INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

Bell & Howell Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA
800-521-0600





Université d'Ottawa · University of Ottawa



Vie privée et droits fondamentaux

Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international

Thèse

Déposée à l'École des études supérieures en droit
en vue de l'obtention du doctorat en droit (LL.D.)
le 27 août 1999 (Soutenue le 19 juin 2000)

Maître Alain-Robert Nadeau, LL.M., avocat
Candidat au grade de docteur en droit

Université d'Ottawa
4 juillet 2000

© **Alain-Robert Nadeau, Ottawa, Canada, 2000**

National Library of Canada
Acquisitions and Bibliographic Services
395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale du Canada
Acquisitions et services bibliographiques
395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

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

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

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

0-612-57059-2

Canada

Résumé

Quintessence de la liberté individuelle garantie par les chartes des droits, la protection de la vie privée est l'une des assises sur laquelle repose les démocraties libérales. Le postulat sur lequel se fonde cette étude comparée du droit constitutionnel canadien et américain et du droit international est que toute immixtion de l'État effectuée sans consentement — qui peut être individuel ou communautaire — est inconstitutionnelle. Il repose sur l'idée que les pouvoirs étatiques sont intrinsèquement limités. Cette étude se divise en trois parties. La première partie consiste à examiner la notion de la vie privée et à identifier les sources du droit au respect de la vie privée en droit civil, en *common law* et en droit constitutionnel. La seconde partie est consacrée à l'analyse de la protection constitutionnelle et distingue la *protection de l'autonomie de la volonté* et la *protection de l'information*. La *protection de l'autonomie de la volonté* circonscrit la protection offerte aux lieux (le domicile, les véhicules automobiles, les institutions carcérales et les frontières internationales) ainsi que la protection offerte aux personnes (l'intégrité physique et morale, la liberté de circulation, la détention, les fouilles corporelles, la famille et l'autorité parentale ainsi que l'autonomie personnelle). La *protection de l'information* circonscrit la protection offerte à la correspondance, aux conversations téléphoniques, aux filatures et à la surveillance (la surveillance participative, la télésurveillance, et la surveillance informatique) ainsi que la protection des données à caractère personnel. Dans la troisième partie, l'auteur examine les normes du droit international issues des traités dont la *Charte internationale des droits de l'homme*, la *Déclaration américaine*, la *Convention américaine* ainsi que la *Convention européenne*. L'analyse de la jurisprudence internationale, américaine et canadienne révèle l'inadéquation de la méthode d'interprétation qui fait du contrôle de l'information le point d'ancrage de la protection constitutionnelle en ce qu'elle contrevient à la *doctrine du constitutionnalisme* et à son corollaire, le *principe de la primauté du droit*, sur lesquels s'appuient les droits et libertés fondamentaux qui font du Canada une société libre et démocratique.

Εἰλήφθω δὴ ὁ ἄδικος ποσαχῶς λέγεται. Δοκεῖ δὲ ὅ τε παράνομος ἄδικος εἶναι καὶ ὁ πλεονέκτης καὶ ἄνισος, ὥστε δῆλον ὅτι καὶ ὁ δίκαιος ἔσται ὅ τε νόμιμος καὶ ὁ ἴσος. Τὸ μὲν δίκαιον ἄρα τὸ νόμιμον καὶ τὸ ἴσον, τὸ δ' ἄδικον τὸ παράνομον καὶ τὸ ἄνισον.

Cherchons donc dans combien de cas on peut dire de quelqu'un qu'il est injuste. L'homme injuste est, semble-t-il, aussi bien celui qui agit contre la loi que celui qui veut posséder plus qu'il ne lui est dû, et même aux dépens d'autrui. Aussi est-il évident que le juste sera celui qui se conforme aux lois et qui observe l'égalité; l'injuste nous entraîne dans l'illégalité et l'inégalité.

ARISTOTE — *Éthique de Nicomaque.*

Table des matières

Introduction (1-19)

Première partie
Les sources de la protection du droit au respect de la vie privée (19-138)

Chapitre 1 **De la vie privée au droit à la vie privée** (21-37)

1.1. La notion de vie privée (22-29)
1.2. Les conceptions du droit à la vie privée (29-37)

Chapitre 2 **Le droit à la vie privée en droit infraconstitutionnel** (38-74)

2.1. Le droit à la vie privée en droit privé (38-56)
  (a) Le droit civil (40-51)
    1. La protection de l'autonomie de la volonté (48-49)
    2. La protection de l'information (49-51)
  (b) La *common law* (52-56)

2.2. Le droit à la vie privée en droit public (56-74)
  (a) Le sophisme de la quasi-constitutionnalité des lois fondamentales (58-64)
  (b) Les normes édictées par les lois fondamentales (64-74)
    1. La *Charte des droits et libertés de la personne* (64-66)
    2. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* (66-67)
    3. La *Déclaration canadienne des droits* (67-74)

Chapitre 3 **Le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel (75-138)**

3.1. Le libéralisme et les origines de la doctrine du constitutionnalisme (76-95)

3.2. L'interprétation des droits constitutionnels (95-126)
(a) Les méthodes d'interprétation des droits constitutionnels (95-114)
1. La retenue judiciaire (100-107)
2. L'activisme judiciaire (107-114)
(b) La méthode d'interprétation adoptée par la Cour suprême du Canada (114-126)

3.3. Le droit constitutionnel au respect de la vie privée (126-138)

Deuxième partie

La protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain (139-446)

Chapitre 1 **La protection de l'autonomie de la volonté (140-280)**

1.1. La protection des lieux (141-190)
(a) Le droit au respect du domicile (142-154)
(b) Les immixtions de la nature d'une inspection (155-175)
1. Les immixtions dans les lieux (156-161)
2. Les immixtions dans les véhicules automobiles (162-175)
(c) Les immixtions effectuées dans des lieux ouverts (175-178)
(d) Les immixtions effectuées dans les institutions carcérales (178-183)
(e) Les immixtions effectuées aux frontières internationales (183-190)

1.2. La protection de la personne (190-280)
(a) Le droit au respect de l'intégrité physique (201-227)
1. La liberté de mouvement et de circulation (201-212)

2. Les fouilles corporelles (212-223)
3. L'intégrité corporelle (223-227)
(b) Le droit au respect de l'intégrité morale (227-256)
1. La liberté d'expression (228-237)
2. La liberté d'association et le droit au respect de la vie privée associative («*associational privacy*») (237-248)
3. La liberté de conscience et la liberté de religion (248-256)
(c) Le droit au respect des relations familiales et l'autonomie personnelle (256-280)
1. La famille et l'autorité parentale (257-263)
2. L'autonomie personnelle (263-280)

Chapitre 2 **La protection de l'information (281-378)**

2.1. La correspondance (284-290)

2.2. Les conversations téléphoniques (290-301)

2.3. La filature et la surveillance (301-312)
(a) la surveillance participative (301-305)
(b) la télésurveillance (305-307)
(c) la surveillance informatique (307-312)
1. les courriels (309-311)
2. les témoins informatiques («*cookies*») (311-312)

2.4. Les données à caractère personnel (312-378)
(a) L'obtention des données à caractère personnel (312-369)
1. L'obtention directe des données à caractère personnel (313-359)
1.1. La communication libre et volontaire (313-317)
1.2. La communication forcée (317-359)
a) La demande de production de documents et l'obligation de témoigner (317-343)
§1 L'obligation de témoigner lorsqu'une immunité est accordée (325-331)
§2 La doctrine de l'acceptation des conditions (331-340)

§3 La distinction entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle (341-343)
b) Les procédés *anthroposcopiques* d'identification (343-359)
§1 La dactyloscopie (344-346)
§2 L'*éthylométrie* (346-347)
§3 La *dentoscopie* (347)
§4 L'*adénèscopie* (347-359)
2. L'obtention dérivée des données à caractère personnel : la communication faite par un tiers (359-369)
(b) La conservation, l'utilisation et la divulgation des données à caractère personnel (369-379)

Chapitre 3 **La limite du droit constitutionnel au respect de la vie privée : le consentement (379-446)**

3.1 Le consentement individuel (382-392)

3.2. Le consentement communautaire (392-446)
(a) La *doctrine du constitutionnalisme* et le principe de la primauté du droit (395-436)
1. La limitation des pouvoirs étatiques (400-426)
1.1. L'exigence de la précision de la loi et la doctrine constitutionnelle de l'imprécision (400-401)
1.2. Le caractère exceptionnel des immixtions étatiques (401-419)
a) l'immixtion est autorisée par une règle de droit (411-412)
b) la règle de droit est conforme aux garanties constitutionnelles (412-413)
c) l'immixtion étatique est conforme à la règle de droit (413-419)
1.3. La protection des droits innomés (419-426)
2. Le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois (426-436)
(b) L'inadéquation du modèle analytique fondé sur l'ensemble des circonstances (436-446)

Troisième partie

La protection de la vie privée en droit international

(447-537)

Chapitre 1 Les normes du droit international issues des traités (448-521)

1.1. La *Charte internationale des droits de l'homme* (452-466)
- (a) La *Déclaration universelle des droits de l'homme* (453-454)
- (b) Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (454-466)
  - *1.* La protection de l'autonomie de la volonté (460-463)
    - *1.1.* La protection des lieux (460-461)
      - *a)* Le droit au respect du domicile (461)
    - *1.2.* La protection de la personne (461-463)
      - *a)* Le droit au respect de l'intégrité physique et morale (461-462)
      - *b)* Le droit au respect des relations familiales (462-463)
  - 2. La protection de l'information (463-466)
    - *2.1.* La correspondance (464)
    - 2.2. Les conversations téléphoniques (464-465)
    - 2.3. La filature et la surveillance (465)
    - 2.4. Les données à caractère personnel (465-466)

1.2. Les traités régionaux (466-516)
- (a) La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (466-482)
  - *1.* La protection de l'autonomie de la volonté (477-481)
    - *1.1.* La protection des lieux (477-479)
      - *a)* Le droit au respect du domicile (478-479)
    - *1.2.* La protection de la personne (479-481)
      - *a)* Le droit au respect de l'intégrité physique et morale (479-481)
  - 2. La protection de l'information (481-482)
    - *2.1.* La filature et la surveillance (481-482)

(b) La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (482-516)
1. La protection de l'autonomie de la volonté (490-505)
1.1. La protection des lieux (491-493)
a) Le droit au respect du domicile (491-493)
1.2. La protection de la personne (493-505)
a) Le droit au respect de l'intégrité physique et morale (493-496)
b) Le droit au respect des relations familiales (496-505)
2. La protection de l'information (506-516)
2.1. La correspondance (506-507)
2.2. Les conversations téléphoniques (508-513)
2.3. Les données à caractère personnel (513-516)

1.3. Les instruments spécifiques visant la protection des données à caractère personnel (516-522)

Chapitre 2 **L'utilisation des normes du droit international issues des traités dans l'ordre juridique canadien (514-528)**

2.1. La force contraignante des normes du droit international issues des traités (524-530)

2.2. La valeur interprétative des normes du droit international issues des traités (531-537)

Conclusion (538-541)

Annexes, bibliographie et tables

Introduction

> À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue.
>
> Extrait des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, (1984).

Cette assertion du juge en chef Dickson fonde la consécration judiciaire — et ce, malgré l'expression d'une volonté contraire affirmée moins de trois ans auparavant par le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada relativement au projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada* — du droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel canadien[1].

---

[1] Lors de la session du 20 janvier 1981 du *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada relativement au projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, monsieur Jack Epp, député du Parti progressiste-conservateur du Canada, après avoir rappelé l'importance que son parti avait accordée aux droits fondamentaux, a proposé un amendement afin d'inclure un alinéa 2e) à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi s'exprimait-il: «La position du parti progressiste-conservateur à ce sujet traduit donc la volonté populaire. La volonté de renforcer nos libertés est fondée sur une longue tradition de notre parti. C'est notre parti en effet qui, grâce à la vision et aux qualités de leader de John Diefenbaker, donna aux Canadiens leur première charte des droits de l'homme (*Bill of Rights*) [il faudrait plutôt lire la *Déclaration canadienne des droits*]. Celle-ci traduisit dans toute sa plénitude la notion de citoyenneté, telle que les Canadiens l'entendaient. Ils devenaient ainsi des Canadiens à part entière. La souveraineté de Dieu sur la nation était également confirmée. La famille était reconnue en tant que pierre angulaire de notre société. Le droit à la propriété privée, souvent refusé dans d'autres pays, fut garanti. Ces principes restent toujours valables, et tous nos amendements à la charte sont basés là-dessus» (voir 41:93). Le texte de la proposition d'amendement était ainsi libellé: «Alinéa 2e) protection contre toute intervention abusive dans les domaines de la vie privée, de la famille, du domicile, de la correspondance et de la jouissance du droit à la propriété. Il expliqua par la suite l'objet de cette

Il n'est guère étonnant que la *Cour Dickson (1984-1990)* en soit arrivée à cette conclusion puisque les préoccupations des Canadiens à l'égard de leur vie privée n'ont cessé de croître depuis les dernières décennies. Une enquête d'opinion publique récente — intitulée *La vie privée exposée, le sondage canadien sur le respect de la vie privée* — réalisée par la firme Ekos Inc., démontrait que 92% des Canadiens se disent préoccupés par la protection de leur droit à la vie privée[2].

Notion polysémique représentant «une constellation de valeurs opposées, de droits solidaires et antagonistes», le droit à la vie privée est intimement lié à la notion de liberté[3]. Quintessence de la liberté individuelle garantie par les

---

proposition : «Cet amendement veillera à ce que tous les Canadiens, et en particulier les nouveaux Canadiens qui sont venus ici en quête de liberté et de sécurité, soient protégées contre tout empiétement abusif de la part du gouvernement sur quelque aspect de leur vie privée» (voir 41:97) (accentuation ajoutée). Répondant à cette proposition du Parti progressiste-conservateur, l'un des coprésidents du comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes, monsieur Jean Lapierre, a indiqué que l'inclusion d'un droit spécifique à la vie privée ne lui semblait pas souhaitable pour deux raisons. D'abord, l'analogie avec la *Charte internationale des droits de l'homme* ne peut être concluante dans la mesure où ces instruments ne contiennent pas une disposition analogue à celle prévue à l'article 8 concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies; ensuite, il est difficile de définir le droit à la vie privée et cette difficulté à elle seule justifie d'écarter cette proposition d'amendement. Voir CANADA, *Procès-verbaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada — Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, période du 19 novembre 1980 au 22 janvier 1981. Voir aussi *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11[ci-après la *Charte canadienne*].

[2] Voir Ekos Inc., *La vie privée exposée, le sondage canadien sur le respect de la vie privée*, Ottawa, Communications Canada, 1993. Voir aussi M. VENNE, *Vie privée & Démocratie à l'ère de l'informatique*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture (IQRC), 1994, 80.

[3] C'est à cette conclusion qu'est arrivé le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*. Dans le rapport qu'il déposait en 1972, les auteurs de cette étude affirmaient ce qui suit: «L'expression "droit à la vie privée" est souvent utilisée, mais il n'existe pas de définition juridique, ni même sociale, de ce droit, et toute discussion sur le sujet fait inévitablement ressortir une analogie aussi bien que des divergences avec les notions de liberté, de confiance, de pouvoir, de liberté d'accès à l'information (accentuation ajoutée). La vie privée ne peut se ramener à une

droits et libertés fondamentaux, la protection du droit à la vie privée est l'une des assises sur lesquelles repose les démocraties libérales[4]. La protection du droit à la vie privée est étroitement associée à la nature du régime politique puisque le «modèle étatique» relativement à la divulgation de l'information gouvernementale, la surveillance des individus et l'espace accordé aux groupes sociaux — telles la famille et les associations — constituent les points d'ancrages qui conditionnent le fonctionnement de la société.

Dans les régimes politiques totalitaires, les autorités étatiques se fondent sur le secret de l'information gouvernementale, la surveillance des individus et l'anéantissement de la sphère d'autonomie des groupes sociaux[5]. Dans ce type de société, le droit au respect de la vie privée est perçu comme immoral

---

notion simple. C'est une constellation de valeurs concordantes et opposées, de droits solidaires et antagonistes, d'intérêts communs et contraires. Bien plus, cette constellation évolue avec le temps et varie d'un milieu culturel à un autre». Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 10-11.

[4] *Dans Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia faisait cette association entre le respect de la vie privée et la liberté: «The point that can be made, however, is that no society with a reputation for providing liberty in its own time failed to provide limits on the surveillance power of authorities» (accentuation ajoutée). C'est aussi la conclusion que tirait le professeur O'Brien qui a consacré sa thèse de doctorat — laquelle a fait l'objet d'une publication subséquente sous le titre de *Privacy, Law and Public Policy* (1979) — à l'étude du droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel américain: «Indeed, the growing controversy over privacy safeguards appears in the broadest political perspective as nothing less than a concern for freedom from governmental intrusion into citizen's lives». Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 22; D.M. O'BRIEN, *Privacy, Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 3.

[5] L'exemple le plus frappant de l'anéantissement de la sphère d'autonomie de la famille et des groupes sociaux dans les régimes politiques totalitaires est sans aucun doute illustré par le *stakhanovisme* qui a caractérisé la société soviétique au cours de l'ère stalinienne. Le régime stalinien avait érigé en dogme absolu la dénonciation des individus jugés «déviants» par rapport aux normes étatiques établies. Les activités politiques «déviantes» de monsieur Stakhanov avaient été dénoncées aux autorités gouvernementales par son propre fils, lequel est ainsi devenu un héros national.

ou antisocial et la régulation des normes étatiques s'effectue par l'isolement des individus qui, maintenus dans un climat de crainte et d'incertitude, se voient interdits d'adresser toutes critiques à l'égard de l'État[6]. Dans les démocraties libérales, au contraire, la divulgation de l'information gouvernementale, la limitation de la surveillance des individus et la protection des groupes sociaux[7] constituent l'axiome fondamental sur lequel repose le régime politique. Les sociétés libérales protègent les libertés fondamentales et s'assurent du respect des normes sociales par la publicité[8].

---

[6] Dans *Privacy Matters — In the Defense of Personal Life (1997)*, Janna Malamud Smith affirmait: «Privacy is seen as dangerous because it enhances resistance. Constantly spying and then confronting people with what are often petty transgressions is a way of maintaining social control and unnerving and disempowering opposition». Voir J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In the Defense of Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 29.

[7] Les sociétés libérales se fondent sur l'axiome que les individus libres doivent avoir des intérêts extérieurs à la simple participation aux activités politiques de l'État. La protection de la famille et des associations — lesquelles fournissent aux individus l'occasion de socialiser et de s'exprimer librement — participe au fondement même de la liberté individuelle. C'est pourquoi la liberté d'association, garantie par le Premier Amendement à la *Constitution américaine*, a constitué le premier point d'ancrage de la protection constitutionnelle du droit à la vie privée en droit américain. Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin faisait le même constat: «A liberal democratic system maintains a strong commitment to the family as a basic and autonomous unit responsible for important educational, religious, and moral roles and therefore the family is allowed to assert claims to physical and legal privacy against both the society and the state. [...] Because of the central role played by groups in a democratic society — they provide opportunities for sociability, expression of independent ideas, resolution of community conflicts, criticism of government, and formation of consensus on public policy — citizens are given wide freedom to join associations and participate in group affairs. To this end, privacy of membership and intra-group action are protected». Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 24

[8] Le respect des normes sociales dans une société libérale s'effectue par la publicité. C'est pourquoi, bien que généralement considérée comme antinomique à la protection du droit à la vie privée, la liberté d'expression constituera aussi un point d'ancrage de la protection du droit à la vie privée en vertu du Premier Amendement à la *Constitution américaine*. Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin affirmait ce qui suit: «Finally, liberal democratic societies set a balance between the governments organizational needs for preparatory and institutional privacy and the needs of the press, interest group, and other governmental agencies for the knowledge of government operations required to keep government conduct responsible». Dans *Privacy and Its Vissicitudes (1966)*, Edward Shils distinguait le droit au respect de la vie privée du

Ce dogme de la société libérale n'est toutefois pas une garantie de la préservation des droits et libertés puisque, même dans les sociétés libres et démocratiques comme le Canada et les États-Unis d'Amérique, la surveillance a pour corollaire l'exercice du pouvoir étatique[9]. Il n'y a pas d'absoluité. Le combat épique entre Sparte et Athènes se retrouve, à des degrés divers, dans toutes les sociétés humaines[10].

---

secret sur la base du consentement à la divulgation des informations personnelles. Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 25; E. SHILS, «Privacy and Its Vissicitudes» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 281.

[9] Au Canada, les droits fondamentaux sur lesquels se fonde le droit à la vie privée peuvent faire l'objet, en vertu du paragraphe 33(1) de la *Charte canadienne*, d'une dérogation expresse. Faut-il rappeler aussi qu'il n'y a pas si longtemps, le Gouvernement du Canada utilisait la *Loi sur les mesures de guerre* afin de contrer ce qui était perçue comme une insurrection appréhendée à la suite des événements communément désignés par le vocable de «crise d'octobre». Aux États-Unis, différents phénomènes sociaux — comme la lutte au communisme et le mouvement d'opposition à l'égalité raciale — ont conduit des agences étatiques américaines à jouer un rôle, dont l'étendue demeure méconnue, dans la surveillance et le harcèlement des dissidents qui s'adonnaient pourtant à des activités parfaitement légales. Voir *Loi sur les mesures de guerre*, L.R.C. 1970, c. W-2. Voir aussi J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In the Defense of Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 31.

[10] Il s'agit bien sûr d'un symbole qui oppose la tendance favorisant la liberté (Athènes) et celle favorisant le contrôle et la surveillance (Sparte). Véritable tyrannie, Sparte symbolise l'État dont les institutions assurent la supériorité d'une minorité de privilégiés. La presque totalité des citoyens, en principe égaux, formaient l'*Appela* (assemblée du peuple) dont le rôle consistait seulement à confirmer par acclamation les décisions des chefs de la cité qui assuraient la réalité du pouvoir. Après avoir connu des périodes troubles, l'ensemble des citoyens d'Athènes — sous l'impulsion des réformes inspirées par Clisthène en 507 avant notre ère — participaient à l'administration de la cité. Il faut cependant préciser que seuls quelques privilégiés, à l'exclusion des femmes et de la grande majorité de la population, étaient des citoyens. Le protestantisme britannique, les traditions de la *common law* et la consécration des droits constitutionnels exemplifient la tendance libérale symbolisée par Athènes alors que l'Empire romain, l'Église médiévale et les pays de l'Europe continentale exemplifient la tendance autoritaire représentée par Sparte. Ces deux tendances se retrouvent, à des degrés divers, dans toutes les sociétés humaines. Voir L. GIRARD, P. SAVARD et H. DUSSAULT, *Histoire générale I — L'Orient, la Grèce, Rome, le Moyen Âge jusqu'en 1328*, Montréal, Centre Éducatif et Culturel, 1966, 74-78, 94-99.

L'un des motifs fondamentaux qui justifie la nécessité de restreindre les immixtions étatiques dans la vie privée des individus est intrinsèquement relié à l'exercice du pouvoir. À l'instar des régimes politiques totalitaires, dans les régimes politiques libéraux la liberté politique des individus n'est assurée que dans la mesure ou les gouvernements n'abusent pas de leurs pouvoirs. Dans *L'Esprit des lois (1748)*, Montesquieu soutenait cette proposition:

> La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir[11].

La simple constatation que l'exercice du pouvoir étatique est assuré par des êtres humains désireux d'affirmer ce que Hobbes a qualifié de *volonté de puissance* suffit à attiser la méfiance des individus qui, pour reprendre une

---

[11] MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, texte présenté et annoté par Roger Caillois, collection La Pléiade, Paris, Gallimard, 2 vol., 1957-1958, c. XI, 395, cité par A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 240- 241. Montesquieu (Charles de Secondat, baron de la Brède) est né au château de La Brède en 1689 et il est mort à Paris en 1755. La publication anonyme de ses *Lettres persanes (1721)* lui a valu la réputation de bel esprit. Il publiera aussi anonymement, après un séjour de plus de quatre ans en Europe (surtout en Angleterre) qui avait pour but l'étude de l'organisation politique des diverses nations, ses *Considérations sur la cause et la grandeur des Romains et leur décadence (1734)* et *l'Esprit des Lois (1748)*. Ce dernier ouvrage, dans lequel Montesquieu affirma son esprit libéral, connut un succès considérable. L'oeuvre de Monstesquieu est caractérisée par l'importance accordée aux libertés individuelles, la séparation des pouvoirs et leurs garanties institutionnelles. Ces idées exercèrent une grande influence sur les assemblées révolutionnaires. Voir LE ROBERT, *Le Petit Robert — Dictionnaire universel des noms propres, alphabétique et analogique*, 5e éd, Paris, SNL — Le Robert, 1981, 1261.

expression populaire, n'ont rien à se reprocher[12]. Dans le *Leviathan (1651)*, il affirmait ce qui suit:

> Donc en tout premier lieu, je considère comme un penchant général de l'humanité le désir perpétuel et inassouvi de plus en plus de puissance, lequel ne cesse qu'à la mort. Et cela n'est pas toujours causé du fait que l'homme recherche des jouissances plus intenses que celles qu'il a déjà obtenues, ou qu'il ne puisse se satisfaire d'une puissance modérée: mais parce qu'il ne peut garantir la puissance et les moyens de bien vivre qu'il possède présentement sans en acquérir d'autres[13].

Historiquement, la notion de la vie privée puise sa source dans la pensée libérale classique. Dans la tradition libérale, la distinction entre ce qui est privé et ce qui est public était fondamentale : ce qui est privé est ce qui doit être à

---

[12] Dans *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété (1988)*, le professeur Vachet de l'Université d'Ottawa affirmait ce qui suit: «Mais c'est une arme combien dangereuse et menaçante pour la personne et les biens de l'individu dès que l'État dépasse les bornes de ses fonctions. Or la tentation et les occasions sont irrésistibles pour qui jouit d'un tel pouvoir. Car l'État n'étant qu'une abstraction, il est aux mains des hommes. Le pouvoir politique se conjugue avec la volonté de puissance de ceux qui en sont maîtres et l'énerve en désarmant toute résistance qui pourrait la neutraliser» (accentuation ajoutée). Dans un article intitulé *Science, Privacy and Freedoms: Issues and Proposals for the 1970's (1966)*, le professeur Westin de l'Université Columbia faisait ressortir cette évidence: «The reasons for protecting privacy are so obvious to citizens of liberal democracies that they often lose sight of the specific functions that privacy performs in their political system». Voir A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 241; A.F. WESTIN, «Science, Privacy and Freedoms: Issues and Proposals for the 1970's» (1966) 66 *Columbia Law Review* 1003, 1019.

[13] T. HOBBES, *Leviathan*, présenté par M. OAKESHOTT, Oxford, Blackwell, 1960, 31, cité et traduit par A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 91. Né à Westport, Malmesbury en 1588, Thomas Hobbes est mort à Hardwick en 1679. Il est l'auteur de *De Cive* (1642), du *Leviathan* (1651) et d'un *De corpore* (1655). Il a proposé une théorie associationniste de la perception et de la connaissance. On lui doit une philosophie politique dont la nouveauté a consisté à associer la notion du contrat social à celle du pouvoir absolu. Voir LE ROBERT, *Le Petit Robert — Dictionnaire universel des noms propres, alphabétique et analogique*, 5e éd, Paris, SNL — Le Robert, 1981, 861-862.

l'abri des immixtions étatiques et l'abstention d'agir était considérée comme la principale fonction de l'État. Ainsi, l'une des fonctions essentielles de l'État dans la préservation du droit au respect de la vie privée des individus consistait à préserver les relations entre les individus, à faciliter les choix individuels dans la mesure où ils n'entraient pas en conflit avec les droits des autres[14].

---

[14] La distinction entre ce qui est public et ce qui est privé est centrale dans la tradition libérale. Dans la sphère privée, une personne peut faire ce qu'elle entend sans ingérences extérieures pourvu qu'elle ne nuise pas à autrui. Cette dichotomie entre ce qui est public et ce qui est privé a été consacrée par la Cour suprême des États-Unis avec la constitutionnalisation, dans l'arrêt *Lochner (1905)*, de la doctrine du «freedom of contract». Cette doctrine veut que les parties ayant la capacité juridique de contracter et de donner leur consentement ne devraient pas en être empêchées par l'État, sauf en ce qui concerne la protection de la santé publique, du bien-être commun, de la morale et de la prévention des activités criminelles. La consécration de la doctrine du «freedom of contract» comme principe constitutionnel représente l'apogée du *Classical Legal Thought* et exprime le triomphe du principe du laissez-faire. Dans *The Transformation of American Law (1870-1960) — The Crisis of Legal Orthodoxy (1992)*, le professeur Horwitz de l'Université Harvard affirmait ce qui suit: «One of the most powerful tendencies in late-nineteenth-century law was the move to create a sharp distinction between what was thought to be coercitive public law — mainly criminal and regulatory law — and a non-coercitive private law of tort, contract, property, and commercial law, designed to be resistant to the dangers of political interference. The distinction between public and private law was in part in a culmination of more long-standing efforts of conservative legal thinkers to separate the public and private realms in American political and legal thought. [...] The institution of contract thus represented the legal expression of free market principles, and every interference with the contract system — such as regulation of the terms and conditions of a labor contract — was treated as an attack on the very idea of the market as a natural and neutral institution for distributing rewards» (accentuation ajoutée). L'impact de ces décisions a été tel que le Président Theodore Roosevelt en a fait son principal thème lors de la campagne électorale de 1912. Dans un article intitulé *Privacy of Contract (1909)*, Roscoe Pound a sévèrement critiqué cette approche conservatrice et déclenchera une réaction qui culminera à l'éclosion d'une pensée progressiste. L'exacerbation de cette idéologie libérale a été à l'origine de la plus grande révolution en droit constitutionnel américain. Au nom de la doctrine du «freedom of contract», toutes les lois économiques et sociales qui participaient au «New Deal» du Président Roosevelt furent systématiquement invalidées par la Cour suprême. Ce n'est que devant la menace d'un accroissement significatif de juges visant à modifier la composition de la Cour suprême («Court Packing-Plan») que les juges se sont finalement résignés, dans l'arrêt *West Coal Hotel (1937)*, à mettre fin à cet absolutisme idéologique. Pour le juge Black, dans l'arrêt *Griswold (1965)*, l'énonciation d'une doctrine constitutionnelle relativement au droit au respect de la vie privée n'est qu'une réminiscence de cette doctrine du «freedom of contract». Voir *Lochner* c. *New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coal Hotel* c. Parrish, 300 U.S. 379 (1937); *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); M. J. HORWITZ, *The*

À cette conception classique du droit au respect de la vie privée s'est substituée une conception moderne qui ne repose plus sur une distinction formelle entre ce qui est privé et ce qui est public, mais plutôt sur la perception partagée par une vaste majorité d'individus que certains aspects ou certains intérêts de la vie privée doivent bénéficier d'une protection constitutionnelle. Ainsi, la protection effective des droits et libertés fondamentaux doit être garantie par l'État[15]. À cette fin, le rôle de l'État ne consiste pas tant à s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée des individus qu'à intervenir pour assurer la jouissance effective des droits et libertés fondamentaux[16].

La doctrine constitutionnelle du droit au respect de la vie privée n'est finalement que la reconnaissance du fait que les sociétés libérales se fondent

---

Transformation of American Law (1870-1960) — The Crisis of Legal Orthodoxy, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 10-11, 33; R. POUND, «Liberty of Contract» (1909) 18 *Yale Law Journal* 454. Voir aussi F. FRANKFURTER, «Hours of Labour and Realism in Constitutional Law» (1916) 23 *Harvard Law Review* 353; B.H. SIEGAN, «Rehabilitating Lochner» (1985) 22 *San Diego Law Review* 453; C.S. SUNSTEIN, «Lochner's Legacy» (1987) 87 *Colmbia Law Review* 873.

[15] Voir A. KISS, «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne vue de l'extérieur» (1987) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 7.

[16] Voir *Heart of Atlanta Motel c. United States*, 379 U.S. 241 (1964) et *Katzenbach c. McClung*, 379 U.S. 294 (1964). Bien que dans ces deux affaires, il s' agissait formellement de jauger l'étendue du pouvoir du fédéral de réglementer le commerce interétatique (Article I, section 8, clause 3 de la *Constitution américaine*), la véritable question soulevée par ces arrêts consistait à déterminer la constitutionnalité du Titre II du *Civil Rights Act of 1964* qui interdisait la discrimination raciale dans certains lieux privés. Dans les deux cas, la *Cour Warren (1953-1969)* a conclu à l'unanimité que la discrimination raciale faite par les propriétaires de restaurants contrevenait au pouvoir fédéral de réglementer le commerce interétatique. Ces arrêts de la *Cour Warren (1953-1969)* méritent d'être comparés à *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), dans lequel la *Cour Taft (1921-1930)* concluait, aussi à l'unanimité, que l'obligation faite par la *Compulsory Education Act of 1922* — prévoyant que les enfants devaient obligatoirement fréquenter les institutions publiques d'enseignement — violait le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Ces décisions affecteront profondément l'évolution des droits civiques et plus particulièrement le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel américain.

sur le caractère limité des pouvoirs étatiques[17]. C'est cette conclusion que tirait aussi le professeur Lawrence Tribe, de l'Université Harvard, lorsqu'il affirmait: «Looking inward toward the individual from the widest perimeter of social organization, privacy is nothing less than society's limiting principle»[18].

Ainsi énoncé, on ne pourrait que très difficilement considérer le droit au respect de la vie privée sans tenir compte de l'apport de cette éthique sociale consacrée dans les chartes des droits et libertés. La filiation des chartes des droits et libertés avec la pensée libérale des XVII^{e} et XVIII^{e} siècles est incontestable. Dans son *Étude de sociologie du droit et de l'éthique (1996)*, le professeur Guy Rocher de l'Université de Montréal évoquait les phénomènes politiques de l'histoire occidentale qui ont conditionné ce qu'il a désigné comme des idées-valeurs des sociétés libérales : le respect de la personne humaine, l'idée de l'existence d'un droit naturel et le respect du droit et de la

---

[17] Dans *Le libéralisme (1979)*, Georges Burdeau affirmait ce qui suit: «C'est la loi qui définit les limites de la liberté en empêchant qu'elle puisse nuire à la liberté d'autrui. Cette condition suffit, à elle seule, à restreindre le rôle de l'État puisque ses interventions ne sont légitimes que dans la mesure où elles sont nécessaires à l'exercice de la liberté de tous. On reconnaît dans cette conception restrictive de l'activité de la puissance politique un des dogmes du libéralisme» (accentuation ajoutée). Voir G. BURDEAU, *Le libéralisme*, collection Point Politique, Paris, Seuil, 1979, 35.

[18] L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^{e} éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1302. Dans *The Right of Privacy (1989)*, Jed Rubenfeld partageait la même conception. Le paragraphe liminaire de cet article s'énonce ainsi: «This article is about the constitutional right to privacy, a right that many believe has little to do with privacy and nothing to do with the Constitution. By all accounts, however, the right to privacy has everything to do with delineating the legitimate limits of governmental power. The right to privacy, like the natural law and substantive due process doctrines for which it is a late-blooming substitute, supposes that the very order of things in a free society may on certain occasions render intolerable a law that violates no express constitutional guarantee» (accentuation ajoutée). Voir J. RUBENFELD, «The Right of Privacy» (1989) 102 *Harvard Law Review* 737.

propriété privée comme condition de la liberté de la personne[19]. Ces phénomènes, jouxtés aux courants de pensée contemporains, ont convergé pour inspirer les différentes chartes des droits et libertés élaborées au cours de ce siècle[20].

Bien que la protection du droit à la vie privée ne soit pas expressément mentionnée dans le *Bill of Rights* américain ou dans la *Charte canadienne des droits et libertés,* il ne fait aucun doute que le droit au respect de la vie privée constitue une valeur fondamentale des sociétés canadienne et américaine. Cette absence d'énonciation spécifique du droit à la vie privée dans les textes constitutionnels n'a cependant pas empêché la Cour suprême des États-Unis d'Amérique — dans *Griswold (1965)*[21] et plus tard dans *Roe (1973)*[22] — et la Cour suprême du Canada — dans l'arrêt *Hunter (1984)*[23] et plus tard dans

---

[19] Dans *Études de la sociologie du droit et de l'éthique (1996)*, le professeur Rocher de l'Université de Montréal fait allusion à trois phénomènes: la rationalisation de la pensée par le «Siècle des lumières», la montée de la classe bourgeoise et, enfin, les grandes révolutions: la révolte des Barons qui mènera à l'adoption de la *Magna Carta* (1215), la «Glorieuse Révolution» (1688), la Révolution américaine (1776) et la Révolution française (1789). Voir G. ROCHER, *Études de la sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, 67-82.

[20] Dans *Études de la sociologie du droit et de l'éthique (1996)*, le professeur Rocher de l'Université de Montréal affirmait qu' «[o]n peut dire que les quatre courants de pensée que je viens d'évoquer: le libéralisme du XVIII[e] siècle, le nationalisme et le socialisme du XIX[e] et l'existentialisme du XX[e] ont convergé pour inspirer les différentes chartes des droits et libertés, internationale et nationale, qui ont été élaborées au cours des quarante dernières années. [...] Dans la démocratie libérale, les Chartes apparaissent comme les seuls piliers éthiques qui puissent rassembler les hommes et les femmes de toutes les convictions politiques et autres» (accentuation ajoutée). Voir G. ROCHER, *Études de la sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, 76.

[21] *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[22] *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

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

l'arrêt *Dyment (1988)*[24] — de reconnaître et de consacrer l'existence constitutionnelle du droit au respect de la vie privée.

En adoptant des garanties constitutionnelles consacrant les libertés fondamentales, telles la libertés d'association et la liberté d'expression (Premier Amendement), la protection du domicile (Troisième Amendement et Quatrième Amendement) et le privilège contre l'auto-incrimination, le *constituant* américain avait su garantir de manière effective le droit au respect de la vie privée des individus puisqu'aux XVIII[e] et XIX[e] siècles, les yeux et les oreilles étaient les deux seuls moyens de surveillance et la pénétration de la pensée n'était possible que par la torture et le témoignage forcé.

Aux XX[e] et XXI[e] siècles, l'urbanisation[25], l'affaiblissement du tissu communautaire, l'éclosion des mass médias et, surtout peut-être, le développement des nouvelles technologies et de la télématique — lesquelles permettent à l'État ou à d'autres individus de s'immiscer subrepticement dans

---

[24] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 427.

[25] Dans leur rapport déposé en 1972, le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, affirmait: «Dans des sociétés organiques comme celles du moyen âge, où l'on se souciait avant tout de la cohésion sociale et des besoins de la collectivité, il n'était guère permis aux individus de se tenir à l'écart, sauf aux moines ou aux mystiques. On aurait considéré comme antisociale sinon hérétique toute prétention à une identité indépendante de la seigneurie, de la corporation ou de l'église. Dans la société rurale qu'a connue l'Amérique du Nord jusqu'à une époque relativement récente, toute recherche d'isolement au-delà de celui qu'imposaient le milieu et le mode de vie aurait sans doute été jugée excentrique ou même hostile à la société et dangereuse dans des situations critiques». Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 11.

la vie privée des individus [26] et d'accentuer le rapport de force du détenteur des informations[27] — révèlent la question de la protection du droit à la vie privée dans une acuité particulière puisque la collecte et la rétention d'informations par l'État et par les organismes privés accroissent considérablement le pouvoir de ces derniers en leur conférant un avantage incomparable.

«The more one knows about a person, the greater one's power to damage him» affirmait si justement le professeur Benn[28]. Dans une étude

---

[26] Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université de Columbia mettait en évidence l'impact des nouvelles technologies sur le droit à la vie privée des individus: «A technological breakthrough in techniques of physical surveillance now makes it possible for government agents and private persons to penetrate the privacy of homes, offices and vehicles; to survey individuals moving about in public places; and to monitor the basic channels of communication by telephone, telegraph, radio, television and data line. Most of the hardware for physical surveillance is cheap, readily available to the general public, relatively easy to install, and not presently illegal to own». Au Canada, Arthur Shaffer faisait la même constatation dans un article intitulé *Privacy — A Philosophical Overview (1980)*: «Advanced technology has made extensive surveillance relatively easy and inexpensive. At the same time, the increasingly bureaucratic organization of social institutions (a feature shared by governments and multi-national corporations) has made extensive surveillance and monitoring of individuals seem inevitable and desirable, at least to those whose power and other interests are enhanced by the result». Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 365; A. SHAFFER, «Privacy — A Philosophical Overview», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 1, 2.

[27] C'est ce que concluaient les auteurs d'une étude ancillaire à celle du *Groupe d'étude L'ordinateur et la vie privée* dans laquelle ils affirmaient qu'il ne fait aucun doute que dans la société actuelle le rôle de l'information occupe une place prépondérante: «Dans la société post-industrielle, l'information tient une place prépondérante. Elle sera la clé des décisions. Ceux qui la détienne seront avantagés à cet égard; les autres seront gênés sous ce rapport, voir impuissants à prendre part aux décisions d'autrui les concernant». Voir D.N. WEISSTUB et C. C. GOTLIEB, *The Nature of Privacy*, Ottawa, Information Canada, 1972, cité par CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 120

[28] Voir S. BENN, «Privacy, Freedom and Respect for Persons», dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 1, 6.

effectuée pour le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, messieurs Weisstub et Gotlieb affirmaient — formule manifestement calquée sur l'expression «Information is Power» — laconiquement: «Privacy is Power»[29]. Considérées dans cette perspective, les revendications des individus quant au respect de leur vie privée peuvent aisément être perçues comme une attaque directe au pouvoir de l'État. C'est sans doute ce qui a fait dire au professeur Westin de l'Université Columbia: «Privacy is at heart of freedom in modern state»[30].

Au Canada, depuis l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la *Constitution*, les tribunaux se sont vus confier un rôle accru quant à l'appréciation de la constitutionnalité des lois et des actions étatiques. Dans cette perspective, il nous faut voir dorénavant le rôle des tribunaux, et plus particulièrement de la Cour suprême, pour ce qu'il est devenu véritablement: un catalyseur des rapports sociaux. Des questions qui jusque-là étaient discutées, débattues et solutionnées dans l'enceinte parlementaire le sont dorénavant par les tribunaux.

Cette «judiciarisation du pouvoir politique»[31], pour reprendre l'expression du professeur Mandel de l'Université York (Osgoode Hall), soulève la question

---

[29] Voir D.N. WEISSTUB et C. C. GOTLIEB, *The Nature of Privacy*, Ottawa, Information Canada, 1972, cité par CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 120.

[30] Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 350.

[31] M. MANDEL, *La Charte canadienne des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par H. JUST, Montréal, Boréal, 1996.

de l'étendue et de la légitimité du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois puisque la détermination de l'étendue du concept du droit constitutionnel au respect de la vie privée dépend donc, dans une très large mesure, pour ne pas dire essentiellement, de la philosophie judiciaire qui sous-tend l'interprétation des droits constitutionnels[32].

C'est pourquoi, il nous apparaît nécessaire de nous référer à l'évolution du droit américain — qui bénéficie d'une expérience de plus de deux siècles et demi en matière d'interprétation des droits constitutionnels[33] — relativement à la protection du droit au respect de la vie privée. L'interdépendance politique accrue des États, le développement accéléré de la télématique et l'importance grandissante des obligations internationales contractées par le

---

[32] La détermination constitutionnelle du droit au respect de la vie privée est intimement liée à la philosophie judiciaire relativement à l'interprétation des droits constitutionnels. La considération de cette philosophie judiciaire ainsi que la méthode d'interprétation des droits constitutionnels nous semblent incontournables puisque les solutions constitutionnelles dépendent des écoles de pensées prévalant en droit constitutionnel. De façon générale, on peut distinguer les écoles de pensées favorisant la retenue judiciaire, des écoles de pensées favorisant l'activisme judiciaire. Il est incontestable qu'un juge privilégiant l'une ou l'autre de ces écoles n'arrivera pas aux mêmes conclusions que le juge qui privilégie l'autre école de pensée. L'une des critiques fondamentales faite par les partisans de la retenue judiciaire est incidemment que la notion de la vie privée, ne faisant pas l'objet d'une énonciation spécifique dans le *Bill of Rights* américain ou dans la *Charte* canadienne, ne peut être l'objet d'une protection constitutionnelle. Le chapitre trois de cette première partie est consacré à cette question.

[33] Voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 516 (j. Dickson). La considération du droit américain en cette matière se justifie non seulement parce que la Cour suprême du Canada s'est considérablement abreuvée aux principes énoncés par la Cour suprême des États-Unis, mais aussi, et surtout peut-être, par la similitude des garanties constitutionnelles et de leurs origines. Comme le soulignait si justement le professeur Benyekhlef de l'Université de Montréal, dans un article intitulé: *L'article 26 de la Charte canadienne: une négation constitutionnelle du positivisme juridique? (1989)*, «rien ne distingue le *Bill of Rights* de la *Charte* au plan des principes intrinsèques qui ont mené à leur rédaction [note supprimée]». Voir K. BENYEKHLEF, «L'article 26 de la Charte canadienne: une négation constitutionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit McGill* 983, 1002.

Canada, dont certaines consacrent spécifiquemment le droit au respect de la vie privée[34], rendent aussi nécessaire la considération des normes du droit international relativement au droit au respect de la vie privée. Tant en droit domestique[35] qu'en droit international[36], la formulation des droits fondamentaux

---

[34] Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976), 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 17; *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser.L./V/II.23, doc. 21, rév. 6, art. V; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A., n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 11; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, art. 8.

[35] Dans un ouvrage magistral consacré à l'étude de l'idéologie libérale intitulé *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété* (1989), le professeur Vachet de l'Université d'Ottawa tirait cette conclusion: «Mais fonder la société ou l'État sur les droits individuels implique l'antériorité de l'individu dans tous ses aspects par rapport à la société ou à l'État dont les droits alors dérivent de droits qui à l'origine appartenaient à l'individu» (accentuation ajoutée). C'est aussi la constat que faisait Georges Burdeau dans son ouvrage intitulé *Le Libéralisme (1982)* qui, commentant le *Bill of Rights* américain, écrivait ce qui suit: «L'individu préexiste à l'État, sa liberté ne doit rien à l'État; elle s'exprime dans des droits qui sont énoncés dans les dix premiers amendements à la Constitution» (accentuation ajoutée). Voir A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 156; G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 35.

[36] Voir la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), dans laquelle le préambule énonce: «Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde [...]»; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976), 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47, dans lequel le préambule énonce: «Considérant, conformément aux principes énoncés dans la *Charte des Nations Unies*, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine [...]»; la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A., n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, dans laquelle le préambule énonce: «[...] Reconnaissant que les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un État donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des États américains [...]» et la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, dans laquelle le préambule énonce: «Considérant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles des droits qui y sont énoncés [...]».

des individus repose sur l'hypothèse que ceux-ci ne découlent pas de leur reconnaissance par un État ou par une organisation internationale mais repose sur les attributs de la personne humaine.

La consécration des droits et libertés fondamentaux par le *Bill of Rights* américain, la *Charte canadienne* et par les différents traités de droit international participe à cette reconnaissance que les droits fondamentaux des individus sont des attributs de la personne humaine. Cette filiation du droit canadien au droit américain, d'une part, et au droit international, d'autre part, ainsi que la considération de la «typicité»[37] de chacun de ces systèmes juridiques est utile pour comprendre la spécificité du droit constitutionnel canadien relativement à la protection du droit à la vie privée et peut être ainsi mis à contribution pour esquisser des solutions novatrices dans l'ordre juridique interne. C'est pourquoi l'étude comparée des trois ordres juridiques — le droit constitutionnel canadien, le droit constitutionnel américain et le droit international[38] — nous semble incontournable pour apprécier la protection

---

[37] On doit l'expression à S. Strömholm qui, dans une conférence présentée lors du Congrès international de droit comparé qui s'est déroulée à Téhéran en 1974, affirmait ceci: «Tout comparatiste le sait, en matière de droit comparé, ce n'est pas la quantité des systèmes et des solutions mis à l'étude qui compte, mais plutôt ce qu'on pourrait appeler leur typicité, c'est-à-dire la mesure dans laquelle ils représentent une méthode, une manière de penser, une technique juridique». Voir S. STRÖMHOLM, «Le droit au respect de la vie privée et ses limitations», *Rapports généraux du IX^e Congrès international de Droit comparé*, Téhéran, 27 septembre — 4 octobre 1974, 697, publiés sous les auspices de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Téhéran, Bruxelles, Bruylant, 1977, cité par L. POTVIN, *La personne et la protection de son image — Étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 4.

[38] Bien que certaines normes du droit international coutumier seraient susceptibles de recevoir application dans certaines circonstances, nous avons limité notre analyse à l'étude des normes internationales conventionnelles. Deux raisons expliquent ce choix. D'abord, comme le soulignait si justement le professeur Schabas, l'utilité véritable du droit international coutumier

offerte au droit au respect de la vie privée.

Bien que plusieurs auteurs de la doctrine canadienne et américaine aient considéré le droit au respect du droit à la vie privée par le biais des droits garantis par la *Charte canadienne*, il n'existe pas à ce jour, à notre connaissance, d'ouvrage de doctrine qui a pour objectif l'étude du droit au respect de la vie privée en considérant l'axiologie de la protection qu'elle garantit. Notre étude, intitulée *Vie privée et droits fondamentaux — Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international* vise à combler cette lacune.

Le postulat fondamental sur lequel se fonde cette thèse est le suivant: *toute immixtion*[39] *de l'État dans la vie privée d'un individu effectuée sans*

---

relativement aux droits de la personne tient au fait que la coutume constitue une source importante des droits de la personne en l'absence de normes conventionnelles expresses ou lorsqu'un État n'a pas ratifié un traité ou, s'il l'a ratifié, lorsqu'il a exprimé une réserve à l'égard de certaines dispositions pertinentes du traité. Ensuite, le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une reconnaissance expresse dans tous les principaux traités du droit international. Voir W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 27-32; J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 49-70; C. EMANUELLI, *Droit international*, Tome I — *Les fondements, les sources, les États*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 39-52. Voir aussi *Observations générales*, no 24 (52), Doc. N.U. /CCPR/C121/Rév. 1/Add.6 (1994).

[39] L'intrusion est beaucoup plus restreinte dans son application et s'associe généralement à une introduction physique. Du latin médiéval *intrusio*, elle se définit comme le fait de s'introduire, sans en avoir le droit, dans une charge, une dignité, une société ou un groupe. La définition de l'ingérence est analogue et se rapproche conceptuellement d'un acte illégitime ou d'un délit. L'immixtion, du latin *immixtio* se définit ainsi: «Action de s'immiscer. Immixtion dans la vie privée de quelqu'un, dans les affaires intérieures d'un pays». L'immixtion apparaît donc d'application beaucoup plus large et convient tant aux intrusions physiques qu'à la collecte d'informations personnelles. En outre, parmi ces trois termes, seule l'immixtion ne présuppose pas que l'atteinte est illégitime ou illégale. C'est pourquoi, à l'instar de la Cour suprême du Canada, nous adopterons ce concept plus large d'immixtion afin de désigner les actions de l'État qui sont

consentement est inconstitutionnelle. Le consentement, au sens où nous l'entendons, peut être donné expressément — il s'agit alors du *consentement individuel* — et se traduit généralement par la renonciation à un droit constitutionnel ou il peut se révéler implicitement de l'analyse de la situation examinée — il s'agit alors du *consentement communautaire* — qui se traduit essentiellement par la constatation de l'existence d'une règle de droit ou par la reconnaissance d'une règle de *common law* par les tribunaux. L'un des corollaires de ce principe a trait à la finalité de l'immixtion et veut que l'utilisation des informations recueillies à la suite d'une immixtion étatique à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été légalement recueillies viole le droit au respect à la vie privée des individus garanti par la *Charte canadienne*.

Ce postulat repose sur l'idée que les pouvoirs gouvernementaux sont intrinsèquement limités. Cette limitation de l'autorité gouvernementale ne tient pas tant à l'approbation des droits naturels fondés sur la doctrine du contrat social que sur la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire, le *principe de la primauté du droit*, sur lesquels s'appuient les droits et libertés fondamentaux qui font du Canada une société libre et démocratique.

---

susceptibles de porter atteinte au droit à la vie privée des individus. Voir LE ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert — Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, 1129, 1174, 1204. Voir aussi LE ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995.

Première partie

Les sources de la protection du droit au respect de la vie privée

La première partie de cette étude consiste à examiner la notion de vie privée et à identifier les sources du droit au respect de la vie privée en droit civil, en common law et en droit constitutionnel. Nous distinguerons, dans le premier chapitre, la notion de la vie privée du droit au respect de la vie privée puisque, entendue dans son acception la plus large, la notion de vie privée est une condition alors que le droit au respect de la vie privée représente les intérêts que la société a reconnus par le biais d'un processus d'adjudication judiciaire. Dans le deuxième chapitre, nous étudierons succinctement les principes généraux établis en droit infraconstitutionnel relativement à la protection du droit à la vie privée. Nous constaterons que la protection offerte par le régime de droit commun — dont les lois fondamentales — diffère de la protection offerte par le droit constitutionnel au droit au respect de la vie privée que nous examinerons dans le troisième et dernier chapitre de cette deuxième partie.

Chapitre 1

De la vie privée au droit à la vie privée

> Privacy is the claim of individuals, group or institutions to determine for themselves who, how, and to what extent information about them will be communicated to others.
>
> Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedoms* (1967).

Cette assertion du professeur Westin de l'Université Columbia reflète bien le mouvement de pensée américain de la fin des années soixante qui voulait que seul le contrôle de l'information puisse être garant du droit au respect de la vie privée. Bien que la reconnaissance du droit au respect de la vie privée soit relativement récente, le besoin de protéger sa vie privée n'est toutefois pas une innovation[40]. La distinction entre la notion de la vie privée et celle du droit à la vie privée est essentielle puisque ce ne sont pas tous les aspects de la vie privée qui recevront une protection légale ou constitutionnelle. La vie privée, entendue dans son acception la plus large, est une condition alors que le droit au respect de la vie privée représente les intérêts que la société a reconnus[41].

---

[40] Référant à la Bible, à Socrate, à Platon, à Thomas More et à John Locke, Konvitz constate que la notion de la vie privée a toujours fait l'objet de vives préoccupations dans la culture occidentale. Voir M.R. KONVITZ, «Privacy and the Law — A Philosophical Prelude» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 273.

[41] Dans *Privacy and Human Rights (1994)*, J. Michael faisait cette distinction de la façon suivante: «In considering the connotations of privacy, it is of some importance to recall whether one is discussing a state or condition, a desire, a claim, or a right. The state or condition is familiar enough: everyone knows what it is to be withdrawn from the society of others, to find seclusion, avoid publicity, be solitary, or retire from the world's problems by itself, but to claim to be entitled to achieve it at will is quite another matter; and to be given a right to it, even against adverse claimants, is yet another». Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, UNESCO Publishing, 1994, 2.

D'où la nécessité de distinguer le concept de la vie privée (1.) des conceptions du droit à la vie privée (2.).

1.1. La notion de vie privée

L'universalité du besoin du respect de la vie privée des individus s'oppose à leur curiosité naturelle d'envahir la vie privée de leurs congénères ainsi qu'au besoin de l'État d'assurer le respect des tabous et des normes sociales. Le besoin de préserver un espace privé — une zone d'intimité — est un besoin universel des individus de toutes les espèces animales[42]. Cette proposition a été démontrée, au milieu des années soixante, dans plusieurs domaines d'études des sciences sociales. Dans *The Hidden Dimension (1966)*[43], l'anthropologue de la Northwestern University Edward Hall a analysé le phénomène proxémique et a constaté le besoin universel d'intimité. Dans *The Territorial Imperative (1966)*[44], Robert Ardrey a démontré que tant les personnes humaines que les animaux ont besoin d'intimité et recherchent des périodes de réclusion ou d'intimité en petit groupe.

---

[42] Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia traçait ce parallèle en citant de nombreuses études sociologiques: «What the animal studies demonstrate is that virtually all animals have need for the temporary individual seclusion or small unit intimacy that constitutes two of the core aspects of privacy. Animals also need stimulation of social encounters among their species. As a result, the animals struggle to achieve a balance between privacy and participation provides one of the basic processes of animal life. In this sense, the quest for privacy is not restricted to man alone, but arises in the biological and social processes of all life». Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 10-11.

[43] E.T. HALL, *The Hidden Dimension*, Garden City (New York), Doubleday, 1966, cité par A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 8.

[44] R. ARDREY, *The Territorial Imperative — A personal Inquiry Into the Animal Origins of Property and Nations*, New York, Atheneum, 1966, cité par A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 8.

Ce besoin de réclusion temporaire est généralement réalisé en assurant la territorialisation d'un espace déterminé. Cette spacialisation servirait à plusieurs fins : assurer la reproduction de l'espèce en régulant la densité de la population par rapport aux ressources disponibles; fournir un cadre de référence pour les activités essentielles au développement des individus, tels le jeu et l'apprentissage et, enfin, elle protège l'espèce contre ses prédateurs. De fait, la protection d'un espace déterminé vise à protéger les individus dans leurs moments de plus grande vulnérabilité. Bien que ce que l'on considère comme étant privé puisse varier selon les pratiques culturelles, il semble que la quasi-totalité des sociétés humaines recherchent la protection d'une sphère d'intimité pour accomplir certaines activités[45].

Dans son ouvrage *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia cite plusieurs études anthropologiques concernant des sociétés traditionnelles pour démontrer que la considération des tabous, des normes et des pratiques culturelles propres à chaque société est essentielle à l'appréciation et à la caractérisation de la sphère de la vie privée. Les variations culturelles au sein des sociétés contemporaines occidentales quant à la protection de la vie privée peuvent être illustrées par un continuum

---

[45] Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia cite plusieurs études démontrant que, à quelques exceptions près, toutes les sociétés humaines ont des règles en ce qui a trait à l'intimité des relations sexuelles, à la dissimulation des organes génitaux des individus de sexe féminin, à l'exercice des fonctions naturelles, aux rites de passages (la naissance, la maladie et la mort), à la divulgation d'informations personnelles (se cacher le visage ou les yeux) et à la protection du lieu d'habitation. Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 13-18. Voir aussi B. MOORE Jr, *Privacy: Studies in Social and Cultural History*, Armonk (New York), M.E. Sharpe, 1984, 59; M. MEAD, *Coming of Age in Samoa — A Psychological Study of Primitive Youth for Western Civilization*, New York, Dell,1968; M. MEAD, «Margaret Mead Re-Examines Our Right to Privacy» (1965) *Redbook* 15.

opposant les sociétés ouvertes (le modèle de «l'anti-secret») et sociétés fermées (le modèle du «secret»). Alors que dans les pays d'Europe continentale, à l'exception de la Suède[46], la protection de la vie privée ne constituerait pas une valeur sociale prédominante, les pays anglo-saxons ont toujours attribué une importance considérable à la protection de la vie privée.

La situation géographique particulière de la Grande-Bretagne, les traditions politiques séculaires, le système élitiste d'éducation, l'importance accordée à la famille, l'hermétisme de la structure sociale et l'attitude positive à l'égard du gouvernement — modèle qualifié de «Deferential Democratic Balance» par le professeur Westin[47] —, expliqueraient la réserve, la tolérance et l'attachement des Britanniques à la protection de la vie privée. Aux États-Unis — modèle qualifié de «Egalitarian Democratic Balance» par le professeur Westin —, l'héritage britannique, le désir de s'affranchir de la surveillance des autorités, l'individualisme, l'esprit de conquête de nouveaux territoires et l'importance considérable accordée à la propriété privée, expliqueraient le profond attachement et, contrairement en cela à la Grande-Bretagne, à la

---

[46] En Suède, l'ouverture et la publicité sont érigées en éthique sociale. À titre d'illustration, pratique inconcevable au Canada ou aux États-Unis, les déclarations d'impôt sur le revenu sont publiques et le *Taxing Kalender* — sorte d'annuaire comportant des informations personnelles comme le nom, l'adresse, l'état civil et le montant déclaré à titre de revenu — peut être consulté par tout individu. Cette ouverture de la société suédoise lui a mérité la réputation de «société de l'information». Dans un ouvrage monumental intitulé *Histoire de la vie privée (1985-87)*, Philippe Aries et Georges Duby affirment qu'en Suède: «[l]e «modèle de l'anti-secret» touche en fait tous les secteurs de la vie sociale, et jusqu'aux plus «privés» (582). L'obsession de l'éthique communautaire et sociale-démocrate est de parvenir à une transparence complète de toutes les relations de tous les domaines de la vie sociale». Voir P. ARIES et G. DUBY, *Histoire de la vie privée*, Paris, Seuil, 1985-1987, vol. IV, 581-616.

[47] A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 26.

judiciarisation du droit à la vie privée[48].

Dans les pays d'Europe continentale, que certains ont qualifié de «dossier-system»[49], la tradition était tout autre. En Allemagne — dont le modèle a été qualifié d'«Authoritarian Democratic Balance» par le professeur Westin[50] —, l'autoritarisme est profondément ancré dans la structure sociale. Dans une étude comparative de la vie privée effectuée au début des années soixante-dix, le professeur Spiro affirmait qu'il n'y a pas si longtemps encore, chaque citoyen allemand devait détenir une *Personalauweis* (carte d'identité) qui portait sa photographie et sa signature; il devait aussi s'enregistrer et notifier tout changement de résidence au *Meldeamt* (bureau de l'état civil) alors que l'obtention de certains postes dans le secteur privé dépendait de la délivrance, par les autorités policières, d'un *polizeiliches führungszeugnis* (certificat de bonne conduite)[51].

---

[48] On ne peut comprendre l'idéologie américaine si on omet de considérer ce profond désir des immigrants américains de s'affranchir de l'autorité. Le roi, l'aristocratie, les bourgeois, l'Église et les corporations exerçaient une autorité excessive qui a poussé de nombreux individus européens à l'émigration. Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia affirmait ce qui suit: «American Individualism — with its stress on unique personality in religion, politics, and law — provides a major force for privacy in the United States». Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 27.

[49] P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1, 4.

[50] A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 27.

[51] Dans *Privacy in Comparative Perspective (1971)*, H.J. Spiro affirme que la constitution de dossiers individuels par les autorités allemandes n'est pas une innovation résultant de l'informatisation: «In Germany, on the other hand, since long before the day of memory banks and computers, and to this day, the state through the police, and more recently also the registry offices, compiled dossiers on every individual which contained standard vital data and all «legally negative» information available about him, including denunciations by other private persons to the police». Voir H.J. SPIRO, «Privacy in Comparative Perspective», dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomox XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 121, 125.

Il ne fait aucun doute qu'il existe une corrélation étroite entre la disponibilité et la protection d'une zone privée et le développement de la personnalité humaine. La fonction de la protection de la vie privée est de fournir un espace dans lequel l'individualité peut se développer; elle protège la liberté d'un individu de faire des choix personnels[52]. La préservation de cet espace est essentielle à l'individuation ou, en d'autres mots, à la «réalisation de soi-même». L'anéantissement de cette sphère privée conduit non seulement au conformisme et à l'homogénéisation de la pensée mais entraîne aussi des modifications comportementales, des problèmes psychologiques et peut même engendrer la violence[53].

Ce besoin de réclusion doit aussi être mis en perspective avec le besoin de stimulations sociales. Un équilibre doit être maintenu entre l'affiliation de

---

[52] Dans un article intitulé *Invasion of Privacy and Charter Values (1997)*, John Craig faisait cette constatation: «Privacy protects the individual from interference in the personal decision-making process, which can result from ridicule, hostile reactions, and demands to conform. Privacy is essential to the promotion of individualism, and in particular, individual autonomy and independence». Voir J.D.R. CRAIG, «Invasion of Privacy and Charter Values — The Common Law Tort Awakens» (1997) 42 *Revue de droit de McGill* 355, 360. Voir aussi K. GORMLY, «One Hundred Years of Privacy» (1992) *Wisconsin Law Review* 1335; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

[53] Dans l'avant-propos de *The Intruders (1967)*, le sénateur Edward V. Long faisait cette constatation: «We act differently if we believe we are being observed. If we can never be sure whether or not we are being watched and listened to, all our actions will be altered and our very character will change». Voir Humbert Humphrey, *The Intruders*, New York, 1967, viii, cité par S. BENN, «Privacy, Freedom and Respect for Persons», dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 1, 24. Voir aussi A. SIMMEL, «Privacy Is Not An Isolated Freedom», dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 71, 73-74; M.F. WEISTEIN, «The Uses of Privacy in the Good Life, dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomox XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 88; P.A. FREUND, «Privacy: One Concept or Many», dans J. R. PENNOCK et J.W.CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971,182; S. M. JOUNARD, «Some Psychological Aspects of Privacy» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 307; A. P. BATES, «Privacy: A Useful Concept?» (1964) 42 *Social Forces* 429.

l'être humain avec ses congénères et le développement de son identité[54]. La réclusion totale, du type confinement, serait non seulement intolérable, mais elle serait susceptible d'engendrer des maux analogues aux problèmes psychologiques résultant de l'anéantissement de la zone d'intimité[55]. Il est donc nécessaire de faire un juste équilibre entre le besoin d'intimité et le besoin de

---

[54] Le développement de l'identité est un processus nécessaire à l'individuation. Pour Carl Gustav Jung, le concept d'individuation est central au développement. L'individuation est un processus de formation nécessaire et naturel de l'individu pour affirmer sa distinction de la collectivité. La première étape de l'individuation est donc un processus de différenciation qui a pour but de développer la personnalité individuelle et qui pourrait se traduire par «la réalisation de soi-même». Dans *Privacy Is Not An Isolated Freedom (1971)*, Arnold Simmel affirmait ce qui suit: «We need to be part of others, of intimate circle, families, communities, nations, part of humanity, and we need to be so recognized by others, to be supported by their approval for our affiliation and our likeness to them. But we need also to confirm our distinctness from others, to assert our individuality, and to proclaim our capacity to enjoy, or even suffer the conflict that results from such assertions of individuality». L'individuation est susceptible toutefois de susciter le rejet d'un individu par ses congénères. Arnold Simmel illustre bien ce phénomène quand il écrit: «At birth we are like everyone else, on biological grounds if not on others. Very quickly we let it be known that we are different. Soon we discover that asserting our distinctness is often rewarded with criticism and rejection, while being like others gain us their approval». Voir C.G. JUNG, *Ma vie*, Paris, Gallimard, 1991; A. SIMMEL, «Privacy Is Not An Isolated Freedom», dans R. J. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 71, 72-73. Voir aussi S. FREUD, *Totem et Taboo — Interprétation par la psychanalyse de la vie sociale des peuples primitifs*, Paris, Payot, 1972.

[55] Dans *Masks and Fig Leaves (1971)*, J. R. Silber faisait cette constatation: «Absolute privacy is impossible and intolerable. Men were not made to live in isolation; they cannot develop apart from others. They must share their lives and their secrets. Solitary confinements is still the most brutal of punishments». Dans *Privacy — A Philosophical Overview (1980)* Arthur Shaffer tenait des propos analogues: «In sum, what these social scientists are claiming is that an excessive emphasis on the value of privacy produces social pathology rather than social health. The deleterious effects of too much privacy, or privacy of the wrong sort, include personal isolation, alienation, loneliness, antisocial behaviour, and the progressive withering of public-spiritedness». Dans *Privacy Matters — In the defense of Personal Life* (1997), Janna Malamud Smith partageait cette conception en ces termes: «People in solitary confinement have to fight constantly with madness. In fact, the way they often preserve their sanity is by learning to dissociate, to alter their own mental state, and use fantasy to evoke images, memories, and feelings of the loved ones». *Voir* J.R. SILBER,«Masks and Fig Leaves», dans R. J. PENNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 231; A. SHAFFER, «Privacy — A Philosophical Overview», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 1, 19; J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In the defense of Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 38.

stimulations sociales. C'est ce que reconnaissait la Commission Younger lorsqu'elle affirmait qu'il était nécesssaire de moduler le besoin de la vie privée aux exigences sociales[56].

Le respect des tabous et des normes sociales par l'État s'effectue en identifiant, puis en réprimant, les conduites antisociales ou les comportements qui dévient de ces normes. Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia affirmait que ce rôle de l'État était réalisé par deux moyens : la publicité et la surveillance. Alors que dans les sociétés rurales, la publicité et la surveillance dépendaient exclusivement de l'intervention humaine, l'urbanisation et l'avènement de la société de l'information ont modifié profondément les modes de contrôle des tabous et des normes sociales[57]. Ainsi, le rôle de l'État et des entreprises de presse, est essentiel à la préservation des tabous et des normes sociales puisqu'ils viennent suppléer au rôle qu'assumaient traditionnellement les chefs de famille, les leaders sociaux

---

[56] Le comité Younger faisait cette constatation: «The quest and need for privacy is a natural one, not restricted to man alone, but arising in the biological and social processes of all the higher forms of life. All animals have a need for temporary individual seclusion or the intimacy of small units, quite as much as for the stimulus of social encounters among their own species. Indeed, the struggle of all animals, whether naturally gregarious or not, to achieve a balance between privacy and participation is one of the basic features of animal life». Voir UNITED KINGDOM, *Report of the Committee on Privacy*, Cmnd 5012, 1972, par. 109.

[57] Dans *Privacy in Colonial New England (1972)*, Davis Flaherty, actuellement Commissaire à l'information et à la protection des renseignements personnels de la Colombie-Britannique, décrit bien le phénomène de la surveillance dans la société coloniale américaine du XVII[e] siècle: «In more than one colony during the seventeenth century, living alone was forbidden. It was taken for granted that people would watch each other: Obedience to God, family, and Society demanded it». Voir D. FLAHERTY, *Privacy in Colonial New England*, Charlottesville (Virg.), University Press of Virginia, 1972, 43.

et religieux de la communauté[58]. En plus de cette fonction d'assurer le respect des tabous et des normes sociales, le rôle de l'État est aussi de protéger le besoin de vie privée des individus en posant des limites à la curiosité naturelle des autres membres de la société et à ses propres immixtions. Cette double fonction d'assurer le respect des normes sociales et la protection d'une zone de vie privée est la fonction du droit.

1.2. Les conceptions du droit à la vie privée

Le droit au respect de la vie privée est un concept évanescent, une notion fluide difficile à circonscrire et il serait peu souhaitable «d'enferrer cette notion de peur de nuire à son développement»[59]. C'est pourquoi définir le droit

---

[58] Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin de l'Université Columbia écrivait ce qui suit «Since those who break the rules and taboos must be detected, every society has mechanisms of watching conduct, investigating transgressions, and determining «guilt». In these processes each society sets socially approved machinery for penetrating the privacy of individuals or groups in order to protect personal and group rights and enforce the society's rules and taboos. Society also requires certain acts to be done in presence of others, in recognition that visibility itself provides a powerful method of enforcing social norms». Il y décrit le rôle social des commérages et des mythes dans la perspective d'assurer le respect des tabous et des normes sociales. En plus de satisfaire la curiosité naturelle des individus, les commérages permettraient, en obtenant des informations sur les leaders de la société, d'ajuster sa propre conduite aux attentes de la communauté. Les mythes et les légendes constitueraient une forme d'expression des tabous de la société et participeraient à la modulation des attitudes comportementales des membres de la communauté. Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 19-20.

[59] Dans *Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée (1992)*, le professeur Benyekhlef de l'Université de Montréal affirmait qu': «il apparaît difficile, voire impossible, d'en arriver à une définition consensuelle du droit à la vie privée. [...] Loin de permettre un exercice efficient et harmonieux du droit à la vie privée, une définition ne peut qu'enferrer cette notion et nuire à son développement». Voir K. BENYEKHLEF, «Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée», dans P. TRUDEL et F. ABRAN, *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Thémis, 1992, 17, 18. Voir aussi S. A. COHEN, *Invasion of Privacy — Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, 50; R. WACKS, *Personal Information — Privacy and the Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1980, 21; A. MILLER, *The Assault on Privacy — Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Press, 1971, 25; H. KALVEN Jr., «Privacy in Tort Law — Were Warren and Brandeis Wrong?» (1966) 31 *Law*

au respect de la vie privée est une tâche complexe. Malgré ces difficultés, plusieurs auteurs se sont attardés, au cours de ces dernières décennies, à circonscrire l'espace définitionnel du droit au respect de la vie privée. Certains commentateurs ont justifié la nécessité d'assurer la protection du droit à la vie privée par le besoin de réclusion et d'intimité alors que d'autres ont tenté d'articuler une définition qui se focalisait sur le corps humain et la personnalité. D'autres encore, suivant en cela l'évolution des moyens technologiques et plus particulièrement de la capacité de retenue de la mémoire informatique, faisaient du contrôle effectif des informations personnelles le point d'ancrage de la protection du droit au respect de la vie privée. Indépendamment du point d'ancrage de ces différentes propositions, le véritable débat a consisté à déterminer si le droit au respect de la vie privée constituait un droit autonome ou s'il se composait de plusieurs droits distincts et indépendants regroupés en agrégat par souci de commodité.

Le principe voulant que la notion de vie privée comporte un aspect de réclusion et du retrait des affaires publiques a été proposé pour la première fois par le juge Thomas Cooley qui, en 1888, avançait la définition suivante du droit à la vie privée: le droit au respect de la vie privée, affirmait-il, c'est: «the right to be let alone»[60]. Deux ans plus tard, dans un article intitulé *The Right to Privacy (1890)*[61], lequel aura une influence considérable sur l'évolution du droit au

---

and Contemporary Problems 326, 333; *Dagg c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 403, 434 (j. La Forest).

[60] T. COOLEY, *A Treatise on the Law of Torts*, 2e éd., Chicago, Callaghan & Co., 1888, 91.

[61] S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, «The Right to Privacy» (1890) 4 *Harvard Law Review* 193. L'importance de cet article ne résidait «not so much in the power of its argument as in the social status it gave to the tort». Voir H. KALVEN Jr., «Privacy in Tort Law — Were Warren and Brandeis Wrong» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 326, 328.

respect de la vie privée en droit américain, Samuel Warren et Louis Brandeis[62] reprirent cette notion et affirmèrent que le droit au respect de la vie privée constituait un droit autonome[63]. Bien qu'originale, cette définition proposée par le juge Cooley et par Warren et Brandeis demeure cependant vague et imprécise. Ces imprécisions conceptuelles inhérentes à la caractérisation du droit au respect de la vie privée expliquent sans doute pourquoi le doyen Prosser a tenté d'en systématiser l'espace définitionnel.

---

[62] Louis Dembitz Brandeis sera nommé à la Cour suprême des États-Unis en janvier 1916 par le Président Wilson, mais sa confirmation par le Sénat n'aura lieu qu'après d'âpres luttes qui ont duré plus de cinq mois entre les républicains, qui représentaient les forces conservatrices de l'industrie et du Barreau, et les démocrates, qui soutenaient sa candidature. Ayant la réputation d'être «the People's Attorney», le juge Brandeis a défendu les libertés fondamentales à l'époque où l'idéologie du «Classical Legal Thought» était à son faîte. Il a été un pionnier en ce qui à trait au développement de la protection constitutionnelle du droit à la vie privée, d'abord comme avocat et glossateur, ensuite comme juge à la Cour suprême. Dans *The Right to Privacy» (1890)* écrit en collaboration avec Samuel Warren, il soutenait que le droit à la vie privée constitue «one of the more precious rights». En dissidence dans l'arrêt *Olmstead (1928)*, il réaffirmait ses convictions exprimées de la façon suivante: «The makers of our Constitution conferred, as against the government, the right to be let alone — the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men». Voir S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, «The Right to Privacy» (1890) 4 *Harvard Law Review* 193; *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928).Voir aussi M.I. UROFSKY, «Brandeis, Louis Demnitz», dans K.L. HALL, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford, New York, 1992, 84; A.T. MASON, *Brandeis: A Free Man's Life*, New York, The Viking Press, 1956.

[63] Dans *The Right to Privacy (1890)*, ils affirmaient ce qui suit: «We must therefore conclude that the rights, so protected, whatever their exact nature, are not rights arising from contract or from special trust, but are rights as against the world; and, as above stated, the principle which has been applied to protect these rights is in reality not the principle of private property, unless that word be used in an extended and unusual sense. [...] The principle which protects personal writings and any other productions of the intellect or of the emotions, is the right to privacy, and the law has no new principle to formulate when it extends this protection to the personal appearance, sayings, acts, and to personal relation, domestic or otherwise. If the invasion of privacy constitutes a legal injuria, the elements for demanding redress exists, since already the value of mental suffering, caused by an act wrongful in itself, is recognized as a basis for compensation». Voir S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, «The Right to Privacy» (1890) 4 *Harvard Law Review* 193, 196, 205.

Dans *Privacy (1960)*[64], il a procédé à une analyse minutieuse des décisions des tribunaux relativement au droit à la vie privée pour conclure qu'il n'existait pas de droit autonome à la vie privée. Le droit au respect de la vie privée constituerait tout au plus une étiquette permettant l'agrégation de plusieurs droits distincts et indépendants[65]. Appuyant ce courant de pensée de la multiplicité d'intérêts protégés, il a identifié quatre «torts» sur lesquels s'appuient toutes les revendications du droit au respect de la vie privée[66]. Ces quatre «torts» sont les suivants : l'intrusion dans la vie privée d'un individu, la publication d'informations personnelles concernant un individu, la publication d'informations embarrassantes concernant un individu et l'utilisation illégale du nom ou de la photographie d'un individu[67]. Largement acceptée, cette

---

[64] W. PROSSER, «Privacy» (1960)48 *California Law Review* 383.

[65] Dans *What Do We Mean By Right to Privacy (1959)*, Davis affirmait que le concept de vie privée est certes utile dans une analyse sociologique mais qu'il ne devrait pas cependant faire l'objet d'une protection légale spécifique comme droit autonome. Il affirmait ce qui suit: «Privacy is an interest or condition which derives from and is automaticaly secured by the protection of more recognizable rights. [...] If truly fundamental interests are accorded the protection they deserve, no need to champion a right to privacy arises. Invasion of privacy is, in reality, a complex or more fundamental wrong. Similarly, the individual's interest in privacy itself, however real, is derivative and state better vouchsafed by protecting more immediate rights». Dans *Privacy — One Concept or Many (1971)*, Freund exprimait l'opinion qu'il n'y a pas seulement un droit à la vie privée, mais plutôt quatre ou cinq droits distincts subsumés dans cette notion. Cette approche définitionnelle a aussi été reprise par le professeur Thompson dans un article intitulé *The Right to Privacy (1975)*, dans lequel elle affirmait que le droit à la vie privée n'est qu'une étiquette permettant l'agrégation de plusieurs droits distincts et indépendants («cluster of independent rights»). Voir F.DAVIS,«What Do We Mean By Right to Privacy» (1959) 4 *South Dakota Law Review* 1; P. A. FREUND, «Privacy — One Concept or Many», dans R. J. PENNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 182; J.J. THOMPSON, «The Right to Privacy» (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs* 295

[66] «The law of privacy comprises four disctinct kinds of invasions of four distinct interests of the plaintiff, which are tied together by the common name, but otherwise have almost nothing in common except that each represents an interference with the right of the plaintiff [...] to be let alone». Voir W. PROSSER, «Privacy» (1960) 48 *California Law Review* 383, 392.

[67] L'énumération est notre traduction. La désignation exacte de ces «torts» est la suivante: a) «intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs»; b) «public disclosure

classification du doyen Prosser a remis en question les fondements théoriques du droit au respect de la vie privée. C'est sans doute ce qui a fait dire à David O'Brien «If Prosser's analysis was correct, then Warren and Brandeis were wrong»[68]. En réanalysant la classification du doyen Prosser, Edward Bloustein a tenté, dans un article intitulé *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964)*[69], de résoudre ce paradoxe en développant une théorie générale de la vie privée qui faisait de l'inviolabilité de la personne humaine l'intérêt fondamental à protéger. Donc, à l'instar de Warren et Brandeis, il soutient que le droit au respect de la vie privée a une valeur intrinsèque et, qu'à ce titre, il constitue un droit autonome.

---

of embarrassing private facts about the plaintiff»; c) «publicity that places the plaintiff in a false light (in the public eye)»; d) «appropriation for the defendant's advantage, of the plantiff's name or likeness». Voir W. PROSSER, «Privacy» (1960) 48 *California Law Review* 383.

[68] D. M. O'BRIEN, *Privacy, Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 8.

[69] Dans *Privacy as an Aspect of Human Dignity — An Answer to Dean Prosser (1964)*, Edward Bloustein affirmait: «The injury is to our individuality, to our dignity as individuals, and the legal remedy represents a social vindication of the human spirit rather than a recompense for the loss suffered». Dans *A Definition of Privacy (1974)*, Parker définissait ainsi le droit à la vie privée: «The definition of privacy defended in this article is that privacy is control over when and by whom the various parts of us can be sensed by others. By «sensed», is meant simply seen, heard, touched, smelled, or tasted. By «parts of us», is meant the parts of our bodies, our voices, and the poducts of our bodies. By «closely related» is meant primarily what is spatially associated [...] «Part of us» tends very strongly to mean the physical parts. Control over «senses» elements of our personal character, our desires, or our psychological states, is not generally part of privacy itself, although we often use control over who can sense us physically to control who sees how we feel». Dans *Redefining Privacy» (1977)*, Gerety proposait une conception analogue: «Invasions of privacy take place whenever we are deprived of control over such intimacies of our bodies and minds as to afford what are ultimately shared standards of autonomy». Voir E. BLOUSTEIN, «Privacy as an Aspect of Human Dignity — An Answer to Dean Prosser» (1964) 39 *New York University Law Review* 962, 1003. Voir aussi R.B. PARKER, «A Definition of Privacy» (1974) 27 *Rutgers Law Review* 275, 281; T. GERETY, «Redefining Privacy» (1977) 12 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 233. Voir aussi R. POUND, «Interest in Personality» (1915) 23 *Harvard Law Review* 343; L.GREEN, «The Right of Privacy» (1932) 27 *Illinois Law Review* 237; H. GORDON, «Right to Privacy in Name, Likeness, Personality, and History» (1960) 55 *Northwestern University Law Review* 553.

Dans *The Concepts of Privacy (1967)*, Hyman Gross a aussi tenté de réconcilier ces positions antagonistes en proposant une définition qui reprenait les critères de réclusion et d'intimité, mais en l'élargissant de sorte à englober les intérêts de la personnalité[70]. À l'instar de l'approche proposée par l'école pyschosociologique américaine[71], le droit à la vie privée supposerait un retrait de la vie publique et impliquerait l'expression d'un choix ou de la volonté individuelle. Autrement dit, il réaffirmait partiellement la doctrine libérale classique qui faisait de *l'autonomie de la volonté* le point d'ancrage du droit au respect de la vie privée.

Dans un ouvrage qui aura aussi une influence considérable sur le développement du droit au respect de la vie privée intitulé *Privacy and Freedoms (1967)*[72], le professeur Westin de l'Université Columbia identifie quatre composantes physiques et psychologiques inhérentes à la vie privée : la

---

[70] Dans *The Concept of Privacy (1967)*, il affirmait ce qui suit: «Privacy is the condition of human life in which acquaintance with a person or with affairs of his life which are personal to him is limited». Voir H. GROSS, «The Concept of Privacy» (1967) 42 *New York University Law Review* 34, 35-36.

[71] Voir généralement I. ALTMAN, «Privacy — A Conceptual Analysis» (1976) 8 *Environment and Behavior* 7; H. PROSHANSKY, W. H. ITTELSON et L. G. RIVLIN (dir.), *Environmental Psychology*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1970; S. M. JOUNARD, «Some Psychological Aspects of Privacy» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 307; O. M. RUEBHAUSEN et O. G. BRIM Jr. «Privacy and Behaviorial Research» (1965) 65 *Columbia Law Review* 1184; A. BATES, «Privacy — A Useful Concept?» (1964) 42 *Social Forces* 432; F. S. CHAPIN, «Some Housing Factors Related to Mental Hygiene» (1951) 7 *Journal of Social Issues* 164.

[72] Dans *Privacy and Freedoms (1967)*, le professeur Westin affirmait ce qui suit: «Privacy is the claim of individuals, group or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others. Viewed in terms of the relations of individuals to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger group, in a condition of anonymity or reserve». Voir A. F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 7.

solitude[73] — permettant à la personne humaine de réfléchir —, l'intimité[74] — pour le développement de relations familiales et amicales —, l'anonymat[75] — permettant à la personne humaine d'exister en dehors de toute reconnaissance et de toute identification — et la réserve[76]— permettant la retenue d'informations. En outre, cette définition met l'accent sur deux facteurs importants: la personnalisation de l'information («information about them»)[77] et le contrôle de l'information («to determine for themselves»). Autrement dit, il fait du contrôle de l'information la pierre angulaire de sa

---

[73] La solitude est l'état paradigmatique de la vie privée. Dans l'état de solitude, l'individu est physiquement séparé du groupe et de l'observation de ses congénères. Il permet le repos des contraintes imposées par les exigences sociales, le recueillement et la création. Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 31; J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In Defense of the Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 38. Voir aussi A. STORR, *Solitude — A Return to the Self*, New York, Ballantine Books, 1989.

[74] L'intimité permet à l'individu de se révéler, dans un climat de détente, de relaxation et de sécurité, aux membres d'un groupe restreint comme sa famille, son cercle d'amis ou ses collègues de travail. Autrement dit, elle permet à l'individu d'être ce qu'il est véritablement. Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 31; J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In Defense of the Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 44.

[75] L'anonymat permet à un individu de circuler anonymement — sans être identifié ou surveillé — dans un lieu public. L'anonymat représente en milieu urbain ce qu'est la solitude en milieu rural. Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 31; J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In Defense of the Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 40.

[76] La réserve est vraisemblablement l'état le plus subtil de la vie privée puisqu'elle ne se réalise qu'en imposant des barrières psychologiques à l'encontre des immixtions non désirées et se produit lorsque un individu limite la divulgation des informations qui le concerne. Janna Malamud Smith considère que la réserve est la dernière protection qui s'offre à l'individu: «Without the capacity and the freedom to stay silent, to guard one's psychic privacy, there is no possibility for authentic relationship. Sometimes, reserve is the only way to resist people who have more power». Son exercice variera selon les pratiques culturelles de chaque société. En Grande-Bretagne, la réserve constitue le moyen privilégié des individus d'assurer la protection de leur vie privée. Voir A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967, 32; J. MALAMUD SMITH, *Privacy Matters — In Defense of the Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997, 43.

