire affaires avec Supercourier. Il est évident aussi qu'en cas de réussite le piquetage aurait causé à l'intimée un préjudice grave. Cela n'a toutefois rien de remarquable puisque tout piquetage vise à exercer une pression économique sur la personne qui en fait l'objet et à provoquer des pertes financières tant que le but du piquetage n'est pas atteint. Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la Charte. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression. ²¹⁹

(Le souligné est nôtre.)

Puis il exprime l'opinion selon laquelle l'injonction constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte. ²²⁰ Nous ne nous intéressons pas ici aux mécanismes précis de l'article premier, mais plutôt à la

219 Ibid., à la p. 588.

220 Ibid., aux pp. 588-92.

définition des droits et libertés garantis par la Charte. Il semble ressortir du jugement que la Cour n'a pas restreint la portée de la liberté d'expression au domaine politique. Il s'agissait en l'espèce d'une expression d'ordre économique dont l'objet était la persuasion, non le débat sur des questions politiques et sociales procédant d'un exercice de la démocratie. Le juge McIntyre semble donc d'avis que la liberté d'expression devrait avoir une grande étendue, tant en ce qui concerne la substance de l'expression que le mode d'expression. De cette façon, il semble donner au terme «expression» de l'alinéa 2b) un sens large.

Bien que sa méthode se soit révélée efficace en l'espèce, on peut relever deux omissions. D'abord, il a cherché à valoriser la liberté d'expression presque uniquement en se référant au processus démocratique. Aussi valable que soit ce rapprochement, il ne faut pas oublier le rôle majeur de cette liberté dans la vie quotidienne des Canadiens. Elle leur permet de communiquer, fonction essentielle de l'être humain. Elle inclut une reconnaissance de l'élément social de l'individu, de son besoin d'interagir avec les autres à tous les niveaux. On ne parle pas ici seulement des communications sur le plan politique. La valeur de la liberté d'expression ne se limite pas au contexte politique. Ce fait aurait dû être reconnu pour assurer la

plénitude de la liberté d'expression. 221

Ensuite, le juge McIntyre semble hésiter quant à l'approche interprétative générale. Bien qu'il ait donné un sens large à la liberté d'expression, il en a exclu les menaces et actes de violence et toute conduite «manifestement illégale». Ce n'est pas le fait qu'une forme d'expression soit «manifestement illégale» qui la soustrait la protection prima facie de l'alinéa 2b) de la Charte. Si un acte de violence ne fait pas partie de la liberté d'expression aux fins de la Charte, c'est parce qu'il nie la dignité de la personne humaine, et non parce qu'il est illégal. Certains règlements municipaux interdisent les musiciens ambulants. Enfreindre de tels règlements, c'est adopter un comportement «manifestement illégal». Il ne s'ensuit pas, cependant, que les activités d'un musicien ambulant ne devraient pas faire partie de la liberté d'expression garantie par la Charte. Il faut alors se demander si les activités expressives en question constituent une négation totale de la dignité humaine ou la valeur de la personne humaine et si elles n'ont aucunement d'autre valeur. Si affirmative, elles ne doivent pas être considérées comme forme d'expression. Dans la négative, c'est-à-dire, si elles ne constituent pas une négation totale de la dignité humaine ou si elles peuvent se valoriser autrement, elles devraient bénéficier de la protection prima facie de la Charte.

221 Pour une discussion plus approfondie sur les liens entre l'expression et la nature sociale de l'humanité, voir Richard Moon, «The Scope of Freedom of Expression», [1985] 2 Osgoode Hall L.J. 331.

Il faut alors examiner le règlement en question afin de déterminer s'il remplit les conditions de l'article premier. Nous croyons que cette approche favorise l'intégrité de la structure générale de la Charte et s'accorde avec la notion de dignité humaine. 222

D'après nous, c'est la méthode d'interprétation qui est important ici et pas seulement le résultat obtenu dans l'arrêt sous étude. Si la portée d'un droit ou d'une liberté peut être limitée à l'étape de la définition, légitimant du même coup l'intervention gouvernementale, le rôle de l'article premier est compromis. Nous croyons donc que la restriction apportée par le juge McIntyre à la définition de la liberté d'expression n'est pas nécessaire et que l'évaluation de l'intervention gouvernementale à son égard doit se faire exclusivement en vertu de l'article premier.

L'arrêt Public Service

Le dernier arrêt que nous examinerons est Public Service. 223 Trois jugements distincts ont été rendus par la Cour, laquelle était constituée de sept juges, dont un n'a pu

222 Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Ford c. Procureur Gen. du Québec, précité, n. 5. En particulier voir la partie du jugement de la Cour cité dans la n. 175, qui a trait à la relation entre la liberté d'expression d'une part, et l'épanouissement individuel et l'autonomie personnelle d'autre part.

223 Précité, n. 52.

prendre part au délibéré. ²²⁴ Le juge Le Dain a rendu le jugement pour lui-même et les juges Beetz et La Forest. Le juge en chef Dickson a rendu le jugement pour lui-même et le juge Wilson. Le juge McIntyre a rendu son propre jugement.