[77] Voir aussi T. GERETY, «Redefining Privacy» (1977) 12 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 233, 263. Voir aussi L. VALECKY, «The Concept of Privacy», dans J.B. YOUNG (dir.), *Privacy*, New York, John Wiley & Sons, 1978, 20.

définition. Charles Fried, avec un article publié dans le *Yale Law Journal* intitulé *Privacy (1968)*[78] et Arthur Miller, avec son ouvrage intitulé *Assault on Privacy (1971)*[79] s'inscriront dans ce sillage tracé par le professeur Westin et feront du contrôle de l'information l'élément central du droit au respect de la vie privée.

Ce modèle analytique fondé sur le contrôle de l'information constitue encore aujourd'hui, malgré les nombreuses critiques formulées à l'encontre de cette doctrine[80], le point d'ancrage de la conception du droit au respect de la vie privée. Bien qu'elle ait le mérite d'appréhender l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée, cette tendance à définir le droit au respect de la vie privée par le biais de l'axe du contrôle de l'information doit être révisée puisqu'elle n'a aucune emprise sur les informations détenues par les

---

[78] Dans *Privacy (1968)*, Charles Fried affirmait ce qui suit: «Privacy is not simply an absence of information about us in the nunds of others, rather it is the control we have over information about ourselves [...] the person who enjoys privacy is able to grant or deny access to others [...] Privacy, thus is control over knowledge about oneself. But it is not simply control over the quantity of information abroad; there are modulations in the quality of knowledge as well». Dans *An Anatomy of Values (1972)*, il en précisa les fonctions lorsqu'il affirmait que la protection de la vie privée fournissait «the rational context for a number of our most significant ends, such as love, trust, and friendship, respect and self-respect». Voir C. FRIED, «Privacy» (1968) 77 *Yale Law Journal* 475, 482-483; C. FRIED, *An Anatomy of Values*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1972, 138.

[79] Dans *The Assault On Privacy — Computers, Data Banks and Dossiers (1971)*, Arthur Miller affirmait ce qui suit: «The concept of privacy is difficult to define because it is exasperatingly vague and evanescent [note supprimée], often meaning strikingly different things to different people. In part this is because privacy is a notion that is emotional in its appeal and embraces a multitude of different "rights" some of which are intertwined, others often seemingly unrelated or inconsistent. Of late, however, lawyers and social scientists have been reaching the conclusion that the basic attribute of an effective right of privacy is the individual's ability to control the circulation of information relating to him — a power that often is essential to maintaining social relationships and personal freedom». Voir A. MILLER, *The Assault On Privacy — Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor (Michigan), University of Michigan Press, 1971, 25.

[80] Voir T. GERETY, «Redefining Privacy» (1977) 12 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 233, 262 ; P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1, 7.

tiers[81]. C'est ce que nous ferons dans le troisième chapitre de cette thèse portant sur le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel. Mais avant, nous examinerons le droit à la vie privée en droit infraconstitutionnel puisque si le caractère autonome du droit au respect à la vie privée ne fait plus aucun doute depuis que la *Cour Warren (1953-1969)* l'a affirmé dans l'arrêt *Griswold (1965)*[82] et la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Dyment (1988)*[83], il semblerait toutefois qu'en droit infraconstitutionnel, le droit à la vie privée ne constitue pas un droit autonome. C'est là du moins la conclusion à laquelle en est arrivé la *Cour Lamer (1990-2000)* dans les arrêts *Béliveau St-Jacques (1996)*[84] et *Aubry (1997)*[85].

---

[81] Le Groupe d'étude *L'Ordinateur et la vie privée* avait bien saisi cet écueil lorsque les auteurs affirmaient ceci: «Théoriquement, s'il y a intérêt à contrôler l'accès à l'information personnelle, ce n'est pas en raison de la souffrance morale ou du préjudice pécuniaire que la communication ou la publication sont de nature à causer. La vie privée de l'individu est "violée" chaque fois qu'une nouvelle personne prend connaissance de l'information. À mesure qu'une information de plus en plus abondante est communiquée à un nombre croissant de personnes, son autonomie est amoindrie d'autant, sa personnalité est dévoilée, sa vie privée subit de nouvelles intrusions. L'individu qui fait valoir son droit à la vie privée demande aussi que l'information personnelle ne lui soit pas arrachée (perquisition, aveux forcés), qu'elle ne soit pas recueillie à son insu (écoute au téléphone ou aux portes), publiée sans son autorisation ni même communiquée à des tiers sans son consentement. À l'analyse, l'intrusion dans la vie privée peut donc se produire de deux manières. D'abord au moment où un renseignement personnel est porté à la connaissance d'autrui. Il n'y aurait cependant pas d'intrusion si les renseignements étaient communiqués volontairement, sous le sceau du secret, par exemple au conjoint, à l'avocat ou au confesseur de l'intéressé. Pour qu'il y ait intrusion, il doit y avoir indiscrétion abusive. La deuxième forme d'intrusion se produit lorsque le renseignement est transmis à un tiers ou qu'il est rendu public. Ici encore, il n'y a pas d'intrusion si l'intéressé donne le renseignement en toute liberté, sachant qu'il peut être publié». Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 13-14.

[82] *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[83] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

[84] *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

[85] *Aubry c. Éditions Vice-versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

Chapitre 2

Le droit à la vie privée en droit infraconstitutionnel

> Le droit anglo-canadien ne reconnaît pas de droit général à la vie privée
>
> Rapport du Groupe *L'Ordinateur et la vie privée* (1972).

Cette constatation du Groupe *L'Ordinateur et la vie privée* résume bien l'état du droit à la vie privée en droit infraconstitutionnel, à l'exception peut-être du Québec où le régime de droit civil a fait preuve d'une plus grande flexibilité, au moment de la publication de son rapport en 1972. L'étude du droit à la vie privée en droit canadien doit se faire en distinguant le droit privé — droit qui régit les rapports entre les individus — et le droit public — droit qui régit l'organisation et le fonctionnement de l'État ainsi que les rapports entre l'État et les individus. Bien que la présente analyse s'intéresse à la protection offerte par le droit constitutionnel et par le droit international, il importe de considérer le droit infraconstitutionnel puisque c'est là où l'on trouve les origines du droit constitutionnel au respect de la vie privée.

2.1. Le droit à la vie privée en droit privé

Traditionnellement ni la *common law*, ni le droit civil ne reconnaissaient un droit à la vie privée autonome. Au Canada, le Parlement et certaines législatures provinciales ont protégé le droit à la vie privée en incorporant des «torts» dans des textes législatifs ou encore en reconnaissant le droit à la vie privée comme valeur fondamentale dans certaines lois. Mais dans la plupart

des cas, ce ne sont que certains aspects de la vie privée qui se trouvent protégés; notamment en ce qui a trait à la protection des renseignements personnels[86], la tranquillité publique[87], l'intrusion de nuit («trespassing at night»)[88], la diffusion de fausses nouvelles[89], le harcèlement avec l'aide de moyens de communication[90], l'écoute électronique[91], les communications entre conjoints[92] et le privilège de la communication entre un avocat et son client[93].

---

[86] Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21; *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F-31; *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. M-56; *Loi sur l'accès à l'information*, L.M. 1985-86, c. 6; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. 22.01; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, L.A. 1994, c. F-18.5; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.B.C. 1992, c. 61; *Loi sur le droit d'accès à l'information*, L.R.N.B. 1982, c. R-10.3; *Freedom of Information Act*, S.N.S. 1990, c. 11; *Freedom of Information Act*, S.N. 1981, c. 5; *Access to Information Act*, S.Y. 1983, c. 12. Seules les législatures de l'Île du Prince-Édouard et des Territoires du Nord-Ouest ne possèdent toujours pas de lois concernant la protection des renseignements personnels.

[87] Voir l'article 175 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[88] Voir l'article 177 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[89] Voir l'article 181 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Dans l'arrêt *Zundel (1992)*, la Cour Lamer (1990-2000) a déclaré que cet article violait l'alinéa 2b) de la *Charte candienne*. Voir *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

[90] Voir l'article 372 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. D'autres lois relatives aux télécommunications protègent le droit à la vie privée et en sanctionne la violation. Voir *Loi sur les télégraphes*, L.R.C. 1985, c. T-5 ; *Loi sur les compagnies de télégraphe et de téléphone*, L.R.Q., c. C-45.

[91] Voir notre discussion relativement à la partie VI du *Code criminel* au chapitre 2 de la deuxième partie.

[92] Voir *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. E-5, 4(3).

[93] La relation privilégiée entre un avocat et son client, tradionnellement reconnue par la *common law*, a fait l'objet d'une codification à l'article 488.1 du *Code criminel*. Elle est aussi protégée par l'article 27 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ainsi que par l'article 9 de la *Charte québécoise*. En droit civil québécois, la question de la communication d'informations personnelles a été traitée comme un problème de confidentialité de certaines relations plutôt qu'un problème relevant du droit à la vie privée. La simple publication d'informations personnelles confidentielles engendre la responsabilité de son auteur. Voir *Loi sur*

Le droit privé au Canada est caractérisé par sa dualité juridique, c'est-à-dire par l'existence d'un régime de droit commun auquel sont soumis les rapports entre les individus. Au Québec, le régime de droit commun applicable en l'absence de dispositions législatives dérogatoires est le droit civil (a.). Dans les autres provinces canadiennes, le régime de droit commun applicable en l'absence de dispositions législatives dérogatoires est la *common law* (b.).

(a) Le droit civil

Le droit civil est l'ensemble des règles qui réglementent les actes civils. La source formelle du droit civil québécois est le droit codifié que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*, auquel se jouxte la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après appelée la *Charte québécoise*)[94]. Avant l'adoption des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*[95] relatives à la vie privée,

---

la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 27; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, c. C-12. Voir aussi *Slavutych c. Baker* (1975), [1976] 1 R.C.S. 254; *Solesky c. R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Voir généralement P. PATENAUDE, «La zone de protection accordée à l'intimité au Canada» (1977) 8 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 119; Y.-M. MORISSETTE et D.W. SHUMAN, «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984) 25 *Les Cahiers de droit* 501; A. CARDINAL, «Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat» (1984) 44 *Revue du Barreau* 237; F. BATES, «Legal Professional Privilege: The State of the Game in the Commonwealth» (1984) 26 *Criminal Law Quarterly* 414; H. P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 5 *Revue du Barreau*, 881; J.-L. BAUDOUIN, «Le secret professionnel en droit québécois» (1974) 5 *Revue générale de droit* 7; A.M. WATT, «Le secret professionnel» (1945) 5 *Revue du Barreau* 189.

[94] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [ci-après la *Charte québécoise*]. Bien que la *Charte québécoise* ne soit pas formellement comprise dans le droit civil, ce dernier doit cependant être interprété à la lumière de la *Charte québécoise*. C'est pourquoi, il nous a semblé utile de considérer les dispositions du droit civil à la lumière de la protection offerte par la *Charte québécoise*.

[95] Le chapitre trois du titre deuxième du livre premier, intitulé: «Du respect de la réputation et de la vie privée» est particulièrement innovateur au sujet de la protection du droit à la vie privée. Les articles 3 et 35 à 39 protègent expressément le droit à la vie privée. Le *Code civil du*

la protection du droit à la vie privée était essentiellement issue de la jurisprudence, et plus particulièrement de l'interprétation du régime de responsabilité civile de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*[96]. En plus des intérêts à la vie privée protégés par d'autres lois, certains droits d'ordre contractuel étaient, et sont toujours, susceptibles de protéger subsidiairement le droit à la vie privée[97].

Ce régime de responsabilité civile de droit commun a été qualifié par certains de «véritable charte des droits» parce qu'il fournissait à la présumée victime d'une atteinte à un droit fondamental le moyen d'obtenir la réparation

---

Québec est entré en vigueur le 1er janvier 1994. L'article 3 se lit ainsi: «[t]oute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée». L'article 35 stipule que: «[t]oute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou que la loi l'autorise». L'article 36 vient préciser davantage l'étendue du droit à la vie privée. Il s'énonce comme suit: «[p]euvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 1.Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit; 2.Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée; 3.Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés; 4.Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit; 5.Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public; 6.Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels». Voir *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

[96] L'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* se lisait ainsi: «[t]oute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par son imprudence, négligence ou inhabilité». La notion de faute était balisée par le concept de la personne raisonnable ou encore, comme il était alors d'usage, par la notion du «bon père de famille». Il y avait acte fautif engendrant la responsabilité de son auteur lorsque l'acte ou l'omission n'avait pas été commise par une personne suffisamment prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Voir *Code civil du Bas-Canada*, S.C. 1865, c. 41.

[97] La protection du droit à la vie privée découlant d'une clause contractuelle expresse (comme dans le cas d'un contrat de services professionnels), d'un contrat tacite (comme dans le cas de la location d'une chambre d'hôtel) ou d'un contrat de licence visant la fabrication d'un produit n'est que subsidiaire à l'objet du contrat. Voir H.P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879, 891-892. Voir aussi *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142.

du préjudice subi[98]. Cette constatation par les auteurs de la doctrine québécoise que le régime de droit commun constituait une «véritable charte des droits» visait essentiellement à souligner la fluidité du concept de la faute en droit civil. Déjà reconnu par la jurisprudence, l'adoption de l'article 5 de la *Charte québécoise* a eu pour effet de consacrer le droit à la vie privée comme liberté fondamentale[99]. Le statut de la *Charte québécoise* et son application, contrairement en cela à la *Charte canadienne,* aux relations privées en font un instrument de protection privilégié du droit à la vie privée puisque l'article 52 permet de sanctionner — en déclarant l'inopérance — les dispositions législatives ou réglementaires violatrices des droits et libertés qui y sont consacrés[100].

---

[98] Voir M. CARON, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978) 56 *Revue du Barreau canadien* 197; J.-L. BAUDOUIN, «La responsabilité des dommages causés par les moyens d'information de masse» (1973) 8 *Revue juridique Thémis* 201.

[99] L'article 5 se lit ainsi: «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée». Plusieurs autres dispositions de la *Charte québécoise* peuvent être invoquées afin d'assurer la protection de certains intérêts relevant du droit au respect de la vie privée. Cependant, pour reprendre les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Godbout (1997)*: «[...] l'art. 5 sera normalement plus utile pour l'examen des questions relevant de l'autonomie personnelle et de la vie privée [...]». Ce n'est là qu'une consécration puisque le droit à la vie privée avait déjà été reconnu par la jurisprudence. Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 911. Voir aussi P. MOLINARI et P. A. TRUDEL, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: Aspects généraux et application», dans *Application des chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permamente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1988, 730; H.P. GLENN, «Le droit au respect à la vie privé» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879, 881.

[100] L'article 52 de la *Charte québécoise* s'énonce ainsi: «[a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte canadienne, ne peut déroger aux articles 1à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte». L'article 52 a été modifié en 1982 par l'article 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*. L'article 34 de cette loi édictait l'article 52 dans sa version actuelle et précisait qu'il devait entrer en vigueur par proclamation. L'article 16 a été proclamé le 1er octobre 1983. Cette disposition s'inscrivait dans une trajectoire parallèle à la *Déclaration canadienne des droits*, laquelle affirmait le caractère prépondérant des droits et libertés y étant reconnus à l'égard de la législation fédérale.Voir *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61; G.O.Q. 1983.II. 4139; *Déclaration canadienne*

L'une des questions pratiques soulevées par l'inclusion du droit à la vie privée dans la *Charte québécoise* était celle de savoir si cette consécration avait pour effet de créer un régime juridique autonome du régime de responsabilité civile. En d'autres termes, est-ce que la violation du droit au respect de la vie privée d'un individu constitue une faute en soi sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence des éléments traditionnels du régime de responsabilité civile que sont la faute, le dommage et le lien de causalité. C'était à tout le moins l'opinion unanime des auteurs de la doctrine québécoise que nous avons consultés, dont notamment les professeurs Brun[101], Patenaude[102], Molinari et Trudel[103], Pépin[104] et Perret[105].

---

des droits, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III. Voir aussi *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 726-727. Voir généralement J.-Y. MORIN, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 25; A. MOREL, «La coexistence des chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 49; G. RÉMILLARD, «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits de la personne du Québec», dans G.A. BEAUDOIN et D. TURP (dir.), *Perspectives canadienne et européenne des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 205.

[101] Dans *Liberté d'expression et de presse: droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée (1992)*, le professeur Brun de l'Université Laval affirmait ce qui suit: «[...] les droits de la Charte ne sont pas tributaires de la notion de faute comme le sont les droits que protège l'article 1053. Le critère applicable pour savoir s'il y a atteinte aux droits de la *Charte québécoise* est un critère d'effet, pur et simple, et non un critère de faute. Il y a atteinte aux droits aussitôt qu'un effet négatif est produit sur eux, peu importe que l'auteur de cette atteinte ait été fautif». Voir H. BRUN, «Liberté d'expression et de presse: droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée» (1992) 23 *Revue générale de droit* 449, 453.

[102] Dans *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales — Enquêtes, surveillance et conservation de données (1990)*, le professeur Patenaude de l'Université de Sherbrooke exprimait la même opinion: «Cette inclusion du droit à l'intimité dans une charte implique que le législateur lui reconnaît la valeur de droit fondamental, ce qui peut avoir plusieurs conséquences pratiques: premièrement, l'atteinte sera considérée dommageable *in se* [note suprimée]. En effet, on subit un préjudice dès que l'un de nos droits fondamentaux est bafoué; à ce titre, maintenant que l'on a reconnu de façon non équivoque que l'intimité est un droit fondamental, la preuve du préjudice est rendue beaucoup plus facile — dès l'atteinte commise, le préjudice existe [note supprimée]. Deuxièmement, il en est de même pour la preuve de la faute: un bon père de famille respecte les droits fondamentaux [note supprimée]. L'irrespect

Ces auteurs soutenaient la proposition que la simple violation d'un droit garanti par la *Charte québécoise,* laquelle est sanctionnée par l'article 49[106],

---

d'une valeur essentielle est une faute en soi» [...] Troisièmement, lors d'atteinte intentionnelle au droit, le tribunal pourra certes octroyer réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte; mais il pourra, en outre, grâce à l'article 49 de la Charte condamner l'auteur de l'atteinte à des dommages exemplaires [note supprimée]. Lors d'atteinte non intentionnelle, la victime n'aura droit qu'à la réparation du préjudice et à la cessation du trouble [note supprimée]». Voir P. PATENAUDE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales — Enquêtes, surveillance et conservation de données,* Sherbrooke (Qc.), *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke,* 1990, 23. Voir aussi du même auteur: «La zone de protection accordée à l'intimité au Canada» (1977) 8 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke,* 128; «The Evolution of the Right of Privacy in Québec» (1975) 6 *Manitoba Law Review* 283; *La protection des conversations en droit privé — Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois,* Paris, L.G.D.J., 1976, 89.

[103] Dans *Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée — Aspects généraux et application (1900),* les professeurs Molinari et Trudel de l'Université de Montréal affirmaient ce qui suit: «ce ne serait plus sur le caractère fautif du comportement de celui qui s'est livré à une atteinte de ces droits qu'il faudrait s'interroger mais plutôt sur l'illégalité de l'atteinte». Voir P. MOLINARI et P. A. TRUDEL, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée — Aspects généraux et application», *Application des chartes des droits et libertés en matière civile,* Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1988, 218.

[104] Dans *La vérité et la liberté d'expression (1987),* le professeur Pépin de l'Université de Sherbrooke exprimait une opinion analogue: «la victime d'une atteinte au droit au respect de la vie privée n'aurait pas à prouver de faute ni de dommage évaluable en argent». Voir R. PÉPIN, «La vérité et la liberté d'expression» (1987) 18 *Revue générale de droit* 869, 877.

[105] Dans *De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec (1981),* le doyen Perret de l'Université d'Ottawa affirmait ce qui suit: «[...] en droit civil, la notion de faute est une notion extrêmement flexible, qui permet d'assurer la protection des individus dans tous les domaines de l'activité humaine. La faute peut notamment consister en un défaut de comportement par rapport à celui d'une personne raisonnable standard, que l'on appelle traditionnellement le bon père de famille. Il en résulte que la violation par un individu d'un droit fondamental appartenant à un autre constitue une faute puisque normalement le bon père de famille respecte les droits fondamentaux». Voir L. PERRET, «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981)12 *Revue générale de droit* 121,124-125.

[106] L'article 49 de la *Charte québécoise* se lit ainsi: «[Réparation de préjudice pour atteinte illicite à un droit]. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. [Dommages exemplaires] En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

était constitutive de faute sans qu'il soit nécessaire d'établir les éléments traditionnels du régime de responsabilité civile. Cette unanimité des auteurs de la doctrine québécoise n'aura toutefois pas suffit à convaincre la Cour suprême du Canada puisque dans l'arrêt *Aubry (1998)*[107], la totalité des juges de la *Cour Lamer (1990-2000)* se sont ralliés à l'opinion du juge Cory — qui s'exprimait pour la majorité dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques (1996)*[108] — pour affirmer que «les éléments traditionnels de responsabilité, soit la faute, le dommage et le lien de causalité, doivent être établis»[109]. Le droit à la vie privée consacré par l'article 5 de la *Charte québécoise* n'est donc pas un droit autonome du régime de responsabilité civile. Autrement dit, la consécration du droit à la vie privée par

---

[107] *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

[108] Dans *Béliveau St-Jacques (1996)*, le juge Cory établissait ce principe judiciaire en ces termes: «Enfin, rien dans la Charte ne dispense la victime d'une atteinte illicite à un droit garanti de la charge de faire preuve du lien de causalité entre cette atteinte et le préjudice moral ou matériel qu'elle aurait subi. La Charte n'innove pas en cela ni n'ajoute au droit commun». Dans *Augustus (1996)*, le juge L'Heureux-Dubé rappelait ce principe judiciaire en ces termes: «L'argument de l'appelante se bute à une première difficulté qui a trait à la nature des recours offerts par la *Charte*. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* [...], la Cour a clairement établi que l'inclusion de droits et libertés fondamentaux dans la Charte n'avait pas créé un régime autonome de responsabilité civile». Voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 406; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, 300-301.

[109] Voir les motifs de Madame le juge L'Heureux-Dubé et du juge Bastarache qui s'exprimaient pour la majorité (jj. L'Heureux-Dubé,Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache). Le juge en chef Lamer et le juge Major étaient dissidents. Bien qu'ayant jugé que la preuve était insuffisante pour conclure que la diffusion de la photographie ait causée un préjudice moral à l'intimée, le juge Lamer est aussi d'avis qu'il est nécessaire de prouver qu'une faute lui a causé préjudice. Quant au juge Major, il a accueilli le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Baudouin, selon lesquelles il n'y avait aucune preuve de préjudice. En somme, la Cour suprême du Canada a conclu à l'unanimité que la consécration du droit à la vie privée dans la *Charte québécoise* ne dispensait pas la prétendue victime de démontrer l'existence des éléments traditionnels du régime de la responsabilité civile. Voir *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

la *Charte québécoise* «n'ajoute rien au droit commun»[110]. Il ne saurait être, à lui seul, constitutif de droits subjectifs, c'est-à-dire de droits indépendants du régime de la responsabilité civile.

Trois cadres d'analyse significatifs ont été proposés par les auteurs de la doctrine québécoise en ce qui à trait à la protection du droit à la vie privée en droit civil québécois. D'abord, dans un article publié en 1979, le professeur Glenn de l'Université McGill proposait une approche dualiste qui distinguait le *droit à la solitude* et le *droit à l'anonymat*[111]. Ensuite, dans un article publié en 1988, les professeurs Molinari et Trudel de l'Université de Montréal ont développé un cadre d'analyse — qui considérait l'application de la *Charte québécoise* en droit civil — comportant deux volets : *le volet objectif* et le *volet subjectif*[112]. Enfin, dans une étude récente sur le droit des personnes physiques,

---

[110] *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 406 (j. Cory).

[111] Dans *Le droit au respect de la vie privée (1979)*, le professeur Glenn a revu les principales décisions émanant des tribunaux québécois portant sur la protection du droit à la vie privée et il a identifié deux composantes du droit à la vie privée auxquelles l'on est susceptible de porter atteinte. Il y a d'abord l'intrusion injustifiée qui a pour effet de porter une information personnelle à la connaissance de quelqu'un; en ce cas c'est le *droit à la solitude* d'un individu qui est atteint. Il y a ensuite l'atteinte au droit à la vie privée qui provient de la diffusion des informations; en ce cas, c'est le *droit à l'anonymat* d'un individu qui est atteint. Il y aura atteinte au *droit à la solitude* chaque fois qu'il y aura immixtion dans la vie privée d'une personne, soit à la suite d'une intrusion, soit par l'obtention d'informations personnelles. Il y aura atteinte au *droit à l'anonymat* lorsque des informations ou des images personnelles seront diffusées sans le consentement de la personne concernée. Voir H.P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879. Voir aussi H.P. GLENN, «Le secret de la vie privée en droit québécois» (1975) 5 *Revue générale de droit* 24.

[112] Dans *Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée — Aspects généraux et applications (1988)*, les auteurs affirmaient ce qui suit: «Pour déterminer s'il y a atteinte à la vie privée, il est nécessaire de déterminer si une divulgationd'information ou une intrusion porte sur un élément de la vie privée. D'où la nécessité de tenter de circonscrire le domaine de la vie privée. Ce domaine de la vie privée regroupe certains types d'information qui y sont, en principe, rattachés. Il connaît aussi des variations selon les qualités et le statut des

les professeures Deleury et Gobeau de l'Université Laval adoptaient un cadre d'analyse qui reprenait substantiellement l'approche proposée par le professeur Glenn (c'est-à-dire le *droit à la solitude et à l'intimité*, d'une part, et le *droit à l'anonymat*, d'autre part) en y ajoutant toutefois une troisième catégorie, soit le *droit au secret et à la confidentialité* (droit au contrôle des données personnelles)[113]. Bien qu'à première vue ces trois approches semblent difficilement réconciliables, elles comportent néanmoins un point d'ancrage analogue. En effet, dans les trois cas, une démarcation est tracée entre les immixtions qui se rapportent aux espaces territoriaux et à la personne, d'une part, et les immixtions qui se rapportent à la notion d'information, d'autre part. Quant à la proposition des professeurs Molinari et Trudel relativement au *volet subjectif*, elle semble référer au critère de pondération de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*[114].

---

personnes. L'on identifie traditionnellement deux grands volets à la vie privée. L'un est *objectif* et réfère aux faits et aux aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans le domaine protégé. Mais la contenance concrète de ce domaine varie suivant les personnes, la position qu'elles occupent dans la société et suivant d'autres circonstances. C'est le volet *subjectif* de la vie privée: celui qui prend en considération les personnes visées». Voir P.A. MOLINARI et P. TRUDEL, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée — Aspects généraux et applications» dans *Applications des chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1988, 211.

[113] Voir E. DELEURY et D. GOBEAU, *Le droit des personnes physiques*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 159-196.

[114] Alors que le cadre d'analyse proposé par le professeur Glenn focalise sur l'intrusion (*droit à l'intimité*) et la diffusion (*droit à l'anonymat*), la doctrine mise de l'avant par les professeurs Molinari et Trudel — fortement empreinte d'éléments émanant du droit public tenant compte de l'application de la *Charte québécoise* — semble regrouper les deux catégories avancées par le professeur Glenn (*volet objectif*) et met un accent particulier sur la modulation du droit à la vie privée en fonction du contexte dans lequel la revendication a pris naissance (*volet subjectif*). Ce *volet subjectif* proposé par les professeurs Molinari et Trudel, lequel n'est pas sans rappeler le critère des attentes raisonnables en matière de vie privée servant à déterminer la *raisonnabilité* de l'immixtion étatique que l'on retrouve en droit constitutionnel canadien et américain puisqu'il se veut un instrument qui vise à moduler la protection du droit à la vie privée en fonction de différents facteurs, comme par exemple en fonction de la situation des personnes impliquées ou

Bien qu'essentielle à l'appréciation de l'étendue du droit au respect de la vie privée d'un individu, nous estimons que la modulation du droit doit se faire à une étape subséquente de l'analyse, soit au stade de la justification de l'atteinte en vertu de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* et non à l'étape de la détermination de l'existence d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte québécoise*. Ainsi donc, la partie qui cherche à maintenir une obligation qui porte atteinte à un droit ou à une liberté consacrés à la *Charte québécoise* doit, en premier lieu, démontrer que cette restriction est imposée pour réaliser un objectif légitime et important, en second lieu, qu'elle est proportionnelle à cet objectif et, enfin, qu'elle est rationnellement liée à cet objectif et que l'atteinte est minimale. Malgré l'originalité de ces propositions, nous estimons utile d'adopter une approche dualiste, que nous maintiendrons tout au long de cette étude, pour chaque juridiction examinée, qui distingue la protection de l'autonomie de la volonté (1.) et la protection de l'information (2.).

1. La protection de l'autonomie de la volonté

La protection de l'autonomie de la volonté accorde «le droit à un individu de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe indue»[115]. La protection de l'autonomie de la volonté garantit notamment la *protection des lieux* , tel le domicile[116] , et la *protection de la*

---

encore en fonction des normes sociales à l'époque où survient l'atteinte. Nous estimons toutefois que la modulation du droit à la vie privée doit se faire à l'étape de la justification de l'atteinte en vertu de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. Voir *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

[115] Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 913 (j. La Forest).

[116] Voir l'article 36 du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement le premier paragraphe qui énonce que: «[p]euvent être notamment considéré comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 1.Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit».

personne, telle l'intégrité physique et morale dont les libertés fondamentales — dont la liberté d'association et la liberté d'expression — et les *relations familiales*. Bien que les deux conceptions ne soient pas parfaitement analogues, il y a manifestement une superposition entre les concepts de la protection de l'automomie de la volonté et les droits de la personnalité[117].

2. La protection de l'information

La *protection de l'information* regroupe tous les droits qui ont trait spécifiquement à la protection de l'information personnelle. Elle garantit notamment la protection de la correspondance[118], la protection des

---

[117] Les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* ne laissent subsister aucun doute à cet égard. L'article 3 du Livre Premier du *Code civil du Québec*, intitulé «Des Personnes», identifie clairement le droit à la vie privée comme étant un droit de la personnalité. L'article 3 se lit ainsi: «[t]oute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles». L'une des conséquences de la qualification du droit à la vie privée comme droit de la personnalité est que celui-ci ne pouvait être saisi, cédé ou transmis à la suite d'un décès. Ce principe voulant que les droits de la personnalité soient incessibles et imprescriptibles a cependant été modifié par l'introduction de l'article 35 du *Code civil du Québec* qui stipule que: «[t]oute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou que la loi l'autorise». En fait, le droit à la vie privée du droit civil québécois offre une conception beaucoup plus large que celle relative aux droits de la personnalité en ce qu'elle comporte non seulement des éléments extrapatrimoniaux mais aussi des éléments patrimoniaux. C'est du moins ce qu'a conclu la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Aubry (1998)* en ce qui a trait au droit à l'image. Voir H. P. GLENN, «Le droit au respect à la vie privée» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879, 890; L. POTVIN, *La personne et la protection de son image — Étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 24-26; *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, 614. Voir aussi *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 913; P.A. MOLINARI, «Les nouveaux moyens de reproduction et les droits de la personnalité» (1986) 46 *Revue du Barreau* 717.

[118] Voir l'article 36 du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement le sixième paragraphe: «Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 6. Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels».

conversations téléphoniques [119], ainsi que la filature et la surveillance[120] dont le droit à l'image[121], le droit à la réputation[122] ainsi que les données à caractère personnel dont les informations personnelles concernant l'état de santé[123].

---

[119] Voir l'article 36 du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement le deuxième paragraphe: «Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 2. Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée.

[120] Voir l'article 36 du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement le quatrième paragraphe: «Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 4. Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit.

[121] Voir l'article 36 du *Code civil du Québec*, et plus particulièrment les troisième et cinquième paragraphes: «Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants: 3. Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés; 5. Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public». Cet aspect du droit au respect de la vie privé est dorénavant bien établie et s'appui sur l'arrêt *Aubry (1998)* dans lequel la *Cour Lamer (1990-2000)* a conclu que le droit à la vie privée comporte le droit d'un individu sur son image. Voir *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591. Voir généralement C. BRUYÈRE, *Le respect de la vie privée et la protection des renseignements personnels en droit privé français et québécois*, Montréal, Thèse de Maîtrise, Université de Montréal, 1994-95; L. POTVIN, *La personne et la protection de son image — Étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991; P.A. MOLINARI, «Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français» (1977) 12 *Revue juridique Thémis* 95.

[122] Dans *Aubry (1998)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* distingue le droit à la vie privée et le droit à l'honneur et à la réputation inscrit à l'article 4 de la *Charte québécoise* en précisant que, bien que la publication fautive d'une image peut à elle seule entraîner une atteinte à l'honneur et à la réputation, le droit à la vie privée peut être violé «même si l'image publiée n'a aucun caractère répréhensible et n'a aucunement porté atteinte à la réputation de la personne» (voir les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache). Dans *Le droit au respect de la vie privée (1979)*, le professeur Glenn distingue la diffamation et le droit à la vie privée de la manière suivante: «La diffamation n'a lieu, cependant, qu'en cas d'atteinte véritable à la réputation, tandis que le droit à l'anonymat est lésé de prime abord par toute diffusion de données personnelles ou d'image, sans égard à leur nature ou à leur effet sur le destinataire». Voir *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; H. P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879, 892. Voir aussi la version anglaise du même texte «The Right to Privacy in Québec Law», dans Dale Gibson (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 41, 52.

[123] Voir généralement E. BROSSEAU, Le droit au respect de la vie privée et la Loi sur les services de santé et les services sociaux, Sherbrooke, Thèse de Maîtrise, Université de Sherbrooke, 1994; P.A. COMEAU, «Les dossiers médicaux, enjeu de société» (1993) 33 *Bulletin de la Corporation professionnelle des médecins du Québec* 4; M. HÉBERT, «L'application des chartes canadienne et québécoise en droit médical» (1989) 40 *Les Cahiers de droit* 495; J.-G. FRÉCHETTE, *Accès légal aux dossiers de santé des usagers*, Rock Forest (Qc.), Association québécoise des archivistes

Cette protection offerte à l'information personnelle doit cependant être modulée en fonction des circonstances particulières examinées. L'intérêt public constitue vraisemblement le facteur atténuant le plus important. Ainsi, les attentes en matière de vie privée d'une personnalité publique seraient amoindries lorsque le droit à la vie privée s'oppose à la liberté de la presse[124]. En somme, il ne fait aucun doute, et cela avant même l'adoption de la *Charte québécoise*, que le droit civil québécois assurait une protection adéquate du droit à la vie privée[125]. De fait, la *Charte québécoise*, n'aura que consacré expressément ce qui était déjà sans pour autant ajouter quoi que ce soit au droit commun. La situation en *common law*, comme nous le verrons ci-après, est tout autre.

---

médicaux, 1993; D. SIMARD, *La Loi 65 — Protection des renseignements personnels dans le domaine de la santé*, Sherbrooke (Qc.), Thèse de Maîtrise, Université de Sherbrooke, 1987; L. DUCHARME, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984) 44 *Revue du Barreau* 955; B.M. KNOPPERS, «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1981) 12 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 395; J.-G. FRÉCHETTE, *Communication du dossier médical — Aspect juridique*, Rock Forest (Qc.), Association des archivistes médicaux, 1977.

[124] Lorsque le droit à la vie privée s'oppose à la liberté de la presse, il est nécessaire de démontrer que l'entreprise médiatique a commis une faute intentionnelle pour réussir dans une action en dommages-intérêts. Voir L.-P. GRATTON, «La liberté de presse au Québec, une liberté américaine? Étude sur le droit à la vie privée et la liberté de presse» (1997), 57 *Revue du Barreau* 913; M. MICHAUD, *Le droit de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996; R. MORISSETTE, *La presse et les tribunaux — Un mariage de raison*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.

[125] Dans *La responsabilité des dommages causés par les moyens d'information de masse (1973)*, le professeur Jean-Louis Baudouin (tel qu'il était alors)écrivait: «La violation de l'intimité est une faute civile donnant naissance à une compensation pour le préjudice moral subi. La Charte fondamentale de responsabilité civile exprimée à l'article 1053 C.C. est suffisamment large pour couvrir ces cas. [...] Le droit québécois semble reconnaître que la violation fautive du droit à l'intimité constitue un délit ou quasi-délit permettant une indemnisation en dommages-intérêts». Voir J.-L. BAUDOUIN, «La responsabilité des dommages causés par les moyens d'information de massse» (1973) 8 *Revue juridique Thémis* 201, 207.

(b) La *common law*

La *common law* se compose de l'ensemble des règles de droit dégagées et appliquées par les tribunaux. Elles s'opposent aux règles de la «statute law» découlant des sources législatives. De façon générale, la *common law* des pays du Commonwealth[126], dont le Royaume-Uni[127], le Canada[128] et l'Australie[129], ne reconnaît pas l'existence d'un droit autonome à

---

[126] Voir R. DWORKIN, «The Common Law Protection of Privacy» (1965) 2 *Tasmania University Law Review* 418.

[127] Dans *The Law of Torts (1971)*, Flemming faisait le constat suivant: «The right of privacy has not so far, at least under that name, received explicit recognition by British courts. For one thing, the traditional technique in tort law has been to formulate liability in terms of reprehensible conduct rather than of specified interests entitled to protection against harmful invasion. For another, our courts have been content to grope forward cautiously along the grooves of established legal concepts, like nuisance and libel, rather than make a bold commitment to an entirely new head of liability». Voir J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, 4e éd, Sydney, Law Book Company, 1971, 526-527.

[128] Dans l'arrêt *Re Copeland and Adamson (1972)*, un tribunal d'instance inférieure a expressément nié l'existence du droit à la vie privée en droit canadien: «At common law a person apparently had no legally enforceable right to the privacy of his conversation even if it be held on the telephone [...] Other than the Statute of British Columbia above referred to, no other common law province of Canada provides a right to privacy per se or a remedy for breach thereof» (accentuation ajoutée). Voir *Re Copeland and Adamson*, (1972), 7 C.C.C. (2d) 393, 401-402. Voir généralement J.D.R. CRAIG, «Invasion of Privacy and Charter Values — The Common Law Tort Awakens» (1997) 42 *Revue de droit de McGill* 355; M. RANKIN, «Privacy and Technology — A Canadian Perspective» (1984) 22 *Alberta Law Review* 323; H. STREET, «Privacy and the Law» (1977) *Queen's Quarterly* 318; P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1; A. JODOUIN, «Le secret de la vie privée en droit pénal canadien» (1974) 5 *Revue générale de droit* 43; K. SWANTON, «Protection of Privacy» (1974) 48 *Alberta Law Journal* 91; WILLIAMS, «The Right of Privacy» (1973) *Alberta Law Review* 1; R.W. COSMAN, «A Man's House is His castle — Beep : A Civil Law Remedy for the Invasions of Privacy» (1971) 29 *University of Toronto Faculty of Law Review* 3; D.A. CORNFIELD, «The Right to Privacy in Canada» (1967) 25 *University of Toronto Faculty of Law Review* 103.

[129] Dans *Victoria Park Racing (1937)*, 58 C.L.R. 479, 496 (H.C.), le juge en chef de l'Australie affirmait ce qui suit: «However desirable some limitation upon invasions of privacy might be, no authority was cited which shows that any general right to privacy exists». Voir *Victoria Park Racing and Recreation Grounds Co. c. Taylor et al.* (1937), 58 C.L.R. 479, 496 (H.C.). Voir aussi S.M. SKALA, «Is There A Legal Right to Privacy?» (1977-78) 10 *Queenland Law Journal* 127.

la vie privée. La violation du droit à la vie privée n'est donc pas, en l'absence de dispositions énonciatrices spécifiques, un «tort» susceptible de reconnaissance judiciaire. L'approche de la *common law* en est une de remèdes particuliers à des intrusions spécifiques. Il n'y aurait que certains intérêts de la vie privée qui seraient protégés par des modes d'action classiques du régime de droit commun[130]. Selon le professeur Burns, malgré la sensibilisation des tribunaux aux intérêts de la vie privée, il semble que le droit prétorien n'ait pas suffi à protéger le droit à la vie privée puisqu'ils ont, de façon générale, refusé d'étendre la portée du droit à la vie privée en l'absence d'une volonté claire du législateur[131].

Une intervention législative était donc requise afin de pallier les insuffisances du régime de droit commun. Certaines législatures provinciales ont tenté de pallier l'absence d'un droit à la vie privée en édictant des lois le consacrant expressément. En général ces lois créent un «tort» sanctionnable sans que le plaignant n'ait à établir une preuve de dommage. Après une dizaine d'années d'application — constatant l'excessive retenue des tribunaux

---

[130] Le professeur Burns énumère une série de «torts» susceptibles de couvrir un aspect de la vie privée: «tresspass to land», «tresspass to chattels», «tresspass to the person», «nuisance», «defamation», «injurious falsehood», «wilful infliction of nervous suffering», «the law of contract», «passing-off and appropriation of personality» et «breach of confidence». Voir P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1.

[131] Dans *The Law of Privacy — The Canadian Experience (1976)*, le professeur Burns faisait le constat suivant: «But these trends in no way lead to the conclusion that a general right to privacy is emerging in Canada and the Commonwealth. These developments are discrete instances of particular privacy interests being protected by the umbrella of existent causes of action. There is little chance for a body of coherent "categories" being developed under the separate cause of action of "invasion of privacy". For this development to take place we must continue to look to the legislative process». Voir P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1, 40.

canadiens —, le professeur Burns n'a pu que reconnaître l'inefficacité de ces lois qui visaient à protéger le droit au respect de la vie privée[132].

Bien que partageant les mêmes origines, la *common law* américaine a évolué dans une direction diamétralement opposée. Le développement du droit à la vie privée s'est fait plus rapidement aux États-Unis que dans les autres juridictions de *common law*. Plusieurs commentateurs accordent la paternité de cette articulation du droit au respect de la vie privée dans la *common law* américaine à l'article intitulé *The Right of Privacy (1890)* de Warren et Brandeis dans lequel ils ont affirmé que le droit à la vie privée n'était pas une excroissance d'autres droits mais un droit autonome. Un an plus tard, la Cour suprême de l'État de New York donna son aval à cette proposition de Warren et Brandeis[133]. La Cour d'appel rejettera toutefois, en 1902, l'existence d'un droit autonome à la vie privée[134]. Depuis cette date, donc au début du siècle, la plupart des États américains ont reconnu, soit par leur jurisprudence, soit par des mesures législatives, le droit à la vie privée.

---

[132] P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1, 33.

[133] Voir *Schuyler c. Curtis*, 15 N.Y. Suppl. 787 (1891) (la Cour accorda une injonction interisant qu'on élève une statue à une personne décédée).

[134] Voir *Robertson c. Rochester Folding Box* (1902), 64 N.E. 442. Dans son ouvrage intitulé *La protection des conversations en droit privé, étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, le professeur Patenaude relate la réaction à la suite de cette décision. L'un des juges de la majorité a même jugé utile de défendre les motifs de la Cour dans une revue juridique universitaire. À la suite de cette cohue doctrinale, l'État de New York a adopté une législation créant un droit à la vie privée. Voir P. PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé, étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, Paris, L.G.D.J., 1976. Voir aussi L. BRITTAN, «The Right of Privacy in England and the United States» (1962-63) 37 *Tulane Law Review* 235.

Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette divergence entre la *common law* anglaise et la *common law* américaine. D'abord, dans la tradition parlementaire britannique, la subordination des tribunaux au Parlement, consacrée par «the rule of law», est un dogme profondément ancré. En second lieu, l'autorité du précédent est beaucoup plus faible aux États-Unis qu'en Angleterre[135]. Ensuite, la situation sociale diffère substantiellement en ce que l'homogénéité est plus forte dans les Îles Britanniques que sur le continent nord-américain[136]. Enfin, l'existence, aux États-Unis d'un texte constitutionnel aura

---

[135] Alors que l'influence des écrits doctrinaux sur les tribunaux britannique a toujours été faible, les tribunaux américains ont toujours accordé une grande valeur à la doctrine. L'approche et le raisonnement «casuiste» traditionnels de la *common law* font que les avocats et les juges sont réfractaires aux énoncés généraux et à la doctrine. Cette tendance était tellement forte que les avocats ne pouvaient citer devant un tribunal des oeuvres d'un juriste vivant. Dans *Privacy (1960)*, le doyen Prosser faisait les commentaires suivants au sujet de l'influence qu'a eu l'article de Warren et Brandeis: «It has come to be regarded as the ouststanding example of the influence of legal periodicals upon American Law». Dans *La protection des conversations en droit privé (1976)*, le professeur Patenaude de l'Université de Sherbrooke affirme ce qui suit: «La consécration, par les tribunaux américains, de ce droit fut d'ailleurs une illustration éclatante de l'influence marquante de la doctrine sur les juges de ce pays [note supprimée]; à l'opposé, se trouve la situation existant en Grande-Bretagne et au Canada où le refus, par les tribunaux, de reconnaître une existence autonome à ce droit confirme le peu d'autorité des études juridiques fondamentales sur les magistrats [note supprimée]». Voir *Ion's Case* (1815) 2 Denn. C.C. 475, 488, cité par P. PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé — Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, Paris, L.G.D.J., 1976, 55, 63; W.L. PROSSER, «Privacy» (1960) 48 *California Law Review* 383, 384.

[136] Commentant cette reconnaissance constitutionnelle du droit à la vie privée aux États-Unis, le professeur Patenaude de l'Université de Sherbrooke affirmait ce qui suit: «Le premier facteur et, peut-être le plus important, est l'existence, aux États-Unis d'une reconnaissance constitutionnelle de valeurs jugées essentielles à l'épanouissement du citoyen. Cette consécration explicite de certaines valeurs comme fondamentales à la vie américaine pousse les tribunaux à leur accorder non seulement une protection contre les agissements des autorités [note supprimée] mais encore dans les relations entre particuliers». Voir P. PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé — Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, Paris, L.G.D.J., 1976, 61-62. Voir aussi T.L. YANG, «Privacy — A Comparative Study of English and American Law» (1966) 15 *International and Comparative Law Quarterly* 175.

une profonde influence sur l'interprétation du droit à la vie privée[137]. En somme, alors que le régime de droit civil du Québec a su s'adapter aux changements technologiques qui soulevaient le droit à la vie privée, le régime de *common law* canadien, contrairement en cela au régime de *common law* en droit américain, n'a pas réussi à garantir le droit à la vie privée puisque les tribunaux ont, de façon générale, refusé d'étendre la portée du droit à la vie privée en l'absence d'une volonté claire du législateur.

2.2. Le droit à la vie privée en droit public

Certaines lois du Parlement et de l'Assemblée nationale du Québec, bien que non constitutionnalisées, jouissent d'un statut particulier en ce sens qu'elles ont été placées au-dessus de l'ensemble des textes législatifs[138]. Elles peuvent l'être parce que le législateur l'a déclaré expressément ou parce qu'il

---

[137] Dans *La protection des conversations en droit privé (1976)*, le professeur Patenaude de l'Université de Sherbrooke faisait cette constatation: «En effet, l'homogénéité sociale est plus forte sur les Iles Britanniques que sur le continent nord-américain. Petit pays avec une population homogène, un système de classes sociales, une éducation élitiste, l'Angleterre a produit une démocratie respectueuse de l'individualité et de la propriété; elle demeure ouverte au non conformisme, ce qui permet l'expression de la dissidence sans soulever des réactions violentes. Or, c'est dans un climat de différenciation et de non-respect de l'originalité que l'intimité est essentielle. [...] Aux États-Unis, non seulement l'immigration massive a-t-elle créé une société très hétérogène, mais de fortes pressions jouent pour une limitation du droit à la vie privée en faveur d'une politique d'égalitarisation sociale et d'activisme politique. Voir P. PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé — Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, Paris, L.G.D.J., 1976 , 64-65.

[138] Dans *Interprétation des lois (1990)*, Pierre-André Côté circonscrivait ainsi la notion de loi fondamentale: «Certains textes législatifs, bien que ne faisant pas partie de la constitution au sens formel, n'en ont pas moins été placés, par le législateur ou par le juge [note supprimée], au-dessus de l'ensemble des autres textes législatifs». Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990, 351.

en découle de la nature même du texte législatif[139]. Parfois qualifiées de lois «quasiconstitutionnelles»[140], la principale caractéristique de ces lois est qu'elles commandent une interprétation particulière. L'appellation «lois fondamentales» nous semblerait toutefois mieux indiquée pour désigner les lois fondamentales puisque l'expression «lois quasiconstitutionnelles» peut laisser entendre qu'elles sont d'origine supralégislative et que les règles d'interprétation de la *Charte canadienne* s'appliquent *mutatis mutandis* aux lois fondamentales. Nous examinerons, avec un regard critique, cette proposition que nous qualifions de *sophisme de la quasi-constitutionnalité des lois fondamentales* qui veut que les lois fondamentales puisent aux mêmes sources que la *Charte canadienne* (*a.*), pour ensuite considérer succinctement les normes édictées par les lois fondamentales canadienne et québécoise (*b.*).

---

[139] Les lois et les codes provinciaux concernant les droits de la personne constituent des exemples de textes législatifs de cette catégorie. Cette conclusion est surprenante au premier abord puisqu'aucune de ces lois, qu'on a qualifiées de «lois quasiconstitutionnelles», ne comportaient une disposition spécifique visant à assurer leur primauté sur d'autres lois alors que la *Déclaration canadienne des droits,* aussi qualifiée de «loi quasiconstitutionnelle», était assortie d'une clause expresse de dérogation qui consacrait sa supériorité sur toute autre loi ordinaire. Voir A. MOREL, «La coexistence des chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 49, 58.

[140] L'expression quasiconstitutionnelle a été utilisée pour la première fois, à notre connaissance, par le juge Laskin dans l'arrêt *Hogan (1975)* au sujet de la *Déclaration canadienne des droits*. Ainsi s'exprimait-il à ce sujet: «La *Déclaration canadienne des droits* est à mi-chemin entre le système fondé uniquement sur la *Common Law* et un système constitutionnel; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel». Le juge en chef Laskin reprendra cette expression dans l'arrêt *Miller (1977)*. Elle sera reprise par le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique (C.-B.) (1991)* et dans l'arrêt *Battlefords (1996)*. Le juge Gonthier emploiera aussi l'expression quasi constitutionnelle dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques,* mais c'est le juge L'Heureux-Dubé qui utilisera le plus souvent cette expression. Voir *Hogan* c. *R.* (1974), [1975] 2 R.C.S. 574, 597; *Miller* c. *R.*(1976), [1977] 2 R.C.S. 680, 690; *Renvoi relatif au régime d'assistance publique (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 563 et dans l'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd.* c. *Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566. Voir aussi *Dickason* c. *Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1154; *Canada (P.G.)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 611-612; *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 974; *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 371, 402.

(a) Le sophisme de la quasi-constitutionnalité des lois fondamentales

Dans l'arrêt *Ford (1988)*[141], la *Cour Dickson (1984-1990)* indiquait que l'article 9.1 de la *Charte québécoise*[142] était une disposition justificative analogue à l'article premier de la *Charte canadienne* et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. L'interprétation qu'une certaine doctrine a faite de cette décision de la *Cour Dickson (1984-1990)* est à l'origine de ce que nous qualifions de sophisme de la quasi-constitutionnalité des lois fondamentales en ce sens que les règles d'interprétation de la *Charte canadienne* s'appliqueraient *mutatis mutandis* à la *Charte québécoise* et aux autres lois fondamentales.

Nous ne croyons pas que les décisions que la Cour suprême du Canada a rendues au sujet de la *Charte canadienne* puissent nous permettre d'appliquer *mutatis mutandis* à la *Charte québécoise,* et aux lois en matière des droits de la personne, la jurisprudence afférente à la *Charte canadienne* sans tenir compte de l'objet, de la nature et du domaine d'application du texte

---

[141] *Ford* c. *Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 769-770. Voir aussi *Godbout* c. *Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 855 (j. Major)

[142] Le caractère «spécial» de la *Charte québécoise* a été subséquemment réitéré dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques (1996)* par les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier. Tant le juge L'Heureux-Dubé que le juge Gonthier placent la *Charte québécoise* sur le même pied que les autres lois provinciales des droits de la personne. Pourtant, comme le souligne si justement le professeur Morel, la *Charte québécoise*, de par son objet considérablement plus vaste que celui des lois qui visent la suppression de la discrimination, mériterait sans doute un traitement encore plus particulier. Voir *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Voir aussi A. MOREL, «La coexistence des chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 49, 60.

législatif[143]. Deux motifs fondamentaux étayent notre proposition : le premier tient compte de la méthode interprétative alors que le second reconnaît la nature formelle de la *Charte canadienne*.

Premièrement, les règles d'interprétation d'un texte constitutionnel et les règles d'interprétation d'un texte législatif diffèrent substantiellement. Alors que les lois d'interprétation[144] reçoivent une application dans le cadre de l'analyse d'une loi fondamentale, elles ne lient pas les tribunaux lorsqu'ils interprètent la *Charte canadienne*[145]; les règles ordinaires d'interprétation des lois s'appliquent aux lois fondamentales. L'interprète d'une loi fondamentale doit considérer avec attention les dispositions et l'économie de la loi examinée. L'arrangement des dispositions de la loi les unes par rapport aux autres, leur regroupement en diverses catégories et la présence de certaines garanties spécifiques contribuent à définir et à interpréter ces lois. De plus, l'interprète d'une loi fondamentale doit rechercher à donner pleinement effet à l'intention du législateur alors que dans le cas d'un texte constitutionnel, cette intention n'a qu'une valeur relative laissée à l'appréciation des juges chargés de l'examiner[146]. Dans l'arrêt *Mossop (1993)*, le juge L'Heureux-Dubé reconnaissait

---

[143] La première constatation qui s'impose est le caractère limité d'application de la *Charte québécoise*. La *Charte québécoise* n'est applicable qu'aux matières qui relèvent de la compétence exclusive de l'Assemblée nationale du Québec.

[144] Voir *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-2; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

[145] Voir *Law Society* c. *Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Dans cet arrêt, la Cour suprême a indiqué que ni la *Loi d'interprétation* fédérale ni les lois d'interprétation provinciales ne s'appliquent à la *Charte canadienne*.

[146] L'un des moyens privilégiés de déterminer l'intention du législateur est de considérer les éléments extrinsèques au texte examiné. Or il est utile de se rappeler, pour les fins de cette discussion, que la Cour suprême a généralement indiqué que les éléments extrinsèques doivent être considérés mais qu'ils n'ont qu'une force probante relative laissée à l'appréciation des juges

«qu'il existe de toute évidence des différences entre les documents constitutionnels et quasi constitutionnels»[147].

Deuxièmement, la *Charte canadienne*, de par sa nature, commande une interprétation qui ne saurait être assimilée à celle d'une simple loi, fût-elle fondamentale. Bien que la Cour suprême ait indiqué que les lois relatives aux droits de la personne bénéficient d'un statut particulier, elle n'a jamais cautionné l'idée que les règles d'interprétation de la *Charte canadienne* s'appliquent *mutatis mutandis* à l'interprétation des lois fondamentales. C'est dans l'arrêt *Heerspink (1982)*[148], que le juge Lamer situait le *Human Rights Code of British Columbia* et implicitement toutes les autres lois qui tendent à promouvoir et à protéger les droits fondamentaux à un niveau supérieur des autres normes législatives.

---

chargés de les examiner. Voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (B.-C.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

[147] Ainsi s'exprimait-elle: «Bref, bien que l'on doive tenir compte des mécanismes d'interprétation traditionnels, ces mécanismes doivent être appliqués dans le contexte d'une interprétation large et fondée sur l'objet». Plus loin, elle affirmait: «Je conviens bien sûr que le texte de la disposition définit le cadre de l'exercice d'interprétation. Toutefois, étant donné que le texte d'une disposition donnée est presque toujours susceptible de plusieurs interprétations, une analyse purement textuelle permet rarement d'en cerner le sens avec une précision suffisante». Voir *Canada (P.G.)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 613-614, 637.

[148] Dans l'arrêt *Heerspink (1982)*, le juge Lamer (tel qu'il était alors) établissait ce principe judiciaire en ces termes: «Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des droits des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence, à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans une autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit. [...] En réalité, si le *Human Rights Code* entre en conflit avec «des lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe qu'elle loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale». Voir *Insurance Corp. of British Columbia* c. *Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, 157-158.

Cette opinion du juge Lamer, qui veut que les lois relatives aux droits de la personne constituent des lois fondamentales qui commandent une interprétation particulière, sera reprise par la majorité de ses collègues en 1985 dans les arrêts *Craton (1985)*[149], *O'Malley (1985)*[150] et *Bhinder (1985)*[151] qui enfanteront ce que le juge en chef Dickson a qualifié, dans l'arrêt *Taylor (1990)*[152], de «principe bien établi» par la Cour suprême.

Bien que ces lois sur les «droits de la personne» se différencient de toutes les autres à cause de leur nature et de leur objet[153] — elles sont certes d'une

---

[149] Dans l'arrêt *Winnipeg School (1985)*, le juge McIntyre précisait en ces termes qu'une loi fondamentale n'est pas identique à une loi constitutionnelle: «Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions générales. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle peut être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions». Voir *Winnipeg School Division n° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156.

[150] Dans l'arrêt *O'Malley (1985)*, le juge McIntyre réaffirmait cette conception en ces termes: «Nous y trouvons un énoncé de politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer. Ce n'est pas à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un Code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (note supprimée), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechecher l'objet et de le mettre en application». Voir *Ontario (C.D.P.) et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 546-547

[151] *Bhinder c. C.N.*, [1985] 2 R.C.S. 561, 569 (j.c. Dickson). Voir aussi *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177 (j.c. Dickson); *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 236 (j. Estey).

[152] *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, 927 (j.c. Dickson).

[153] Voir *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566 (j. Sopinka); *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, 927 (j.c. Dickson); *Ontario (C.D.P.) et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 (j. McIntyre). Dans *La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction (1986)*, le professeur Morel affirmait ce qui

nature spéciale[154], particulière[155] et exceptionnelle[156] en ce qu'elles reflètent et expriment des objectifs fondamentaux de notre société[157] —, d'un point de vue formel cependant, «elles ne sont pas de nature constitutionnelle» en ce sens que ce n'est pas une loi qui «ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature»[158]. Cette nature spéciale fait en sorte que l'on doive interpréter ces lois de manière à promouvoir les considérations de politiques générales qui la sous-tendent, c'est-à-dire de «façon juste, large et libérale»[159] afin d'assurer la réalisation de leur objet[160].

---

suit: «Mais si ces lois [les lois sur les droits de la personne] se différencient des lois ordinaires, ce n'est pas seulement à cause de leur nature spéciale, mais aussi à cause de leur objet spécial. Cet objet, il peut être plus ou moins large selon le contenu qu'on aura donné à la loi». Voir A. MOREL, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 49.

[154] Voir *Ontario (C. D. P.) et O'Malley* c. *Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 (j. McIntyre); *Bhinder* c. *C.N.*, [1985] 2 R.C.S. 561, 569 (j.c. Dickson).

[155] L'expression «nature particulière», employée par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Gould (1996)*, met en exergue l'axiome sur lequel la Cour suprême du Canada fonde sa méthode d'interprétation des lois sur les droits de la personne. Voir *Gould* c. *Yukon Order of Pioneer*, [1996] 1 R.C.S. 571, 635.

[156] Dans l'arrêt *Berg (1993)*, bien que la majorité des juges utilisent l'expression «spéciale» pour qualifier la nature des lois sur les droits de la personne, le juge en chef Lamer parle, dans cet arrêt, de la nature exceptionnelle de ces lois. Voir *Université de la Colombie-Britannique* c. *Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, 370.

[157] Voir *Robichaud* c. *Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, 89-90 (j. La Forest).

[158] Voir *Winnipeg School Division n° 1* c. *Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156 (j. McIntyre).

[159] Dans *Robichaud (1987)*, le juge La Forest indiquait: «Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enchâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société». Dans l'arrêt *C.N. (1987)*, le juge en chef Dickson soulignait la nécessité de reconnaître et de donner pleinement effet aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon la plus juste, large et libérale, la plus propice à assurer la réalisation de leurs objets. Voir *Robichaud* c. *Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, 89-90; *C.N.* c. *Canada (C.D.P.)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1137.

[160] Voir *Canada (P.G.)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 611-612 (j. L'Heureux-Dubé).

On doit leur conférer la préséance sur tout autre texte législatif[161]. Un corollaire logique à cette analyse en fonction de l'objet, est «qu'elle exclut notamment l'analyse strictement grammaticale»[162] et, nous dit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Zurich Insurance (1992)*[163], «[...] il faut interpréter restrictivement les exceptions (accentuation dans l'original) contenues dans la législation»[164]. Seule une déclaration législative expresse pourra permettre de s'en écarter[165]. Cette importance accordée aux lois sur les droits de la personne viserait à poursuivre l'objectif de rendre la société plus juste et plus tolérante[166] puisqu'elles «constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée»[167].

---

[161] Voir *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 974 (j. L'Heureux-Dubé).

[162] Voir *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, 636 (j. L'Heureux-Dubé).

[163] *Voir Zurich Insurance Co. c. Ontario (C.D.P.)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 359 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi *Renvoi relatif au régime d'assistance publique (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 563 (j. Sopinka); *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1219, 1244-1245 (j.c. Dickson); *Ontario (C.D.P.) c. Etobicoke (Municipalité)*, [1982] 1 R.C.S. 202, 208 (j. McIntyre); *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 307 (j. Beetz).

[164] Dans l'arrêt *N.A.P.E. (1996)*, le juge Major affirmait que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation large lorsqu'il s'agit de protéger contre la discrimination et restrictive lorsqu'il s'agit de restreindre cette protection. Voir *N.A.P.E. c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, 16.

[165] Voir *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 236 (j. Estey).

[166] Voir *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1154 (j. L'Heureux-Dubé).

[167] Dans *Zurich Insurance (1992)*, le juge Sopinka affirmait qu'une: «[...] des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter *restrictivement*». Voir *Zurich Insurance Co. c. Ontario (C.D.P.)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 339.

En somme, les «principes bien établis» de la Cour suprême du Canada relativement aux lois en matière de droits de la personne sont les suivants. D'abord, à l'instar des textes constitutionnels et considérant leur nature et leur objet spéciaux, la Cour reconnaît que ces lois doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale. Ensuite, contrairement en cela aux textes constitutionnels, l'interprétation des tribunaux doit s'appuyer rationnellement sur le texte de la disposition particulière examinée[168].

(*b*) Les normes édictées par les lois fondamentales canadienne et québécoise

Les lois fondamentales susceptibles de protéger le droit à la vie privée sont les suivantes: au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* (*1.*) et, au fédéral, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (2.) et la *Déclaration canadienne des droits* (*3.*).

1. La *Charte des droits et libertés de la personne*

Parmi toutes les lois fondamentales fédérales et provinciales, la *Charte des droits et libertés de la personne (la Charte québécoise)*[169] occupe

---

[168] C'est les propos que tenait le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Gould (1996)*. Elle affirmait ce qui suit: «D'une part, il faut que l'interprétation soit large et libérale de manière à promouvoir l'objet global de la loi. D'autre part, elle doit s'appuyer rationnellement sur le texte de la disposition particulière et sur les autres preuves admissibles de l'intention du législateur». Voir *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, 637 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, (n° 26583) (3 mai 2000).

[169] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Voir généralement: J-Y. MORIN, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 25; G.-A. BEAUDOIN, «De la suprématie de la Charte canadienne

vraisemblablement un espace privilégié dans l'ordre juridique canadien pour deux raisons. D'abord, en édictant l'article 52, le législateur québécois a placé la *Charte québécoise* à un niveau hiérarchique supérieur à celui des autres lois de même nature. Contrairement à certaines autres lois visant la protection des droits et libertés fondamentaux, la *Charte québécoise* contient une clause expresse de préséance. Ensuite, comme la *Charte québécoise* a un objet considérablement plus ample et plus vaste (elle vise à assurer «le respect de la dignité de l'être humain» par la reconnaissance et la protection de droits et libertés) que celui des lois visant la suppression de la discrimination, il ressort qu'elle devrait être l'objet d'un traitement encore plus particulier que les autres lois ou codes provinciaux portant sur les droits de la personne[170].

Comme nous avons déjà examiné les dispositions de la *Charte québécoise* relatives à la protection du droit au respect de la vie privée dans

---

des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans G.A. BEAUDOIN et D. TURP (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 23; G. RÉMILLARD, «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», dans G.A. BEAUDOIN et D. TURP (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 205; A.-F. BISSON, «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 19; A. MOREL, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise — Problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 49; H. P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 *Revue du Barreau* 881, 903; H. BRUN, «La Charte des droits et libertés de la personne — Domaine d'application» (1977) 37 *Revue du Barreau* 179.

[170] Dans *La coexistence des Chartes canadienne et québécoise — Problèmes d'interaction (1986)*, le professeur Morel de l'Université de Montréal écrivait ce qui suit: «Elle [la *Charte québécoise*] n'est pas seulement d'une nature spéciale, parce qu'elle est "une loi d'application générale d'intérêt public". Elle est une loi de nature quasi constitutionnelle, à l'égal de la *Déclaration canadienne*». Voir A. MOREL, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise — Problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 61.

la partie traitant du droit civil québécois, il serait superfétatoire de reprendre ici les principes que nous y avons formulés dans le cadre de cette analyse. Qu'il suffise toutefois de mentionner qu'il existerait une différence entre les attentes raisonnables en matière de vie privée d'un individu dans ses rapports avec l'État, et ses attentes raisonnables en matière de vie privée dans ses rapports avec de simples citoyens. Le droit à la vie privée peut avoir une portée différente en droit privé; son interprétation en droit public sera généralement beaucoup plus étendue[171]. Or comme la *Charte canadienne* offre, relativement au domaine public, une plus grande protection à la vie privée que la *Charte québécoise*[172], la prétendue victime d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée n'a aucun intérêt à fonder son recours exclusivement sur la *Charte québécoise*.

2. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*

Adoptée lors de la session parlementaire de 1976-1977, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[173] «[...] a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure où ceci est compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à

---

[171] Voir à ce sujet les commentaires du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Aubry* c. *Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

[172] En plus d'avoir reçu une interprétation limitée, les dispositions de la *Charte québécoise* ne s'appliquent qu'aux domaines de compétence qui relèvent de la compétence exclusive de l'Assemblée nationale du Québec. De plus, étant une simple loi, les droits et libertés qui y sont édictés ne sauraient avoir la même portée et la même étendue. L'intérêt d'invoquer la *Charte québécoise* réside essentiellement dans son application en droit privé.

[173] Voir *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de la personne graciée ou la déficience». En un sens, la totalité des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* serait susceptible d'apporter une protection à certains intérêts de la vie privée puisque la discrimination et le harcèlement enfreignent indubitablement le droit à la vie privée. Toutefois, l'absence d'une énonciation spécifique d'un droit général à la vie privée — comme à l'article 5 de la *Charte québécoise* — rend, à toutes fins utiles, illusoire le recours d'une prétendue victime d'une atteinte à son droit à la vie privée fondé sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De plus, sur le plan pratique, le recours à cette loi serait de peu d'intérêt compte tenu de la possibilité d'avoir recours, dans tous les cas où un agent de l'État est impliqué, au recours prévu à la *Charte canadienne*. Il est utile cependant de rappeler que les premières dispositions fédérales visant à assurer la protection des informations personnelles avaient été incorporées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ces dispositions ont toutefois été abrogées au moment de l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*[174].

3. La *Déclaration canadienne des droits*

Sanctionnée le 10 août 1960, la *Déclaration canadienne des droits* (ci-après appelée la *Déclaration canadienne*) a été la première loi canadienne

[174] Voir *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.C. 1976-77, c. 33. Les articles 49 à 62, lesquels visaient la protection des informations personnelles, ont été abrogés par L.C. 1980-81-82-83, c. 111, art. 5.

«ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[175]. Loi du Parlement, son domaine d'application est restreint aux matières qui relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. L'ensemble des droits et libertés reconnus par l'article premier[176] apporte une protection aux intérêts relatifs au droit à la vie privée. En plus d'énoncer les droits et les libertés fondamentales, la *Déclaration canadienne* assujettissait les lois et les règlements fédéraux à un examen de conformité[177].

---

[175] *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III. Voir aussi *Règlement relatif à l'examen fait conformément à la Déclaration canadienne des droits*, C.R.C. 1978, c. 394 [mod. par DORS/85-782 et par DORS/86-41]. Voir généralement B. HOVIUS, «The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter» (1982-83) 28 *Revue de droit de McGill* 3; W.S. TARNOPOLSKY, «The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1981) 44 *Law and Contemporary Problems* 169; B. GRENIER, *La Déclaration canadienne des droits — Une loi bien ordinaire?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979; W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Right*, 2e éd., Toronto, McClelland & Stewart, 1975; H. BRUN, «De Drybones à Lavell à Canard — Les joies du tango judiciaire» (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 795; L.-P. PIGEON, «The Bill of Rights and the British North America Act» (1959) 37 *Revue du Barreau canadien* 66; B. LASKIN, «An Inquiry Into the Diefenbaker Bill of Rights» (1959) 37 *Revue du Barreau canadien* 77.

[176] L'article premier de la *Déclaration canadienne* se lit ainsi: «Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe: a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi; b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; c) la liberté de religion; d) la liberté de parole; e) la liberté de réunion et d'association, et f) la liberté de la presse. Plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada ont été rendus pour interpréter ces droits et libertés fondamentaux reconnus par l'article premier. Voir généralement *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461 *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Bliss c. Canada (P.G.)* (1978), [1979] 1 R.C.S. 183; *CKOY Ltd. c. R.* (1978), [1979] 1 R.C.S. 2; *Miller c. R.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 680; *Canada (P.G.) c. Canard* (1975), [1976] 1 R.C.S. 170; *R. c. Burnshine* (1974), [1975] 1 R.C.S. 693; *Canada (P.G.) c. Lavell; Isaac c. Bédard* (1973), [1974] R.C.S. 1349; *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889; *Smythe c. R.*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Drybones* (1969), [1970] R.C.S. 282; *Robertson et Rosetanni c. R.*, [1963] R.C.S. 651; *Rebrin c. Bird* et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1961] R.C.S. 376; *Louie Yuet c. Sun* (1960), [1961] R.C.S. 70.

[177] L'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* stipule que «[t]oute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la

Malgré une disposition claire qui permettait l'examen judiciaire de la conformité des lois émanant du Parlement, les tribunaux ont généralement adopté une attitude réductrice[178] en interprétant la *Déclaration canadienne*. Il faudra attendre l'arrêt *Drybones (1969)*[179] pour que la *Cour Cartwright (1967-1970)* déclare, pour la première fois, l'inopérance d'une disposition législative. Toutefois, deux ans plus tard, dans l'arrêt *Curr (1972)*[180], où il s'agissait d'interpréter le concept d'application régulière de la loi («due process of law»)

Déclaration canadienne des droits, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...]» (suit alors une énumération de garanties, par. a) à g). L'article 3 stipule que le ministre de la Justice doit examiner tout règlement transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement ainsi que tout projet de loi soumis par un ministre fédéral en vue de rechercher si leurs dispositions sont conformes avec les principes énoncés à la *Déclaration canadienne*.

[178] La Cour suprême a affirmé très tôt que l'article premier de la la *Déclaration canadienne*, qui énonce les droits et libertés, n'avait qu'une portée procédurale. Voir *Miller* c. *R.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 680; *Louie Yuet Sun* c. *R.* (1960), [1961] R.C.S. 70; *Rebrin* c. *Bird et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1961] R.C.S. 376.

[179] *R.* c. *Drybones* (1969), [1970] R.C.S. 282. L'alinéa 94(b) de la *Loi sur les indiens* — suivant lequel un Indien qui était ivre hors d'une réserve, même dans un lieu privé, pouvait être condamné pour une infraction punissable d'un amende ou d'une peine d'emprisonnement — a été jugé contraire à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne*, lequel consacrait «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi». S'exprimant pour la majorité (jj. Fauteux, Martland, Judson, Ritchie, Hall et Spence), le juge Ritchie a interprété l'article 2 de la *Déclaration canadienne* de la manière suivante: «Il me semble qu'il faut donner à ces mots un sens plus réaliste; à mon avis, ils indiquent très clairement que l'art. 2 veut dire, et signifie effectivement que, si une loi du Canada ne peut être «raisonnablement interprétée et appliquée» sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la *Déclaration*, une telle loi est inopérante «à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*». Le juge en chef Cartwright et les juges Abbott et Pigeon étaient dissidents. Bien que rédigeant des motifs séparés, ils partagent l'opinion que par l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le Parlement n'a pas eu l'intention de conférer aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérantes les dispositions d'une loi du Canada incompatibles avec la *Déclaration canadienne;* l'article 2 de la *Déclaration canadienne* ne serait qu'une règle d'interprétation.

[180] *Curr* c. *R.*, [1972] R.C.S. 889.

que l'on retrouve à l'alinéa 1a), la *Cour Fauteux (1970-1973)* a invoqué le caractère non constitutionnel de la *Déclaration canadienne* pour justifier les hésitations des tribunaux à déclarer inconstitutionnelles des lois validement adoptées par le Parlement. Le juge Laskin, s'exprimant pour la majorité, a rappelé la nécessité d'aborder les termes de la *Déclaration canadienne* avec beaucoup de prudence[181]. Dans l'arrêt *Lavell (1973)*[182], la *Cour Laskin (1973-1984)* a fait preuve de la même réserve en maintenant la validité de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait qu'une Indienne qui épousait un non-Indien perdait ses droits d'Indienne et ne pouvait vivre sur une réserve, alors qu'un Indien qui agissait de la sorte conservait ses droits. Dans l'arrêt *Canard (1975)*[183], la majorité des juges a adopté une approche analogue en concluant

---

[181] Ainsi s'exprimait le juge Laskin: «[...] il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la Constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée 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* (désormais la *Loi constitutionnelle de 1867*). Plus loin, il affirmait la nécessité d'aborder la *Déclaration canadienne* avec prudence: «C'est avec une extrême prudence qu'il faut aborder les termes généraux de l'alinéa 1a) lorsqu'il s'agit de les appliquer pour annuler des dispositions législatives de fond validement adoptées par un [P]arlement dans lequel des représentants élus par le peuple jouent un rôle primordial». Voir *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889, 899-900, 902.

[182] *Canada (P.G.) c. Lavell; Isaac c. Bédard* (1973), [1974] R.C.S. 1349. Le juge en chef Fauteux et les juges Martland, Judson et Richie, auxquels le juge Pigeon a joint sa voix, formaient la majorité. Les juges Abbott, Hall, Spence et Laskin étaient dissidents. S'exprimant pour une majorité de quatre juges, le juge Ritchie a souligné que la *Déclaration canadienne des droits* devait s'interpréter en fonction de la Constitution de 1867, et plus précisémment du paragraphe 91(24) selon lequel «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» relève de la compétence exclusive du Parlement. Or suggérer que les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* ont pour effet, poursuit-il, de rendre la *Loi sur les Indiens* inopérante équivaudrait à affirmer que la *Déclaration canadienne des droits* a soustrait de l'autorité du Parlement, la compétence relative aux Indiens.

[183] *Canada (P.G.) c. Canard* (1975), [1976] 1 R.C.S. 170.

que l'intention du Parlement en adoptant la *Déclaration canadienne* ne pouvait être celle de modifier substantiellement les rapports juridiques traditionnels.

L'une des questions qui s'est posée en interprétant la *Charte canadienne* a été celle de savoir si l'interpétation antérieure des droits et libertés reconnus par la *Déclaration canadienne* liait la Cour suprême lorsqu'elle examinait l'objet des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Oakes (1986)*[184], le juge en chef Dickson a répondu à cette question par la négative. Le caractère constitutionnel[185] de la *Charte canadienne* et la faculté qu'a la Cour suprême du Canada de modifier ses décisions antérieures justifieraient l'interprétation qui veut que les décisions relatives à la *Déclaration canadienne* rendues avant l'adoption de la *Charte canadienne* ne soient pas pertinentes à la détermination de l'objet des droits et libertés qui y sont garantis[186]. Selon Jacques Gosselin[187], cette position de la Cour suprême du Canada vis-à-vis la jurisprudence issue de la *Déclaration canadienne* constituerait un rejet de la doctrine du constitutionnalisme supportée par la Cour suprême des États-Unis

---

[184] Le juge en chef Dickson tenait ces propos: «Quoique la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* soit très instructive, elle n'est nullement déterminante en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de la *Charte*». Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 124.

[185] Dans *Therens (1985)*, le juge Le Dain affirmait qu'en raison de son caractère constitutionnel, la *Charte canadienne* accorde un mandat plus clair aux tribunaux lorsqu'il s'agit de «rendre des décisions judiciaires ayant pour effet de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement». Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 639.

[186] La *Déclaration canadienne*, en tant que loi antérieure, fait partie des contextes linguistique, philosophique et historique de la *Charte canadienne* et peut, tout au plus, aider à son interprétation. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 170-171.

[187] Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 40-46.

qui, sous l'égide du juge en chef Warren[188], amorçait une des périodes les plus activiste et progressiste de son histoire en rendant des décisons importantes en ce qui a trait à la déségrégation raciale — *Brown (1954)*[189], *Cooper (1958)*[190],

---

[188] Earl Warren a été juge en chef de la Cour suprême des États-Unis de 1953 à 1969. Diplômé de la faculté de droit de l'University of California à Berkeley, il s'est joint, après un séjour dans l'armée au cours de la Première Guerre mondiale, au bureau des poursuites criminelles du comté d'Alameda où il a oeuvré pendant 18 ans, jusqu'au moment de son élection à titre de Procureur général de la Californie en 1938. Il a occupé ce poste jusqu'en 1942, date à laquelle il a été élu Gouverneur de l'État de la Californie. Élu à trois reprises, il sera candidat républicain et co-listier de Thomas Dewey lors de l'élection de 1948. Il contribuera à la nomination du général Eisenhower en 1952. Cette contribution lui vaudra la promesse du Président Eisenhower d'être nommé à la Cour suprême des États-Unis. Earl Warren deviendra juge en chef après le décès subit du juge en chef Vinson, le 8 septembre 1953. Au moment de sa nomination, la Cour était fortement divisée entre les partisans de l'activisme judiciaire — menés par les juges Black et Douglas — et les partisans de la retenue judiciaire — menés par les juges Frankfurther et Jackson. Le juge en chef Warren a probablement été le juge en chef de la Cour suprême des États-Unis le plus préoccupé par la justice sociale et la protection des libertés individuelles. Dans *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, le professeur Urofsky décrit en ces mots la période pendant laquelle il a présidé à la destinée de la Cour suprême: «This commitment to democratic procedures, to justice and to individual liberties, marks the core of Earl Warren's jurisprudence, and also its weakness. He believed that in the Constitution and the *Bill of Rights*, the Founders have erected barriers against majoritarian rule to protect the individual, whether in the exercise of political rights or the expression of unpopular opinions or as a shield against vengeance in criminal prosecutions. The will of the majority expressed itself in the laws of the Congress and the actions of the Executive; the Court, in turn, had been assigned the critical role of ensuring that the elective branches did not ride roughshod over individual liberties». Voir M.I. UROFSY, «Earl Warren», dans K. L. HALL (dir.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford, Oxford University Press, 912-916; E. CLAY, *Chief Justice*, New York, Simon & Schuster, 1997. Voir généralement E.WARREN, *The Memoirs of Earl Warren*, New York, DoubleDay, 1977; B. SCHWARTZ, *Super Chief : Earl Warren and His Supreme Court — A Judicial Biography*, New York, New York University Press, 1983; G. E. WHITE, *Earl Warren — A Public Life*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1982; G.E. WHITE, «Earl Warren As Jurist» (1981), *67 Virginia Law Review* 46; J. H. POLLACK, *Earl Warren: The Judge Who Changed America*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1979; W.J. BRENNAN, «Chief Justice Warren» (1974) 88 *Harvard Law Review* 1; M. TUSHNET, *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville (Virg.), University of Virginia Press, 1973; L. W. LEVY, *The Supreme Court Under Earl Warren*, New York, Quadrangle Books, 1972; A. COX, *The Warren Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1968; B. SEVERN, *Mr. Chief Justice Earl Warren*, New York, McKay, 1968; J. D. WEAVER, *Warren — The Man, The Court, the Era*, Boston, Little Brown, 1967; A.M. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, New York, Harper & Row, 1966 et J.P. FRANK, *The Warren Court*, New York, McMillan, 1964.

[189] *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* mettait fin à la doctrine «du séparé mais égal» — institué par l'arrêt *Plessis (1896)* de la

Loving (1967)[191] —, à la représentation électorale — *Baker (1962)*[192], *Powell (1969)*[193] —, à la liberté de religion — *Engel (1962)*[194], *School District Abington (1963)*[195] —, aux principes fondamentaux en droit criminel — *Mapp (1961)*[196],

---

Cour Fuller (1888-1910)— dans le secteur de l'enseignement public en décidant que le concept d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement rendait illégale la ségrégation raciale dans les écoles. Voir aussi *Plessis* c. *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[190] *Cooper* c. *Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Il s'agissait de la première décision qui visait à mettre en application le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Brown (1954)*. Dans cet arrêt unanime, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que le report du plan de déségrégation raciale afin de préserver la sécurité publique violait le droit des élèves afro-américains en vertu du concept d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement. Malgré l'unanimité de l'arrêt *Cooper (1958)*, le gouvernement fédéral américain a dû faire face à une résistance considérable des États sudistes. Opposé à la décision *Brown (1954)*, le Président Eisenhower ne fera pas d'efforts particuliers pour contrer cette résistance. Il faudra attendre l'émergence du mouvement des droits civiques de Martin Luther King Jr. et de l'adoption du *Civil Rights Act* en 1964 avant que le Président John F. Kennedy, et plus tard le Président Johnson, n'affichent une détermination inébranlable à ce que la discrimination raciale *de jure* prenne fin aux États-Unis.

[191] *Loving* c. *Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a eu recours au concept d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages mixtes.

[192] *Baker* c. *Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué qu'elle devait assurer la mise en oeuvre du principe «one person, one vote» afin que le vote de chaque personne ait une valeur à peu près égale conformément à l'esprit du Quatorzième amendement. En conséquence, elle ordonna le remaniement et le redécoupage de certaines circonscriptions électorales, ce qui entraîna la modification du nombre de représentants aux législatures de certains États.

[193] *Powell* c. *McCormack*, 395 U.S. 486 (1969). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué qu'un membre du Congrès ne pouvait pas être poursuivi en justice en cours de mandat.

[194] *Engel* c. *Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a décidé qu'une prière à caractère non confessionnel imposée dans les écoles de l'État de New York violait la liberté de religion garantit par le Premier amendement.

[195] *Abington (School District of)* c. *Schempp*, 374 U.S. 203 (1963). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a invalidé une loi de la Pennsylvanie qui exigeait que, chaque jour, dans chaque classe, dix versets de la Bible soient lus sans commentaire.

[196] *Mapp* c. *Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que le concept d'application régulière de la loi du Cinquième amendement exigeait que les preuves obtenues illégalement dans les affaires criminelles soient automatiquement exclues.

Gideon (1965)[197], *Miranda (1966)*[198], *Escobedo (1964)*[199] — et à la protection du droit à la vie privée — *Griswold (1965)*[200].

Bien que la Cour suprême du Canada ait indiqué dans l'arrêt *Singh (1985)*[201] que l'adoption de l'article 26 de la *Charte canadienne* a eu pour effet de préserver l'effet de la *Déclaration canadienne*, l'enchâssement de la *Charte* dans la *Constitution* canadienne l'aura, en fait, reléguée à un second plan. C'est ce qui nous amène à considérer le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel.

---

[197] *Gideon* c. *Wainwright*, 372 U.S. 335 (1965). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que le Sixième amendement qui stipule que dans les affaires criminelles un accusé a le droit à l'assistance d'un avocat a été interprété comme exigeant que l'État défraie les frais d'avocat d'un prévenu incapable de les assumer lorsque ce dernier fait face à une accusation punissable par l'emprisonnement.

[198] *Miranda* c. *Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que le privilège contre l'auto-incrimination reconnu au Cinquième amendement exigeait que le suspect soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat avant que la police ne commence à l'interroger.

[199] *Escobedo* c. *Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que l'accusé devait être informé non seulement de son droit à l'assistance d'un avocat mais également de son droit de garder le silence lorsqu'il était interrogé.

[200] *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Dans cet arrêt, la *Cour Warren (1953-1969)* a interprété la clause de l'application régulière de la loi du Quatorzième amendement comme incluant le droit à la protection de la vie privée et a servi à déclarer inconstitutionnelle une loi du Connecticut qui interdisait aux gens mariés d'utiliser des contraceptifs. À la surprise générale, la *Cour Burger (1969-1986)* poursuivra le développement de la doctrine constitutionnelle du droit à la vie privée avec l'arrêt *Roe (1973)*. Dans cet arrêt, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que le droit au respect de la vie privée garantit par le Quatorzième amendement était suffisamment large pour inclure le droit d'une femme enceinte de prendre la décision d'interrompre ou non sa grossesse. Voir *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

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

Chapitre 3

Le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel

> English constitutional monarchy, based on the idea of legal limitation of governmental action, legal responsibility of officials, and judicial securing of the rights of individuals against arbitrary action, survived from the Middle Ages, through the sixteenth and seventeenth century era of centralization and the eighteenth century era of absolute governments, into the nineteenth century, and the twentieth century its latest form of a constitutional administrative regime has grown strong while much of the world was turning to dictators and administrative absolutism. Our constitutional democracy may survive this era of centralization and economic unification for like reasons. Whether rule is borne by Rex or by Demos, a ruler ruling reasonably under God and the law founds his kingdom on a rock.
>
> Roscoe Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty* (1957).

Cette assertion de Roscoe Pound nous rappelle que les régimes politiques libéraux, et plus précisément les monarchies constitutionnelles, se fondent sur le caractère limité des pouvoirs étatiques. D'un droit parcellaire protégé par le droit commun, le droit au respect de la vie privée constitue aujourd'hui un droit constitutionnel autonome qui tire ses origines de la doctrine libérale classique (3.1.). Bien que l'on ne retrouve ni dans la *Charte canadienne*, ni dans le *Bill of Rights* d'énonciation spécifique du droit au respect de la vie privée, la Cour suprême des États-Unis, et plus tard, la Cour suprême du Canada ont reconnu l'existence d'un droit constitutionnel au respect de la vie privée.

Cette reconnaissance jurisprudentielle du droit au respect de la vie privée soulève la question de l'étendue du pouvoir de contrôle judiciaire sur la constitutionnalité des lois et, surtout peut-être, celle de sa légitimité. D'où la nécessité de considérer les principes généraux concernant l'interprétation des droits constitutionnels (3.2.). La compréhension de ces principes et leur application par la Cour suprême du Canada et par la Cour suprême des États-Unis nous permettront d'apprécier le façonnement du droit constitutionnel au respect de la vie privée et de proposer un modèle analytique visant à en assurer l'effectivité (3.3.).