La question était de savoir si le droit de grève et le droit de négocier collectivement sont protégés par la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte qui se lit comme suit:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

....

d) liberté d'association.

Sur la question du droit de grève, quatre des six juges, soit les juges McIntyre, Le Dain, Beetz et La Forest, ont déclaré que la liberté d'association ne comprend pas ce droit. Sur la question de savoir si la liberté d'association comprend le droit de négocier collectivement, il n'y a pas eu de majorité: trois juges, soit les juges Le Dain, Beetz et La Forest, ont répondu négativement; les trois autres ont répondu par l'affirmative, soit explicitement soit implicitement. En conséquence, l'étendue de la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte n'est pas définitivement établie quant au droit de négocier collectivement.

²²⁴ Le regretté juge Chouinard.

Comme nous l'avons dit, les juges Beetz et La Forest ont souscrit au jugement rédigé par le juge Le Dain. Celui-ci a rejeté les prétentions des syndicats appelants, en assignant une importance limitée à la liberté en question. Voici ce qu'il a dit à ce sujet:

En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la Charte, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

En se demandant s'il est raisonnable de prêter une intention aussi générale à la Charte, je rejette la prémisse selon laquelle, sans cette protection constitutionnelle supplémentaire, la liberté d'association garantie serait vide de sens. La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion. Celles-ci présentent un large champ de protection d'activités collectives. De plus, la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit être tenue pour acquise. Cela ressort de sa reconnaissance et de sa protection expresses dans la législation en matière des relations de travail. C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à

l'occasion par des régimes totalitaires. 225

D'après lui, cependant, ce qui importe n'est pas la liberté d'association au sens décrit ci-haut, mais plutôt «la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives.» 226 Il estime qu'il n'appartient pas à la Cour d'exercer un contrôle sur les politiques législatives en matière de relations de travail. C'est le législateur qui devrait définir et édulcorer les droits des associations d'exercer les activités collectives revendiquées. 227 Toutefois, l'attribution d'une portée restreinte à l'alinéa 2d) prive d'effet cette disposition dans le domaine du droit du travail du moins en ce qui concerne le droit de grève et le droit de négocier collectivement. 228 Le juge Le Dain a légitimé

225 Précité, n. 52, aux pp. 390-91.

226 Ibid., à la p. 391.

227 Ibid., aux pp. 391-92.

228 Le juge Le Dain est «d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association qu'on trouve à l'al. 2d) de la Charte ... ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du négociateur collectivement et du droit de faire la grève» (ibid., à la p. 390), mais le juge McIntyre ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si la liberté d'association comprend ou non le droit de négociateur collectivement. C'est le droit de faire la grève qui, selon le juge McIntyre, n'est pas compris par l'alinéa 2d) de la Charte. En fait, dans un arrêt visant la même question que celle visée par l'arrêt Public Service et dont les motifs ont été prononcés en même temps, c'est-à-dire Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada, [1987] 1 R.C.S. 424, il explique expressément que son opinion énoncée dans Public Service selon

l'intervention gouvernementale dans les activités d'une association en interprétant restrictivement la liberté d'association, évitant ainsi une analyse en vertu de l'article premier. L'application de cet article «démontre, à [son] avis, jusqu'à quel point la Cour devient appelée à assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est pas vraiment faite pour assumer». 229

Nous croyons que la démarche adoptée par le juge Le Dain n'est pas appropriée pour l'interprétation de la Charte. Il n'a pas analysé les valeurs visées par la disposition. Il n'a pas considéré la relation de cette liberté avec la dignité humaine. Il n'a pas considéré le rôle de cette disposition dans la perspective globale des droits et libertés garantis par la Charte: il n'a fait qu'observer que les activités humaines déjà protégées par d'autres dispositions constitutionnelles peuvent être exercées collectivement. Nous nous demandons même si la liberté d'association doit être protégée pour que les autres

laquelle «l'al. 2d) de la Charte n'inclut pas une garantie constitutionnelle de faire la grève ... n'écarte pas la possibilité que d'autres aspects de la négociation collective puissent bénéficier de la protection de la Charte en vertu de la garantie de la liberté d'association»: ibid., à la p. 453. Il souligne les facteurs qui l'a poussé à cette conclusion, un desquels est que la loi sous étude «permet ... la poursuite de négociations entre les parties en ce qui a trait aux modifications des conditions d'emploi qui n'ont rien à voir avec la rémunération»: ibid., à la p. 454. Il est implicite dans son raisonnement alors que la négociation collective peut bénéficier de la protection de l'alinéa 2d) de la Charte et il est évident de son jugement qu'elle n'est pas nécessairement exclue de cette protection.

libertés fondamentales puissent être exercées collectivement. Quelle que soit la réponse à cette question, nous sommes d'avis que son interprétation est trop étroite.