3.1. Le libéralisme et les origines des garanties constitutionnelles

Doctrine, philosophie, programme politique ou mouvement de pensée ayant comme essence la protection de la liberté individuelle, on ne saurait véritablement caractériser le libéralisme. Le libéralisme est tout à la fois. C'est une attitude, c'est-à-dire une prédisposition de l'esprit à envisager les problèmes que pose à l'homme l'aménagement des rapports sociaux. Il est incontestablement lié à la démocratie et se caractérise par l'importance qu'il attache aux libertés individuelles. Citant la célèbre assertion de Lord Acton qui affirmait: «Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely», Roscoe Pound — dans son essai intitulé *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*[202] — constate que le défi posé par le libéralisme à toute société consiste à assurer l'ordonnancement entre l'intérêt général et

[202] R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 4.

les intérêts individuels[203].

C'est en Angleterre que pour la première fois a été réalisée cette modulation entre l'intérêt public et les intérêts individuels[204]. La *Magna Carta (1215)* consacra pour la première fois — en prenant une forme contraignante — la limitation des pouvoirs étatiques en créant un équilibre des forces entre le Roi et les individus[205]. Pour Georges Burdeau, dans un ouvrage intitulé *Le libéralisme (1979)*, l'effet véritable de la *Magna Carta (1215)* sera, davantage

---

[203] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, Roscoe Pound résumait ainsi ce défi du libéralisme: «In adjusting relations and ordering conduct by systematic application of the force of a politically organized society we encounter a problem of balance between the general security and the individual life which, if one may use the much abused term "instinct", may be called the aggressive instinct or tendency to aggressive self-assertion and the social instinct or tendency of association and cooperation with one's fellows. In the science of politics it becomes a problem of balance between government and freedom». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 3.

[204] Au tournant du millénaire, deux traditions juridiques s'opposaient: le droit romain — qui enfantera le droit civil — dont l'exercice est de nature administrative, et la *common law* dont l'exercice est essentiellement judiciaire. Considérant les deux systèmes juridiques dans la perspective de la protection des droits fondamentaux, Roscoe Pound constate qu'en droit romain, la justice était rendue et émanait de l'Empereur alors que dans le système de *common law*, le Roi ne faisait que reconnaître les règles préexistentes et les appliquaient aux faits particuliers qui lui étaient soumis. Cette différence fondamentale d'attitude conditionnera le droit constitutionnel. Il expose ainsi les conséquences fondamentales de cette attitude: «In the modern Roman system they [les libertés] are hortatory. They are exhortations addressed to the agencies of government as to how they ought to act. In the common law system they are precepts of the supreme law of the land, binding all citizens and official alike and enforceable by the courts in ordinary proceedings at the suit of persons aggrieved». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 8.

[205] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty* (1957), Roscoe Pound soulignait que: «[t]he ground plan to which the common-law polity has built ever since was given by the Great Charter. It was not merely the first attempt to put in legal terms what became the leading ideas of constitutional government. It put them in the form of limitations on the exercise of authority, not of concessions to free human action from authority». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 18.

que de consacrer des droits et libertés fondamentaux, de subordonner le pouvoir à la liberté[206]. En substance, la *Magna Carta (1215)* a formulé et réalisé des principes qui sont devenus les fondements de la vie politique et sociale en établisssant un système de gouvernement constitutionnel[207].

À partir de la Renaissance, les gains qu'avait faits la *common law* et qui étaient imprimés dans la *Magna Carta (1215)* prendront du recul. Comme le soulignait Roscoe Pound : «Relationally organized society was breaking down»[208]. L'Église se voyait dorénavant assujettie (une négation du premier chapitre de la *Magna Carta (1215)*) au pouvoir royal. Le Parlement avait dû consentir au Roi un pouvoir de légiférer par proclamation. L'administration de la justice vacillait. La corruption sévissait dans la plupart des tribunaux dont les juges, lorsqu'ils n'étaient pas corrompus, se voyaient menacés de destitution s'ils ne rendaient des décisions favorables aux intérêts du monarque[209]. Nulles

---

[206] Voir G. BURDEAU, *Le Libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 36.

[207] C'est la constatation que faisait Roscoe Pound dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)* lorsqu'il affirmait: «[...] the Great Charter established a system of constitutional government, and so is rightly revered as the source of the surest of social and political stability in the modern world and the symbol of that supremacy of law over the agencies of government and those guarantees to individual man that administrative machinery, while guiding and protecting him, will not grind him down, which are the proudest possession of Englishmen and their descendants everywhere». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 22.

[208] R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 29.

[209] Roscoe Pound affirmait que la dynastie des Tudors (1485-1603) était plus arbitraire que celle des Plantagenêts (1154-1399) mais moins «déraisonnablement obstinée» que celle des Stuarts (1603-1714). Il est vrai qu'Henri VII (1485-1509), premier représentant de la dynastie des Tudors, avait adopté une loi afin de limiter les pouvoirs des juges de paix qui les utilisaient bien souvent de manière abusive et dans leurs seuls intérêts personnels, mais sous Élisabeth I^re^ (1558-1603), dernière représentante de la dynastie des Tudors, les interventions de la royauté auprès des magistrats étaient choses fréquentes. Sous les Stuarts, les destitutions de juges qui avaient rendus des décisions défavorables à la Couronne étaient devenues pratique courante. Chartes I^er^ (1625-

garanties juridiques, tels le procès devant jury, le droit à l'assistance d'un avocat ou l'*Habeas corpus*[210], n'étaient assurées aux accusés. Les interrogatoires faits sous la torture était chose fréquente. Pas étonnant dans une société ou la peine de mort était la peine courante pour plus de deux cents infractions criminelles dont notamment celles de couper un arbre ou de commettre un vol de plus d'un shilling[211].

Au XVI[e] siècle, qui a été le siècle des remises en question[212], la pensée libérale s'est d'abord exprimée par l'*humanisme*. Mouvement qui valorisait l'être humain, l'humanisme croyait aux capacités des hommes de vaincre l'adversité grâce à leurs qualités personnelles et à leur esprit d'initiative[213]. Épris de connaissance, l'humaniste réclamait le droit au libre examen et estimait que la raison et le savoir devaient s'attaquer aux mystères de l'existence. La

---

1649) a destitué trois juges pendant son règne; Charles II (1660-1685) en destitua dix et Jacques II (1685-1688), treize en moins de trois ans. C'est sans doute ce qui a fait dire à Roscoe Pound: «The Stuarts had no such cautious discretion. They obstinately opposed all legal restriction and so brought about their ruin and the establishment of legal guarantees of freedom». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 31. Voir aussi LAROUSSE, *Mémo — Encyclopédie générale visuelle et thématique*, Paris, Larousse, 1993, 268.

[210] Le *Bill de l'Habeas corpus*, qui garantit la liberté des individus en interdisant les détentions arbiraires, n'a été adopté qu'en 1679.

[211] Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Reason Begins — A History of European Civilization in the Period of Shakespeare, Bacon, Montaigne, Rembrandt, Galileo, and Descartes: 1558-1648*, New York, Simon and Schuster, 1961, 55.

[212] Voir G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 24.

[213] Voir A. CORVISIER, *Précis d'histoire moderne*, 2[e] éd., Paris, Presses universitaires de France, 1981, 59-64; L. GIRARD, P. SAVARD et H. DUSSAULT, *Histoire générale II — de 1328 à 1815*, Montréal, Centre éducatif et culturel, 55.

philologie[214], en rupture avec la *scolastique*[215] qui a prévalu pendant tout le Moyen-Âge, est pour l'humaniste le moyen de chercher la vérité par l'étude scientifique des textes. *L'Éloge de la folie (1511)* — vigoureuse satire des abus de l'Église, dont l'imposition de charges fiscales déraisonnables (les *annates*), la simonie[216] et la conduite de certains papes de la Renaissance — du grand maître de l'humanisme européen, Érasme de Rotterdam et *Utopie (1516)* — faisant l'éloge de la tolérance — de Thomas More constituent probablement les deux oeuvres marquantes qui cristallisent les idées maîtresses de ce qui est devenue la *Réforme*.

Véritable révolution religieuse, la *Réforme* apparaît d'abord en Allemagne, puis s'étend progressivement à toute l'Europe. Ses causes, fortement imbriquées les unes aux autres, sont d'origines religieuse, morale et

---

[214] La philologie est l'étude formelle des textes dans les différents manuscrits qui nous ont été transmis. Voir LE ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, 1659.

[215] Philosophie et théologie enseignées au Moyen-Âge par l'université, la scolastique est une méthode d'enseignement qui se caractérise par son formalisme et qui repousse tout esprit critique. Voir LE ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, 2054.

[216] La simonie consistait à vendre les sacrements religieux. Au début du XVI^{e} siècle, le pape Léon X, ayant besoin d'argent pour poursuivre les travaux de construction de la Basilique St-Pierre de Rome, organise dans toute la chrétienté une vente d'indulgences. L'indulgence est une rémission de la peine aux péchés accordée par le pape. En 1517, le dominicain Telzel parcourait l'Allemagne et faisait la vente d'indulgences. Condamnant cette pratique, Luther sera excommunié en 1520 après avoir refusé de se rétracter. Bien qu'au début Luther ne s'en prenait qu'au trafic des indulgences, il est ensuite venu à affirmer que les chrétiens ne peuvent pas sauver leur âme par leurs actions terrestres mais plutôt par leur piété et leur foi en Dieu. Il fonde une Église dont le culte se résume à commenter les textes bibliques. Les réformés protestent et refusent de se soumettre à l'ordonance de Charles Quint de 1529, d'où l'appellation de protestants. À Genève, Jean Calvin adhère aux idées de Luther mais avec une plus grande intolérance. En Écosse, John Knox impose le calvinisme comme religion d'État et forme l'Église presbytérienne. Voir A. CORVISIER, *Précis d'histoire moderne*, 2^{e} éd., Paris, Presses universitaires de France, 1981, 65-84; L. GIRARD, P. SAVARD et H. DUSSAULT, *Histoire générale II — de 1328 à 1815*, Montréal, Centre éducatif et culturel, 106-116.

sociale. Avec l'essor de l'imprimerie, qui permettait de mettre la Bible à la disposition de chacun, la religion s'individualise. En Angleterre, le refus du pape Clément VII d'annuler le mariage d'Henri VIII (1509-1547) avec Catherine d'Aragon a précipité la rupture entre Rome et l'Angleterre[217]. L'un des héritages de la réforme est l'affranchissement spirituel qui faisait en sorte que l'individu rejetait les règles extérieures. Cette libération spirituelle de la *Réforme* aboutira à un affranchissement matériel qui, suscitant le goût du risque, l'esprit d'entreprise, la recherche du profit, a contribué à installer dans la société cet agencement inédit des relations économiques et sociales qui allait favoriser l'essor du capitalisme[218]. En fait, l'esprit nouveau repousse l'autoritarisme.

Le XVI^e^ siècle se caractérise aussi, et surtout peut-être, par la centralisation des gouvernements nationaux en Europe occidentale et une ère où le pouvoir royal absolu gagnera la faveur pour se généraliser aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles. De fait, les limitations au pouvoir royal, fruit de l'époque

---

[217] En 1531, Henri VIII s'est fait proclamer protecteur de l'Église anglaise par le Parlement. En novembre 1534, le Parlement votait le premier *Supremacy Act* — qui établissait le Roi «Chef suprême sur Terre de l'Église d'Angleterre» et obligeait les individus à se soumettre par serment à cette suprématie — qui consacrait la fondation de l'Église anglicane. Il y eut peu d'opposition — à l'exception de celle de Thomas More qui a été décapité — à cette conversion qui s'explique sans doute parce que les *annates* (impôts prélevés par Rome) frappaient lourdement la population anglaise. Du temps d'Édouard VI (1547-1553), le calvinisme gagnera, sous l'influence des protecteurs du Roi, l'Église anglaise et, en 1549, Marie I^re^ (1553-1558) — surnommée Marie la sanglante — persécutera les protestants et entreprendra de restaurer le catholicisme. Ce triomphe éphémère du catholicisme prendra fin sous le règne d'Élisabeth I^re^ (1558-1603); le Parlement établira définitivement l'anglicanisme en édictant la *Confession des 39 articles (1563)* («Thirty-Nine Articles») qui accorde au souverain le pouvoir suprême sur les affaires temporelles et spirituelles du Royaume. Cette *Confession des 39 articles* attisera l'opposition des calvinistes et des protestants qui s'opposaient au maintien de la hiérarchie épiscopale et du cérémonial catholique. Ils se regouperont en sectes autonomes. La plus importante et la plus rigoriste est sans aucun doute celle des puritains (protestants hostiles à l'anglicanisme).

[218] Voir M. BEAUD, *Histoire du capitalisme — de 1500 à nos jours*, Paris, Seuil, 1981.

médiévale, cadraient de plus en plus mal à une époque où «[e]lsewhere it was a time of rising absolute, personal government, the France of Francis I [François Ier (1515-1547)] , the Spain of Charles V [Charles Ier, dit Charles Quint (1516-1556)], and the English king could not patiently endure being less a king than the rulers of the two states which were the models for those days»[219]. À la mort d'Élisabeth Ire, qui n'avait pas d'héritier direct, Jacques VI Stuart, roi d'Écosse, lui succède sous le nom de Jacques Ier Stuart (1603-1625). Voulant renforcer la prérogative royale, il tentera de se passer du Parlement, dominé par les puritains, mais se heurtera à une opposition grandissante. En 1605, les catholiques tenteront de faire sauter le Parlement pendant un discours royal *(Conspiration des poudres)*. Catholiques et protestants feront alors l'objet de persécutions, surtout les puritains dont beaucoup commenceront à émigrer en Amérique.

Charles Ier (1625-1649), qui succède à Jacques Ier (1603-1625), adoptera la conviction de son père voulant que le Roi détienne une autorité absolue[220] et dissoudra le Parlement à plusieurs reprises jusqu'à ce que celui-ci, largement dominé par les puritains aux sentiments anti-catholiques, parvienne à imposer la *Petition of Rights (1628)* qui subordonnait toute levée d'impôts à son

---

[219] Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 29.

[220] Dans *The Age of Reason Begins — A History of European Civilization in the Period of Shakespeare, Bacon, Montaigne, Rembrandt, Galileo, and Descartes: 1558-1648 (1961)*, les auteurs faisaient cette constatation: «Charles's parentage and marriage contributed to his ruin. He inherited his father's conception of the royal prerogative as absolute, with power to make as well as administer laws, to rule without Parliament, and to override laws enacted by Parliament. This view seemed justified by precedents and was taken for granted in France and Spain; it was encouraged in Charles by Buckingham, the Court, and the Queen». Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Reason Begins — A History of European Civilization in the Period of Shakespeare, Bacon, Montaigne, Rembrandt, Galileo, and Descartes: 1558-1648*, New York, Simon and Schuster, 1961, 200-201.

consentement. Mais de 1629 à 1640, le Roi gouverne de manière tyrannique, se passant du Parlement pendant onze ans et levant des impôts sans son consentement. Ce n'est qu'en avril 1640 que Charles I^er^ (1625-1649) convoquera le Parlement mais celui-ci sera dissous au mois de mai (*Short Parliament*). Devant la situation déplorable des finances publiques, le Roi dut se résigner à convoquer à nouveau le Parlement («Long Parliament») qui se réunira le 3 novembre 1640 pour adresser, le 1^er^ décembre 1641, la *Grande Remontrance* («Grand Remonstrance») au Roi. En janvier 1642, Charles I^er^ (1625-1649) tente de faire arrêter les chefs de l'opposition mais ceux-ci lui échappent. Le Parlement s'insurge et le Roi s'enfuit. C'est le début de la guerre civile, à la suite de laquelle naîtra la République d'Angleterre[221]. La période républicaine (1649-1659) n'aura pas survécu à Olivier Cromwell; son fils, Richard Cromwell, abandonnera le pouvoir l'année suivante, en 1659.

En 1660, un parlement exceptionnel — le *Parlement-Convention*, («Convention-Parliament») — rétablit la dynastie des Stuarts. Il annulera toutes les lois du *Long Parliament* qui n'avaient pas reçu l'aval de Charles I^er^ (1625-1649), à l'exception de celles qui assujettissaient l'autorité royale à la suprématie parlementaire. Charles II (1660-1685) devient Roi en 1660 et acceptera cet assujettissement à l'autorité parlementaire. Le *Parlement-Convention* sera disssous le 29 décembre 1660 afin de faire place à une assemblée plus représentative qualifiée de *Parlement Cavalier* («Cavalier

[221] L'armée rebelle est commandée par un député de la chambre des communes et ardent chef puritain, Olivier Cromwell, qui écrasera l'armée royale en 1645. Charles I^er^ (1635-1649) sera décapité à Londres en 1649 à la suite de la décision des députés (qui n'avaient pas été arrêtés par Cromwell) — réunis dans le *Parlement croupion* («The Rump Parliament») — de condamner le Roi pour avoir fait la guerre au Parlement.

Parliament») parce que, dit-on, elle était plus royaliste que le Roi[222] et qui se réunira le 8 mai 1661. Les règnes de Charles II (1660-1685) et de son frère, Jacques II (1685-1688), qui tentent de restaurer le catholicisme, se caractériseront par les conflits avec le Parlement. On estime qu'entre 1660 et 1688, plus de soixante mille individus, dont cinq mille sont morts emprisonnés, auraient été l'objet d'arrestations pour des raisons religieuses[223]. Un nouveau parlement impose le *Bill of Test (1673)*, qui exclut les catholiques des affaires de l'État, et le *Bill de l'Habeas corpus (1679)*, qui garantit la liberté de chaque citoyen en interdisant les arrestations arbitraires. Jacques II (1685-1688) succède à son frère mais il sera destitué par le Parlement en 1689. Le Parlement et les tribunaux feront la lutte à l'autorité royale jusqu'à ce que la *Glorieuse Révolution (1688)* consacre la primauté de Dieu et de la loi sur le souverain.

La Convention qui s'est réunie le 1er février 1689 a considéré que la fuite de Jacques II (1685-1688) équivalait à une abdication et proposa la Couronne à sa fille aînée, Marie II Stuart (1689-1694), et à son époux, Guillaume III d'Orange (1689-1702), qui seront proclamés conjointement Roi et Reine d'Angleterre en 1689. Leur couronnement dépendait cependant de l'acceptation du *Bill of Rights (1689)*. Réquisitoire contre les agissements de Jacques II (1685-1688), le *Bill of Rights (1689)* a consacré le principe de la suprématie du Parlement, garanti la protection à l'encontre des

---

[222] Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 246.

[223] Voir H. T. BUCKLE, *Introduction to the History of Civilization in England*, New York, 1913, cité par W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 256.

emprisonnements arbitraires et exclu les catholiques de la succession du trône d'Angleterre[224].

Au cours du XVII[e] siècle, deux tendances s'opposaient : celle de la suprématie de la loi et celle de l'absolutisme royal. De fait, comme le souligne Roscoe Pound : «If there were forces at work making for absolutism there were others latent which would make for maintaining and extending the guarantees of individual freedoms»[225]. En 1680, l'Église anglicane adopta le *Judgment and Decree of Oxford (1663)* qui réaffirmait l'origine divine des pouvoirs du Roi[226].

---

[224] Dans *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715 (1963)*, les auteurs exposaient en ces termes les conséquences de l'adoption du *Bill of Rights (1689)*: «The historic proclamation expressed the essential results of what Protestant England called the "Glorious Revolution": the explicit assertion of the legislative supremacy of parliament, so long contested by four Stuart kings; the protection of the citizen against arbitrary governmental power; and the exclusion of Roman Catholics from holding or sharing the throne of England». Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 298.

[225] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, Roscoe Pound identifiait ces deux tendances qui s'opposaient en ces termes: «For the Seventeenth century legal and political philosophers the chief question was, how can one man or body of men get authority over other men so that these others ought to obey and may rightfully be made to obey them? On the one hand, it was argued that God had given to some men little to rule without the need of any consent. On the other hand, it was urged that little to govern was derived from the consent of the governed». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 30, 40-41.

[226] Cette affirmation de l'origine divine des pouvoirs du Roi est, dans ce *Judgement and Decree*,réaffirmée avec conviction puisque l'Église y déclarait qu'il était: «"false, seditious, and impious, even heretical and blasphemous" (and therefore a capital crime) to hold that "authority is derived from the people, that if lawful governors become tyrants, they forfeit the right of governing, that the king hath but co-ordinate right with the other two estates, the Lords and the Commons"». Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 253.

John Milton a produit dans cette tourmente son célèbre *Aeropagitica (1643)*[227] qui sera considéré comme étant l'un des plus grands classiques de la pensée libérale et dans lequel il défend la liberté de pensée et la liberté d'expression. En février 1649, dans *The Tenure of King and Magistrates (1649)*, il prendra position sur la question la plus décisive de l'heure et acceptera l'idée que l'autorité du gouvernement émane des individus[228].

Thomas Hobbes, qui s'opposait à la pensée libérale, aura malgré lui contribué de façon significative à son essor. Dans *The Element of Law, Natural and Politic (1637)*, il défendait l'autorité absolue du Roi comme fondement de l'ordre social et de l'unité nationale. Dans le *Leviathan (1651)*, il proposait l'idée du contrat social et de l'État. Fortement influencé par la philosophie nominaliste, il présente l'état de nature, moment initial où les individus vivant séparément coexistent sans qu'aucune loi ne les régissent, comme un état de guerre perpétuel qui s'avère invivable à l'individu libre. De cet hypothétique état de nature, les individus ont — par consentement tacite — accepté de se soumettre à l'autorité royale.

---

[227] *Aeropagitica — A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England* a été publié le 24 Novembre 1643. Milton demandait au Parlement de reconsidérer son ordonnance de censure parce qu'elle contribuerait au: «discouragement of all learning [...] by hindering and cropping the discovery that might be yet further made both in religious and civil Wisdom". Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 225.

[228] Dans *The Tenure of King and Magistrates (1649)*, Milton écrivait ce qui suit: «It is lawful [...] for many who have the power, to call to account a tyrant or wicked king, and, after conviction, to depose him to death». Voir D. MASSON, *The Life of John Milton*, vol. 4, New York, 1946, 64, cité par W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 226.

Par le contrat social, les individus libres instituent une structure — l'État — qui est chargé d'ordonnancer la société et de garantir leurs droits subjectifs. L'existence du gouvernement est justifiée par son efficacité et non en s'appuyant sur la religion ou sur la tradition. Il rejette les théories des juristes romains et de la philosophie chrétienne du droit naturel. Il rejette aussi l'idée de Milton qui affirmait que les individus seraient justifiés de déposer leur Roi parce que, affirme-t-il, il n'existe aucune autorité pour assurer l'application du contrat social ou déterminer s'il a été violé. Hobbes postule que le contrat social est intervenu non pas entre le Roi et les individus mais entre les individus eux-mêmes qui ont consenti à l'établissement d'un pouvoir politique inconditionnel qui assure leur libération des affrontements inévitables de l'état de nature. Ainsi, les individus abandonnent leurs droits naturels afin de se réfugier dans la paix et la sécurité que seul le souverain est en mesure de leur procurer[229].

L'une des plus grandes figures de la pensée européenne, John Locke, émergera vers 1690, année où il publiera coup sur coup *Epistola de Tolerantia (1689)*, *Second Letter concerning Toleration (1690)*, *Two Treatises on Government (1690)* et *Essay concerning Human Understanding (1690)*. Le but qu'il pousuivait en publiant *Two Treatises of Governement (1690)* consistait manifestement à appuyer et à justifier la *Glorieuse Révolution (1688)*[230]. Le

---

[229] A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 154.

[230] Cet objectif est clairement exprimé dans la préface: «[...]to establish the throne of our great restorer, our present William III; to make good his title in the consent of the people [...] and to justifiy to the world the people of England, whose love of their just and natural rights, with their resolution to preserve them, saved the nation when it was on the brink of slavery and ruin». Voir J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, P. LASLETT (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1960, 137.

premier des deux traités visait à réfuter la théorie de Sir Robert Filmer affirmée dans *Patriarcha, or the Natural Power of Kings Asserted (1642)*, dans lequel il soutenait la proposition que l'autorité du Roi était d'origine divine. Dans le second traité, John Locke étayait une conception bonifiée du contrat social mais contrairement à Hobbes, il imaginait que dans l'état de nature tous les individus, loin de vivre dans un état de crainte et d'hostilité, étaient libres et égaux.

Le contrat social, qui intervient entre les individus et l'État, puise sa source dans le consentement donné par les individus et par la communauté qui est seule souveraine. Cependant, si les dirigeants de la communauté violent ce consentement ou ne respectent pas les lois adoptées par la communauté, celle-ci a le droit de retirer son consentement. De fait, le rôle de l'État institué par la volonté de tous consiste à assurer les droits subjectifs préconstitués dès l'état de nature. Pour Locke, l'État est au service de ses citoyens et son rôle est de protéger la propriété, la vie, la liberté et la sécurité. Alors que pour Hobbes l'État était constitutif des droits individuels, dans la conception lockéenne le rôle de l'État ne consiste qu'à préserver les droits naturels préexistants[231].

---

[231] Dans *Le libéralisme (1979)*, Georges Burdeau affirmait ce qui suit: «À la différence de Hobbes avant lui et de Rousseau plus tard, Locke ne considère pas le contrat comme générateur de l'omnipotence étatique. Lorsque, par une convention unanime, les hommes renoncent à leur absolue liberté primitive pour fonder l'autorité publique, ils n'abdiquent au profit du pouvoir que la portion de leur indépendance originelle incompatible avec l'existence de l'ordre social. Et ce qu'ils conservent de leur liberté naturelle constitue les droits individuels. Ces droits résiduels de la liberté naturelle ne doivent rien à l'État, ni dans leur origine, ni dans leur consistance. Antérieurs à lui, ils lui sont opposables. Son rôle est de les respecter d'abord, de les garantir ensuite». Voir G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 33.

Ainsi, la quête de la loi naturelle suscitée par *l'humanisme* débouche sur l'affirmation des droits inhérents à la nature de l'homme, sur le contrat social et sur l'idée de l'antériorité de la société par rapport à l'État. De l'affranchissement spirituel de la *Réforme*, le libéralisme épousera, au XVIII[e] siècle, une philosophie sociale plus large qui cherchera à éliminer toutes les entraves à l'autonomie individuelle. De l'idée des droits naturels — si généralisée qu'elle vaudra au XVIII[e] siècle l'appellation du «Siècle des lumières» — émergera l'idée des droits individuels[232]. Les penseurs du XIX[e] siècle, dont Jeremy Bentham et John Stuart Mill, remettront en question les fondements de cette doctrine des droits naturels et justifieront le libéralisme par la doctrine de

---

[232] Dans *the Right of War and Peace (1625)*, Hugo Grotius conçevait l'existence de droits naturels indépendants de l'existence de Dieu. Ces droits constituaient des qualités morales qui justifiaient l'action humnaine. Roscoe Pound résume ainsi l'idée des droits naturels au XVIII[e] siècle: «Contemporary jurists on the Continent held four propositions: (1) There are natural rights demonstrable by reason. They are eternal and absolute. They are valid for all men in all times and all places; (2.) Natural law is a body of rules, ascertainable by reason, which perfectly secures all these natural rights; (3.) The state exists only to secure men in these natural rights; (4.) Positive law, the law applied and enforced in the courts, is the means by which the state performs this function and is morally binding only so far as it conforms to natural law». En Angleterre, Blackstone épousa cette doctrine continentale en affirmant que les lois positives qui contreviennent aux «common-law rights of Englishmen» consacrées par la *Magna Carta (1215)*, la *Petition of Rights (1628)* et le *Bill of Rights (1688)* devraient être invalidées par les tribunaux. Déja Coke, dans *Coke's Second Institute (1642)* avait reconnu que l'expression *lex terrae* («law of the land») de la *Magna Carta (1215)* — qui enfantera la clause de l'application régulière de la loi («due process clause») enchâssée au Quatorzième amendement à la Constitution américaine — avait une portée substantive. Les tribunaux anglais appliqueront cette doctrine des «common-law rights of Englishmen» dans the *Bonham's Case (1610)* et dans *Day c. Savadge (1615)*. Dans le *Bonham's Case (1610)*, Lord Coke s'exprimait ainsi: «That in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason and repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void». Dans *Day c. Savadge (1615)*, le juge en chef Hobart affirmait qu'il était «against right and justice and against natural equity» de se faire justice à soi-même et que même si une loi du Parlement le permettait, cette loi serait «void in itself». Voir *Day c. Sadvage* (1610),Hob. 85, 87 (j. Hobart); *Bonham's Case* (1610), 8 Rep. 114, 118 (j. Coke). Voir aussi R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 52, 57 et 74; R. POUND, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1938, 57.

l'*utilitarisme*[233].

La pensée politique américaine, dont celle de Thomas Jefferson, sur laquelle repose la Constitution et le *Bill of Rights* a été fortement influencée par cette pensée libérale, et plus particulièrement par la doctrine du contrat social de John Locke. L'influence de Locke[234] aura été considérable, d'abord en

---

[233] Résolument positiviste, Jeremy Bentham est le fondateur de la doctrine utilitariste. Dans son *Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789)*, il affirmait: «Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. La fin de ce premier paragraphe se termine ainsi: «the principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and law». Le postulat fondamental sur lequel repose sa théorie est que tout individu agit selon son propre intérêt. Contrairement à ses prédécesseurs qui justifiaient la source du pouvoir de l'État et les droits individuels par la doctrine du contrat social et l'existence de droits naturels, Bentham affirme que la justification de l'obédience à un gouvernement ne dépend que de l'utilité, c'est-à-dire de la pondération qu'un individu fait de la question de savoir s'il y a plus d'avantages à se conformer ou à résister. Pour lui, les droits naturels ne sont pas des droits. Le rôle de l'État consiste à s'assurer du «greatest happiness of the greatest number». Dans *On Liberty (1859)*, John Stuart Mill fonde la liberté sur un concept utilitariste et justifie la protection de la liberté parce qu'elle permet à l'individu de se réaliser et, ensuite, en assurant la protection de son autonomie, la société permet l'essor du dynamisme et du progrès intellectuel. Pour Mill, la valeur fondamentale à protéger, c'est *l'autonomie de la volonté*. Le rôle de l'État consistera à faciliter l'exercice des droits individuels dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit avec les droits des autres individus. Il préconise deux moyens pour assurer le respect des libertés individuelles. D'abord, il est nécessaire d'obtenir la reconnaissance de certaines immunités («political liberties or rights»). Ensuite, il est nécessaire d'établir un paravent constitutionnel («constitutional checks») par lequel le consentement de la majorité est investi dans un organe de contrôle. The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercition of public opinion. Dans *On Liberty (1859)*, Mill affirmait ce qui suit: [...] The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. Voir J.S. MILL, *On Liberty and Other Writings*, S. COLLINI (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 13.

[234] John Locke est né à Wrington, Somersetshire en 1632 et il est mort à Oates, Essex en 1704. Secrétaire et médecin du compte de Shaftesbury, il devint associé aux protestants qui s'opposaient à Charles II (1660-1685). Cette opposition au pouvoir royal l'obligera à s'enfuir de l'Angleterre en 1672 afin de préserver sa vie. Il séjourna d'abord en France et, à compter de 1679, en Hollande où il demeura jusquà la révolution de 1688. De retour en Angleterre, il devint Commissaire royal au Commerce et aux Colonies. Son affirmation voulant que le contrat social

France avec Voltaire, Montesquieu et Rousseau, mais surtout en Amérique où ses idées auront été, pour ainsi dire, constitutionnalisées :

> When the American colonists rebelled against the resurgent monarchy of George III, they adopted the ideas, the formulas, almost the words, of Locke to express their Declaration of Independence. The rights that Locke has vindicated became the *Bill of Rights* in the first ten amendments to the American Constitution. His separation of governmental powers, as extended to the judiciary by Montesquieu, became a living factor in the American form of government; his solicitude for property passed into American legislation; his essays on toleration influenced the founding fathers in separating Church from state and decreeing religious liberty. Rarely in the history of political philosophy has one man had such lasting influence[235].

Au moment de l'adoption de la Constitution américaine, quatre idées fondamentales animaient les délégués de la conférence de Philadelphie[236]. Premièrement, *l'individualisme* avec comme corollaire la reconnaissance de

---

n'annihile par les droits naturels des individus consacrera sa position de défenseur du libéralisme. Voir LE ROBERT, *Le Petit Robert — Dictionnaire universel des noms propres, alphabétique et analogique*, 5e éd., Paris, SNL — Le Robert, 1981, 1097; R. WOOLHOUSE, «John Locke», dans T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1995.

[235] Voir W. DURANT et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton, and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963, 583.

[236] Voir généralement B. BAYLIN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambrige (Mass.), Harvard University Press, 1967; S.E. MORISON, *The Oxford History of the American People*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1965; A.H. KELLY et W.A. HARBISON, *The American Constitution — Its Origins and Development*, 3e éd., New York, Norton & Company, 1963; J.R. ALDEN, *The American Revolution (1775-1783)*, New York, Harper & Brothers, 1954; J.C. MILLER, *Origins of the American Revolution*, Boston, Little, Brown and Company, 1943. Voir aussi, pour un aperçu succinct, les ouvrages du célèbre historien américain Henry Steele Commager dans la collection *Book for Young Americans*. H.S. COMMAGER, *The Great Declaration*, New York, Eastern Acorn Press, 1982; H.S. COMMAGER, *The Great Constitution*, New York, Eastern Acorn Press, 1982.

droits individuels inaliénables[237]. Deuxièmement, la *protection de la propriété privée*[238] et son rapport avec la protection de ce qui est privé au regard de ce qui est public. Troisièmement, la *limitation des pouvoirs étatiques* («limited government»), avec comme corollaire l'assujettissement du pouvoir exécutif à la loi («the law of the land»)[239]. Quatrièmement, l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant du pouvoir exécutif avec la responsabilité de protéger les lois fondamentales, et son corollaire l'idée que les tribunaux peuvent refuser

---

[237] Pour Roscoe Pound, il ne fait aucun doute, comme en témoigne le prologue de la *Déclaration des droits de 1776* et le *Bill of Rights* de 1791, que le Constituant américain a voulu incorporer les «common-law rights of Englishmen» dans la Constitution américaine. Le prologue de la *Déclaration de 1776* affirme: «Whereupon the Deputies so appointed being now assembled in a full and free representation of these colonies, taking into their most serious consideration the best means of attaining the ends aforesaid, do in the first place, as Englishmen, their ancestors, in like cases have usually done, for asserting and vindicating their rights and liberties declare their claim to the legal rights of free natural born subjects, to the common law, to trial by jury, and to assemble peaceably to consider grievance and petition for redress». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 75-76.

[238] Historiquement l'expression «propriété» a deux sens. Le premier désigne l'ensemble des capacités, possibilité, facultés dont jouit inconditionnellement un individu. Le second, un sens beacoup plus restreint, porte essentiellement sur les biens nécessaires à la conservation, à la jouissance et au développement de l'individu. Les deux acceptions de l'expression propriété constituent un droit naturel fondamental puisqu'il constitue le moyen le plus efficace d'assurer le bonheur des individus. Dans son ouvrage consacré à l'idéologie libérale, le professeur Vachet de l'Université d'Ottawa affirme que Locke avait adopté ce premier sens général: «Nous pouvons donc conclure que pour le libéralisme la propriété privée dans toutes ses formes jouit du caractère privilégié de droit naturel lié au droit à la conservation et au bonheur qui impliquent nécessairement le droit aux moyens requis pour les assurer. La propriété dérive de ce droit primordial et, en quelque sorte, s'y identifie, car les moyens nécessairement liés à une fin participent à ses propriétés». Voir A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 226-229.

[239] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, Roscoe Pound affirmait ce qui suit: «Another characteristic idea of our American constitutional polity is expressed in the clause of the *Constitution*, repeated in constitutions of the states, that it is the supreme law of the land. This idea, which goes back to the medieval teaching and decision as to the law of the land and due process of law, as developed by Coke, has made the *Bill of Rights* an effective instrument for its purpose». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 96.

d'appliquer les lois qui contreviennent aux lois fondamentales[240]. Ces quatre idées maîtresses poseront les jalons de ce qui deviendra la doctrine du *constitutionnalisme* selon laquelle «all laws, statutes, ordinances, and clauses in any statute and ordinance, to the contrary of the aforesaid liberty shall be esteemed null and void»[241].

En somme, l'idée essentielle du *constituant* américain était que «[l]'individu préexiste à l'État, sa liberté ne doit rien à l'État; elle s'exprime dans des droits qui sont énoncés dans les dix premiers amendements à la Constitution» (*Bill of Rights*). Selon Georges Burdeau, à l'époque où elles ont été formulées, les garanties constitutionnelles étaient inspirées par le souci d'éviter que l'autonomie des personnes ne soit compromise par la maladresse et l'arbitraire du pouvoir[242]. En fait, peu importe la justification doctrinale que l'on favorise, il ne fait aucun doute que le dogme fondamental du libéralisme, consacré par la doctrine du *constitutionnalisme*, consiste en cette reconnaisssance du caractère limité des pouvoirs étatiques[243]. La doctrine du

---

[240] Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 77-78.

[241] R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 62.

[242] G. BURDEAU, *Le Libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 38.

[243] Georges Burdeau et Roscoe Pound partagent le même avis à ce sujet. Pour Burdeau: «[c]'est la loi qui définit les limites de la liberté en empêchant qu'elle puisse nuire à la liberté d'autrui. Cette condition suffit, à elle seule, à restreindre le rôle de l'État puisque ses interventions ne sont légitimes que dans la mesure où elles sont nécessaires à l'exercice de la liberté de tous. On reconnaît dans cette conception restrictive de l'activité de la puissance politique un des dogmes du libéralisme. Quant à Roscoe Pound, il affirmait ce qui suit: «[A] reservation of the individual of certain fundamental reasonable expectations involved in life in a civilized society and a freedom from arbitrary and unreasonable exercise of power and authority of those who are designated or chosen in a politically organized society to adjust relations and order conduct, and so are able to apply the force of that society to individuals». Voir G. BURDEAU, *Le Libéralisme*, Paris,

constitutionnalisme, et son corollaire le principe de la primauté du droit, est le fruit d'un lourd héritage, ponctué d'âpres luttes, qui a vu la raison vaincre l'arbitraire.

À notre avis, lorsque la Cour suprême du Canada affirme, comme l'ont fait le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd. (1985)*[244] et le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (1987)*[245], que les garanties constitutionnelles doivent s'interprétrer de façon large et libérale en tenant compte de la tradition constitutionnelle et des contextes linguistiques, philosophiques et historiques, c'est notamment à cet héritage anglo-américain qu'elle réfère. Ayant délimité les contextes historiques et philosophiques des

---

Seuil, 1979, 38; R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 1.

[244] Dans *Big M Drug Mart Ltd. (1985)*, le juge Dickson affirmait ce qui suit: «À 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 larges 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 ou des 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 canadienne*. 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 canadienne* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que par conséquent, comme l'illustre l'arrêt *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». Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344.

[245] Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) (1987)*, le juge McIntyre faisait cette affirmation: «Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte canadienne* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe qu'elle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société». Voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 394.

garanties constitutionnelles, il nous reste à examiner si leur interprétation par la Cour suprême du Canada correspond à cet énoncé. Mais avant, il importe de considérer succinctement les principes généraux gouvernant l'interprétation des droits constitutionnels.

3.2. L'interprétation des droits constitutionnels

Ni la *Charte canadienne* ni le *Bill of Rights*, on l'a vu, ne comporte d'énonciation du droit au respect de la vie privée. Pourtant, cette absence d'énonciation spécifique n'a pas empêché la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême du Canada de reconnaître et de consacrer l'existence d'un droit constitutionnel au respect de la vie privée. Cette reconnaissance jurisprudentielle du droit constitutionnel au respect de la vie privée soulève donc la question de l'étendue du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois et, surtout peut-être, celle de sa légitimité. Nous tenterons donc d'identifier, après avoir examiné les différentes méthodes d'interprétation des droits constitutionnels (2.1.), l'approche interprétative adoptée par la Cour suprême du Canada (2.2.).

(a) Les méthodes d'interprétation des droits constitutionnels

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, il est incontestable que le régime constitutionnel canadien, en rupture avec la tradition anglaise qui faisait du principe de la souveraineté parlementaire un dogme quasi absolu, s'est rapproché du modèle constitutionnel américain en ce que les tribunaux ont, depuis cette date, la tâche d'appliquer et d'interpréter les droits et libertés

fondamentaux enchâssés dans la *Charte canadienne*. Désormais, à l'instar du système politique américain, le système politique canadien repose sur la doctrine du *constitutionnalisme*, c'est-à-dire sur le principe qui consacre la suprématie du droit et qui fait des tribunaux le gardien de la Constitution et le protecteur des droits fondamentaux des individus. Ainsi, les actes émanant du pouvoir législatif (le Parlement) et du pouvoir exécutif (le gouvernement) sont dorénavant assujettis au contrôle du pouvoir judiciaire[246].

Dans sa thèse de doctorat publiée subséquemment sous le titre de *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*[247], Jacques Gosselin constate que désormais la suprématie du pouvoir judiciaire dans l'appréciation des textes constitutionnels ne souffrirait que de peu d'exceptions. Il identifiait quatre cas où la suprématie du pouvoir judiciaire pouvait être, pour ainsi dire, contournée : les amendements constitutionnels[248], la doctrine des questions

---

[246] Dans *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte (1991)*, Jacques Gosselin affirmait ce qui suit: «Ce rôle de gardien de la Constitution, que jouent les tribunaux dans le régime constitutionnel américain, en est une caractéristique essentielle». Alors qu'au Canada, le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois a été expressément consacré, aux États-Unis, la *Cour Marshall (1801-1836)* s'est elle-même attribué cette compétence dans l'arrêt *Marbury (1803)*. Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 126. Voir aussi *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 52; *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803);

[247] Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991.

[248] Les amendements à la Constitution doivent être faits en suivant la procédure d'amendement. Aux États-Unis, la procédure de modification est édictée à l'article Cinq de la *Constitution*, lequel prévoit que l'initiation d'une convention qui vise à apporter une modification constitutionnelle doit être appuyée par les deux tiers des membres des deux chambres du Congrès ou des États membres. La proposition d'amendement constitutionnelle doit être ratifiée par les trois quarts des États membres. Au Canada, bien qu'il y ait plusieurs formules de modifications constitutionnelles, la procédure normale de modification se retrouve à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 38 consacre la «formule 7/50» selon laquelle, en plus

politiques[249], l'exercice du pouvoir de retrait par le Congrès américain[250] et la nomination des juges à la Cour suprême[251]. Si la question de la légalité du pouvoir de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis de contrôler la constitutionnalité des lois est aujourd'hui incontestable, son étendue et sa légitimité soulèvent plus que jamais de vives controverses.

---

des résolutions des deux chambres du Parlement, une modification constitutionnelle ne pourra survenir que si les deux tiers des provinces dont la population représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces adoptent une résolution en ce sens. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, arts. 38-49. Voir aussi *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1.

[249] Suivant la *doctrine des questions politiques*, le pouvoir judiciaire doit s'abstenir de contrôler la constitutionnalité de certains actes du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif parce que ceux-ci sont plus en mesure de le faire que le pouvoir judiciaire, étant donné que la réponse à la question en litige ne peut être juridique mais uniquement politique. Au Canada, l'application de cette doctrine a été rejetée par la Cour suprême pour être substitué par à un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Aux États-Unis, voir *Goldwater* c. *Carter*, 444 U.S. 996 (1979); *O'Brien* c. *Brown*, 409 U.S. 1 (1972); *Powell* c. *McCormack*, 395 U.S. 486 (1969); *Baker* c. *Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Au Canada, voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif au régime d'asistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Operation Dismantle* c. *R.* [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

[250] Aux États-Unis, le retrait de certaines questions par le Congrès est spécifiquement prévu par le pargaphe 2 de l'article III de la *Constitution*. Cette disposition permet au Congrès de retirer de la juridiction de la Cour les questions qui, selon son estimation, ne devraient pas être l'objet de l'appréciation judiciaire. Jamais utilisé au cours des cent dernières années, ce pouvoir de retrait serait tombé en désuétude. Au Canada, la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne* permet au Parlement ou à l'assemblée législative d'une province de se soustraire expressément à l'application de l'article 2 ou 7 à 15 de la *Charte canadienne*.

[251] Cet outil de contrôle dépend toutefois de plusieurs facteurs aléatoires, à savoir le décès ou le départ d'un juge. Aussi, malgré la «procédure inquisitoriale» effectuée par le Sénat avant la nomination des juges à la Cour suprême des États-Unis, l'attitude ou la philosophie judiciaire qu'adoptera un juge après sa nomination ira parfois à l'encontre des attentes du Président. À titre d'illustration, on peut mentionner cette anecdote racontée par le Président Eisenhower. On lui demandait, à la fin de son mandat de 1961, s'il avait commis des erreurs au cours de sa présidence. À la surpise de son interlocuteur, il répondit par l'affirmative en ajoutant: «I made only two mistakes and they still sit on the bench [de la Cour suprême]». Il est incontestable que le Président Eisenhower avait en tête les noms du juge en chef Earl Warren, qui a présidé l'une des périodes les plus activistes de la Cour suprême, et le juge William J. Brennan Jr., qui est devenu l'un des juges les plus activistes de la Cour. Voir R. DWORKIN, *Freedom's Law — The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, 5.

Poser la question de la légitimité du pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux, c'est se demander qui doit décider des questions politiques controversées: les juges nommés à vie qui n'ont de compte à rendre à personne ou les représentants élus de la population? Ne serait-il pas plus juste que les décisions concernant les grands enjeux de la société soient prises par des personnes élues représentant la majorité de la population? Les juges ne devraient-ils pas considérer la volonté clairement exprimée par le législateur lorsqu'ils interprètent les garanties constitutionnelles?

Certains, comme Alexander Bikel — dans *The Least Dangerous Branch (1962)*[252] — répondent à ces questions par l'affirmative et dénoncent l'étendue du pouvoir de la Cour suprême alors que d'autres, comme Ronald Dworkin

---

[252] Dans *The Least Dangerous Branch (1962)*, Bickel affirmait ce qui suit: «When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. Nothing [...] can alter the essential reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy». Un mouvement important de la doctrine américaine dénonce cette prééminence du pouvoir judiciaire dans le système politique américain, en ce qu'elle ne serait pas conforme au système de poids et de contrepoids qu'ont voulu instaurer le *constituant* américain. Pour Agresto, la philosophie qui animait les délégués de la Convention de Philadelphie était non seulement que la liberté exigeait une forme de gouvernement qui soit issue de la volonté populaire mais aussi l'idée que tout exercice de pouvoir devait être contrôlé. S'inspirant d'une proposition de James Madison lors de la rédaction de la Constitution, il suggère qu'un amendement soit fait à la Constitution américaine afin que les décisions constitutionnelles de la Cour suprême soient assujetties à un veto du Congrès, un peu comme le Congrès, qui par une majorité qualifiée, peut renverser le veto du Président. Voir A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New York, Bobbs-Merrill, 1962, 16-18; J. AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1984, 10. Voir aussi G.V. JACOBSON, *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1986; L.A. GRAGLIA, «Constitutional Mysticism — The Aspirational Defense of Judicial Review» (1985) 98 *Harvard Law Review* 1331; S.A. BARBER, *On What the Constitution Means*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1984.

dans *Taking Rights Seriously (1977)*[253], s'accordent à dire que l'interprétation des droits constitutionnels est inéluctable dans la mesure où la formulation des garanties constitutionnelles — bien que certaines d'entres elles puissent être relativement «précises» — est généralement ouverte de telle sorte que les tribunaux puissent adopter des «principes judiciaires» à la lumière de principes moraux contextuels. Or, la reconnaissance ou la négation d'un idéal moral revêt une importance particulière quant à l'interprétation du droit au respect de la vie privée puisque celui-ci, au risque de nous répéter, ne fait pas l'objet, ni dans le *Bill of Rights* ni dans la *Charte canadienne*, d'énonciation spécifique. De fait, son existence découle essentiellement de sa consécration par la Cour suprême des États-Unis et par la Cour suprême du Canada.

Plusieurs courants doctrinaux ont tenté de justifier la légitimité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. En excluant l'inclassable mouvement des *Critical Legal Studies*[254], on pourrait conceptualiser, pour les fins de notre

---

[253] Dans *Taking Rights Seriously (1977)*, Ronald Dworkin affirmait — s'inspirant sans doute de John Stuart Mill qui indiquait que le propre d'une démocratie libérale est de se prémunir contre la dictature de la majorité — ce qui suit: «The Constitution and particularly the *Bill of Rights*, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest». Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, 133.

[254] Pour les partisans des «Critical Legal Studies», la réalisation de l'idéal constitutionnel n'est pas seulement la tâche du pouvoir judiciaire, mais aussi des pouvoirs législatif et exécutif. Bien que diverses tendances caractérisent ce mouvement, certaines caractéristiques communes, dont celle de la remise en question de la pensée néo-libérale — qui se fonde sur l'autonomie individuelle — et le fait que les partisans des «Critical Legal Studies» suggèrent une transformation de l'ordre social, politique et économique unissent leur pensée. Cette transformation, qui ne peut se faire que par la «déconstruction» des structures juridiques actuelles, lesquelles ne font que perpétuer les inégalités, se fonde sur trois axiomes: le précepte selon lequel une procédure équitable et une décision motivée équivalent à la justice; l'idée suivant laquelle le processus contradictoire permet de découvrir la vérité; le postulat voulant que l'expertise du pouvoir judiciaire conduise à une décision sage. De fait, ce n'est pas tant la justification de la légitimité

propos, ces différentes doctrines en adoptant une approche dualiste qui distingue les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire (1.) de ceux qui, au contraire, préconisent la doctrine de l'activisme judiciaire (2.).

1. La retenue judiciaire

La doctrine de la retenue judiciaire, au sens où nous l'entendons, comprend la *méthode historiciste* et la *méthode circonspecte*. De façon générale, les partisans de la retenue judiciaire considèrent que les textes constitutionnels ne comportent pas d'idéal moral et, en conséquence, les individus n'ont pas de droits moraux à faire valoir contre l'État[255]. Bien que

---

du pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux qui préoccupent les tenants des «Critical Legal Studies» que la répudiation de la structure juridique néo-libérale. Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 144-147,199-223. Aux États-Unis, voir généralement M. TUSHNET, *Red, White and Blue — A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988; M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; J. LEUBSDORF, «Deconstructing the Constitution» (1987) 40 *Stanford Law Review* 181; R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986; D. KENNEDY et K.E. KLARE, «A Bibliography of Critical Legal Studies» (1984) 94 *Harvard Law Review* 461; M. TUSHNET, «Critical Legal Studies and Constitutional Law — An Essay of Deconstruction» (1984) 36 *Stanford Law Review* 623; A. HUTCHINSON et P. MONAHAN, «Law Politics and Critical Legal Scholars — The Unfolding Drama of American Thought» (1984) 36 *Standford Law Review* 199; G.E. WHITE, «The Inevitability of Critical Legal Studies» (1984) 36 *Stanford Law Review* 649; J.E. BICKENBACH, «CLS and CLS-ers» (1984) 9 *Queen's Law Journal* 263. D. KENNEDY, «The Structure of Blackstone's Commentaries» (1979) 28 *Buffalo Law Review* 205. Au Canada, voir généralement M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996; A.C. HUTCHINSON, *Dwelling On the Threshold — Critical Essays on Modern Legal Thought*, Toronto, Carswell,1988; A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, «Private Rights/Public Wrongs — The Liberal Lie of the Charter» (1988) 38 *University of Toronto Law Journal* 278; A.W. MACKAY, «Judging and Equality — For Whom Does The Charter Toll?» (1986)10 *Dalhousie Law Journal* 35.

[255] Pour Dworkin, il y a deux formes antagonistes et incompatibles de retenue judiciaire: le scepticisme («skepticism») et la déférence («judicial deference»). La théorie sceptique attaque l'activisme judiciaire à sa base même en prétendant qu'il n'y a pas d'idéal moral et que les particuliers n'ont pas des droits moraux à faire valoir contre l'État. L'un des plus grands défenseurs de la théorie sceptique est incontestablement le juge Learned Hand qui, dans un exposé — publié l'année suivante sous le titre The *Bill of Rights (1958)* — fait à *The Oliver Wendell Holmes Lectures*

sensible au mouvement du *Legal Realism*[256] — selon lequel on ne saurait nier l'influence de facteurs extrinsèques au texte constitutionnel et plus particulièrement la considération des facteurs sociaux — les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire sont résolument *positivistes*[257]. Ils considèrent que les tribunaux doivent céder le pas aux décisions des autres branches du gouvernement, à moins que les décisions ne contreviennent directement à une garantie constitutionnelle spécifique et qu'il ne peut y avoir d'autres

---

de l'Université Harvard en 1957, affirmait que les revendications à un idéal moral ne représentaient rien de plus que les préférences des juges. Si les juges de la Cour suprême justifient leurs décisions sur cette base — citant l'arrêt *Brown (1954)* — plutôt que de s'appuyer sur les droits constitutionnels ou sur le droit positif, ils usurpent le pouvoir des gens élus. Voir *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); L. HAND, *The Bill of Rights*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1958. Voir aussi R. DWORKIN, *Freedom's Law — The Moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, 1-38; R. DWORKIN, *Laws Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, 72-115, 355-399.

[256] Aux État-Unis, le mouvement du *Legal Realism* s'élevait contre la doctrine du *Classical Legal Thought*. Simplement exprimé, on peut affirmer que le *Legal realism* se caractérisait par son affirmation voulant que la normativité juridique soit indissociable des facteurs sociaux. Voir M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law (1870-1960)— The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 169-246. Voir généralement; T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995; C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers—Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1974 (1959). Voir aussi C. LLEWELLYN, «Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound» (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222; R. POUND, «The Call for a Realist Jurisprudence» (1931) 44 *Harvard Law Review* 697; B.N. CORDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1921; R. POUND, «Law Books in Action» (1910) 44 *American Law Review* 12; O.W. HOLMES, «The Path of Law» (1896) 10 *Harvard Law Review* 472; O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881.

[257] Les positivistes s'opposent à la théorie des droits naturels et établissent une séparation stricte entre le droit et la morale. Voir généralement T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995; C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers — Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1974 (1959). Voir aussi H. KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991; D. LYONS, *In the Interests of the Governed*, Oxford, Oxford University Press, 1991; J. DINWIDDY, *Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1989; G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1989; F. ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1983; H.L..A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

interprétations possibles. Inutile de préciser qu'ils considèrent que la reconnaissance de certains droits innomés — dont le plus important est incontestablement le droit au respect de la vie privée — par les juges de la Cour suprême n'est qu'une usurpation des pouvoirs des autres branches du gouvernement. On peut distiguer deux méthodes d'interprétation des droits constitutionnels au sein des partisans de la retenue judiciaire: la *méthode historiciste* et la *méthode circonspecte*.

La *méthode historiciste,* au sens où nous l'entendons, regroupe la méthode textuelle («strict constructionalism») et la méthode qui vise la recherche de l'intention originelle («originalism»). La méthode textuelle veut que l'interprétation de la Constitution se fasse exclusivement en fonction du libellé des garanties constitutionnelles[258]. Pour les «strict constructionnists», les termes de la Constitution expriment l'étendue du consentement de la population et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est légitime en autant qu'il s'en tient au sens littéral des garanties constitutionnelles et que les tribunaux n'invalident que les lois qui y contreviennent directement. La décision de la Cour *Taft (1921-1930)* — dans l'arrêt *Olmstead (1928)*[259] — est illustrative

---

[258] Cette méthode historiciste doit être distinguée de l'école américaine, proposée par Philipp Bobbitt dans *Constitutional Interpretation (1991)*, connue sous le nom d'*historicism*, laquelle est analogue et se confond avec l'approche originaliste et se confond parfois avec l'approche textuelle en ce qu'elle se réfère à un texte constitutionnel précis. Voir P. BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

[259] Dans *Olmstead (1928)*, le juge Taft s'exprimait ainsi: «The Amendment itself shows that the search is to be of material things — the person, the house, his papers or his effects. The Amendment does not forbid what was done for there was no seizure. The evidence was secured by the sense of hearing and that only. There was not entry of the houses. The language of the Amendement cannot be extended and expanded». Voir *Olmstead c. United States,* 277 U.S. 438, 464 (1928).

de cette méthode.

La variante la plus populaire de cette méthode d'interprétation est probablement la méthode qui vise la recherche de l'intention originelle — que la doctrine américaine a qualifié d'«originalism» — suivant laquelle, pour demeurer légitime, les tribunaux doivent donner au texte constitutionnel une interprétation qui reflète l'intention particulière qu'en avait le *constituant* américain au moment de l'adoption du texte constitutionnel[260]. L'intention première du *constituant* demeure donc la seule source légitime pour l'interprétation judiciaire. Cette vision restrictive de l'interprétation des droits constitutionnels a déjà été exprimée par l'actuel juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, William H. Rehnquist, dans un article au titre évocateur intitulé *Is An Expanded Right of Privacy Consistent With Fair and Effective Law Enforcement? Or, Privacy, You've Come A Long Way, Baby (1974)*[261]. Comme on pourra le constater dans les prochains chapitres, cette vision restrictive semble prévaloir et ressort clairement des principes judiciaires établis par la *Cour Rehnquist (1986-)*. L'illustration jurisprudentielle américaine la plus célèbre de

---

[260] Dans la période de l'après-guerre, le juge Hugo Black se fera le défenseur de cette méthode. Pour lui, certaines garanties constitutionnelles, comme le Premier Amendement, prévoit des «absolus» qui ne saurait laisser de place à l'interprétation. Il reconnaît cependant que la polysémie de certaines expressions, comme par exemple la garantie constitutionnelle du Huitième amendement contre les peines cruelles et inusitées, donnerait plus de latitude à l'interprète. Voir généralement R. BERGER, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation» (1988) 73 *Cornell Law Review* 350; R. BERGER, *Federalism: The Founder's Design*, Norman (Okl.), University of Oklahoma Press, 1987; R. BERGER, *Government by Judiciary — The Transformation of the Fourtheenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977. Voir aussi R.K. NEWMAN, *Hugo Black — A Biography*, New York, Pantheon Books, 1994.

[261] W.H. REHNQUIST, «*An Expanded Right of Privacy Consistent With Fair and Effective Law Enforcement? Or, Privacy, You've Come A Long Way, Baby*» (1974) 23 *Kansas Law Review* 1. Voir aussi A. SCALIA, «Originalism: The Lesser Evil» (1980) *57 University of Cincinnati Law Review* 1175; R. BORK, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems» (1971) 47 *Indiana Law Journal* 1.

cette méthode est incontestablement la décision de la *Cour Taney (1836-1864)* dans l'arrêt *Dred Scott (1856)*[262]. L'arrêt *Bowers (1986)*[263] rendu par la *Cour Rehnquist (1986-)* est l'arrêt récent le plus illustratif de cette méthode. Au Canada, cette méthode d'interprétation des droits constitutionnels a été appliquée dans le *Renvoi sur la signification du mot personne (1928)* dans lequel la *Cour Anglin (1924-1933)* a statué qu'une femme n'était pas une personne au sens de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[264].

---

[262] L'arrêt *Dred Scott (1857)* est incontestablement l'un des arrêts les plus importants de l'histoire constitutionnelle américaine en ce qu'il a précipité la guerre de sécession. Dans cette affaire la *Cour Taney (1836-1864)* avait statué qu'un esclave n'était pas un citoyen des États-Unis au sens de la Constitution. Il aurait fallu une guerre et l'adoption des Treizième et Quatorzième amendement en 1865 et 1866 pour répudier cette décision qualifiée de «most infamous case» de la Cour suprême des États-Unis. Paradoxalement, on doit aussi à la *Cour Taney (1836-1864)* l'arrêt *The Amistad (1841)*, dans lequel la Cour suprême avait rendu la liberté à des esclaves introduits illégalement aux États-Unis. Voir *Scott* c. *Sandford*, 60 U.S. 393 (1857); *The Amistad*, 40 U.S. 518 (1841).

[263] *Bowers* c. *Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Dans cet arrêt la *Cour Rehnquist (1986-)* a indiqué que la détermination de la constitutionnalité d'une loi de la Georgie adoptée en 1896, laquelle prohibait la sodomie — définie largement de façon à inclure toutes relations sexuelles, indifféremment du sexe des partenaires ou de leur statut matrimonial, ne visant pas strictement la procréation — devait être faite en fonction de l'intention originelle du *constituant* au moment de l'adoption du Quatorzième amendement en 1866.

[264] Dans *Renvoi relatif à la signification du mot personne (1928)*, la *Cour Anglin (1924-1933)* a statué qu'une femme n'était pas une personne au sens de l'article 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge en chef Anglin affirmait ce qui suit: «But, in s. 11, which provides for the constitution of the new Privy Council for Canada, the word "persons", though unqualified, is probably used in the more restricted sense of "male persons". For the public offices thereby created women were, by the common law, ineligible and it would be dangerous to assume that the use of the ambiguous term "person" the Imperial Parliament meant in 1867 to bring about so cast a constitutional change affecting Canadian women, as would be involved in making them eligible for selection as Privy Councillors». Cette décision sera renversée par le Comité judiciaire du Conseil privé de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Edwards (1930)*. Voir *Renvoi relatif à la signification du mot personne de l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867*, [1928] R.C.S. 276, 287 (j.c. Anglin), inf. par *Edwards* c. *Canada*, [1930] A.C. 124.

La *méthode circonspecte* quant à elle prend en considération les effets pratiques des décisions ou encore la conformité du résultat avec l'opinion publique. Les partisans de la méthode circonspecte considèrent que les tribunaux devraient adopter, de façon générale, une interprétation littérale des textes constitutionnels sauf en ce qui à trait à la réalisation de certains objectifs. Ainsi, la légitimité du pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois ne se justifierait que lorsque les décisions des tribunaux refléteraient ces objectifs. Dans *Constitutional Interpretation (1991)*[265], Philip Bobbitt identifie une méthode qu'il qualifie de «prudential» qui prend en considération les effets pratiques des décisions[266]. Dans *Democracy and Distrust : A Theory for Judicial Review (1980)*[267], John Hart Ely considère qu'en interprétant les garanties constitutionnelles, les tribunaux doivent adopter une interprétation littérale du texte constitutionnel à moins que les dispositions de la législation examinée ne mettent en péril le processus démocratique[268]. Ainsi, un certain activisme

---

[265] Dans *Constitutional Interpretation(1991)*, Phillip Bobbitt propose une classification qui comporte six méthodes d'interprétation distinctes; la méthode historique («historical»); la méthode textuelle («textual»); la méthode structurelle («structural»); la méthode doctrinale («doctrinal»); la méthode éthique («ethical») et la méthode circonspecte («prudential»). Voir P.BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

[266] Dans la première partie du XX^{e} siècle, les arguments de circonspection ont été associés avec les doctrines qui visaient à protéger les positions politiques de la Cour suprême. Ce type d'argument a été introduit par le juge Brandeis dans l'arrêt *Ashwander (1936)*. Voir *Ashwander c. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936). Voir aussi *Home Building Association and Loan Association c. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934). La crise économique et la *Dépression* des années trente ont justifié l'énonciation de cette méthode qui prend en considération les effets pratiques des décisions. Selon Bobbitt, cette approche n'est pas limitée aux situations de crises et d'urgence mais s'applique aussi aux situations factuelles qui peuvent jouer sur les politiques économiques. Voir P. BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

[267] J.H. ELY, *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

[268] Selon lui le processus démocratique est mis en péril lorsque le système politique ne remplit pas ses fins en permettant l'adoption d'une loi indésirable ou encore la violation des droits des minorités. Voir J.H. ELY, *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review*, Cambridge

judiciaire ne se justifierait que dans la mesure où, confiné à l'aspect procédural, il permettrait aux individus de débattre adéquatement des questions d'intérêt public. *L'arrêt Carolene Products (1938)*[269] est illustratif de cette méthode.

Au Canada, le professeur Monahan, de l'Université York (*Osgoode Hall*) propose une méthode d'interprétation analogue à celle proposée par Ely. À l'instar d'Ely, le professeur Monahan considère que la légitimation du pouvoir judiciaire procède du renforcement de la participation — qui s'effectue par le biais des garanties procédurales — des individus au processus démocratique. Dans *Politics and the Constitution (1987)*[270], il rejette l'interprétation néo-libérale — qui consiste à concevoir les libertés individuelles comme créant autour de chaque individu une zone d'autonomie personnelle où toute action de l'État

---

(Mass.), Harvard University Press, 1980, 101-102. Voir aussi P. BREST, «The Fundamental Rights Controversy — The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship» (1981) 90 *Yale Law Review* 1063, 1092-1093.

[269] *United States* c. *Carolene Products Co.* , 304 U.S. 144 (1938). Voir aussi B. A. ACKERMAN, «Beyond Carolene Product» (1985) 98 *Harvard Law Review* 713.

[270] Dans *Politics and the Constitution (1987)*, le professeur Monahan affirmait ce qui suit: «According to the conventional view, liberty is a zone of prepolitical autonomy [...]. State regulation represents public «intervention» into this private realm and is therefore to be regarded with suspicion. But it turns out that the central elements of this private realm — property, contract and the market — either depend upon or assume the intervention of the state». Le professeur Monahan considère qu'il n'y a pas nécessairement d'antinomie entre le pouvoir d'intervention de l'État et la protection des libertés individuelles. En interprétant la *Charte canadienne*, les tribunaux devraient tendre vers la réalisation d'un idéal démocratique — qui se réaliserait par le biais de l'article premier — en protégeant les assises des démocraties libérales telles le droit d'association, la liberté d'expression et les droits à l 'égalité et en suscitant la discussion autour des enjeux fondamentaux de la société. L'idéal démocratique canadien comprendrait deux aspects : la défense et la promotion de la participation et de l'accès égal de tous les membres de la société au processus politique et la possibilité de remettre en question les structures et les arrangements à l'intérieur de la société. Voir P. MONAHAN, *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987, 249-251. Voir aussi A. PETTER, «The Politics of the Charter» (1986) 8 *Supreme Court Law Review* 473; H.S. FAIRLEY, «Enforcing the Charter — Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review» (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 217.

est *a priori* conçue comme coercitive — que la Cour suprême du Canada aurait donné à la *Charte canadienne* en précisant que, contrairement au *Bill of Rights*, la *Charte canadienne* comporte une dimension collective ou communautaire.

Dans *The Least Dangerous Branch (1962)*[271], ouvrage qui aura une influence considérable sur la doctrine américaine, Alexander Bickel propose une conception apparentée qui suggère que la légitimité du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ne se justifierait que lorsque les décisions des tribunaux, à cause de leur caractère non représentatif, reflètent un consensus existant dans la population. S'il n'est pas possible pour les tribunaux d'atteindre ce consensus, ils devraient s'abstenir — acte qu'il qualifie de «passive virtue» — de se prononcer sur les garanties constitutionnelles. Au Canada, dans un article intitulé *The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms (1987)*[272], le professeur Ann Bayefski propose une méthode d'interprétation qui s'inspire largement de celle proposée par Bickel.

2. L'activisme judiciaire

La doctrine de l'activisme judiciaire, au sens où nous l'entendons, comprend la *méthode idéaliste* et la *méthode pragmatique*. Les partisans de l'*activisme judiciaire* considèrent que les individus, détenteurs des pouvoirs

---

[271] Voir A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New York, Bobbs-Merrill, 1962.

[272] A. BAYEFSKY, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 791.

résiduels, ont des droits moraux à faire valoir contre l'État et que les tribunaux peuvent adopter des principes judiciaires à la lumière de principes moraux contextuels. Ainsi, l'interprétation des droits constitutionnels est inéluctable dans la mesure où la formulation des garanties constitutionnelles — bien que certaines d'entre elles puissent être relativement «précises»[273] — est généralement ouverte et font appel à des standards moraux contextuels. Bien que les distinctions entre les différentes méthodes d'interprétation soient plus ornementales que dans le cas des partisans de la retenue judiciaire, on peut distinguer deux méthodes : la *méhode idéaliste* et la *méthode pragmatique*.

Le représentant le plus marquant — celui ayant la conception la plus structurée en ce qui à trait à la justification de la légitimité du pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois — de la *méthode idéaliste* est incontestablement le professeur Ronald Dworkin de l'Université d'Oxford. Dans *Taking Rights Seriously (1977)*[274], il affirmait qu'en choisissant de libeller les dispositions du *Bill of Rights* avec des concepts, plutôt qu'en adoptant une conception spécifiquement déterminée, le *constituant* américain avait affirmé sa volonté que les garanties constitutionnelles puissent s'adapter à l'évolution de la société[275]. Il est impératif, soutient-il, de garder à l'esprit cette distinction

---

[273] Pour les tenants de l'activisme judiciaire, la différence entre les droits nommés et les droits innomés relève davantage de la sémantique puisque cette conception n'est qu'une appellation créée par les constitutionnalistes pour exprimer une conception. Dans la mesure où l'on admet que le *Bill of Rights* américain ou la *Charte canadienne* édicte des principes moraux abstraits qui traduisent l'idéal politique de la société, la question de savoir si l'on retrouve un énoncé textuel spécifique devient superfétatoire.

[274] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

[275] Il faut préciser toutefois que ce ne sont pas toutes les dispositions du *Bill of Rights* ou de la *Charte canadienne* qui réfèrent à des principes moraux abstraits. À titre d'illustration, le Troisième amendement à la Constitution américaine ne comporte pas un principe général

essentielle que les philosophes ont fait entre un concept et une conception[276]. Il réfute les méthodes d'interprétation favorisant la retenue judiciaire, en ce qu'elles offrent une conception beaucoup trop étroite de la portée des droits constitutionnels en la cristallisant au texte ou à l'intention présumée des auteurs de la Constitution. La formulation de ces garanties a été délibérément choisie et soigneusement libellée par les auteurs de la Constitution. Fruit de compromis entre différentes tendances politiques ou philosophiques, certaines garanties constitutionnelles ont étés volontairement adoptées en utilisant une formulation équivoque et imprécise[277].

---

consacrant le droit à la vie privée. Il ne protège la vie privée que d'une manière incidente, c'est-à-dire lorsqu'en temps de paix, des soldats logent dans la résidence d'un individu sans son consentement. Au Canada, les garanties constitutionnelles relatives aux langues officielles et au droit à l'instruction dans la langue de la minorité laissent peu de place à l'insertion d'éléments moraux. Ce commentaire doit cependant être mis en perspective avec cette distinction surprenante que faisait le juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens (1986)* selon laquelle le droit d'employer la langue officielle de son choix dans les affaires saisies par un tribunal ne comportait pas le droit d'être entendu par les membres de ce même tribunal. Voir *Société des Acadiens du Nouveau-brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549. Voir cependant *R. c. Beaulac*, (n° 26416) (20 mai 1999). Voir aussi R. BILODEAU, «Une analyse critique de l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau Brunswick* et l'avenir précaire du bilinguisme judiciaire au Canada» (1986-87) 32 *Revue de droit de McGill* 232.

[276] Dans *Taking Rights Seriously (1977)*, le professeur Dworkin exprime cette distinction qu'il faut faire entre une conception et un concept de la manière suivante: «But the theory of meaning in which this argument depends is far too crude; it ignores a distinction that philosophers have made but lawyers have not yet appreciated. Suppose I tell my children simply that I expect them not no treat other unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my "meaning" was limited to these examples, for two reasons. First, I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that later; in that case I should want to say that my instructions covered that case he cited, not that I have change my instructions. I might say that I meant the family guided by the concept of fairness, not by any specific conception of fairness I might have had in mind. Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, 134.

[277] Dans son ouvrage intitulé *The American Supreme Court (1960)*, le professeur McCloskey, affirmait ce qui suit: «We have seen that both the meaning of the Constitution and the nature of the Supreme Court's authority were left in doubt by the framers, that circumstances

Accepter l'idée que l'interprétation des garanties constitutionnelles doive correspondre à l'intention présumée de ses auteurs équivaudrait à fixer son interprétation à une époque révolue ou, en utilisant une métaphore, soutenir que les juges sont limités à la considération d'une photographie, volontairement floue, prise il y a de cela — en ce qui concerne le *Bill of Rights* — plus de deux siècles. Les tribunaux doivent, au contraire, jouir d'une large marge de manoeuvre afin de réaliser pleinement l'objet des garanties constitutionnelles. Agissant sous la dictée de principes — plutôt que sous l'impulsion des pressions populaires momentanées — les tribunaux et les juges qui les composent constituent le seul forum jouissant de l'indépendance essentielle à la protection et à la préservation de certains droits fondamentaux. C'est à cette nécessité que référait le juge Jackson, dans l'arrêt *Barnette (1943)*[278], lorsqu'il affirmait que certaines questions devaient être décidées sans les contraintes et les vicissitudes de la vie politique.

Ce pouvoir judiciaire d'appréciation n'est cependant pas sans limites et ne peut servir, comme le formule parfois les critiques de cette méthode, aux juges pour formuler leurs préférences personnelles ou leurs propres conceptions

---

nonetheless conspired to favor the early growth of both constitutionalism and judicial power, but that those same circumstances also helped to set the terms within which these institutions would develop». Voir R.G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, 23.

[278] Dans *Barnette (1943)*, le juge Jackson affirmait cette conception de la façon suivante: «[the] very existence of a *Bill of Rights* was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections». Voir *West Virginia State Board of Education* c. *Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

morales. En rendant leurs décisions, les juges doivent interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi qu'en tenant compte des principes moraux communautaires[279]. Dans *Freedom's Law (1996)*, le professeur Dworkin écrivait : «Our constitutional law, and like all law is anchored in history, practice and integrity»[280]. Bien que les juges ne soient pas liés à la conception originelle, ils doivent néanmoins identifier le «principe» que voulait consacrer les auteurs de la Constitution. Dans *Law's Empire (1986)*[281], il proposait de tenir compte de l'adéquation de la contribution du juge avec l'ensemble de la structure juridique et morale émanant de l'interprétation constitutionnelle en faisant une analogie entre les juges et une série d'auteurs qui écriraient, à des époques différentes, les chapitres d'un même roman. Ce critère est ce qu'il appelle le «fit test» et exige que l'interprétation donnée à une garantie constitutionnelle puisse se rattacher logiquement à son historique législatif et jurisprudentiel[282].

Plusieurs auteurs de la doctrine, tant américaine que canadienne, défendent des conceptions analogues, que Jacques Gosselin regroupe sous l'expression «Garder l'idéal moral vivant» et qui fait du pouvoir de contrôle judiciaire le gardien ultime des valeurs de la société[283].

---

[279] Voir R. DWORKIN, «Natural Law Revisited» (1982) 34 *University of Florida Law Review* 165.

[280] R. DWORKIN, *Freedom's Law — The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, 11.

[281] R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1986.

[282] Voir R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1986, 228-242.

[283] Dans un article intitulé *The Nature of Judicial Review (1982)* publié dans la *Yale Law Review*, Wellington affirmait voir dans le contrôle judiciaire le seul moyen de permettre que s'incarnent les valeurs morales que la société américaine s'est donné parce que cet idéal trouve

C'est principalement à l'argument voulant que le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois soit «*antimajoritaire*» que s'attaquent les partisans de ce que nous qualifions de *méthode pragmatique*. Moins développée, l'analyse des pragmatiques entrecroise, pour s'y superposer à l'occasion, celle des idéalistes en ce qu'ils acceptent l'idée que les tribunaux puissent insuffler les idéaux moraux de la société, insistant qu'il s'agit d'une réalité incontournable. Autrement dit, que l'on s'insurge ou non contre le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois, un fait demeure, le *constitutionnalisme* est une doctrine profondément ancrée dans le système constitutionnel américain[284]. Pour le professeur Tribe, dans *American*

---

difficilement son expression par la voie politique. C'est une approche semblable que propose Fiss dans un article publié dans la *Stanford Law Review* intitulé *Objectivity and Interpretation (1982)*. Il soutient que le texte de la Constitution américaine incorpore certaines valeurs fondamentales de la société et qu'il appartient aux tribunaux de donner à ces valeurs leur pleine signification. Il ne croit pas que, par le biais du processus d'interprétation, les juges imposent leurs propres valeurs en choisissant parmi les diverses interprétations possibles celle qui correspond le plus à leurs préférences. Dans *The Constitution, the Courts, and Human Rights (1982)*, Perry considère que le rôle de la Cour suprême est de réconcilier les deux aspirations fondamentales du système politique américain: le désir que des représentants élus décident des orientations de la société et le désir d'incarner, par delà les vicissitudes du moment, un certain respect des valeurs morales essentielles. Bien que contraire à la règle de la majorité, le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois qu'exercent les tribunaux sert le principe démocratique puisqu'il permet d'incarner et de garder vivant l'idéal qu'il sous-tend. Au Canada, dans *The Canadian Constitution and the Courts (1988)*, à l'instar de Perry, Strayer voit dans le contrôle judiciaire, malgré son caractère antimajoritaire, le moyen privilégié de renforcer et d'incarner l'idéal démocratique. Le rôle du pouvoir judiciaire est légitime parce qu'il permet de corriger les erreurs de parcours et les excès occasionnels du processus politique afin de le rendre conforme à l'idéal qu'il s'est lui-même fixé auparavant. Loin d'être en contradiction avec le principe démocratique, le pouvoir de contrôle des tribunaux contribue à sa réalisation. Voir H. WELLINGTON, «The Nature of Judicial Review» (1982) 91 *Yale Law Review* 486; O.M. FISS, «Objectivity and Interpretation» (1982) 34 *Stanford Law Review* 739; M. PERRY, *The Constitution, the Courts, and Human Rights — An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven, Yale University Press, 1982; B. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988. Voir aussi L.E. WEINRIB, «The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter» (1988) 10 *Supreme Court Law Review* 469.

[284] Il s'agit là de l'une des concordances entre ceux que nous qualifions de pragmatiques et ceux que nous qualifions d'idéalistes. Dans *Taking Rights Seriously (1977)*, le professeur Dworkin,

Constitutional Law (1988)[285], la dichotomie que l'on cherche à entretenir entre le caractère démocratique du pouvoir politique exercé par les élus de la population et le caractère antidémocratique du pouvoir judiciaire est, «more metaphorical than real» en ce sens qu'il ne faudrait pas non plus surestimer le caractère démocratique des institutions politiques.

Au Canada, dans un article intitulé *The Charter Rights and American Theories of Interpretation (1987)*[286], Peter W. Hogg justifiait le pouvoir de contrôle des tribunaux par des arguments d'utilité. D'abord, le pouvoir de contrôle des tribunaux n'est pas absolu puisque ces derniers ne déclarent une loi contraire à la *Charte canadienne* que lorsque cette dernière entre directement en conflit avec l'une de ces dispositions. Ensuite, il affirme que l'interprétation doit tout de même tenir compte de l'histoire législative, des précédents, de l'objet de la disposition et de son rapport avec les autres dispositions de la *Charte canadienne* et de la *Constitution*. Enfin, même si une

---

affirmait: «Constitutionalism — The theory that the majority must be restrained to protect individual Rights — may be a good or bad political theory, but the United States has adopted that theory, and to make the majority judge in its own cause seems inconsistent and unjust. So the principle of fairness seems to speak against, not for, the argument from democracy». Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, 142.

[285] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe affirmait, en ces termes, que l'argument de la majorité n'est pas nécessairement concluant lorsque l'on considère que l'exercice du pouvoir ne correspond pas exactement à l'idéal que nous en avons: «If judicial review thus may be somewhat more democratic that stereotype, it may also be true that the democracy of legislative and executive politics is overstated. The point does not require much developments: the ways in which representative democracy in practice diverges from the ideal are well-known. The result then is an imperfectly antidemocratic judicial process and a imperfectly democratic political process; the conclusion which this result suggests is that, contra the critics, it cannot be consent which is the sole touchstone of legitimacy». Voir L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2[e] éd., Mineola (New York), The Foundation Press, 1988, 64-65.

[286] P. HOGG, «The Charter Rights and American Theories of Interpretation» (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 87.

loi était déclarée inconstitutionnelle, elle peut survivre parce que le législateur peut décider de la repromulguer en utilisant la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne*, lequel constitue un des éléments qui permettent de réconcilier contrôle judiciaire et démocratie.

En somme, alors que les partisans de la doctrine de la retenue judiciaire fondent la légitimité du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois sur des facteurs exégétiques, les tenants de la doctrine de l'activisme judiciaire la fonde sur les valeurs morales qui tendent à protéger certains attributs essentiels de la démocratie. Que l'on adopte l'une ou l'autre de ces doctrines, un fait demeure cependant : les juges ne peuvent simplement adopter des principes judiciaires qui reflètent leurs conceptions morales ou leurs préférences personnelles; ils doivent au contraire s'appuyer sur les précédents et interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi que par les principes moraux communautaires. La question qui se pose à ce point de notre raisonnement consiste donc à identifier, autant que faire se peut, la méthode d'interprétation adoptée par la Cour suprême du Canada.

(b) La méthode d'interprétation adoptée par la Cour suprême du Canada

C'est dans l'arrêt *Edmonton Journal (1989)*[287] que, pour la toute première fois, le juge Wilson de la Cour suprême du Canada faisait mention explicitement d'une méthode dualiste — qui distinguait la méthode abstraite de la méthode

[287] *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

contextuelle — pour interpréter les garanties constitutionnelles. Constatant que les juges Cory et La Forest étaient parfaitement en accord sur l'importance de la liberté d'expression dans les démocraties libérales, le juge Wilson s'est demandé si la différence dans leurs conclusions respectives ne découlait pas de la méthode retenue pour évaluer l'importance des valeurs en conflit. Selon elle, la méthode contextuelle reconnaît qu'un droit particulier ou une liberté particulière peut avoir une valeur différente selon le contexte[288].

D'abord utilisée pour moduler les valeurs contradictoires au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte canadienne*[289], la méthode contextuelle a par la suite servi à l'analyse comparative fondée sur les droits à l'égalité de l'article 15[290], à établir un équilibre entre les intérêts des individus et ceux de l'État en interprétant les principes de justice fondamentale

---

[288] Dans *Edmonton Journal (1989)*, il s'agissait de déterminer si certaines dispositions de la *Judicature Act* de l'Alberta — qui interdit la publication, avant un procès, d'informations personnelles mentionnées dans les actes de procédure — constituaient une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Le juge Wilson y établissait cette distinction entre les deux méthodes d'analyse: «Des deux façons possibles d'aborder l'application de la *Charte*, on peut décrire la première comme la méthode abstraite et l'autre comme la méthode contextuelle. Bien que les modes d'application, c'est-à-dire les étapes analytiques à suivre, soient identiques dans chacune, la méthode retenue peut avoir une influence sur le résultat du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier». Voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1352; 1355-1356.

[289] Voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1352-1356 (j. Wilson); *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, 921-922 (j. Dickson); *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 246-247 (j. McLachlin); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 737 (j. Dickson); *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 192-193 (j. L'Heureux-Dubé), 245-246 (j. McLachlin); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 455-456 (j. Cory), 487 (j. McLachlin); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 939 (j. Bastarache).

[290] Voir *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, 647 (j. L'Heureux-Dubé); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 826 (j. L'Heureux-Dubé); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Corbières c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord québécois)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (j. L'Heureux-Dubé).

de l'article 7[291], à déterminer le barème de *raisonnabilité* servant à évaluer la constitutionnalité des immixtions étatiques en vertu de l'article 8[292] et, plus récemment, à définir le droit d'occupation ancestral des autochtones garantit par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[293] ou à déterminer les obligations du gouvernement afin de respecter l'article 23 de la Charte canadienne[294].

Sur le plan conceptuel, la méthode contextuelle postule que le juge chargé d'examiner une affaire tient compte de l'ensemble des circonstances pertinentes plutôt que de s'appuyer sur des règles interprétatives mécanistes. Dans *Keegstra (1990)*[295], le juge en chef Dickson affirmait qu'il ne voyait aucune raison pour ne pas appliquer cette méthode contextuelle à l'ensemble des valeurs rattachées à une société libre et démocratique. Dans les arrêts *Laba*

---

[291] *Voir Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, 732 (j. Sopinka); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315 (j. La Forest); *British Columbia (Securities Commission) c. Branch*, [1995] 2 R C.S. 3 (j. L'Heureux-Dubé); *Mooring c. Canada (Commission des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, 98 (j. Sopinka). Voir aussi *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *R c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417..

[292] Voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 526-528 (j.c. Dickson); *Thomson Newpapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 505-508 (j. La Forest); *R. c. Mckinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, 643-645 (j. Wilson); *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 226-227, (j. Cory); *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339, 347-349 (j.c. Lamer); *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 420 (j. La Forest), 445 (j. L'Heureux-Dubé); *R. c. Bernshaw* (1994), [1995] 1 R.C.S. 254, 304-306; *Michaud c. Québec (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 3, 40, 45, 46 (j.c. Lamer); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, 324 (j. Gonthier); *Dagg c. Canada (Minsitre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 117, 439 (j. La Forest); *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 873 (j. Iacobucci).

[293] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1126 (j. La Forest).

[294] *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

[295] *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 737 (j. c. Dickson).

(1994)[296] et *Seaboyer (1991)*[297] la *Cour Lamer (1990-2000)* affirmait que les questions constitutionnelles devaient être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d'en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens. C'est en ce sens qu'elle ajouterait à la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé par la loi[298].

L'analyse contextuelle a été utilisée afin d'apprécier la nature de l'activité[299] ou de l'infraction[300] et l'économie de la loi contestée[301]. Dans *143471 Canada Inc. (1994)*[302], le juge en chef Lamer affirmait de plus qu'il fallait mesurer l'importance que revêt un droit pour son bénéficiaire[303]. En fait, il

---

[296] *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, 1000-1000. (j. Sopinka).

[297] *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, 647 (j. L'Heureux-Dubé).

[298] *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, (n° 26583) (3 mai 2000).

[299] Dans l'arrêt *Young (1993)* le juge L'Heureux-Dubé affirmait qu'il est incontestable que les droits n'existent pas dans le néant mais qu'ils étaient modelés et définis dans le contexte particulier dans lequel ils sont exercés ainsi que par les droits d'autrui. Plus loin, le juge McLachlin affirmait: «Il faut rapprocher cette mise en garde du principe suivant lequel la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait mais bien en fonction de l'activité particulière en cause[...] Il découle de ce rapprochement que le tribunal, s'attachant au contexte de l'espèce, doit s'efforcer d'interpréter les droits connexes de façon cohérente». Voir *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 98 (j. L'Heureux-Dubé), 124 (j. McLachlin); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 848 (j. MacLachlin); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 943 (j. Bastarache).