Soulignons tout d'abord, dans ses motifs, il exclut le droit de grève et la négociation collective de la liberté d'association. La négociation collective est une activité qui n'est pas en soi nuisible. Elle vise l'amélioration des conditions de travail pour les travailleurs et la promotion de la dignité des travailleurs. Remarquons qu'il a déjà dit que «liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression....»²³⁰ Nous croyons que la négociation collective doit comprendre un certain élément expressive. Néanmoins, le juge Le Dain n'est pas prêt d'étendre son interprétation de la liberté d'association pour comprendre cette forme d'exercice d'une autre liberté fondamentale, soit la liberté d'expression. Nous croyons que exclure la négociation collective de la liberté d'association est excessif.

Cette interprétation ne correspond pas à l'idée que le profane se fait de la liberté d'association parce qu'elle exclut de nombreuses activités collectives essentielles à notre société. Nous prétendons que la liberté d'association au sens où l'entend le profane comprend la liberté d'agir collectivement, du moins dans certains domaines où l'activité en question est

²³⁰ Ibid., à la p. 391.

fondamentale. La conséquence du raisonnement du juge Le Dain est que très peu d'activités fondamentales collectives qui sont fondamentales à cause de leur nature collective seront protégées par la Charte. Le droit de cohabiter, d'avoir des relations sexuelles consensuelles, de procréer, de fonder et élever une famille se rapportent à des activités humaines essentielles à la dignité humaine, mais ils sont des activités qui ne peuvent être exercés que collectivement. L'interprétation du juge Le Dain signifierait que ces activités fondamentales, mais collectives, ne sont pas protégées par la Charte à moins que l'on ne trouve leur assise dans une autre disposition constitutionnelle: peut-être l'article 7 encore une fois? Nous voyons que les problèmes qui se sont posés par la suite de l'interprétation restrictive de l'article 6 pourraient se poser de nouveau dans le cas de l'alinéa 2d).

Nous constatons aussi que la portée restreinte donnée à la liberté d'association procède de la légitimation de l'intervention de l'État par le biais de la méthode des définitions. Cette méthode permet d'éviter les problèmes posés par l'article premier, des problèmes que, selon le juge Le Dain, la Cour n'est pas «vraiment faite» pour résoudre. Alors, sans un examen minutieux des valeurs qui sous-tendent la liberté d'association, sans une évaluation globale du rôle que devrait jouer l'alinéa 2d) de la Charte il a évité le recours à l'article premier en excluant simplement toute activité collective de la liberté d'association. Comme nous l'avons

souligné plus haut, plusieurs de ces activités collectives sont fondamentales dans notre société et notre système juridique. L'interprétation du juge Le Dain les abandonne aux interventions gouvernementales, qu'elles soient raisonnables ou non. Nous croyons que ce résultat n'est pas conforme au principe selon lequel la Charte enchâsse «les principes de base, les valeurs et les croyances fondamentales qui nous unissent en tant que Canadiens». 231 Mais le plus important, c'est que la démarche adoptée par le juge Le Dain est de mauvais augure pour la définition de tous les autres droits et libertés énoncés dans la Charte parce qu'une telle démarche ne tient pas compte du rôle central de l'article premier. Elle permet aux tribunaux d'écarter des problèmes difficiles de justification en adoptant des définitions étroites avec le résultat malheureux de l'exclure du même coup certaines valeurs fondamentales de la protection de la Charte.

Bien que le juge Le Dain redoute la lourde responsabilité confiée aux tribunaux par la Charte, il faut tout de même se rappeler que ce sont les constituants de 1982, tous des représentants élus du peuple canadien, qui la lui ont confiée. Voir ce qu'a dit le juge Lamer dans un autre arrêt à cet égard:

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les

231 Pierre E. Trudeau, précité, n. 95.

représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité. ²³²

Le juge McIntyre, lui, a refusé de reconnaître que l'alinéa 2d) protège le droit de faire la grève. À son avis, la liberté d'association n'a «pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple: pour l'individu, la réalisation de certain objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui.» ²³³ (Le souligné est nôtre.) La liberté d'association, d'après lui, est une liberté que seul l'individu peut exercer:

En considérant la situation constitutionnelle de la liberté d'association, il faut reconnaître que, bien qu'elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu'elle ne puisse être exercée seule, il s'agit néanmoins d'une liberté qui appartient à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice. Bien que certaines dispositions de la Constitution s'intéressent à des groupes, tels que l'art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui assure la protection des écoles confessionnelles, et l'art. 25 de la Charte, qui traite des droits existant des autochtones, les droits et libertés qui restent sont les droits individuels: ils ne concernent pas le groupe par rapport à ses membres. Le groupe ou l'organisation n'est qu'un moyen adopté par des individus pour mieux

²³² Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.), précité, n. 59, à la p. 497.

²³³ Précité, n. 52, à la p. 395.

réaliser leurs droits et aspirations individuels. Les gens ne peuvent pas, simplement en se joignant à d'autres, créer une entité qui a des droits et libertés constitutionnels plus grands que ceux que possèdent les individus. La liberté d'association ne saurait donc conférer des droits indépendants au groupe. ²³⁴

(Le souligné est nôtre.)

Le juge McIntyre définit alors la liberté d'association. Pour lui, la liberté d'association comprend la liberté de se joindre afin d'accomplir des objectifs communs ²³⁵, la liberté d'exercer collectivement les droits constitutionnels appartenant à l'individu ²³⁶, et la liberté d'accomplir de manière concertée tout acte qu'il est licite pour un individu d'accomplir. Tous ces aspects de la liberté d'association s'accordent avec sa proposition initiale, selon laquelle la liberté d'association ne confère pas aux associations des droits plus grands que ceux dont jouissent les individus qui les composent. Il écarte donc toute autre conception de la liberté d'association qui prétend étendre la portée de l'alinéa 2d) aux activités qui sont par leur définition même «collectives».

Faire la grève est par définition un acte qu'un individu seul ne peut accomplir. C'est un acte qui diffère non seulement quantitativement mais aussi qualitativement du refus individuel de travailler. C'est un acte qui, selon lui, n'est

²³⁴ Ibid., à la p. 397.

²³⁵ Ibid., à la p. 407.

²³⁶ Ibid.

pas donc compris dans l'alinéa 2d).

La démarche adoptée par le juge McIntyre nous paraît plus juste que celle du juge Le Dain. Le seul réserve est que certaines valeurs, certains aspects de liberté collective fondamentale de la société canadienne, ne sont peut-être pas, selon son interprétation, protégées par la Charte. Néanmoins, il a reconnu ce problème:

Si certaines activités, comme fonder un foyer, s'instruire ou gagner sa vie, sont importantes, voire même fondamentales, leur importance ne découle pas toutefois de leur nature collective potentielle. Leur importance résulte de la structure et de l'organisation de notre société et elles sont aussi importantes lorsqu'elles sont exercées individuellement que lorsqu'elles le sont collectivement. Même certaines institutions comme le mariage et la famille, qui de par leur nature sont collectives, ne tombent pas facilement ou entièrement sous la rubrique liberté d'association. Par exemple, la liberté d'association ne saurait avoir de portée sur les conséquences juridiques du mariage, comme le contrôle ou la propriété des biens matrimoniaux. Cela ne veut pas dire que des institutions fondamentales, comme le mariage, ne bénéficieront jamais de la protection de la Charte. L'institution du mariage, par exemple, pourrait fort bien être protégée par la combinaison de la liberté d'association et d'autres droits et libertés. La liberté d'association seule, toutefois, n'a rien à voir avec le comportement; son objet est de garantir que certaines activités et certains buts puissent être poursuivis collectivement. Lorsqu'on envisage cet objet, il devient clair que l'al. 2d) de la Charte ne saurait être interprété de manière de protéger certains actes ou buts spécifiques, qu'ils soient ou non fondamentaux dans notre société. ²³⁷

237 Ibid., à la p. 406.

Néanmoins, en formulant ainsi la liberté d'association, c'est-à-dire, comme la liberté d'un individu, le juge McIntyre n'a pas donné effet au lien entre cette liberté et la valorisation de l'être humain. La liberté d'association constitue, d'après nous, la reconnaissance constitutionnelle du caractère social des entreprises humaines. Comme telle, la protection constitutionnelle comprise dans l'alinéa 2d) devrait être étendue pour englober au départ toute activité non nuisible qui est nécessairement «collective». Nous reviendrons sur cette notion de la liberté d'association au cours de notre discussion de la dissidence du juge en chef qui suit.

C'est le jugement dissident du juge en chef Dickson que nous croyons le plus conforme à l'esprit de la Charte. Selon lui, la liberté d'association de la Charte vise à reconnaître la nature sociale des entreprises humaines:

La liberté d'association est garantie à l'al. 2d) sous la rubrique des libertés «fondamentales». A mon avis, la nature «fondamentale» de la liberté d'association est liée à l'importance primordiale que revêt pour l'individu l'interaction avec ses semblables. A mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d'association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins. Pour reprendre les termes célèbres d'Alexis de Tocqueville dans De la démocratie en Amérique (1951), tome 1, à la p. 305:

Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit

d'association [...] paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même.

En tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée. En s'associant, les individus ont été en mesure de participer à la détermination et au contrôle des conditions immédiates de leur vie et des règles, moeurs et principes qui régissent les collectivités dans lesquelles les individus vivent. ²³⁸

(Le souligné est nôtre.)

Bien qu'il soit d'accord avec la proposition selon laquelle la liberté d'association protège la capacité des individus d'accomplir leurs objets individuels licites de manière concertée, sa conception de la liberté d'association, de cette reconnaissance constitutionnelle de la nature sociale de l'être humain, va plus loin: la liberté d'association couvre toute activité qui est par nature et par définition «collective»:

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association. C'est précisément le cas en espèce. Il n'y a pas d'équivalent individuel à une grève. Le refus de travailler par un individu ne correspond nullement à un refus collectif de travailler. Ce dernier est différent au point de vue qualitatif plutôt que quantitatif. Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre

238 Ibid., à la p. 365.

à d'autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective. ²³⁹

(Le souligné du mot «qualitatif» est celui du juge en chef Dickson. Le reste du souligné est nôtre.)