[300] Voir *Ontario c. C.P. Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1077-1078 (j. Gonthier). Dans l'arrêt *R. c. Finta* [1994]1 R.C.S. 701, 815 (j. Cory).

[301] *Voir R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, 322 (j. Gonthier).

[302] *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339.

[303] Voir *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339. Voir aussi *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 513 (le juge Lamer); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 848-850 (le juge McLachlin); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, 647; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 224-227 (j. Cory); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 438 (j. L'Heureux-

semblerait que le dénominateur commun de ces décisions, qui circonscrivaient son étendue, est que la méthode contextuelle vise à déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

Dans l'arrêt *Plant (1993)*[304] le juge Sopinka évoquait la méthode contextuelle afin de justifier la considération d'un ensemble de critères afin de pondérer les droits opposés de l'État et des individus dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable d'une immixtion étatique. Dans l'arrêt *Edwards (1996)*[305], les motifs du juge Cory, bien qu'il ne soit pas explicitement référé à la méthode contextuelle, rappellent ceux du juge Sopinka dans l'arrêt *Plant (1993)*[306] en ce qu'ils établissent un ensemble de critères qui ont pour effet de conférer un large pouvoir d'appréciation aux juges chargés d'examiner le caractère raisonnable de l'immixtion étatique. Ainsi, avec les arrêts *Plant (1993)*[307] et *Edwards (1996)*[308], la Cour Lamer *(1990-2000)* a considérablement édulcoré, sinon rendu exsangue, la portée de la méthode contextuelle en y substituant des règles juridiques floues et aléatoires.

Dubé); *R. c. Levogiannnis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 483 (j. L'Heureux-Dubé); *Michaud c. Québec (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 3, 45 (j.c. Lamer); *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 68-69 (j. Cory).

[304] Dans *Plant (1993)*, le juge Sopinka énonçait les critères pertinents à l'analyse fondée sur la méthode contextuelle: «L'examen de facteurs telles la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi. Il convient donc d'appliquer cette méthode contextuelle aux faits en l'espèce». Voir *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 293 (j. Sopinka).

[305] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

[306] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[307] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[308] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

À l'instar de l'incertitude quant à la méthode analytique prévalant dans le contexte de l'interprétation des lois ordinaires[309], cette incohérence dans l'application de la méthode contextuelle en droit constitutionnel pourrait être qualifiée — reprenant en cela la conception du juge Philp de la Cour d'appel du Manitoba que citait le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *2747-3174 Québec inc. (1996)*[310] — «d'exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty»[311]. Dans cet arrêt, le juge L'Heureux-Dubé s'indignait de cette valse-hésitation conceptuelle qui caractérise l'interprétation des lois ordinaires par la *Cour Lamer (1990-2000)*, laquelle oscille de façon aléatoire entre la méthode du sens ordinaire et la

---

[309] À l'heure actuelle, il semblerait que le principe judiciaire quant à la méthode analytique pour interpréter les lois ordinaires ne soit pas définitivement fixé. Dans les arrêts *Verdun (1996)* et *McIntosh (1995)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* semble avoir marqué, par une faible majorité, sa préférence pour la méthode du sens ordinaire des mots. Cette méthode constituerait le point de départ de l'analyse d'interprétation des lois et les juges ne devraient pas s'écarter du sens grammatical des termes à moins que le contexte ne l'exige. Ces décisons de la Cour suprême sont d'autant plus surprenantes que dans la série d'arrêts *Stubart Investments Ltd. (1984) — Notre-Dame de Bon-Secours (1994)* en droit fiscal (faisant traditionnellement l'objet d'une interprétation plus stricte et littérale que les autres domaines du droit), la Cour avait rejeté la méthode d'interprétation grammaticale au profit de l'interprétation téléologique. Voir *Verdun* c. *Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, 552-553 (j. L'Heureux-Dubé); *R.* c. *McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, 704 (j. Lamer); *Banque Manuvie du Canada* c. *Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, 439 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Banque Royale du Canada* c. *Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. Voir aussi, en droit fiscal, les arrêts suivants: *65302 British Columbia Ltd.* c. *Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Alberta Treasury Board)* c. *M.R.N*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Friesen* c. *Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Québec (Communauté urbaine)* c. *Notre-Dame de Bon-Secours (Corporation)*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Canada* c. *Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Bronfman Trust* c. *R.*, [1987] 1 R.C.S. 32; *R.* c. *Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Johns-Manville Canada Inc.* c. *R.*, [1985] 2 R.C.S. 46; *R.* c. *Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; *Stubart Investments Ltd.* c. *R.*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Montréal (Ville)* c. *ILGWU Center Inc. (1971)*, [1974] R.C.S. 59.

[310] *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

[311] Dans *2747-3174 Québec Inc. (1996)*, le juge L'Heureux-Dubé définissait ainsi ce qu'elle qualifiait d'exercice à la Humpty-Dumpty: «Un exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty n'est en fait rien d'autre qu'une interprétation fondée sur des règles aléatoires floues, ou qui est accompli uniquement de façon intuitive ou en se fondant sur des impressions non rationalisées, ou encore en omettant de considérer les prémisses sous-jacentes du raisonnement juridique. Il va de soi que les tribunaux doivent éviter ce genre d'exercice d'interprétation». Voir *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 1008-1009.

«méthode contextuelle moderne»[312]. Nous partageons cet avis du juge L'Heureux-Dubé selon lequel les juges devraient s'abstenir de se prêter à ce genre d'exercice d'interprétation et éviter, comme le soulignait si justement le juge McIntyre dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*[313], que leur propre subjectivité ne devienne le moteur de l'interprétation constitutionnelle. Cela est d'autant plus vrai en matière d'interprétation des droits constitutionnels puisque seule une méthode visant la recherche de l'objet et des valeurs sous-jacentes aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte canadienne* est de nature à garantir la protection des droits constitutionnels et éviter l'énonciation de normes juridiques arbitraires.

En droit constitutionnel, contrairement en cela à l'interprétation des lois ordinaires, l'objectif ne consiste pas à rechercher l'intention du législateur mais plutôt, comme le soulignait le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal (1989)*[314], en se fondant sur une interprétation large et généreuse, à rechercher l'objet de la loi de façon à assurer l'effectivité de la protection

---

[312] Selon l'«approche contextuelle moderne» — méthode qui serait, selon elle, plus conforme à la méthodologie exposée par Ruth Sullivan dans *Driedger on the Construction of Statutes (1994)* —, les tribunaux doivent, afin de cerner correctement l'objectif du législateur, considérer le texte de la disposition examinée, le contexte de son adoption et la situation qu'elle visait à corriger, l'économie générale de la loi et considérant l'agencement des dispositions législatives les unes par rapport aux autres, les dispositions des autres lois *in pari materia*, l'historique législatif et des études sociales afin d'orienter l'analyse contextuelle. Voir *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996], 1002 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, 1137-1138 (j. L'Heureux-Dubé); *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 702 (j. L'Heureux-Dubé); *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Ruth Sullivan (dir.), Toronto, Butterworths, 1994, 131.

[313] *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 140-141 (j. McIntyre).

[314] *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

constitutionnelle[315]. Dès ses premiers arrêts, la *Cour Dickson (1984-1990)* avait tenu à prendre ses distances avec l'interprétation restrictive qui avait caractérisé l'appréciation des garanties juridiques édictées par la *Déclaration canadienne*. Dans l'arrêt *Oakes (1986)*[316], le juge en chef Dickson affirmait que bien qu'instructive, la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* n'était nullement déterminante. Dans l'arrêt *Therens (1985)*[317], le juge Le Dain affirmait que le caractère constitutionnel de la *Charte canadienne* accordait un mandat plus clair aux tribunaux, lequel permettait de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement.

Toutefois, l'affirmation de la nécessité d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne* de façon généreuse, large et libérale — plutôt que rigide et formaliste — prend véritablement sa source dans l'arrêt *Hunter (1984)*[318]. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson rappelle, en s'appuyant sur la tradition anglo-américaine, la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards (1930)*[319] voulant que la *Loi constitutionnelle de 1867* ait planté au

---

[315] «J'estime qu'un droit ou une liberté peut avoir des significations différentes dans des contextes différents. [...] C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie». Précédemment, elle affirmait: Dans chacune des méthodes, il est nécessaire de préciser la valeur sous-jacente que vise à protéger les droits auxquels il avait été porté atteinte. C'est une interprétation en fonction de l'objet des droits reconnus dans la *Charte* qu'on y parvient. Voir *Edmonton Journal* c. *Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1352-1356.

[316] *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 124.

[317] *R.* c. *Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 639.

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

[319] *Edwards* c. *Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 124.

Canada un arbre susceptible de croître et de se développer[320]. Il cite aussi avec approbation l'énoncé de lord Wilberforce dans l'arrêt *Fisher (1980)*[321] selon lequel la Constitution des Bermudes devait recevoir «une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé «l'austérité du juridisme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés». Il rappelle enfin que cette façon d'aborder les textes constitutionnels était aussi compatible avec les règles classiques d'interprétation de la constitution américaine énoncées par la *Cour Marshall (1801-1836)* dans l'arrêt *McCulloch (1819)*[322].

L'établissement de ce «principe judiciaire», qui veut que les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* bénéficient d'une interprétation large et libérale, par la *Cour Dickson (1984-1990)* rend cependant nécessaire l'établissement de paramètres afin de baliser le processus d'interprétation[323]. C'est incidemment ce qu'a fait le juge Dickson dans l'arrêt *Big M. Drug Mart*

---

[320] L'arrêt *Edwards (1930)*, faut-il le rappeler, est la décision du Comité judiciaire du Conseil privé qui a renversé le *Renvoi sur la signification du mot personne (1928)* dans lequel la Cour suprême du Canada avait conclu que les femmes n'était pas des personnes. Cette formulation classique du vicomte Sankey est à l'effet suivant: «The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. "Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention": Canadian Constitutional Studies, Sir Robert Borden (1922), p. 55. Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board — it is certainly not their desire — to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation [...]». Voir *Renvoi relatif à la signification du mot personne de l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867*, [1928] R.C.S. 276, inf. par *Edwards c. Canada*, [1930] A.C. 124.

[321] *Minister of Home Affairs c. Fisher*, [1980] A.C. 319, cité par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 156.

[322] *McCulloch c. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

[323] Voir P. MACKLEM, «Constitutional Ideologies» (1988) 20 *Ottawa Law Review* 117, 144-145; M. GOLD, «La rhétorique des droits constitutionnels» (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1, 4.

Ltd. (1985)[324]. Après avoir réitéré l'opinion de la Cour sur la façon d'aborder l'interprétation des garanties constitutionnelles, il a tenu à préciser que l'analyse constitutionnelle se fait par la détermination de l'objet[325] et subsidiairement des effets des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*[326]. La première étape de l'analyse consiste donc à déterminer, dans les cas où l'objet d'une loi entre en conflit direct avec une garantie de la *Charte canadienne*, si l'objectif poursuivi par la loi constitue un objectif valable[327]. Si ce premier critère de l'objet n'est pas satisfait, là s'arrête l'analyse puisque l'invalidité est prouvée. Si au contraire, une loi a un objet valable, il devient alors nécessaire d'en considérer les effets pour la faire déclarer inapplicable.

---

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

[325] Dans *Big M Drug Mart Ltd. (1985)*, il affirmait ce qui suit: «[l]e 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» [accentuation dans le texte]. À 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 larges 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 ou des 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 l'illustre l'arrêt *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». Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (j. Dickson).

[326] *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 331-336 (j. Dickson).

[327] Voir *Québec (P.G.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 88; *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 133. Voir aussi *Québec (P.G.) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575.

Bien qu'elle se disait généralement en accord avec les motifs du juge en chef Dickson, le juge Wilson ajoutait qu'il lui semblait nécessaire de distinguer la méthode analytique à utiliser dans les affaires qui relèvent de la *Charte canadienne* et la méthode d'analyse traditionnellement employée pour trancher les litiges portant sur le partage des compétences. Dans ce dernier cas, l'analyse doit mettre l'accent sur l'objet de la loi tout en faisant presque abstraction des effets de celle-ci alors que dans le cas de la *Charte canadienne*, les tribunaux doivent adopter une méthode analytique axée sur les effets. Selon elle, tant qu'une loi viole par ses effets une des garanties de la *Charte canadienne*, la considération de l'objet sous-jacent à son adoption ne présente aucun intérêt. C'est aussi le constat que faisait Jacques Gosselin lorsqu'il affirmait que ce ne sera qu'exceptionnellement que l'objet de la loi se révèlera antithétique à celui d'une garantie constitutionnelle et que la méthode analytique optimale consisterait à envisager globalement la loi contestée en faisant porter l'analyse à la fois sur son objet et sur ses effets[328]. C'est aussi notre opinion.

Ainsi, la méthode d'analyse contextuelle est une méthode d'interprétation qui veut que les juges tiennent compte de l'objet et,

---

[328] Dans *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte (1991)*, Jacques Gosselin faisait cette affirmation: «Malgré la démarche axée d'abord sur l'objet de la loi, que prône le juge Dickson, il faut avouer que dans le contexte de la *Charte*, c'est plus souvent par le biais de ses effets que l'impact d'une mesure législative peut être saisi. Ce n'est, en réalité, qu'exceptionnellement que l'objet d'une loi va se révéler anthithétique à celui d'une disposition de la Charte et que ce seul constat va suffire à disposer du litige. C'est pourquoi, en général, l'effet de la loi apparaît le critère déterminant de l'analyse». Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 72. Voir aussi R. LANGLOIS, «La Charte et les règles d'interprétation constitutionnelle» (1987) 28 *Cahiers de droit* 207.

subsidiairement, des effets véritables de la garantie constitutionnelle ou de la loi examinée en tenant compte des paramètres fixés par le *constituant* ou par le législateur. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (1987)*[329] le juge McIntyre a rappelé, comme l'avait fait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Big M. Drug Mart Ltd. (1985)*[330] que le contenu de la *Charte canadienne* devait être interprété en tenant compte de certains paramètres que sont : la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, la tradition constitutionnelle, l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes à notre société. Plus récemment, dans l'arrêt *Baker (1999)*[331], le juge L'Heureux-Dubé a réaffirmé la nécessité de tenir compte, par le biais de la méthode d'analyse contextuelle, des valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne afin les lois canadiennes.

Paradoxalement, malgré l'expresssion d'une volonté contraire affirmée par le *constituant* canadien et en l'absence d'une énonciation spécifique de ce droit dans la *Charte canadienne*, la *Cour Dickson (1984-1990)* en est venue à reconnaître et à consacrer l'existence d'un droit constitutionnel au respect

---

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

[330] *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l'arrêt *B. (R.) (1995)*, le juge en chef Lamer — qui s'exprimait en son propre nom — réitérait cette conception qui favorise la retenue judiciaire en affirmant que la souplesse de l'interprétation des garanties constitutionelles ne permettait pas aux juges de «[...] dénaturer le sens et l'objet véritable, ou encore forger un droit constitutionnel qui outrepasse l'intention manifeste de ses rédacteurs». L'interprétation des droits constitutionnels, poursuit-il, doit «[...] être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus». *Voir B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 337 (j.c. Lamer); *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 (j. Bastarache).

[331] *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 861.

de la vie privée. C'est ce qui nous amène à circonscrire l'espace définitionnel du droit constitutionnel au respect de la vie privée.

3.3. Le droit constitutionnel au respect de la vie privée

Traditionnellement, on l'a vu, ni la *common law*, ni le droit civil ne reconnaissait un droit à la vie privée autonome. La *Charte canadienne* a cependant modifié la problématique concernant les pouvoirs d'immixtion de l'État. On aurait pensé, comme l'avait fait la majorité des auteurs de la doctrine québécoise[332], que l'inclusion du droit à la vie privée dans la *Charte québécoise* ou dans les lois fondamentales avait eu pour effet de créer un régime juridique autonome. Ce n'est pourtant pas l'avis de la Cour suprême du Canada puisque, dans l'arrêt *Aubry (1997)*[333], la totalité des juges se sont ralliés à l'opinion du juge Cory — qui s'exprimait pour la majorité dans l'arrêt Béliveau *St-Jacques (1996)*[334] — pour affirmer que le droit à la vie privée stipulé à l'article 5 de la *Charte québécoise* ne constitue pas un droit autonome du régime de responsabilité civile. C'est donc là que réside la différence fondamentale entre le *droit à la vie privée* garanti par le régime de droit commun et par les lois fondamentales et le *droit constitutionnel au respect de la vie privée* garanti par la *Charte canadienne*. Alors que le droit à la vie privée ne constitue qu'une étiquette permettant l'agrégation de plusieurs droits

---

[332] Voir à ce sujet le chapitre 2 de cette première partie intitulé *Le droit à la vie privée en droit infraconstitutionnel.*

[333] *Aubry c. Éditions Vice-versa Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

[334] *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

distincts et indépendants, le droit constitutionnel au respect de la vie privée constitue un droit autonome. Aux États-Unis, malgré l'absence d'une énonciation spécifique du droit constitutionnel au respect à la vie privée, la *Cour Warren (1953-1969)* a reconnu l'existence de ce droit et statué qu'il était garanti par les Premier, Troisième, Quatrième, Cinquième, Neuvième et Quatorzième amendements à la Constitution américaine. Dans l'arrêt *Griswold (1965)*[335], la *Cour Warren (1953-1969)* a même indiqué qu'il était si fondamental qu'il se dégageait de l'ensemble des dispositions du *Bill of Rights*. Au Canada, en plus des articles 7, 8, les articles 2, 6, 10,13, 26 et l'alinéa 11c), de la *Charte canadienne* serait aussi susceptible de garantir le droit constitutionnel au respect de la vie privée. De fait, à l'instar du principe judiciaire formulé dans l'arrêt *Griswold (1965)*, l'ensemble des garanties consacrées par la *Charte canadienne* seraient susceptibles d'apporter une protection au droit constitutionnel au respect de la vie privée.

Malgré les difficultés inhérentes à la détermination de son espace définitionnel, nous estimons néanmoins nécessaire de proposer une définition du droit constitutionnel au respect de la vie privée. Au sens où nous l'entendons, *le droit constitutionnel au respect de la vie privée est un droit abstrait qu'un individu possède à l'égard de certains intérêts qu'il peut opposer aux immixtions de l'État*. Cette définition soulève trois questions qui méritent de plus amples explicitations. D'abord, il importe de définir ce que nous entendons

[335] Dans *Griswold (1965)*, le juge Goldberg affirmait ce qui suit: «I agree fully with the Court that [...] the right of privacy is a fundamental personal right emanating from the totality of the constitutional scheme under which we live». Voir *Griswold c. Connecticut*, 389 U.S. 479, 494 (1965). Voir aussi *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

par *droit abstrait*. Ensuite, il est nécessaire de circonscrire les *intérêts protégés*. Enfin, nous devons caractériser la nature d'une *immixtion*.

Par *droit abstrait*, nous tenons à mettre l'accent sur le fait que le droit constitutionnel au respect de la vie privée — étant optimalement le droit de faire ou d'accomplir quelque chose sans aucune immixtion de la part de l'État — dans son acception la plus large tient sa seule existence de l'appréciation judiciaire à la suite d'un processus d'adjudication par lequel le tribunal saisi de la revendication doit soupeser les intérêts individuels en fonction des intérêts de l'État[336]. Comme les activités humaines susceptibles de soulever des intérêts à la vie privée évoluent, il nous semble raisonnable d'affirmer que les contours de la protection constitutionnelle seront susceptibles de changer afin de s'adapter à cette évolution[337]. C'est ce qui explique notre conception voulant que le droit au respect de la vie privée soit un droit *prima facie* habilitant les individus à revendiquer un intérêt spécifique qui est susceptible de reconnaissance

---

[336] Plusieurs auteurs de la doctrine américaine partagent cet avis que le droit à la vie privée est un droit abstrait. Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, David M. O'Brien affirmait «[...] the right of privacy is necessarily an abstract right that enables individuals to claim protection for a variety of particular privacy interests. In other words, an abstract right of privacy enables individuals in specific cases and controversies to assert concrete rights of privacy by claiming entitlements to particular privacy interest». Le *Groupe L'Ordinateur et la vie privée* faisait aussi ce constat lorsque les auteurs du rapport affirmaient: «Pour que le droit tienne compte d'une revendication sociale, il faut que la société en ait reconnu jusqu'à un certain point la validité». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 27. Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 127-128.

[337] Cette proposition est conforme à la doctrine qu'exprimait le professeur Ronald Dworkin dans *Hard Cases (1975)*, qui deviendra un chapitre de *Taking Rights Seriously (1977)*. Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, 81-130.

judiciaire[338]. Le fait qu'il n'y ait pas d'énonciation spécifique du droit au respect de la vie privée dans le *Bill of Rights* ou dans la *Charte canadienne* renforce cette idée que le droit à la vie privée est un droit abstrait[339]. Cette conception s'inspire de l'approche proposée par le professeur Dworkin dans *Hard Cases (1975)* :

> An abstract right is a general political aim the statement of which does not indicate how that general aim is to be weighed or compromised in particular circumstances against other political aims. The grand rights of political rhetoric are in this way abstract. Politicians speak of a right to free speech or dignity or equality, with no suggestion that these rights are absolute, but with no attempt to suggest their impact on particular complex social situations. Concrete rights, on the other hand, are political aims that are more precisely defined so as to express more definitely the weight they have against other political aims on particular occasions [...] Abstract rights in this way provide arguments for concrete rights but the claim of a concrete right is more definitive than any claim of abstract right that supports it.

---

[338] Plusieurs auteurs de la doctrine américaine partagent cet avis que le droit à la vie privée est un droit *prima facie*. Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, David M. O'Brien affirmait «The right of privacy as a *prima facie* right entitles individuals to the protection of privacy when and where their privacy claims are reasonable and not overriden by other legal, moral or political considerations. That the right of privacy is a *prima facie* right derives both from the nature of privacy and practice of rights more generally». Dans *Social Philosophy (1973)*, Joël Feinberg affirmait: «Instead, the right of privacy is a *prima facie* right. A *prima facie* right is a right to do X except when there is some more urgent moral consideration». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 27; J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 66 .

[339] Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, David M. O'Brien faisait aussi cette relation: «Judicial decisions interpret the abstract right of privacy and, thereupon, enforce concrete right of privacy. The decisions are permissible only if the abstract right of privacy is also a constitutional right rather than simply a moral or political right. Since the Constitution does not expressly guarantee a right of privacy , judicial construction of a right of privacy presupposes that the abstract right of privacy is also a background right of the Constitution. A constitutional background right is an abstract right based upon and justifiable in terms of both the general purposes and principles of constitutionally limited government and the specific guarantees of the *Bill of Rights*». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 29.

Nous rejoignons ainsi la proposition du professeur Freund pour qui le droit au respect de la vie privée doit être compris comme un concept de la nature d'un principe juridique plutôt que comme une règle de droit. Alors que la règle de droit obéit à des conditions de précision et de certitude juridique, le principe répond plutôt à une formulation d'un énoncé générique susceptible de moduler la règle de droit. Le droit constitutionnel au respect de la vie privée devient alors un principe d'interprétation auquel le tribunal se réfère pour soupeser les intérêts opposés de l'État et des individus[340].

À notre avis, cette modulation des intérêts opposés de l'État et des individus devrait s'effectuer selon une méthode d'interprétation des garanties constitutionnelles — qui favorise une plus grande souplesse définitionnelle à l'étape de la caractérisation de l'immixtion étatique plutôt qu'à celle de la détermination de sa raisonnabilité — qui se fait en deux étapes. La première

---

[340] Dans *Privacy — One Concept or Many (1971)*, Paul Freund affirmait ce qui suit: «A rule is a particularization that describes the state of law in a defined context, and prescribes with a relatively high degree of immediacy and precision. A principle is a more plastic formulation, useful for predicting and shaping the course of legal development. It is in the later context that the right to privacy is of cardinal worth. [...] If it would be misleading to incorporate a right to privacy into a legal rule, it would be impoverishing to exclude it as the term of a legal principle». Dans *Invasion of Privacy — A Clarification of Concepts (1972)*, l'analyse du professeur Lusky est analogue, mais se limite à l'affirmation que le concept de la vie privée est une condition. Au Canada, cette proposition est aussi soutenue par le professeur Burns, dans *The Law of Privacy — The Canadian Experience (1976)*, dans lequel il affirme: «In such a way the right to privacy will reveal directions and be elastic. The rules will be articulated by statutes, case law and constitution, whereas the principle will be derived from moral and psychological imperatives. Accordingly the "right to be let alone" is not a rule but a principle which merely gives guidance in a specific case». Voir P. A. FREUND, «Privacy — One Concept or Many», dans R. J. PENNNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 182, 197-198; L. LUSKY, «Invasion of Privacy — A Clarification of Concepts» (1972) *72 Colorado Law Review* 693; P. BURNS, «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 46 *Revue du Barreau canadien* 1, 11. Voir aussi E. VAN DEN HAAG, «On Privacy», dans R. J. PENNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, Atherton Press, New York, 1971, 149, 153-154.

étape consiste à déterminer si l'action de l'État constitue une immixtion qui soulève une garantie protégée par le *Bill of Rights* ou par la *Charte canadienne*. La seconde étape consiste à déterminer si le droit garanti est conforme au barème de *raisonnabilité* que l'on retrouve dans la formulation de la garantie constitutionnelle puisque ce ne sont pas toutes les attentes des particuliers en matière de vie privée qui doivent être protégées mais seules les attentes «raisonnables» ou conformes aux principes de justice fondamentale qui sont protégés par la *Charte canadienne*.

Bien que capitale, cette étape qui consiste à déterminer la portée et l'étendue de l'article 8 de la *Charte canadienne* ou du Quatrième amendement à la Constitution américaine, n'ont fait l'objet que de peu d'attention de la part de la Cour suprême du Canada ou de la Cour suprême des États-Unis[341]. L'accent ayant été mis sur l'appréciation du caractère

---

[341] Dans un article publié en 1974, le célèbre commentateur américain du Quatrième amendement, Anthony Amsterdam, tenait ces propos: «I can think of a few constitutional issues more important than defining the reach of the fourth amendment. [...] I can think of few issues more important to a society than the amount of power that it permits its police to use without effective control by law». Au Canada, le professeur Garant faisait une constatation analogue: «À notre avis, la jurisprudence a quelquefois manqué de rigueur pour avoir négligé de donner une définition adéquate de ces termes. L'emphase [il faudrait plutôt lire l'accent] étant mise sur l'expectative de vie privée, on oublie qu'avant de parler de fouille abusive, encore faut-il être en présence d'une véritable fouille, perquisition ou saisie. Nous acceptions l'idée qu'une protection efficace des expectatives de vie privée commande une interprétation fondée sur l'objet et une compréhension des mots «fouille» et «saisie» qui dépasse le sens traditionnellement attaché à ces termes. C'est le cas par exemple de la surveillance électronique qui est considérée comme une fouille ou perquisition bien qu'il n'y ait pas d'intrusion physique (note supprimée). Cependant d'autres mesures, telles une inspection de routine, une demande d'identification, une demande d'information n'ont pas à être qualifiées de perquisition ou de saisie». Voir A. G. AMSTERDAM, «Perspectives on the Fourth Amendment» (1974) 58 *Minnesota Law Review* 349, 377; P. GARANT, *Droit administratif*, 3e éd., vol. 3, *Les Chartes*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 403. Voir aussi Y. DE MONTIGNY, «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989) 49 *Revue du Barreau* 53, 69-71; F. CHEVRETTE, «Les notions de fouilles, perquisitions et saisies abusives: une interprétation littérale ou téléologique» (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 573,

raisonnable d'une immixtion étatique, rares sont les arrêts où l'on a considéré cette première étape qui consiste à déterminer si l'action de l'État constitue ou non une immixtion. Ainsi, pour soulever la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, il faut déterminer, dans un premier temps, si l'acte particulier examiné constitue une immixtion étatique. Pour ce faire, il est nécessaire de considérer les *intérêts protégés* et la *nature de l'immixtion.* Ce n'est que dans le cas où l'on conclut à l'existence d'une immixtion étatique visant un intérêt protégé que se posera la question de sa *raisonnabilité*.

La question qui se pose à ce point de notre raisonnement consiste à identifier les *intérêts protégés* par ces garanties constitutionnelles. Bien qu'il puisse comprendre une multitude d'intérêts spécifiques, le droit constitutionnel au respect de la vie privée est au coeur même de la notion de liberté et protège — comme l'avait établi le *Groupe l'Ordinateur et la vie privée* en 1972 — les aspects spatiaux et temporels, les aspects qui ont trait à la dignité de la personne et les aspects informationnels[342]. Pour reprendre les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Hunter (1984)*[343] ou ceux du juge La Forest dans

---

574-575.

[342] Dans l'arrêt *Dyment (1988),* le juge La Forest a indiqué que la notion de vie privée: «Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au coeur de celle de la liberté dans un état moderne [...] Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique». Voir *R. c. Dyment,* [1988] 2 R.C.S. 417, 427-428.

[343] *Hunter c. Southam Inc.,* [1984] 2 R.C.S. 145, 159-160. Voir aussi *Katz c. United States,* 389 U.S. 347, 350-351 (1967).

l'arrêt *Godbout (1997)*[344], le droit constitutionnel au respect de la vie privée apparaît, de façon générale, comme une garantie contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des individus. Les chevauchements définitionnels favorisent l'adoption d'une approche conceptuelle qui distingue l'*autonomie de la volonté* et la *protection de l'information*. Cette catégorisation dualiste nous apparaît se conformer davantage à l'approche analytique adoptée tant par la Cour suprême du Canada que par la Cour suprême des États-Unis en ce qui à trait à l'interprétation du droit constitutionnel au respect de la vie privée[345].

La *protection de l'autonomie de la volonté* accorde «le droit à un individu de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe indue»[346]. La protection de l'autonomie de la volonté garantit d'abord la protection des lieux — les aspects spatiaux et temporels —, laquelle protection constitue la position traditionnelle de la *common law* et, ensuite, l'autonomie de la volonté garantit la protection de la personne — les aspects qui ont trait à l'intégrité et à la dignité de la personne — ainsi que les relations familiales.

---

[344] Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 913 (j. La Forest).

[345] Dans l'arrêt *Whalen (1977)*, la *Cour Burger (1969-1986)* affirmait que le droit constitutionnel au respect de la vie privée comportait à la fois «a individual interest in avoiding disclosure of personal matters» et à la fois un «interest in independence in making certain kinds of decisions» (accentuation ajoutée). Dans *Privacy — A Philosophical Overview (1980)*, Arthur Schaffer exposait une conception analogue: «My proposal is that the term "privacy" can be defined by combining our two conditions: (1) control over information about oneself and over who can sense us, and (2) non-interference in private affairs. They are jointly necessary and individually sufficient» (accentuation ajoutée). Voir *Whalen c. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977). Voir aussi A. SHAFFER, «Privacy — A Philosophical Overview», dans D. GIBSON (dir.) *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 1, 14.

[346] *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 913 (j. La Forest).

La *protection de l'information* regroupe les intérêts qui ont trait spécifiquemment à la protection de l'information. Elle garantit notamment la protection de la correspondance, des conversations téléphoniques et des données à caractère personnel ainsi que la protection contre la filature et la surveillance. C'est dans l'arrêt *Dyment (1988)*[347] que la *Cour Dickson (1984-1990)*, reprenant l'approche conceptuelle du *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, reconnaissait l'extension du droit constitutionnel au respect de la vie privée à son contenu informationnel. Dans les arrêts *Edmonton Journal (1989)*[348] et *Duarte (1990)*[349], la Cour suprême faisait du contrôle de l'information, comme l'avait suggéré les auteurs de la doctrine américaine, la pierre angulaire de la protection du droit constitutionnel au respect de la vie privée.

S'il est indubitable que cette tendance à définir le droit au respect de la vie privée par le biais de l'axe du contrôle de l'information est intéressante en

---

[347] Dans l'arrêt *Dyment (1988)*, le juge La Forest indique: «Enfin, il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude [...]: «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend». Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués». Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 429-430.

[348] Dans *Edmonton Journal (1989)*, le juge Wilson a précisé, en citant Charles Fried, que la vie privée avait trait à la capacité de contrôler des renseignements personnels transmis aux autres. Voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326,1363. Voir aussi C. FRIED, «Privacy» (1968) *77 Yale Law Journal* 475.

[349] Dans l'arrêt *Duarte (1990)*, le juge La Forest définissait la notion de vie privée de la façon suivante: «le droit du particulier de déterminer lui-même comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant». Voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

ce qu'elle reconnaît le droit à la vie privée dans le contexte informationnel et circonscrit un large éventail d'intérêts[350], nous estimons néanmoins, à la lumière de l'expérience, que cette doctrine est trop étroite puisqu'elle n'a aucune emprise sur les informations détenues par les tiers[351]. C'est pourquoi, nous estimons que l'utilisation du critère de contrôle de l'information pour délimiter les contours du droit constitutionnel au respect de la vie privée ne constitue pas un moyen pour en garantir l'effectivité. C'est aussi pourquoi, nous estimons essentiel de considérer la *nature de l'immixtion étatique*.

Les immixtions étatiques peuvent être directes ou dérivées. Les *immixtions directes* sont celles qui résulteront généralement d'une action ostensible et manifeste de l'État — telles les fouilles, les perquisitions, les saisies ou les

---

[350] Voir K.BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Thémis, 1992, 45.

[351] Le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* avait bien saisi cet écueil lorsqu'il affirmait, dans son rapport publié en 1972, que: «[t]héoriquement, s'il y a intérêt à contrôler l'accès à l'information personnelle, ce n'est pas en raison de la souffrance morale ou du préjudice pécuniaire que la communication ou la publication sont de nature à causer. La vie privée de l'individu est "violée" chaque fois qu'une nouvelle personne prend connaissance de l'information. À mesure qu'une information de plus en plus abondante est communiquée à un nombre croissant de personnes, son autonomie est amoindrie d'autant, sa personnalité est dévoilée, sa vie privée subit de nouvelles intrusions. L'individu qui fait valoir son droit à la vie privée demande aussi que l'information personnelle ne lui soit pas arrachée (perquisition, aveux forcés), qu'elle ne soit pas recueillie à son insu (écoute au téléphone ou aux portes), publiée sans son autorisation ni même communiquée à des tiers sans son consentement. À l'analyse, l'intrusion dans la vie privée peut donc se produire de deux manières. D'abord au moment où un renseignement personnel est porté à la connaissance d'autrui. Il n'y aurait cependant pas d'intrusion si les renseignements étaient communiqués volontairement, sous le sceau du secret, par exemple au conjoint, à l'avocat ou au confesseur de l'intéressé. Pour qu'il y ait intrusion, il doit y avoir indiscrétion abusive. La deuxième forme d'intrusion se produit lorsque le renseignement est transmis à un tiers ou qu'il est rendu public. Ici encore, il n'y a pas d'intrusion si l'intéressé donne le renseignement en toute liberté, sachant qu'il peut être publié». Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972, 13-14.

demandes d'informations — alors que les *immixtions dérivées* sont celles qui résulteront généralement d'une action subreptice de l'État — telles les situations où les détenteurs d'informations personnelles divulguent ces informations à une tierce partie de façon volontaire ou à la suite d'une contrainte exercée par l'État et les situations de filature et de surveillance. Or, dans bien des cas, la violation des attentes d'un individu en matière de vie privée ne résulte pas d'une immixtion ou d'une perte de contrôle sur les informations qui le concernent[352].

Dans sa thèse de doctorat, publiée subséquemment sous le titre de *Privacy Law and Public Policy (1979)*, David O'Brien a admirablement bien exprimé — reprenant la conceptualisation de Roland Garrett[353] qui distingue *l'immixtion directe* («causal access») et *l'immixtion dérivée* («interpretative access»), — cette inadéquation de l'approche conceptuelle faisant du contrôle de l'information la pierre angulaire de la protection du droit au respect de la vie privée[354]. Cette approche, qui veut que le droit constitutionnel au

---

[352] Dans *Privacy and Its Legal Protection (1974)*, Ken Greenwalt illustrait ce propos de la manière suivante: «A person who is raped or brainwashed has suffered an extreme loss of privacy, and any information the intruder may have obtained is quite incidental to the major harm. An unwanted police search of one's home is disturbing the familial privacy entirely apart from whatever information the police discover». Voir K. GREENWALT, «Privacy and Its Legal Protection» (1974) 2 *Hastings Center Studies* 45, 47.

[353] R. GARRETT, «The Nature of Privacy» (1974) 18 *Philosophy Today* 263.

[354] Ainsi s'exprimait-il: «Legitimate expectations of personal privacy may be compromised not only when personal information is collected unbeknown to an individual but also when that individual has voluntarily disclosed information that subsequently is made available to a third party, as when the Internal Security Service discloses personal financial information to the Justice Department or state and local welfare or Social Security offices. Notwithstanding the inability to control the access or disclosure of information, an individual may still have legitimate expectations. Similarly, there are reasonable expectations of privacy with respect to personal records, because such disclosures to third parties compromise individual's interpretative privacy

respect de la vie privée ait pour axiome le contrôle de l'information, n'appréhende pas totalement la réalité. Considérant la *protection de l'information*, elle laisse s'échapper les informations obtenues par l'État d'une tierce personne et, considérant la *protection de l'autonomie de la volonté*, elle laisse s'échapper tout un éventail d'intérêts qui supposent un retrait de la vie publique et qui impliquent l'expression de la volonté individuelle[355].

---

and may also influence their futures, thereby restricting privacy, individual freedom and personal autonomy». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 287.

[355] Découlant de la doctrine libérale classique, cet aspect de la vie privée — qui reconnaît «le droit à l'individu de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe indue» a été reconnu par la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Godbout* (1997). Dans *On Liberty*, John Stuart Mill — maintes fois cité avec approbation par les juges de la Cour suprême du Canada —, décrivant l'objet de son Essai, affirmait: « The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercition of public opinion. [...] The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. Dans *On Privacy (1971)*, E. Van Den Haag formulait une conception très étendue du droit à la vie privée: «But privacy grant us the right not to participate in the activities of others. It is violated whenever, through suffering in our private domain, the noises, tremors, odors, lights, images, or communications produced outside, we are forced to participate in activities we do not choose. This violation of privacy actually interferes with our freedom to do, or be, as we want, whereas being watched or publicized only threatens to do so. To be forced, even while in one's private domain, to share in the activities of others, if only by suffering from incidental effects, is now perhaps the most rapidly rising threat of privacy». Enfin, plus loin, il résume sa conception de la façon suivante: «Privacy is violated whenever, in public places or public accommodation (such as restaurants, lobbies, elevators) which are difficult or impossible to avoid, we are forced to listen to broadcast or otherwise reproduced message or music». Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 913 (j. La Forest); J.S. MILL, *On Liberty*, dans C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers — Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1959, 383; E. VAN DEN HAAG, «On Privacy», dans J.R. PENNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, Atherton Press, New York, 1971, 149, 160-161, 166. Voir aussi A. SIMMEL, «Privacy Is Not An Isolated Freedom», dans J. R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 71, 72-73.

Cependant, on l'a vu, le droit au respect de la vie privée ne saurait constituer une absoluité. Comme le soulignait l'actuel juge en chef de la Cour suprême des États-Unis dans *Is an Expanded Right of Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement? (1974)* : «no careful student of the subject would suggest that the claim to privacy ought to prevail over other societal claim whatever the fact situation»[356]. Il est nécessaire, pour reprendre les propos de Roscoe Pound, d'assurer l'ordonnancement entre l'intérêt général et les intérêts individuels. C'est le but que nous poursuivrons dans les trois prochains chapitres concacrés à l'étude du droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain.

[356] W. H. REHNQUIST, «Is an Expanded Right of Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement ? Or, Privacy, You've Come a Long Way, Baby» (1974) 23 *Kansas Law Review* 1. Voir aussi A. SHAFFER, «Privacy — A philosophical Overview», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto Butterworths, 1980, 1, 19 -20; D. O'BRIEN, *Privacy, Law and Policy*, New York, Praeger, 1979, 19-20.

Deuxième partie

La protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain

La seconde partie est consacrée à l'analyse de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et distingue la *protection de l'autonomie de la volonté* et la *protection de l'information*. La *protection de l'autonomie de la volonté*, que nous examinons dans le premier chapitre, circonscrit la protection offerte aux lieux (le domicile, les véhicules automobiles, les lieux ouverts, les institutions carcérales et les frontières internationales) ainsi que la protection offerte aux personnes (l'intégrité physique et morale, la liberté de circulation, la détention, les fouilles corporelles, la famille et l'autorité parentale ainsi que l'autonomie personnelle). La *protection de l'information*, que nous examinons dans le deuxième chapitre, circonscrit la protection offerte à la correspondance, aux conversations téléphoniques, aux filatures et à la surveillance (la surveillance participative, la télésurveillance, et la surveillance informatique) ainsi que la protection des données à caractère personnel. Dans le troisième et dernier chapitre de cette partie, nous établirons que la limite au droit constitutionnel au respect de la vie privée est le consentement, lequel peut être individuel ou communautaire. Il esquisse le point d'ancrage de notre thèse, à savoir que *toute immixtion étatique dans la vie privée d'un individu effectuée sans son consentement est inconstitutionnelle*.

Chapitre 1

La protection de l'autonomie de la volonté

> Nous ne devons toutefois pas nous laisser tromper par le fait que ce soit le droit de propriété et non le droit à la vie privée qui ait été affirmé. En effet, l'action pour violation du droit de propriété était le seul outil technique disponible, tant pour définir la faute que pour fournir la réparation en découlant. Les juges savaient exactement quels étaient les enjeux. Dans l'importante affaire Semayne's [...], lord Coke a clairement indiqué pourquoi les tribunaux protègent le droit d'un individu de ne pas être arrêté sans mandat dans sa demeure — pourquoi la demeure d'un homme est son château. C'est pour le défendre contre les préjudices et la violence, mais aussi pour assurer sa «tranquillité», c'est-à-dire pour protéger sa personne et sa vie privée. J'ajouterai une chose. Dans une société qui, autrefois, était principalement rurale, la protection de la demeure répondait aux principaux besoins d'une personne en matière de vie privée.
>
> Extrait d'un discours prononcé par l'honorable Gérard V. La Forest lors de la *Conférence internationale sur la vie privée* qui s'est tenue à Montréal, le 25 septembre 1997.

S'il est vrai que traditionnellement la protection offerte à la vie privée par la *common law* a d'abord été fondée sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et qu'elle était étroitement liée au droit applicable en matière d'intrusion, il faut se rappeler, comme l'a fait l'honorable Gérard V. La Forest lors de la *Conférence internationale sur la vie privée*, qu'à cette époque préindustrielle la vie se déroulait principalement autour de la résidence et la protection du domicile répondait aux principaux besoins en matière de vie privée. La *protection de l'autonomie de la volonté* s'entend selon que l'immixtion étatique affecte les lieux (4.1.) ou la personne (4.2.).

1.1. La protection des lieux

Certains lieux bénéficient d'une protection constitutionnelle privilégiée. Le domicile (*a.*), et à un degré moindre, d'autres lieux profiteront de la protection constitutionnelle offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne* et par les Quatrième et Quatorzième amendements à la *Constitution* américaine. Si certains lieux — comme les commerces[357], les chambres d'hôtels[358] et les lieux faisant l'objet d'une inspection (*b.*)[359] — jouissent d'attentes en matière de vie privée analogues à celles réservées au domicile[360], d'autres lieux cependant — comme les lieux ouverts (*c.*), les institutions carcérales (*d.*) et les frontières internationales (*e.*) — ne bénéficieront pratiquement d'aucune attente en matière de vie privée.

---

[357] Au Canada, voir notamment les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Aux États-Unis, voir notamment *Silverthorne Lumber Co. c. United States*, 251 U.S. 385 (1920); *Amos c. United States*, 244 U.S. 313 (1921); *Gouled c. United States*, 255 U.S. 298 (1921); Davis c. United States, 328 U.S. 582 (1946); *Mancusi c. DeForte*, 392 U.S. 364 (1968); *G.M. Leasing Corp. c. United States*, 429 U.S. 338 (1977); *O'Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987).

[358] Au Canada, voir notamment les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. Aux États-Unis, voir notamment les arrêts *Lustig c. United States*, 338 U.S. 74 (1949); *United States c. Jeffers*, 342 U.S. 48 (1951); *Johnson c. United States*, 333 U.S. 10 (1948); *Abel c. United States*, 262 U.S. 217 (1960).

[359] On peut distinguer les inspections des lieux des inspections des automobiles. Aux États-Unis, voir notamment les arrêts *Gambino c. United States*, 275 U.S. 310 (1927); *Carroll c. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *Brinegar c. United States*, 338 U.S. 160 (1949); *Henry c. United States*, 361 U.S. 98 (1959); *Rios c. United States*, 364 U.S. 253 (1960).

[360] Voir G. LAPORTE, *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des Chartes*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 45; L. ANGER, «À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain» (1986) 27 *Cahiers de droit* 723, 757-760; CANADA, Commission de réforme du droit, *Les pouvoirs de la police : les fouilles — Les perquisitions et les saisies en droit pénal*, document de travail 30, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983, 27.

(a) Le droit au respect du domicile

S'il est vrai que le droit au respect de la vie privée a d'abord été fondé sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et qu'il était étroitement lié au droit applicable en matière d'intrusion physique[361], cette protection qu'offrait la *common law* en regard des immixtions étatiques doit cependant être considérée dans son contexte historique puisqu'elle est étroitement associée à l'histoire politique et parlementaire de l'Angleterre[362]. Le Parlement britannique avait autorisé les fouilles et les perquisitions dès le XIV^e^ siècle en permettant à des aubergistes des villes portuaires de saisir les marchandises importées illégalement. C'est au début du XVII^e^ siècle, dans l'arrêt *Semayne (1604)*[363], que les tribunaux anglais ont sanctionné, pour l'une des premières fois, les intrusions dans la vie privée des individus et reconnu le

---

[361] Dans l'arrêt *Hunter (1984)*, le juge en chef Dickson soulignait qu': «[h]istoriquement, la protection qu'offre la *common law* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement se fonde sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et elle était liée au droit applicable en matière d'intrusion». Dans l'arrêt *Feeney (1997)*, le juge Sopinka affirmait: «Il ne fait aucun doute que la *common law* a toujours accordé beaucoup d'importance à la sécurité et à l'intimité du foyer». Dans *Search and Seizure in Canada (1997)*, le juge Fontana affirme ce qui suit: «Nothing in English Law, the fountainhead of our own legal heritage, has been held to be so sacred as the inviolability of a man's home or premises». Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 45; J. FONTANA, *Search and Seizure in Canada*, Toronto, Butterworths, 1997, 1. Voir aussi J.B. LASKIN, «Investigative and Search Powers in the Regulatory Environment — The Impact of the Charter», dans N. FINLKELSTEIN et B.M. ROGERS (dir.), *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carswell, 1988, 237, 238.

[362] Voir notre discussion à ce sujet au chapitre trois de la première partie intitulé *Le libéralisme et les origines des garanties constitutionnelles*. Voir aussi CANADA, Commission de réforme du droit, *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, document de travail 30, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983; P.G. POLYVIOU, *Search and Seizure*, Londres, Duckworth, 1982; M.H. SMITH, *The Writs of Assistance Case*, Berkeley, University of California Press, 1978, CANADA, Commission de réforme du droit, *Notre droit pénal*, Rapport 3, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1976; J. STEPHENS, *A History of the Criminal Law of England*, Londres, MacMillan, 1883; M. HALE, *The History of the Pleas of the Crown*, vol. 2, Rider, 1800.

[363] *Semayne's* Case, 5 Coke's Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1604).

caractère limité des immixtions étatiques[364]. L'établissement d'un régime de censure étatique, qui visait à limiter la liberté de religion et à contrôler la presse naissante, rendra nécessaire toutefois l'élargissement des pouvoirs des agents du Roi de s'introduire dans le domicile des individus. Déjà sous le règne de Charles I[er] (1625-1649), les mandats généraux, qui conféraient à leurs détenteurs une autorité générale de s'introduire dans des lieux privés sans aucune autorisation préalable spécifique, deviendront un instrument privilégié pour agir à l'encontre des auteurs et des imprimeurs, mais surtout à l'encontre des dissidents politiques[365]. Au cours du XVII[e] siècle, les mandats généraux se généraliseront au point de constituer un abus de pouvoir. C'est à cet abus auquel se référait William Pitt, Premier Earl of Chatham, dans un discours devenu célèbre adressé au Parlement anglais en 1763[366].

---

[364] Dans *Semayne (1604)*, lord Coke faisait cette remarque qui deviendra célèbre: «[...] the house of everyone is to him his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence for his repose». La règle de l'arrêt *Semayne (1604)* souffrait cependant d'une exception puisqu'un officier du Roi détenait le pouvoir d'entrer sans mandat dans le but de procéder à une perquisition en vue d'y trouver des biens volés qu'il croyait raisonnablement dissimulés à cet endroit. Cette exception est à l'origine du mandat de perquisition. Le seul pouvoir de la *common law* qui permettait des immixtions sans mandat était donc celui concernant la recherche de biens volés. La seule autre exception, qui sera reconnue plus tard, est la fouille accessoire à une arrestation légale. Voir *Semayne's* Case, 5 Coke's Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1604). Voir aussi J. FONTANA, *Search and Seizure in Canada*, Toronto, Butterworths, 1997, 3; W. McCALLA, *Search and Seizure in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984, 3-4.

[365] Les mandats généraux seront aussi utilisés par les agents du Roi à leur profit personnel. Voir généralement E. SCHNAPPER, «Unreasonable Searches and Seizures of Papers» (1985) 71 *Virginia Law Review* 869; P.G. POLYVIOU, *Search and Seizure*, Londres, Duckworth, 1982.

[366] Dans ce discours, William Pitt affirmait ce qui suit: « The poorest man may in his cottage bid defiance to all forces of the Crown, It may be frail — its roof shake — the wind may blow through it — the storm may enter — the rain may enter — but the king of England cannot enter — all his force dares not cross the threshold of the ruined tenements». Voir Vol. II, Londres, Gyles, Woodward & Davis, 1736, cité par W. McCALLA, *Search and Seizure in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984, 2.

Au milieu du XVIII[e] siècle, plusieurs décisions des tribunaux anglais ont condamné sévèrement cette utilisation excessive des mandats généraux. Dans l'arrêt *Entick (1765)*[367], lord Camden a jugé que la perquisition dans le domicile d'un individu fondée sur un mandat général était illégale parce qu'elle ne reposait pas sur des motifs raisonnables. De fait, cet arrêt — et plus généralement la séquence d'arrêts qu'on a désignée comme les «General Warrants Cases»[368] — a sonné le glas de la tolérance de la *common law* en ce qui a trait au pouvoir résiduaire discrétionnaire de la Couronne en matière d'intrusions en subordonnant les immixtions étatiques à l'exigence d'une autorisation préalable émanant d'un juge de paix à la suite d'une dénonciation faite sous serment, alléguant des «raisons sérieuses de croire» que les biens se trouvaient à l'endroit indiqué[369].

---

[367] *Entick* c. *Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275.

[368] L'arrêt *Entick (1765)* n'était que l'un d'une séquence d'arrêts relativement à des actions en dommages-intérêts intentées à l'encontre d'agents de l'État qui avaient perquisitionné, en vertu de mandats généraux, plusieurs domiciles afin de retrouver des pamphlets polémiques écrits par John Wilkes qui attaquaient l'autorité du Roi. Voir *Entick* c. *Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275. Voir aussi *Huckle* c. *Monney* (1763), 2 Wils K.B. 205, 95 E.R. 768; *Wilkes* c. *Wood* (1763), Lofft 1, 98 E.R. 489; *Leach* c. *Monney* (1765), 19 State Tr. 1001; *Wilkes* c. *Lord Halifax* (1769), 19 State Tr. 1406.

[369] Dans l'arrêt *Entick (1765)*, lord Camden a conclu que les intrusions étatiques et les saisies de documents n'étaient pas justifiables en vertu du droit en vigueur puisque celui-ci n'autorisait l'intrusion que dans la mesure où un juge de paix l'avait autorisée sur la base d'une dénonciation faite sous serment alléguant qu'il y avait des «raisons sérieuses de croire» que les biens se retrouvaient à l'endroit où l'on voulait effectuer la perquisition. L'usage ou la *common law* ne pouvait justifier une immixtion qui n'était pas fondée sur une législation émanant du Parlement. Voir *Entick* c. *Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1066. Selon Winston McCalla, quatre principes fondamentaux découlent de cet arrêt: «Four principles of continuing importance arise from *Entick* v. *Carrington*: first, unless there is existing specific authority, either in statute or at *common law*, to justify a search, it is illegal; second, that searches of private property are illegal trespasses unless some lawful authority can be produced; third, only judicial officers acting in accordance with the law can permit search and seizure powers — not executive officers, exercising untramelled discretion. Finally, the only source of search and seizure power is the law — not public interest or state necessity». Voir W. McCALLA, *Search and Seizure in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984, 3.

Aux États-Unis, l'application des tarifs douaniers et, plus tard, la lutte à la contrebande d'alcool ont justifié les immixtions étatiques sans mandat dans le domicile des individus. Dès le début de la colonie, les autorités britanniques avaient attribué des pouvoirs d'immixtion étendus aux officiers du Roi qui leur permettaient d'entrer dans tout lieu sans motifs raisonnables afin de rechercher et de saisir les biens pouvant servir d'éléments de preuve à l'infraction d'avoir importé des biens en violation des lois britanniques. Ces pouvoirs d'immixtion des agents du Roi étaient conférés par des mandats généraux, lesquels demeuraient en vigueur jusqu'à six mois après le décès du souverain. À la mort du roi George II (1727-1760) en 1760, les autorités américaines devaient obtenir de nouveaux mandats. C'est à ce moment que les marchands de Boston ont retenu les services de James Otis afin de les représenter et de convaincre les autorités britanniques de ne pas émettre de nouveaux mandats généraux parce qu'ils étaient contraires au principe de la primauté du droit. Le refus des autorités britanniques attisera la colère et la résistance des colonies américaines envers l'Angleterre et sèmera le germe de la révolution américaine[370]. De fait, l'importance fondamentale accordée par le *constituant* américain à l'égard de la protection du droit au respect de la vie privée — qui se traduit par l'adoption du Quatrième Amendement — ne visait qu'à prévenir la récurrence des abus d'autorité exercés par les officiers britanniques à l'époque coloniale[371].

---

[370] Voir *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616, 625 (1886) (j. Bradley); *Frank c. Maryland*, 359 U.S. 360, 365 (j. Frankfurter). Voir aussi J.C. MILLER, *Origins of the American Revolution*, Boston, Little, Brown and Company, 1943; M.H. SMITH, *The Writs of Assistance Case*, Berkeley, University of California Press, 1978.

[371] Voir *Payton c. New York*, 445 U.S. 573, 583 (1980); *United States c. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977); *Standford c. Texas*, 379 U.S. 476, 482 (1965); *Marcus c. Search Warrants*, 367 U.S. 717, 728-729 (1961); *Frank c. Maryland*, 359 U.S. 360, 364-365 (1959); *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928) *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616 (1886). Voir aussi T. TAYLOR, *Two Studies in Constitutional Interpretation*, Colombus (Ohio), Ohio State University Press, 1969, 38-41; B. SCHWARTZ, *The Bill of*

L'arrêt *Boyd (1886)*[372] a été l'un des tout premiers arrêts de la Cour suprême des États-Unis à interpréter le Quatrième amendement. Commentant et citant avec approbation l'arrêt *Entick (1765)*[373], le juge Bradley rappelait que le principe judiciaire formulé dans cet arrêt ne se limitait pas strictement aux intrusions dans le domicile d'un individu mais protégeait aussi la liberté individuelle[374]. Dans l'arrêt *Payton (1980)*[375] — que nous pourrions qualifier

---

Rights — A Documentary History, 199, 205-206 (1971); J. LANDYNSKI, *Search and Seizure and the Supreme Court*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1966; N. LASSON, *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1937.

[372] *Boyd* c. *United States*, 116 U.S. 616 (1886).

[373] *Entick* c. *Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275.

[374] Dans l'arrêt *Boyd (1886)*, le juge Bradley cite avec approbation les propos tenus par lord Camden dans l'arrêt *Entick* c. *Carrington (1765)*: «The principles laid down in this opinion affect the very essence of constitutional liberty and security. They reach farther than the concrete form of the case then before the court, with its adventitious circumstances; they apply to all invasions, on the part of the government and its employees, of the sanctity of man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors and the rummaging of his drawers that consitute the essence of the offence; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty and private property, where that right has never been forfeited by his conviction of some public offence, — it is the invasion of this sacred right which underlies and constitutes the essence of lord Camden's judgment» (acentuation ajoutée). Voir *Entick* c. *Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *Boyd* c. *United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886).

[375] Dans l'arrêt *Payton (1980)*, le juge Stevens tenait ces propos: «The Fourth Amendment protects individual's privacy in a variety of settings. In none is the zone of privacy more clearly defined than when bounded by the unambiguous physical dimensions of an individual's home — a zone that finds its roots in clear and specific constitutional terms.[...] That language unequivocally establishes the proposition that "[a]t the very core [du Quatrième amendement] stands the right of a man to retreat into his home and there be free from unreasonable governmental intrusions" [...]». Dans *United States Disctrict Court (1972)*, le juge Powell indiquait en ces termes que le domicile bénéficiait d'une protection constitutionnelle privilégiée: «[...] physical entry of the home is the chief evil against which the wording of the Fourth Amendment is directed». Dans *Orito (1973)*, le juge en chef Burger réaffirmait cette conception en ces termes: «Constitution extends special safeguards to the privacy of the home, just as it protects other special privacy rights such as those of marriage, procreation, motherhood, child rearing and education». Voir *Payton* c. *New York*, 445 U.S. 573, 589, 590 (1980); *United States* c. *United States District Court*, 407 U.S. 297, 313; *United States* c. *Orito*, 413 U.S. 139, 142 (1973). Voir aussi *United States* c. *Johnson*, 457 U.S. 537 (1982)(application rétroactive de l'arrêt *Payton*); *Welsh* c. *Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984) (l'arrestation d'un individu dans son domicile, effectuée nuitamment, à la suite d'une infraction à la réglementation routière est inconstitutionnelle). Voir cependant *Irvine* c. *California*, 347 U.S.

«d'arrêt-cousin» de l'arrêt *Feeney (1997)*[376] — la *Cour Burger (1969-1986)* a rappelé, après avoir fait une revue du droit anglo-américain, que la protection accordée au domicile par la Constitution remonte aux origines des États-Unis d'Amérique, et établit le principe judiciaire selon lequel une arrestation sans mandat dans le domicile d'un individu est inconstitutionnelle. Le domicile offre une protection non seulement contre la surveillance de l'État mais aussi elle permet le déroulement d'activités intimes sans intervention gouvernementale[377].

---

128 (1954).

[376] À notre grand étonnement, le juge Sopinka — qui s'exprimait pour lui-même et pour les juges La Forest, Cory, Iacobucci et Major — n'a pas jugé utile de référer à l'arrêt *Payton (1980)* malgré la similitude frappante des questions de faits et de droit soulevées. En dissidence, le juge L'Heureux-Dubé a cité l'arrêt *Payton (1980)* pour appuyer la proposition voulant que les arrestations sans mandats dans des lieux privés soient légales lorsqu'une situation d'urgence le nécessitait. S'il est vrai qu'il existe un principe judiciaire bien établi, tant aux États-Unis qu'au Canada, voulant que les policiers puissent procéder à l'arrestation d'un individu dans une situation d'urgence, ce n'est pas à l'arrêt *Payton (1980)* qu'il faut référer puisque celui-ci n'a mentionné cette question que de façon incidente. Cet arrêt établit plutôt le principe judiciaire selon lequel une arrestation effectuée sans mandat dans le domicile d'un individu et sans son consentement est inconstitutionnelle. Voir *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 97 (j. L'Heureux-Dubé); *Payton c. New York*, 445 U.S. 573 (1980). Voir aussi *Steagald c. United States*, 451 U.S. 204 (1981) (une perquisition effectuée en l'absence du consentement du principal intéressé ou en l'absence d'une situation d'urgence est inconstitutionnelle).

[377] Dans l'arrêt *Stanley (1969)*, le juge Marshall a souligné que ce n'était pas parce que la distribution de matériel obscène était illégale qu'elle permettait à l'État de s'immiscer dans le domicile des individus. Ces propos du juge Marshall resteront gravés dans la mémoire de plusieurs constitutionnalistes: «If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds». Dans l'arrêt *Ullman (1961)*, le juge Harlan affirmait ce qui suit: «[I]f the physical curtilage of the home is protected, it is surely as a result of solicitude to protect the privacies of the life within». Dans les arrêts *Mincey (1978)* et *Thompson (1984)*, la *Cour Burger (1969-1986)* rejettera la doctrine du «murder scene exception» — créée par la Cour suprême de l'Arizona — selon laquelle les policiers pouvaient perquisitionner sans mandat les endroits où a eu lieu un meurtre. Voir *Stanley c. Georgia*, 394 U.S. 557, 565 (1969); *Poe c. Ullman*, 367 U.S. 497, 551 (1961); *Mincey c. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978); *Thompson c. Louisiana*, 469 U.S. 17 (1984).

La Cour *Rehnquist (1986-)* semble cependant avoir relativisé ce principe judiciaire puisque, dans l'arrêt *Harris (1990)*[378], elle a statué que la déclaration faite par un individu à la suite de son arrestation sans mandat dans son domicile était admissible en preuve. Elle a aussi jugé constitutionnelle une perquisition d'un domicile effectuée à la suite d'une erreur commise de bonne foi[379] et une perquisition sans mandat d'un entrepôt dans la mesure où d'autres sources indépendantes auraient pu étayer des motifs raisonnables en vue d'obtenir un mandat de perquisition[380].

Plus étonnant encore est l'arrêt *Bowers (1986)*[381], dans lequel la *Cour Renhquist (1986-)* a statué qu'une loi de l'État de Georgie qui réglementait les relations sexuelles qui se déroulaient entre deux adultes consentants dans un domicile privé était conforme à la Constitution. Dans l'arrêt *Carter (1998)*[382], elle subordonnera les attentes en matière de vie privée aux intérêts de propriété et de possession que l'individu peut avoir avec le lieu dans lequel l'immixtion est effectuée.

---

[378] *New York* c. *Harris*, 495 U.S. 14 (1990). S'exprimant pour une majorité de cinq juges, le juge White a précisé que le fait que la déclaration ait été faite à l'extérieur du domicile de l'accusé distinguait la présente situation du principe judiciaire établi dans l'arrêt *Payton (1980)*. Voir *Payton* c. *New York*, 445 U.S. 573 (1980). Voir cependant *Wilson* c. *Layne*, (n° 98-83)(24 mai 1999).

[379] *Maryland* c. *Garrison*, 480 U.S. 79 (1987).

[380] *Murray* c. *United States*, 487 U.S. 533 (1988). Voir généralement *Wilson* c. *Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995); *Richard* c. *Wisconsin*,(1996)(n° 96-5955) (28 avril 1997); *United States* c. *Ramirez*, (n° 96-1469) (4 mars 1998).

[381] *Bowers* c. *Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

[382] *Minnesota* c. *Carter*, (n° 97-1147) (1er décembre 1998). Voir aussi *Minnesota* c. *Olson*, 495 U.S. 91 (1990).

Au Canada, les principes formulés en droit anglo-américain ont été généralement acceptés par les tribunaux[383]. Avant même l'adoption de la *Charte canadienne*, la Cour suprême du Canada avait reconnu le caractère privilégié du domicile. Dans la séquence d'arrêts *Eccles (1974) — Descôteaux (1982)*, la *Cour Laskin (1973-1984)* avait établi le principe judiciaire voulant que le domicile, sous réserve de certaines exceptions, soit inviolable[384]. Interprétant les garanties constitutionnelles enchâssées dans la *Charte canadienne*, la *Cour Dickson (1984-1990)* réaffirmera l'inviolabilité du domicile dans les arrêts *Hunter (1984)*[385] et *Kokesch (1990)*[386]. La *Cour Lamer (1990-2000)* confirmera ce principe

---

[383] Les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie ont fait l'objet d'une codification au *Code criminel* en 1882. Il s'agissait d'une consolidation des lois existantes relatives au pouvoir d'intrusion de l'État plutôt que d'une refonte globale des pouvoirs spécifiques qui avaient proliféré au cours des siècles précédents. L'article 487 du *Code criminel* actuel est le résultat de cette évolution. Jusqu'au moment de l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, les tribunaux canadiens avaient largement interprété la notion d'immixtion en fonction de cette conception classique qui faisait de l'intrusion physique le point d'ancrage de la protection légale. Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[384] Voir *Eccles* c. *Bourque* (1974), [1975] 2 R.C.S. 739; *R.* c. *Biron* (1975), [1976] 2 R.C.S. 56, 64-65; *Colet* c. *R.*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Nouvelle-Écosse (P.G.)* c. *MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175,179; *Descôteaux* c. *Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 889. Voir cependant *Lyons* c. *R.*, [1984] 2 R.C.S. 633 et *Renvoi relatif à l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697. Le principe judiciaire établi dans ces arrêts sera toutefois renversé par *R.* c. *Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. Dans les arrêts *Sieben (1987)* et *Hamill (1987)*, la *Cour Dickson (1984-1990)* déclarait que les perquisitions domiciliaires effectuées en vertu d'un mandat de main-forte étaient inconstitutionnelles. Voir *R.* c. *Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R.* c. *Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301.

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

[386] Dans l'arrêt *Kokesch (1990)*, la Cour Dickson (1986-1990) conclut à l'unanimité que les perquisitions périphériques ou les examens visuels des abords d'une résidence effectués sans mandat constituaient des immixtions abusives. S'exprimant pour la majorité, le juge Sopinka rappelait ce principe judiciaire de la façon suivante: «Sur le plan de la vie privée, qui est la valeur essentielle protégée par l'art. 8 de la *Charte*, cette intrusion illégale dans une propriété privée n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre les fonctionnaires fureteurs, à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux». Voir *R.* c. *Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, 29. Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd.* c. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 422, 520, 521 (j. La Forest), 594 (j. L'Heureux-Dubé); *R.* c. *McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, 649 (jj. Lamer et L'Heureux-Dubé).

judiciaire dans plusieurs arrêts[387] dont notamment les arrêts *Evans (1996)*[388] et *Feeney (1997)*[389].

L'arrêt *Edwards (1996)*[390] semble cependant s'inscrire en faux contre ce principe judiciaire puisque la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué qu'une immixtion étatique effectuée par des policiers dans le domicile d'une tierce personne ne violait pas son droit au respect de la vie privée, et cela même si le consentement de cette tierce personne a été obtenu à la suite de déclarations fausses et mensongères de la part des policiers. De fait, l'arrêt *Edwards (1996)*[391] semble confirmer que le droit au respect de la vie privée d'un individu est indissocialement lié à des intérêts de propriété ou de possession. Dans l'arrêt *Evans (1996)*[392], bien qu'elle ait reconnu l'existence d'un pouvoir de *common law* — la règle de l'invitation implicite — qui permettait à tout individu, y compris les policiers, de s'approcher du domicile d'un individu et à y frapper à la porte, le juge Sopinka a indiqué que l'étendue de ce pouvoir s'appréciait en fonction de l'intention subjective des policiers qui effectuaient l'immixtion[393].

---

[387] Voir *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802.

[388] *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

[389] *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[390] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 131.

[391] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 131.

[392] *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

[393] Parlant pour la majorité, le juge Sopinka, a conclu qu'il existait une règle de *common law* — la règle de l'invitation implicite — qui permettait aux membres du public, y compris les policiers, de s'approcher de la porte d'une résidence d'un individu et d'y frapper. Cependant, s'empressa-t-il d'ajouter, son étendue n'est pas sans limites. La détermination des activités qui sont permises en vertu de la *règle de l'invitation implicite* s'effectue en considérant l'intention subjective des policiers au moment d'aller frapper à la porte. Quant au juge La Forest, il rejette cette règle de l'invitation implicite et réitère les propos qu'il avait tenus dans l'arrêt *Landry (1986)*

Dans *Feeney (1997)*[394], réexaminant le principe judiciaire énoncé dans l'arrêt *Landry (1986)*[395], le juge Sopinka conclut que les conditions fixées dans cet arrêt ne correspondaient plus aux exigences constitutionnelles garanties par la *Charte canadienne*. Selon ce dernier, la protection accrue accordée au droit au respect de la vie privée par la *Charte canadienne* justifie ce renversement du principe judiciaire établi dans *Landry (1986)*[396]. Il a résumé ainsi

---

à l'effet qu'il appartient au Parlement et non aux tribunaux d'établir les exceptions à la règle de l'inviolablité de la demeure. Sept juges ont pris part au jugement en rendant quatre opinions ou parties d'opinion différentes. L'opinion majoritaire, à laquelle ont souscrit les juges Cory et Iacobucci, a été rendue par le juge Sopinka. Les juges L'Heureux-Dubé, La Forest et Major (à laquelle le juge Gonthier a souscrit) ont rendu des opinions distinctes. Cette multiplicité d'opinions peut toutefois se ramener à deux propositions fondamentales: d'abord, la thèse de la limitation inhérente des pouvoirs de l'État selon laquelle la finalité de l'immixtion ou encore l'intention subjective doit être considérée (jj. La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci) et, ensuite, la thèse de la non-limitation des pouvoirs selon laquelle la finalité de l'immixtion est sans aucune importance (jj. L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major). Voir *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

[394] Dans *Feeney (1997)*, le juge Sopinka a indiqué que les conditions suivantes doivent être remplies pour qu'une arrestation dans une maison privée soit légale: un mandat doit être obtenu sur la foi de motifs raisonnables d'effectuer une arrestation et de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux en question, et une annonce régulière doit être faite avant d'entrer. Il résuma ainsi l'état du droit relativement aux arrestations effectuées dans une maison d'habitation: «Si l'on combine les arrêts *Eccles, Landry* et *Storrey*, ainsi que l'art. 495 [du *Code criminel*], on en tire la proposition suivante: l'arrestation sans mandat effectuée à la suite d'une entrée par la force dans des lieux privés est légale a) si le policier qui l'effectue a des motifs raisonnables de croire que la personne recherchée est sur les lieux, b) si une annonce régulière est faite, c) si le policier croit qu'il y a des motifs raisonnables d'effectuer l'arrestation, et d) si, objectivement, il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer l'arrestation» (accentuation dans le texte). Voir *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 52. Voir aussi *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145.

[395] *Landry c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 145.

[396] Dans *Feeney (1997)*, reconsidérant l'analyse que la *Cour Dickson (1984-1990)* avait faite dans l'arrêt Landry (1986), le juge Sopinka affirmait ce qui suit: «Quoique cette conclusion ait été discutable à l'époque, j'estime que la protection accrue de la vie privée au foyer sous le régime de la *Charte* fait pencher la balance du côté du premier droit: en général le droit à la vie privée l'emporte sur le droit de la police et les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation sont interdites». Plus loin, il indiquait qu'à son avis les simples mandats d'arrestation ne préservent pas suffisamment le droit au respect de la vie privée et qu'il était nécessaire que les autorités policières obtiennent une autorisation judiciaire préalable leur permettant spécifiquement d'entrer dans le domicile des individus: «À mon avis, les droits à la vie privée garantis par la Charte exigent que la police obtienne généralement une autorisation judiciaire préalable d'entrer dans une

les conditions pour qu'une fouille accessoire à une arrestation qui se déroulait dans une maison d'habitation soit considérée légale : un mandat doit être obtenu sur la foi de motifs raisonnables d'effectuer une arrestation et de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux en question, et une annonce régulière doit être faite avant d'entrer. En somme, tant au Canada qu'aux États-Unis, la Cour suprême a consacré l'inviolabilité du domicile. Les deux seules exceptions reconnues au principe judiciaire consacrant l'inviolabilité du domicile sont la prise en chasse et les situations d'urgence. Ces exceptions ne visent qu'à reconnaître que le domicile ne saurait constituer un refuge qui permettrait à un criminel d'échapper à la justice.

La prise en chasse — dont l'appellation anglaise «hot pursuit» est généralement mieux connue — constitue la première exception reconnue au principe judiciaire consacrant l'inviolabilité du domicile. Dans le cas d'une prise en chasse, un policier peut entrer dans le domicile d'un individu afin de procéder à une arrestation tant à l'égard des actes criminels que des infractions punissables par déclaration sommaire de culpabilité dans la mesure où les circonstances justifient une arrestation sans mandat. Bien établie en *common law*[397], la prise en chasse a été consacrée par la Cour suprême des

---

maison d'habitation pour y arrêter la personne recherchée. Si le Code [*criminel*] ne prescrit pas expressément, à l'heure actuelle, un mandat contenant une telle autorisation préalable, il y a lieu de l'interpréter comme s'il renfermait une telle disposition». Voir *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 47-51.

[397] Dans *The Law of Forcible Entry (1977)*, les professeurs Foster et Magnet affirmaient que la *common law* reconnaissait aussi de façon générale un droit d'entrer en cas de prise en chasse relativement à toute infraction mineure («misdemeanour»), à la condition qu'elle ait été commise en présence du policier. Commentant cet article dans l'arrêt *Macooh (1993)*, le juge en chef Lamer considère toutefois que la condition de la présence du policier lui apparaît trop restrictive et que seul l'élément de la continuité réelle, entre la perpétration de l'infraction et la poursuite entreprise par les policiers, doit être démontré. Voir W.F. FOSTER et J. E. MAGNET, «The Law of

États-Unis, dans la séquence d'arrêts *Hester (1924) — Santana (1976)*[398], et par la Cour suprême du Canada dans la séquence d'arrêts *Eccles (1974) — Macooh (1993)*[399].

Forcible Entry» (1977) 15 *Alberta Law Review* 271. Voir *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802, 818.

[398] Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Hester (1924)* que la *Cour Taft (1921-1930)* affirmait ce principe pour la première fois. Dans l'arrêt *Santana (1976)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a jugé que la poursuite d'un individu qui se trouvait sur le balcon de son domicile constituait une situation de prise en chasse. Voir *Hester c. United States*, 265 U.S. 57 (1924); *United States c. Santana*, 427 U.S. 38 (1976).

[399] Au Canada, c'est dans l'arrêt *Eccles (1974)*, que la *Cour Laskin (1973-1986)* a établi le principe judiciaire voulant que la maison d'un individu ne saurait constituer un refuge qui permettrait à un criminel d'échapper à la justice et qu'il peut y avoir des cas où l'intérêt d'un individu dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public. Dans l'arrêt *Landry (1986)*, la *Cour Dickson (1984-1990)* réaffirmait ce principe judiciaire et concluait que des policiers pouvaient procéder à l'arrestation d'un individu dans une maison d'habitation s'ils avaient des motifs raisonnables de croire que l'individu à arrêter a commis un acte criminel et qu'il se retrouvait dans les lieux; en ce cas les policiers pouvaient entrer dans les lieux après avoir fait une annonce régulière avant d'entrer. Dans l'arrêt *Macooh (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a étendu l'application du principe judiciaire établi dans l'arrêt *Landry (1986)* aux situations où la prise en chasse fait suite à la constatation d'une infraction punissable par déclaration sommaire de culpabilité. Dans *Eccles (1975)*, le juge Dickson affirmait que le fait qu'il s'agisse du foyer de l'individu que l'on recherche et celui d'une autre personne n'est pas pertinent; tout au plus, cette distinction peut-elle avoir une portée sur les motifs raisonnables et probables. Le juge Dickson établissait la règle qu'on ne peut entrer dans la résidence d'un individu contre sa volonté que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et qu'une annonce régulière est faite avant d'entrer. Dans *Landry (1986)*, le juge en chef Dickson indiquait que l'une des raisons fondamentales qui justifie l'arrestation d'un individu sans mandat dans une maison d'habitation était l'absence d'autres moyens pour procéder à son arrestation lorsque celui-ci s'est réfugié dans une maison d'habitation. Il rejette l'idée que le domicile puisse constituer un sanctuaire permanent en ces termes: «Si la police n'était pas investie du pouvoir de procéder à des arrestations dans des lieux privés, un criminel pourrait bénéficier chez lui ou chez quelque d'autre d'une protection absolue et permanente contre l'application de la loi». Plus loin, il affirmait qu'il était nécessaire d'établir un équilibre entre les droits individuels et les droits de la société: «Ces limites sérieuses imposées au travail efficace de la police et la protection du public doivent être soupesées par rapport à l'ingérence que constitue l'arrestation d'une personne dans une maison ou un appartement. Cette ingérence est soigneusement délimitée et restreinte par l'obligation d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est dans les lieux, et l'obligation de donner avis de sa présence, de son pouvoir et l'objet de la présence. Ces obligations minimisent l'empiètement que constitue l'arrestation dans un domicile et permettent au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant». Voir *Eccles c. Bourque* (1974), [1975] 2 R.C.S. 739, 744; *Landry c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 145, 160-161; *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802.

Les situations d'urgence constituent la seconde exception reconnue au principe judiciaire consacrant l'inviolabilité du domicile. Il y a certaines situations où l'État serait justifié d'intervenir. La protection de la personne justifie à elle seule cette exception à l'exigence du mandat puisque, à titre d'illustration, la violence conjugale et les situations d'abus de pouvoir se déroulent généralement à l'abri du regard public. Deux types de situations d'urgence peuvent survenir. D'abord, les situations d'urgence relatives à la mise en application des lois et, ensuite, les situations d'urgence concernant la sécurité publique. Dans le cadre de l'application des lois fédérales et provinciales, il y a habituellement situation d'urgence quand une action immédiate est requise pour assurer la sécurité des policiers ou préserver des éléments de preuve concernant un acte criminel. Les situations d'urgence relatives à la mise en application des lois ont été reconnues au Canada dans la séquence d'arrêts *Grant (1993) — Silveira (1995)*[400]. En ce qui concerne les situations d'urgence touchant la sécurité publique, la *Cour Lamer (1990-2000), comme* l'avait fait la *Cour Burger (1969-1986)* dans la séquence d'arrêt *Tyler (1978) — Clifford (1984)*[401], a reconnu récemment cette exception dans l'arrêt *Godoy (1999)*[402].

---

[400] Dans l'arrêt *Grant (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a décidé que l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1, art. 10 — lequel prévoyait qu'un agent de la paix pouvait effectuer une perquisition sans mandat dans des lieux autres qu'une maison d'habitation — était compatible avec l'article 8 de la *Charte canadienne*, dans la mesure où on lui donnait une interprétation atténuée de façon à autoriser les perquisitions sans mandat seulement dans des siuations d'urgence. Voir *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297. Voir aussi *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263.

[401] Aux États-Unis, dans les arrêts *Tyler (1978)* et *Clifford (1984)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a affirmé que les situations d'urgence touchant la sécurité publique pouvaient constituer des exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile. Dans l'arrêt *Tyler (1978)*, elle a statué que des sapeurs-pompiers n'avaient pas à obtenir le consentement de l'individu afin de procéder à l'extinction d'un feu ou de faire une inspection subséquente pour déterminer les causes de l'incendie. Cette investigation doit cependant être concomitante avec l'immixtion originale et restreinte à la détermination de la cause de l'incendie. Dans l'arrêt *Clifford (1984)*, le juge Powell a statué qu'une fois la cause de l'incendie déterminée, les enquêteurs ne pouvaient pousser plus

(b) Les immixtions de la nature d'une inspection

Tant en droit canadien qu'en droit américain, on établit une différence entre la perquisition et l'inspection. Ce qui distingue fondamentalement les deux notions, c'est l'intention subjective des agents de l'État qui procèdent à l'immixtion[403]. Plusieurs lois canadiennes et américaines, qui touchent la santé,

---

loin l'enquête même s'ils avaient la preuve que l'incendie avait été intentionnellement allumé. *Voir Michigan c. Tyler*, 436 U.S. 499 (1978); *Michigan c. Clifford*, 464 U.S. 287 (1984). Voir aussi *Ker c. California*, 374 U.S. 23 (1963).

[402] Dans l'arrêt *Godoy (1999)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué que le principe de l'inviolabilité du domicile devait céder le pas aux devoirs des agents de la paix de protéger la vie et la sécurité des individus. S'exprimant pour la Cour, le juge en chef Lamer indiquait que les pouvoirs et les devoirs de la police en *common law* justifiaient les immixtions étatiques effectuées à la suite d'un appel de détresse (appel d'urgence du 911). Cette exception au principe de l'inviolabilité du domicile est toutefois limitée à la protection de la vie et de la sécurité de la personne. Ainsi, les policiers ne sauraient être autorisés à perquisitionner les lieux ou à s'immiscer autrement dans la vie privée des individus. Voir *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311.

[403] Alors qu'une inspection se caractérise par une visite régulière effectuée dans le but de vérifier l'application préventive d'une loi, l'objectif de la perquisition est d'obtenir des objets pouvant constituer des éléments de preuve à une infraction en vue d'instituer une poursuite ultérieure. Dans l'arrêt *Comité paritaire (1994)*, le juge La Forest indiquait que «[l]e vocable «perquisition» auquel réfère l'art. 8 de la *Charte* — «search» dans la version anglaise — est réservé, du moins dans son acception classique, aux enquêtes de nature criminelle». Il fait sienne la distinction entre les perquisitions et les inspections proposée par Lucie Anger dans un article intitulé: *À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain (1986)*. Dans cet article, elle distinguait ainsi les deux notions: «L'inspection se caractérise par une visite effectuée dans le but de vérifier si une loi donnée est respectée. L'intention fondamentale n'est pas de découvrir une infraction à la loi; elle s'accomplit plutôt dans un objectif de protection du public. Par contre, si l'inspecteur entre dans l'établissement parce qu'il a des motifs raisonnables de croire à une violation de la loi, il ne s'agit plus d'une inspection mais d'une perquisition.Car l'intention fondamentale est alors justement la vérification du bien-fondé de ces motifs raisonnables et la saisie d'éléments pouvant servir de preuve à l'infraction». Les éléments essentiels permettant de distinguer les deux types d'immixtions sont les suivants: l'importance de l'objectif gouvernemental, la nécessité de recourir à des pouvoirs d'inspection pour déceler les manquements à un système réglementaire et la finalité des pouvoirs consistent à vérifier une norme et non pas à punir. Voir *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 416-417, 422 (juge La Forest); L. ANGER, «À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la *Charte canadienne* et le *Bill of Rights* américain» (1986) 27 *Les Cahiers de droit* 723, 727-728. Voir aussi G. LAPORTE, *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des*

la sécurité, l'environnement, la fiscalité, les transactions mobilières, le travail et l'immobilisation de véhicules automobiles, sont assorties de pouvoirs d'inspection qui permettent des immixtions sans mandat dans certains lieux. De façon générale, ces lois accordent des pouvoirs d'entrer dans des lieux, d'exiger la fourniture d'informations ou de saisir certains objets ou certains documents. Peu importe la diversité de leurs moyens, ces lois ne visent qu'un seul objectif, soit l'harmonisation des rapports sociaux en imposant le respect de normes généralement acceptées qui traduisent un équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société[404]. Les inspections les plus fréquentes sont celles effectuées dans les lieux (*1.*) et dans les véhicules automobiles (2.).

1. Les immixtions dans les lieux

Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Frank (1959)*[405] que la *Cour Warren (1953-1969)* a établi le principe judiciaire — créant une distinction entre les revendications qui prennent naissance dans un contexte criminel et celles qui prennent naissance dans un contexte de droit administratif ou réglementaire— selon lequel certaines immixtions étatiques pouvaient être effectuées sans autorisation judiciaire préalable. En 1967, la *Cour Burger (1969-1986)* rendait

---

chartes, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 39.

[404] Nous traiterons séparément cette question de l'exigence d'informations et de la production de documents dans le prochain chapitre consacré à la protection de l'information.

[405] *Frank* c. *Maryland*, 359 U.S. 360 (1959). S'exprimant pour la majorité, le juge Frankfurter a justifié la constitutionnalité des dispositions du *Health Code* de la ville de Baltimore sur la base que les immixtions étatiques sans mandat s'appuyaient sur une longue tradition et que les pouvoirs conférés aux inspecteurs étaient strictement circonscrits. En dissidence, le juge Douglas affirmait l'opinion que l'adoption de ce principe judiciaire édulcorait considérablement le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Le juge en chef Warren et les juges Black et Brenann ont souscrit aux motifs du juge Douglas. Voir aussi *Eaton* c. *Price*, 364 U.S. 263 (1960).

deux arrêts — *Camera (1967)*[406] *et See (1967)*[407] — qui révisaient ce principe judiciaire en statuant qu'il était nécessaire d'obtenir le consentement des occupants ou une autorisation judiciaire préalable qui prenait la forme d'un mandat administratif[408].

Dans les arrêts *Colonnade Catering (1970)*[409] et *Biswell (1972)*[410], la *Cour Burger (1969-1986)* répudiait partiellement le formalisme du mandat administratif en reconnaissant la validité des immixtions effectuées sans mandat dans les lieux commerciaux où se déroulent les activités d'industries fortement réglementées ou, comme elle l'affirmait dans l'arrêt *James (1971)*[411], dans le domicile d'un individu lorsqu'une loi l'autorise spécifiquement. Dans l'arrêt *Marshall (1978)*[412] — décision qui n'est pas sans rappeler l'arrêt *Comité paritaire (1993)* que rendait la *Cour Lamer (1990-2000)* —, elle a statué que le fait qu'une

---

[406] *Camera c. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967) (inspection dans une résidence).

[407] *See c. Seattle (City of)*, 387 U.S. 541 (1967) (inspection dans un entrepôt commercial).

[408] La Cour suprême a cependant reconnu que les exigences dans le contexte administratif sont moindres. Ainsi, le mandat administratif s'obtient, contrairement au mandat de perquisition qui nécessite l'établissement de «motifs raisonnables de croire» qu'une infraction criminelle a été commise, en établissant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des individus.

[409] *Colonnade Catering Corp. c. United States*, 397 U.S. 72 (1970) (commerce d'alcool).

[410] *United States c. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972) (commerce d'armes à feu).

[411] *Wyman c. James*, 400 U.S. 309 (1971) (les visites à domicile effectuées par des agents de la sécurité du revenu en vertu d'une loi sont conformes au Quatrième amendement).