Pour en arriver à cette conclusion, le juge en chef fait l'étude des instruments internationaux pertinents portant sur les droits de la personne. Nous avons déjà souligné l'importance qu'il donne à cette étude comparative. ²⁴⁰ De plus, il reconnaît les problèmes inhérents à une interprétation étroite:

La nature essentiellement formelle de la définition constitutive de la liberté d'association apparaît également lorsqu'on examine d'autres types d'activités des associations dans notre société. Si la définition constitutive peut éventuellement permettre de découvrir une violation possible de l'al. 2d) dans un texte législatif interdisant le mariage à certaines catégories de gens, elle considérerait comme inoffensif un texte qui interdirait aux mêmes gens de s'adonner aux activités inhérentes au mariage comme la cohabitation et l'éducation conjointe des enfants. Si la liberté d'association ne protège que la réunion de personnes à des fins communes, mais non l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée, alors cette liberté est effectivement legaliste, parcimonieuse et voire même insipide. ²⁴¹

239 Ibid., à la p. 367.

240 Voir en haut, aux pp. 95-98.

241 Précité, n. 52, aux pp. 362-63.

Il n'ignore pas non plus que la question en litige touche un droit dont les rapports avec la dignité humaine sont étroits:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante-essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. ²⁴²R

Ces considérations et la définition qu'il donne de la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte le conduisent à la conclusion que le droit de faire la grève est protégé par cette disposition, et que certaines des dispositions législatives contestées ne remplissaient pas les conditions de l'article premier.

Nous croyons que l'approche adoptée par le juge en chef dans cet arrêt répond le mieux à l'esprit de la Charte. Par une interprétation englobant les activités collectives censées fondamentales dans la société canadienne, les textes internationaux ratifiés par le Canada, et par sa reconnaissance du rôle de cette liberté pour la dignité humaine, le juge en chef a pris acte des objectifs généraux de la Charte. Le profane peut

²⁴² Ibid., à la p. 368.

être ainsi assuré que l'État ne l'empêchera pas abusivement de s'adonner à des activités collectives, qu'elles soient susceptible d'accomplissement par des individus ou non.

Résumé

L'analyse de ces trois arrêts démontre la nécessité de mieux respecter les objectifs de base de la Charte, de mieux comprendre la Charte dans sa globalité, et de mieux considérer les exigences interprétatives qui découlent de sa structure générale. L'arrêt Skapinker montre qu'il est facile d'ignorer les aspects d'une valeur essentielle à notre société en méconnaissant les objets généraux de la Charte. Cet arrêt est un bon exemple du «juridisme tabulaire» que le juge Estey dit lui-même contre-indiqué pour l'interprétation de la Charte. La démarche adoptée par le juge Estey ne favorise pas l'objectif de l'unité nationale. L'arrêt Dolphin nous rappelle les problèmes inhérents à une interprétation qui ignore le rapport existant entre le droit ou la liberté considéré et la dignité humaine. Finalement, l'arrêt Public Service juxtapose plusieurs démarches et rend compte des problèmes qui suscite le recours à la méthode des définitions pour légitimer les interventions gouvernementales. L'approche du juge Le Dain a pour effet d'exclure certaines activités humaines fondamentales de la protection de la Charte. Cette approche ne favorise pas la dignité humaine et ne correspond pas à la structure générale de la Charte.

Conclusion

Les arrêts discutés précédemment témoignent de l'importance de la proposition selon laquelle on doit interpréter la Charte d'une manière conforme à la notion de dignité humaine, en tenant compte de la façon dont le profane comprend ses dispositions et en respectant la structure générale de la Charte elle-même. Cette importance peut s'expliquer de diverses façons.

D'abord, lorsqu'on circonscrit un droit ou une liberté par une définition, il n'est plus possible de dire si l'action gouvernementale dans un domaine débordant la définition est raisonnable ou non. S'il est admis que l'article 6 ne vise pas la circulation intraprovinciale, alors le gouvernement peut restreindre la liberté de circulation intraprovinciale sans avoir à se conformer aux conditions de l'article premier à moins qu'une autre disposition de la Charte ne puisse être invoquée pour invalider les restrictions gouvernementales.

La légitimation de l'action gouvernementale dans les domaines qui, pour le profane, sont «apparemment» protégés par les dispositions de la Charte, devrait relever de l'article premier et non de la méthode des définitions employée par les tribunaux américains pour le Bill of Rights, lequel ne contient pas de clause limitative comme l'article premier de la Charte.

L'intégrité structurelle de la Charte canadienne devrait être ainsi maintenue et respectée: le recours aveugle à la jurisprudence américaine n'est pas approprié parce qu'elle ne distingue pas entre les fonctions de définition et de légitimation. De cette façon, on sera assuré que les droits et libertés énoncés par la Charte seront interprétés dans leur sens courant, et il ne sera pas nécessaire pour les fins de leur définition de savoir si l'action gouvernementale restrictive est ou non justifiée.