[412] *Marshall c. Barlow*, 436 U.S. 307 (1978)(les inspections effectuées en vertu de *l'Occupational Safety and Health Act (OSHA)*, laquelle permettait à des agents de l'État de mener une inspection dans tous lieux de travail afin de s'assurer du respect de la loi violent le Quatrième amendement). Dans l'arrêt *Donavan (1981)*, la *Cour Burger (1969-1986)* statuait que les inspections sans mandat dans les établissements commerciaux étaient constitutionnelles lorsque l'État pouvait justifier son immixtion sur une règle de droit. En l'espèce, la *Federal Mine Safety and Health Act (FMSHA)* circonscrivait étroitement les pouvoirs des inspecteurs relativement au temps, à l'étendue et à la fréquence des inspections. Voir *Donavan c. Dewey*, 452 US 594 (1981).

loi autorise spécifiquement une immixtion ne suffit pas à repousser les exigences constitutionnelles puisque le régime de réglementation doit circonscrire étroitement les pouvoirs d'immixtion conférés à des agents de l'État.

Dans l'arrêt *Berger (1987)*[413], la *Cour Rehnquist (1986-)* réaffirma cette exception fondée sur la thèse de l'industrie réglementée en précisant que le fait que les inspections étaient généralement effectuées par des policiers aux fins de la répression d'activités criminelles ne modifiait pas la nature essentiellement réglementaire du régime qui obligeait les ferrailleurs à tenir un registre des pièces d'automobiles qu'ils vendaient. La *Cour Rehnquist (1986-)* étendra considérablement le champ des inspections administratives en permettant des immixtions étatiques lorsque des besoins impérieux de l'État («special needs interest») sont en jeu. La reconnaissance de la constitutionnalité d'immixtions étatiques effectuées sur la personne des employés occupant des fonctions touchant la sécurité publique[414] ou oeuvrant dans le cadre d'un emploi en milieu gouvernemental[415], des élèves en milieu scolaire[416] et des

---

[413] *New York* c. *Berger*, 482 U.S. 691 (1987). Voir aussi *Illinois* c. *Krull*, 480 U.S. 340 (1987) (l'inconstitutionnalisation de la disposition législative sur laquelle se fondait l'immixtion étatique ne justifie pas l'exclusion de la preuve illégalement recueillie).

[414] Voir *Skinner* c. *Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602 (1989)(tests anti-dopage administrés à des cheminots); *National Treasury Employees Union* c. *Von Raab*, 489 U.S. 656 (tests anti-dopage administrés à des douaniers).

[415] C'est dans l'arrêt *Gouled (1921)* que la *Cour White (1910-1921)* s'est prononcé pour la toute première fois sur la constitutionnalité des immixtions étatiques effectuées dans le cadre d'un emploi en milieu gouvernemental. S'exprimant pour une cour unanime, le juge Clarke a conclu qu'une fouille effectuée par des agents de l'*Intelligence Service* du Département de la Défense dans les bureaux d'un militaire violait le Quatrième amendement. La *Cour Warren (1953-1969)* réitéra ce principe judiciaire dans l'arrêt *Mancusi (1968)*. S'exprimant pour la Cour, le juge Harlan précisait que le fait que monsieur Mancusi partageait son bureau avec d'autres employés ne modifiait nullement ses attentes en matière de vie privée à l'égard des documents qui s'y trouvaient. Il faudra attendre une vigtaine d'années avant que la Cour suprême des États-Unis ait a se prononcer à nouveau sur cette question. Dans l'arrêt *O'Connor (1987)*, la *Cour Rehnquist*

individus en période de probation[417] participent à cette tendance de la *Cour Rehnquist (1990-)* selon laquelle les attentes en matière de vie privée des individus ne reposeraient pas tant sur un test objectif que sur une approche subjective fondée sur *l'ensemble des circonstances*. À l'instar des propos que tenait le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité paritaire (1993)*[418], force nous

---

(1986-) révisera ce principe judiciaire en assimilant les immixtions effectuée dans un milieu de travail gouvernemental à des inspections. Reconnaissant que les employés de l'État pouvaient avoir des intérêts en matière de vie privée dans certains cas, le juge O'Connor a indiqué que l'efficacité des opérations gouvernementales nécessitait l'établissement d'un barème de *raisonnabilité* analogue à celui des immixtions étatiques effectuées dans le contexte administratif ou réglementaire. Ainsi, un ministère ou une agence gouvernementale peut s'immiscer dans les bureaux de ses employés en autant que l'objet de l'immixtion soit lié aux relations de travail. Cette exception, fondée sur les intérêts supérieurs de l'État («special needs interests»), ne pourrait cependant pas permettre à l'État de recueillir des éléments de preuve en vue de porter des accusations criminelles contre un employé. La question de savoir si un employé du gouvernement peut s'attendre au respect de sa vie privée dans son milieu de travail sera déterminée au mérite casuel. Le juge O'Connor tenait ces propos: «Public employers have an interest in ensuring that their agencies operate in an effective and efficient manner, and the work of these agencies inevitably suffers from the inefficiency, incompetence, mismanagement, or other work-related misfeasance of its employees. Indeed, in many cases, public employees are entrusted with tremendous responsabilities, and the consequences of their misconduct or incompetence to both the agency and the public interest can be severe. In contrast to law enforcement officials, therefore, public employers are not enforcers of the criminal law; instead, public employers have a direct and overriding interest in ensuring that the work of the agency is conducted in a proper and efficient manner. In our view, therefore, a probable cause requirement for searches of the type at issue here would impose intolerable burdens on public employers. [...] In sum, we conclude that the special needs, beyond the normal need for law enforcement make the [...] probable-cause requirement impracticable for legitimate work-related, non-investigatory intrusions as well as investigations of work-related misconduct». Les juges Blackmun, Brennan, Marshall et Stevens étaient dissidents. Voir *Gouled c. United States*, 255 U.S. 298 (1921); *Mancusi c. DeForte*, 392 U.S. 364 (1968); *O'Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709, 718, 724-725 (1987).

[416] *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985)(fouille d'élèves par les autorités scolaires). Voir aussi *Vernonia School District 47J c. Acton*, (n° 94-590)(26 juin 1996) (tests anti-dopage administrés à des élèves qui participaient à des joutes sportives).

[417] *Griffin c. Wisconsin*, 483 U.S. 868 (1987)(fouilles de la résidence d'individus en période de probation).

[418] *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 452. Voir aussi R.C. MAYBANK, «Constitutional Requirement for Administrative Warrants in Canada and the United States — Opposite Trends?» (1989) 39 *University of Toronto Law Journal* 55, 68.

est de constater que «la Cour suprême des États-Unis a tout simplement abandonné, en pratique, la régle du mandat administratif, tout en y faisant encore référence en théorie».

Au Canada, c'est dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. (1990)*[419] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a, pour la première fois, fait allusion à la question de la légalité des pouvoirs d'immixtions de l'État sans autorisation préalable. Dans l'arrêt *Colarusso (1994)*[420], le juge La Forest opinait à ce qu'une norme moins sévère, que celle de l'autorisation judiciaire préalable prescrite dans l'arrêt *Hunter (1984)*[421], pouvait être acceptable pour justifier la légalité des saisies effectuées par un coroner à des fins prescrites par la *Loi sur les coroners*. Mais c'est véritablement dans l'arrêt *Comité paritaire (1994)*[422] que la *Cour Lamer (1990-2000)* établira le principe judiciaire voulant que l'État puisse s'immiscer

---

[419] *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 506-507, dans lequel le juge La Forest affirmait: «Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs. Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par l'inspection des dossiers et archives de l'employeur».

[420] *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

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

[422] *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406.

dans la vie privée des individus sans autorisation préalable[423]. Ainsi, les visites des lieux par un inspecteur sera jugée raisonnable que dans la mesure où la loi prévoit spécifiquement les critères régissant l'accès au lieu : telles les heures de visite, la non-utilisation de la force, les conséquences réduites en cas de refus d'accès et le caractère limité de l'accès[424].

---

[423] Ainsi la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas d'immixtions effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel — la *règle Hunter* — ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable d'une immixtion effectuée dans le cadre d'un contexte de droit administratif ou réglementaire. On ne saurait appliquer une norme trop élevée à un secteur de l'industrie réglementée. Cela ne veut pas dire cependant que toute les lois prévoyant des pouvoirs d'inspection seront jugées valides. Elles ne le seront que dans la mesure où les pouvoirs d'inspection seront suffisamment circonscrits par la loi l'autorisant. Le juge L'Heureux-Dubé affirmait ce qui suit: «L'obtention par les inspecteurs d'un mandat comme s'il s'agissait d'une matière criminelle exigerait qu'ils aient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à l'encontre de la [loi] a été commise. Or, c'est précisément pour vérifier si une infraction se commet que les inspecteurs possèdent des pouvoirs d'inspection. En suivant les principes établis par l'arrêt *Hunter* c. *Southam Inc.*, un mandat ne pourrait jamais être émis dans ces circonstances. On constate donc que, sur le plan de la réalité pragmatique, les critères de l'arrêt *Hunter* c. *Southam Inc* doivent nécessairement être inaplicables dans le contexte des inspections administratives dans un secteur réglementé de l'industrie, comme celle faisant l'objet du présent pourvoi. Ils constituent tout simplement une «norme trop élevée». Voir *Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c. *Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c. *Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 452-453 (j. L'Heureux-Dubé).

[424] Dans *Comité paritaire (1993)*, le juge L'Heureux-Dubé précise ainsi la nature de ces pouvoirs: «Ainsi, dans cette optique, la possibilité d'accéder aux lieux de travail [...]m'apparaît raisonnable, surtout compte tenu, d'une part, du contexte réglementaire dans lequel son exécution s'inscrit et, d'autre part, du caractère limité du droit d'accès. À cet égard, la visite s'effectue au lieu de travail des salariés. Les inspecteurs ne peuvent d'ailleurs librement s'adonner à la perquisition des lieux. La [loi] circonscrit de manière importante le déroulement de l'inspection: l'accès au lieu de travail est permis dans l'unique but de consulter certains documents et d'obtenir auprès de l'employeur et des salariés des renseignements. De plus, le droit d'accès est balisé en ce sens que la visite ne peut être faite qu'à une heure raisonnable. Enfin, la [loi] ne permet pas aux inspecteurs d'utiliser la force pour accéder au lieu de travail» . Voir *Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c. *Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c. *Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 449-450 (j. L'Heureux-Dubé).

2. Les immixtions dans les véhicules automobiles

D'abord fondée sur la mobilité du véhicule, rendant pratiquement impossible l'obtention d'une autorisation préalable, cette exception s'appuiera ensuite sur la présomption d'attentes amoindries en matière de vie privée puisque la conduite des véhicules est fortement réglementée et que les individus et les objets de l'habitacle sont visibles de l'extérieur. Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Carroll (1925)*[425] que la *Cour Taft (1921-1930)* a établi le principe judiciaire de l'«automobile exception» selon lequel les véhicules automobiles, à cause de leur mobilité, ne peuvent bénéficier des mêmes attentes en matière de vie privée que le domicile. Même si les policiers ont dû démontrer l'existence de motifs raisonnables de croire que des biens de contrebande se trouvraient dans le véhicule, il faut souligner que c'était la toute première fois que la Cour suprême des États-Unis créait une exception à l'exigence du mandat.

L'établissement de ce principe judiciaire s'inscrit dans un contexte plus large favorisant les agences gouvernementales dans la lutte qu'elle livrait aux contrebandiers d'alcool pendant la *Prohibition (1919-1933)*[426]. Pendant cette période, la *Cour Taft (1921-1930)* favorisera nettement les pouvoirs des agences de mise en application de la loi au détriment du droit au respect de la vie

---

[425] *Carroll c. United States*, 267 U.S. 132 (1925). Dans l'arrêt *Carroll (1925)*, la *Cour Taft (1921-1930)* a décidé qu'une automobilile ou tout autre moyen de transport pouvait être l'objet d'une fouille sans mandat lorsqu'il existe des motifs raisonnables d'y soupçonner la présence d'un objet de contrebande et que le véhicule ne sera plus disponible au moment de l'obtention du mandat.

[426] La *Prohibition (1919-1933)* s'est étendue entre 1919, moment de l'adoption du Dix-huitième amendement qui interdisait la vente, la fabrication et le transport d'alcool sur le territoire des États-Unis, et 1933, moment de l'adoption du Vingt et unième amendement qui abrogeait spécifiquement le Dix-huitième amendement.

privée des individus. La Cour *Hughes (1930-1941)* adoptera une approche analogue[427]. Dans l'arrêt *Brinegar (1949)*[428], la *Cour Vinson (1946-1953)* réaffirmera la doctrine de l'«automobile exception», indiquant que la situation factuelle ne permettait pas de distinguer cette affaire de l'arrêt *Carroll (1925)*[429], mais en précisant cependant que cette exception à l'exigence du mandat ne permettait pas d'intercepter des véhicules automobiles au hasard[430]. La Cour *Warren (1953-1969)* privilégiera le droit au respect de la vie privée en circonscrivant étroitement le critère des motifs raisonnables[431] et en déclarant inconstitutionnelles les fouilles non concomitantes des véhicules automobiles[432]. Sous la *Cour Burger (1969-1986)* et la *Cour Rehnquist (1986-)*, les exceptions à l'exigence du mandat se multiplieront.

L'arrêt *Ross (1982)*[433] — qui réaffirme le principe judiciaire établi dans

---

[427] Voir *Husty* c. *United States*, 282 U.S. 694 (1931)(application de l'arrêt *Carroll* à des contrebandiers d'alcool); *Scher* c. *United States*, 305 U.S. 251 (1938) (application de l'arrêt *Carroll* à des contrebandiers d'alcool).

[428] *Brinegar* c. *United States*, 338 U.S. 160 (1949).

[429] *Carroll* c. *United States*, 267 U.S. 132 (1925).

[430] Voir *Gambino* c. *United States*, 275 U.S. 310 (1927)(distinction avec l'arrêt *Carroll*).

[431] Voir *Henry* c. *United States*, 361 U.S. 98 (1959)(la fouille d'un véhicule automobile lors d'une enquête relativement à un vol est inconstitutionnelle); *Rios* c. *United States*, 364 U.S. 253 (1960)(la fouille d'une voiture taxi sans mandat est inconstitutionnelle); *Beck* c. *Ohio*, 379 U.S. 89 (1964) (la fouille sans mandat d'une automobile dont le conducteur avait un certain profil est inconstitutionnelle); *Plymouth Sedan* c. *Pennsylvannia*, 380 U.S. 693 (1965)(la fouille sans mandat d'une automobile dont le conducteur avait un certain profil est inconstitutionnelle); *Dyke* c. *Taylor Implement Co.*, 391 U.S. 216 (1968)(la fouille d'une automobile lors d'une enquête relativement au tir d'une arme à feu). Voir cependant *Harris* c. *United States*, 390 U.S. 234 (1968) (la *doctrine de l'objet bien à la vue* permet certaines immixtions sans mandat).

[432] Voir *Preston* c. *United States*, 376 U.S. 364 (1964) (la fouille d'une automobile plusieurs heures après l'arrestation de ses occupants est inconstitutionnelle).

[433] *United States* c. *Ross*, 456 U.S. 798 (1982). La *Cour Burger (1969-1986)* a statué que les fouilles de véhicules automobiles sans mandat se justifiaient dans les cas où l'agent de police peut

l'arrêt *Carroll (1925)*[434] — de la *Cour Burger (1969-1986)* illustre très bien cette tendance. Dans cet arrêt, elle réaffimera ce principe judiciaire en étendant la portée de la règle de l'«automobile exception» à plusieurs autres situations. Le principe judiciaire établi dans cet arrêt aura pour effet de modifier implicitement celui qui a été établi dans la séquence d'arrêts *Chadwick (1977) — Robbins (1981)*[435] qui soustrayait les effets personnels et les bagages à la règle de l'«automobile exception».

Ainsi la question essentielle qui se posait consistait à déterminer l'étendue des immixtions pour qu'elles demeurent constitutionnelles[436]. D'abord, en plus des inspections visuelles de l'extérieur des véhicules automobiles[437] et des fouilles accessoires à une arrestation légale, illustrées par la séquence d'arrêts *Hill (1971) — Class (1986)*[438], la *Cour Burger (1969-1986)* abandonnera, dans

---

démontrer l'impossibilité d'en obtenir un. Dans *Long (1983,* le juge O'Connor semble cependant avoir restreint la portée de l'arrêt *Ross (1982)* en statuant que la fouille devait être limitée aux endroits où la personne mise en état d'arrestation pouvait dissimuler une arme à feu. Voir *Michigan* c. *Long,* 463 U.S. 1032 (1983). Voir aussi M.A. JETER, «Constitutional Law — United States v. Ross : Final Obliteration of Fourth Amendment Protection From Warrantless Searches of Cars and Their Contents» (1983) 8 *Black Law Journal* 306.

[434] *Carroll* c. *United States,* 267 U.S. 132 (1925).

[435] La séquence d'arrêt *Chadwick (1977) — Robbins (1981)* avait établi le principe judiciaire selon lequel les bagages et les objets fermés ne pouvait être l'objet d'une immixtion étatique sans mandat. Voir *United States* c. *Chadwick,* 433 U.S. 1 (1977); *Arkansas* c. *Sanders,* 442 U.S. 753 (1979); *Robbins* c. *California,* 453 U.S. 420 (1981); *New York* c. *Belton,* 453 U.S. 454 (1981).

[436] Dans *Coolidge (1971),* le juge Stewart a indiqué qu'une arrestation légale faite dans un domicile ne permettait pas de fouiller sans mandat le véhicule automobile du prévenu qui était garé dans l'entrée de la cour. Voir *Coolidge* c. *New Hampshire,* 403 U.S. 443 (1971).

[437] *Voir Cardwell* c. *Lewis,* 417 U.S. 583 (1974) (l'inspection visuelle de l'extérieur d'une voiture et plus particulièrement des pneus ne nécessite pas un mandat). Voir aussi *G.M. Leasing Corp.* c. *United States,* 429 U.S. 338 (1977) (la saisie d'un véhicule sur la voie publique ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée).

[438] Voir *Hill* c. *California,* 401 U.S. 797 (1971) (une fouille accessoire à une arrestation légale est constitutionnelle); *Adams* c. *Williams,* 407 U.S. 143 (1972) (une fouille accessoire à une arrestation

l'arrêt *Johns (1985)*[439], la règle de la concomitance entre l'interception du véhicule et l'immixtion et permettra, dans la séquence d'arrêt *Chambers (1970) — Johns (1985)*, les «fouilles à des fins d'inventaire»[440]. Dans la séquence d'arrêt *Almeida-Sanchez (1973) — Prouse (1979)*, elle établit le principe judiciaire selon lequel les interceptions au hasard de véhicules automobiles sont

---

légale est constitutionnelle); *United States* c. *Robinson*, 414 U.S. 218 (1973) (la fouille d'un automobiliste mis en état d'arrestation après la constatation qu'il conduisait alors que son permis était suspendu est constitutionnelle même si les policiers n'avaient pas de raisons de croire que celui-ci était susceptible de transporter une arme à feu); *Texas* c. *White*, 423 U.S. 67 (1975) (fouille d'une automobile sans mandat après que le conducteur ait été arrêté pour un acte frauduleux); *Pennsylvania* c. *Mimms*, 434 U.S. 106 (1977)(la fouille d'un automobiliste mis en état d'arrestation après la constatation qu'il conduisait alors que l'immatriculation de son véhicule était expirée est constitutionnelle); *Colorado* c. *Bannister*, 449 U.S. 1 (1980) (la perquisition d'une automobile à la suite d'une interception légale est constitutionnelle); *Texas* c. *Brown*, 460 U.S. 730(1983) (l'utilisation d'une lampe de poche pour observer l'intérieur de l'habitacle d'une automobile ne constitue qu'une application de la *doctrine de l'objet bien à la vue*); *New York* c. *Class*, 475 U.S. 106 (1986) (les policiers peuvent déplacer un objet sur le tableau de bord afin de vérifier le numéro de série du véhicule puisque le propriétaire du véhicule automobile à l'obligation de s'assurer qu'il soit visible de l'extérieur).

[439] *United States* c. *Johns*, 469 U.S. 478 (1985) (une perquisition à des fins d'inventaire effectuée trois jours après l'immixtion initiale est constitutionnelle).

[440] Ce type d'immixtions diffère de la situation des fouilles accessoires à une arrestation légale puisqu'elle s'effectue lorsqu'il n'y a aucun passager dans l'automobile. Elle se justifie par le fait qu'un véhicule, destiné à rouler sur la voie publique, est assujetti à l'immatriculation et aux inspections afin de s'assurer du respect des normes de sécurité routière. Il n'est pas nécessaire que l'immixtion ait lieu au moment de l'arrestation comme dans le cas d'une fouille accessoire à une arrestation. Le policier peut faire remorquer le véhicule et y effectuer la perquisition à ce moment. Voir *Chambers* c. *Maroney*, 399 U.S. 42 (1970) (les éléments de preuve recueillis à la suite d'une perquisition sans mandat effectuée au poste de police est constitutionnelle puisque les policiers avaient des motifs raisonnables de procéder à l'arrestation des individus); *Cady* c. *Dombrowski*, 413 U.S. 433 (1973) (la perquisition sans mandat d'un véhicule sous la garde des policiers est constitutionnelle); *South Dakota* c. *Opperman*, 428 U.S. 364 (1976) (la marijuana découverte à la suite d'une perquisition effectée à des fins d'inventaire est admissible en preuve); *Michigan* c. *Thomas*, 458 U.S. 259 (1982) (la perquisition du coffre à gants après une arrestation légale est constitutionnelle); *Illinois* c. *LaFayette*, 462 U.S. 640 (1983) (la fouille du sac à main d'une personne arrêtée afin d'en inventorier le contenu est constitutionnelle); *United States* c. *Johns*, 469 U.S. 478 (1985) (une perquisition à des fins d'inventaire effectuée trois jours après l'immixtion initiale est constitutionnelle).

inconstitutionnelles[441]. Enfin, dans l'arrêt *Rakas (1978)*[442], la *Cour Burger (1969-1986)* affirmera que le passager d'un véhicule automobile ne peut revendiquer d'attentes en matière de vie privée à l'égard d'objets lui appartenant trouvés dans le véhicule automobile s'il n'a aucun intérêt de propriété ou de possession avec le véhicule automobile.

Ainsi, la *Cour Burger (1969-1986)* aura, en une quinzaine d'années de jurisprudence, établi le principe judiciaire selon lequel les immixtions sans mandat effectuées dans un véhicule automobile — dont le coffre à gants[443], les effets personnels[444] et le coffre arrière[445]— sont constitutionnelles dans la mesure où le policier procédant à l'interception du véhicule a des motifs

---

[441] Les interceptions des véhicules au hasard aux fins de vérifications administratives constituent des immixtions abusives. Voir *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973) (l'interception au hasard d'un véhicule automobile à 40 kilomètres de la frontière internationale est inconstitutionnelle); *United States c. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975) (si la constitutionnalité de l'interpellation de véhicules aux frontières ne sauraient faire aucun doute, elle ne confère pas aux policiers une discrétion absolue de fouiller les véhicules); *United States c. Ortiz*, 422 U.S. 891(1975) (les interceptions stucturées à l'intérieur du territoire américain sont inconstitutionnelles); *United States c. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976) (les interceptions structurées à l'intérieur du territoire des États-Unis sont inconstitutionnelles); *Delaware c. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979) (interceptions au hasard d'automobilistes aux fins de procéder à des vérifications administratives). Voir aussi *United States c. Peltier*, 422 U.S. 531 (1975) (refus d'appliquer rétroactivement l'arrêt *Almeida-Sanchez*).

[442] *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

[443] Voir *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730(1983) (la perquisition du coffre à gants est constitutionnelle).

[444] Voir *New York c. Belton*, 453 U.S. 454 (1981 (la fouille du manteau de la personne arrêtée est constitutionnelle); *Illinois c. LaFayette*, 462 U.S. 640 (1983) (la fouille du sac à main de la personne arrêtée est constitutionnelle).

[445] Voir *United States c. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985) (la perquisition d'un véhicule récréatif à la suite de la constatation d'une senteur de marijuana est constitutionnelle); *California c. Carney*, 471 U.S. 386 (1985) (la perquisition d'un véhicule récréatif à la suite de la constatation d'une senteur de marijuana est constitutionnelle).

raisonnables de croire qu'il y trouvera des substances illicites[446].

La *Cour Rehnquist (1986-)* adoptera une approche analogue à celle de la *Cour Burger (1969-1986)* en maintenant les principes judiciaires établis relativement à la «fouille à des fins d'inventaire»[447] et la fouille des bagages se trouvant dans un véhicule automobile[448]. Elle réaffirmera aussi — dans l'arrêt *Wilson (1997)*[449] — le principe judiciaire voulant que le droit au respect de la vie privée soit intrinsèquement lié aux intérêts de propriété et de possession et elle confirmera la validité constitutionnelle des immixtions effectuées dans le cadre d'un programme de contrôle routier structuré[450]. Mais ce qui distingue

---

[446] Dans *Whiteley (1971)*, le juge Harlan a rappelé la nécessité que les policiers aient des motifs raisonnables avant de procéder à l'interpellation du véhicule. Voir *Whiteley* c. *Warden*, 401 U.S. 560 (1971).

[447] Voir *Colorado* c. *Bertine*, 479 U.S. 367 (1987)(les perquisitions à des fins d'inventaire effectuées par une autre personne que l'agent qui a procédé à l'interpellation initiale sont constitutionnelles); *Florida* c. *Wells*, 495 U.S. 1 (1990) (les perquisitions à des fins d'inventaire ne sont constitutionnelles que dans la mesure où elles sont prévues par une règle de droit).

[448] Voir *California* c. *Acevedo*, 500 U.S. 565 (1991) (la fouille des bagages qui se trouvent dans une automobile est constitutionnelle dans la mesure où elle est fondée sur des motifs raisonnables de croire que des substances illicites se trouvent dans le véhicule); *Florida* c. *Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991) (le consentement d'un automobiliste de perquisitionner l'habitacle d'un véhicule vaut aussi pour le coffre arrière dans la mesure où l'automobiliste ne s'est pas objecté spécifiquement); *Pennsylvania* c. *Labron*, (n° 95-1691)(1er juillet 1996)(la fouille des bagages qui se trouvent dans une automobile est constitutionnelle pourvu qu'elle soit fondée sur des motifs raisonnables de croire que des substances illicites se trouvent dans le véhicule); *Wyoming* c. *Houghton* (n° 98-184)(5 avril 1999) (la fouille des bagages qui appartiennent à un passager est constitutionnelle).

[449] *Maryland* c. *Wilson*, (n° 95-1268)(19 février 1997). Parlant pour la majorité, le juge en chef Rehnquist affirmait qu'une fois que le véhicule est légalement intercepté, les policiers sont justifiés de demander aux occupants de descendre du véhicule afin de contrer le danger d'agression qui peut survenir lors d'une telle interception. Autrement dit, la négation du droit au respect de la vie privée des passagers d'un véhicule automobile ne se justifierait que dans la mesure où la situation représente un danger potentiel de violence ou d'agression.

[450] *Michigan (Department of State Police)* c. *Sitz*, 496 U.S. 444 (1990) (interception des véhicules à des endroits fixes afin de vérifier la sobriété des conducteurs).

nettement l'interprétation de la *Cour Rehnquist (1986-)* relativement au droit au respect de la vie privée dans les véhicules automobiles, là comme ailleurs, c'est la substitution du barème de *raisonnabilité* fondée sur des motifs raisonnables de croire que le véhicule transporte des substances illicites par celui du *doute raisonnable* («reasonable suspicion») et de l'adoption d'une méthode d'interprétation fondée sur l'*ensemble des circonstances*. Ainsi, la fouille des occupants d'un véhicule automobile effectuée à la suite d'une interception légale fondée sur la croyance subjective d'un policier est conforme aux garanties constitutionnelles[451].

Au Canada, dans les arrêts *Dedman (1985)*[452] et *Hufsky (1988)*[453], la *Cour*

---

[451] Voir *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990) (la perquisition d'un véhicule automobile à la suite de la réception d'une information d'un indicateur de police est constitutionnelle); *Arizona c. Evans*, (n° 93-1660) (1er mars 1995) (l'interception d'un véhicule automobile à la suite d'une information reçue par un indicateur de police est constitutionnelle même si cette information s'avère erronée); *Ornelas c. United States*, (n° 95-5257) (28 mai 1996) (l'interception et la perquisition d'un véhicule à la suite de la détermination par les policiers que les individus correspondaient à un profil d'individu s'adonnant au commerce illicite de substances contrôlées est constitutionnelle); *Whren c. United States*, (n° 95-5841) (10 juin 1996) (la détention d'un automobilite ayant commis une infraction à la réglementation routière par un policier en tenue civile utilisant une voiture banalisée est constitutionnelle). S'exprimant pour une Cour unanime, le juge en chef Rehnquist affirmait cependant, dans l'arrêt *Knowles (1998)*, que ni l'une ni l'autre des deux exceptions de la *common law* relativement aux fouilles accessoires à une arrestation — assurer la sécurité du policier et préserver les éléments de preuve — ne saurait permettent la fouille du coffre arrière d'un véhicule automobile lorsque le policier, après avoir constaté une infraction à la réglementation routière, a remis une contravention à l'automobiliste. Néanmoins, les policiers peuvent, une fois le véhicule légalement intercepté, conduire une fouille du type *Terry (1968)* dans les portions du véhicule où une arme peut être placée ou cachée ou saisir les objets de contrebande qui sont bien à la vue. Voir cependant *Knowles c. Iowa*, (n° 97-7597) (8 décembre 1998) (la fouille ne peut se justifier dans un contexte essentiellement administratif).

[452] *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

[453] Le juge Le Dain affirmait qu'il n'y a pas de saisie lorsque un individu est tenu de produire une licence ou un permis: «Il n'y a pas d'atteinte de ce genre lorsqu'une personne est requise de produire une licence ou un permis, ou une autre preuve documentaire d'un statut ou du respect de quelque exigence légale constituant une condition licite de l'exercice d'un droit ou d'un privilège. Il n'y a donc pas eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions

Dickson (1984-1990) a statué, contrairement à ce qu'avait décidé la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Prouse (1979)*[454], que l'interception de véhicules automobiles effectuée conformément à une règle de droit afin de vérifier une licence ou un permis de conduire ne constituait pas une immixtion contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne*[455]. Dans les arrêts *Ladouceur (1990)*[456] et *Wilson (1990)*[457], il fallait déterminer si un agent de la paix pouvait intercepter au hasard un automobiliste. S'exprimant pour la minorité, le juge Sopinka a affirmé que le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Hufsky (1988)*[458] ne permettait pas d'étendre les pouvoirs de la police afin de permettre l'interception au hasard d'un véhicule si ce n'est dans le cadre d'un programme de contrôle routier structuré[459]. Or pour le juge Cory — qui parlait pour une majorité de

---

ou les saisies abusives [...]». Voir *R. c. Hufsky,* [1988] 1 R.C.S. 621, 638 (j. Le Dain).

[454] *Delaware c. Prouse,* 440 U.S. 648 (1979).

[455] Dans l'arrêt *Thomsen (1988)*, la *Cour Dickson (1984-1990)* avait cependant reconnu que la sommation faite par un agent de police — effectuée conformément à l'article 253 du *Code criminel* (étant alors l'article 231.4) — demandant à un individu de le suivre jusqu'à sa voiture afin de procéder à une *éthylométrie* constituait une détention au sens de l'article 10 de la *Charte canadienne* mais se justifiait en vertu de l'article premier. Voir *R. c. Thomsen,* [1988] 1 R.C.S. 640.

[456] *R. c. Ladouceur,* [1990]1 R.C.S. 1257.

[457] *R. c. Wilson,* [1990] 1 R.C.S. 1291. Cet arrêt repose sur les même motifs que l'arrêt *Ladouceur (1990)* mais il a été tranché différemment puisque le juge Sopinka (s'exprimant pour lui-même, pour le juge en chef Dickson et pour les juges Wilson et La Forest) était d'opinion, à l'instar des juges formant la majorité, que l'interception d'une automobile en provenance d'un hôtel d'une petite localité après les heures de fermeture des bars n'a pas été faite au hasard puisque les policiers ne connaissaient ni le véhicule ni les occupants.

[458] *R. c. Hufsky,* [1988] 1 R.C.S. 621.

[459] S'exprimant pour lui-même, pour le juge en chef Dickson et pour les juges Wilson et La Forest, le juge Sopinka faisait partie de la minorité de quatre juges pour qui cette affaire pouvait être «[...] considérée comme la goutte qui fait déborder le vase». Plus loin, il affirmait ce qui suit: «Si nous l'approuvons, nous reconnaissons qu'un agent de police peut intercepter n'importe quel véhicule, n'importe où, n'importe quand, sans avoir de motifs de le faire. Pour les automobilistes, il en découle une négation totale de la liberté de ne pas être soumis à une détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte canadienne*. C'est là une situation qu'on ne tolérerait pas pour les piétons qui circulent dans la rue et sur les trottoirs». Voir *R. c. Ladouceur,* [1990]1 R.C.S. 1257,

cinq juges[460]—, il y a peu de différence entre l'interception au hasard discrétionnaire et l'interception au hasard faite dans le cadre d'un programme structuré de contrôle routier puisque dans les deux cas, l'interception est faite pour des raisons essentiellement administratives, c'est-à-dire pour vérifier le permis de conduire, la preuve d'assurance, l'état mécanique du véhicule ainsi que la sobriété du conducteur[461]. La *Cour Lamer (1990-2000)* a réitéré ce principe judiciaire dans les arrêts *Mellenthin (1992)*[462] et *Wise (1992)*[463].

1264.

[460] Dans *Ladouceur (1990)*, la majorité des juges, constituée par les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, convenaient toutefois que l'interception constituait une violation de la protection contre la détention arbitraire que garantit l'article 9 de la *Charte canadienne*, mais que celle-ci se justifiait néanmoins par l'article premier puisque les interceptions au hasard constitueraient le seul moyen efficace pour assurer la sécurité routière. Dans l'arrêt *Macooh (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a réitéré ce principe judiciaire en indiquant que l'interception d'un véhicule automobile qui a brûlé un feu rouge ne contrevenait pas à l'article 9 de la *Charte canadienne*. Voir *R. c. Ladouceur*, [1990]1 R.C.S. 1257; *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802.

[461] Les propos du juge Cory dans l'arrêt *Ladouceur (1990)* ne laissaient planer aucun doute sur la nature administrative de l'immixtion étatique: «Seuls les titulaires d'un permis peuvent exercer le droit de conduire. Même ce droit est réglementé par des dispositions des lois provinciales sur la circulation et par le *Code criminel*. Si le droit de conduire ne peut être exercé que par les titulaires de permis, il doit y avoir une méthode qui permette à la société de veiller à ce que cette exigence soit respectée par tous les conducteurs. Cette même exigence se retrouve dans un grand nombre de lois qui visent à réglementer d'autres activités et d'autres produits qui suscitent des craintes pour la sécurité d'autrui». Les juges de la majorité évoquaient le caractère limité de la procédure: «Les policiers ne peuvent interpeller des personnes que pour des motifs fondés sur la loi, en l'espèce des motifs relatifs à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances et de la sobriété du conducteur ainsi que de l'état mécanique du véhicule. Lorsque l'interpellation est effectuée, les seules questions qui peuvent être justifiées sont celles qui se rapportent aux infractions en matière de circulation. Toute autre procédure plus inquisitoire ne pourrait être engagée que sur le fondement de motifs raisonnables et probables». Voir *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, 1285-1287.

[462] *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

[463] *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

Dans l'arrêt *Mellenthin (1992)*[464], le juge Cory a précisé que les interceptions au hasard doivent s'en tenir strictement à ces objectifs limités et qu'elles ne «doivent pas permettre d'effectuer une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive». Dans l'arrêt *Wise (1992)*[465], le juge Cory affirmait que cette exception ne saurait permettre l'installation d'une balise à l'intérieur d'un véhicule automobile afin de procéder à une surveillance continue de ses déplacements. En somme, dans la séquence d'arrêts *Dedman (1985) — Wise (1992)*, la Cour suprême a établi le principe judiciaire voulant que l'interception au hasard des véhicules automobiles, faite dans le cadre d'un programme routier structuré ou faite arbitrairement, afin de vérifier le permis de conduire, la preuve d'assurance, l'état mécanique du véhicule ou afin de procéder à une *éthylométrie* constituait une immixtion conforme aux garanties constitutionnelles.

---

[464] *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, 624. Les programmes de contrôle routier entraînent la détention arbitraire des automobilistes et ne «sont justifiés [que] dans la mesure où ils visent à réduire le nombre effroyable de décès et de blessures si souvent causés par des conducteurs dont les facultés sont affaiblies ou par des véhicules dangereux. Le programme vise donc principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur permis, leur certificat de propriété, leurs assurances et l'état mécanique de leur automobile. Dans son recours aux contrôles routiers, la police devrait s'en tenir à ces objectifs. Les programmes d'interpellation au hasard ne doivent pas permettre d'effectuer une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive»

[465] *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527. Dans cet arrêt, bien que partagée quant à la question de l'admissibilité de la preuve obtenue en violation de droits constitutionnels de monsieur Wise, la *Cour Lamer (1990-2000)* conclut, à l'unanimité, que l'installation d'une balise à l'intérieur d'un véhicule automobile et la surveillance subséquente qui en a résulté constituaient une fouille abusive au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Dans cette affaire la majorité de quatre juges était composée du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory et Stevenson alors que les juges Sopinka et Iacobucci, d'une part, et La Forest, d'autre part, étaient dissidents. Cependant, tous reconnaissaient que l'installation de la balise et la surveillance subséquente de l'automobile déjouaient une attente raisonnable en matière de vie privée.

Avec l'arrêt *Jacques (1996)*[466], la *Cour Lamer (1990-2000)* amorcera la révision de ce principe judiciaire qui culminera à son renversement dans l'arrêt *Belnavis (1997)*[467].

Dans l'arrêt *Jacques (1996)*[468], parlant pour lui-même et pour les juges Cory et Iacobucci, le juge Gonthier observait d'abord que le juge au procès a commis une erreur en situant cette affaire dans le contexte de la séquence d'arrêts *Dedman (1985) — Wise (1992)* et conclut que les décisions relatives aux interceptions au hasard ne s'appliquent pas aux véhicules automobiles qui se trouvent à proximité d'une frontière internationale. Paradoxalement, seul le juge Major — qui a été conseiller juridique du corps policier de la ville de Calgary pendant une dizaine d'années — a exprimé une opinion dissidente qui mettait en exergue le caractère arbitraire de ce type d'interpellation policière.

Dans l'arrêt *Belnavis (1997)*[469], l'un des arrêts les plus étonnants que la

---

[466] *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312.

[467] *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

[468] *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, 328 (j. Gonthier), 343 (j. Major). Selon le juge Gonthier, l'alinéa 99(1)f) de la *Loi sur les douanes* constituait une autorité suffisante pour justifier l'interception d'un véhicule automobile qui se trouvait à proximité d'une frontière internationale. Les renseignements précis et fiables communiqués à l'agent, l'endroit où se trouvait le véhicule et les observations qu'il a faites satisfaisaient amplement aux exigences de cette disposition législative. En dissidence, le juge Major affirmait que le caractère arbitraire de l'interpellation ressortait du témoignage du policier et il affirmait que permettre que policiers exercent «leurs pouvoirs considérables en matière de détention et d'interpellation en se fondant sur «l'expérience de policier» risque d'ouvrir la porte à des justifications rétrospectives des actions policières». Il conclut qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de détenir les appelants et que la détention était arbitraire et contrevenait à l'article 9 de la *Charte canadenne*.

[469] *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341. Un policier a intercepté une voiture pour excès de vitesse et a effectué une vérification par ordinateur après que la conductrice, Alicia Belnavis, ait été incapable de produire la preuve de l'enregistrement du véhicule. Pendant que s'effectuait cette vérification, le policier est retourné à la voiture et il a interrogé la passagère, Carol

Cour suprême du Canada ait rendus depuis le *Renvoi sur la signification du mot personne (1928)*[470], la *Cour Lamer (1990-2000)* mitigera considérablement le principe judiciaire établi dans la séquence d'arrêts *Dedman (1985) — Wise (1992)* en concluant que le passager d'un véhicule automobile n'a pas d'attentes raisonnables au respect de sa vie privée.

S'exprimant pour la majorité[471], le juge Cory observait que la détermination de la question de savoir si un individu peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans un véhicule automobile dépend — conformément à l'approche adoptée par la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Edwards (1996)* — du *critère de l'ensemble des circonstances*. S'appuyant sur des facteurs reliés à la propriété ou à la possession du véhicule automobile, le juge Cory conclut, qu'en l'espèce, il y avait peu de facteurs qui favorisaient la conclusion que la passagère pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée. Les «liens extrêmement ténus» que l'individu avait avec le véhicule automobile[472] ne lui permettait pas de revendiquer une

---

Lawrence, qui était demeurée dans la voiture. C'est alors qu'il a remarqué la présence de sacs à déchets entassés à côté d'elle sur le siège. En examinant sommairement les sacs, il a découvert que ceux-ci contenaient des vêtements neufs portant des étiquettes de prix. Il a par la suite trouvé d'autres sacs dans le coffre de la voiture.

[470] *Renvoi sur la signification du mot personne de l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867*, [1928] R.C.S. 276, inf. par *Edwards c. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 124.

[471] La majorité était constituée par le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Major.

[472] Le fait d'être le conjoint du conducteur ou encore de faire un long voyage, en partageant les dépenses, avec le conducteur constitue des éléments qui serviraient à étayer des attentes raisonnables en matière de vie privée. Le juge Cory faisait ce commentaire surprenant: «Premièrement, son lien avec le véhicule était extrêmement ténu. Le véhicule ne lui appartenait pas, elle n'était que la passagère d'une automobile conduite par une amie propriétaire. Il n'y avait aucune preuve qu'elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu'elle l'avait utilisé dans le passé ou qu'elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établissait

attente en matière de vie privée à l'égard des sacs de marchandises qui se trouvaient à l'intérieur.

En dissidence, le juge La Forest rappelle que s'il est vrai que les attentes en matière de vie privée dans un véhicule automobile sont moindres que celles qu'un individu peut avoir dans son domicile, ce n'est qu'en fonction d'un objectif spécifique qui vise à réglementer l'utilisation et la sécurité des automobiles et de les surveiller davantage en raison des dangers que leur utilisation présente pour les autres membres du public. Au-delà de ces raisons administratives, l'individu qui se trouve dans un véhicule automobile a les même attentes en matière de vie privée que celles qu'il peut avoir dans une résidence. Il critique sévèrement les motifs de la majorité qui concluent qu'un passager d'un véhicule automobile n'a aucune attente en matière de vie privée, rejette ce *critère de l'ensemble des circonstances* — qu'il qualifie, à juste titre, d'imprécis — et constate la révision du principe judiciaire établi dans l'arrêt *Hunter (1984)*[473] voulant que l'article 8 de la *Charte canadienne* protège les personnes et non les lieux[474].

---

l'existence d'un accès spécial au véhicule ou démontré qu'elle était capable de régir l'accès au véhicule. Finalement, il n'y avait aucune preuve qu'elle pouvait s'attendre subjectivement au respect de sa vie privée dans le véhicule». Voir *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 356.

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

[474] Le juge La Forest rejette le critère imprécis de l'ensemble des circonstances pour deux raisons. D'abord, une norme aussi vague n'offre pratiquemment aucune protection aux individus contre les ingérences policières. L'imprécision de la norme rendra difficile l'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Ensuite, il établit des distinctions fondées sur les liens personnels qui existent entre des personnes. Ce type d'analyse confie aux policiers la tâche de déterminer la nature des liens personnels existant entre le conducteur et le passager. Pour ce faire, les agents devront poser des questions non pertinentes et abusives aux automobilistes. Il affirmait ce qui suit: «[c]ela ne regarde pas la police de savoir si une femme assise à côté d'un homme au volant d'une voiture est son épouse, sa maîtresse, une amie de longue date ou encore une amie dont il vient de faire la connaissance». Commentant la méthode d'interprétation

Moins d'un an plus tard, dans l'arrêt *Caslake (1998)*[475], une faible majorité de quatre juges sur sept conclut que la perquisition d'un véhicule automobile dans le but d'inventorier son contenu, bien que s'appuyant sur une directive interne de la GRC, contrevenait à l'article 8 de la *Charte canadienne* en ce qu'elle excédait les limites de la règle de *common law* relativement aux fouilles accessoires à une arrestation légale. Ce faisant, la *Cour Lamer (1990-2000)* refusait d'étendre la règle de *common law* pour inclure les «fouilles à des fins d'inventaire» comme l'avait fait la Cour suprême des États-Unis dans la séquence d'arrêts *Chambers (1970) — Johns (1985)*.

(c) Les immixtions effectuées dans des lieux ouverts

Ce qui est accessible au public sans effort particulier ne bénéficie pas d'une attente raisonnable en matière de vie privée. La doctrine de *l'Open field*, la *doctrine de l'objet apparent* et la *doctrine de l'objet bien à la vue* justifient les immixtions étatiques sans mandat. Selon la doctrine de *l'Open field*, adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans la séquence d'arrêts *Hester*

---

adoptée par ses collègues, il tenait ces propos: «Il s'agit de la première lacune grave de la norme tirée de l'arrêt *Edwards* et invoquée par les juges majoritaires, à savoir que la police peut fouiller une automobile lorsqu'il ressort de l'«ensemble des circonstances» qu'elle peut raisonnablement empiéter sur les attentes en matière de vie privée qu'un passager a relativement aux biens qu'il transporte avec lui. Cette norme est bien moins stricte que celle qui a traditionnellement été acceptée en *common law* au fil des années, soit l'existence de motifs raisonnables et probables. Le manque de spécificité est tout aussi gênant. Toutes les circonstances du cas particulier doivent être examinées pour répondre à la question et, comme le démontre la présente affaire, rien ne nous indique quels facteurs, parmi ceux énumérés par les juges majoritaires, devraient s'appliquer dans des circonstances particulières». Voir *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 375-377.

[475] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

(1924) — *Riley (1989)*[476], un lieu facilement accessible au public ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle.

Ainsi, les lieux ouverts comme les champs, les lacs, les lots vacants peuvent être l'objet d'une surveillance par les autorités gouvernementales. Selon la doctrine de *l'objet apparent*, sorte de micro-variante de la *doctrine de l'Open field*, un objet facilement accessible au public ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle[477].

---

[476] C'est dans l'arrêt *Hester (1924)*, que la *Cour Taft (1921-1930)* a reconnu pour la première fois le principe judiciaire voulant que les lieux ouverts ne soient pas protégés par le Quatrième amendement. Le juge Holmes, qui parlait au nom d'une Cour unanime, y tenait ces propos: «As to that, it is enough to say that, apart from the justification, the special protection accorded by the Fourth Amendment to the people in their "persons, houses, papers and effects" is not extended to the open field. The distinction between the latter and the house is as old as the common law». Voir *Hester* c. *United States*, 265 U.S. 57, 59 (1924). La *Cour Burger (1969-1986)* et la *Cour Rehnquist (1986-)* réaffirmeront ce principe judiciaire dans plusieurs arrêts entre 1974 et 1989. Voir *Air Pollution Variance Board* c. *Western Alfafa Corp.*, 416 U.S. 861 (1974)(inspection relativement à la qualité de l'air); *Oliver* c. *United States*, 466 U.S. 170 (observation aérienne d'un lieu ouvert afin de vérifier les informations d'un indicateur de police à l'effet que des plants de marijuana étaient cultivés dans l'arrière cour d'une résidence); *California* c. *Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986)(observation aérienne d'un lieu ouvert afin de vérifier les informations d'un indicateur de police à l'effet que des plants de marijuana étaient cultivés dans l'arrière-cour d'une résidence); *United States* c. *Dunn*, 480 US 294 (1986)(les perquisitions périphériques d'une grange n'étaient pas inconstitutionnelles); *Dow Chemicals Co.* c. *United States*, 476 U.S. 227 (1987) (les photographies aériennes d'immeubles commerciaux ne violaient pas le Quatrième amendement); *Florida* c. *Riley*, 488 U.S. 445 (1989) (l'observation par l'entrebâillement d'un toit d'une serre est constitutionnelle).*Au Canada, ce principe n'a toujours pas été reconnu par la Cour suprême. Voir R.* c. *Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488 (un individu n'a aucune attente en matière de vie privée relativement à une culture de marijuana aperçue par des policiers qui marchaient sur un chemin public); *R.* c. *Lauda*, [1998] 2 R.C.S. 683 (un individu qui cultive de la marijuana dans des champs abandonnés n'a aucune attente en matière de vie privée relativement à cette culture).

[477] La *Cour Burger (1969-1986)* avait d'abord refusé de souscrire à ce principe dans les arrêts *Chadwick (1977)* et *Lo-Ji Sales (1979)*. Dans ce dernier arrêt, le juge en chef Burger affirmait que le fait que des objets soient offerts au grand public ne justifie pas des immixtions sans mandat. Six ans plus tard, dans l'arrêt *Macon (1985)*, la *Cour Burger (1969-1986)* révisait ce principe judiciaire en statuant que l'acquisition libre par un agent de l'État faisait disparaître les attentes en matière de vie privée d'un individu. Voir *United Stares* c. *Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977) (fouille d'une malle dans une gare); *Lo-Ji Sales* c. *New York*, 442 U.S. 319 (1979)(saisie d'un livre enrobé de cellophane dans une librairie pour adultes); *Maryland* c. *Macon*, 472 U.S. 463 (1985).

Une autre application de ce principe est illustrée par la *doctrine de l'objet bien à la vue* (*«plain view doctrine»*) selon laquelle les objets facilement accessibles[478] — par la vue, l'ouïe ou l'odorat[479] — à un agent de l'État au moment d'une immixtion légale peuvent être saisis sans mandat. Aux États-Unis, elle a été formellement consacrée dans la séquence d'arrêts *Coolidge (1971)* — *Buie (1990)*[480] et, au Canada, elle a fait l'objet d'une codification partielle à

---

[478] Dans *Horton (1990)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* semble avoir substitué au critère de la découverte au hasard celui de l'accessibilité relative de l'objet puisqu'elle a statué que la *doctrine de l'objet bien à la vue* pouvait s'appliquer même si l'agent de l'État prévoyait que l'objet se retrouverait sur les lieux. L'inadvertance de la découverte ne constituerait donc pas un critère essentiel. Voir *Horton* c. *California*, 496 U.S. 128 (1990).

[479] *United States* c. *Johns*, 469 US 478 (1981). Voir cependant *Johnson* c. *United States*, 333 U.S. 10 (1948) (la constatation d'une odeur d'opium dans le couloir d'hôtel pourrait servir à étayer des motifs raisonnables mais ne justifierait cependant pas une immixtion étatique sans mandat). Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)*, dans l'arrêt *Evans (1996)*, semble avoir avalisé la proposition que les immixtions olfactives participent à cette exception de la *common law*. Voir *R.* c. *Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

[480] *Coolidge* c. *New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). Dans les arrêts *Andreas (1983)* et *Jacobsen (1984)*, elle a étendu la doctrine de l'objet bien à la vue aux objets qui ne sont pas à la vue mais qui ont été découverts à la suite d'une immixtion effectuée légalement. Dans l'arrêt *Arizona (1987)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* a indiqué que les objets ne pouvaient pas être déplacés aux fins d'une vérification superficielle comme par exemple lire les numéros de série d'appareils électroniques. Rien n'empêche cependant les policiers de conduire une fouille visuelle accessoire («protective sweep»). Voir *Illinois* c. *Andreas*, 463 U.S. 765 (1983); *United States* c. *Jacobsen*, 466 U.S.109 (1984); *Maryland* c. *Buie*, 494 U.S. 325 (1990). Voir aussi *Steele* c. *United States*, 267 U.S. 498 (1925) (les policiers qui observent des contrebandiers en action possèdent des motifs suffisants pour obtenir un mandat); *Taylor* c. *United States*, 286 U.S. 1 (1932) (les policiers qui observent des contrebandiers en action ne peuvent saisir la marchandise sans mandat); *Sandoval* c. *California*, 386 U.S. 948 (1967) (un agent de police peut saisir des narcotiques qu'il aperçoit en procédant à l'arrestation d'un individu dans son domicile); *Harris* c. *United States*, 390 U.S. 234 (1968) (un policier peut saisir les objets illégaux qu'il aperçoit en ouvrant la portière d'un véhicule automobile); *United States* c. *Santana*, 427 U.S. 38 (1976) (la doctrine de l'objet apparent a justifié l'entrée dans la résidence d'un individu que les policiers avaient aperçu sur le porche); *United States* c. *Ross*, 456 US 798 (1982)(un agent de police ne peut ouvrir un contenant fermé qui se trouvent dans une automobile); *Washington* c. *Chrisman*, 455 U.S. 1 (1982) (un agent de police peut saisir la marijuana dans une pièce où il se trouve légalement); *Texas* c. *Brown*, 460 U.S. 730 (1983) (objet de contrebande sur la banquette arrière d'un véhicule automobile); *Horton* c. *California*, 496 U.S. 128 (1990) (une immixtion légale dans un container effectuée légalement par des douaniers annihile toute attente en matière de vie privée lors d'une immixtion subséquente); *United States* c. *Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) (immixtion dans un colis contenant de la cocaïne par un

l'article 489 du *Code criminel*[481].

(d) Les immixtions effectuées dans les institutions carcérales

Bien que les autorités des institutions carcérales doivent agir équitablement, il est incontestable que les attentes en matière de vie privée dans les institutions carcérales sont considérablement réduites. Le simple état d'incarcération d'un individu et la nécessité de préserver les normes de sécurité des pénitenciers justifient l'application d'une norme plus souple du barème de *raisonnabilité*.

Aux États-Unis, la *Cour Warren (1953-1969)* a, pour la première fois dans l'arrêt *Lanza (1962)*[482], établi le principe judiciaire voulant qu'un individu incarcéré n'ait aucune attente en matière de vie privée, du moins en ce qui à trait aux conversations qu'il peut avoir dans une institutions carcérale. La *Cour Burger (1969-1986)* réaffirmera ce principe judiciaire dans trois arrêts rendus entre 1974 et 1984[483] dont le troisième, l'arrêt *Hudson (1984)*[484], ne peut laisser pianer

---

transporteur privé); *New York* c. *Class*, 475 U.S. 106 (1986) (éléments de preuve recueillis lors de la vérification du numéro d'identification du véhicule automobile).

[481] Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 489 [mod. L.C. 1993, c. 40, art. 16].

[482] *Lanza* c. *New York*, 370 US 139, 143 (1962). S'exprimant pour la Cour, le juge Stewart affirmait ce qui suit: «But to say that a public jail is the equivalent of a man's "house" or that it is a place where he can claim a constitutional immunity from search or seizure of his person, his papers, or his effects, is at best a novel argument». La *Cour Warren (1953-1969)* a cependant jugé qu'une loi de l'État de l'Alabama qui maintenait la ségrégation raciale des détenus et l'interdiction faite à un détenu d'assister un autre détenu à la préparation d'une requête judiciaire était inconstitutionnelle. Voir aussi *Lee* c. *Washington*, 390 U.S. 333 (1968); *Johnson* c. *Avery*, 393 U.S. 483 (1969).

[483] Dans l'arrêt *Procunier (1974)*, elle a statué que l'interception de la correspondance, effectuée conformément à un régime de réglementation, était conforme au Premier et

aucun doute sur la perception de la *Cour Burger (1969-1986)* relativement à la constitutionnalité des immixtions effectuées sans autorisation préalable en milieu carcéral. S'exprimant pour la majorité, le juge en chef Burger réaffirmait en ces termes qu'un détenu ne pouvait revendiquer aucune attente en matière de vie privée à l'égard des fouilles effectuées dans sa cellule: «[t]he Fourth Amendment proscription against unreasonable searches does not apply within the confines of the prison cell». Si les détenus peuvent revendiquer la protection du Premier amendement en ce qui concerne la liberté d'expression[485] et la liberté de conscience et de religion[486], ils ne peuvent toutefois pas prétendre au respect de leur droit à la vie privée associative («associational privacy»)[487]

Quatorzième amendement. Dans l'arrêt *Bell (1979)*, des détenus du *Metropolitan Correctional Center* contestaient la constitutionnalité de plusieurs mesures de la réglementation carcérale: le «double-bunking» — selon lequel deux détenus partageaient la même cellule —, le «publisher-only» — selon lequel les détenus ne pouvaient recevoir que les livres en provenance des éditeurs, des clubs de livres et des librairies —, la prohibition de recevoir des colis extérieurs, les fouilles des cellules ainsi que les fouilles des cavités corporelles des détenus effectuées systématiquement à la suite de la visite d'un individu en provenance de l'extérieur. La Cour a statué que ces mesures de réglementation étaient toutes constitutionnelles en ce qu'elle correspondaient à «[...] mutual accomodation between institutional needs and objectives and the provisions of the Constitution that are of general application». La nécessité de préserver l'ordre et la discipline justifie les limitations des droits constitutionnels des détenus. Dans *Bell (1979)*, le juge Rehnquist, qui parlait pour la majorité, affirmait ce qui suit: «It may be argued that a person confined in a detention facility has no reasonable expectation of privacy with respect to his room or his cell and that therefore the Fourth Amendment provides no protection for such a person. [...] In any case, given the realities of institutional confinement, any reasonable expectation of privacy that a detainee retained would be of diminished scope». Voir *Procunier c. Martinez*, 416 US 396 (1974); *Bell c. Wolfish*, 441 U.S. 520, 544 (1979). Voir aussi *Jones c. North Carolina Prisoners' Association*, 433 U.S. 19 (1977); *Rhodes c. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981).

[484] *Hudson c. Palmer*, 468 US 517, 526 (1984).

[485] Voir *Pell c. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974) (l'interdiction faite à un détenu d'accorder des entrevues aux médias ne contrevient pas à la liberté d'expression garantie par le Premier amendement).

[486] Voir *Cruz c. Beto*, 405 U.S. 319 (1972) (l'interdiction faite à un détenu bouddhiste de pratiquer sa foi contrevient à la liberté de religion garantit par le Premier amendement).

[487] Voir *Jones c. North Carolina Prisoners' Association*, 433 U.S. 119 (1977) (l'interdiction faite aux détenus de s'associer ne contrevient pas au droit au respect de leur vie privée associative

puisque ce droit est fondamentalement antinomique avec l'incarcération. Ils peuvent cependant bénéficier des garanties constitutionnelles qui ne sont pas incompatibles avec les mesures d'incarcération comme la protection offerte par les Cinquième[488], Sixième[489] et Huitième[490] amendements ainsi que par les principes de justice naturelle[491].

D'ailleurs, considérant la nécessité de maintenir l'ordre et la discipline dans les institutions carcérales, la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie par le Huitième amendement sera généralement le remède

---

garanti par le Premier amendement).

[488] Voir *Cleavinger c. Saxner*, 474 U.S. 193 (1985) (les agents correctionnels ne bénéficient cependant pas d'une immunité absolue les mettant à l'abri de toute revendication fondée sur le Cinquième amendement).

[489] Voir *United States c. Henry*, 447 U.S. 264 (1980) (la preuve recueillie par un agent banalisé dans la cellule d'un détenu viole son droit à l'assistance d'un avocat garanti par le Sixième amendement).

[490] Voir *Estelle c. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976) (la décision des autorités carcérales de ne pas radiographier un détenu ne constitue pas une peine cruelle et inusitée); *Whitley c. Albers*, 475 U.S. 312 (1986) (l'utilisation de la force par un agent correctionnel pendant une émeute, bien que jugée excessive après le fait, ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens du Huitième amendement).

[491] Dans l'arrêt *Wolff (1974)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a consacré le principe judiciaire voulant que les autorités carcérales doivent respecter les principes de justice naturelle minimaux («minimal due process requirements»): un avis prélable doit être acheminé au détenu avant que des sanctions disciplinaires ne puissent être prises contre lui; une déclaration écrite des faits qu'on lui reproche doit lui être fournie et le droit de présenter une défense en produisant des éléments de preuve documentaire ou testimoniale. La possibilité de contre-interroger les témoins de la partie adverse n'est cependant pas un droit compris dans les principes de justice naturelle. Voir *Wolff c. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974). Voir aussi *Haines c. Kerner*, 404 U.S. 519 (1972) (un détenu doit avoir l'opportunité d'être entendu afin de justifier sa revendication relative à des dommages qu'il aurait subis); *Morrissey c. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972) (la révocation d'une mise en liberté sous conditions ne peut être faite qu'après une audition); *Greenholtz c. Nebraska Penal Inmates*, 442 U.S. 1 (1979); *Hewitt c. Helms*, 459 U.S. 460 (1983) (une audition discliplinaire relative aux actions d'un détenu pendant une émeute respecte les principes de justice naturelle); *Sandin c. Conner*, (n° 93-1911) (19 juin 1995). Au Canada, voir l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, (1979), [1980] 1 R.C.S. 602.

le plus approprié pour que les détenus puissent faire valoir leurs revendications[492]. La *Cour Rehnquist (1986-)* réaffirmera le principe judiciaire établi par la *Cour Burger (1969-1986)* en ce qui à trait à l'application du Huitième amendement et en précisera le barème de *raisonnabilité*[493]. Elle a aussi statué que les autorités carcérales pouvaient conduire une perquisition sans mandat dans la résidence d'un individu en probation[494] ou encore

---

[492] Dans *Hewitt (1983)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a indiqué que la protection offerte par la clause de l'application régulière de la loi («due process clause») garantie par les Cinquième et Quatorzième amendements n'est que de peu d'utilité pour les personnes incarcerées. Bien qu'elle ait statué, dans l'arrêt *Parratt (1981)*, que le Quatorzième amendement, en ce qu'il constitue une protection contre les abus d'autorité, pouvait s'appliquer dans certaines circonstances, la *Cour Burger (1969-1986)* en a restreint l'application dans l'arrêt *Hudson (1984)* et l'a expressément réfuté dans les arrêts *Daniels (1986)* et *Davidson (1986)*. Dans l'arrêt *Whitley (1986)*, elle a indiqué que le Quatorzième amendement n'offrait pas aux détenus une plus grande protection que le Huitième amendement. Voir *Hewitt* c. *Helms*, 459 U.S. 460 (1983) (une audition discliplinaire relativement aux actions d'un détenu pendant une émeute respectent les principes de justice naturelle); *Parratt* c. *Taylor*, 451 U.S. 527 (1981)(l'interception de la correspondance d'un détenu qui enfreint un réglement de l'institution carcérale viole le Quatorzième amendement); *Hudson* c. *Palmer*, 468 U.S. 517 (1984) (la destruction de certains objets personnels d'un détenu ne viole pas le Quatorzième amendement); *Daniels* c. *Williams*, 474 U.S. 327 (1986) (une action négligente d'un agent correctionnel ne justifie pas l'application du Quatorzième amendement); *Davidson* c. *Cannon*, 474 U.S. 344 (1986) (la simple négligence d'un agent correctionnel ne justifie pas l'application du Quatorzième amendement); *Whitley* c. *Albers*, 475 U.S. 312 (1986) (l'utilisation de la force par un agent correctionnel pendant une émeute, bien que jugée excessive après le fait, ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens du Quatorzième amendement).

[493] Dans l'arrêt *Hudson (1992)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* a indiqué que l'utilisation excessive de la force pouvait constituer une peine cruelle et inusitée, et cela même si le détenu n'avait pas subi des blessures physiques graves. La détermination de la *raisonnabilité* de l'action étatique se fait en considérant l'intention et la bonne foi de l'agent correctionnel. Il y aura violation du Huitième amendement lorsque l'utilisation de la force constitue «unnecessary and wanton infliction of pain». Dans l'arrêt *Farmer (1994)*, le juge Souter a indiqué que le barème de *raisonnabilité* d'une action étatique en milieu carcéral se situait à mi-chemin entre l'action négligente et l'action dont le but manifeste est de causer des blessures, soit l'indifférence délibérée («deliberate indifference») qui serait analogue à l'insouciance subjective («subjective recklessness»). Voir *Hudson* c. *McMillan*, 503 U.S. 1 (1992) (utilisation d'une force excessive par des agents correctionnels pendant une émeute); *Farmer* c. *Brennan*, (n° 92-7247)(6 juin 1994) (incarcération d'un détenu transsexuel avec d'autres détenus masculins).

[494] Dans l'arrêt *Griffin (1987)*, le juge Scalia, qui parlait pour la Cour, affirmait que la probation, tout comme comme l'incarcération, est une forme de sanction criminelle qui justifie l'application d'un barème de *raisonnabilité* fondé sur les besoins impérieux de l'État («special

administrer par la force des psychotropes à un détenu pourvu que la mesure s'appuie sur un régime de réglementation[495].

Au Canada, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions*[496] incorporent des dispositions spécifiques relativement aux fouilles effectuées sur la personne des détenus, des visiteurs et des agents, aux fouilles des cellules et des véhicules qui se trouvent au pénitencier ainsi qu'aux fouilles des établissements résidentiels communautaires. Dans l'arrêt *Weatherall (1993)*[497], la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué que les fouilles par palpation et les rondes de surveillance éclair des rangées de cellules effectuées par des

---

needs interests»). Il tenait alors ces propos: «A State's operation of a probation system, like its operation of a school, government office or prison, or its supervision of a regulated industry, [...] presents "special needs" beyond normal law enforcement that may justify departures from the usual warrant and probable cause requirements». Dans l'arrêt *Scott (1998)*, le juge Thomas, qui s'exprimait pour une majorité de cinq juges, étendra encore davantage ce principe judiciaire voulant que les individus en probation n'aient aucune attente en matière de vie privée en statuant que la règle d'exclusion de la preuve ne leur est d'aucune utilité. Voir *Griffin c. Wisconsin*, 483 U.S. 868, 873-874, (1987); *Pennsylvania(Board of Probation and Parole) c. Scott*, (n° 97-581)(22 juin 1998).

[495] Voir *Washington c. Harper*, 494 U.S. 210 (1990).

[496] Adopté quatre ans après l'arrêt *Simmons (1988)* de la Cour Dickson, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions* prévoit un régime de fouille dans les pénitenciers analogue à celui qu'avait énoncé le juge en chef Dickson relativement aux immixtions effectuées aux frontières internationales. Il y a donc trois types de fouilles: la fouille par palpation, la fouille à nu et la fouille des cavités corporelles. L'article 54 prévoit qu'un agent correctionnel peut exiger, dans certaines circonstances, un échantillon d'urine. Voir *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions*, L.C. 1992, ch. 20, arts. 47-66. Voir aussi L. LEPAGE, *Les droits démocratiques et les libertés fondamentales des personnes incarcérées*, Thèse de doctorat, Québéc, Université Laval, 1995-96; B.W. PRITCHARD, *A Legal Analysis of Detention, Search and Seizure of Personal Property, Interrogation and the Admissibility of Culpable Statements, Under the Charter of Rights and the Federal Young Offender Act*, Thèse de doctorat, Edmonton, Université de l'Alberta, 1993; M. MARCHAND, *La Charte canadienne et les fouilles, perquisitions et saisies à l'égard des personnes détenues en vertu d'une mesure pénale*, Montréal, Thèse de maîtrise, Université de Montréal, 1992.

[497] *Weatherall c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

gardiens du sexe féminin dans les pénitenciers pour hommes étaient constitutionnels[498]. Dans l'arrêt *Winkers (1999)*[499], elle a statué que les détenus pouvaient bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat afin de répondre à une accusation à la suite d'un incident qui s'est entièrement déroulé à l'intérieur des murs du pénitencier.

(e) Les immixtions effectuées aux frontières internationales

Le privilège d'un État de procéder à des immixtions à ses frontières internationales, en examinant les individus et les objets qui traversent les frontières nationales, constitue une prérogative fondamentale d'un État souverain. Ces immixtions ne demandent aucune justification[500]. Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Carroll (1925)*[501], que la *Cour Taft (1921-1930)* a énoncé, bien que de manière incidente, la distinction essentielle entre les immixtions étatiques effectuées à l'égard d'individus qui se présentent aux frontières internationales et celles qui ont trait à des individus qui se trouvent sur le territoire national. Il reviendra toutefois à la *Cour Burger (1969-1986)* de formuler le principe judiciaire

---

[498] S'exprimant pour la Cour, le juge La Forest a précisé que l'intimité dont jouissent les détenus dans une institution carcérale est considérablement réduite. En conséquence, les détenus ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à ce que leur droit au respect de la vie privée soit respecté dans le cadre de certaines opérations de surveillance effectuées par les autorités carcérales. Voir *Weatherall c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872, 873 (j. La Forest).

[499] *Winkers c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160.

[500] Aux États-Unis, cette exception à l'exigence du mandat relativement aux fouilles frontalières a été autorisée dès le XVIII[e] siècle par une loi sur les douanes adoptée par le premier Congrès des États-Unis en 1789. Voir Act of July 31, 1789, ch. 5, Sec. 23, 24, 1 Stat 43. Voir 19 U.S.C. Sec. 507, 1581 et 1582.

[501] *Carroll c. United States*, 267 U.S. 132 (1925). Voir aussi *United States c. Lee*, 274 U.S. 559 (1927) (l'arraisonnement d'un bateau transportant une cargaison de boissons alcooliques à l'intérieur des eaux territoriales américaines est constitutionnelle).

concernant la constitutionnalité des immixtions aux frontières internationales.

Dans l'arrêt *Almeida-Sanchez (1973)*[502], arrêt dont les faits rappellent ceux de l'arrêt *Jacques (1996)*[503] de la Cour suprême du Canada, la *Cour Burger (1969-1986)* a conclu que les dispositions de l'*Immigration and Nationality Act*[504], qui permettaient l'interception et la fouille d'un véhicule automobile qui se trouvait à 40 kilomètres aériens de la frontière mexicaine violaient le droit au respect de la vie privée garanti par le Quatrième amendement[505]. Dans

---

[502] *Almeida-Sanchez* c. *United States*, 413 U.S. 266 (1973). Voir aussi *Harris* c. *United States*, 400 U.S. 1211 (1970) (interception d'un véhicule automobile à 210 kilomètres de la frontière internationale); *Mason* c. *United States*, 414 U.S. 941 (1973) (autorisation de pourvoi rejetée relativement à une fouille vaginale effectuée aux frontières internationales) (j. Douglas); *United States* c. *Peltier*, 422 U.S. 531 (1975)(la décision *Almeida-Sanchez (1973)* ne peut avoir une application rétroactive relativement à une immixtion effectuée avant le 21 juin 1973, date de la décision); *United States* c. *Ortiz*, 422 U.S. 891 (1975) (il n'y a pas de distinction entre une fouille effectuée au hasard et une fouille effectuée dans le cadre d'un programme structuré).

[503] *R.* c. *Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312.

[504] L'alinéa 287(a)(3) de l'*Immigration and Nationality Act* autorisait les fouilles sans mandat des véhicules automobiles se trouvant à une distance raisonnable des frontières internationales. Des directives du procureur général établissait ces limites raisonnables à 160 kilomètres aériens d'une frontière internationale. Voir l'*Immigration and Nationality Act*, 66 Stat. 233, 8 U.S.C. 1357 (a)(3).

[505] S'exprimant pour la majorité de cinq juges, le juge Stewart a jugé que la fouille violait le Quatrième amendement en ce qu'elle ne constituait pas une immixtion douanière. Elle réaffirmera ce principe judiciaire dans l'arrêt *Sanders (1979)*. Quatre ans plus tard, dans l'arrêt *Ramsey (1977)*, elle a cependant statué — en consacrant le principe judiciaire voulant qu'un individu ait des attentes considérablement réduite aux frontières internationales — que l'ouverture du courrier international ne violait pas le Quatrième amendement. S'exprimant pour la majorité, le juge Rehnquist (tel qu'il était alors) affirmait que les fouilles sans mandat effectuées aux frontières internationales se justifiaient par une exception historiquement consacrée. Dans *Torres (1979)*, la Cour a cependant précisé que cette exception ne s'appliquait qu'aux frontières internationales. Ainsi, a-t-elle jugé qu'une loi portoricaine qui permettait de procéder à la fouille des bagages d'un citoyen américain en provenance des États-Unis violait le Quatrième amendement. Dans *Sanders (1979)*, le juge Powell a jugé que l'interpellation d'un véhicule automobile à l'extérieur d'un aéroport, bien que consécutive à l'obtention d'une information fournie par un indicateur de police que l'un des passagers transportait illégalement de la marijuana et à la constatation visuelle de la réception d'une valise suspecte, ne justifiaient pas la fouille du véhicule automobile sans mandat. Dans *Ramsay (1979)*, le juge Rehnquist affirmait

Montoya de Hernendez (1985)[506], elle a indiqué que les fouilles corporelles et la détention prolongée d'individus traversant les frontières internationales étaient conformes au Quatrième amendement. S'exprimant pour la majorité, le juge Rehnquist (tel qu'il était alors) a tenu à préciser que la détermination du barème de *raisonnabilité* aux frontières internationales était celui de *l'indice évident* («clear indication»), lequel se situerait conceptuellement à mi-chemin entre la norme applicable aux revendications prenant naissance dans un contexte de droit criminel («motifs raisonnables») et la norme applicable aux revendications prenant naissance dans un contexte de droit administratif et réglementaire («simples soupçons»). La *Cour Renhquist (1990-)* maintiendra ce principe judiciaire et permettra même, dans l'arrêt *Sokolow (1989)*[507],

---

ce qui suit: «That searches at the border, pursuant to the longstanding right of the sovereign to protect itself by stopping and examining persons and property crossing into this country, are reasonable simply by virtue of the fact that they occur at the border, should, by now, require no extended demonstration.[...] Border searches, then, from before the adoption of the Fourth Amendment, have been considered to be "reasonable" by the single fact that the person or item in question had entered into our country from outside. There has never been any additional requirement that the reasonableness of a border search depended on the existence of probable cause. This longstanding recognition that searches at our borders without probable cause and without a warrant nonetheless "reasonable" has a history as old as the Fourth Amendment itself. We affirm it now». Dans *Villamonte-Marquez (1983)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que ce principe judiciaire s'appliquait aussi aux bateaux qui se trouvaient dans les eaux territoriales américaines. Dans l'arrêt *Andreas (1983)*, elle a jugé que des agents des douanes qui avaient trouvé légalement de la marijuana à l'intérieur d'un conteneur expédié au États-Unis étaient justifiées d'exercer une surveillance continue afin d'identifier son destinaire et procéder à son arrestation. L'immixtion étatique sans mandat était justifiée dans la mesure où le destinaire ne pouvait revendiquer d'attentes en matière de vie privée à l'égard de ce conteneur puisque l'immixtion avait été faite légalement par les agents des douanes. Voir *Arkansas c. Sanders*, 442 U.S. 753 (1979); *United States c. Ramsay*, 431 U.S. 606, 616-619 (1977); *Torres c. Porto Rico*, 442 US 465 (1979); *United States c. Villamonte-Marquez*, 462 U.S. 579 (1983); *Illinois c. Andreas*, 463 U.S. 765 (1983).

[506] *United States c. Montoya de Hernendez*, 473 U.S. 531 (1985). Voir aussi *Julian c. United States*, 463 U.S. 1308 (1983).

[507] *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989) (arrestation d'un individu affichant un profile d'un «drug courrier» à l'Aéroport international d'Honolulu est constitutionnel).

l'arrestation d'un individu affichant un profil suspect aux yeux des agents de la *Drug Enforcement Administration* qui se trouvaient dans un aéroport. Dans l'arrêt *Bond (2000)*[508], elle statuera que les agents de l'immigration ne peuvent, sans motifs raisonnables, procéder à la fouille des bagages d'un individu qui se trouvent dans l'habitacle d'un autobus.

Au Canada, dans l'arrêt *Simmons (1988)*[509], la *Cour Dickson (1984-1990)* a jugé que les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*[510], qui autorisaient expressément les immixtions douanières, n'étaient pas incompatibles avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Charte canadienne*. Adoptant une approche analogue à celle qu'avait adoptée la *Cour Burger (1969-1986)*, dans l'arrêt *Montoya de Hernendez (1985)*[511], le juge en chef Dickson a indiqué que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres lorsque des individus traversent les frontières internationales. Se référant à la nécessité d'adopter une approche qui tient compte du contexte, il s'est dit d'opinion qu'un critère moins strict que celui établi dans l'arrêt *Hunter (1984)*[512] devait gouverner l'appréciation de la *raisonnabiltié* d'une immixtion étatique effectuée aux frontières internationales[513].

---

[508] *Bond c. United States*, (n° 98-9349) (17 avril 2000).

[509] *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

[510] *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, c. 1.

[511] *United States c. Montaya de Hernendez*, 473 U.S. 531 (1985).

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

[513] Le juge en chef Dickson tenait ces propos: «J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le

Cette exception à l'exigence du mandat ne confère cependant pas un droit absolu : les fouilles doivent être raisonnables et le degré d'intrusion doit être graduel et modulé en fonction des circonstances particulières[514]. Dans *Dehghani (1993)*[515], la *Cour Lamer (1990-)* a étendu ce principe judiciaire aux fins d'immigration. Dans l'arrêt *Jacques (1996)*[516], la *Cour Lamer (1990-2000)* statuait que les dispositions de la *Loi sur les douanes*[517] étaient conformes aux article 8 et 9 de la *Charte canadienne* et permettaient l'interception d'un

---

droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire». Voir *R.* c. *Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 528 (j.c. Dickson).

[514] Le juge en chef Dickson a identifié trois niveaux de fouilles: l'interrogatoire de routine, la fouille des bagages et des effets personnels de l'individu, la fouille à nu et la fouille des cavités corporelles. Chacun de ces types de fouille soulève des questions constitutionnelles distinctes. Le principe étant que plus l'empiètement sur la vie privée est important, plus le degré de protection constitutionnelle accordé sera élevé. Avant qu'une personne ne puisse faire l'objet d'une fouille, elle peut exiger qu'on la conduise devant une tierce personne — comme un magistrat de police, un juge de paix, un receveur ou encore le préposé en chef du lieu — afin de constater l'existence de motifs de procéder à la fouille. Voir *R.* c. *Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 517, 528-529 (j.c. Dickson).

[515] *Dehghani* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1072. Le juge Iacobucci affimait ce qui suit: «[...] à la frontière l'État a intérêt à contrôler l'admission au pays. Les gens s'attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d'immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l'interrogatoire d'une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l'interrogatoire d'une personne qui se trouve au Canada».

[516] *R.* c. *Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, 322. S'exprimant pour la majorité, le juge Gonthier affirmait qu'en examinant l'économie de la *Loi sur les douanes*, il convient de conclure que «[l]e concept de frontière englobe davantage que les simples limites géographiques, et il en est nécessairement de même du champ d'application de la Loi. Des personnes, des véhicules et des marchandises peuvent arriver au Canada pour des fins douanières et être assujettis à la Loi même s'il sont déjà bien à l'intérieur du territoire canadien».

[517] L'alinéa 99.(1)f) de la *Loi sur les douanes* se lit ainsi: «(1) L'agent peut: f) s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'un moyen de transport ou que les marchandises se trouvant à son bord ont donné ou pourraient donner lieu à une infraction visée à l'alinéa e) [c.-à-d. marchandises dont la possession constitue une infraction à une loi fédérale], immobiliser le moyen de transport, monter à son bord et le fouiller, visiter les marchandises et en ouvrir ou faire ouvrir tous colis ou contenants, ainsi que faire conduire le moyen de transport à un bureau de douane ou à tout autre lieu indiqué par ces opérations». Voir *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, c. 1, alinéa 99(1)f).

véhicule automobile se trouvant sur le territoire national puisque le concept de frontières internationales n'est pas réduit aux simples limites géographiques du territoire canadien. Dans l'arrêt *Mooney (1999)*[518], elle réitérait le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Simmons (1988)* en statuant que l'article 98 de la *Loi sur les douanes* — qui habilite les agents des douanes à fouiller un voyageur sur la base de simples soupçons — était conforme aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*.

Tant la Cour suprême du Canada que la Cour suprême des États-Unis, ont reconnu que les individus qui traversent les frontières internationales n'ont que des attentes réduites en matière de vie privée. L'étendue de cette exception a cependant fait l'objet d'une interprétation différente par la Cour suprême du Canada. Alors que dans la séquence d'arrêts *Almeida-Sanchez (1973)* — *Sokolow (1989)*, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'étendre cette exception afin de permettre l'interception et la fouilles des véhicules automobiles qui se trouvent sur le territoire national, la Cour suprême du Canada a jugé, dans l'arrêt *Jacques (1996)*[519], que ce type d'immixtion arbitraire était conforme aux garanties constitutionnelles. Ce principe judiciaire établit par la Cour suprême du Canada étonne à maints égards. L'interprétation de cette exception faite par la *Cour Burger (1969-1986)* et la *Cour Rehnquist (1986-)* — dont l'interprétation des droits constitutionnels ne pourrait que très difficilement être assimilée à la *doctrine de l'activisme judiciaire* — a été beaucoup plus restrictive malgré que la loi américaine prévoyait expressément une disposition autorisant l'interception des véhicules

---

[518] *R. c. Mooney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

[519] *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312.

automobiles qui se trouvaient à moins de 160 kilomètres aériens d'une frontière internationale. Or la loi canadienne, à l'exception du pouvoir général de procéder à des fouilles, ne contient aucune disposition autorisant ce type d'immixtion. Pis encore, la norme d'appréciation prévue à la loi canadienne («soupçon de motifs raisonnables») semble, à première vue du moins, imposer un fardeau plus lourd que la norme de *l'indice évident* («clear indication») établie par la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Montoya de Hernendez (1985)*[520].

Que faut-il retenir de l'interprétation de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis — et plus particulièrement des arrêts *Wilson (1997)*[521] et *Belnavis (1997)*[522] qui établissent un corollaire entre la protection constitutionnelle et les intérêts de propriété ou de possesssion — relativement à la protection des lieux? Faut-il conclure que la protection constitutionnelle, à l'instar de la protection qu'offrait la *common law*, ne vise strictement que la protection des lieux et des biens? Bien qu'il soit incontestable que le point d'ancrage de la protection de la *common law* soit étroitement lié à la propriété, il ne faut pas oublier — comme le soulignait si justement le juge La Forest dans l'arrêt *Dyment (1988)*[523] — qu'à cette époque préindustrielle, les

---

[520] *United States* c. *Montoya de Hernendez*, 473 U.S. 531 (1985).

[521] *Maryland* c. *Wilson*, (n° 95-1268) (19 février 1997).

[522] *R.* c. *Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

[523] Dans l'arrêt *Dyment (1988)*, le juge La Forest faisait ce commentaire en parlant du droit au respect de la vie privée: «Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites, fondées sur des notions de propriété ou du même genre, qui ont servi autrefois à protéger cette valeur humaine fondamentale. En fait, il se peut que percevoir ces droits dont nous avons hérités comme visant essentiellement à protéger la propriété revienne à confondre les moyens et les fins. Autrefois, la vie des gens était centrée autour du domicile et Coke considérait nettement que les grandes barrières érigées en droit pour protéger la propriété contre les intrusions

revendications d'ordre territorial étaient conceptuellement et légalement liées à la propriété et largement confinées au domicile parce que la vie des individus était centrée autour du domicile. Cette constatation que faisait le juge La Forest de même que le principe judiciaire qu'établissait la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz (1967)*[524] et la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter (1984)*[525] suffisent à nous convaincre que la protection constitutionnelle offerte au droit au respect de la vie privée ne vise pas uniquement à protéger les lieux ou les biens des individus mais aussi, et surtout peut-être, elle assure la protection de la personne[526].

1.2. La protection de la personne

La protection de la personne en droit constitutionnel est principalement

---

gouvernementales avaient pour but d'assurer la "défense" et la "tranquillité" de ses occupants: voir *Semayne's Case*[...]. Bien que l'on ait tenté de le justifier en termes de propriété dans le grand arrêt *Entick c. Carrington*[...], le droit conféré par la *common law* de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, avait pour effet de protéger la vie privée des particuliers. Dans cette optique, il ne devrait pas être surprenant qu'un droit, enchâssé dans la Constitution, de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, devrait être interprété en fonction de l'objet qui le sous-tend, sans être restreint maintenant par les outils techniques originairement conçus pour garantir la réalisation de cet objet. Quoi qu'il en soit, cette Cour, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, a clairement jugé, pour reprendre les termes du juge Dickson, que l'art. 8 a pour objet "de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée" [...] et qu'il devait être interprété largement pour réaliser cette fin, sans que l'on soit inhibé par l'attirail historique qui lui a donné naissance». Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 436-437 (j. La Forest).

[524] *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

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

[526] Il faut aussi se rappeler, comme nous le faisions remarquer dans le troisième chapitre de la première partie qu'historiquement l'expression propriété avait une acception beaucoup plus étendue que celle que nous lui conférons aujourd'hui et pouvait aussi désigner l'ensemble des capacités, possibilités et facultés dont jouissait inconditionnellement un individu. Voir A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 226-229.

garantie par la notion de *liberté* que l'on retrouve consacrée, aux États-Unis, par la clause de l'application régulière de la loi («due process clause») du Quatorzième amendement et, au Canada, par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Les libertés fondamentales garanties aux États-Unis par le Premier amendement et au Canada par l'article 2 de la *Charte canadienne*, seraient aussi susceptibles d'apporter une certaine protection constitutionnelle au droit à la vie privée.

Le Quatorzième amendement, et plus particulièrement la clause de l'application régulière de la loi a des origines historiques profondes qu'on peut retracer dans la *Magna Carta (1215)*. Il été proposé par le Congrès à la suite de la guerre civile américaine en 1866 et sera ratifié par les États en 1868. Il reflétait la conception républicaine selon laquelle les États sécessionnistes ne devraient pas être réadmis dans l'Union sans souscrire à des garanties constitutionnelles précises. Ainsi, il n'est guère étonnant que son interprétation reflète l'histoire sociale et politique des États-Unis. On peut distinguer deux époques relativement à l'interprétation de cette garantie constitutionnelle. La première période est celle du *Classical Legal Thought* qui reflétait la doctrine du *laissez-faire* économique et s'est traduite par l'affirmation de la doctrine du *freedom of contract*. La seconde époque est celle de la protection des libertés individuelles, à partir des années cinquante et plus particulièrement sous l'égide de la *Cour Warren (1953-1969)*, et se traduira par l'affirmation de la doctrine constitutionnelle du droit au respect de la vie privée.

La doctrine du *freedom of contract* était fondée sur une dichotomie étanche entre ce qui est public et ce qui est privé. La distinction entre ce qui

est public et ce qui est privé est centrale dans la tradition libérale classique[527]. Selon cette conception, ce qui est privé est ce qui doit être à l'abri de l'ingérence gouvernementale alors que ce qui est public est ce qui est susceptible d'être assujetti à une certaine réglementation gouvernementale[528].