La deuxième raison de l'importance de cette proposition est qu'une interprétation formelle découlant d'un «juridisme tabulaire», ou pour reprendre les mots du juge en chef Dickson dans l'arrêt Public Service, une interprétation «légaliste, parcimonieuse et voire même insipide» ²⁴³, une interprétation qui ignore la façon de voir du profane ou la notion de dignité humaine, engendrera le cynicisme chez les Canadiens, au lieu de leur donner un sentiment d'appartenance à la nation en raison d'une communauté de valeurs fondamentales. Un tel résultat signerait l'échec d'un des objets principaux de la Charte, à savoir la cohésion de la nation canadienne. Nous croyons que l'arrêt Skapinker, ²⁴⁴ qui a exclu la liberté de circulation intraprovinciale de l'article 6 de la Charte, entraînera une confusion parmi la population canadienne. De même,

243 Ibid., à la p. 363.

244 Précité, n. 47

la proposition du juge Le Dain, dans l'affaire Public Service, qui exclurait de l'alinéa 2d) le droit de négocier collectivement, ainsi que toute autre activité collective, qu'elle soit fondamentale ou non, amoindrirait la valeur de la Charte aux yeux de certains Canadiens.

En somme, si la Charte ne parvient pas à protéger les droits et liberté à caractère occidental ²⁴⁵ qui sont considérés comme étant «fondamentaux» par les Canadiens et, à tout le moins, par les documents internationaux et étrangers concernant les droits de la personne, la Charte n'atteindra pas les deux objectifs globaux que nous avons évoqués, à savoir la cohésion de la nation canadienne et la protection efficace de la dignité humaine. Si, en interprétant la Charte, les tribunaux jugent que certaines valeurs fondamentales ne sont pas protégées par celle-ci, les Canadiens auront peu de respect pour leur constitution, ce document qui, supposément, enchâsse leurs valeurs fondamentales. L'unité canadienne ne serait donc pas favorisée par une telle approche. Au surplus, certains facteurs essentiels au respect de la dignité humaine ne seraient pas protégés par la Charte, compromettant ainsi la réalisation du deuxième objectif.

Un dernier point mérite d'être soulevé. La théorie du contrôle judiciaire que nous proposons ne vise que la définition

²⁴⁵ Nous ne parlons que des droits et libertés de caractère occidental parce que nous l'avons déjà mentionné, la Charte est d'abord un document de nature occidentale.

des droits et libertés enchâssés dans la Charte. Quant à l'article premier, nous avons proposé que lui seul soit considéré pour juger si les limites apportées aux droits et libertés ainsi enchâssés sont légitimes. Nous n'avons pas parlé des critères qui devraient être considérés au regard de cette disposition de la Charte. Cependant, nous croyons que ces critères devraient être évalués en fonction de notre proposition générale. Cette disposition, l'article premier, permet l'expression de la volonté de la majorité. L'obligation du gouvernement de se comporter de manière «raisonnable» au chapitre des droits et libertés protégés par la Charte devrait être formulée avec discernement afin que soit établi un juste équilibre entre la protection efficace des droits et libertés fondamentaux et le respect de la volonté populaire. Donner systématiquement la préférence aux droits individuels ou bien aux droits du gouvernement aurait pour effet de discréditer la Charte aux yeux des Canadiens et d'amoindrir son utilité comme instrument d'unité nationale. La question de savoir où se situe cet équilibre déborde toutefois le sujet du présent exposé et devrait faire l'objet d'une étude distincte.

Bibliographie

Ouvrages

Beaudoin, G.A. et Turp, Daniel, directeurs, Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne (Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, Québec, 1986).

Chrétien, Jean, Dans la fosse aux lions, Les Éditions de l'homme, Montréal, 1985.

Conklin, William, In Defence of Fundamental Rights, (Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1979).

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977)

Ely, John Hart, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980)

Gibson, Dale, The Law of the Charter: General Principles (Carswell, Toronto, 1986)

Hogg, Peter, Constitutional Law of Canada, 2d ed. (Carswell, Toronto, 1985)

Monahan, Patrick, Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada, Carswell, Toronto, 1987.

Paciocco, David, Charter Principles and Proof in Criminal Cases (Carswell, Toronto, 1987)

Tarnopolsky, Walter S., The Canadian Bill of Rights (2e édition révisée) (The Canadian Publishers, Toronto, 1975)

Trudeau, Pierre E., Federalism and the French Canadians, Macmillan Co. of Canada, Toronto, 1968.

Articles

Bayefsky, Anne, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987), 32 Rev. de Droit de McGill 791.

Beaudoin, Gérard A., «La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux» (1975), 53 Rev. Bar. Can. 675

Cairns, Alan C., «The Canadian Constitutional Experiment» (1984), 9 Dalhousie L.J. 87

Cameron, Jamie, «The Forgotten Half of Dolphin Delivery: a Comment on the Relationship Between Substantive Guarantees and Section 1 of the Charter» 88), 22 U.B.C.L.R. 147

Christian, Timothy, «The Limited Operation of the Limitation Clause» (1987), 25 Alb. L. Rev. 264.

Claydon, J., «International human rights law and the interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 Sup. Ct. L.R. 287.