C'est dans l'arrêt *Slaughterhouse (1873)*[529] que la *Cour Waite (1874-1888)* consacrera cette doctrine libérale qui trace une dichotomie entre ce qui est privé et ce qui est public, reconnaissant toutefois dans l'arrêt *Munn (1877)*[530], que l'État serait justifié d'intervenir dans certaines circonstances. L'arrêt *Civil Rights Cases (1883)*[531], qui invalidait les dipositions du *Civil Rights Act (1875)*

---

[527] Dans son traité intitulé *The Transformation of American Law, 1870-1960 — The Crisis of Legal Orthodoxy (1992)*, le professeur Horwitz de l'Université Harvard décrit ainsi cette doctrine du *Freedom of contract*: «The institution of contract thus represented the legal expression of free market principles, and every interference with the contract system — such as regulation of the terms and conditions of labor contract — was treated as an attack on the very idea of the market as a natural and neutral institution for distributing rewards». Voir M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960 — The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 33. Voir généralement M.R. KONVITZ, «Privacy and the Law — A Philosophical Prelude» (1966) 31 *Law & Contemporary Problems* 272; J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. BURNS et H.L.A. HART (dir.), Londres, Methuen, 1970; J.S. MILL, *On Liberty and Other Writings*, S. COLLINI (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

[528] Ce qui est public est soumis à la loi et les individus doivent obéir aux normes et accepter l'autorité politique et sociale. Dans la sphère privée, une personne peut faire ce qu'elle entend sans ingérence extérieure pourvu qu'elle ne nuise pas à autrui. Dans son traité intitulé *The Transformation of American Law, 1870-1960 — The Crisis of Legal Orthodoxy (1992)*, le professeur Horwitz de l'Université Harvard décrit ainsi cette tendance de la fin du siècle dernier: «One of the most powerful tendencies of the late-ninetheenth-century law was the move to create a sharp distinction between what was thought to be a coercitive public law — mainly criminal and regulatory law — and a non-coercitive private law of tort, contract, property, and commercial law, deisigned to be resistant to the dangers of political interference». Voir M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960 — The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 10-11. Voir aussi S.A., «The Public/Private Distinction» (1982)130 *University of Pennsylvania Law Review* 1289, 1423-28.

[529] *Slaughterhouses Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

[530] *Munn c. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

[531] *Civil Rights Case*, 109 U.S. 3 (1883).

lesquelles prohibaient la ségrégation raciale dans les lieux publics participe à la même philosophie. La *Cour Fuller (1888-1910)* réaffirmera cette interprétation restrictive du Quatorzième amendement dans les arrêts *Plessy (1896)*[532] et *Berea College (1908)*[533] en maintenant la constitutionnalité des lois qui établissaient — par l'affirmation de la doctrine du «separate but equal» — la ségrégation raciale dans les lieux publics dont les écoles. Dans les arrêts *Bradwell (1873)*[534] et *Minor (1875)*[535], elle statuera que le Quatorzième amendement n'est d'aucune utilité aux femmes qui cherchaient à être admises au Barreau ou qui cherchaient à exercer leur droit de vote.

Mais la véritable consécration de ce principe, qui distinguait entre ce qui est public et ce qui est privé, se fera avec la constitutionnalisation — dans l'arrêt *Lochner (1905)*[536] — de la doctrine du *freedom of contract* qui élevait au niveau constitutionnel le principe de la *common law* relativement à la liberté de contracter. Cette doctrine veut que les parties ayant la capacité juridique de contracter et de donner leur consentement devraient être à l'abri des ingérences étatiques, sauf en ce qui concerne ce que la doctrine américaine a appelé les «police powers», c'est-à-dire les domaines touchant la santé publique, le bien-être commun, la morale et la prévention des activités

---

[532] *Plessy* c. *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[533] *Berea College* c. *Kentucky*, 211 U.S. 45 (1908).

[534] *Bradwell* c. *Illinois*, 83 U.S. (16 Wall.) 130 (1873).

[535] *Minor* c. *Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1875).

[536] *Lochner* c. *New York*, 198 U.S. 45 (1905). Voir aussi *Allegeyer* c. *Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897); *Adair* c. *United States*, 208 U.S. 1(1908). Voir contra *Muller* c. Oregon (1908). La *Cour White (1910-1921)* et la *Cour Taft (1921-1930)* maintiendront cette doctrine dans les arrêts *Coppage* c. *Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Wolff Packing Co.* c. *Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 222 (1923); *Adkins* c. *Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923). Voir contra *Bunting* c. *Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

criminelles. Elle représente l'apogée du *Classical Legal Thought* et exprime le triomphe du *laissez-faire* et la vision «that government is best which governs least»[537].

Cette doctrine du *freedom of contract* connaîtra son apogée le 27 mai 1935 — jour désigné comme le *Black Monday* — où la *Cour Hughes (1930-1941)* rendait trois décisions qui invalidaient des éléments essentiels du *New Deal* du Président Roosevelt[538]. Dans une conférence de presse tenue le lendemain, le Président Roosevelt dénonçait cette méthode d'interprétation judiciaire de la *Cour Hughes (1930-1941)* qui favorisait l'activisme judiciaire. Mais l'année 1936 était une année électorale et le Président Roosevelt a évité la confrontation directe avec la Cour suprême afin d'empêcher que les Républicains ne puissent capitaliser sur cette question. Au cour de la même année, la *Cour*

---

[537] Dans l'arrêt *Lochner (1905)*, le juge Holmes s'opposait à cette conception lorsqu'il tenait ces propos en dissidence: «The Fourtheenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's social statics [...] A Constitution is not intended to embody a particular economic theory whether of paternalism and the organic relations of the citizen to the state or of *laissez-faire*». Voir *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905).

[538] Le *New Deal* est le programme domestique qui caractérise l'action politique et législative des deux premiers mandats (1933-1941) du Président Franklin Delanoe Roosevelt afin de lutter contre les effets de la crise économique de 1929 et le paupérisme qui en résultait. Plusieurs lois, comme l'*Agricultural Adjustment Act*, la *Natural Industrial Recovery Act* et la *National Bitumimous Coal Act*, ont été adoptées dans le cadre du *New Deal*. La *Cour Hughes (1930-1941)* maintiendra la validité de certaines législation entre 1934 et 1936, mais dans l'ensemble, elle déclarera inconstitutionnelle la majorité des interventions législatives du Président Roosevelt. Voir généralement *Home Building and Loan Association c. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934), *Nebbia c. New York*, 291 U.S. 502 (1934); *Gold Clause Cases (1935)* [*Norman c. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240; *Nortz c. United States*, 294 U.S. 317; *Perry c. United States*, 294 U.S. 330]; *Ashwander c. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936). Les trois décisions rendues le jour du *Black Monday* sont les suivantes: *Louisville Bank c. Radford*, 295 U.S. 555 (1935) (invalidation des dispositions d'une loi qui avait pour effet de limiter les taux d'intérêts des prêts accordés aux agriculteurs; *Humphrey's Executor c. United States*, 295 U.S. 602 (1935) (invalidation des dispositions législatives qui déléguaient certains pouvoirs à une agence gouvernementale); *A.L.A. Schechter Poultry Corporation c. United States*, 295 U.S. 495 (1935) (invalidation de certaines dispositions du *National Industrial Recovery Act*).

Hughes (1930-1941) invalidera plusieurs autres dispositions des lois constituant le *New Deal* dont — avec l'arrêt *Morehead (1936)*[539] — la populaire loi de l'État de New York qui imposait un salaire minimum obligatoire pour les femmes. C'est dans ce contexte, et à la suite de la victoire du Président Roosevelt à l'élection présidentielle de 1936, que le Procureur général proposera un projet de loi à la Chambre des Représentants le 5 février 1937. Mieux connu sous l'appellation de *Court Packing Plan*, ce projet de loi aurait eu pour effet d'accroître de six le nombre de juges à la Cour suprême. L'opposition quasi unanime des observateurs politiques incitera la Chambre des Représentants à rejeter ce projet de loi. Mais la leçon aura porté. Le *Court Packing Plan* de 1937 et la démission du juge Van Devanter survenue le 19 mars 1937 auront favorisé une attitude plus conciliante de la Cour suprême[540]. Dans l'arrêt *West Coast Hotel (1937)*[541], la *Cour Hughes (1930-1941)* renversait explicitement la doctrine du *freedom of contract*. Le Président Roosevelt a peut-être, avec le rejet du projet de loi, perdu une bataille, mais il semble bien qu'il ait gagné la guerre.

---

[539] *Morehead c. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587, 611(1936). S'exprimant pour la majorité, le juge Butler affirmait ce qui suit: «The State is without power by any form of legislation to prohibit, change or nullify contracts between employers and adult women workers as to the amount pf wages to be paid». Voir aussi *Butler c. United States*, 297 U.S. 1 (1936) (invalidation de certaines dispositions de *l'Agricultural Adjustment Act*); *Carter c. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936) (invalidation de certaines dispositions de la *National Bituminous Coal Act*).

[540] Le juge Van Devanter était l'un des quatre juges — qualifiés de «Four Horsement» (les autres étant les juges Pierce Butler, George Sutherland et James McReynolds)— de la *Cour Hughes (1930-1941)* qui s'opposait systématiquement aux législations sociales adoptées dans le cadre du *New Deal* du Président Roosevelt.

[541] *West Coast Hotel c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Le juge en chef Hughes faisait cette remarque singulière: «[..] Constitution does not speak of freedom of contract». Voir aussi *National Labor Relations Board c. Jones et Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)(une loi qui obligeait les employeurs à négocier une entente collective de travail avec leurs employés est constitutionnelle).

À partir des années cinquante, un nouveau type de revendications constitutionnelles fondées sur le Quatorzième amendement, qui reflétaient l'importance grandissante de l'individualité, suscitera l'articulation de la doctrine constitutionnelle du droit au respect de la vie privée. Elle permettra d'abord — avec les arrêts *Brown (1954)*, *Heart of Atlanta Motel (1964)*[542] et *Katzenbach (1964)*[543] — de lutter contre les lois ségrégationnistes, mais surtout — avec *Griswold (1965)*[544] et *Roe (1973)*[545] — d'affirmer le droit à l'autonomie personnelle. Dans une opinion dissidente dans l'arrêt *Griswold (1965)*, le juge Black rappelait cependant que le droit au respect de la vie privée, tel qu'entendu par le juge Douglas, n'est qu'une réminiscence de la doctrine du *freedom of contract* qui avait servi à obvier à l'application des normes étatiques à des activités privées. Dans l'arrêt *Bowers (1986)*, la *Cour Burger (1969-1986)* questionnera une fois de plus la légitimité de cette doctrine du droit constitutionnel au droit au respect de la vie privée et affirmera qu'il n'y a que: «little or no textual support in the constitutional language»[546].

Dans son acception contemporaine, le droit constitutionnel au respect de la vie privée n'est pas tant lié à la distinction formelle entre ce qui est privé et ce qui est public, mais repose plutôt sur une vaste perception partagée par une majorité de gens que certains aspects de la vie doivent être protégés de la réglementation étatique et de l'observation publique non sollicitée. Le rôle

---

[542] *Heart of Atlanta Motel c. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

[543] *Katzenbach c. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

[544] *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[545] *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[546] *Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986). Voir aussi H. HOVENKAMP, «The Political Economy of Substantive Due Process» (1988) 40 *Stanford Law Review* 379.

fondamental de l'État est d'assurer, en garantissant les droits fondamentaux, le respect de cette autonomie de la volonté et de faciliter les choix individuels dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit avec les droits d'autres individus. Le rôle de l'État n'est pas d'instituer un ordre, mais de préserver l'ordre naturel qui repose sur la Constitution[547]. Or le rôle de la Constitution consiste essentiellement à placer des limites à l'action de l'État afin de préserver la liberté des individus[548].

Au Canada, c'est dans les arrêts *Jones (1986)*[549] et, plus tard dans les arrêts *Morgentaler (1988)*[550] et *Beare (1988)*[551], que la *Cour Dickson (1984-1990)* a évoqué pour la première fois que d'autres dispositions que l'article 8 de la

---

[547] Voir A. VACHET, *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 243.

[548] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, Roscoe Pound rappelait que la conception de la *liberté* dans la Constitution a un sens beacoup plus vaste que la simple liberté physique: «Those who have been arguing recently that the word "liberty" in our constitutions refers only to freedom from external restraint of the physical person need to note that the word was used by the framers of our constitutions in the sense in which they found it used in the law books from which they got their ideas of the guaranteed rights of Englishmen as natural rights of men». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1957, 48.

[549] Le juge Wilson tenait ces propos: «Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 318.

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

[551] Le juge La Forest écrivait qu'il était «enclin à admettre» la proposition voulant que l'article 7 englobe le droit au respect de la vie privée. Voir *R. c. Beare; R. c. Higgins* (1987), [1988] 2 R.C.S. 386, 412.

Charte canadienne étaient susceptibles de protéger le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Dans cet arrêt, le juge Wilson laissait entendre que l'article 7 de la *Charte canadienne* garantissait d'une certaine manière, le droit à la vie privée ou à tout le moins *l'autonomie personnelle*[552]. Elle soulignait que le droit à la liberté émanait des concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix de prendre des décisions intrinsèquement personnelles[553]. Reprenant la conception libérale classique, le juge Wilson adoptait une conception néo-libérale de la liberté en affirmant que «les droits garantis par la *Charte canadienne* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir»[554]. Il reviendra toutefois à la *Cour Lamer (1990-2000)*, dans l'arrêt *Rodriguez (1993)*[555] d'établir le principe judiciaire selon lequel le concept de la sécurité de la personne de l'article 7 englobait des notions

---

[552] Dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*, le juge Wilson a exprimé l'opinion que le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne* ne se limite pas à la liberté physique mais comprend également les notions fondamentales de dignité humaine, d'autonomie individuelle et de vie privée. Elle écrivait ce qui suit: «Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'article 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée». Voir *R.c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 117.

[553] C'est en ces termes que le juge Wilson s'exprimait: «Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne». Voir *R. c. Morgantaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 166.

[554] *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 164

[555] Dans *Rodriguez (1993)*, le juge Sopinka affirmait ce qui suit: «Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle». Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 588.

d'autonomie personnelle, de contrôle sur son intégrité physique et mentale sans ingérence de l'État, et de dignité humaine fondamentale[556].

Ainsi, la sécurité de la personne inclut une notion d'autonomie personnelle qui comprend la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique ou émotionnelle imposée par l'État. Cependant, aux termes de l'article 7 de la *Charte canadienne*, toute privation qui résulte d'une loi et qui porte atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par l'État n'est pas nécessairement contraire aux principes de justice fondamentale. L'examen des principes de justice fondamentale comporte une opération plus générale de pondération des droits constitutionnels des individus et des intérêts opposés de l'État. Pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti par l'article 7 est conforme à la justice fondamentale il faut, à l'instar de la détermination du barème de *raisonnabilité* consacré à l'article 8 de la *Charte canadienne*, soupeser d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit[557].

C'est dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.) (1985)*[558] que la *Cour Dickson (1984-1990)* considérait pour la première fois l'étendue de la notion de principes de justice fondamentale et concluait, malgré l'expression

---

[556] Voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 54-57 (j. Dickson), 173 (juge Wilson).

[557] Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 588, 592 (j. Sopinka); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 813 (j. Cory); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 899.

[558] Voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 502-503 (j. Lamer). Voir aussi *R. c. Beare; R. c. Higgins (1987)*, [1988] 2 R.C.S. 386; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

d'une volonté contraire affirmée par les constituants, qu'elle ne se limitait pas aux règles procédurales mais comprenait également un élément matériel. Cependant, s'exprimant pour la majorité, le juge Lamer (tel qu'il était alors) interprétait de manière restrictive la notion de *liberté* garantie par l'article 7 de la *Charte canadienne* en restreignant son application à sa dimension physique. Dans *Big M Drug Mart Ltd. (1985)*[559], le juge en chef Dickson adoptait une interprétation libérale de la notion de liberté en affirmant que «[l]a liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte[560]. Mais c'est véritablement dans l'arrêt *B.(R.) (1994)*[561] que la *Cour Lamer (1990-2000)* consacrait le principe judiciaire voulant que «[l]a liberté ne signifie pas

---

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

[560] Voir *R c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337. La Cour reconnaissait cependant que le concept de liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. Voir notamment le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 524 (j. Wilson); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 785 et 786 (j.c. Dickson).

[561] Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin formaient la majorité relativement au pourvoi principal portant sur l'étendue de l'article 7 de la *Charte canadienne*. Les juges Cory, Iacobucci et Major étaient d'opinion que le droit à la liberté consacré à l'article 7 pouvait comprendre le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leurs enfants mais ne s'étendait pas aux décisions qui étaient susceptibles de compromettre sérieusement la vie d'un enfant. Le juge en chef Lamer réitéra, en son nom propre cependant, la conception qu'il avait exprimé dans plusieurs arrêts en précisant que l'article 7 de la *Charte canadienne* ne s'applique que dans un contexte de droit criminel. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest s'exprimait ainsi: «La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte canadienne* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience». Voir *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 336-337.

simplement l'absence de contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne». Dans l'arrêt *Godbout (1997)*[562], la *Cour Lamer (1990-2000)* réaffirmera ce principe judiciaire en indiquant que la notion de liberté garantit une zone d'autonomie personnelle. Ainsi les arrêts *B. (R.) (1994)* et *Godbout (1997)* établissent donc — après une dizaine d'années d'incertitude — le principe judiciaire fondamental voulant que l'interprétation de la notion de liberté ne se limite pas uniquement aux garanties juridiques mais plutôt en fonction de l'ensemble des dispositions de la *Charte canadienne*. Ainsi, il semble dorénavant acquis, tant aux États-Unis qu'au Canada, que la protection de la personne en droit constitutionnel comporte tant une dimension physique que morale et s'entend du droit au respect de l'intégrité physique (*a.*), du droit au respect de l'intégrité morale (*b.*) et du droit au respect des relations familiales (*c.*).

(a) Le droit au respect de l'intégrité physique

Le droit au respect de l'intégrité physique s'entend de la liberté de circulation (*1.*), de l'intégrité corporelle (2.) et des fouilles corporelles (3.).

1. La liberté de mouvement et de circulation

Le droit de quitter l'entité politique et géographique dans laquelle réside un individu ainsi que le droit de circuler librement sur le territoire national est un droit fondamental qui a de profondes racines historiques. L'article 42 de la

[562] *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Magna Carta (1215) garantissait le droit de voyager à l'étranger. Si la liberté de circulation et l'absence de surveillance étatique représentent une assise sur laquelle repose les démocraties libérales, son absence caractérise incontestablement les régimes politiques totalitaires. Le symbole, encore frais à la mémoire, du mur de Berlin en constitue l'illustration la plus éloquente. Les restrictions à la circulation peuvent survenir lorsque, en raison de la mise en application des lois, des agents de l'État détiennent un individu ou procèdent à son arrestation ou encore, pour des motifs politiques ou économiques, lorsque l'État restreint le droit des individus de se déplacer à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national.

Aux États-Unis, le droit de circuler librement sur le territoire national et le droit de voyager («right to travel») a été consacré par la Cour suprême des États-Unis et constitue une composante du droit au respect de la vie privée[563]. Il a été historiquement revendiqué par les propriétaires d'esclaves, qui désiraient passer d'un État esclavagiste à un État non esclavagiste tout en maintenant l'assujettissement des individus afro-américains. L'arrêt *Dred Scott (1857)*[564], dans lequel la *Cour Taney (1836-1864)* a statué que les individus d'origine afro-américaine n'étaient pas des citoyens, est la confirmation jurisprudentielle de cette conception. L'une des conséquences de cette négation des droits civiques aux Afro-américains est qu'ils ne pouvaient pas obtenir un passeport et, en conséquence, ils ne pouvaient quitter le territoire national librement. Il

---

[563] L'article IV, section 2 de la *Constitution* est généralement considéré comme le fondement du droit de circuler et de voyager aux États-Unis. On constatera qu'il incorpore aussi des restrictions au droit de voyager aux individus criminalisés qui tenteraient de fuir impunément la justice d'un État en se réfugiant dans un autre État.

[564] *Scott c. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

faudra attendre plus de vingt-cinq ans avant que la *Cour Hughes (1930-1941)* ne revienne sur ce principe judiciaire. Dans le *Civil Rights Cases (1883)*[565], la *Cour Waite (1874-1888)* a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du *Civil Rights Act de 1875* qui prohibaient la discrimination raciale dans les lieux publics. C'est à la suite de cet arrêt que plusieurs États américains adopteront des lois ségrégationnistes fondées sur la doctrine du «separate but equal» dont la validité constitutionnelle sera consacrée par la *Cour Fuller (1888-1910)* dans l'arrêt *Plessy (1896)*[566]. Cette doctrine du «separate but equal» prévaudra jusqu'au milieu des années soixante au moment où la *Cour Warren (1953-1964)* déclarait inconstitutionnel, en rendant l'arrêt *Brown (1954)*[567], le régime de ségrégation raciale qui prévalait dans les écoles publiques. Il n'est donc pas surprenant qu'elle ait maintenu la validité des dispositions du Titre II du *Civil Rights Act de 1964*, dans les arrêts *Heart of Atlanta Motel (1964)*[568] et *Katzenbach (1964)*[569], lesquelles interdisaient la discrimination raciale dans les lieux privés ouverts au grand public.

Dans les démocraties libérales, le droit de voyager à l'étranger est généralement subordonné à l'obtention d'un passeport délivré par les autorités étatiques. À partir de 1948, le Département d'État du Gouvernement des États-Unis adoptait des politiques restrictives limitant l'accès et la sortie du territoire national aux individus d'obédience communiste. C'est dans l'arrêt *Kent (1958)*[570]

---

[565] *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

[566] *Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[567] *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

[568] *Heart of Atlanta Motel c. United States*, 379 U.S. 214 (1964).

[569] *Katzenbach c. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

[570] *Kent c. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958).

que la *Cour Warren (1953-1969)*, en déclarant inconstitutionnelles ces politiques discriminatoires, consacrera la liberté de mouvement et de circulation comme un droit fondamental. Elle maintiendra, dans l'arrêt *Communist Party (1961)*[571], la constitutionnalité des dispositions de la *McCarran Act (1950)*[572] — qui obligeait

---

[571] *Communist Party* c. *Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961).

[572] Formellement l'*Internal Security Act of 1950*, la *McCarran Act (1950)* n'est que l'une des nombreuses lois antisubversives adoptées par le Congrès pendant la Guerre froide qui visaient à lutter contre les idéologies qui étaient alors considérées comme une menace à la stabilité politique et économique des États-Unis. La première de ces lois antisubversives est le *Smith Act*, formellement le Titre I de l'*Aliens Registration Act*, adoptée par le Congrès le 22 juin 1940. L'adoption de ces lois antisubversives ne faisait qu'illustrer la désapprobation du Congrès à l'assujettissement et à la satellisation des pays de l'Europe de l'Est par l'Union soviétique. L'anti-communisme du Président Truman, qui associait communisme et impérialisme soviétique, et la politique étrangère américaine du «containment» auront favorisé l'adoption de ces lois antisubversives et cela même si les communistes, peu nombreux, ne pouvaient véritablement constituer une menace à la sécurité nationale des États-Unis. Des politiciens démagogues, comme le sénateur Joseph McCarthy et le sénateur Richard Nixon, exploiteront cette crainte du communisme et de la subversion pour se bâtir un capital politique. La *Communist Control Act (1954)* est la troisième loi adoptée par le Congrès qui exerçait de la discrimination contre des individus d'obédience communiste. La *Cour Vinson (1946-1953)*, dans les arrêts *Douds (1950)* et *Dennis (1951)*, maintiendra la validité constitutionnelle de ces mesures. La mort du juge en chef Vinson en 1953, son remplacement par le juge en chef Warren et la nouvelle conjoncture politique favoriseront une attitude plus conciliatrice. Dans les arrêts *Peters (1955)* et *Cole (1956)*, la *Cour Warren (1953-1969)* réintégrera des fonctionnaires fédéraux expulsés en vertu du programme de loyauté. Le 17 juin 1957, jour qu'il est convenu d'appeler le *Red Monday*, la *Cour Warren (1953-1969)* rendait plusieurs décisions — *Watkins (1957)*, *Sweezy (1957)*, *Dulles (1957)* et *Yates (1957)* — qui avaient pour effet de limiter l'application des loi antisubversives. Ces décisions du *Red Monday* auront attisé la colère des sénateurs conservateurs et favorisé l'introduction d'un projet de loi visant à soustraire les revendications relatives à la subversion de la compétence de la Cour suprême. Bien que cette proposition législative ait été rejetée, elle aura néanmoins influencée les juges de la Cour suprême qui, dans les arrêts *Barentblatt (1959)*, *Uphaus (1959)*, *Scales (1961)* et *Communist Party (1961)*, maintiendront la validité constitutionnelle de certaines dispositions de la *Smith Act* et de la *McCarran Act*. Ce ne sera qu'avec les arrêts *Albertson (1965)*, *Robel (1967)* et *Brandeburg (1969)* que la Cour suprême révisera ce principe judiciaire. Le Congrès abrogera finalement la *McCarran Act* en 1971 et mettra ainsi fin à l'hystérie collective qui aura animé la classe politique américaine pendant une trentaine d'années. Voir *American Communications Associations* c. *Douds*, 339 U.S. 382 (1950); *Dennis* c. *United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Peters* c. *Hobby*, 349 U.S. 331(1955); *Cole* c. *Young*, 351 U.S. 536 (1956); *Watkins* c. *United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Sweezy* c. *New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Service* c. *Dulles*, 354 U.S. 363 (1957); *Yates* c. *United States*, 355 U.S. 298 (1957); *Barentblatt* c. *United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Uphaus* c. *Wyman*, 360 U.S. 72 (1959); *Scales* c. *United States*, 367 U.S. 203 (1961); *Communist Party* c. *Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961); *Albertson* c. *Subversive Activities Control*

les partisans du Parti communiste à s'enregistrer auprès des autorités gouvernementales —, mais elle réaffirmera, dans l'arrêt *Aptheker (1964)*[573], que le droit de voyager constitue un droit fondamental à l'abri de toute intervention étatique et statuera que l'interdiction faite aux partisans du Parti communiste de quitter le territoire américain violait le Quatorzième amendement.

Cependant, le droit de voyager n'est pas absolu puisque, moins d'une année plus tard, dans l'arrêt *Zemel (1965)*[574], la *Cour Warren (1953-1969)*, confirmera la constitutionnalité de l'embargo qui interdisait aux ressortissants américains de voyager à destination de Cuba. La *Cour Burger (1969-1986)* maintiendra ce principe judiciaire dans l'arrêt *Regan (1984)*[575] et l'étendra, dans l'arrêt *Haig (1981)*[576] aux situations qui touchent la sécurité nationale. Le droit de voyager à l'intérieur du territoire national a été reconnu par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *Edwards (1941)*[577] dans lequel elle invalidait une loi qui interdisait aux indigents de migrer d'un État à un autre. Cet arrêt, en plus de

---

Board, 382 U.S. 70 (1965); *United States* c. *Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Brandeburg* c. *Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

[573] Dans l'arrêt *Aptheker (1964)*, le juge Douglas faisait cette remarque: «Free movement by the citizen is of course as dangerous to a tyrant as free expression of ideas or the right of assembly and it is therefore controlled in most countries in the interests of security. That is why riding boxcars carries extreme penalties in Communist lands. That is why the ticketing of people and the use of identification papers are routine matters under totalitarian regimes, yet abhorent in the United States». Voir *Aptheker* c. *Secretary of State*, 378 U.S. 500, 520 (1964). Voir aussi *Shapiro* c. *Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Kent* c. *Dulles*, 357 U.S. 116 (1958); *Trop* c. *Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

[574] *Zemel* c. *Rusk*, 381 U.S. 1 (1965) (l'embargo restreignant les voyages à Cuba pour les ressortissants américains est constitutionnel).

[575] *Regan* c. *Wald*, 468 U.S. 222 (1984) (l'embargo restreignant les voyages à Cuba pour les ressortissants américains est constitutionnel).

[576] *Haig* c. *Agee*, 453 U.S. 280 (1981) (la révocation du passeport d'un individu qui menace la sécurité nationale est constitutionnelle).

[577] *Edwards* c. *California*, 314 U.S. 160 (1941).

reconnaître la liberté de mouvement et de circulation sur le territoire national, établira aussi le principe judiciaire voulant que les lois qui ont pour effet d'exercer une discrimination raciale ou économique sont inconstitutionnelles.

La Cour *Burger (1969-1986)* maintiendra ce principe judiciaire dans la séquence d'arrêts *Shapiro (1969) — Zobel (1982)*[578] en invalidant les restrictions faites par certains États relativement à l'obtention de services dispensés par l'État. La *Cour Rehnquist (1986-)* réaffirmera récemment ce principe judiciaire dans l'arrêt *Saenz (1999)*[579]. Si un État peut conférer certains avantages financiers ou des bénéfices économiques à ses résidents[580] et réglementer l'exercice des droits démocratiques[581], il ne peut cependant interdire les déplacements entre États[582], restreindre l'accès à son territoire pour des motifs

---

[578] *Shapiro c. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Zobel c. Williams*, 457 U.S. 55 (1982) (une loi restreignant le versement de dividendes de revenus miniers d'un État à certains résidents est inconstitutionnelle). Voir aussi *Memorial Hospital c. Maricopa (County)*, 415 U.S. 250 (1974) (une loi imposant une période de résidence d'un an avant qu'une personne puisse obtenir des services médicaux gratuits est inconstitutionnel); *Doe c. Bolton*, 410 U.S. 179, 200 (1973) (une clause de résidence pour l'obtention de services médicaux est inconstitutionnelle); *Sosna c. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975) (une loi imposant un délai de résidence pour l'obtention d'un divorce est constitutionnelle). Voir cependant *Califano c. Arnovorian*, 439 U.S. 170 (1978) (l'obligation de résidence afin d'obtenir des prestations sociales est constitutionelle); *Martinez c. Bynuum*, 461 U.S. 321 (1983) (limitation de l'accès aux écoles publiques).

[579] *Saenz c. Roe*, (n° 98-97) (17 mai 1999) (une loi imposant une période de résidence pour l'obtention de prestations sociales est inconstitutionnelle).

[580] Voir *Starns c. Malkerson*, 401 U.S. 985 (1971) (la durée de résidence pour obtenir des frais de scolarité réduits est constitutionnelle); *Vlandis c.* Kline, 412 U.S. 441 (1973) (une loi prévoyant des frais de scolarité plus élevés pour un non résident est constitutionnelle dans la mesure où elle offre certaines garanties procédurales); *Baldwin c. Montana Fish and Game Commission*, 436 U.S. 371 (1978) (une tarification plus élevés pour les non résidents est constitutionnelle).

[581] Certains droits démocratiques peuvent être réservés aux résidents d'un État. Voir *Dunn c. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972); *Kanapaux c. Elisor*, 419 U.S. 891 (1974).

[582] L'arrêt *Bigelow c. Virginia*, 421 U.S. 809, 824 (1975) (interdiction faite aux résidents d'un État de se procurer un avortement dans un autre État).

idéologiques[583] ou réglementer la circulation sur le territoire sans justification[584].

La liberté de circuler et de s'établir dans un État pour y occuper un emploi ou y exercer une profession a aussi fait l'objet de nombreuses revendications constitutionnelles. La *Cour Warren (1953-1969)* a eu à se prononcer sur cette question dès le début des années cinquante. Dans l'arrêt *Barsky (1954)*[585], le juge Douglas affirmait que s'il est vrai qu'un individu ne possède pas de droits particuliers lui permettant d'exercer une profession, il peut néanmoins s'attendre à ce que l'État restreigne le moins possible ses chances de réaliser pleinement son identité. Dans l'arrêt *McCarthy (1976)*[586] — arrêt qui soulevait la même question que celle ayant été l'objet de l'appréciation de la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Godbout (1997)*[587] — la *Cour Burger (1969-1986)* a statué qu'un règlement de la ville de Philadelphie qui contraignait les pompiers de la municipalité à résider à l'intérieur de ses limites territoriales ne violait pas son droit constitutionnel au respect de la vie privée. Dans *Piper*

---

[583] *Kleindienst* c. *Mandel*, 408 U.S. 753 (1972) (refus de délivrer un visa à un individu reconnu pour ses idées communistes). Voir aussi *Jones* c. *Helms*, 452 U.S. 412 (1981).

[584] *Papachristou* c. *Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)(une ordonnance municipale qui criminalise la quête est inconstitutionnelle); *Kolender* c. *Lawson*, 378 U.S. 352 (1983) (une loi de la Californie qui permettait aux policiers de demander l'identité des sans-abri et qui criminalisait le vagabondage est inconstitutionnelle). Voir aussi *Chicago (City of)* c. *Morales*, (n° 97-1121) (10 juin 1999) (prescriptions législatives vagues permettant l'arrestation de membres de «gangs de rue» ont été jugées inconstitutionnelles).

[585] *Barsky* c. *Board of Regents*, 347 U.S. 442, 472-473 (1954) où le juge Douglas affirmait: «[c]ertainly a man has no affirmative right to any particular job or skill or occupation. The *Bill of Rights* does not say who shall be doctors or lawyers or policemen. But it does say that certain rights are protected, that certain things shall not be done. And so the question here is not what government must give, but rather what it may not take away».

[586] *McCarthy* c. *Philadelphia (Civil Service Commission)*, 424 U.S. 645 (1976).

[587] *Godbout* c. *Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

(1985)[588], elle a statué que l'obligation de résider dans l'État comme condition d'admissibilité au Barreau[589] ou, plus généralement de l'exercice d'une profession[590], est inconstitutionnelle.

Au Canada, l'article 6 de la *Charte canadienne* consacre spécifiquement la liberté de circulation et d'établissement. Sur le plan international, cette garantie constitutionnelle a été invoquée dans les arrêts *Singh (1985)*[591] et *Chiarelli (1992)*[592] dans lesquels la Cour suprême a indiqué que cette liberté est rattachée à la citoyenneté, mais qu'elle pouvait être soulevée par un individu qui fait face à des mesures d'extradition. Sur le plan domestique, la Cour suprême du Canada ne s'est toujours pas prononcée, à l'exception peut-être de l'arrêt *Winner (1951)*[593], sur la question de savoir si le Parlement ou les législatures provinciales pouvaient limiter les mouvements interprovinciaux comme l'avait fait la Cour suprême des États-Unis dans la séquence d'arrêts *Shapiro (1969) — Saenz (1999)*. Cette approche de la Cour suprême des États-

---

[588] *New Hampshire (Supreme Court of) c. Piper*, 470 U.S. 274, 282 (1985) (obligation de résidence comme condition d'admissibilité au Barreau).

[589] Voir *Barnard c. Thorstenn*, 489 U.S. 586 (1989)(l'obligation de résidence d'une année pour être admissible au Barreau est inconstitutionnelle); *Frazier c. Heebee*, 482 U.S. 641 (1987)(l'obligation de résidence ou de maintenir un bureau pour être admissible au Barreau est inconstitutionnelle).

[590] Voir *Hicklin c. Orbeck*, 437 U.S. 518, 520 (1978)(l'obligation de résidence pour occuper certains types d'emploi est inconstitutionnelle); *Hampton c. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976) (l'obligation de résidence pour les fonctionnaires est inconstitutionnelle); *United Building & Construction Trade Council c. Mayor of Camden*, 465 U.S. 208 (1984) (l'obligation d'engager des résidents de la municipalité contractante est inconstiutionnelle).

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

[592] *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

[593] Voir *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, 920 (affirmation, *en obiter*, du droit pour un citoyen canadien de se déplacer librement d'une province à une autre), conf. [1954] A.C. 51 (sans référence à cet *obiter*).

Unis devrait être suivie au Canada afin de garantir la libre circulation des individus puisque, en plus de s'inscrire dans le contexte de la libéralisation des échanges commerciaux, elle constitue incontestablement un facteur d'unité nationale[594].

La liberté de circuler et de s'établir dans une province pour y occuper un emploi ou y exercer une profession a aussi fait l'objet de revendications constitutionnelles au Canada. Bien que la *Cour Dickson (1984-1990)* ait jugé, dans l'arrêt *Law Society (1984)*[595], qu'un non-résident ne possédait pas un droit fondamental de gagner un revenu dans une province, elle a néanmoins statué, dans l'arrêt *Black (1989)*[596], qu'un régime de réglementation qui avait pour effet d'empêcher des résidents d'une province de s'associer à des non-résidents pour exercer leur profession était inconstitutionnelle. Dans *Andrews (1989)*[597], elle a aussi statué qu'une loi de la Colombie-Britannique qui excluait systématiquement les non-résidents de l'exercice de la profession d'avocat, sans égard à leurs compétences professionnelles, violait l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Si la restriction apportée à la liberté de mouvement et de circulation pour des motifs politiques ou idélogiques est difficilement justifiable dans une société libre et démocratique il en est autrement lorsqu'il est nécessaire de détenir ou

---

[594] Dans *Canadian Constitutional Law*, le professeur Hogg se dit du même avis. Voir P. W. HOGG, *Canadian Constitutional Law*, (édition à feuilles volantes) Carswell, Scarborough (Ont.), 43-5.

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

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

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

de procéder à l'arrestation d'un individu afin de mettre en application les lois criminelles. Il s'agit d'une exception historiquement reconnue par la *common law*. Aux États-Unis, même en l'absence d'une énonciation spécifique de ce droit, il ne fait aucun doute que la détention, au même titre que l'arrestation, est assujettie aux garanties constitutionnelles et plus particulièrement à l'application du Quatrième amendement[598].

La *Cour Burger (1969-1986)* avait d'abord adopté, dans l'arrêt *Mendenhall (1980)*[599] une approche subjective selon laquelle il y avait détention lorsque l'individu ne se sentait pas libre de quitter («free-to-leave»). Dans l'arrêt *Hodari D. (1990)*[600] la *Cour Rehnquist* adoptera toutefois une approche plus formelle que celle établie dans l'arrêt *Mendenhall (1980)*[601] et exigera qu'il y ait une manifestation formelle d'autorité — comme l'utilisation de la force physique ou l'affirmation d'autorité — pour qu'il y ait application des garanties constitutionnelles relatives à la détention. Sans cette manifestation formelle d'autorité, il y aura consentement présumé de l'individu à l'immixtion. La validité de la détention semble dépendre de sa brièveté et de son étendue,

---

[598] Voir *Terry* c. *Ohio*, 392 U.S. 1; (1968); *United States* c. *Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 878 (1975); *Reid* c. *Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *Tennessee* c. *Garner*, 471 U.S. 1 (1985); *Brower* c. *Inyo (County of)*, 489 U.S. 593 (1989).

[599] Dans l'arrêt *Mendenhall (1980)*, le juge Stewart affirmait qu'il y avait détention: «only if, in view of all the circumstances surrounding the incident, a reasonable person would have believed that he was not free to leave». Cette opinion a été adoptée par la majorité dans l'arrêt *Royer (1983)*. Voir *United States* c. *Mendenhall*, 446 U.S. 544, 554 (1980); *Florida* c. *Royer*, 460 U.S. 491 (1983). Voir aussi *Florida* c. *Rodriguez*, 469 U.S. 1 (1984)(interpellation d'individus ayant un comportement suspect dans un aéroport); *IRS* c. *Delgado*, 466 U.S. 210 (1984) (les questions posées par des agents de l'*IRS* à des employés d'une entreprise manufacturière ne constituent pas une détention); *Michigan* c. *Chesternut*, 486 U.S. 567, 576 (1988) (l'interception par une auto-patrouille peut dans certaines circonstances ne pas être considérée comme une détention).

[600] *California* c. *Hodari D.*, 499 U.S. 621, 628 (1990).

[601] *United States* c. *Mendenhall*, 446 U.S. 544, 554 (1980).

à moins qu'il ne s'agisse d'une détention aux douanes, auquel cas ce critère ne reçoit pas application[602].

Au Canada, l'article 9 de la *Charte canadienne* consacre la protection constitutionnelle à l'encontre de la détention ou de l'emprisonnement arbitraires. C'est dans l'arrêt *Therens (1985)*[603], réaffirmé dans l'arrêt *Thomsen (1988)*[604], que la *Cour Dickson (1984-1990)* adoptera le principe judiciaire voulant qu'il y ait détention lorsqu'un agent de l'État restreint la liberté d'action d'un individu au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique[605]. Dans l'arrêt *Hufsky (1988)*, le juge Le Dain indiquait que l'interpellation d'un automobiliste au hasard était arbitraire dans la mesure où la discrétion des policiers n'était pas circonscrite par des critères objectifs pour en contrôler l'exercice[606]. De fait, au Canada, les policiers ne possèdent aucune autorité générale pour procéder à la détention ou à l'arrestation d'un individu et cela même pour une brève période aux fins d'interrogation sommaire. En ce qui a trait au pouvoir d'arrestation, la Cour suprême des États-Unis a confirmé la règle de la *common law* selon laquelle les policiers peuvent procéder à l'arrestation d'un individu s'ils ont des motifs

---

[602] Voir *United States c. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 878 (1975); *United States c. Place*, 462 U.S. 696, 709 (1983); *United States c. Sharpe*, 470 U.S. 675, 686 (1985); *United States c. Montoya-Hernandez*, 473 U.S. 531, 544 (1985); *Florida c. Bostick*, 501 U.S. 429 (1991).

[603] *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

[604] *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

[605] Voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 475; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398.

[606] Voir *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Swain* [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Lyons* [1987] 2 R.C.S. 309.

raisonnables de croire[607] que cette personne a commis un acte criminel («felony») ou a commis une infraction punissable par déclaration sommaire de culpabilité en leur présence («misdemeanor»)[608]. Les motifs raisonnables doivent exister au moment de l'arrestation et l'on ne saurait justifier rétroactivement une conduite illégale[609]. Au Canada, l'article 495 du *Code criminel*[610] consacre spécifiquement cette règle de *common law* et accorde aux agents de la paix le pouvoir de procéder à l'arrestation d'un individu qui a commis un acte criminel ou une infraction punissable par déclaration sommaire de culpabilité[611]. De l'arrestation ou de la détention découlent les pouvoirs des policiers de procéder à des fouilles corporelles accessoires[612].

2. Les fouilles corporelles

Tant aux États-Unis qu'au Canada, les tribunaux ont toujours reconnu que les policiers pouvaient, en vertu de la *common law*, procéder à une fouille sommaire d'une personne à la suite d'une arrestation légale. Cette question n'a jamais été l'objet de controverses. C'est plutôt l'étendue des fouilles accessoires à une arrestation légale qui a fait l'objet de revendications constitutionnelles. De façon générale, ce pouvoir que confère la *common law*

---

[607] On ne saurait justifier une arrestation sur la base de simples soupçons. Voir *Mallory* c. *United States*, 354 U.S. 449, 454 (1957); *Jones* c. *United States*, 357 U.S. 493 (1958).

[608] *United States* c. *Watson*, 423 U.S. 411 (1976).

[609] *Henry* c. *United States*, 361 U.S. 98 (1959); *Johnson* c. *United States*, 333 U.S. 10, 16-17 (1948); *Sibron* c. *United States*, 354 U.S. 449 (1957).

[610] *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 495. L'article 494 qui accorde un pouvoir d'arrestation à des individus qui ne sont pas agents de la paix. Voir aussi *R.* c. *Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241.

[611] Voir *Moore* c. *R.* (1978), [1979] 1 R.C.S. 195.

[612] Voir *R.* c. *Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140.

de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité des policiers et de préserver les éléments de preuve. Bien qu'elle puisse exceptionnellement être effectuée avant l'arrestation[613], la règle générale veut que la fouille soit concomitante ou immédiatement après l'arrestation[614].

Aux États-Unis, la *Cour Marshall (1801-1836)* a reconnu, dans l'arrêt *Burford (1806)*[615], que le Quatrième amendement protégeait les individus contre des arrestations arbitraires. Il s'agit d'un principe judiciaire bien établi[616], en particulier quand il s'agit d'une arrestation effectuée dans une résidence[617].

---

[613] Voir *United States* c. *Edwards*, 433 U.S. 1 (1977).

[614] Voir *Rawlings* c. *Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); *Sibron* c. *States of New York*, 392 U.S. 40 (1968).

[615] *Ex parte Burford*, 7 U.S. (3 Cr.) 448 (1806). Voir aussi *Weeks* c. *United States*, 232 U.S. 383 (1914)(affirmation de la règle de la *common law* voulant qu'une fouille accessoire à une arrestation légale soit constitutionnelle); *Carroll* c. *United States*, 267 U.S. 132 (1925)(affirmation de la règle de la *common law* voulant qu'une fouille accessoire à arrestation d'un automobiliste soit constitutionnelle); *Agnello* c. *United States*, 269 U.S. 20 (1925) (affirmation de la règle de la *common law* voulant qu'une fouille accessoire à une arrestation légale puisse permettre une perquisition du lieu où est effectué l'arrestation dans la mesure où il existe une contemporanéité entre l'arrestation et la fouille accessoire); *Marron* c. *United States*, 275 U.S. 192 (1927) (affirmation de la règle de la *common law* voulant qu'une fouille accessoire à une arrestation légale puisse permettre une perquisition étendue du lieu où est effectué l'arrestation dans la mesure où il existe une contemporanéité entre l'arrestation et la fouille accessoire); *Go-Bart Importing Co.* c. *United States*, 282 U.S. 344 (1931)(la saisie de documents qui se trouvaient sur les lieux d'une arrestation légale a été jugée inconstitutionnelle); *United States* c. *Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932)(la saisie de documents qui se trouvaient sur les lieux d'une arrestation légale a été jugée inconstitutionnelle).

[616] Voir notamment *Giordenello* c. *United States*, 357 U.S. 480, 485-86 (1958); *United States* c. *Watson*, 423 U.S. 441, 416-18 (1976); *Steagald* c. *United States*, 451 U.S. 204, 211-13 (1981).

[617] Voir *McDonald* c. *United States*, 335 U.S. 451 (1948) (une immixtion dans le domicile d'un individu effectuée sans mandat alors qu'il était sous la surveillance depuis plus de deux mois est inconstitutionnelle); *Payton* c. *New York*, 445 U.S. 573 (1980) (une loi qui permettait l'arrestation d'un individu sans mandat dans une résidence est inconstitutionnelle); *Steagald* c. *United States*, 451 U.S. 204 (1981) (l'arrestation d'un individu dans une résidence d'une tierce personne viole le Quatrième amendement); *Hayes* c. *Florida*, 470 U.S. 811 (1985) (arrestation d'un individu dans sa résidence pour l'amener au poste de police aux finx de procéder à une *dactyloscopie*).

Après une valse-hésitation qui a duré près d'une quarantaine d'années[618], la *Cour Warren (1953-1969)* a renversé — dans l'arrêt *Chimmel (1969)*[619] — la *règle Harris-Rabinovitz*[620] — qui autorisait les fouilles et les perquisitions étendues[621] — et réaffirmé la suprématie du mandat de perquisition. Dernier arrêt rendu par la *Cour Warren (1953-1969)* le 23 juin 1969, date de la démission du juge en chef Warren et date de l'assermentation du juge en chef Burger, l'arrêt *Chimmel (1969)*[622], a établi la *règle de l'immédiateté* («immediate control test») — aussi qualifiée de «grabbing distance» — selon laquelle la fouille peut s'étendre à tout ce qui est à portée de main du prévenu ou sous son contrôle immédiat[623].

---

[618] Voir notamment *Marron c. United States*, 275 U.S. 192 (1927); *Go Bart Importing Co. c. United States*, 282 U.S. 344 (1931).

[619] Dans l'arrêt *Chimmel (1968)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a établi que la fouille sans mandat était justifiable seulement pour assurer la sécurité des policiers et préserver des éléments de preuve. Cette règle est analogue à celle que retiendra la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Cloutier*. Voir *Chimmel c. California*, 395 U.S. 752 (1969); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

[620] *Harris c. United States*, 331 U.S. 145 (1947)(la perquisition des quatre pièces d'un appartement où s'est déroulée l'arrestation d'un prévenu est constitutionnelle); *United States c. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950) (la perquisition de la pièce où s'est déroulée l'arrestation d'un prévenu est constitutionnelle). Voir contra *Trupiano c. United States*, 334 U.S. 699 (1948) (la perquisition d'une distillerie et l'arrestation de l'individu se trouvant sur les lieux est inconstitutionnelle).

[621] Voir *Williams c. United States*, 401 U.S. 646 (1971) (application restrictive de la *règle Harris-Rabinowitz*); *Hill c. California*, 401 U.S. 797 (1971)(la règle de l'arrêt *Chimel (1969)* n'a pas une portée rétroactive); *Von Cleef c. New Jersey*, 395 U.S. 814 (1969) (autre exemple d'application restrictive de la *règle Harris-Rabinowitz*); *Shipley c. California*, 395 U.S. 818 (1969) (arrestation à l'extérieur de la résidence puis perquisition de la résidence); *Vale c. Louisiana*, 399 U.S. 30 (1970) (arrestation à l'extérieur de la résidence puis perquisition de la résidence); *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). Voir contra *Kremen c. United States*, 353 U.S. 346 (1957) (la perquisition et la saisie par le FBI de 200 caisses de documents dans la résidence de l'individu ayant fait l'objet de l'arrestation est inconstitutionnelle).

[622] *Chimmel c. California*, 395 U.S. 752 (1969).

[623] Le juge Stewart faisait cette affirmation: «When an arrest is made, it is reasonable for the arresting officer to search the person arrested in order to remove any weapons that the latter might seek to use in order to resist arrest or effect escape. Otherwise, the officer's safety might well be endangered, and the arrest itself frustrated. In addition, it is entirely reasonable for the arresting officer to search for and seize any evidence on the arrestee's person in order to prevent its

Dans *Chadwick (1977)*[624], la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que les policiers ne possédaient pas l'autorité de procéder à la fouille sans mandat des bagages d'un individu qui avait été légalement arrêté, à moins que cette fouille ait été faite pour inventorier les biens de l'individu au moment de son arrestation[625]. Dans l'arrêt *Mincey (1978)*[626], elle a refusé d'étendre cette exception afin de créer un «homicide-scene exception» qui aurait permis aux policiers de conduire des perquisitions sans mandat étendues sur plusieurs jours sur les lieux où un crime a été commis. Dans *Ross (1982)*[627], elle a renversé le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Chadwick (1977)*[628] et statué que la fouille d'un contenant fermé était constitutionnelle dans la mesure où les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu'un acte criminel avait été commis.

---

concealment or destruction. And the area into which an arrestee might reach in order to grab a weapon or evidentiary items must, of course, be governed by a like rule. A gun on a table or in a drawer in front of one who is arrested can be as dangerous to the arresting officer as one concealed in the clothing of the person arrested. There is ample justification, therefore, for a search of the arrestee's person and the area "within his immediate control" — construing that phrase to mean an area from within which he might gain possession of a weapon or destructible evidence. There is no comparable justification, however, for routinely searching any room other than that in which an arrest occurs — or, for that matter, for searching through all the desk drawers or other closed or concealed areas in that room itself. Such searches, in the absence of well-recognized exceptions, may be made only under the authority of a search warrant». Voir *Chimmel c. California*, 395 U.S. 752 762-763 (1969).

[624] *United States c. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977). Voir aussi *Robbins c. California*, 453 U.S. 420 (1981); *New York c. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).

[625] Voir *Illinois c. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983). Voir aussi *South Dakota c. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976); *Colorado c. Bertine*, 479 U.S. 367 (1987); *Florida c. Wells*, 495 U.S. 1 (1990); *Florida c. White*, (1999) (n° 98-223) (17 mai 1999).

[626] *Mincey c. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978).

[627] *United States c. Ross*, 456 U.S. 798 (1982). Voir aussi *Illinois c. Andreas*, 463 U.S. 765 (1983) (la perquisition d'un container par des policiers est constitutionnelle parce qu'il avait déjà été saisi par des douaniers). Voir aussi M.A. JETER, «Constitutional Law — *United States* v. *Ross* : Final Obliteration of Fourth Amendment Protection From Warrantless Searches of Cars and Their Contents» (1983) 8 *Black Law Journal* 306.

[628] *United States c. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977).

Dans l'arrêt *Buie (1990)*[629], la *Cour Rehnquist (1986-)* étendra la portée des fouilles accessoires à une arrestation légale aux perquisitions visuelles («protective sweep searches»). Elle réaffirmera néanmoins, dans l'arrêt *Knowles (1998)*[630], le principe judiciaire voulant qu'en l'absence des deux exceptions de la *common law* relativement aux fouilles accessoires à une arrestation — soit celle d'assurer la sécurité du policier et celle de préserver les éléments de preuve —, les fouilles sans mandat sont inconstitutionnelles[631]. Conclure autrement reviendrait à avaliser la possibilité d'arrestations abusives qui seraient effectuées aux seules fins d'obvier à l'application des garanties constitutionnelles minimales.

Cette règle de *common law* qui permet les fouilles accessoires à la suite d'une arrestation légale a comme corollaire une autre exception qui permet l'interception policière aux fins d'enquête. Dans un arrêt très important rendu à la fin des années soixante — *Terry (1968)*[632] — la *Cour Warren (1953-1969)* a

---

[629] *Maryland* c. *Buie*, 494 U.S. 325 (1990).

[630] *Knowles* c. *Iowa*, (1998) (n° 97-7597), (8 décembre 1998). Cet arrêt semble renverser le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Robinson (1973)* dans lequel la *Cour Burger (1969-1986)* avait jugé valide la fouille d'un individu et de l'habitacle de son véhicule une fois que le ministère public avait démontré la légalité de l'interception. Dans *Edwards (1974)*, elle avait jugé constitutionnelle la fouille d'un paquet de cigarettes écrasé malgré le fait que l'arrestation faisait suite à une contravention routière. Le juge Powell y soulignait qu'une fois arrêté, l'individu ne possède plus d'attente en matière de vie privée. Voir *United Sates* c. *Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *United States* c. *Edwards*, 415 U.S. 800 (1974). Voir aussi *Gusftavson* c. *Florida*, 314 U.S. 260 (1973).

[631] Voir *Berkemer* c. *McCarthy*, 468 U.S. 420 (1984).

[632] *Terry* c. *Ohio*, 392 U.S. 1. Voir aussi *United States* c. *Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975) (la complexion d'un individu ne peut justifier l'interception de son véhicule automobile); *Brown* c. *Texas*, 443 U.S. 47 (1979) (la simple présence d'un individu dans un lieu où se produit des activités criminelles n'est pas suffisant pour justifier son arrestation); *Delaware* c. *Prouse*, 440 U.S. 648 (1979) (l'interception au hasard d'un véhicule automobile ne serait justifié que si le policier avait des raisons de croire que le conducteur a commis une infraction); *Michigan* c. *Defillippo*, 443 U.S. 31 (1979) (l'interpellation d'un individu de sexe masculin, accompagné d'un individu de sexe féminin,

établi le principe judiciaire voulant qu'un policier procédant à une enquête sur une voie publique et qui soupçonne qu'un individu est sur le point de commettre un acte criminel («reasonable suspicion of criminal activity») peut procéder à une fouille sommaire («patting down») afin de vérifier ses soupçons. Il s'agit de la doctrine du *stop and frisk*. Cette doctrine du *stop and frisk* n'est pas étrangère à la *common law* puisqu'elle avait été reconnue dès le début du XVIII[e] siècle dans l'arrêt *Lawrence (1810)*[633]. Elle permet de fouiller un individu afin de s'assurer qu'il n'est pas armé et de préserver tout élément de preuve susceptible de prouver la perpétration d'un acte criminel[634]. La

---

qui s'apprêtait à baisser son pantalon en public est constituionnelle); *Reid* c. *Georgia*, 448 U.S. (1980) (la croyance qu'un individu tentait de dissimuler le fait qu'il voyageait en compagnie d'un autre individu ne justifie pas sa fouille à l'aéroport); *United States* c. *Cortez*, 449 U.S. 411 (1981) (les policiers ne peuvent détenir arbitrairement un individu; ils doivent avoir des motifs raisonnables fondées sur un ensemble de circonstances); *Alabama* c. *White*, 496 U.S. 325 (1990) (un tuyau anonyme doit être corroboré même si le barème de *raisonnabilité* est moins rigoureux). Contra *United States* c. *Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976) (l'interception d'un véhicule automobile par une patrouille à des points fixes près de la frontière internationale est constitutionnelle); *United States* c. *Hensley*, 469 U.S. 221 (1985) (l'interception d'un véhicule automobile sur la base d'un "wanted flyer" est suffisant pourvu que le document soit fondé sur des soupçons raisonnables); *United States* c. *Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989) (l'interpellation d'un individu qui représente un profil défini dans un aéroport est constitutionnelle); *Minnesota* c. *Dickerson* , 508 U.S. 366 (1993) (l'interpellation d'un individu qui avait un comportement suspect est constitutionnelle). Voir aussi *Illinois* c. *Wardlow*, (n° 98-1036) (12 janvier 2000)(individu s'enfuyant à l'approche d'une auto-patrouille); *Florida* c. *J.L.*, (n° 98-1993) (28 mars 2000)(un tuyau anonyme doit être corroboré même si le barème de *raisonnabilité* est moins rigoureux).

[633] *Lawrence* c. *Hedger* (1810), 128 E.R. 6.

[634] *Terry* c. *Ohio*, 392 U.S. 1, 23-27, 29 (1968). Dans *Long (1983)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que si l'interpellation a pour objet un automobiliste, le policier, sans procéder à l'arrestation de l'individu, peut lui demander de sortir de son véhicule et, s'il soupçonne la présence d'une arme, le palper. Il peut aussi fouiller toutes les parties du véhicule où une arme à feu est susceptible de se trouver. Cet arrêt renverse les arrêts *Davis (1969)* et *Dunaway (1979)* selon lesquels la Cour avait statué que la doctrine du *stop and frisk* ne pouvait permettre l'arrestation, l'interrogation et la *dactyloscopie* d'un individu en l'absence de motifs raisonnables. Voir *Michigan* c. *Long*, 463 U.S. 1032 (1983); *Davis* c. *Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969); *Dunaway* c. *New York*, 442 U.S. 200 (1979). Voir aussi *Adams* c. *Williams*, 407 U.S. 143 (1972) (un policier qui, agissant sur la foi d'un tuyau à l'effet aussi que le conducteur d'une automobile en état d'arrêt transportait des stupéfiants et une arme à feu, procède à une fouille sommaire agit dans le cadre de cette exception); *Pennsylvania* c. *Mimms*, 434 U.S. 106 (1977) (un policier qui constate une

croyance subjective du policier que la personne est armée et dangereuse est essentielle à l'application de l'exception[635]. Une information émanant de tiers voulant qu'un individu soit armé et dangereux[636] ou encore l'existence d'un casier judiciaire[637] satisfont ce critère de la croyance subjective.

Au Canada, la *Cour Dickson (1984-1990)* a établi, dans l'arrêt *Collins (1987)*[638], le principe judiciaire selon lequel une fouille ne sera abusive que dans la mesure où elle est autorisée par la loi, que la loi elle-même n'a rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. C'est dans l'arrêt *Cloutier (1990)*[639] que la *Cour Dickson (1986-1990)* a examiné, pour la première fois, la question visant la détermination de l'étendue du pouvoir de la *common law* de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. Elle conclut que les fouilles accessoires à une arrestation légale constituait une exception au principe judiciaire selon lequel une fouille effectuée sans mandat est à première vue abusive du fait que l'arrestation elle-même requiert des motifs raisonnables ou un mandat d'arrestation[640]. Par conséquent, la légalité

---

protubérance anormale sous le manteau du conducteur d'un véhicule automobile qu'il a légalement intercepté est justifié de procéder à une fouille sommaire). Voir contra *Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968) (la fouille d'un individu qui s'entretenait avec un commerçant de stupéfiants a été jugé inconstitutitonnelle).

[635] Voir *Ybarra c. Illinois*, 444 U.S. 85 (1979). Voir aussi *Delaware c. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979).

[636] Voir *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972).

[637] Voir *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985).

[638] *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 278.

[639] *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

[640] Dans l'arrêt *Hunter (1984)*, la *Cour Dickson (1984-1990)* a conclu qu'une fouille effectuée sans autorisation préalable est présumée abusive. Toutefois, le pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation, qui existe depuis longtemps en *common law*, est une exception à cette règle générale. La raison d'être initiale de ce pouvoir était, d'abord, la nécessité que les policiers qui procèdent à une arrestation empêchent la personne arrêtée de s'échapper, et

de la fouille accessoire à une arrestation légale dépendra de la légalité de l'arrestation; s'il s'avérait ultérieurement que l'arrestation soit déclarée invalide, à cause de la négation d'un droit constitutionnel ou parce qu'elle a été effectuée de manière abusive[641], la fouille accessoire à l'arrestation le serait aussi. Dans l'arrêt *Cloutier (1990)*[642], la *Cour Dickson (1984-1990)* affirmait que cette exception à l'exigence du mandat vise essentiellement à assurer la sécurité des policiers et à empêcher la destruction des éléments de preuve par l'individu arrêté ou d'autres individus se trouvant à proximité.

Dans l'arrêt *Stillman (1997)*[643], le juge Cory, s'exprimant pour la majorité, affirmait que les conditions de l'arrêt *Cloutier (1990)* devaient être remplies pour qu'une fouille soit considérée valide en vertu du pouvoir de *common law* de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale[644]. Dans cet arrêt,

---

assurent leur propre protection en enlevant à la personne arrêtée toute arme ou tout objet susceptible de lui permettre de s'échapper plus facilement, et ensuite la nécessité d'empêcher la destruction des éléments de preuve en la possession de la personne détenue. Dans l'arrêt *Cloutier (1986)*, le juge L'Heureux-Dubé reconnaissait cette exception de la manière suivante: «Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la *common law* telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi». Voir *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Cloutier* c. *Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, 180-181(j. L'Heureux-Dubé).

[641] Voir *R.* c. *Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R.* c. Jacoy, [1988] 2 R.C.S. 548; *R.* c. *Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 580; *R.* c. *Duguay* [1989] 1 R.C.S. 93; *R.* c. *DeBot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R.* c. *Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

[642] *Cloutier* c. *Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. Voir aussi *R.* c. *Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

[643] *R.* c. *Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

[644] Il résume ainsi ces conditions. D'abord, l'arrestation doit être légale; ensuite, la fouille doit avoir été effectuée «accessoirement» à l'arrestation légale et, enfin, la fouille doit être effectuée de manière raisonnable. Pour qu'une arrestation soit légale, il faut que les policiers croient subjectivement qu'il y avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant. Il faut également

la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué que la portée du pouvoir de *common law* de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légitime ne pouvait être élargie de manière à permettre la saisie de substances corporelles[645].

---

que ces motifs soient objectivement raisonnables. Toutefois, la norme à respecter n'est pas stricte au point d'exiger que les policiers établissent, avant de procéder à l'arrestation, l'existence d'une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité. Elle vise plutôt à empêcher que des policiers qui n'ont pas de motifs raisonnables de lier le suspect à la perpétration d'un crime puissent effectuer une arrestation dans le seul but de faciliter leur enquête. Voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

[645] Dans l'arrêt *Stillman (1997)*, le juge Cory exprimait le point de vue suivant: «On a souvent dit clairement et avec vigueur qu'une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine. La nature envahissante des fouilles corporelles requiert des normes de justification plus strictes». Ainsi, le pouvoir de la *common law* ne peut pas être étendu au point d'habiliter les policiers à saisir des échantillons de substances corporelles. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. S'il était large à ce point, alors la règle de *common law* elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent. En l'espèce, il n'y avait aucune chance que les empreintes dentaires de l'appelant ou le profil génétique de ses follicules pileux changent avec le temps. Il n'y avait simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s'ils n'étaient pas saisis immédiatement. En dissidence, le juge L'Heureux-Dubé se dit en désaccord avec l'analyse faite par le juge Cory en ce qui à trait à l'étendue du droit de la police de recueillir des éléments de preuve lors d'une arrestation légale. L'arrêt *Cloutier (1990)*, affirme-t-elle, concernait des questions différentes de celles soulevées dans la présente affaire. Conclure que le droit de recueillir des éléments de preuve au moment d'une arrestation devrait se limiter aux situations d'urgence et de nécessité irait à l'encontre du but fondamental du système de justice criminel: «L'opinion selon laquelle le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation ne dépend pas de l'existence d'une urgence ou d'une situation d'urgence, et peut être élargi de manière à inclure la cueillette de tout élément de preuve susceptible d'aider la police à procéder à son enquête et éventuellement engager des poursuites contre la personne arrêtée [...]». Il n'y a pas de raison, précise-t-elle plus loin, d'exclure, dans tous les cas, le prélèvement de substances corporelles et la prise d'empreintes sur une personne légalement mise en état d'arrestation. Elle admet d'emblée que certains procédés anthroposcopiques, comme l'*adénèscopie* et la *dentoscopie* sont plus envahissantes que la dactyloscopie mais: «[i]l est toutefois frappant de noter que des techniques d'enquête plus envahissantes ont été autorisées en *common law*, en dépit de leur grave incidence sur l'intégrité physique de la personne, en raison de l'objectif de l'application de la loi qui sous-tend le pouvoir d'effectuer une fouille à la suite d'une arrestation». Plus la fouille sera envahissante, plus il sera nécessaire de justifier le bien-fondé du droit du policier d'effectuer la fouille. Dans le cas où les procédés d'enquête sont plus envahissants — et plus particulièrement lorsqu'une fouille constitue une atteinte à la dignité physique de la personne, comme l'*adénèscopie* et la *dentoscopie* —, elle propose de satisfaire aux exigences constitutionnelles en suivant des lignes directrices: «Il s'ensuit que, pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle du caractère raisonnable imposée par l'art. 8, l'exercice par la police de son pouvoir discrétionnaire

S'exprimant pour la majorité, le juge Cory rappelle le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Borden (1994)*[646] selon lequel en l'absence d'une règle de droit permettant une immixtion, il est nécessaire d'obtenir le consentement de la personne pour que la saisie soit légale. Le pouvoir d'effectuer une fouille et une saisie accessoires à une arrestation n'est pas étendu au point de permettre à des policiers de saisir des échantillons de substances corporelles sans le consentement du principal intéressé.

Dans l'arrêt *Caslake (1998)*[647], la *Cour Lamer (1990-2000)* réaffirmait, par une faible majorité de quatre juges contre trois, le caractère limité de ce pouvoir en statuant que les fouilles effectuées à des fins d'inventaire violent l'article 8 de la *Charte canadienne*. Une fouille ayant pour but d'inventorier le contenu d'un véhicule automobile, bien que s'appuyant sur une directive de la GRC, excède les limites permises par l'exception relative à la fouille accessoire à une arrestation légale. S'exprimant pour la majorité de quatre juges, le juge en chef Lamer affirmait que les limites imposées à une fouille accessoire découlent de la justification du pouvoir de *common law*. Rappelant que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire est un pouvoir exceptionnel et qu'il ne peut se justifier que si son but est lié à celui de l'arrestation, il énonce le principe judiciaire voulant que la détermination de la légalité d'une fouille accessoire dépend de l'objectif que poursuivaient les

---

d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation doit être guidé par des lignes directrices claires qui permettent d'établir un juste équilibre entre l'intérêt de la société dans la découverte et la répression du crime et le droit d'un individu à la protection de sa vie privée et de son intégrité physique». Voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 639 (j. Cory), 680-691 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi S.A. COHEN, «Search Incident to Arrest» (1989-90) 32 *Criminal Law Quarterly* 366.

[646] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145. Voir aussi *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[647] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

policiers[648]. Le juge en chef a aussi exprimé l'avis qu'il doit y avoir une concomitance entre l'interception initiale et la fouille accessoire. En dissidence, s'exprimant pour lui-même et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, le juge Bastarache rejette ce critère de l'intention subjective qu'il qualifie d'interprétation restrictive de la majorité et conclut que la fouille effectuée à des fins d'inventaire était autorisée en vertu du pouvoir de *common law*. Selon lui, une fois la légalité de l'arrestation établie, l'agent de l'État est libre de procéder à des fouilles en autant que son intention ne démontre pas de mauvaise foi.

Le pouvoir de procéder à la fouille des élèves en milieu scolaire a fait l'objet d'une attention particulière de la Cour suprême des États-Unis et, plus récemment de la Cour suprême du Canada. Aux États-Unis la *Cour Burger (1969-1986)* a statué, dans l'arrêt *T.L.O. (1985)*[649], que bien que le *Bill of Rights* recevait application dans les écoles, le barème de *raisonnabilité* exigeant des motifs raisonnables devait céder le pas à une norme d'appréciation plus souple

---

[648] Le juge en chef Lamer affirmait ce qui suit: «Selon moi, il serait contraire à l'esprit de la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies garantie par l'art. 8 de la *Charte* de permettre des fouilles accessoires à une arrestation qui ne satisferaient pas à la fois au critère subjectif et au critère objectif. Notre Cour ne peut qualifier une fouille d'accessoire à une arrestation si le policier qui l'effectue agit, en fait, à des fins qui n'ont rien à voir avec l'arrestation. C'est pour cette raison que le critère comporte un élément subjectif. L'élément objectif garantit que la conviction du policier qu'il a un motif légitime de procéder à une fouille est raisonnable dans les circonstances». Plus loin, il poursuivait en affirmant: «Il n'est pas nécessaire d'établir un délai fixe au-delà duquel la fouille ne pourra plus être qualifiée d'accessoire à une arrestation. En règle générale, les fouilles qui sont vraiment accessoires à une arrestation seront habituellement effectuées dans un délai raisonnable après l'arrestation. Un délai important ne signifie pas que la fouille est automatiquement illégale, mais il peut amener la cour à conclure que la fouille n'est pas suffisamment liée à l'arrestation. Naturellement, la valeur de cette conclusion dépendra de la longueur du délai, et la conclusion pourra être réfutée au moyen d'une explication raisonnable du délai écoulé». Voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, 65-66 (j.c. Lamer).

[649] *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

pour tenir compte de la situation particulière des écoles. Ainsi, les fouilles d'élèves effectuées sans mandat ne violent pas le Quatrième amendement si les autorités scolaires avaient des motifs sérieux de croire qu'elles trouveraient des éléments de preuve démontrant que l'élève a violé la loi ou les règles de l'établissement scolaire. Les fouilles doivent être conduites de manière raisonnable suivant les circonstances. En l'espèce, la fouille du sac à main d'une élève que l'on croyait pouvoir contenir des cigarettes a été jugée conforme au Quatrième amendement.

Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* en arrivera à une conclusion analogue dans l'arrêt *M. (M.R.) (1998)*[650] dans lequel elle a statué que la fouille d'un élève, effectuée sans autorisation judiciaire et en l'absence d'une disposition législative l'autorisant explicitement, était conforme à la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Vernonia School District (1995)*[651], la *Cour Rehnquist (1990-)* a statué que les tests de dépistage de drogues effectués au hasard sur des élèves qui participaient à des compétitions sportives organisées par des institutions scolaires étaient constitutionnelles.

3. L'intégrité corporelle

C'est un truisme que d'affirmer que l'inviolabilité du corps humain est un principe fondamental de notre système juridique. Aux États-Unis, le principe judiciaire établissant l'inviolabilité de la personne humaine a été affirmé pour

---

[650] *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

[651] *Vernonia School District c. Acton*, (n° 94-590)(26 juin 1995).

la première fois par la Cour *Fuller (1888-1910)* dans l'arrêt *Bostford (1891)*[652]. Dans l'arrêt *Sibbach (1941)*[653], la *Cour Hughes (1930-1941)* mitigeait cependant ce principe en statuant que la constitutionnalité des intrusions dans le corps humain ne saurait être invoquée avec succès lorsqu'un individu fait une réclamation ou intente une poursuite judiciaire requérant un examen médical. Cependant, comme l'affirmait la *Cour Warren (1953-1969)* dans l'arrêt *Schlagenhauf (1964)*[654], cette immixtion doit être justifiée et l'on ne saurait ordonner, par exemple, à un individu de subir des examens psychologiques afin de déterminer sa responsabilité relativement à un accident de la circulation. Dans l'arrêt *Rochin (1952)*[655], la *Cour Vinson (1946-1953)* réaffimait ce principe consacrant l'inviolabilité du corps humain en statuant que l'administration d'un émétique afin de recueillir des éléments de preuve qu'un individu avait avalés était inconstitutionnelle.

La *Cour Warren (1953-1969)* a toutefois jugé, dans les arrêts *Breithaup (1957)*[656] et *Schmerber (1966)*[657], qu'une *éthylométrie* effectuée par un professionnel de la santé à la demande d'un policier était conforme à la *Constitution*. Dans l'arrêt *Winston (1985)*[658], la *Cour Burger (1969-1986)* a jugé que l'émission d'un mandat de perquisition afin d'extraire une balle du corps

---

[652] *Union Pacific Railroad c. Bostford*, 141 U.S. 250 (1891).

[653] *Sibbach c. Wilson*, 312 U.S. 1 (1941).

[654] *Schlagenhauf c. Holder*, 379 U.S. 104 (1964).

[655] *Rochin c. California*, 342 U.S. 165 (1952)

[656] *Breithaup c. Abram*, 352 U.S. 432 (1957).

[657] *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966).

[658] *Winston c. Lee*, 470 U.S. 753 (1985). Voir aussi L.B. MANDELL et L. A. RICHARDSON, «Surgical Search — Removing a Scar on the Fourth Amendment» (1984) *75 Journal of Criminal Law and Criminology* 525.

humain d'une personne, ce qui exigeait une intervention chirurgicale sous anesthésie générale devant durer plus de deux heures, était inconsitutionnelle. L'utilisation d'un appareil par les douaniers pour extraire des stupéfiants ingérés par une «mule» est cependant constitutionnelle en ce qu'elle ne nécessite pas une intrusion grave dans le corps humain[659].

Au Canada, on l'a vu, le principe judiciaire établi dans la séquence d'arrêts *Borden (1994) — Stillman (1997)* est qu'en l'absence d'une règle de droit conférant explicitement un pouvoir d'immixtion, il est nécessaire d'obtenir le consentement de la personne pour que la saisie soit légale. De fait, contrairement à l'analyse de la Cour suprême des États-Unis, l'analyse de la Cour suprême du Canada relativement aux intrusions corporelles a porté davantage sur l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée que sur son caractère physique. Cette question fera l'objet de notre analyse dans le prochain chapitre portant sur la protection de l'information.

La question de l'intégrité physique d'un être humain a aussi été invoquée dans le cadre de revendications constitutionnelles qui visaient à invalider des lois qui imposaient une intervention chirurgicale afin de stériliser des individus atteints de déficience mentale ou déclarés «criminels d'habitude». S'appuyant sur des théories eugéniques ayant cours au début du siècle, la *Cour Taft (1921-*

---

[659] Voir *United States* c. *Montoya de Hernandez*, 473 U.S. 531 (1985) (la détention d'un voyageur aux frontières internationales et l'utilisation d'un appareil pour extraire des stupéfiants qu'il avait ingérés sont constitutionnelles). Au Canada, voir l'arrêt *R. c. Mooney*, [1999] 1 R.C.S. 652 (la détention d'un voyageur afin de récupérer des stupéfiants qu'il avait ingérés ne porte pas atteinte aux articles 7 ou 8 de la *Charte canadienne*).

1930) a jugé constitutionnelle, dans l'arrêt *Buck (1927)*[660], une loi de la Virginie qui permettait la stérilisation des déficients mentaux. S'exprimant pour la majorité, le juge Holmes faisait ce commentaire étonnant : «Three generations of imbeciles is enough»[661]. Les motifs du juge Holmes faisaient une analogie entre cette loi et une loi du Massachusetts — dont la validité constitutionnelle avait été maintenue dans l'arrêt *Jacobson (1905)*[662] de la *Cour Fuller (1888-1910)* — qui instituait un programme de vaccination obligatoire. La *Cour Stone (1941-1946)* remettra cette conception en question dans l'arrêt *Skinner (1942)*[663] en déclarant inconstitutionnelle une loi de l'État de l'Oklahoma qui permettait la stérilisation d'un individu ayant été condamné à deux reprises pour vol. S'exprimant pour la Cour, le juge Douglas affirmait que les théories eugéniques qui postulent que le caractère criminel est transmissible génétiquement ne sont pas irréfutables[664].

---

[660] *Buck* c. *Bell*, 274 U.S. 200 (1927). Voir aussi R.L.BURGDORF Jr. et M. PEARCE BURGDORF, «The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck* v. *Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons» (1977) 50 *Temple Law Quarterly* 995. Voir généralement C.L. MCIVOR, «Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations» (1982) *57 Washington Law Review* 373; C. N. NORRIS, «Recent Developments — Courts — Scope of Authority — Sterilization of Mental Incompetents» (1977) 44 *Tennessee Law Review* 879; D.H. ROSS, «Sterilization of the Developmentally Retarded: Shedding Some Myths-Conceptions» (1981) 9 *Florida State University Law Review 599*; R. K. SHERLOCK et R. D. SHERLOCK, «Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives» (1982) 60 *National Constitutional Law Review* 943.

[661] Voici les propos que tenait le juge Holmes: «It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offsprings for a crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. [...] Three generations of imbeciles is enough». Voir *Buck* c. *Bell*, 274 U.S. 200, 207 (1927).

[662] *Jacobson* c. *Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905)(la vaccination obligatoire contre les poux est constitutionnelle); *Zucht* c. *King*, 260 U.S. 174 (1922) (vaccination obligatoire).

[663] *Skinner* c. *Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

[664] Ainsi s'exprimait-il: «Il affirmait ce qui suit: «We have not the slightest basis for inferring that that line has any significance in eugenics nor that the inheritability of criminal traits follows the neat legal distinctions which the law has marked between those two offenses». Voir *Skinner* c. *Oklahoma*, 316 U.S. 535, 542 (1942)(j. Douglas).

Au Canada, dans l'arrêt *Eve (1986)*[665], la *Cour Dickson (1984-1990)* affirmait aussi la valeur prééminente du maintien de l'intégrité physique d'un être humain en refusant d'imposer une intervention chirurgicale qui avait pour but de stériliser une personne atteinte de déficience mentale. S'exprimant pour la Cour, le juge La Forest affirmait qu'en l'absence du consentement de la personne visée, la stérilisation ne devrait jamais être autorisée en vertu de la compétence *parens patriae*. Rappelant que les théories eugéniques, qui prévalaient largement dans la doctrine et la jurisprudence du début du siècle, sont maintenant discréditées, il indiquait que le choix de procréer librement est un droit fondamental.

(b) Le droit au respect de l'intégrité morale

Alors que les Quatrième, Cinquième et Quatorzième amendements à la Constitution américaine, et les articles 7, 8 et 13 de la *Charte canadienne* protègent le droit au respect de la vie privée en réglementant la façon dont le gouvernement peut avoir accès aux particuliers et aux informations personnelles les concernant, le Premier amendement, et l'article 2 de la *Charte canadienne*, confèrent aux individus une protection contre l'ingérence de l'État dans leur vie quotidienne[666]. L'une des difficultés de la protection offerte

---

[665] La décision de la Cour portait essentiellement sur le fondement de la compétence *parens patria* en *common law*. En ce qui a trait à la protection constitutionnelle, le juge La Forest indiquait que même si l'on présumait que le choix de procréer était protégé par la notion de liberté que l'on retrouve à l'article 7 de la *Charte canadienne*, cette garantie ne saurait s'appliquer en l'espèce puisqu'il s'agissait d'une revendication de nature purement privée. Voir *E (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.CS. 388. Voir aussi CANADA, Commission de réforme du droit, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, document de travail 24, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1979.

[666] Alors que les Quatrième et Cinquième amendements protègent le droit au respect de la vie privée en réglementant la façon dont le gouvernement peut avoir accès aux particuliers,

par les garanties constitutionnelles protégeant les libertés fondamentales concerne leur application puisque le droit au respect de la vie protégé par le Premier amendement et par l'article 2 de la *Charte canadienne* — telle la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion et la liberté d'association — s'oppose à d'autres intérêts protégés par la même garantie constitutionnelle. Le droit au respect de l'intégrité morale est garanti par la liberté d'expression (*1.*), par la liberté de conscience et de religion (2.) et par la liberté d'association (*3.*).

1. La liberté d'expression

Considérée longtemps comme étant la liberté préservant tous les autres droits et libertés fondamentaux, la liberté d'expression est incontestablement une assise des démocraties libérales. Si, comme le soulignait John Stuart Mill dans *On Liberty (1859)*[667], la nécessité de garantir la liberté d'expression se justifiait en ce qu'elle permettait *l'expression* des idées et des opinions — par ce qu'il qualifiait de «collision of adverse opinions» — l'importance de garantir

---

le Premier amendement confère aux particuliers une protection contre l'ingérence de l'État dans leurs activités quotidiennes. C'est aussi l'opinion qu'exprimait David O'Brien dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*: «Since the First Amendment guarantees that individuals may define for themselves their beliefs, activities and associations, the amendment may also be understood as securing for individuals «a right to be let alone» or freedom from both governmental and community interference, and thus, may comitantly serve as a protection for constitutionnally protected privacy». Toutefois, les revendications relatives au droit au respect de la vie privée fondées sur le Premier amendement s'entrechoquent. À titre d'illustration, les individus peuvent avoir des attentes en matière de vie privée dans leur résidence à l'encontre des vendeurs itinérants ou des sollicitations faites par des témoins de Jéhovah, mais dans ce dernier cas, le droit au respect de la vie privée devra être modulé en fonction de la liberté de religion. De la même façon, le droit au respect de la vie privée des individus à l'encontre de la divulgation publique de leurs affaires personnelles s'oppose avec la liberté de la presse. Voir D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 139.

[667] J.S. MILL, *On Liberty*, S. COLLINI (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

le droit au respect de la vie privée est qu'il permet la *formulation* de ces mêmes idées et opinions.

La liberté d'expression comprend les idées philosophiques, le discours politique, le discours commercial; en somme tout le savoir humain susceptible d'être communiqué. Pour paraphraser le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. (1989)*[668], «[l]'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification». Ainsi, certaines formes du discours ou certaines actions symboliques, comme les défilés[669], le piquetage[670] ou l'affichage public[671], sont susceptibles de bénéficier de la protection constitutionnelle.

---

[668] *Irwin Toy ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968 (j.c. Dickson).

[669] *Hurley c. Irish-American Gay Group of Boston*, (n° 94-749) (19 juin 1995).

[670] Dans l'arrêt *Gregory (1969)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a renversé la condamnation d'un groupe de piqueteurs qui avait manifesté devant la résidence du maire Daley de la ville de Chicago. Bien que les juges Black et Douglas affirmaient que le droit à la vie privée l'emportait sur le droit de piqueter, la majorité a toutefois conclu que le droit à la vie privée devait céder le pas à la liberté d'expression dans la mesure où le piquetage était «peaceful and orderly». Cette préférence pour la liberté d'expression par rapport au droit au respect de la vie privée a été réaffirmée dans l'arrêt *Keafe (1971)* dans lequel le juge en chef Burger affirmait: «designating the conduct [le piquetage] as an invasion of privacy [...] is not sufficient to support an injunction against peaceful distribution of informational literature. Dans les arrêts *Frisby (1988)* et *Madsen (1994)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* a cependant affirmé que l'interdiction de piqueter devant une clinique qui pratiquait des avortements ou à l'intérieur d'une zone de trente-six pieds d'une clinique d'avortement était conforme au Premier amendement. Voir *Gregory c. Chicago (City of)*, 394 U.S. 111 (1969); *Organization for A Better Austin c. Keafe*, 402 U.S. 415 (1971); *Chicago (Police Department) c. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Carey c. Brown*, 447 U.S. 455 (1980); *Frisby c. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988); *Madsen c. Women's Health Center Inc.*, (n° 93-880) (30 juin 1994); *Hill c. Colorado*, (n° 98-1856) (28 juin 2000). Au Canada, voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Allsco Building Products Ltd. c. T.U.A.C., section locale 1288P*, [1999] 2 R.C.S. 1136.

[671] *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. Voir aussi *Linmark Associates Inc. c. Willingboro (Township)*, 431 U.S. 85 (1977); *Cincinnati (City of) c. Discovery Network*, (n° 91-1200) (24 mars 1993).

Bien que la Cour suprême des États-Unis ait fait allusion à la possibilité que le Premier amendement puisse protéger le droit au respect de la vie privée dès la fin du XIX[e] siècle, ce n'est qu'en 1920 — dans l'arrêt *Gilbert (1920)*[672] — qu'elle articulera véritablement cette protection. Dans cet arrêt, la majorité de la *Cour White (1910-1921)* a affirmé que la liberté d'expression n'était pas absolue et qu'en exerçant les «police powers», l'État pouvait adopter une loi interdisant à un enseignant de décourager l'enrôlement volontaire dans les forces militaires. En dissidence, le juge Brandeis précisait que la loi n'avait pas été adoptée pendant une période de guerre et, en conséquence, qu'elle violait son droit au respect de la vie privée. De nombreuses revendications constitutionnelles du droit au respect de la vie privée fondées sur le Premier amendement concernaient la sollicitation à domicile des vendeurs itinérants. La Cour suprême des États-Unis distingua les sollicitations commerciales des sollicitations visant d'autres motifs, comme par exemple des motifs religieux ou politiques[673]. Dans *Breard (1951)*[674], la *Cour Vinson (1946-1953)* a indiqué qu'elle favoriserait le droit au respect de la vie privée lorsque les revendications

---

[672] *Gilbert* c. *Minnesota*, 254 U.S. 352 (1920)

[673] Dans le *Handbills Case (1939)*, la *Cour Hughes (1930-1941)* a statué que les municipalités ne pouvaient empêcher les témoins de Jéhovah de solliciter l'engagement; ce serait contraire à la liberté d'expression ainsi qu'à la liberté de religion. Dans l'arrêt *Martin (1943)*, la *Cour Stone (1941-1946)* a jugé que la liberté de religion devait avoir préséance sur le droit au respect de la vie privée. Dans les arrêts *Marsh (1947)* et *Logan Valley Plaza (1968)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a aussi interdit aux propriétaires d'un centre commercial d'empêcher la libre circulation de la littérature politique ou religieuse sur le site du centre commercial. Voir *Schneider* c. *New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939)[le Handbills Case]; *Martin* c. *Struthers (City of)*, 319 U.S. 141 (1943); *Marsh* c. *Alabama*, 326 U.S. 501, 507 (1947); *Amalgamated Food Employees Union* c. *Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308, 316-319 (1968). Voir aussi *Lovell* c. *Griffin (City of)*, 303 U.S. 444 (1938); *Jamison* c. *Texas*, 318 U.S. 413 (1943); *Talley* c. *California*, 362 U.S. 60 (1960). Voir aussi *Schaumbaurg* c. *Citizens for Better Environment*, 444 U.S. 620 (1986).