Cohen, M., «The Canadian Legal Profession and International Law» (1983), 13 Man. L.J. 201.

Cohen, M., «Towards a paradigm of theory and practice: the Canadian Charter of Rights and Freedoms - international law influences and interactions», [1986] Annuaire can. des droits de la personne 47.

Connelly, Peter, «The Fourth Amendment and Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: what has been done? what is to be done?» (1985), 27 Criminal L.Q. 182.

Fairley, . Scott, «Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review» (1982), 4 Sup. Ct. L.R. 217.

Finkelstein, N., «Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the relevance of the U.S, experience» (1985), 6 Advocates' Q. 188.

Haywood, M.A., «International law and the interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: uses and justifications» (1985), 23 U.W.O.L.Rev. 9.

How, W. Glen, «The Case for a Canadian Bill of Rights» (1948), 26 Rev. Bar. Can. 759.

Huppé, Luc, «La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte» (1988), 48 R. du B. 724.

Knopff, R. Rainer et Morton, F.L., «Le développement national et la Charte», dans Alan Cairns et Cynthia Williams, coordinateurs, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Volume 33 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada

Lower, A.R.M., «Some reflections on a Bill of Rights» (1947), 16 Fortnightly L.J. 216.

MacDonald, D.C., «L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits de la personne» dans Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne (1986).

McWhinney, Edward, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Lessons of Comparative Jurisprudence» (1983), 61 Rev. Bar. Can. 55.

Mendes, Errol, «Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practices of Fundamental Rights», (1982), 20 Alta. L. Rev. 383.

Moon, Richard, «The Scope of Freedom of Expression», [1985] 2 Osgoode Hall L.J. 331

Morel, André, «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges», (1983), 61 Rev. du Bar. Can 81.

Morton, F.L., «The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987), 20 J. Can. Pol. 31.

O'Halloran, Cornelius Hawkins, «Inherent Rights» dans Obiter dicta, journal étudiant de l'Osgoode Law School, printemps 1948.

Pentney, William, «Les principes généraux d'interprétation de la Charte» dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, éditeurs, Charte canadienne des droits et libertés, 2e édition (Wilson & Lafleur ltée., Montréal, 1989)

Pentney, William «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982: Part I; The Interpretive Prism of Section 25» (1988), 22 U.B.C. Law Rev. 21

Russell, Peter, «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 Rev. du Bar. Can. 30

Samek, Robert, «Untrenching Fundamental Rights» (1982), 27 Rev. du droit de McGill 755.

Schwartz, Brian, et Mackintosh, Gordon «The Charter and the Domestic Enforcement of International Law» (1986), 16 Man. L.J. 149.

Slattery, Brian «A Theory of the Charter» (1987), 25 Osgoode Hall L.J. 701

Tarnopol'sky, Walter S., «Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne» dans Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne (1986).

Tarnopolsky, Walter S., «The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights» (1975), 53 Rev. Bar. Can. 644

Tremblay, G., «La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme» (1982), 23 C. de D. 795.

Turp, Daniel, «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: un bilan jurisprudentiel» (1984), 18 R.J.T. 353.

Whitaker, Reg, «Democracy and the Canadian Constitution» dans And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act (Methuen, Toronto, 1983).

Williams, Cynthia, «L'évolution des droits du citoyen», dans Alan Cairns et Cynthia Williams, coordinateurs, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Volume 33 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Gouvernement du Canada, Ottawa, 1986, pp. 111-47.

Documents officiels

Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, Rapport, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1972.

Commission sur l'unité canadienne, Rapport, Tôme 1, Définir pour choisir, et Tôme 3, Se retrouver: Observations et recommandations, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1979

Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Rapport, L'Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1967-70.

Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces, mémoire de Coyne, Lower et Macfarlane pour «Native Sons of Canada», le 8 décembre 1937 à Winnipeg, Manitoba.

Gouvernement du Canada, La Charte canadienne des droits et liberté: un guide à l'intention des Canadiens, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1982.

Hansard, Débats de la Chambre des communes.

Pearson, Lester B., Premier ministre, Gouvernement du Canada, Le fédéralisme et l'avenir, Déclaration de principe et exposé de la politique du Gouvernement du Canada, Conférence sur la Constitution, 1968, Ottawa, les 5, 6 et 7 février 1968, Imprimeur de la Reine, Ottawa.

Procès-verbaux et témoignage du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, 1980-81.

Trudeau, Pierre E., Ministre de la Justice, Gouvernement du Canada, Charte canadienne des droits de l'homme, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1968.

Trudeau, Pierre E., Premier ministre, Gouvernement du Canada, La Constitution canadienne et le citoyen (un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales), Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1969.

Trudeau, Pierre E., Premier ministre, Gouvernement du Canada, Le temps d'agir: jalons du renouvellement de la fédération canadienne, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1978.

Arrêts

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada, [1987] 1 R.C.S. 424.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

Big M Drug Mart Ltd., La Reine c., [1985] 1 R.C.S. 295.

Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591.

Burnshine c. La Reine, [1975] R.C.S. 693.

Chromiak c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 471.