[674] *Breard* c. *Alexandria*, 341 U.S. 622 (1951).

concerneront des buts commerciaux[675]. Le discours politique[676] est la pierre angulaire de la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'expression, mais celle-ci s'étend aussi au discours commercial[677] ainsi qu'à d'autres formes

---

[675] Dans *Packer Corporation (1932)*, la *Cour Hughes (1930-1941)* a confirmé la constitutionnalité d'une loi interdisant la publicité relative aux produits du tabac sur les «billboards» et les «streetcars signs», mais la permettant dans les journaux, les magazines et les devantures de magasins. Dans l'arrêt *Saia (1948)*, la *Cour Vinson (1946-1953)* a déclaré invalide une loi qui interdisait à un particulier d'utiliser un porte-voix («loudspeaker») dans les rues publiques, à moins qu'il ait obtenu une permission préalable du chef de la police. L'année suivante, dans l'arrêt *Kovacs (1949)*, la Cour a maintenu une ordonnance interdisant les «sound trucks». Dans *Pollack (1952)*, elle a affirmé qu'une entreprise de transport privée pouvait synthoniser une station de radio spécifique dans ses véhicules. Elle rejeta donc les revendications d'un droit au respect à la vie privée sous le Premier amendement parce que les autobus («streetcars») constituent des endroits publics et, en conséquence, les attentes en matière de vie privée d'un individu ne peuvent être aussi étendues dans un lieu public que dans une résidence. Le juge Burton remarquait ce qui suit: «The Court below has emphasized the claim that the radio programs are an invasion of constitutional rights of privacy of the passengers [...] The position wrongly assumes that the First Amendment secures to each passenger on a public vehicle regulated by the Federal government a right to privacy substantially equal to the privacy to which he is entitled in his home. However complete his right of privacy may be at home, it is substantially limited by the right of others when its possessor travel on a public thoroughfare or ride in a public conveyance». Voir *Packer Corporation c. Utah*, 285 U.S. 105 (1932); *Saia c. New York*, 334 U.S. 558 (1948); *Kovacs c. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949); *Public Utilities Commission c. Pollack*, 343 U.S. 451, 463-65 (1952) (j. Burton). Voir aussi *Coates c. Cincinnati*, 402 U.S. 611, 615 (1971); *Lehman c. Shaker Heights (City of)*, 418 U.S. 298, 305 (1974); *Young c. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50, 71 (1976).

[676] Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Buckley (1974)* que la *Cour Burger (1969-1986)* a eu à se prononcer pour la première fois sur la constitutionnalité des dispositions de la *Federal Election Campaign Act de 1971* qui obligeaient les partis politiques majeurs à maintenir un registre de leurs contributeurs et à divulguer les contributions électorales. Elle a conlu que ces dispositions étaient conformes au Premier amendement à la constitution américaine. Dans l'arrêt *Brown (1982)*, elle la cependant statué que l'obligation de divulguer des informations concernant les contributeurs du Parti communiste violait le Premier amendement. Voir *Buckley c. Valéo*, 424 U.S. 1 (1976); Voir *Brown c. Socialist Workers '74 Campaign Committee (Ohio)*, 459 U.S. 87 (1982). Voir aussi *Nixon (A.G. of Missouri) c. Shrink Missouri Government Pac*, (n° 98-963) (24 janvier 2000).

[677] La protection du discours commercial a été consacrée par la *Cour Burger (1973-1986)* dans l'arrêt *Virginia Board (1976)*. Cet arrêt renversait le principe judiciaire rendu par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *Valentine (1942)* selon lequel l'expression commerciale ne bénéficiait pas de la protection constitutionnelle. Voir *Virginia Pharmacy Board c. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976); *Valentine c. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942). Voir aussi *Pittsburg Press Co. c. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 431 U.S. 376 (1973); *Bigelow c. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975); *Central Hudson Gaz & Electric Corp. c. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

d'expression[678]. Les seules limitations du discours semblent être à des circonstances très précises : telles l'obscénité[679]; l'incitation à la violence (propagande haineuse) et la sécurité nationale[680]. Toute autre limitation préalable sera difficilement justifiable[681].

Le contrôle de l'apparence physique, incontestablement un symbole d'uniformisation, est aussi protégé par le Premier amendement. C'est en *obiter*,

---

[678] Dans l'arrêt *Cohen (1971)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a rejeté les prétentions que le droit au respect de la vie privée autorisait un individu à porter un manteau portant l'inscription «Fuck the draft» dans les corridors du Palais de justice de Los Angeles. Dans *Erznoznick (1975)*, la Cour a jugé que le droit au respect à la vie privée d'un individu ne pouvait justifier une ordonnance municipale interdisant la diffusion de films contenant de la nudité dans un ciné-parc. Dans l'arrêt *Pacific Foundation (1978)*, elle a indiqué que le langage indécent sur les ondes portait atteinte au droit au respect de la vie privée des auditeurs en ce qu'il était difficile à éviter. Ce dernier arrêt de la *Cour Burger (1969-1986)* démontre bien la confusion de la Cour suprême puisque, à notre avis, il est plus facile d'arrêter la radio que d'éviter de regarder un film qui est projeté devant nos yeux sans que l'on ait la possibilité de s'y soustraire. Voir *Cohen* c. *California*, 403 U.S. 15 (1971); *Erznoznick* c. *Jacksonville (City of)*, 422 U.S. 205 (1975); *Federal Communications Commission* c. *Pacific Foundation*, 438 U.S. 726 (1978). Voir aussi D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 152-155. Voir généralement Z. CHAFFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1948; F. HAIMAN, «Speech c. Privacy — Is There a Right No to Be Spoken To» (1972) *67 Northwestern University Law Review* 153.

[679] La *Cour Warren (1953-1969)* a conceptuellement distingué, dans l'arrêt *Roth (1957)*, la pornographie et l'obscénité et statué que cette dernière ne bénéficiait d'aucune protection constitutionnelle. La Cour admettait, dans l'arrêt *Jacobellis (1964)*, la difficulté de procéder à la distinction entre ces deux conceptions. Pour le juge Stewart cependant, cette difficulté était relative puisqu'il affirmait: «I know it when I see it». Voir *Roth* c. *United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957); *Jacobellis* c. *Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

[680] Le discours doit représenter un *Clear and Present Danger* à la sécurité nationale. Dans *New York Times* c. *United States (1971)*, le juge Black a rappelé l'importance de la liberté de la presse et a conclu que le gouvernement n'avait pas satisfait aux exigences qui auraient permis d'ordonner l'arrêt de la publication des *Pentagon Papers* relativement à l'implication du Gouvernement des États-Unis dans la guerre du Vietnam parce qu'ils porteraient atteinte à la sécurité nationale. Voir *New York Times* c. *United States*, 403 U.S. 713 (1971).

[681] Voir notamment *Chaplinsky* c. *New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) (limitation à la distribution de dépliants par des témoins de Jéhovah); *Beaumarchais* c. *Illinois*, 343 U.S. 250 (1957) (limitation à la distribution de pamphlets soutenant les revendications des Afro-américains). Voir aussi *Meese* c. *Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

dans l'arrêt *Kent (1958)*[682], que la *Cour Warren (1953-1969)* a rappelé l'importance de ce droit qui sera affirmé par la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Kelley (1976)*[683], dans lequel elle a statué que la réglementation d'une agence gouvernementale relativement à la longueur des cheveux des policiers était conforme au Quatorzième amendement à la Constitution. Dans l'arrêt *Connick (1983)*[684], elle a cependant jugé constitutionnelles les limitations faites à la liberté d'expression d'employés de l'État.

Au Canada, c'est dans l'arrêt *Dolphin Delivery (1986)*[685] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a rappelé que la liberté d'expression n'était pas une création de la *Charte canadienne*[686] — quoique son importance «[se soit]

---

[682] *Kent* c. *Dulles*, 357 U.S. 116, 125-126 (1958). Voir aussi *Tinker* c. *Des Moines Independent School District*, 393 U.S. 503, 507-08 (1969).

[683] *Kelley* c. *Johnson*, 425 U.S. 238 (1976). La réglementation de l'habillement ou de l'apparence physique a été contestée par des éléves, des étudiants, des enseignants, des professeurs, des militaires, des prisonniers, des pompiers et même des avocats dans plusieurs centaines de causes rapportées par les tribunaux américains d'instance inférieure. Bien que l'apparence physique reflète et exprime les valeurs d'un individu, et constitue de ce fait une expression primordiale de sa personnalité, la majorité de ces arrêts ont rejeté la proposition que la longueur des cheveux puisse comporter un élément communicatif suffisamment important pour mériter une protection constitutionnelle. Voir L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd, Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1385.

[684] *Connick* c. *Myers*, 461 U.S. 138 (1983). Voir aussi *Keyishian* c. *Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967); *Pickering* c. *Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968); *Waters* c. *Churchill* (n° 92-1450) (31 mai 1996). Ce pincipe judiciaire ne saurait cependant permettre à un employeur de réglementer les activités sociales des ses employés. Voir *Hollenbaugh* c. *Carnagie Free Library*, 439 U.S. 1052 (1978).

[685] *S.D.G.M.R.* c. *Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583.

[686] Dès la fin des années trente, la *Cour Duff (1933-1944)* avait invalidé une loi albertaine qui contraignait les journaux à collaborer avec les autorités gouvernementales en révélant l'identité des sources d'information. Cette législation ainsi que plusieurs autres adoptées par le gouvernement créditiste de l'Alberta, avaient fait l'objet de revendications constitutionnelles dans le *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta (1938)*.S'exprimant pour la majorité, le juge Duff a disposé du pourvoi sur la base du partage des compétence, mais il a tenu à rappeler que la discussion publique est un précepte fondamental du système parlementaire. Quelques années plus tard, le

accrue avec la *Charte*»[687] — et qu'elle constitue un précepte fondamental sur lequel se fonde notre société. Dans l'arrêt *Ford (1988)*[688], elle a énoncé en des termes généraux les valeurs que sous-tend la liberté d'expression en statuant que cette liberté ne pouvait pas se limiter à l'expression politique et comprenait aussi le discours commercial, lequel «représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle»[689]. Dans *Edmonton Journal (1989)*[690], la *Cour Dickson (1984-1990)* a indiqué qu'il était «[...] difficile

---

gouvernement de l'Union Nationale dirigé par Maurice Duplessis adoptait la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, L.R.Q. 1941, c. 52 — qui sera mieux connue sous l'appellation «Loi du cadenas» — laquelle criminalisait la publication et la diffusion de documents tendant à propager le communisme ou le bolchevisme. Comme ces termes n'étaient pas définis dans la loi, son effet véritable était d'octroyer de vastes pouvoirs discrétionnaires qui permettaient aux autorités gouvernementales de pourchasser et d'emprisonner les individus qui s'opposaient au duplessisme. Ce n'est qu'en 1957, dans l'arrêt *Switzman (1957)*, que la *Cour Kerwin (1954-1963)* invalidera cette loi au motif qu'elle était *ultra vires* de la compétence provinciale. Le gouvernement de l'Union Nationale s'était aussi attaqué aux témoins de Jéhovah au début des années cinquante et dans chaque cas, la Cour suprême du Canada a réaffirmé l'importance de la liberté d'expression. Dans *Boucher (1951)*, la *Cour Rinfret (1944-1954)* renversa une décision de la Cour d'appel du Québec qui avait déclaré un membre des témoins de Jéhovah coupable d'avoir publié et répandu un libelle séditieux. Dans *Saumur (1953)*, la *Cour Rinfret (1944-1954)* invalidait un règlement de la ville de Montréal qui interdisait la distribution de documents sans avoir obtenu l'autorisation préalable du chef de la police municipale. Voir *Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, conf. par [1939] A.C. 117; *Switzman c. Quebec (P.G.)*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher c. R.* (1950), [1951] R.C.S. 265; *Saumur c. Québec (Cité)*, [1953] 2 R.C.S. 299. Voir aussi *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.* (1978), [1979] 1 R.C.S. 1067, 1072, 1091.

[687] Voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 727.

[688] *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cet arrêt, la *Cour Dickson (1984-1990)* a invalidé les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française du Québec* en ce qu'ils étaient contraires à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. Voir aussi *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltée c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968, 976; *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1183; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 244; *RJR-MacDonald inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

[689] *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 767.

[690] *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1336. Le juge Cory tenait ces propos: «Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnemment des institutions

d'imaginer une garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique». Ainsi, la propagation d'un message que l'on sait faux[691], la sollicitation aux fins de prostitution[692], la propagande haineuse[693] et la pornographie[694] sont protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* mais, dans les deux derniers cas, la Cour a jugé que les restrictions aux droits garantis constituaient des limites raisonnables aux termes de l'article premier.

Dans l'arrêt *Hill (1995)*[695], le juge Cory affirmait qu'il serait difficile de prétendre avec succès que des déclarations diffamatoires sont des valeurs protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* puisque à cette liberté s'oppose le droit à la réputation d'un individu. Le juge Cory affirmait que la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée. Le droit à la réputation est un attribut fondamental de la personne humaine qui doit être protégé. Comme la réputation rehausse le sens des valeurs et la dignité d'une personne, «[u]ne société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes»[696].

---

publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion».

[691] *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

[692] *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1183.

[693] *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15*, [1996] 1 R.C.S. 825.

[694] *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

[695] *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

[696] Dans l'arrêt *Hill (1995)*, le juge Cory affirmait que le droit à la réputation revêt une importance particulière pour un avocat puisque son habileté à gagner sa vie se fonde sur sa

Dans l'arrêt *RJR-MacDonald (1995)*[697] — arrêt qui rappelle l'arrêt *Wooley (1977)*[698] dans lequel la *Cour Burger (1969-1986)* avait statué que l'obligation de diffuser un message gouvernemental violait la liberté de conscience garantie par le Premier amendement —, la *Cour Lamer (1990-2000)* a jugé, par une faible majorité de cinq juges contre quatre, que l'obligation faite aux manufacturiers de tabac de publier des messages gouvernementaux violait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* et ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Dans *Ross (1996)*[699], elle a déclaré inconstitutionnelle une

---

réputation d'intégrité et de conscience professionnelle. Il ajoutait que le droit au respect de la vie privée protège la réputation puisque la publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu en ce qu'ils portent atteinte à la dignité. Il affirmait ce qui suit: «Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la Charte, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la Charte. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique. En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle». Aux États-Unis, dans l'arrêt *Rosenblatt (1966)*, le juge Stewart exprimait la même conviction lorsqu'il affirmait: «The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being — a concept at the root of any decent system of ordered liberty». Voir *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1175-79 (j. Cory). Voir aussi *Rosenblatt c. Baer*, 383 U.S. 75, 92 (1966) (j. Stewart). Voir généralement R.E. BROWN, *The Law of Defamation in Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1994 (édition sur feuilles volantes); D. HAWRELUK, «The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct» (1993) *Law Society Gazette* 119; R.P. BEZANSON, «Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight» (1985) 71 *Iowa Law Review* 226; G.C. CHRISTIE, «Injury to Reputation and the Constitution — Confusion Amid Conflicting Approaches» (1976) 75 *Michigan Law Review* 43; D.M. LEPOFSKY, «Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws «Chill» the Exercise of Freedom of Expression?» (1994) *National Journal of Constitutional Law* 169; V.V.VEEDER, «The History and Theory of the Law of Defamation» (1903) 3 *Columbia Law Review* 546.

[697] *RJR-MacDonald inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Voir aussi P. THIBAULT, «L'arrêt RJR-MacDonald Inc. — La rigueur plutôt que l'éloquence» (1996)7 *National Journal of Constitutional Law* 93.

[698] *Wooley c. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977). Comparer *PruneYard Shopping Center c. Robins*, 447 U.S. 74, 85-88 (1980). Voir cependant *Packer Corporation c. Utah*, 285 U.S. 105 (1932);

[699] *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15*, [1996] 1 R.C.S. 825, 864. Voir cependant *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603 (violation du droit canon par une enseignante catholique dans une école catholique); *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1995] 2 R.C.S. 455 (critique des politiques gouvernementales par un fonctionnaire fédéral).

ordonnance rendue par la commission d'enquête sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick qui ordonnait la mise en congé sans solde d'un enseignant à la suite des déclarations racistes et discriminatoires qu'il avait faites publiquement. En plus de porter atteinte à la liberté d'expression, cette ordonnance violait la liberté de conscience et de religion de monsieur Ross.

Dans l'arrêt *Delisle (1999)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a cependant indiqué que les libertés fondamentales — dont la liberté d'expression — protégées par l'article 2 de la *Charte canadienne* n'imposent généralement pas d'obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement[700].

2. La liberté d'association et le droit au respect de la vie privée associative («associational privacy»)

Dans *De la démocratie en Amérique (1835-1840)*[701], Alexis de Tocqueville affirmait que le droit d'association est une composante essentielle de la liberté. Bien que les auteurs de la Constitution n'eurent pas l'intention de consacrer un droit d'association, la Cour suprême des États-Unis a cependant reconnu que le droit d'association était garanti par le Premier amendement à la Constitution américaine[702]. De fait la vie privée associative (l'*«associational*

---

[700] *Delisle* c. *Canada (Sous-P.G.)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

[701] Ainsi s'exprimait-il: «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 me 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. Voir A. DE TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, v. 1, Éditions Gallimard, Paris, 1961, 293.

[702] Bien que dans certaines décisions la Cour suprême ait laissé entendre que le droit au respect de la vie privée associative(«associational privacy») avait une existence autonome, elle semble indiquer que l'existence de cette garantie dériverait des autres garanties prévues au Premier amendement. En ce qui concerne l'affirmation du droit autonome, il faut se référer aux

privacy») a été le premier droit au respect de la vie privée reconnu par la Cour suprême des États-Unis et, comme le soulignait le professeur Tribe de l'Université Harvard, dans son ouvrage *American Constitutional Law*, «Indeed, virtually every invasion of personhood is also an interference with association, just as virtually every intrusion upon association works a displacement of human personality»[703].

Le droit d'association d'un individu sera susceptible de revendication judiciaire à chaque fois que l'État exercera une contrainte qui limitera la capacité d'un individu de s'engager avec ses congénères. Garantie par le Premier amendement à la Constitution américaine et par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne*, la liberté d'association accorde aux individus le droit de joindre une association et de participer à ses activités sans ingérence étatique. Plus particulièrement, ils peuvent réclamer un droit au respect de la vie privée à l'encontre de la surveillance de l'État et que les informations concernant leurs activités et leur adhésion ne soient pas divulguées.

Aux États-Unis, l'interprétation du droit au respect de la vie privée associative s'est faite dans les années cinquante et soixante lorsque le gouvernement américain, dans le cadre de son programme national de

---

arrêts suivants: *NAACP* c. *Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 461, 463 (1958); *NAACP* c. *Button*, 371 U.S. 415, 429-30 (1963); *Cousins* c. *Wigoda*, 419 U.S. 477, 487 (1975); *In re Primus*, 436 U.S. 412, 426 (1978); *Democratic Party* c. *Wisconsin*, 450 U.S. 107, 121 (1981). En ce qui concerne l'affirmation du droit dérivé, il faut se référer aux arrêts suivants: *Bates* c. *Little Rock (City of)*, 361 U.S. 516, 522-523 (1960); *United Transportation Union* c. *Michigan (State Bar of)*, 401 U.S. 576, 578-79 (1971); *Healy* c. *James*, 408 U.S. 169, 181 (1972).

[703] L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1400.

loyauté, faisait la chasse aux communistes[704] ou lorsque les gouvernements des États tentaient de contrer l'émancipation des Afro-américains. Le droit au respect de la vie privée associative a aussi été invoqué pour garantir les droits politiques, et plus récemment, afin de contester des règlements de zonage[705] ou des politiques restrictives de certaines associations dont l'adhésion était limitée aux individus de sexe masculin. Si le droit d'association a été évoqué pour la première fois par la *Cour Vinson (1946-1953)* dans l'arrêt *Sweezy (1951)*[706], c'est la *Cour Warren (1953-1969)*, dans l'arrêt *Patterson (1958)*[707], qui

---

[704] Voir *Bates c. Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960); *Louisiana ex. rel. Gremillon c. NAACP*, 366 U.S. 293 (1961); *Gibson c. Florida*, 372 U.S. 539 (1963); *NAACP c. Button*, 371 U.S. 415 (1963). Voir aussi *Uphaus c. Wyman*, 360 U.S. 72 (1959); *Konigsburg c. California (State Bar of)*, 353 U.S. 252 (1961); *Communist Party c. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1961; *Cohen c. Hurley*, 366 U.S. 117 (1961).

[705] Dans l'arrêt *Village of Belle Terre (1974)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué qu'un règlement municipal qui interdisait l'établissement d'entreprises commerciales ou la cohabitation d'individus sans liens de parenté afin de préserver le caractère unique d'un quartier résidentiel ne violait pas le droit d'association des individus qui souhaitaient y faire commerce. Cependant, il ne pourrait pas justifier une réglementation fondée uniquement sur les liens entre les individus. Dans l'arrêt *Moore (1977)*, elle a statué qu'un règlement de zonage qui interdisait à un grand-parent de vivre dans la même résidence que son enfant violait son droit au respect de la vie privée. Voir *Village of Belle Terre c. Boraas*, 416 U.S. 1 (1974); *Moore c. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977). Voir aussi *Marsh c. Alabama*, 326 U.S. 501 (1947) (un village appartenant à une compagnie privée et géré par celle-ci est également assujetti à la protection constitutionnelle); *Shelley c. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); *Kotch c. Pilot*, 330 U.S. 552 (1974); *Penn Central Transport Co. c. New York*, 438 U.S. 104 (1978). Voir aussi *Hawaï Housing Authority c. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984)(une loi concernant la redistribution équitable des terres est constitutionnelle); *First English Evangelical Lutheran Church c. Los Angeles (City of)*, 482 U.S. 304 (1987)(une ordonnance municipale empêchant la reconstruction d'une église après qu'un incendie l'a détruite est inconstitutionnelle); *Nollan c. California (Coastal Commission)*, 483 U.S. 825 (1987)(une loi qui oblige certains propriétaires résidentiels à ériger et à maintenir une infrastucture publique est inconstitutionnelle); *Lucas c. South Carolina (Coast Council)*, 505 U.S. 1003 (1992) (une loi qui interdit à un propriétaire de construire des maisons sur sa propriété est inconstitutionnelle); *Dolan c. Tigard (City of)*, 512 U.S. 374 (1994)(une loi qui oblige certains propriétaires résidentiels à ériger et à maintenir une infrastructure publique est inconstitutionnelle).

[706] Les juges Frankfurter et Harlan déclarèrent ce qui suit: «[T]he inviolability of privacy belonging to a citizen's political loyalties has so overwhelming an importance to well-being of our kind of society that it cannot be constitutionally encroached upon the basis of so meagre a countervailing interest of the state». Our form of government is built on the premise that every

consacrera véritablement le droit au respect de la vie privée associative en déclarant inconstitutionnelle une ordonnance judiciaire qui contraignait le *NAACP* à remettre ses listes de membres à l'État de l'Alabama.

Le principe de l'arrêt *Patterson (1958)* a été appliqué dans plusieurs arrêts subséquents dont les arrêts *Bates (1960)*[708], *Shelton (1960)*[709] et *Gremillon (1961)*[710], dans lesquels la *Cour Warren (1953-1969)* a réaffirmé le principe judiciaire voulant que la production forcée des listes de membres d'une organisation diminuait la liberté d'association des individus et allait à l'encontre de leur liberté garantie par le Premier Amendement. Ainsi, contrairement au principe judiciaire établi par la Cour suprême du Canada[711], la Cour suprême

---

citizen shall have the right to engage in political expression and association. This right was enshrined in the First Amendment of the *Bill of Right*». Voir *Sweezy* c. *New Hampshire*, 354 U.S. 234, 250, 265 (1951).

[707] Le juge Harlan affirmait ce qui suit: «This court has recognized the vital relationship between freedom to associate and privacy in one's associations [...] inviolability of privacy in giving up association may in many circumstances be indispensable to freedom of association, particularly where a group espouses dissident beliefs». Le principe judiciaire établi dans cet arrêt renversait celui qu'avait établi la *Cour Taft (1921-1930)* dans l'arrêt *Zimmerman (1928)*. Voir *NAACP* c. *Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 460-61 (1958); *Bryant* c. *Zimmerman*, 278 U.S. 63 (1928).

[708] *Bates* c. *Little Rock (City of)*, 361 U.S. 516 (1960)

[709] Dans *Shelton (1960)*, la majorité a indiqué qu'une loi de l'Arkansas qui exigeait, comme condition d'emploi d'un enseignant, la divulgation de toutes les organisations dont il avait été membre au cours des cinq dernières années était inconstitutionnelle. Le juge Stewart affirmait ce qui suit: «[T]o compel a teacher to disclose his every associational tie is to impair that teacher's right of free association, a right which, like free speech, lies at the foundation of a free society». Voir aussi *Shelton* c. *Tucker*, 364 U.S. 479, 485-486 (1960).

[710] *Louisianna ex rel. Gremillon* c. *NAACP*, 366 U.S. 293 (1961).

[711] Au Canada, la Cour suprême a indiqué que la liberté de s'associer était un droit individuel et non collectif et ne pouvait être invoquée pour garantir le droit d'une association de s'engager dans certaines activités spécifiques. Dans *l'arrêt I.P.F.P.C.(1990)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué qu'une loi qui établissait un syndicat exclusif pour représenter des fonctionnaires ne portait pas atteinte à la liberté d'association. Dans la trilogie sur les relations de travail — *Re Public Service Employee Relations Act (Alb.) (1987)*, *A.F.P.C. (1987)* et *S.D.G.M.R. (1987)*—, la *Cour Dickson*

des États-Unis semble reconnaître que certaines activités d'une organisation sont constitutionnellement garanties.

La *Cour Warren (1953-1969)* et la *Cour Burger (1969-1986)* ont aussi invalidé des ordonnances qui interdisaient à des individus de recourir à de l'assistance légale fournie par le *NAACP*[712], par l'*American Civil Liberties Union (ACLU)*[713] ou par des syndicats ouvriers[714]. Le droit d'association permet aussi l'expression des vues politiques et sociales[715] mais il ne garantit pas un droit de fréquenter une salle de danse[716]. Dans l'arrêt *Gibson (1963)*[717] s'est posée la question de savoir si cette protection de la vie privée associative s'appliquait

---

(1984-1990) a statué que la liberté d'association n'était pas violée par une loi qui interdisait aux fonctionnaires de faire la grève. La *Cour Lamer (1990-2000)* maintiendra ce principe judiciaire dans l'arrêt *Syndicat international des débardeurs (1994)* en statuant qu'une loi forçant le retour au travail était conforme à la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne*. Voir *I.P.F.P.C. c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Re Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *A.F.P.C. c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *S.D.G.M.R. c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers Canada, Section locale 500 c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 150.

[712] *Voir NAACP c. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *NAACP c. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288 (1964).

[713] *In re Primus*, 436 U.S. 412 (1978).

[714] Voir *Brotherhood of Railroad Trainmen c. Virginia*, 377 U.S. 1 (1964) (consultation d'un syndicat afin de recevoir des conseils quant au règlement d'un litige); *United Mine Workers c. Illinois (State Bar Association)*, 389 U.S. 217 (1967) (recours à un avocat pour représenter les membres d'un syndicat); *United Transportation Union c. Michigan (State Bar of)*, 401 U.S. 576 (1971) (établissement d'un service juridique pour le syndicat). Voir aussi *Walters c. National Association of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305 (1985) (maintien de la limite de dix dollars pour les frais payables à un avocat relativement à la représentation de vétérans).

[715] Voir *NAACP c. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 907-15 (1982) (activités concertées d'un groupe d'individus protestant contre la discrimination raciale); *Healy c. James*, 408 U.S. 169 (1972) (le refus de reconnaître une association étudiante par un collège public viole le droit d'association).

[716] *Dallas (City of) c. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1986).

[717] *Gibson c. Florida (Legislative Investigation Committee)*, 372 U.S. 539 (1963).

tant aux organisations légitimes qu'aux organisations illégitimes. S'exprimant pour la majorité, le juge Goldberg concluait que ce n'est pas tant la distinction entre le caractère légitime ou subversif d'une organisation qui importe que l'intérêt légitime de l'État à intervenir[718]. Ainsi, sous l'emprise du maccarthysme, la Cour suprême a considéré que la liste des membres contenant le nom de particuliers participant à des activités «subversives» ou illégales[719] comportait un intérêt étatique substantiel. Dans l'arrêt *Griswold (1965)*, la *Cour Warren (1953-1969)* étendra davantage le droit au respect à la vie associative en consacrant expressément le droit au respect de la vie privée comme un droit constitutionnel autonome[720].

Si le caratère légitime ou subversif d'une organisation ne constitue pas un facteur déterminant aux fins de l'application du Premier amendement, il en va autrement de son caractère public ou privé. La liberté associative ne pourrait aller cependant jusqu'à justifier la discrimination ou des inégalités[721] et elle ne

---

[718] Voir *NAACP c. Button*, 371 U.S. 415, 431 (1963); *Brotherhood of Railroad Trainmen c. Virginia*, 377 U.S. 1 (1964); *Elfbrandt c. Russel*, 384 U.S. 11 (1966); *United States c. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Baird c. Arizona (State Bar of)*, 401 U.S. 1 (1971); *In re Stolar*, 401 U.S. 23 (1971); *Law Student Civil Rights Act Research Council c. Wadmont*, 401 U.S. 164 (1971). Voir contra *Abood c. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977).

[719] *Watkins c. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Uphaus c. Wyman*, 360 U.S. 109 (1959); *Talley c. California*, 362 U.S. 60 (1960); *Communist Party c. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961); *Scales c. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

[720] Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, le professeur O'Brien faisait cette constatation: «Griswold thereby extended the contours of constitutional protection afforded religious, political, and economic associations to include protection for individuals' private engagements and activities». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 159.

[721] *Voir Bryant c. Zimmerman*, 278 U.S. 63 (1928); *Smith c. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944); *Terry c. Adams*, 345 U.S. 461 (1953); *Railway Employees' Department c. Hanson*, 351 U.S. 225 (1956); *Watkins c. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Scales c. United States*, 367 U.S. 203 (1961); *International Association of Machinists c. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Lathrop c. Donohue*, 367 U.S.

saurait permettre à des organisations qui ne sont pas entièrement privées d'exclure les individus appartenant à des minorités[722]. D'ailleurs, les Treizième et Quatorzième amendements — comme le *Civil Rights Act* de 1966 — fournissent des points d'ancrage aux revendications constitutionnelles ayant pour objet la négation du caractère privé de certains clubs sociaux[723] ou d'écoles privées[724]. Le droit d'un individu ou d'un groupe d'exclure un autre individu constitue une limite au droit d'association de cet individu. Ici encore, il n'y a pas d'absoluité. À titre d'illustration, si des individus de sexe masculin veulent se regrouper dans une organisation en excluant les individus de sexe féminin, cette volonté affectera nécessairement le droit d'association de ces derniers.

Contrairement à l'approche canadienne, la jurisprudence américaine s'est articulée autour de la question de savoir si un organisme possède un caractère suffisamment privé. La Cour suprême des États-Unis a en effet établi une distinction entre les associations privées et les associations publiques pour justifier la protection constitutionnelle de leur liberté d'association contre les lois antidiscriminatoires des États. Si l'on conclut au caractère privé, l'organisme a alors droit à la protection constitutionnelle contre l'ingérence de l'État.

---

820 (1961); *Abood c. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977).

[722] Voir *Railway Mail Association c. Corsi*, 326 U.S. 88, 93-94 (1945); *Norwood c. Harrison*, 413 U.S. 455, 469-70 (1973); *Runyon c. McCrary*, 427 U.S. 160, 175-76 (1976).

[723] Voir *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary International c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987); *New York State Club Association c. New York (City of)*, 487 U.S. 1 (1988). Voir aussi Comment, «Discrimination in Private Social Clubs — Freedom of Association and Right to Privacy» (1979) *Duke Law Journal* 1181.

[724] *Jones c. Alfred Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968); *United States c. Guest*, 383 U.S. 745 (1966); *Sullivan c. Little Hunting Park*, 396 U.S. 229 (1969); *Norwood c. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973); *Runyon c. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976). Voir aussi E. BLOUSTEIN, «Group Privacy — The Right to Huddle» (1977) 8 *Rutgers-Camden Law Journal* 219.

L'accent est donc mis sur la nature de l'organisme lui-même et sur son caractère privé ou public, plutôt que sur le service particulier qu'il fournit. La conséquence de cette approche est que la discrimination est permise lorsque les activités se déroulent privément[725].

Dans l'arrêt *Roberts (1984)*[726], la *Cour Burger (1969-1986)* a distingué deux types d'association jouissant de la protection constitutionnelle : l'association intime et l'association expressive ou religieuse et conclut que l'exclusion des femmes des *Jaycees* était contraire au *Human Rights Act* du Minnesota. En ce qui concerne le droit à l'association intime, elle a indiqué que la protection constitutionnelle se limitait à des relations très personnelles — telles les relations au sein du mariage et de la famille — et la protection constitutionnelle ne pourrait s'appliquer à des organisations qui affectent la vie économique.

Dans l'arrêt *Rotary Club (1987)*[727], la *Cour Rehnquist (1986-)* identifiait les différents facteurs — tels la taille, l'objet, la sélectivité et la participation d'étrangers aux activités du club — pouvant conduire à la qualification de relations intimes ou personnelles et, appliquant le principe établi dans *Roberts*

---

[725] Voir *Moose Lodge c. Iris*, 407 U.S. 163 (1972). Ce principe ne s'appliquerait toutefois pas à une association privée opérant avec un permis de l'État. Dans l'arrêt *Gardner (1961)*, le juge Douglas affirmait ce qui suit: «But one who operates an enterprise under a license from a government enjoys a privilege that derives from the people. The necessity of a licence shows that the public has rights in respect to those premises. The business is not a matter of mere private concern». Voir *Gardner c. Louisianna*, 368 U.S. 157, 184-185 (1961). Voir aussi *Bell c. Maryland*, 378 U.S. 226, 312-313 (1964); *Department of Agriculture c. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205, 239 (1972); *Norwood c. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973); *Runyon c. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976); *Bob Jones University c. United States*, 461 U.S. 574 (1983).

[726] *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

[727] *Board of Directors of Rotary International c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987).

(1984)[728], elle conclut que la loi californienne qui empêchait l'exclusion des femmes du Rotary Club était conforme au Premier amendement. Dans l'arrêt *New York State Club Association (1988)*[729], considérant la *New York City's Human Rights Law* qui empêchait la discrimination, la *Cour Rehnquist (1986-)* affirmait qu'il serait difficile de justifier le caractère privé d'un club de plus de quatre cents personnes qui offrait des repas à des non-membres. Dans l'arrêt *Boy Scouts of America (2000)*[730], par une majorité de cinq juges contre quatre, elle statuait néanmoins qu'une loi d'un État qui avait pour effet d'empêcher l'exclusion des personnes homosexuelles des rangs des Boy Scouts portait atteinte au droit d'association de cette organisation.

Au Canada, cette question s'est posée dans un contexte infraconstitutionnel. Dans l'arrêt *Gould (1996)*[731], il s'agissait de déterminer si le fait de refuser le statut de membre à un individu à cause de son sexe constituait un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 8 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon[732]. La distinction entre les organismes publics et les organismes privés ne s'est pas posée puisque les législatures des différentes provinces canadiennes ont préféré s'abstenir de distinguer entre associations privées et publiques aux fins de l'application de leurs lois. Cette différence entre les conceptions américaine et canadienne est significative puisque la

---

[728] *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

[729] *New York State Club Association c. New York (City)*, 487 U.S. 1 (1988).

[730] *Boy Scouts of America c. Dale*, (n° 99-699) (28 juin 2000).

[731] *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571. De façon plus précise, il s'agissait de déterminer le sens de l'expression «relation publique» que l'on retrouve à cet article (et dans toutes les autres lois provinciales analogues). Voir aussi *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

[732] *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (supp.), c. 11.

conception américaine s'éloigne de la conception canadienne telle qu'exposée par la *Cour Lamer (1990-2000)* dans *Berg (1993)*[733], à savoir que c'est la relation créée par le service qui doit être publique pour que s'appliquent les lois sur les droits de la personne.

Aux États-Unis, le droit au respect de la liberté associative a aussi été invoqué pour soutenir les revendications constitutionnelles d'une firme d'avocats qui refusait aux femmes la possibilité de devenir associées[734] et d'une institution publique d'enseignement qui refusait de reconnaître une association étudiante[735]. La réglementation des États relativement aux droits démocratiques peut aussi avoir des effets sur le droit à la vie privée associative[736]. La sélection

---

[733] *Université de la Colombie-Britannique* c. *Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

[734] Dans l'arrêt *Hishon (1984)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué qu'une firme d'avocats qui refusait aux femmes la possibilité de devenir associées ne bénéficiait pas d'un droit d'association. Voir *Hishon* c. *King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984).

[735] *Healy* c. *James*, 408 U.S. 169 (1972) (le refus de l'administration d'un collège de permettre aux étudiants de former une association et d'utiliser les locaux de l'institution pour y tenir leurs réunions est inconstitutionnel).

[736] C'est dans l'arrêt *Kusper (1973)* que la *Cour Burger (1969-1986)* affirmera que le droit à la vie privée associative est intrinsèquement reliée à l'expression politique. S'exprimant pour la Cour, le juge Stewart affirmait: «There can no longer be any doubt that freedom of association with others for the common advancement of political beliefs and ideas is a form of "orderly group activity" protected by the First and Fourtheenth Amendments [...] The right to associate with the political party of one's choice is an integral part of this basic constitutional freedom» . Dans l'arrêt *Bucley (1976)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a maintenu la validité des dispositions de la *Federal Election Campaign Act* qui requérait la divulgation des contributions individuelles faites aux partis politiques. Voir *Kusper* c. *Pontikes*, 414 U.S. 51, 56-57 (1973); *Bucley* c. *Valéo*, 424 U.S. 1, 60-84 (1976). Voir aussi *Williams* c. *Rhodes*, 393 U.S. 23, 30-31 (1968); *Bullock* c. *Carter*, 405 U.S. 134, 142-143 (1972); *Rosario* c. *Rockefeller*, 410 U.S. 752 (1973) (délai pour enregistrement dans un parti politique afin de voter aux primaires); *American Party of Texas* c. *White*, 415 U.S. 767 (1974) (restriction à l'accès aux bulletins de vote); *Storer* c. *Brown*, 415 U.S. 724, 730 (1974); *Cousins* c. *Wigoda*, 419 U.S. 477 (1975); *Illinois (State Board of Election)* c. *Socialist Worker Party*, 440 U.S. 173 (1979) (nombre de signatures pour l'éligibilité des candidats à un scrutin); *Democratic Party* c. *Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 U.S. 107 (1981); *Citizens Against Rent Control* c. *Berkeley (City of)*, 454 U.S. 290 (1982)(limitation au financement des associations opposées à une mesure débattue lors d'un

ou l'affiliation politique des fonctionnaires est aussi protégée par le droit à la vie privée associative garanti par les Premier et Quatorzième amendements[737]. La Cour a indiqué que l'affiliation politique ne peut pas constituer un critère de sélection, de promotion ou de congédiement d'un fonctionnaire[738].

S'est aussi posée la question de savoir, et cela tant aux États-Unis qu'au Canada, si le droit de s'associer comportait le droit de ne pas s'associer. Peut-on contraindre un individu à appartenir obligatoirement à une association professionnelle ou à un syndicat et de verser des cotisations syndicales?[739] Tant la Cour suprême des États-Unis que la Cour suprême du Canada ont répondu à cette question par l'affirmative. L'une des questions qui a fait l'objet de revendications constitutionnelles fondées sur le Premier amendement était celle de savoir si l'appui financier d'une organisation professionnelle ou d'un syndicat à un parti politique violait le droit d'un individu de ne pas s'associer. La Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question par l'affirmative et statué que les cotisations syndicales devaient être utilisées exclusivement pour maintenir les activités internes du syndicat et ne devraient pas servir à appuyer

---

référendum); *Clements c. Fashing*, 457 U.S. 957 (1982) (loi obligeant un candidat à démissionner de ses fonctions); *Brown c. Socialist Workers '74 Campaign Commission*, 459 U.S. 87 (1982).

[737] Voir *Hampton c. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976); *Elrod c. Burns*, 427 U.S. 347 (1976). Au Canada, dans l'arrêt *Osborne (1991)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué que les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C., 1985, c. P-33, art. 33 qui interdisait aux fonctionnaires de participer à des activités politiques violaient la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. Voir *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

[738] Voir *Branti c. Finkel*, 445 U.S. 507, 518 (1980); *Rutan c. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990).

[739] Une association professionnelle ne pourrait limiter le droit de pratique qu'aux travailleurs autonomes et le refuser aux employés. Voir *Gibson c. Berryhill*, 411 U.S. 564 (1973). Voir aussi *Williamson c. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955).

des partis politiques[740]. Au Canada, dans l'arrêt *Lavigne (1991)*[741], la *Cour Lamer (1990-2000)* en est arrivée à une conclusion analogue, mais elle a indiqué que les contributions faites à un parti politique, prélévées à même les cotisations syndicales des membres d'un syndicat, se justifiaient par le biais de l'article premier de la *Charte canadienne*.

3. La liberté de conscience et de religion

Bien que la liberté de conscience ne fasse pas l'objet d'une énonciation expresse dans le *Bill of Rights*, la Cour suprême des États-Unis a conclu qu'elle découlait implicitement de la garantie constitutionnelle protégeant la liberté de religion. Le Premier amendement, ainsi que les Cinquième et Quatorzième amendements, garantissent une sphère d'autonomie de conscience qui est à l'abri de l'intervention gouvernementale. Autrement dit, les activités intellectuelles d'un individu ne peuvent, en l'absence d'un intérêt légitime, être assujetties à un contrôle gouvernemental.

---

[740] Voir *International Association of Machinists c. Street*, 367 U.S. 740 (1961). Voir aussi *Lathrop c. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961); *Abood c. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis c. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Chicago Teachers Union c. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986); *Keller c. California (State of)*, 496 U.S. 1 (1990); *Lehnert c. Ferris Faculty Association*, 500 U.S. 507 (1991). Voir aussi *University of Wiscounsin (Board of Regent of the) c. Southworth*, (n° 98-1189)(22 mars 2000).

[741] Les juges La Forest, Sopinka et Gonthier, dont les motifs s'inspiraient de l'approche américaine, conclurent que le droit de s'associer comportait le droit de ne pas s'associer et le fait que le syndicat versait des contributions à la caisse électorale d'un parti politique constituait une association forcée contraire à l'alinéa 2d) mais se justifiait néanmoins en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory opinaient que le droit d'association ne comportait pas le droit de ne pas s'associer alors que le juge McLachlin se disait en accord avec les motifs des juges La Forest, Sopinka et Gonthier, mais concluait que les contributions faites au NPD ne constituaient cependant pas une association forcée. Voir *Lavigne c. Syndicat de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

C'est dans l'arrêt *Cantwell (1940)*[742] que la *Cour Hughes (1930-1941)* affirmait, pour l'une des premières fois, l'importance de la liberté de conscience, mais c'est véritablement dans l'arrêt *Barnette (1943)*[743] que la *Cour Stone (1941-1946)* établira le principe judiciaire voulant que l'État ne puisse contraindre les individus à adopter une conduite déterminée en l'absence d'un intérêt étatique légitime. Ainsi, un conseil scolaire n'a aucune autorité pour contraindre les élèves à saluer le drapeau et à prêter serment d'allégeance. Bien que la revendication constitutionnelle, émanant de témoins de Jéhovah, ait été fondée sur des motifs religieux, le juge Jackson — notant la ressemblance de cette exigence avec l'attitude du régime nazi et des régimes totalitaires — a conclu que cette uniformisation forcée violait le Premier amendement en ce qu'elle enfreignait le «freedom to be intellectually and spiritually diverse or even contrary»[744]. Dans l'arrêt *Bailey (1951)*[745], la *Cour Vinson (1946-1953)* maintenait cependant certaines restrictions concernant les

---

[742] *Cantwell* c. *Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

[743] *West Virginia State Board of Education* c. *Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943), lequel renversait le principe judiciaire établi dans *Minersville School District* c. *Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940)dans lequel le juge Jackson affirmait: «If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or by act their faith therein».

[744] *West Virginia State Board of Education* c. *Barnette*, 319 U.S. 624, 641 (1943). L'arrêt ne s'étendrait toutefois pas jusqu'à interdire l'obligation pour certains individus, comme les fonctionnaires et les membres de corporations professionnelles, de prêter serment d'allégeance. Voir *Bond* c. *Floyd*, 385 U.S. 116 (1966); *Connell* c. *Higginbotham*, 403 U.S. 207 (1971); *Law Students Civil Rights Research Council* c. *Wadmont*, 401 U.S. 154, 161 (1971); *Cole* c. *Richardson*, 405 U.S. 676 (1972); *Fields* c. *Askew*, 414 U.S. 1148 (1974).

[745] Dans l'arrêt *Bailey (1951)*, une cour partagée à égalité affirmait que le gouvernement pouvait congédier des fonctionnaires relativement à leurs croyances, leurs affiliations ou leurs activités politiques dans le cadre du programme de loyauté et de sécurité. Voir *Bailey* c. *Richardson*, 341 U.S. 918 (1951). Voir aussi *American Communications Association* c. Douds, 339 U.S. 382 (1950); *Osman* c. *Douds*, 339 U.S. 846 (1950); *Joint Anti-Facist Refugee Commission* c. *McGrath*, 341 U.S. 123 (1951); *Board of Regents* c. *Roth*, 408 U.S. 564, 571(1972).

fonctionnaires et, dans l'arrêt *Konigsberg (1961)*[746], la *Cour Warren (1953-1969)* fera de même relativement aux membres de certaines professions.

S'appuyant sur le principe judiciaire établi par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *Barnette (1943)*[747], la *Cour Warren (1953-1969)* et la *Cour Burger (1969-1986)* déclareront inconstitutionnelles les lois qui obligeaient les élèves d'écoles publiques à faire une prière[748], à lire la bible[749], à prendre connaissance des dix commandements affichés dans une salle de classe[750] ou encore à consacrer un certain temps à la prière ou à la méditation[751]. Dans

---

[746] Dans l'arrêt *Konigsberg (1961)*, la *Cour Warren (1953-1969)* établissait le principe judiciaire voulant que l'on puisse imposer certaines restrictions dans la détermination de l'éligibilité des candidats au Barreau d'un État. Dans l'arrêt *Barsky (1954)*, elle statuait que l'expulsion d'un membre ayant été condamné pour un acte criminel était conforme à la Constitution. Dans l'arrêt *Schware (1957)*, elle concluait cependant que l'exclusion d'un membre d'une corporation professionnelle sur la seule base de ses convictions personnelles est inconstitutionnelle. La *Cour Burger (1969-1986)* reconsidérera ce principe dans trois arrêts rendus en 1971 — *Baird (1971)*, *Stolar (1971)* et *Wadmond (1971)* — et l'édulcorera considérablement puisque quatre juges ont indiqués que les croyances et les opinions personnelles ne pouvaient être l'objet d'investigations de la part du Barreau, quatre autres juges ont considéré que bien que l'on ne puisse expulser un membre du Barreau sur la simple base de ses croyances, rien n'empêchait le Bareau de faire enquête sur le sujet. Dans ces trois affaires, le vote décisif appartient à un juge qui affirmait que les croyances seules ne peuvent constituer un motif mais qu'elles peuvent servir à déterminer si le serment d'allégeance avait été prêté de bonne foi. Plus récemment, dans l'arrêt *Ewing (1985)*, elle affirmait que les exigences d'une corporation professionnelle devaient avoir un lien rationnel avec l'exercice de la profession. Voir *Konigsberg c. California (State Bar of)*, 336 U.S. 36 (1961); *Schware c. New Mexico(Board of Bar Examiners of)*, 353 U.S. 232 (1957); *Barsky c. Board of Regents*, 347 U.S. 442 (1954); *Baird c. Arizona (State Bar of)*, 401 U.S. 1 (1971); *In re Stolar*, 401 U.S. 23 (1971); *Law Students Civil Rights Research Council c. Wadmond*, 401 U.S. 154 (1971); *Regents of University of Michigan c. Ewing*, 474 U.S. 214 (1985).

[747] *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

[748] Voir *Engele c. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Voir aussi *Santa Fe Independent School District c. Doe*, (n° 99-62) (19 juin 2000).

[749] Voir *Abington School District c. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

[750] Voir *Stone c. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

[751] Voir *Wallace c. Jaffnee*, 472 U.S. 38 (1985); *Edwards c. Aguillar*, 482 U.S. 578 (1987).

l'arrêt *Tinker (1969)*[752], la *Cour Burger (1969-1986)* a aussi invalidé la décision d'une école d'interdire les protestations étudiantes manifestées par le port d'un brassard noir, symbolisant leur opposition à la guerre du Vietnam. Dans l'arrêt *Stanley (1969)*[753], elle statuait que la simple possession de matériel obscène dans une demeure ne pouvait constituer un acte criminel. S'exprimant pour la majorité, le juge Marshall affirmait que l'État ne peut réglementer les attitudes et les croyances des individus et que la Constitution protégeait le droit des individus de recevoir des informations et des idées indépendamment de leur valeur sociale ou culturelle.

Dans *Wooley (1977)*[754], la *Cour Burger (1969-1986)* adoptait un raisonnement analogue en statuant que la devise de l'État du New Hampshire

---

[752] Le juge Fortas affirmait ce qui suit: «In our system, state-operated schools may not be enclaves of totalitarianism [...] [les élèves] may not be regarded as closed-circuit recipients of only that which the State chooses to communicate. They may not be confined to the expression of those sentiments that are officially approved». Voir *Tinker* c. *Des Moines School District*, 393 U.S. 503, 511 (1969).

[753] S'exprimant pour la majorité, le juge Marshall affirmait ce qui suit: «It is now well established that the Constitution protects the right to receive information and ideas. [...] This right to receive information and ideas, regardless of their social worth, [...] is fundamental to our free society. Moreover, in the context of this case — a prosecution for mere possession of printed or filmed matter in the privacy of a person's own home — that right takes on an added dimension. For also fundamental is the right to be free, except in very limited circumstances, from unwanted governmental intrusions into one's privacy. Il poursuivait ainsi: «If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds». Voir *Stanley* c. *Georgia*, 394 U.S. 557, 565-566 (1967). Voir aussi *Martin* c. *Struthers (City of)*, 319 U.S. 141, 143 (1943); *Winters* c. *New York*, 333 U.S. 507, 510 (1948); *Lamont* c. *Postmaster General*, 381 U.S. 301, 307-308 (1965); *United States* c. *Reidel*, 402 U.S. 351, 354-56 (1971); *United States* c. *Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S, 363, 375-76 (1971); *Paris Adult Theatre* c. *Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *Cohen* c. *California*, 413 U.S. 15, 25-26 (1973); *Abood* c. *Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, 235 (1977); *Marks* c. *United States*, 430 U.S. 188, 198 (1977).

[754] *Wooley* c. *Maynard*, 430 U.S. 705 (1977). Comparer *PruneYard Shopping Center* c. *Robins*, 447 U.S. 74, 85-88 (1980).

— «Live free or Die» — apposée sur les plaques d'immatriculation des véhicules automobiles violait le Premier amendement en ce qu'elle envahissait l'autonomie intellectuelle des individus. L'État ne peut contraindre un individu à transmettre un message idéologique sur sa propriété privée. Elle a aussi reconnu la constitutionnalité d'une loi qui permettait à la cour d'exercer une compétence *parens patriae* pour permettre à un enfant dont les parents étaient témoins de Jéhovah d'obtenir une transfusion sanguine[755]. La *Cour Rehnquist (1986-)* étendra ce principe judiciaire en statuant, dans l'arrêt *Johnson (1989)*[756], que l'action de brûler le drapeau national comportait un aspect communicatif susceptible d'être protégé par la Constitution.

L'un des corollaires à cette question est celui de savoir si l'État peut contraindre un individu à ne pas prendre des risques, comme par exemple en adoptant des lois réglementant le port de la ceinture de sécurité dans les véhicules automobiles ou le port du casque protecteur pour les cyclistes ou les motocyclistes. Bien que que la position favorisant la non-intervention de l'État pourrait s'appuyer sur la doctrine utilitariste de Jeremy Bentham, on conçoit aisément que dans la société moderne le risque assumé par la société, et en particulier les coûts reliés aux activités d'un individu, constitue un élément important qui peut justifier l'intervention de l'État. Il est plus difficile cependant de justifier, comme le souligne le professeur Tribe de l'Université Harvard, dans *American Constitutional Law (1988)*, la prohibition qui est faite de consommer certaines drogues ou certaines substances hallucinogènes — comme la

---

[755] Voir *Jehovah's Witnesses c. King County Hospital*, 390 U.S. 598 (1968).

[756] *Texas c. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Voir aussi *United States c. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) (action de brûler une carte d'enrôlement).

marijuana — puisque la dangerosité et les coûts sociaux engendrés par ces substances sont considérablement moindres que ceux engendrés par l'alcool qui fait pourtant l'objet d'une acceptation sociale fort étendue[757]. D'autant plus qu'il semble acquis que l'État peut contraindre un individu ayant démontré des comportements asociaux à l'internement et l'obliger à se soumettre à des thérapies utilisant des drogues sans son consentement[758].

Au Canada, la liberté de conscience et de religion est expressément garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne*. C'est dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd. (1985)*[759] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a défini le concept de la liberté de religion. Selon le juge en chef Dickson, la liberté de religion se caractérise essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte étatique[760]. La liberté de conscience, qui n'est pas expressément énoncée

---

[757] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe faisait cette constatation: «If in fact the State were to prohibit the use of all substance posing a given level of threat to the user, including, say alcohol, caffeine, and nicotine—all of which appear to entail significantly greater threats than marijuana [note supprimée] [...] to what degree can government veto the individual's choice to find expression through an activity entailing more than the customary degree of physical risk to the user?». Voir L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1324-1325.

[758] Voir *Minnesota c. Probate Court ex rel. Pearson*, 309 U.S. 270 (1940) (institutionalisation d'un déviant sexuel); *O'Connor c. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975) (traitements d'un individu incarcéré); *Addington c. Texas*, 441 U.S. 418, 432 (1979) *Vitek c. Jones*, 445 U.S. 480 (1980); *Mills c. Rogers*, 457 U.S. 291, 293 (1982); *Youngberg c. Romeo*, 457 U.S. 307, 324 (1982) (institutionalisation d'un individu souffrant de déficience intellectuelle); *Jones c. United States*, 463 U.S. 354, 370 (1983) (un acquittement d'un individu pour aliénation mentale permet à l'État de le détenir dans une institution psychiatrique). Voir aussi *Foucha c. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992). Voir généralement Note, «Aversion Therapy: Punishment as Treatment and treatment as Cruel and Unusual Punishment» (1976) 49 *South California Law Review* 880; B.F. SKINNER, *Beyond Freedom and Dignity*, New York, Knopf, 1971; J. DELGADO, *Physical Control of the Mind-Towards a Psychocivilized Society*, New York, Harper & Row, 1969.

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

[760] Le juge en chef Dickson s'exprimait ainsi: «Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de

dans le *Bill of Rights*, signifie que les croyances non «théocentriques» — comme les valeurs — sont constitutionnellement protégées[761]. De façon générale, la Cour suprême a statué que la liberté de religion comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses[762], de choisir un traitement médical[763] et de professer leurs croyances[764]. Bien que la Cour

---

professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela. La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisie d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience». Voir *R c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337.

[761] Voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 175-178 (j. Wilson) (une loi interdisant l'avortement viole la liberté de conscience garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne*).

[762] Dans *Jones (1986)*, le juge La Forest affirmait qu'une loi provinciale sur l'éducation obligatoire contrevenait à la liberté de conscience et de religion mais se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Dans *P. (D.) (1993)*, le juge L'Heureux-Dubé affirmait que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Dans *Young (1993)*, elle a cependant affirmé qu'entre la liberté de religion des parents et l'intérêt de l'enfant, il fallait favoriser ce dernier. Voir *R. c. Jones*, [1986] 1 R.C.S. 284; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

[763] Dans l'arrêt *B.R. (1995)*, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin conclurent que le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux, est un aspect fondamental de la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne* alors que le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major conclurent que l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne* n'autorisait pas les parents à imposer à leurs enfants des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «Il est évident que la Loi [la *Children Welfare Act*] ne vise pas à limiter la liberté des témoins de Jéhovah de choisir un traitement médical pour leurs enfants, dont la liberté de refuser une transfusion sanguine. [...] Cependant, si l'objet de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de

suprême du Canada ait défini très largement la liberté de conscience et de religion, elle l'a cependant circonscrite — par le biais de l'article premier — de telle sorte que les parents ne pourraient refuser l'éducation ou un traitement médical à leurs enfants sous prétexte que leur liberté de religion a été violée.

La violation de l'intégrité physique et morale se produit non seulement par des actions étatiques positives mais aussi lorsque l'État omet d'agir. Cette constatation a suscisté l'émergence d'une conception — qui connaîtra une certaine faveur de la doctrine[765] et de la jurisprudence[766] — voulant que l'État

---

religion des appelants, on ne peut en dire autant de ses effets. Le régime législatif mis en oeuvre par la Loi, qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant, les a privés du droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément à leurs croyances religieuses». Voir *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 382 (La Forest).

[764] *Voir Ross c. School District n° 15*, [1996] 1 R.C.S. 826. Voir aussi *Walter c. Alberta (A.G.)*, [1969] R.C.S. 383 (la liberté de religion ne comprend pas le droit de ne pas respecter une loi provinciale relativement au mode de tenure de la terre).

[765] Voir généralement I. BERLIN, *The Proper Study of Mankind — An Anthology of Essays*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1998; L.H. TRIBE, «The Abortion Funding Conundrum — Inalienable Rights, Affirmative Duties, and Dilemma of Dependence» (1985) 99 *Harvard Law Review* 330, 340-43; L. H. TRIBE, «Unravelling National League of Cities — The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services» (1977) 90 *Harvard Law Review* 1065; I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Londres, Oxford University Press, 1969. Voir contra R. BORK, «The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution» (1979) *Washington University Law Quarterly* 695.

[766] Voir *Goldberg c. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970); *Sniadach c. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 337 (1969); *Fuentes c. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972); *Shapiro c. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) (assistance sociale); *Memorial Hospital c. Maricopa (County)*, 415 U.S. 250 (1974)(assurance santé pour les situations non urgentes); *New Jersey Welfare Rights Organization c. Cahill*, 411 U.S. 619 (1973) (la discrimination de l'octroi de prestations d'aide sociale faites selon la légitimité d'un enfant est inconstitutionnelle); *Department of Agriculture c. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973) (la discrimination faite dans l'octroi de timbres de rationnement en fonction des relations entre les membres de la famille est inconstitutionnelle); *Department of Agriculture c. Murry*, 413 U.S. 508 (1973) (la discrimination faite dans l'octroi de timbres de rationnement en fonction des relations entre les membres de la famille est inconstitutionnelle); *Estelle c. Gamble*, 429 U.S. 97, 116-117 (1976) (l'inaction des autorités carcérales à l'égard des besoins médicaux des prisonniers violaient les Huitième et Quatorzième amendements); *Bounds c. Smith*, 430 U.S. 817 (1977) (les autorités carcérales ont l'obligation de

ait une obligation de fournir les moyens de subsistance aux individus. Cette *doctrine des droits positifs*, pour paraphraser le juge en chef Marshall dans l'arrêt *Ogden (1837)*[767], soulève cette question : doit-on laisser aux tribunaux le pouvoir de décider quelles sont les reponsabilités de l'État ou ne devrait-on pas plutôt laisser les citoyens exprimer leur satisfaction ou leur insatisfaction au moment de déposer leur bulletin de vote aux urnes?

(c) Le droit au respect des relations familiales et de l'autonomie personnelle

Alors qu'aux États-Unis, la Cour suprême a fait de la famille une zone de protection qui préservait un certain nombre de décisions intrinsèquement personnelles — concernant le mariage, le divorce, l'autorité parentale, la procréation, l'avortement, les relations sexuelles et l'aide au suicide — qu'un individu pouvait prendre, la Cour suprême du Canada a plutôt privilégié les notions de droits parentaux et d'autonomie personnelle afin d'assurer la protection constitutionnelle de ces mêmes intérêts. Nous examinerons la protection offerte à la famille et à l'autorité parentale (1.) ainsi que celle offerte à l'autonomie personnelle (2.).

---

favoriser l'accès aux tribunaux aux détenus en leur fournissant une assistance juridique et une bibilothèque juridique adéquate); *Youngberg* c. *Romeo*, 457 U.S. 307, 324 (1982)(l'État a l'obligation de fournir non seulement les choses vitales aux individus incarcérés dans des institutions psychiatriques mais de leur fournir également des soins permettant d'améliorer leurs conditions).

[767] *Ogden* c. *Saunders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 350-51 (1837).

1. La famille et l'autorité parentale

L'importance de la famille dans la société humaine est incontestable[768]. C'est dans les arrêts *Meyer (1923)*[769] et *Pierce (1925)*[770] que la *Cour Taft (1921-1930)* a donné une interprétation libérale au concept de liberté, que l'on retrouve au Quatorzième amendement et élevé la notion d'intégrité de la cellule familiale et des droits parentaux au rang de droit constitutionnel. Ainsi la Constitution des États-Unis protège les relations familiales et le droit de vivre en famille. La notion de la famille n'est cependant pas limitée à la famille nucléaire[771], consanguine[772] ou hétérosexuelle[773].

Le mariage et le divorce ainsi que l'autorité parentale constituent des relations protégées par le Quatorzième amendement et, vraisemblablement, par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Le caractère fondamental du droit au mariage a été reconnu par la *Cour Warren (1953-1969)* dans l'arrêt *Loving*

---

[768] Voir W. DURANT, The Story of Civilization 1, *Our Oriental Heritage — Being a History of Civilization in Egypt and the Near East to the Death of Alexander, and in India, China and Japan From the Beginning to Our Own Day; With An Introduction On the Nature and Foundations of Civilization*, New York, Simon and Schuster, 1963, 29-35.

[769] *Meyer* c. *Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923)(une loi qui interdit l'enseignement d'une langue moderne autre que l'anglais dans les écoles, publiques ou privées, est inconstitutionnelle). Voir aussi *Bartels* c. *Iowa*, 262 U.S. 404 (1923).

[770] *Pierce* c. *Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925)(une loi obligeant que l'enseignement scolaire soit dispensé exclusivement par les écoles publiques est inconstitutionnelle).

[771] Voir *Moore* c. *East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) (un règlement de zonage municipal qui excluait un grand-parent de la définition de famille est inconstitutionnel).

[772] *Smith* c. *Organization of Foster Families*, 431 U.S. 816 (1977)(un règlement de zonage qui interdisait à des familles d'accueillir des enfants est inconstitutionnel).

[773] Voir *Romer* c. Evans, (n° 94-1039) (20 mai 1996)(un règlement de zonage discriminatoire envers les couples du même sexe est inconstitutionnel). Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* a récemment statué, dans l'arrêt *M. c. H.* (1999), que l'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples du même sexe portait atteinte au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. Voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

(1967)[774] dans lequel elle a invalidé une loi qui interdisait les mariages interraciaux. Dans l'arrêt *Boddie (1971)*[775], la *Cour Burger (1969-1986)* étendra ce principe judiciaire à la dissolution du mariage étant donné qu'il s'agit d'un corollaire au droit fondamental de se marier[776].

Les revendications constitutionnelles relativement au droit à l'autorité parentale soulèvent le droit des parents de prendre des décisions relativement à l'éducation de leurs enfants ou des soins qui leur sont apportés. Il est manifeste que le système public d'éducation joue un rôle fondamental dans la société en ce qu'il valorise, à une époque où la diversité culturelle est la règle, une moralité publique commune et inculque les comportements sociaux acceptables. Cette nécessité d'une certaine homogénéité sociale se heurte cependant au droit des parents de prendre les décisions relatives au bien-être de leur enfant. Peu après la Première Guerre mondiale, deux décisions de la *Cour Taft (1921-1930)* affirmeront le droit à l'autorité parentale par le biais de la notion de liberté garantie par le Quatorzième amendement. Dans *Meyer*

---

[774] *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

[775] *Boddie c. Connecticut*, 410 U.S. 371 (1971) (l'imposition de frais judiciaires exorbitants qui a pour effet de limiter les divorces est inconstitutionnelle). Voir cependant *Sosna c. Iowa*, 419 U.S. 393 (l'obligation de résider dans un État depuis au moins un an pour obtenir un divorce est constitutionnelle).

[776] Dans l'arrêt *Zablocki (1978)*, la *Cour Burger (1969-1986)* statuait que le droit de se marier est si fondamental que l'État ne peut interdire à un individu de se marier ou de se remarier afin de garantir le respect de ses obligations financières découlant d'un premier mariage. Dans l'arrêt *Turner (1987)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* statuait qu'un règlement d'une institution carcérale qui interdisait aux détenus de se marier était inconstitutionnel. Voir *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Turner c. Safley*, 482 U.S. 78 (1987). Voir cependant *Mathews c. De Castro*, 429 U.S. 181 (1976) (une loi qui prévoit une discrimination sur la base du mariage dans l'attribution de prestations d'assistance sociale est constitutionnelle); *Califano c. Jobst*, 434 U.S. 47 (1977) (le retrait de prestations d'assistance sociale à un individu qui se marie avec un autre individu qui n'y a pas droit est constitutionnel); *Califano c. Boles*, 443 U.S. 282 (1979) (une loi qui limite l'attribution des prestations d'assistance sociale pour les individus divorcés est constitutionnelle).

(1923)[777], la Cour suprême a invalidé une loi qui interdisait l'enseignement des langues étrangères. Dans l'arrêt *Pierce (1925)*[778], elle affirmait, en déclarant inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques, que ce droit parental incluait aussi le droit de décider que son enfant fréquentera une école privée.

Ce principe judiciaire — reconnaissant le droit des parents à diriger l'éducation et l'enseignement de leur enfant — a été rappelé par la *Cour Hughes (1930-1941)* dans l'arrêt *Prince (1944)*[779] et semble avoir survécu jusqu'à ce jour[780]. Le droit à l'autorité parentale permettrait aussi aux parents d'infliger

---

[777] Considérant que la liberté des parents avait été violée, le juge McReynolds déclarait que la liberté: «denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men» . Voir *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923). Voir cependant la dissidence du juge Holmes dans l'arrêt *Bartels c. Iowa*, 262 U.S. 404, 412 (1923).

[778] *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

[779] *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944) (l'éducation d'un enfant fait partie de «the private realm of family life which the state cannot enter»)

[780] Dans *Yoder (1972)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a reconnu le droit de parents amish de décider de l'éducation de leur enfant. Elle affirmait, en déclarant inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques, que ce droit parental incluait aussi le droit de décider que son enfant fréquentera une école privée. Dans *Pico (1982)*, une pluralité de juges de la *Cour Burger (1969-1986)* a réaffirmé le principe judiciaire établi dans ces arrêts et statué qu'un conseil scolaire ne pouvait pas retirer certains livres de la bibliothèque d'une école sous prétexte qu'ils étaient anti-américain. À titre d'illustration, l'un des livres avait été retiré de la bibiliothèque d'une école simplement parce qu'il mentionnait que George Washington avait été propriétaire d'esclaves. Voir *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Board of Education c. Pico*, 457 U.S. 853, 873 (1982). Voir aussi *Board of Regents of State College c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Quilloin c. Walcott*, 434 U.S. 246, 255 (1978); *Caban c. Mohamed*, 441 U.S. 380 (1979) (un parent qui participe directement à l'éducation de son enfant a un droit constitutionnel d'être consulté relativement aux décisions le touchant); *Lehr c. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983)(l'existence d'un lien biologique entre un parent et un enfant ne confère pas un droit d'être consulté relativement aux besoins de l'enfant); *Michael H. c. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989)(la présomption que le conjoint

des punitions corporelles raisonnables à leurs enfants[781]. La *Cour Burger (1969-1986)*, dans l'arrêt *Parham (1979)*[782], a cependant reconnu que l'autorité parentale n'était pas absolue et que l'État pouvait prendre, en vertu de sa compétence *parens patriae*, la décision d'institutionnaliser un enfant mineur ou de lui prodiguer des soins médicaux[783] contrairement à la volonté exprimée par ses parents. Dans l'arrêt *Troxel (2000)*[784], la *Cour Rehnquist (1996-)* réaffirmera ce principe fondamental voulant qu'il revienne aux parents de prendre les décisions concernant le bien-être de leurs enfants.

Au Canada, c'est dans l'arrêt *Jones (1986)*[785] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a considéré pour la première fois la question de savoir si le droit à l'autorité parentale comportait le droit de prendre les décisions relatives à l'éducation de ses enfants. À l'exception du juge Wilson, qui était dissident, tous les juges ont affirmé que le droit à l'autorité parentale n'était pas un droit garanti par la notion de liberté de l'article 7 de la *Charte canadienne*. La *Cour*

---

d'une femme est le père de son enfant est constitutionnelle).

[781] Dans l'arrêt *Ingraham (1977)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué, quoique par une faible majorité de cinq juges, que les punitions corporelles infligées à des élèves étaient constitutionnelles et faisaient partie de l'exercice de l'autorité parentale. Au Canada, l'article 43 du *Code criminel* prévoit spécifiquement un droit à l'utilisation de la force pour corriger un élève ou un enfant. Voir *Ingraham* c. *Wright*, 430 U.S. 651 (1977); *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 43. Voir aussi *Baker* c. *Owen*, 423 U.S. 907 (1976) (l'approbation parentale n'est pas une exigence constitutionnelle afin de permettre aux enseignants d'infliger des corrections corporelles aux enfants).

[782] *Parham* c. *J.R.*, 442 U.S. 584 (1979) (rôle des parents dans le traitement de la maladie mentale de leur enfant).

[783] Voir *Jehovah's Witnesses* c. *King County Hospital*, 390 U.S. 598 (1968).

[784] *Troxel* c. *Granville*, (n° 99-138) (5 juin 2000).

[785] *R.* c. *Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Lamer (1990-2000) révisera ce principe judiciaire dans l'arrêt *B. (R.) (1994)*[786] en statuant que l'article 7 de la *Charte canadienne*, s'il ne protégeait pas l'intégrité de la cellule familiale, garantissait néanmoins l'autorité parentale.

Ainsi, la décision de parents — témoins de Jéhovah — de refuser de consentir à ce que leur enfant soit l'objet d'une transfusion sanguine constitue un droit compris dans la sphère d'autonomie personnelle protégée par l'article 7 de la *Charte canadienne* mais, en l'espèce, l'atteinte à ce droit n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale[787]. S'inspirant plus

---

[786] Le juge La Forest concluait que l'article 7 ne protège pas la cellule familiale mais plutôt l'autorité parentale: «Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société». Il citait avec approbation la définition du concept de l'intégrité de la cellule familiale proposé par dans un article intitulé *Family Law and the "Liberty Interest" (1983) dans* lequel les auteurs affirmaient que l'intégrité de la cellule familiale comprendrait deux droits distincts: l'intégrité familiale, qui est le droit de maintenir l'autonomie et l'indépendance de la famille dans la société, et l'autorité parentale, c'est-à-dire le droit de jouir de la vie familiale et de contrôler divers aspects de la vie de l'enfant sans ingérence extérieure. Voir *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 363-364, 371-373. Voir aussi N. BALA et J.D. REDFEARN, «Family Law and the "Liberty Interest" — Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983) 15 *Ottawa Law Review* 274, 281.

[787] Constatant que la *common law* reconnaît depuis longtemps le droit des parents à prendre des décisions pour leurs enfants, le juge La Forest affirmait que le pouvoir décisionnel des parents est une valeur fondamentale fondée sur l'autonomie personnelle garantie par la *Charte*. Ce ne sera que dans des cas exceptionnels — où le comportement des parents ne respecte pas la «norme minimale socialement acceptable» — que l'État sera justifié d'intervenir. Les juges Iacobucci et Major, qui s'exprimaient pour eux-même et pour le juge Cory, opinaient que le droit à la liberté consacré à l'article 7 de la *Charte* ne comprenait pas un droit des parents de refuser un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé. Les juges Iacobucci et Major s'exprimaient ainsi: «Intuitivement, nous ne sommes pas portés à admettre que la «liberté parentale» peut permettre à un parent de refuser à un enfant un traitement médical jugé nécessaire, jusqu'à ce qu'un quelconque élément de justice fondamentale soit respecté sur le plan procédural. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté [...]». Voir *B. (R.) c. Children's Aid*

particulièrement du sens que le juge en chef Dickson a donné à la notion de «liberté» employée à l'article premier et à l'alinéa 2a) dans les arrêts *Oakes (1986)*[788] *et Big M Drug Mart Ltd. (1985)*[789], le juge La Forest affirmait que dans une société libre et démocratique, la notion de liberté que l'on retrouve à l'article 7 de la *Charte canadienne* ne se limitait pas à la liberté physique et protégeait l'autonomie personnelle, c'est-à-dire, le droit de prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour soi-même.

Dans l'arrêt *O'Connor (1995)*[790], la *Cour Lamer (1990-2000)* réaffirmera que la notion de liberté comprend aussi le droit au respect de la vie privée. Dans *Godbout (1997)*[791], elle adoptera l'interprétation néo-libérale, à laquelle

---

Society of Meropolitan Toronto (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 432.

[788] *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

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

[790] *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 482 (j. L'Heureux-Dubé).

[791] Dans l'arrêt *Godbout*, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «L'analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. [...] J'estime même que cette sphère d'autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de «privé». Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelle». [...] À notre époque, la faculté de prendre des décisions sans intervention extérieure malvenue se heurte de plus en plus à des contraintes. Que cette situation découle de la modification de l'organisation sociale, du progrès technologique, de l'action gouvernementale ou d'une autre cause, elle a principalement comme effet de restreindre le champ des libertés individuelles. Bien que les exigences de la vie en société s'opposent, bien sûr, à ce que soit garanti à chacun le droit absolu d'agir comme bon lui semble, la faculté fondamentale des individus de faire des choix essentiellement privés sans subir de restrictions inopportunes commande la protection de la loi, de manière que seules des considérations importantes puissent faire obstacle à son exercice». Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 893-94.

avait référé le juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*[792], selon laquelle la protection constitutionnelle crée autour de chaque individu une zone d'autonomie personnelle dans laquelle: «[l]'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer [...], à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention»[793]. Les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants et le choix d'un lieu pour établir sa demeure appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. De façon générale, la possibilité pour un individu de déterminer son cadre de vie et de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins apportés à des êtres chers est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle protégée par le droit au respect de la vie privée.

2. L'autonomie personnelle

De toutes les décisions fondamentalement personnelles qu'un individu de sexe féminin peut prendre, la plus intime et la plus personnelle est incontestablement celle qui consiste à déterminer si elle souhaite ou non porter un enfant. À l'instar du professeur Tribe de l'Université Harvard, nous estimons qu'il est difficile de penser à une plus grande violation du droit au respect de la vie privée[794] que celle qui consiste à contraindre une femme de poursuivre

---

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

[793] *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 894.

[794] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe faisait cette affirmation: «If a man is the involuntary source of a child — if he is forbidden, for example, to practice contraception — the violation of his personality is profound; the decision that one wants to engage in sexual intercourse but does not want to parent another human being may reflect the deepest of personal impulses and convictions. But if a woman is forced to bear a child — not simply to provide an ovum but to carry the child to term — the invasion is incalculably greater.

une grossesse non désirée. C'est aussi ce qui ressort des décisions de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour suprême du Canada qui ont déclaré inconstitutionnelles les lois qui empiétaient sur la décision d'un individu d'avoir ou de ne pas avoir un enfant[795]. La contraception, l'avortement, les relations sexuelles et le droit de mourir soulèvent des questions morales, éthiques et juridiques complexes. Mais la nature même de ces questions touche l'autonomie personnelle, et plus précisément la capacité qu'a un individu de prendre lui-même les décisions qui le concernent. C'est, pour reprendre l'expression du professeur Tribe, «a question of power, pure and simple»[796].

C'est dans l'arrêt *Griswold (1965)* que la *Cour Warren (1953-1969)* statuera qu'une loi de l'État du Connecticut qui prohibait l'usage de contraceptifs et empêchait quiconque d'en encourager l'utilisation était inconstitutionnelle en ce qu'elle portait atteinte au droit constitutionnel au respect de la vie privée. Bien qu'il n'y ait aucune énonciation expresse du droit

---

Quite apart from the experience of pregnancy itself, an experience which of course has no analogue for the male, there is the attachment the experience creates, partly physiological and partly psychological, between mother and child. Thus it is difficult to imagine a clearer case of bodily intrusion, even if the original conception was in some sense voluntary [note supprimée]. Voir L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1340.

[795] *Voir Griswold c. Connecticut*, 381U.S. 479 (1965); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Voir aussi *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Poe c. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961); *Cleveland Board of Education c. Lafleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Turner c. Department of Employment and Security*, 423 U.S. 44 (1975). Voir généralement L. HENKIN, «Privacy and Autonomy» (1974) 74 *Columbia Law Review* 1410; W.M. BEANEY, «Griswold Case (85 Sup. Ct. 1678) and the Expanding Right to Privacy» (1966) *Wisconsin Law Review* 976; S.A., «Symposium on the Griswold Case and the Right to Privacy» (1965) 64 *Michigan Law Review* 197.

[796] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe faisait cette constatation: «*Roe v. Wade* was less a judgment about the relative importance of maternal liberty and fetal life, than it was a decision about *who* should make judgments of that sort [note supprimée]». Voir L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1352. Voir aussi *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

au respect de la vie privée dans le *Bill of Rights*, le juge Douglas a indiqué — s'autorisant de la *thèse de la pénombre* — que celui-ci se dégageait de l'ensemble du texte constitutionnel[797]. Quant au juge Goldberg, bien que souscrivant généralement aux motifs du juge Douglas, il estimait que le droit au respect de la vie privée s'appuyait sur le Neuvième amendement, lequel protège les droits fondamentaux innomés[798]. En dissidence, le juge Black rappelait que ce concept de droit au respect de la vie privée, tel qu'il était entendu par le juge Douglas, était analogue à celui du *freedom of contract* qui avait servi à obvier à l'application des normes étatiques relativement aux activités se déroulant dans des lieux privés[799].

---

[797] Voir généralement R.H. CLARK, «Constitution Sources of the Penumbra Right to Privacy» (1974) 19 *Villanova Law Review* 833; R.G. DIXON, «The Griswold Penumbra — Constitutional Charter for an Expanded Law of Privacy» (1965) 64 *Michigan Law Review* 197; P.G. KAUPER, «Penumbra, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten» (1965) 64 *Michigan Law Review* 235.

[798] Le juge Goldberg précisait qu'il est erroné de prétendre que le *Bill of Rights* ou le Quatorzième amendement ne protège que les droits énoncés spécifiquement dans la *Constitution*. Il estimait en effet que le Neuvième amendement — disposition analogue à l'article 26 de la *Charte canadienne* — stipulant que l'énumérarion de certains droits dans la *Constitution* ne doit pas être interprétée comme la négation d'autres droits, fonde un droit à la vie privée matrimoniale et entraîne l'invalidité de la loi contestée. Le Neuvième amendement a pour effet de protéger constitutionnellement certains droits fondamentaux innomés. La détermination de ces droits innomés se fait en privilégiant les droits fondamentaux dont la violation serait les principes de liberté et de justice à la base des institutions civiles et politiques. Le juge Goldberg range le droit au respect de la vie privée matrimoniale dans le concept de liberté protégé par le Neuvième amendement. Cette approche qui fait pivoter le droit au respect de la vie privée autour de la cellule familiale est fortement contestée. Le juge Harlan pour sa part fait reposer le droit au respect de la vie privée sur la clause de l'application régulière de la loi du Quatorzième amendement. Voir *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479. Voir aussi J.A. EICHBAUM, «Towards an Antonomy-Vased Theory of Constitutional Privacy — Beyond the Ideology of Familial Privacy» (1979) 14 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 361, 372.

[799] Selon Sanford Levinson, l'utilisation de l'appellation de droit au respect à la vie privée ne visait qu'à distinguer ce concept de la doctrine du *freedom of contract* qui a été invalidée par la *Cour Hugues (1930-1941)* dans l'arrêt *West Coast Hotel (1937)*. Dans *Privacy (1992)*, il affirmait ce qui suit: «that Griswold and successor cases were written using the language of privacy was due primarily to the desire to avoid direct comparison with Lochner». Voir S. LEVINSON, «Privacy», dans K.L. HALL, *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford,

Dans *Einsenstadt (1972)*[800], la *Cour Burger (1969-1986)* réaffirmera ce principe judiciaire en statuant que la loi de l'État du Massachusetts qui interdisait la distribution et la vente de contraceptifs aux femmes célibataires était inconstitutionnelle. Cet arrêt était annonciateur de l'arrêt *Roe (1973)*[801] puisque le juge Brennan y faisait ce commentaire: «If the right to privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision to bear or beget a child»[802].

Il reviendra cependant à la *Cour Burger (1969-1986)*, au grand étonnement de tous les observateurs, d'affirmer le droit d'une femme de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Dans l'arrêt *Roe (1973)*[803] — par une majorité de sept contre deux — elle a invalidé une loi du Texas qui criminalisait les avortements à l'exception des grossesses constituant un danger pour la mère. Après avoir conclu que le fœtus n'était pas une personne aux fins de

---

Oxford University Press, 1992, 674. Voir aussi *West Coast Hotel c. Parrish*, 300 U.S. 370 (1937).

[800] *Eisenstadt c. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

[801] *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973).

[802] *Eisenstadt c. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972).

[803] Dans *Roe (1973)*, le juge Blackmun affirmait ce qui suit: «This right of privacy [...] is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy». Plus loin, il rappelait l'étendue du droit constitutionnel au respect de la vie privée en ces termes: «The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line decision, however, [...] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution [...] These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed "fundamental" or "implicit" in the concept of ordered liberty, [...], are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage,[...]; procreation,[...]; contraception,[...]; family relationships, [...]; and child rearing and education. Les juges White et Rehnquist étaient dissidents. Voir *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 152-53 (1973). Voir généralement L.H. TRIBE, *Abortion — The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton & Company, 1990; HEYMANN et BARZELAY, «The Forest and the Trees — *Roe v. Wade* and its Critics» (1973) 53 *Buffalo University Law Review* 765.

l'application des garanties constitutionnelles[804], le juge Blackmun divisa la grossesse en trois trimestres. Pendant le premier trimestre, la décision de se faire avorter appartient à la femme et à son médecin, sans interférence de l'État. Au cours du deuxième trimestre, jusqu'au point crucial de la viabilité du fœtus, l'État peut réglementer l'avortement pour préserver la santé de la mère[805]. Ce n'est qu'à la viabilité du fœtus, au troisème trimestre, que l'État pourra interdire l'avortement[806]. En dissidence, le juge Rehnquist opinait, adoptant une approche originaliste, que l'interprétation du Quatorzième amendement devait se faire en fonction de l'intention des auteurs de la garantie constitutionnelle et du contexte social au moment où cet amendement constitutionnel a été adopté, soit immédiatement après la guerre civile américaine en 1866. Il critiqua sévèrement la division de la grossesse en trimestres ainsi que la limitation du droit de l'État de ne restreindre l'avortement qu'après la fin du premier semestre de la grossesse.

L'arrêt *Roe (1973)*[807] est manifestement l'une des décisions les plus importantes de la Cour suprême des États-Unis depuis l'arrêt *Brown (1954)*[808] — voir même de tout le XX^{e} siècle — et ce, tant pour les changements sociaux qu'il apporta que pour la controverse suscitée par la reconnaissance d'un droit

---

[804] Voir *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113, 156-159 (1973).

[805] Le principe voulant que la santé de la mère ait priorité sur celle de l'enfant sera réaffirmé par la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Colautti (1979)*. Voir *Colautti* c. *Franklin*, 439 U.S. 379, 400 (1979).

[806] Voir *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113, 164-65 (1973).

[807] Voir *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973). Dans *Walton (1973)*, un arrêt compagnon, la *Cour Burger (1969-1986)* a rejeté les exigences procédurales selon lesquelles les avortements devaient se faire dans des hôpitaux accrédités, à la suite de l'obtention de l'avis d'un second médecin et de l'approbation d'un comité thérapeutique. Voir *Doe* c. *Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

[808] *Brown* c. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

constitutionnel innomé : le droit au respect de la vie privée. Il soulèvera un questionnement sérieux de la légitimité du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois.

Dans les années qui suivirent, la *Cour Burger (1969-1986)* a eu à se prononcer sur plusieurs revendications constitutionnelles concernant des questions ancillaires à l'avortement[809] dont la question de savoir si un État pouvait adopter des dispostions législatives restreignant l'obtention des avortements pour les mineures[810] ou les subordonnant à l'obtention d'un consentement préalable[811]. À partir de 1983, bien que réaffirmant l'arrêt *Roe (1973)*[812], la *Cour Burger (1969-1986)* a commencé à relativiser le principe judiciaire voulant que les avortements puissent être obtenus librement[813].

---

[809] Voir *Bigelow c. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975) (interdiction de faire de la publicité dans les journaux concernant les avortements); *Connecticut c. Menillo*, 423 U.S. 9 (1975) (interdiction pour les individus qui ne sont pas médecins de procurer un avortement); *Singleton c. Wulff*, 428 U.S. 106 (1976) (intérêt des médecins d'intervenir dans une procédure concernant le financement des avortements par l'État); *Colautti c. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979) (obligation faite au médecin traitant de déterminer la viabilité du fœtus et obligation de prendre des mesures pour préserver la vie du fœtus).

[810] *Carey c. Population Service International*, 431 U.S. 678 (1977) (le principe judiciaire établi dans *Roe (1973)* s'applique également aux mineures âgées de moins de 16 ans).

[811] Voir *Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976) (l'obligation d'obtenir le consentement préalable du conjoint ou d'un parent est inconstitutionnelle); *Bellotti c. Baird*, 443 U.S. 622 (1976) (l'obligation pour les mineures d'obtenir le consentement des parents est constitutionnelle); *H.L. c. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981)(une disposition législative qui prévoit que les parents d'une mineure devaient être informés «if possible» est constitutionnelle).

[812] *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973).