Curr c. La Reine, [1972] R.C.S. 889.

Dixon c. Attorney General of British Columbia (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 273 (C.S.)

Drybones, La Reine c., [1970] R.C.S. 282.

Edward Books and Art Limited c. La Reine, [1986] 2 R.C.S. 713.

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469.

Ford c. Procureur Général du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357.

Lyons, La Reine c., [1987] 2 R.C.S. 309.

Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine au chef du Québec, [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512 (C.S.Qué.).

Merkur Island Shipping Corporation v. Laughton, [1983] 1 All E.R. 334 (C.A.).

Mia c. Medical Services Commission of British Columbia (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.).

Miller et Cockriell, La Reine c., [1977] 2 R.C.S. 680.

Minister of Home Affairs v. Fisher, [1980] A.C. 319 (P.C.).

Morqentaler, La Reine c., [1988] 1 R.C.S. 30.

Oakes, La Reine c., [1986] 1 R.C.S. 103.

Rahey, La Reine c., [1987] 1 R.C.S. 588.

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313.

Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

Renvoi sur An Act to Amend the Education Act, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Renvoi sur l'amendement de la Constitution du Canada, [1981] 1 R.C.S. 753, 125 D.L.R. (3d) 1.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

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

Skapinker c. Law Society of Upper Canada (1983), 40 O.R. (2d) 481 (C.A.).

Société des Acadiens du Nouveau Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education, [1986] 1 R.C.S. 549.

Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayon, section locale 580 c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.

Therens, La Reine c., [1985] 1 R.C.S. 613.

Turpin, La Reine c., [1989] 1 R.C.S. 1296.

Wilson c. Medical Services Commission of British Columbia (1987), 36 D.L.R. (4th) 31 (C.S.C.-B.), infirmé (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi rejetée le 3 novembre 1988, 36 B.C.L.R. (2d) xxxvii (C.S.C.).

Lois

Acte de l'Amérique du nord britannique (No. 2), 1949

Acte de l'Amérique du nord britannique, 1951

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, Chap. 26.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982.

Canada Act, 1982 (R.U.), 1982, Chap. 11.

Constitution des États-Unis Amendments I-X, XIII -XI, XIX, XXIV et XXVI.

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice IIJ.

Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233.

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21

Loi constitutionnelle de 1940

Loi constitutionnelle de 1964

Loi constitutionnelle de 1982

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions,
S.R.C. 1970, chap. C-23.

Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13.

Loi sur les langues officielles, R.S.C. 1970,
chap. O-2.

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

Textes internationaux

Convention africaine des droits et obligations de la personne et du peuple, O.U.A. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 Documents juridiques internationaux 58 (1982), adoptée le 27 juin 1981.

Convention américaine des droits et obligations de l'homme, O.A.S. Off. Rec. O.E.A./Ser. K/XVI/I.I Doc. 65, Rev. 1, Corr. 2, adoptée le 7 janvier 1970.

Convention européenne des droits de l'homme, 213 U.N.T.S. 222, adoptée le 4 novembre 1950, en vigueur le 3 septembre 1953.

Déclaration américaine des droits et obligations de l'homme, O.A.S. Off. rec. O.E.A./Ser.L/V/II 23, doc. 21, rev. 6, adoptée le 2 mai 1948.

Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution de l'Assemblée générale, 217A (III), Doc. de l'O.N.U. A/810 (1948), adoptée le 10 décembre 1948.

Pacte international sur les droits civils et politiques Résolution de l'Assemblée générale, 2200 (XXI), 21 U.N. G.A.O.R., Supp. (No. 16) 52, Doc. de l'O.N.U. A/6316 (1966), adoptée le 16 décembre 1966, en vigueur le 23 mars 1976.

Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, Résolution de l'Assemblée générale, 2200 (XXI), 21 U.N G.A.O.R. Supp. (No. 16) 49, Doc. de l'O.N.U. A/6316 (1966), adoptée le 16 décembre 1966, en vigueur le 23 mars 1976.

Table des matières

Introduction	1
Plan de thèse	8
Chapître premier	
Objets et structure de la <u>Charte</u> et les principes qui en découlent	
1. L'interprétation de la <u>Charte</u> en général: l'approche téléologique	11
2. Les objets généraux de la <u>Charte</u>	21
a) La <u>Charte</u> devrait fournir aux Canadiens une protection efficace de leur droits et libertés fondamentaux	23
b) La <u>Charte</u> devrait favoriser l'unification de la fédération canadienne	44
c) Sommaire des objectifs larges de la <u>Charte</u>	69
3. La structure et la terminologie de la <u>Charte</u>	70
Chapître deuxième	
Formulation et illustration d'une théorie contrôle judiciaire	
1. Énonciation d'une théorie du contrôle judiciaire	104
a) Les théories existantes	104

b) La theorie proposée	121
2. Les théories actuelles du contrôle judiciaire	134
L'arrêt <u>Skapinker</u>	134
L'arrêt <u>Dolphin</u>	147
L'arrêt <u>Public Service</u>	154
Résumé	169
Conclusion	170
Bibliographie	174