[813] À titre d'illustration, l'exigence voulant que les avortements après le premier semestre se déroulent exclusivement dans les hôpitaux ou après une séance d'information du médecin traitant («informed consent») ou d'une période d'attente de 24 heures a été jugée constitutionnelle. La Cour suprême maintenait aussi la validité constitutionnelle d'une loi qui exigeait le consentement des parents dans la mesure où la loi prévoyait spécifiquement une procédure — ce que la doctrine a appelé «judicial bypass» — qui permettait aux femmes mineures de se soustraire à l'exigence du consentement édictée par la loi si elles réussissaient à

Cette interdiction faite aux gouvernements des États américains d'adopter des lois limitant les avortements a attisé le mécontentement et les pressions politiques. Après avoir considéré une modification constitutionnelle, les militants des groupes préconisant l'interdiction pure et simple des avortements se sont retournés vers une «*stratégie béiste*», pour utiliser une métaphore bien connue en droit constitutionnel canadien, qui consistait à faire élire des représentants et des sénateurs républicains au Congrès en souhaitant que ceux-ci favorisent la nomination de juges partisans de la doctrine de la retenue judiciaire ou qui s'opposaient ouvertement à l'avortement. Au cours des huit années que durera sa présidence, le Président Reagan nommera trois juges qui étaient des partisans de la doctrine de la retenue judiciaire en remplacement du juge en chef Burger et des juges Stewart et Powell, ces deux derniers ayant fait partie de la majorité dans *Roe (1973)*[814]. À la fin des années

---

convaincre un tribunal que c'était dans leur intérêt. La Cour suprême a toutefois jugé valide certaines autres restrictions comme par exemple le retrait du financement public ou la règle voulant que les avortements du deuxième trimestre se déroulent dans des cliniques autorisées et la présence d'un deuxième médecin pour les avortements qui surviennent après la viabilité. Dans *Thornburgh (1986)*, elle a statué que les exigences législatives de documenter et de rendre public les avortements constituaient du harcèlement contraire au droit constitutionnel au respect de la vie privée. Voir *Thornburg c. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986). Voir aussi *Maher c. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); *Beal c. Doe*, 432 U.S. 438 (1977); *Poellker c. Doe*, 432 U.S. 519 (1977); *Harris c. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Akron c. Akron Center for Reproductive Health (1983)*, 462 U.S. 416 (1983); *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri Inc. c. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983). Voir cependant *Simopoulos c. Virginia*, 462 U.S. 506, 516 (1983) (l'imposition de critères limitatifs est permis en autant qu'ils correspondent à une réalité médicale objective); *Hodgson c. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990) (le délai de 48 heures pour informer les parents d'une mineure est constitutionnel).

[814] Depuis la décision *Roe (1973)*, deux nouveaux juges ont joint la Cour suprême. Il s'agit du juge Stevens qui a remplacé le juge Douglas qui s'est retiré en 1975 et du juge O'Connor qui remplacera, en 1981, le juge Stewart. Le juge O'Connor deviendra la première femme à siéger à la Cour suprême des États-Unis. À la retraite du juge en chef Burger en 1986, le Président Reagan élèvera le juge Rehnquist à la présidence de la Cour suprême et nommera Antonin Scalia, juge de la Cour fédérale d'appel, en remplacement. Son aversion pour *Roe (1973)* était, au moment de sa nomination, du domaine public. L'année suivante, au départ du juge Powell, le Président Reagan tentera de nommer celui qu'on a qualifié de «leading conservative scholar», Robert Bork,

quatre-vingts, au moment de rendre sa décision dans l'arrêt *Webster (1989)*, la *Cour Rehnquist (1990-)* était majoritairement composée de juges favorisant la doctrine de la retenue judiciaire. L'arrêt *Webster (1989)*[815] constituera la

---

mais le Sénat refusa sa confirmation lorsque celui-ci admit avoir fumé de la marijuana. Le Président Reagan écartera son second choix, Douglas Ginsburg, lorsqu'il apprit que celui-ci avait aussi admis avoir fumé de la marijuana. C'est donc un autre juge de la Cour d'appel de la Californie, Anthony Kennedy, qui sera nommé par le Président Reagan et confirmé par le Sénat. Il ne restait donc plus que quatre juges de la majorité de *Roe (1973)*. Sur le plan stratégique, cela signifiait qu'il ne restait plus que quatre «votes solides» pour le maintien du principe judiciaire établi dans *Roe (1973)*, soit les juges Blackmun, Brennan, Marshall et Stevens. C'est donc cette cour qui entendra l'arrêt *Webster* en 1989. Le Président Bush remplacera deux autres juges de la majorité de *Roe (1973)* par les juges Souter et Thomas alors que le Président Clinton nommera, au départ des juges Blackmun et White, les juges Ginsberg et Breyer. Voir L.H. Tribe, *Abortion — The Clash of Absolute*, New York, W.W. Norton & Company, 1990, 18. Voir généralement T. EASTLAND, «Ultra-Wrong About Ultra-Right» (1989) 87 *Michigan Law Review* 1450; H. SCHWARTZ, *Packing the Court: The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*, New York, Charles Scribner's Sons, 1988.

[815] *Webster* c. *Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). La loi de l'État du Missouri, qui visait à encourager les grossesses plutôt que les avortements, prohibait l'utilisation des lieux publics ou le recours à des employés de l'État aux fins d'avortement. Elle prévoyait aussi que le médecin traitant devait effectuer un examen sur toutes les femmmes enceintes de plus de 20 semaines afin de déterminer la viabilité du fœtus. S'exprimant pour la majorité d'une pluralité d'opinions, le juge en chef Rehnquist a critiqué sévèrement certains aspects de l'arrêt *Roe (1973)* dont la division de la grossesse en trois trimestres. Il a aussi rejeté le critère de la viabilité établi dans *Roe (1973)*, affirmant que l'État avait un intérêt à protéger la vie humaine non seulement à la viabilité du fœtus, mais dès la procréation. En conséquence, conclut la Cour, les États peuvent réglementer les avortements tout au long de la période de la grossesse et non seulement au troisième trimestre comme l'avait décidé *Roe (1973)*. Le juge Scalia alla plus loin en exprimant l'opinion que le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Roe (1973)* devrait être révisé. Les juges White et Kennedy ont souscrit à l'opinion du juge en chef Rehnquist alors que les juges Scalia et O'Connor ont exprimé des motifs *concurrents*. Le dénominateur commun pour ces quatre juges — le juge en chef Rehnquist et les juges White, Kennedy et Scalia — pourrait simplement se résumer en affirmant que pour eux le droit à l'avortement n'est pas un droit fondamental qui mérite une protection constitutionnelle comme l'est, par exemple, la liberté d'expression. En dissidence, le juge Blackmun — qui avait rédigé les motifs de la majorité dans *Roe (1973)* — et les juges Brennan, Marshall et Stevens ont réaffirmé la conception néo-libérale voulant que la Constitution protège une sphère de la liberté individuelle qui permet de faire des choix personnels sans interférence de l'État. La décision d'avoir ou de ne pas avoir un enfant constitue ce type de décision intrinsèquement personnelle. Le juge O'Connor, représentant le vote déterminant («swing vote»), a favorisé le maintien des restrictions mais en affirmant cependant qu'il ne fallait pas renverser *Roe (1973)*. Maintenant la division de la grossesse en trois trimestres, le juge O'Connor a proposé un test d'appréciation pour déterminer la constitutionnalité des dispositions législatives pouvant avoir pour effet de restreindre l'accès à l'avortement: l'«undue burden». En l'espèce, le juge O'Connor conclut que les restrictions qu'imposait la loi du Missouri n'étaient pas un «undue

première véritable épreuve du principe judiciaire établi dans *Roe (1973)*[816] puisque c'était la première fois que la *Cour Rehnquist (1990-)* avait l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi restreignant les avortements. L'importance de cette affaire ne saurait être contestée. À preuve, 78 mémoires d'*amicus curiae* — un record absolu — ont été déposés[817]. Fortement divisée, la Cour réaffirmera le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Roe (1973)*[818] mais elle maintiendra toutefois, dans deux arrêts rendus en 1990, la constitutionnalité de lois restreignant l'obtention d'un avortement[819].

Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Casey (1992)*[820], la *Cour Rehnquist (1990-)* — malgré le remplacement des juges Marshall et Brennan par deux juges nommés par le Président Bush[821] — invoquera la règle du *stare decisis* pour réaffirmer l'arrêt *Roe (1973)*[822], en révisant toutefois certains aspects de cette

---

burden» et, en conséquence, la loi ne contrevenait pas au principe judiciaire établi dans l'arrêt *Roe (1973)*.

[816] *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[817] Voir L.H. TRIBE, *Abortion — The Clash of Absolutes*, New York, Londres, W.W. Norton & Company, 1990, 21. Voir aussi M.J. PERRY, «Abortion, the Public Morals, and the Police Power — the Ethical Function of Substantive Due Process» (1976) 23 *UCLA Law Review* 689.

[818] *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[819] *Ohio* c. *Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990) (l'obligation faite aux mineures d'obtenir soit le consentement de leurs parents soit l'autorisation de la cour juvénile par la procédure du «judicial bypass» avant d'obtenir un avortement est constitutionnelle); *Hodgson* c. *Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990) (la procédure du «judicial bypass» favorise le maintien de la constitutionnalité de l'obligation faite par une loi d'informer un parent). Voir aussi *Rust* c. *Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991)(un règlement qui interdisait au personnel médical de conseiller un individu en vue d'obtenir un avortement est constitutionnel).

[820] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* c. *Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

[821] Le Président Bush nommera les juges Souter et Thomas en remplacement des juges Brennan et Marshall.

[822] *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973).

décision. Premièrement, la majorité rejette l'approche qui distingue trois trimestres dans la grossesse et reconnaît à l'État un intérêt à réglementer la grossesse dès la procréation. Deuxièmement, elle consacre le critère de l'«*undue burden*»[823] proposé par le juge O'Connor dans l'arrêt *Webster (1989)*[824]. C'est d'ailleurs sur la base du critère de l'«*undue burden*» qu'elle invalidera, dans l'arrêt *Stenberg (2000)*, une loi de l'État du Nebraska qui criminalisait certaines techniques d'avortement[825].

Au Canada, c'est dans *Morgentaler (1988)*[826], que la *Cour Dickson (1984-1990)* devait examiner la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui interdisaient les avortements en regard des droits garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*. L'article 251 forçait les femmes enceintes, sous la menace de sanctions criminelles, à mener le fœtus à terme. Ce n'est que dans quelques cas exceptionnels bien établis, et une fois les exigences procédurales remplies, que l'avortement thérapeutique était permis. La majorité de la Cour, quoique pour des motifs différents, a conclu que le régime législatif énoncé à l'article 251 du *Code criminel* violait le droit à la sécurité de la personne protégé par

---

[823] Une loi qui place un fardeau excessif («undue burden») sur les individus désireux d'obtenir un avortement et qui aurait pour effet d'en rendre l'accès impossible serait inconstitutionnelle. Une loi qui rend un avortement plus difficile à obtenir ou plus onéreux ne respecte cependant pas ce critère. L'obligation de maintenir des registres, d'informer la personne quant aux conséquences de l'avortement («informed consent»), d'attendre 24 heures avant d'obtenir un avortement et, dans le cas de mineures, d'obtenir le consentement d'un parent ne constituent pas des obligations excessives. Seule l'exigence du consentement du conjoint le serait. Ainsi, le principe judiciaire relatif à l'obligation pour le médecin traitant d'informer quant aux conséquences de l'avortement («informed consent») formulé dans les arrêts *Akron (1983)* et *Thornburg (1986)* est renversé. Voir *Akron c. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburg c. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

[824] *Webster c. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

[825] *Stenberg (A.G. of Nebraska) c. Carhart*, (n° 99-830) (28 juin 2000).

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

l'article 7 de la *Charte canadienne* et que les exigences procédurales et les restrictions prévues à l'article 251 n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *Office des Services à l'enfant (1997)*[827], la *Cour Lamer (1990-2000)* concluait que la compétence *parens patriae* ne pouvait être invoquée à l'appui d'une ordonnance visant la détention d'une femme enceinte qui inhalait de la colle alors que la gravité de l'intoxication était de nature à endommager le système nerveux du fœtus. S'exprimant pour une majorité de sept juges, le juge McLachlin, rappelait le principe judiciaire établi dans l'arrêt

---

[827] Pour les juges de la majorité, l'atteinte à la liberté est beaucoup plus étendue que celle qui découle de l'ordonnance judiciaire visant l'enfant né. Dans ce dernier cas, le seul droit dont l'exercice est entravé est celui du parent de prendre des décisions relativement à son enfant alors que l'exercice de la compétence *parens patriae*, au bénéfice d'un enfant à naître, est susceptible de porter atteinte aux droits de la mère. Ainsi s'exprimaient-ils: «Permettre à l'enfant à naître d'ester en justice contre sa future mère aurait pour effet d'introduire une notion juridique radicalement nouvelle, soit que l'enfant à naître et la femme qui le porte constituent des personnes juridiques distinctes, dans le cadre d'une relation où chacune peut se dissocier de l'autre, voire s'opposer à l'autre. En outre, une telle notion juridique ne reflète aucunement la réalité de la situation concrète, l'enfant à naître et sa future mère étant, pour des raisons pratiques, unis par un lien qui ne peut être dissous qu'à la naissance. Une rupture aussi draconienne avec la qualification juridique traditionnelle des rapports entre l'enfant et sa future mère relève davantage du législateur que des tribunaux». En dissidence les juges Sopinka et Major considérait qu'un fœtus qui souffre en raison du comportement abusif de sa mère devrait pouvoir bénéficier de la compétence *parens patriae*. Le principe de la naissance vivante, sur lequel s'appuie le jugement de la majorité est un anachronisme juridique. L'exercice de la compétence *parens patriae* implique nécessairement un empiètement sur certains droits de la mère afin de protéger le fœtus mais elle peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances afin de préserver l'intégrité du fœtus. Voir *Office des Services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925. Voir aussi C. A. KYRES, «A "Cracked" Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse» (1991) 25 *New Englang Law Review* 1325. Voir aussi D. E. JONHSEN, «The Creation of Fetal Rights — Conflicts with Women's Constitutional Right to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986) 95 *Yale Law Journal* 599; J. E. HANIGSBERG, «Power and Procreation — State Interference in Pregnancy» (1991), 23 *Revue de droit d'Ottawa* 35.

Tremblay (1989)[828] selon lequel la femme enceinte et l'enfant ne forme qu'une seule personne. Dans ces circonstances, rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empièterait radicalement sur les libertés fondamentales de la mère, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre. Dans l'arrêt *Dobson (1999)*[829], la *Cour Lamer (1990-2000)* a réitéré ce principe judiciaire consacrant l'indivisibilité de la personne enceinte en statuant que le régime de responsabilité délictuelle ne saurait s'appliquer à la mère relativement aux actions négligentes qu'elle aurait commises pendant sa grossesse.

À la suite de ces décisions, on aurait pensé que toutes les décisions intrinsèquement personnelles bénéficiaient de la protection constitutionnelle. Or l'une des décisions les plus personnelles qu'un individu peut prendre est incontestablement celle concernant ses associations intimes parmi lesquelles se trouvent les relations sexuelles. Ce n'est cependant pas l'opinion qu'a exprimée la Cour suprême des États-Unis puisque dès la fin du siècle dernier, dans l'arrêt *Reynolds (1878)*[830], la *Cour Waite (1974-1888)* avait déclaré constitutionnelle une loi qui interdisait la polygamie.

Plus récemment, dans l'arrêt *Bowers (1986)*[831], une majorité de cinq juges

---

[828] *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

[829] *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 253.

[830] *Reynolds c. United States*, 98 U.S. 145 (1878). Voir aussi *Cleveland c. United States*, 329 U.S. 14 (1946).

[831] *Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Le juge White a rendu les motifs pour la Cour; le juge en chef Burger et les juges Powell, Rehnquist et O'Connor y ont souscrit. Voir aussi Note, «The Constitutional Status of Sexual Orientation — Homosexuality as a Suspect Classification» (1985) 98 *Harvard Law Review* 1285.

contre quatre a maintenu la constitutionnalité d'une loi de la Georgie qui prohibait la sodomie[832]. S'exprimant pour la majorité, le juge White a rejeté la proposition voulant que le droit au respect de la vie privée puisse protéger les relations sexuelles qui se déroulent privément entre deux individus. Pour lui, la question soulevée par ce renvoi consistait essentiellement à déterminer si le droit au respect de la vie privée comportait le droit de pratiquer la sodomie homosexuelle. Son opinion n'indique cependant pas, comme l'avait pourtant fait un tribunal d'instance inférieure de l'État de Georgie, si la Constitution tolérerait la sodomie hétérosexuelle. Les juges de la majorité ont disposé de ce pourvoi en adoptant une approche originaliste et ont accordé un poids considérable au fait qu'au moment de l'adoption de la garantie constitutionnelle, la majorité des États prohibaient sévèrement la sodomie.

En dissidence, le juge Blackmun affirmait que la véritable question en l'espèce ne concernait pas tant le fait de savoir si la Constitution permettait la sodomie homosexuelle que celle de savoir si elle garantissait l'autonomie personnelle[833]. Les juges dissidents citèrent avec approbation les propos que le juge Holmes tenaient dans *The Path of the Law (1897)*[834], dans lequel il

---

[832] Il est utile de préciser que l'*Official Code of Georgia*, qui criminalisait la sodomie, définissait très largement cette notion de façon à inclure toutes relations sexuelles qui ne visaient pas strictement la procréation. La sodomie est définie comme suit: «any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another».

[833] Or, comme le souligne si justement les juges dissidents, cette affaire «is no more about "a fundamental right to engage in homosexual sodomy" [...] than *Stanley v. Georgia* was about a fundamental right to watch obscene movies, or *Katz v. United States* was about a fundamental right to place interstate bets from a telephone booth. Rather, this case is about "the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men", namely, the "right to be let alone"». Voir *Bowers* c. *Hardwick*, 478 U.S. 186, 193 (1986) (j. Blackmun).

[834] O.W. HOLMES, «The Path of the Law» (1897) 10 *Harvard Law Review* 457, 469.

trouvait «revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds on which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past». Selon le professeur Tribe de l'Université Harvard, qui a représenté l'appelant devant la Cour suprême, en rejetant la revendication de monsieur Hardwick, la *Cour Rehnquist (1986-)* a rejeté six décennies de précédents relativement au droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel[835]. Cette décision soulève aussi la question de la légitimité du pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois puisque, en l'espèce, la Cour Rehnquist semble avoir opté pour l'affirmation de certaines valeurs d'une minorité éphémère plutôt que de préserver le monument de la stabilité juridique[836].

Le droit de mourir dans la dignité soulève aussi des questions éthiques et morales complexes qui s'opposent au droit au respect de la vie privée[837]. Si les

---

[835] Pourtant moins de trois semaines auparavant, la *Cour Rehnquist (1986-)* avait rendu sa décision dans l'affaire *Thornburgh(1986)*, dans laquelle elle réitérait le principe judiciaire voulant que l'autonomie personnelle et familliale bénéficie de la protection constitutionnelle. Voir *Thornburg c. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986). Voir aussi L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1422.

[836] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe de l'Université Harvard affirmait ce qui suit: «Bereft of unifying principles of intimacy, privacy, or autonomy, the Court's cases protecting family, marriage, and procreative choice may be in danger of becoming not enduring monuments to the rule of limited government, but merely ephemeral opinions of transient judicial majorities». Voir L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1430.

[837] Voir généralement R. DWORKIN, *Life's Dominion — An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993; M.M. PENROSE, «Assisted Suicide: A Though Pill to Swallow» (1993) 17 *Criminal Law Journal* 10; M. OTLOWSKI, «Mercy Killing Cases in the Australian Justice Criminal System» (1993) 17 *Criminal Law Journal* 10; Note, «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992) 105 *Harvard Law Review* 2021; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988; M.G. VELASQUEZ, «Defining Suicide» (1987) 3 *Issues in Law & Medecine* 37; M.A. SOMERVILLE, «Pain and Suffering at

tribunaux ont d'ores et déjà reconnu à un adulte le droit qu'il puisse refuser des traitements médicaux qui auraient pour effet de prolonger son existence[838], ils refusent toujours d'accepter que ce droit puisse comprendre celui de précipiter sa mort[839]. Le droit au respect à la vie privée, et plus particulièrement le droit à la dignité, le droit de contrôler ce qu'il advient de son corps et, surtout peut-être, le droit d'être libre de toute ingérence étatique relativement à ses décisions personnelles, ne sont-ils pas violés par une règle de droit qui empêche un individu d'obtenir de l'aide médicale afin de mettre fin à ses jours?

Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Cruzan (1990)*[840] que la *Cour Rehnquist (1986-)* a eu à se prononcer pour la première fois sur la question de savoir si un État pouvait restreindre le droit de mourir. S'exprimant pour la majorité, le juge en chef Rehnquist affirmait que le droit de refuser un traitement médical qui

---

Interfaces of Medicine and Law» (1986) 36 *University of Toronto Law Journal* 286; C.D. SHAFFER, , «Criminal Liability for Assisting Suicide» (1986) 86 *Columbia Law Review* 348; CANADA, Commission de réforme du droit, Rapport 20, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983; C. GUILLON et Y. LE BONNIEC, *Suicide, mode d'emploi : histoire, technique et actualité*, Paris, A. Moreau, 1982; E.W. KEYSERLINGK, «Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit», document d'étude pour la Commission de réforme du droit, *Protection de la vie*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1979; L. DEPAULE, «Le droit à la mort — Rapport juridique» (1974) *7 Revue des droits de l'homme* 64; G. WILLIAMS, The Sanctity of Life and the *Criminal Law*, New York, Knopf, 1957.

[838] Si les tribunaux acceptent qu'un adulte conscient puisse prendre une telle décision en ce qui le concerne, ils refusent que des parents puissent mettre en danger ou sacrifient la vie de leurs enfants, fusse-t-elle pour des motifs religieux. Voir *Jehovah's Witnesses c. King County Hospital*, 390 U.S. 598 (1968) (une loi permettant à la cour d'exercer une compétence *parens patriae* pour permettre à un enfant de témoins de Jéhovah d'obtenir une transfusion sanguine est constitutionnelle); *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315 (une loi permettant à la cour d'exercer une compétence *parens patriae* pour permettre à un enfant de témoins de Jéhovah d'obtenir une transfusion sanguine est constitutionnelle).

[839] Voir L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd, Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1370-1371.

[840] *Cruzan c. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

prolonge la vie est un aspect du droit à la liberté qui est garanti par le Quatorzième amendement[841]. Cependant, affirme-t-il, il n'y a rien dans la Constitution qui empêche un État de réglementer l'interruption des traitements médicaux puisque l'État a un intérêt à préserver la vie des individus. Dans les arrêts *Vacco (1997)*[842] et *Glucksberg (1997)*[843], la *Cour Rehnquist (1986-)* réaffirmait ce principe judiciaire en statuant que la prohibition faite par une loi d'un État d'aider un individu à précipiter sa mort était conforme au Quatorzième amendement.

Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* adoptera un principe judiciaire analogue dans l'arrêt *Rodriguez (1993)*[844]. Dans une décision fortement divisée, elle statuera que l'alinéa 241*b*) du *Code criminel* — lequel empêche un individu de conseiller, d'encourager ou d'aider un autre individu de se donner la mort — était conforme aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*. À l'instar de la Cour suprême des États-Unis et de la Chambre des Lords[845], la *Cour Lamer (1990-2000)*, a reconnu aux

---

[841] Dans une décision fortement divisée de cinq juges contre quatre, la Cour a maintenu le standard que la Cour suprême du Missouri avait établi, lequel voulait qu'on ne pouvait interrompre les traitements médicaux d'un individu qui se trouvait dans un état végétatif à moins que l'on puisse démontrer que celui-ci avait clairement («clearly and convincingly») manifesté sa volonté de mourir. Si le patient est inconscient et incapable d'exprimer sa volonté, l'État est justifié d'exiger une preuve convaincante que le patient a effectivement demandé la cessation du traitement.

[842] *Vacco* c. *Quill*, (n° 95-1858)(26 juin 1997).

[843] *Washington* c. *Glucksberg*, (n° 96-110)(26 juin 1997).

[844] *Rodriguez* c. *Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519. Le juge Sopinka rendra les motifs pour la majorité composée de lui-même et des juges La Forest, Gonthier, Iacobucci et Major. Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin étaient dissidents.

[845] Voir *Airedale N.H.S. Trust* c. *Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316 (H.L.) (autorisation d'interrompre, avec le consentement des parents, l'alimentation artificielle d'un garçon âgé de 17 ans maintenu

individus le droit en *common law* de refuser un traitement médical ou d'exiger qu'un traitement, une fois commencé, soit interrompu[846]. Cependant, après avoir examiné la législation étrangère, le juge Sopinka a constaté qu'une interdiction générale de l'aide au suicide — semblable à celle prescrite par l'article 241 du *Code criminel* —, se retrouvait dans l'ensemble des juridictions qu'il a examinées. En fait, l'interdiction d'aider un individu à se donner la mort constitue la norme au sein des démocraties occidentales. Or cette norme n'a jamais été rendue inconstitutionnelle ou jugée contraire aux droits fondamentaux dans aucune de ces juridictions[847]. Le juge Sopinka rejette de plus la distinction entre les formes actives et passives de traitement, lesquelles reposeraient sur une fiction juridique[848]. La valorisation de la vie humaine est un précepte fondamental du système juridique canadien et la Constitution doit préserver les institutions qui la protègent[849].

---

dans un état végétatif permanent à la suite de blessures physiques graves).

[846] Voir *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119 (détermination de la validité du consentement donné par une patiente qui est devenue quadriplégique à la suite d'une injection administrée par un professionnel de la santé).

[847] Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 585, 605 (j. Sopinka).

[848] Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 606-608 (j. Sopinka). Voir aussi Note, «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992) 105 *Harvard Law Review* 2021, 2030-2031; E.W. KEYSERLINGK, «Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit», document d'étude pour la Commission de réforme du droit, *Protection de la vie*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1979.

[849] Le juge Sopinka affirmait ce qui suit: «Le principe du caractère sacré de la vie signifie l'exclusion du libre choix de s'infliger la mort et certainement l'exclusion de la participation d'autrui à l'exercice d'un tel choix». Plus loin, il tirait cette conclusion: «S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protège. Ce consensus trouve son expression dans notre système juridique, qui interdit la peine capitale. Cette prohibition est fondée en partie sur le fait que permettre à l'État de tuer dévaloriserait la vie humaine et qu'ainsi l'État sert d'une certaine façon de modèle pour les individus de la société. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. [...] Permettre à un médecin de participer légalement à la suppression de la vie indiquerait qu'il existe

Ainsi, bien que la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême du Canada aient affirmé la nature expansive des contours du droit constitutionnel au respect de la vie privée en statuant qu'il ne devait pas être restreint par des classifications formalistes et étroites fondées sur la propriété privée, il semble qu'elles aient édulcoré considérablement — en adoptant une approche fondée sur l'ensemble des circonstances qui associent la protection constitutionnelle aux intérêts de propriété — la protection constitutionnelle offerte à l'autonomie de la volonté. Pourtant, tant la Cour suprême des États-Unis que la Cour suprême du Canada avaient consacré cette conception libérale classique selon laquelle les garanties constitutionnelles érigeraient autour de chaque individu une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention.

Ce principe judiciaire affirmant la protection de l'autonomie personnelle — protégeant la capacité d'un individu à prendre les décisions intrinsèquement personnelles qui le concernent — a cependant fait l'objet d'une interprétation judiciaire restrictive puisqu'en adoptant cette approche fondée sur *l'ensemble des circonstances*, tant la Cour suprême des États-Unis que la Cour suprême du Canada ont érigé l'arbitraire en méthode d'interprétation des droits constitutionnels.

---

des cas où l'État approuve le suicide». Voir *Rodriguez* c. *Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 585, 608 (j. Sopinka).

Chapitre 2

La protection de l'information

> Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.
>
> Extrait des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment* (1988).

Cet extrait des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment (1988)*[850] illustre admirablement bien l'importance que peut avoir l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée dans la société contemporaine. Depuis la fin des années trente, la prolifération des interventions gouvernementales dans l'économie — dont l'efficacité dépend de l'obtention d'informations et de l'institution de mesures de contrôle[851] — ainsi que l'accroissement du volume de la législation ont contribué à la multiplication exponentielle des immixtions de l'État dans la vie privée des individus. Ces développements caractérisent notre société «postindustrielle» que l'on qualifie de plus en plus de société de l'information.

---

[850] *R c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

[851] Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 102; G. LAPORTE, *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des Chartes*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 4.

Tant au Canada qu'aux États-Unis, la protection des informations personnelles est devenue une question cruciale dès le milieu des années soixante. Aux États-Unis, Alan Westin, avec son incontournable *Privacy and Freedoms (1967)*[852] , Charles Fried, avec un article intitulé *Privacy (1968)*[853], et Arthur Miller, avec *Assault on Privacy (1971)*[854], feront du contrôle de l'information l'élément central de la protection du droit à la vie privée. Au Canada, le Parlement[855] et les législatures provinciales[856] s'intéresseront à cette question dès la fin des années

---

[852] A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967.

[853] C. FRIED, «Privacy» (1968) *77 Yale Law Review* 475.

[854] A. MILLER, *The Assault On Privacy — Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Press, 1971.

[855] Le Parlement avait confié au *Comité de la justice et des questions juridiques* de la Chambre des communes le mandat d'étudier le droit à la vie privée. Le rapport du Comité conclura que: «[l]es principes démocratiques ne reposent pas sur l'efficacité de l'État ou sur le contrôle de l'ordre social par l'application du droit criminel, mais plutôt sur la liberté individuelle, celle de choisir son mode de vie, ses allégeances politiques et religieuses, ses croyances, et celle de conserver son identité morale, intellectuelle, physique et mentale». Entre 1964 et 1968, plusieurs «projets de loi privés» seront déposés à la Chambre des communes afin de criminaliser l'interception des communications téléphoniques, mais ce n'est qu'en 1974 que le Parlement adoptera la *Loi sur la protection de la vie privée*, L.C. 1973-74, c. 50. Voir CANADA, Chambre des communes, *Rapport du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, 1re session, 28e Légis., 1968-69, 7:12.

[856] En 1966, le gouvernement de la Colombie-Britannique a été le premier à créer une commission d'enquête concernant la protection de la vie privée. C'est à la suite d'une recommandation de cette commission d'enquête que la Législature de la Colombie-Britannique adoptera la première loi du Commonwealth visant la protection du droit à la vie privée. La loi remédiait aux déficiences de la *common law* en créant deux nouveaux «torts» qui sanctionnaient la violation de l'intimité et l'usage commercial non autorisé de la photographie ou du nom d'un individu. En 1968, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a présenté un rapport concernant le droit à la vie privée et en 1970, un comité de la Législature de l'Alberta a déposé un rapport semblable. La Législature du Manitoba, en 1970, la Législature de la Saskatchewan, en 1974, et la Législature de Terre-Neuve, en 1981, adopteront des lois visant la protection du droit à la vie privée analogues à celle de la Colombie-Britannique. Au Québec, malgré que les tribunaux aient reconnu dans plusieurs arrêts que l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* protégeait le droit à la vie privée, l'Assemblée Nationale du Québec consacrait expressément, en 1975, le droit à la vie privée à l'article 5 de la *Charte québécoise*. Voir *Privacy Act*, R.S.B.S. 1979, c. 336; *Privacy Act*, S.M. 1970, c. 74; *Privacy Act*, R.S.S. 1979, c. P-24; *An Act Respecting the Protection of Personal Privacy*, S.N. 1981, c. 6; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q.,

soixante. À la suite d'une conférence tenue à l'Université Queens au mois de mai 1970, ayant pour thème «L'ordinateur, la vie privée et la liberté d'information», les ministères fédéraux de la Justice et des Communications mettront sur pied le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* dont le mandat consistait à étudier l'impact que suscite l'avènement des banques de données sur la vie privée[857]. En plus de constater que les systèmes d'information amplifient considérablement la menace qui pèse sur le droit à la vie privée, le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* a aussi mis en relief l'inégalité de pouvoirs entre les individus et les organisations qui découle de la capacité de manipuler les informations.

Bien que l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée ne soit devenu une question d'intérêt public qu'à la fin des années soixante, les intérêts en matière de vie privée des individus à l'égard de leurs documents personnels ne sont cependant pas une innovation récente puisque déjà — dans *Entick (1775)* — lord Camden affirmait que les individus avaient un intérêt à préserver la confidentialité de leurs documents personnels. L'émergence du droit au respect de la vie privée comme politique d'intérêt public en droit contemporain — qui

---

c. C-12, art. 5. Voir aussi ALBERTA, Special Legislative Committee on Invasion of Privacy, *A Report to the Alberta Legislature*, 1970; P. McKINNON, «The Right to Privacy in British Columbia Before the Privacy Act» (1970) *5 University of British Columbia Law Review* 22; ONTARIO, Ontario Law Reform Commission, *Report on Protection of Privacy in Ontario*, 1968; J. ASTRENS, «Comment on the Privacy Act» (1968) 26 *The Advocate* 183.

[857] Le mandat du *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* consistait «d'une manière générale, à étudier les droits et les valeurs connexes, liés à l'individu, qu'ils soient actuels ou en voie de se constituer, ainsi que des questions découlant des possibilités d'atteinte à la vie privée par la collecte des données que renferment les systèmes d'information et de classement automatisés, de même que par leur stockage, leur traitement et leur exploitation». Il était composé de messieurs R.J. Gwyn, E.R. Olson, A.E. Gotlieb et G. V. La Forest, lequel deviendra juge à la Cour suprême du Canada. Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1972, 189-190.

culminera à l'adoption de lois visant la protection des renseignements personnels dans plusieurs juridictions — résulterait de l'incapacité des tribunaux d'accorder une protection constitutionnelle efficace aux informations personnelles[858]. Cette constatation a de quoi surprende puisque tant la Cour suprême des États-Unis — avec l'arrêt *Katz (1967)*[859] qui établissait le principe judiciaire voulant que le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux — que la Cour suprême du Canada — avec l'arrêt *Dyment (1988)*[860] qui consacrait expressément la protection de l'information — ont reconnu que le droit constitutionnel au respect de la vie privée protégeait les informations personnelles. Dans ce deuxième chapitre, nous examinerons la protection constitutionnelle offerte à l'Information, et plus précisément en ce qui a trait à la correspondance (1.), aux conversations téléphoniques (2.), à la filature et à la surveillance (3.) ainsi qu'aux données à caractère personnel (4.).

2.1. La correspondance

Aux États-Unis, c'est un principe judiciaire reconnu depuis fort longtemps que la *correspondance*[861] transmise par le service postal ne peut être l'objet d'une

---

[858] Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, le professeur O'Brien faisait cette constatation: «Privacy protection policies may be viewed as designed to ensure a citizen's political ideal of privacy by legislative enactments that compensate for the circumscribed contours of constitutionally protected privacy [...] In other words, judicial policies failed to foster a framework and legal safeguards for ensuring privacy interests with respect to mandatory non-associational and non-incriminatory disclosures of personal information, governmental access to personal information held by third parties, and governmental storage and disclosure of personal information». Voir D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 203-204.

[859] *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

[860] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

[861] Bien que le mot *correspondance* semble être restreint aux relations par écrit, comme les échanges de lettres, entre deux personnes, nous employons cette expression dans un sens plus large afin d'inclure tout les objets qui sont transmis par la poste et qui ne sont pas à proprement

inspection — si ce n'est en vertu d'un mandat de perquisition — ou d'un régime de censure étatique[862]. Ce principe judiciaire fondamental a été établi par la *Cour Waite (1874-1888)* au siècle dernier dans l'arrêt *Ex parte Jackson (1878)*[863]. Dans l'arrêt *Lamont (1965)*[864], la *Cour Warren (1953-1969)* réitérait ce principe judiciaire voulant que la correspondance transmise par le service postal ne puisse être

---

parler des lettres. Dans son acception classique, le mot *correspondance* était employé dans le sens d'«avoir une communication avec», à propos de deux objets, de deux lieux ou de deux personnes. Il signifie alors «avoir des relations, communiquer», par lettre si la personne est éloignée ou par signes si elle est empêchée de parole. Voir LE ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, 502; LE ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert — Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, 479.

[862] Dans l'arrêt *Hannegan (1946)*, la *Cour Stone (1941-1946)* reprenait les propos dissidents que les juges Holmes et Brandeis avaient exprimés dans l'arrêt *Burleson (1921)* et consacrait le principe judiciaire voulant que le receveur des postes ne puisse se servir du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par la loi afin de créer un régime de censure. S'exprimant pour la Cour, le juge Douglas affirmait: «An examination of the items makes plain, we think, that the controversy is not whether the magazine publishes "information of public character" or is devoted to "literature" or the "art". It is whether the contents are "good" or "bad". To uphold the order of revocation would, therefore, grant the Postmaster General a power of censorship. Such a power is so abhorrent to our traditions that a purpose to grant it should not be easily inferred. [...] Under our system of Government there is an accommodation for the widest varieties of tastes and ideas [note supprimée]. What is good literature, what has educational value, what is refined public information, what is good art, varies from individuals as it does from one generation to another. There doubtless would be a variety of views concerning Cervantes' Don Quixote, Shakespeare's Venus & Adonis, or Zola's Nana. But a requirement that literature or art conforms to some norm prescribed by an official smacks of an ideology foreign to our system». Voir *Hannegan c. Esquire Inc.*, 327 U.S. 146, 153, 157-158 (1946). Voir aussi *Milwaukee Publishing Co. c. Burleson*, 255 U.S. 407, 421-423, 430-32, 437-438 (1921). Le juge Holmes, bien que s'exprimant en dissidence, affirmait que: «the use of the mails is almost as much a part of free speech as the right to use our tongues». En ce qui a trait à l'exercice valide de la discrétion du receveur des postes, voir les arrêts *Houghton c. Payne*, 194 U.S. 88 (1904), *Bates & Guild Co. c. Payne*, 194 U.S. 106 (1904) et *Smith c. Hitchcock*, 226 U.S. 53 (1912).

[863] Voir *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1878).

[864] *Lamont c. Postmaster General*, 381 U.S. 301, 306 (1965). Dans l'arrêt *Lamont (1965)*, la *Cour Warren (1953-1969)* statuait que le paragraphe 305(a) de la *Postal Service and Federal Employees Salary Act de 1962*, qui autorisait le receveur des postes de retenir la correspondance véhiculant de la «propagande communiste», était inconstitutionnel en ce qu'il contrevenait au Premier amendement à la Constitution américaine.

l'objet d'une rétention arbitraire. Dans la séquence d'arrêts *Roth (1957)*[865] — *Ginzburg (1966)*[866], la *Cour Warren (1953-1969)* confirmait cependant, malgré le principe judiciaire établi par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *Hannegan (1946)*[867], la constitutionnalité des dispositions d'une loi fédérale qui prohibaient la transmission de matériel obscène en utilisant le service postal.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Van Leeuwen (1970)*[868], la *Cour Burger (1969-1986)* mitigera — bien qu'elle ait reconnu au cours du même terme, dans l'arrêt *Rowan (1970)*[869], que les individus bénéficiaient d'un droit au respect de leur vie privée relativement à la correspondance — le principe judiciaire établi dans la séquence d'arrêts *Ex Parte Jackson (1878) — Lamont (1965)* en statuant que les autorités étatiques pouvaient, dans certaines circonstances, retenir la correspondance d'un individu afin de leur permettre d'obtenir un mandat de perquisition et de procéder à l'ouverture d'un colis suspect.

---

[865] *Roth* c. *United States*, 354 U.S. 476 (1957). Dans *Pereira (1954)*, la *Cour Warren (1953-1969)* semble avoir tacitement reconnu la constitutionnalité des dispositions du *U.S. Code* concernant les actes frauduleux commis en utilisant le service postal. Voir *Pereira* c. *United Sates*, 347 U.S. 1 (1954).

[866] *Ginzburg* c. *United States*, 383 U.S. 463 (1966). Voir aussi *Freedman* c. *Maryland*, 380 U.S. 51 (1965) (l'établissement d'un régime de censure de nature essentiellement administrative est constitutionnel).

[867] *Hannegan* c. *Esquire Inc.*, 327 U.S. 146, 153, 157-158 (1946).

[868] *United States* c. *Van Leeuwen*, 397 U.S. 249 (1970).

[869] Dans l'arrêt *Rowan (1970)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a cependant confirmé la constitutionnalité du Titre III de la *Postal Revenue and Federal Salary Act of 1967*, selon lequel les individus peuvent demander à ce que leur adresse postale soit retirée de la liste d'envoi d'entreprises commerciales dont la publicité est distribuée par le service postal. Reconnaissant le droit au respect à la vie privée des individus, le juge en chef Burger a indiqué que la liberté de communiquer des entreprises commerciales s'arrêtait au seuil de la porte des individus qui ont exprimé clairement leur volonté de ne pas recevoir la publicité commerciale. Voir *Rowan* c. *United States Post Office Department*, 397 U.S. 728, 737 (1970). Voir aussi *Martin* c. *Struthers (City of)*, 319 U.S. 141 (1943); *Public Utilities Commission of Disctrict of Columbia* c. *Pollack*, 343 U.S. 451 (1952).

La *Cour Burger (1969-1986)* poursuivra l'interprétation restrictive de la *Cour Warren (1953-1969)* relativement à la diffusion du matériel obscène[870] et reconnaîtra, dans l'arrêt *Procunier (1974)*[871], la validité constitutionnelle d'un régime de censure établi par un règlement visant la correspondance des détenus. Dans l'arrêt *Ramsey (1977)*[872], elle confirmera la constitutionnalité d'une loi fédérale qui autorisait les douaniers à inspecter la correspondance internationale[873]. Ce principe judiciaire autorisant la censure de la correspondance dans certaines circonstances ne saurait toutefois, comme l'affirmait la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Bolger (1983)*[874], permettre au receveur des postes d'interdire d'une manière générale la publicité faite par une société pharmaceutique qui faisait la promotion de ses produits contraceptifs. Dans l'arrêt *Jacobsen (1984)*[875], la Cour devait déterminer si des agents de l'État pouvait examiner le contenu d'une correspondance, laquelle contenait des stupéfiants, qui avait été préalablement ouverte par une entreprise privée de messageries. Étonnamment, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que les agents du *Drug Enforcement Agency (DEA)* n'avaient pas à obtenir un mandat de perquisition pour procéder à l'examen du colis

---

[870] Bien qu'elle ait déclaré, dans l'arrêt *Blount (1971)*, que le régime de censure établi par le Titre 39 du *U.S. Code* violait le Premier amendement à la Constitution américaine en ce qu'il ne répondait pas aux standards minimaux établis dans l'arrêt *Freedman (1965)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a maintenu, dans l'arrêt *Reidel (1971)*, le principe judiciaire établi par la *Cour Warren (1953-1969)* et statué que les dispositions du *U.S. Code* prohibant la diffusion de matériel obscène étaient constitutionnelles. Voir *Blount c. Rizzi*, 400 U.S. 410 (1971); *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States c. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971).

[871] *Procunier c. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

[872] *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977).

[873] S'exprimant pour la Cour, le juge Rehnquist (tel qu'il était alors) a fait remarquer que l'inspection de la correspondance internationale était constitutionnelle — elle est le prolongement de l'exception douanière («border-search exception») — en autant qu'elle respecte les prescriptions législatives et réglementaires. Voir *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977).

[874] *Bolger c. Youngs Drug Product Corp.*, 463 U.S. 60 (1983).

[875] *United States c. Jacobsen* , 466 U.S. 109 (1984).

puisque l'immixtion originelle n'était pas assujettie aux garanties constitutionnelles. Ce faisant, la découverte subséquente par les agents du *DEA* était présumée avoir été faite validement et se justifiait par l'application de la *doctrine de l'objet bien à la vue*[876].

En somme, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que la correspondance constitue un aspect du droit à la vie privée constitutionnellement protégé par les Premier et Quatrième amendements à la Constitution américaine. De façon générale, la correspondance transmise par le service postal bénéficie de la protection constitutionnelle et ne saurait donc être, en conséquence, l'objet d'une immixtion étatique si ce n'est en vertu d'un mandat de perquisition ou du consentement explicite de l'individu intéressé. Ce principe judiciaire fait toutefois l'objet de plusieurs exceptions. En plus de la correspondance internationale et de

---

[876] Nous marquons notre étonnement puisque moins de quatre ans auparavant, la *Cour Burger (1969-1986)* avait affirmé — dans l'arrêt *Walter (1980)* — le principe judiciaire contraire. La *Cour Burger (1969-1986)* a aussi statué, dans l'arrêt *Greenburg Civil Association (1981)*, que le régime de réglementation pour l'acheminement et le transport de la correspondance ne contrevenait pas à la liberté d'expression garanti par le Premier amendement. Dans l'arrêt *Walter (1980)*, *la Cour Burger (1969-1986)* statuait qu'une correspondance livrée par inadvertance à une tierce partie qui a découvert que celle-ci contenait des dessins et des films 8 millimètres comportant des relations homosexuelles ne permettait à un agent du FBI, à qui l'on avait subséquemment remis le matériel, d'examiner le contenu des films. Bien que légalement en possession du matériel, les agents du FBI ne pouvaient pas en prendre connaissance puisque, en l'absence d'un mandat de perquisition ou d'un consentement explicite, tant l'expéditeur que le destinataire bénéficiaient d'attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard de ce matériel. Dans *Greenburgh Civic Association (1981)* la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que le Titre 18 U.S.C. 1725, lequel prohibe le dépôt de courrier non affranchi dans les boîtes postales du *United States Postal Service*, ne constituait pas une limite déraisonnable à la liberté d'expression des résidents de Greenburgh. Voir *Walter* c. *United States*, 447 U.S. 649 (1980); *United States Postal Service* c. *Greenburgh Civic Association*, 453 U.S. 114 (1981). La *Cour Rehnquist (1986-)* semble ne s'être prononcée qu'une seule fois — dans l'arrêt *McNally (1987)* — sur cette question et ce n'était que pour confirmer la constitutionnalité des dispositions d'une loi fédérale qui interdisait l'utilisation du service postal pour commettre des actes frauduleux. Voir *McNally* c. *United States*, 483 U.S. 350 (1987).

celle des individus incarcérés, il semblerait que certains types de discours ou de matériels — tel le matériel obscène ou le matériel frauduleux — ne soient pas constitutionnellement protégés[877]. Pis encore, tant la *Cour Warren (1953-1969)* que la *Cour Burger (1969-1986)* ont reconnu la constitutionnalité d'un mécanisme d'appréciation plus souple de la *raisonnabilité* des immixitions étatiques lorsqu'un colis semble suspect ou lorsque qu'il a été ouvert par un tiers. Toutes ces exceptions cependant s'appuient sur un dénominateur commun, soit l'existence d'un régime législatif ou réglementaire ou encore d'une règle de la *common law* qui autorise expressément l'immixtion étatique.

Au Canada, bien que la Cour suprême ne se soit pas prononcée sur la question de savoir si la correspondance bénéficie de la protection constitutionnelle depuis l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la *Constitution*, il ne fait aucun doute que la protection de la correspondance constitue un aspect du droit au respect de la vie privée constitutionnellement protégé par l'article 8 et vraisemblablement par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*[878].

---

[877] S'il faut en croire les propos de Gérald Gunther, ancien clerc du juge en chef Warren, rapportés par Ed Cray dans *Chief Justice—A Biography of Earl Warren (1997)* le renversement du principe judiciaire établi par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *Hannegan (1946)* par la *Cour Warren (1953-1969)*, dans l'arrêt *Roth (1957)*, découlerait davantage de l'expression des convictions personnelles du juge en chef Warren que du fruit d'une longue réflexion juridique. Ed Cray rapporte les propos que le juge en chef Warren aurait tenus à son clerc: «I've got three daughters, and Virginia is still at home. As long as I sit, I will never going to vote for any of those pimps». Voir E. CRAY, *Chief Justice—A Biography of Earl Warren*, New York, Simon & Schuster, 1997, 303.

[878] L'arrêt *Solosky (1980)* illustre l'état du droit sur cette question avant l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la *Constitution*. Dans cet arrêt surprenant, la *Cour Laskin (1973-1984)* avait statué que le régime de réglementation d'une institution carcérale, qui autorisait l'immixtion dans la correspondance des détenus, avait préséance sur le privilège entre avocat et client, principe pourtant ancré depuis longtemps en droit anglo-canadien. Voir *Solosky c. R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 821.

Sur le plan législatif, la correspondance est protégée par le *Code civil du Québec*[879] ainsi que par la *Loi sur la société canadienne des postes*[880] et le *Code criminel*[881]. La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*[882], la *Loi sur les douanes*[883] et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*[884] prévoient un régime d'exception qui permet de prendre connaissance du contenu de la correspondance dans certaines situations définies par ces lois. À l'instar de la situation qui prévaut aux États-Unis, au Canada, les immixtions dans la correspondance seront conformes à la *Charte canadienne* en autant qu'elles s'appuient sur une règle de droit ou sur le consentement du principal interessé.

2.2. Les conversations téléphoniques

Les développements technologiques — notamment le téléphone et la radio — qui eurent lieu à la fin du XIX[e] siècle modifieront l'équilibre consacré par le *Bill of Rights* entre le droit au respect de la vie privée et la surveillance étatique en permettant que des actions se déroulant entièrement à l'intérieur d'un lieu constitutionnellement protégé puissent être interceptées, écoutées ou

---

[879] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 36. 6°.

[880] L'article 40 édicte, sous réserves de certaines exceptions, que les transmissions postales ne sont pas susceptibles de «revendication, saisie ou rétention» à l'exception de la correspondance internationale et de certains envois domestiques. Les envois d'arrivée du régime international sont soumis, selon le paragraphe 42(1) de la *Loi sur la société canadienne des postes*, au contrôle douanier s'ils contiennent ou si l'on soupçonne qu'ils contiennent une chose dont l'importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la *Loi sur les douanes* ou de toute autre loi fédérale. Voir *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. 1985, c. C-10, art. 40-42.

[881] *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 356.

[882] *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23, art. 21(3).

[883] *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, c. 1, art. 99(2).

[884] *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20.

enregistrées dans des lieux physiques éloignés. En d'autres termes, les développements technologiques rendaient possible une immixtion étatique sans qu'une intrusion physique ait lieu.

Aux États-Unis, l'interception des conversations téléphoniques est devenue un moyen d'enquête privilégié des agences de mise en application de la loi qui luttaient contre la contrebande des boissons alcooliques dès le début du siècle[885]. C'est dans l'arrêt *Olmstead (1928)*[886] que la Cour *Taft (1921-1930)* a considéré, pour la première fois, la question de savoir si le Quatrième amendement s'appliquait à l'interception des conversations téléphoniques. S'exprimant pour une majorité de cinq juges, le juge en chef Taft a conclu qu'un individu n'a aucune attente en matière de vie privée en ce qui a trait à ses conversations téléphoniques. L'absence d'intrusion physique et l'intangibilité des communications téléphoniques sont les deux arguments qui ont été retenus par le juge en chef Taft pour justifier cette décision. De fait, le juge en chef Taft a adopté une interpétation littérale du Quatrième amendement alors que le juge Brandeis proposait, en dissidence, une interprétation large et libérale selon laquelle la protection offerte par le Quatrième amendement devait évoluer selon les changements technologiques et ne devrait pas être limitée à la conception particulière que le *constituant* pouvait en avoir lors

---

[885] Dans son ouvrage intitulé *L'écoute électronique au Canada (1981)*, Daniel A. Bellemare affirme que l'interception des communications privées était un moyen d'enquête commun dans l'État de New York en 1895 et que dans les années vingt — à l'époque de la prohibition — l'interception des conversations téléphoniques était devenue un instrument d'enquête privilégié du gouvernement américain qui luttait contre la contrebande d'alcool. Certains États avaient toutefois pris des mesures législatives avant cette date. L'État de la Californie, par exemple, avait adopté une loi prohibant l'interception des messages télégraphiques dès 1862. L'interception des messages télégraphiques avait pris des proportions considérables pendant la guerre civile américaine (1860-1865). Voir D.A. BELLEMARE, *L'écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1981, 24.

[886] *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

de l'adoption du texte constitutionnel[887].

Six ans après cette décision de la Cour *Taft (1921-1930)*, le Congrès adopta la *Federal Communications Act*[888] dont la validité constitutionnelle a été confirmée par la Cour *Hughes (1930-1941)* dans l'arrêt *Nardone (1937)*[889], laquelle imposait une certaine limitation à l'écoute électronique gouvernementale. Après cette date, les efforts de certains États de légiférer afin de permettre l'interception de

---

[887] Selon le juge Brandeis, l'interception des conversations téléphoniques menace le droit au respect de la vie privée comme aucun autre moyen ne l'avait fait auparavant: «The evil incident to invasion of the privacy of the telephone is far greater than that involved in tampering with the mails. [...] As a means of espionage, writs of assistance and general warrants are but puny instruments of tyranny and oppression when compared with wire taping». Il poursuivait en indiquant que la Cour doit éviter de donner une interprétation littérale aux garanties constitutionnelles: «The protection guaranteed by the amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the government, the right to be let alone — the most comprehensive of rights and the right the most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the government upon privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And the use, as evidence in a criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth». Voir *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438, 475-479 (1928).

[888] L'article 605 se lisait ainsi: «[...] no person not being authorized by the sender shall intercept any communication and divulge or publish the existence, contents, purport, effect, or meaning of such intercepted communication to any person». Voir *Federal Communications Act*, Ch. 652, 48 Stat. 1103 (1934), 47 U.S.C. Sec. 605. Voir aussi *Weiss c. United States*, 308 U.S. 321 (1939)(l'article 605 de la *Federal Communications Act* s'applique tant aux communications locales qu'aux communications interétatiques). La preuve ainsi obtenue était inadmissible lors des procès des tribunaux fédéraux. Elle demeurait cependant admsissible devant les tribunaux locaux. Voir *Wolf c. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949); *Schwartz c. Texas*, 344 U.S. 199 (1952); *Mapp c. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Lee c. Florida*, 392 U.S. 378 (1968).

[889] *Nardone c. United States*, 302 U.S. 379 (1937)(l'interception des conversations téléphoniques effectuée par des agents de l'État viole l'article 605 de cette loi à moins que l'une des parties à la conversation ait donné son consentement). Voir aussi *Rathbun c. United States*, 355 U.S. 197 (1957)(le consentement de l'une des parties à la conversation rend l'interception conforme aux prescriptions de la loi). Voir cependant *Goldstein c. United States*, 316 U.S. 114 (1942) (le témoignage d'une personne peut cependant être obtenu par écoute électronique).

conversations téléphoniques ont été systématiquement déclarés inconstitutionnels par la Cour suprême[890]. Il faudra attendre toutefois l'arrêt *Berger (1967)*[891] avant que la *Cour Warren (1953-1969)* ne consacre définitivement le principe judiciaire selon lequel l'interception des conversations téléphoniques constitue une perquisition au sens du Quatrième amendement.

Ce principe judiciaire sera mis en oeuvre par le Congrès l'année suivante au moyen de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*[892]. Dans l'arrêt *United States District Court (1972)*[893], la *Cour Burger (1969-1986)* réaffirmera le principe judiciaire voulant que les écoutes électroniques domestiques effectuées sans mandat, violent le Quatrième amendement, fussent-elles faites pour des motifs de sécurité nationale. Dans l'arrêt *Dalia (1979)*[894], elle statuait qu'une autorisation d'écoute électronique conférait un pouvoir implicite aux agents de l'État d'entrer subrepticement dans un lieu afin d'y placer les appareils d'écoute électronique. Dans *Smith (1979)*[895], la *Cour Burger (1969-1986)* statuera que l'utilisation d'un «pen register» — lequel permet d'identifier et d'enregistrer les numéros composés à partir d'un appareil téléphonique particulier —, ne constitue pas une perquisition au sens du Quatrième amendement.

---

[890] Voir notamment *Benanti c. United States*, 355 U.S. (1957).

[891] *Berger c. New York*, 388 U.S. 41 (1967).

[892] Loi adoptée le 19 juin 1968, maintenant désignée et codifiée comme étant le 18 U.S.C. §§2510 à §2520 («titre III»). Voir aussi J.G. CARR, *The Law of Electronic Surveillance*, (édition à feuilles volantes) New York, Clark Boardman.

[893] *United States c. United States District Court*, 407 U.S. 297 (1972). Voir aussi *Heutsche c. United States*, 414 U.S. 898 (1973) (interception subreptice des conversations téléphoniques de l'appelante).

[894] *Dalia c. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

[895] *Smith c. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

Au Canada, l'interception des conversations téléphoniques n'aurait constitué un moyen d'enquête courant que vers le début des années soixante[896] et ce n'est qu'à partir de 1964 que le Parlement commencera à se préoccuper de la réglementation du domaine de l'interception des conversations téléphoniques. Bien que plusieurs «projets de loi privés» aient été présentés par des députés de la Chambre des communes entre 1964 et 1968, ce n'est qu'avec l'adoption du projet de loi C-176 — qui s'inspirait largement de la législation américaine[897] —, que sera criminalisée l'interception des conversations téléphoniques. La *Loi sur la protection de la vie privée* sera sanctionnée le 14 janvier 1974 et deviendra l'actuelle partie VI du *Code criminel*[898]. Avant l'adoption de cette loi, les conversations téléphoniques ne bénéficiaient pratiquement d'aucune protection légale[899].

---

[896] Voir D.A. BELLEMARE, *L'Écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1981, 31.

[897] Voir D.A. BELLEMARE, *L'Écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1981, 3; J.D. WATT, *Law of Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1979, 1. Voir aussi *Michaud c. Québec (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 3, 24. La Cour suprême a eu recours au titre III de la loi américaine pour interpréter la portée de la partie VI du *Code criminel* dans l'arrêt *Lyons (1984)* mais en a tiré des conclusions différentes dans les arrêts *Thompson (1990) et Dersch (1990)*. Voir *Lyons c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 633, 680; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, 1137; *R. c. Dersch (P.G.)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1511.

[898] Au moment de l'adoption de ce projet de loi, le gouvernement était minoritaire et a dû faire plusieurs concessions. Lorsqu'il regagnera la majorité, le gouvernement libéral fera adopter des amendements à la *Loi sur la protection de la vie privée de 1974* qui est devenue la partie la partie IV.1 du *Code criminel*. Voir *Loi sur la protection de la vie privée*, L.C. 1973-74, c. 50, art. 2; *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, L.C. 1976-77, c. 53. Voir aussi D. A. BELLEMARE, *L'Écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1981, 32.

[899] À l'exception peut-être de la charte d'incorporation de la compagnie Bell Canada qui réglementait spécifiquement l'interception des communications téléphoniques. L'article 25 de *An Act to Incorporate the Bell Telephone Company of Canada* créait cette infraction: «Any person who shall wilfully or maliciously injure, molest or destroy any of the lines, posts or other material or property of the company, or, in any way wilfully obstruct or interfere with the working of the said telephone lines, or intercept any message transmitted thereon, shall be guilty of misdemeanor». Il est vrai que certaines lois avaient été adoptées relativement aux communications télégraphiques et aux radiocommunications, mais elle ne visaient qu'à prévenir la divulgation non

L'objet de la partie VI du *Code criminel*, intitulée *Atteintes à la vie privée*, est de protéger le droit à la vie privée en interdisant l'interception des communications téléphoniques[900] ou encore, comme le soulignait le juge McIntyre dans l'arrêt *Goldman (1980)*[901], à circonscrire la façon d'enfreindre ce droit. Ainsi, l'interception des communications privées constitue un acte criminel passible d'un emprisonnement de cinq ans à moins qu'il n'y ait eu un consentement de l'un des participants à la communication[902] ou que l'interception ait été faite en vertu

---

autorisée des communications interceptées. Par exemple, l'article 17 de la *Loi sur les compagnies de télégraphe et de téléphone* punit le télégraphiste, ou toute personne employée par une compagnie de télégraphe, qui divulgue le contenu d'une dépêche privée. Les articles 23 et 24 de la même loi interdisent à tout employé d'une compagnie de téléphone et à toute personne d'écouter une conversation ou un message téléphonique, ou d'en divulguer la teneur ou la substance sauf, dans ce dernier cas, lorsqu'elle y est autorisée légalement. On peut aussi citer l'article 6 de la *Loi sur les télégraphes* qui sanctionne toute personne dévoilant le contenu d'un télégramme. Voir *An Act to Incorporate the Bell Telephone Company of Canada*, L.C. 1880-81, c. 67, art. 25, cité par D.A. BELLEMARE, *L'Écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 25; *Loi sur les compagnies de télégraphe et de téléphone*, L.R.Q., c. C-45, art. 17; *Loi sur les télégraphes*, L.R.C. 1985, c. T-5, art. 6. Voir généralement F. BRABANT, «Sanelli — The Right to Be Left Alone» (1988) 60 C.R. (3d) 153; S. A. COHEN, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983; CANADA, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1, Ottawa, La Commission, 1981; D.WATT, *Law of Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1979; MANNING, *Wiretap Law in Canada*, Butterworths, 1978; CANADA, Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction — Un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969; N.M. CHORNEY, «Wiretaping and Electronic Eavesdropping (1965) 7 *Criminal Law Quarterly* 434.

[900] Deux types de garanties spécifiques ont été incorporés dans la partie VI du *Code criminel* afin de préserver le droit à la vie privée des individus: la première par le tribunal qui doit autoriser le mandat (art. 185 et ss.), la seconde par le Parlement à qui le Solliciteur général du Canada remet un rapport concernant les autorisations et les interceptions faites en vertu de celles-ci (art. 195). L'article 183 du *Code criminel* définit l'expression «communication privée» comme étant «[t]oute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que celle à laquelle il la destine. Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Voir aussi *Monachan c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 176 (l'interception d'une conversation téléphonique destinée à un poste de police ne constitue pas une communication privée).

[901] *Goldman c. R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 976, 994.

[902] Voir l'alinéa 184(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Voir aussi *Goldman c. R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 976; *Rosen c. R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 961. Voir aussi *R. c. Wijesinha*, [1995]

d'une autorisation judiciaire[903]. Dans l'arrêt *Duarte (1990)*[904], la *Cour Dickson (1984-1990)* a établi le principe judiciaire selon lequel l'interception subreptice d'une communication privée constitue une immixtion au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Parlant pour la majorité, le juge La Forest affirmait qu'«on ne peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doive être plus directement visée par la protection de l'art. 8». Dans l'arrêt *Thompson (1990)*[905], la *Cour Dickson (1984-1990)* devait se prononcer sur la question

---

3 R.C.S. 422.

[903] Voir les articles 184 et 185 du *Code criminel*. L'alinéa 184(2)b) et l'article 185 du *Code criminel* confèrent à l'État un privilège spécial d'intercepter des communications privées en vue de faciliter l'obtention d'éléments de preuve de la commission d'infractions à certaines dispositions du *Code criminel* et à certaines autres lois. En vertu de ces dispositions, le Procureur général d'une province ou le Solliciteur général du Canada peut demander l'autorisation de procéder à la surveillance électronique en présentant à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge au sens de l'article 552 du *Code criminel*, une demande *ex parte* accompagnée d'un *affidavit* à l'appui. Le juge saisie de cette demande accorde l'autorisation s'il est convaincu que «l'octroi de cette autorisation servirait au mieux les intérêts de la justice» et que les autres méthodes d'enquêtes n'ont pas suffit à recueillir les éléments de preuve nécessaires. La surveillance électronique ayant pour objet la sécurité nationale est soumise à la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et non au *Code criminel*. À l'instar du *Code criminel*, et contrairement en cela à l'ancien régime prescrit par la *Loi sur les secrets officiels* de 1970, la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* prévoit que l'écoute électronique par des agents de renseignement est soumise à un contrôle judiciaire préalable. Cependant, l'obtention d'un mandat d'écoute électronique en vertu de cette loi n'est pas soumise aux critères des motifs raisonnables de croire qu'une infraction criminelle a été commise. L'artice 21 de la Loi permet au juge saisi de la demande d'autorisation de décerner un mandat «s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces contre la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées à l'article 16». Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 183-188; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23; *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. 1970, c. O-3. Voir aussi *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1, art. 4, 5; *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, art. 39, 48; *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, c. 1, art. 153 et 159; *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, c. E-14, art. 158 et 163; *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 198.

[904] *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 41. Ces propos du juge La Forest rappellent ceux que le juge Brandeis tenaient dans l'arrêt *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[905] *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. La majorité était formée du juge en chef Dickson et des juges Lamer, L'Heureux-Dubé et Sopinka. Les juges Wilson et La Forest ont rendu,

de savoir si une autorisation permettant l'interception des communications privées dans tous les endroits fréquentés par les individus ciblés («clause des endroits fréquentés») — considérée dans l'arrêt *Grabowski (1985)*[906] — était légale et constitutionnelle et dans l'affirmative, elle devait déterminer si cette clause pouvait comprendre des téléphones publics.

La Cour devait aussi déterminer si le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Lyons (1984)*[907] et dans le *Renvoi sur l'écoute électronique (1984)*[908] — qui conférait aux autorités étatiques le pouvoir implicite d'entrer subrepticement dans des lieux pour installer des dispositifs d'écoute électronique[909] — était conforme aux garanties constitutionnelles consacrées par la *Charte canadienne*. S'exprimant pour la majorité, le juge Sopinka conclut que les «clauses des endroits fréquentés» étaient conformes à la partie VI (alors la partie IV.1) du *Code criminel* ainsi, sous réserve de la démonstration de l'existence de motifs raisonnables, qu'à la *Charte*

---

séparément, des motifs dissidents relativement à la clause des endroits fréquentés. Voir aussi *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137; *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148.

[906] *Grabowski c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 434. Dans cette affaire, le juge Chouinard avait conclu qu'une clause générale d'une autorisation d'écoute électronique qui permettait d'intercepter les communications privées de toute personne est illégale en ce qu'elle confère un pouvoir discrétionnaire aux agents de l'État chargés de la mise en oeuvre de l'autorisation. Voir aussi *Charette c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 785.

[907] *Lyons c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 633.

[908] *Renvoi relatif à l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697.

[909] Dans ces deux dernières décisons — *Lyons (1984)* et *Renvoi sur l'écoute électronique (1984)* — le juge en chef Dickson et le juge Chouinard étaient dissidents et affirmaient qu'une autorisation d'intercepter une communication privée ne comportait pas le pouvoir implicite d'entrer dans des lieux privés afin de procéder à la mise en place des dispositifs d'écoute électronique. Ces décisions sont d'autant plus étonnantes que la *Cour Laskin (1973-1986)* avait décidé à l'unanimité, dans l'arrêt *Colet (1981)*, que le pouvoir de saisir des armes à feu ne comprenait pas nécessairement celui d'entrer dans des lieux privés et d'y procéder à une perquisition. Voir *Lyons c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi relatif à l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2.

canadienne. Considérant ensuite la question de savoir si l'absence d'une mention expresse des téléphones publics dans l'autorisation, le juge Sopinka conclut que cette omission ne rend pas l'autorisation illégale, mais porte néanmoins atteinte au droit au respect de la vie privée des tiers garanti par l'article 8 de la *Charte canadienne* en ce que l'absence de conditions de «minimisation», dans le texte de l'autorisation, rend l'immixtion abusive[910]. Quant à la question du pouvoir implicite d'entrer subrepticement dans des lieux privés, le juge Sopinka renverse le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Lyons (1984)* et dans le *Renvoi sur l'écoute électronique (1984)* pour le remplacer par celui qui veut qu'en l'absence d'une mention expresse dans l'autorisation, l'entrée subreptice dans une résidence privée est abusive et contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne*. L'établissement de ce principe judiciaire en droit constitutionnel canadien se distingue donc de l'approche qu'avait adoptée la *Cour Berger (1969-1986)* dans l'arrêt *Dalia (1979)*[911].

La question relative à la confidentialité de la documentation déposée dans le paquet scellé est probablement celle qui a fait l'objet du plus grand nombre de contestations judiciaires depuis l'adoption de la *Charte canadienne*[912]. Avant

---

[910] Voir *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 111, 1143-1144.

[911] *Dalia c. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

[912] Selon le paragraphe 187(1) du *Code criminel*, tous les documents relatifs à une demande d'autorisation sont confidentiels et doivent être placés dans un paquet scellé par le juge à qui la demande a été faite. Ces documents qui se retrouvent dans le paquet scellé ne peuvent être divulgués que pour traiter une demande de renouvellement de l'autorisation ou à la suite d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle. Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 187(2)a)(i)et (ii). Aux États-Unis, le Congrès est intervenu expressément sur cette question et il a adopté une disposition législative qui prévoit que l'accusé doit recevoir une copie du paquet scellé dix jours avant le début du procès. Voir *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 USCA, Titre III, § 2510-20.

l'adoption de la *Charte canadienne*, les tribunaux canadiens étaient réticents à accorder l'accès aux documents et refusaient généralement d'ouvrir le paquet scellé — étant donné l'intérêt important qu'a l'État à restreindre la divulgation de ses méthodes d'enquêtes et de l'identité de ses indicateurs — à moins que le requérant ne puisse invoquer des circonstances exceptionnelles. Plusieurs arrêts récents ont cependant affirmé que le refus de donner accès au paquet scellé à la cible d'une surveillance électronique contrevenait au droit au respect de sa vie privée et le privait ainsi de son droit à une défense pleine et entière garanti par les articles 7, 8 et 11d) de la *Charte canadienne*.

Le principe judiciaire établi par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans la tétralogie *Garofoli (1990) — Zito (1990)*[913] est qu'à moins que le ministère public ne puisse invoquer un intérêt supérieur — comme par exemple la protection des indicateurs de police[914] —, l'*accusé* devrait avoir accès automatiquement aux documents présentés à l'appui de la demande d'autorisation d'écoute électronique. Demeurait en suspens toutefois la question de savoir si la cible à une surveillance

---

[913] Cette tétralogie est composée de quatre arrêts entendus ensemble par la Cour suprême du Canada et qui portent sur différents aspects du droit applicable à l'interception des communications privées. Il s'agit de *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S 1421; *Dersch c. Canada (P.G.)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Voir aussi *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Heikel*, [1989] 1 R.C.S. 1776; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

[914] En conformité avec l'arrêt *Stinchcombe (1991)*, le ministère public n'est tenu qu'à la divulgation des renseignements pertinents qui sont sous son contrôle et qui ne font pas l'objet d'un privilège de confidentialité comme celui relatif aux indicateurs de police. Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Voir aussi *Canada (Solliciteur général) c. Commission royale d'enquête (Dossier de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, 535-536; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 93; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, 994, 995; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, 465-467; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, 495; *R. c. Chaplin* (1994), [1995] 1 R.C.S. 727, 739-740; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 428, 429; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536. Voir généralement D.M. TANOVICH, «When does Stinchcombe Demand that the Crown Reveal the Identity of Police Informer?» (1995) 38 *Criminal Reports* (4e) 202.

électronique qui n'était pas accusée pouvait avoir accès au paquet scellé si elle n'est pas poursuivie. Cette question de l'accès au paquet scellé par une cible soulevait directement celle de l'étendue de la protection au droit constitutionnel au respect de la vie privée puisque l'accès au paquet scellé peut s'avérer déterminant pour contester rétroactivement la légalité de l'écoute électronique ou pour obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts[915].

C'est dans l'arrêt *Michaud (1996)*[916] que la *Cour Lamer (1990)* a considéré cette question relative à l'accès au paquet scellé par des cibles non accusées et conclura, par une faible majorité de cinq voix contre quatre que la cible d'une interception de communication téléphonique qui n'a pas été accusée, contrairement à celle qui l'a été, ne bénéficie pas d'un accès automatique au

---

[915] Les dommages-intérêts peuvent être obtenus en vertu du paragraphe 194(1) du *Code criminel* ou 17(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Des lois provinciales complètent ces recours en créant un droit d'action en matière délictuelle contre les autorités provinciales qui procèdent à l'interception de communications privées sans autorisation judiciaire préalable. Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 194(1); *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. 50, art. 17(1). Voir aussi *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36(2)

[916] *Michaud* c. *Québec (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 3. S'exprimant pour lui-même et pour les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci, le juge en chef Lamer considère que le juge ne devrait normalement exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l'accès au paquet scellé qu'après la présentation d'un élément de preuve que les autorités chargées de l'application de la loi ont recouru à la fraude ou ont caché volontairement certaines choses afin d'obtenir l'autorisation. Il conclut que cette interprétation du sous-alinéa 187(1)a)(ii) du *Code criminel* est conforme à l'article 8 de la *Charte canadienne* puisque le recours à une norme aussi stricte n'est pas justifiée lorsque l'individu ne risque pas les stigmates d'une déclaration de culpabilité dans une procédure de nature criminelle. Les juges La Forest et Sopinka ont rendu des motifs séparés, auxquels ont souscrit les juges Cory et Major. Selon eux, le droit d'accès au paquet scellé découle d'abord de l'article 8 de la *Charte canadienne* puisque sans accès au contenu du paquet scellé, les droits constitutionnels des individus ne seraient que théoriques. D'un point de vue constitutionnel, tant les articles 7, 8 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne* offrent aux cibles qui ont été accusées le droit d'avoir accès au contenu du paquet scellé. Ils ajoutent que le texte même de l'article 8 de la *Charte canadienne* ne permet pas de faire cette distinction entre les individus accusés et ceux qui ne le sont pas.

paquet scellé. Bien que le principe judiciaire relativement à cette question n'ait pas été définitivement fixé par la Cour suprême, il s'agirait là de l'interprétation qu'il faudrait retenir.

2.3. La filature et la surveillance

Dans cette partie, nous examinerons successivement la surveillance participative (a.), la télésurveillance (b.) et la surveillance informatique (c.).

(a) La surveillance participative

Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Goldman (1942)*[917] que la *Cour Stone (1941-1946)* a étendu le principe judiciaire, établi dans l'arrêt *Olmstead (1928)*[918], aux situations de surveillance effectuée à l'aide d'un appareil d'écoute électronique placé subrepticement à l'extérieur d'un mur d'une résidence. Précisant qu'il n'y avait eu aucune intrusion physique en l'espèce, la Cour a jugé que l'utilisation d'un micro-émetteur par des agents de l'État était conforme à la Constitution. Dans l'arrêt *On Lee (1952)*[919], la *Cour Vinson (1946-1953)* réaffirmera ce principe judiciaire en statuant que l'enregistrement d'une conversation par un agent banalisé ou un indicateur de police à partir d'un micro-émetteur qu'on avait placé sur lui ne contrevenait pas, en l'absence d'une intrusion physique, aux garanties constitutionnelles. Dans l'arrêt *Silverman (1961)*[920], la *Cour Warren (1953-1969)*

---

[917] *Goldman c. United States*, 316 U.S. 129 (1942).

[918] *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[919] *On Lee c. United States*, 343 U.S. 747 (1952)

[920] *Silverman c. United States*, 365 U.S. 505 (1961). Voir aussi *Clinton c. Virginia*, 377 U.S. 158 (1964) (intrusion physique découlant de l'utilisation d'un amplificateur électronique placé sur un mur mitoyen).

confirmera ce principe judiciaire en précisant cependant qu'elle n'était pas prête à aller au-delà[921]. Dans des motifs concurrents, le juge Douglas opinait que la Cour devrait abandonner ces distinctions byzantines fondées sur le degré d'intrusion puisque la valeur protégée c'est le droit au respect de la vie privée[922]. Ce faisant, la *Cour Warren (1953-1969)* renonçait à l'un des deux critères établis dans l'arrêt *Olmstead (1928)*[923], soit celui de l'intangibilité, mais elle maintiendra, dans *Lopez (1963)*[924], le critère de l'intrusion en statuant que l'enregistrement subreptice d'une conversation à l'aide d'un appareil d'écoute électronique dissimulé sur la personne d'un agent de *l'Internal Revenue Service* ne violait pas le Quatrième amendement. De fait, cet arrêt consacre la validité constitutionnelle de ce que la *Cour Dickson (1984-1990)* a qualifié, dans l'arrêt *Duarte (1990)*[925], de surveillance participative selon laquelle quiconque fait une confidence court toujours le risque

---

[921] Il s'agissait de déterminer si l'intrusion à l'aide d'un micro-émetteur inséré dans un mur mitoyen et dans les canaux d'aération d'une résidence constituait une intrusion au sens de l'arrêt *Goldman (1942)*. Constatant qu'il y avait eu une intrusion physique qui soulevait la doctrine du *tresspass*, la *Cour Warren (1953-1969)* statuait que l'immixtion était inconstitutionnelle parce qu'il n'y avait pas eu d'intrusion physique. Écrivant pour la majorité, le juge Stewart indiquait: «We find no occasion to re-examine *Goldman*, but we decline to go beyond it, by even a fraction of an inch». Voir *Silverman c. United States*, 365 U.S. 505, 512 (1961).

[922] Les propos du juge Douglas illustrent admirablement bien l'inadéquation de ce principe judiciaire relativement à la protection du droit au respect de la vie privée: «An Electronic device on the outside wall of a house is a permissible invasion of privacy according to *Goldman* v. *United States*, 316 U.S. 129, while an electronic device that penetrates the wall, as here, is not. Yet the invasion of privacy is as great in one case as in the other. [...] The depth of the penetration of the electronic device — even the degree of its remoteness from the inside of the house — is not the measure of the injury. [...] Our concern should not be with the trivialities of the local law of tresspass, as the opinion of the Court indicates. But neither should the command of the Fourth Amendment be limited by nice distinctions turning on the kind of electronic equipment employed. Rather the sole concern should be with whether the privacy of the home was invaded». Voir *Silverman c. United States*, 365 U.S. 505, 512-513 (1961).

[923] *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[924] *Lopez c. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

[925] *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

de voir celle-ci trahie par son interlocuteur. La *Cour Warren (1969-1986)* réaffirmera ce principe judiciaire dans la trilogie *Lewis (1966) — Osborn (1966)*[926].

Ce n'est qu'en 1967, avec l'arrêt *Katz (1967)*[927], que la *Cour Warren (1953-1969)* renversera le principe judiciaire énoncé dans *Olmstead (1928)*[928] et mettra fin à ce que le professeur Westin de l'Université Columbia qualifiait, dans *Privacy and Freedoms (1967)*[929], de «constitutionally protected area theory». Il aura donc fallu attendre près de quarante ans pour que la Cour suprême des États-Unis renverse ce principe judiciaire qui subordonnait l'application du Quatrième amendement à la saisie d'un objet tangible effectuée à la suite d'une intrusion dans un lieu et affirme que le Quatrième amendement protège les individus et non uniquement les lieux[930].

---

[926] *Lewis c. United States*, 385 U.S. 206 (1966) (la visite d'un agent banalisé à la suite d'une invitation du locataire d'un lieu est constitutionnelle); *Hoffa c. United States*, 385 U.S. 293 (1966) (l'enregistrement subreptice des conversations entre un agent banalisé et le Président du syndicat des *Teamsters* est constitutionnel); *Osborn c. United States*, 385 U.S. 323 (1966) (l'enregistrement subreptice d'une conversation entre un agent banalisé et un avocat que l'on soupçonnait de vouloir corrompre un juré est constitutionnel). Dans l'arrêt *Berger (1967)*, la Cour réaffirmera néanmoins la doctrine de l'acceptationdu risque établie dans la séquence d'arrêts *On-Lee (1952) — Osborn (1966)*. Voir *Berger c. New York*, 388 U.S. 41 (1967). La *Cour Burger (1969-1986)* réaffirmera cette doctrine de l'assumation des risques dans l'arrêt *White (1971)* dans lequel il s'agissait de déterminer l'admissibilité en preuve d'une déclaration enregistrée par un agent banalisé à l'aide d'un appareil d'écoute électronique. Voir *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971). Voir aussi *Balwin c. United States*, 450 U.S. 1045 (1981) (les éléments de preuve recueillis par un agent d'infiltration dans la résidence de son employeur sont admissibles).

[927] *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

[928] *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[929] A.F. WESTIN, *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967.

[930] Le juge Stewart affirmait ce qui suit: «the Fourth Amendment protects people not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not subject to Fourth Amendment protection. [...] But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected». Cette affirmation est cependant ambiguë. Alors que la *Cour Waite (1874-1888)* avait élaboré un test relativement objectif (en considérant les intérêts de propriété de la *common law* dans l'arrêt *Boyd (1888)*), la *Cour Warren*

Au Canada, c'est dans l'arrêt *Duarte (1990)*[931] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a affirmé que la surveillance participative contrevenait à l'article 8 de la *Charte canadienne* en ce qu'elle laisse à la seule discrétion de la police les conditions dans lesquelles se fait l'interception des communications privées[932]. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest rejetait l'analyse fondée sur le risque établie par la Cour suprême des États-Unis dans la séquence d'arrêts *On-Lee (1952) — White (1971)* sur laquelle étaient fondés les motifs de la décision du juge Cory, alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario. Analysant l'objet de la partie VI du *Code criminel*, il affirmait qu'elle ne visait pas à protéger les individus contre la

---

(1953-1969) proposait, dans l'arrêt *Katz (1967)*, un test subjectif qui suscitait un certain nombre de questions. Par exemple, dans quelles circonstances le Quatrième amendement protège-t-il les personnes et leur droit à la vie privée? Dans une opinion concurrente, le juge Harlan précisait, en la clarifiant, l'opinion du juge Stewart: «My understanding of the rule [que «the Fourth Amendment protects people not places»] that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as "reasonable". Thus a man's home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the "plain view" of outsiders are not "protected" because no intention to keep them to himself has been exhibited». L'énonciation de ces deux critères suggère que la *raisonnabilité* d'une revendication constitutionnelle fondée sur le droit au respect de la vie privée est logiquement reliée à l'endroit et au moment où la revendication prend naissance: elle est contingente du contexte et des circonstances. Voir *Katz c. United States*, 389 U.S. 347, 351(j. Stewart), 361(j. Harlan) (1967).

[931] *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. Voir aussi *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62 (enregistrement des conversations que l'indicateur a eues avec l'appelant à l'aide d'un «micro-émetteur de poche» par la police).

[932] Pour le juge La Forest, il ne fait aucun doute que la surveillance participative enfreint l'article 8 de la *Charte canadienne*: «L'article 8 de la Charte garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires des communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Puisque nous ne pouvons jamais savoir si notre interlocuteur est un indicateur et que, s'il en est un, nous sommes réputés avoir accepté tacitement le risque que l'État écoute et enregistre nos conversations, nous devons être prêts à courir ce risque chaque fois que nous parlons. Je conclus donc que l'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel aboutit logiquement à l'anéantissement de toute aspiration au respect de la vie privée». Voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 47.

menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées (aucune législation ne pourrait le faire) mais plutôt contre le risque — qu'il qualifie de «plus insidieux» — qu'il y a à permettre à l'État d'enregistrer et de transmettre nos propos à son entière discrétion[933]. Si l'État était libre de faire des enregistrements permaments de nos communications privées et de les transmettre à qui bon lui semble, il ne resterait plus rien qui vaille de notre droit au respect de la vie privée[934].

(b) La télésurveillance

La télésurveillance, au sens où nous l'entendons, est la surveillance effectuée à distance à l'aide d'une balise, laquelle permet de localiser un individu ou un objet, ou par tout autre moyen d'écoute électronique analogue. Elle se distingue de la surveillance participative par son caractère autonome qui

---

[933] L'importance de cette conception a été exprimée par le professeur Gutterman dans un article intitulé *A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance (1988)* pour qui la capacité de se déplacer librement sans la surveillance de l'État est une composante fondamentale de la liberté. Voir M. GUTTERMAN, «A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988) 39 *Syracuse Law Review* 647.

[934] Dans *Duarte (1990)*, le juge La Forest tenait ces propos: «La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l'État, au risque qu'un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut-être d'excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. [...] Mais, pour les raisons déjà évoquées, il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable. D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur fédéral par l'adoption de la partie IV.1 du Code [criminel]. [...] Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la partie IV.1 du Code [criminel] ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon». Voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 44-45.

permet une immixtion sans l'apport direct d'une personne humaine[935]. Aux États-Unis, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué, dans l'arrêt *Knotts (1983)*[936], que la surveillance d'un véhicule sur une voie publique au moyen d'une balise n'était pas une immixtion au sens du Quatrième amendement. L'individu qui circule en automobile sur une voie publique n'a aucune attente en matière de respect de sa vie privée lors de ses déplacements d'un endroit à un autre.

Au Canada, dans l'arrêt *Wong (1990)*[937], la *Cour Dickson (1984-1990)* réaffirmait la conception de la Cour voulant que la surveillance subreptice de

---

[935] Les juges de la majorité dans l'arrêt *Wise (1992)* distingue cette situation, que nous qualifions de télésurveillance, des situations où l'apport humain direct ne serait pas essentiel: «La balise en cause ici était un prolongement très rudimentaire de la surveillance visuelle. Il faut également se rappeler qu'elle était fixée au véhicule de l'appelant et non à l'appelant lui-même. Un tel dispositif est très différent, tant dans son fonctionnement que dans son incidence sur la personne, de la caméra vidéo cachée ou du dispositif de surveillance électronique qui intercepte clandestinement les communications privées». Voir *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, 535 (j. Cory).

[936] *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). Voir aussi *Cardwell c. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974)(l'installation d'une balise sur un véhicule automobile ne contrevient pas au Quatrième amendement); *United States c. Karo*, 468 U.S. 705 (1984)(l'installation d'une balise sur un réservoir d'éther ne contrevient pas au Quatrième amendement).

[937] *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. La majorité était formée des juges en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka. S'exprimant pour la majorité, le juge LaForest affirmait qu'il serait superfétatoire d'entreprendre une analyse détaillée de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique constitue une immixtion inconstitutionnelle puisqu'[i]l faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi». Plus loin, il tenait ces propos: «Dans son roman futuriste classique 1984, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujetti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre». Voir *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, 43-44, 47 (j. La Forest). Voir aussi E. GOLDSTEIN, «Surreptitious Video Surveillance and the Protection of Privacy» (1987) *56 Criminal Reports* (3e) 368; S.C. MACLEAN, «Video Surveillance and the Charter of Rights» (1987) 30 *Criminal Law Quarterly* 88. Quant à l'admissibilité des bandes magnétoscopiques en preuve, voir *Vickery c. Nouvelle-Écosse (Protonotaire de la Cour suprême)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Nicolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197.

l'État constitue une atteinte grave à la liberté et statuait que la surveillance magnétoscopique — ainsi que tous les moyens de surveillance électronique analogues — exercée subrepticement par l'État constitue une immixtion qui porte atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Wise (1992)*[938], une majorité de quatre juges contre trois a conclu que la télésurveillance sans mandat exercée au moyen d'une balise constitue une immixtion qui contrevient à l'article 8 de la *Charte canadienne*. En dissidence, le juge La Forest affirme que la violation de l'article 8 de la *Charte canadienne* découle non seulement de l'installation de la balise mais aussi de l'utilisation d'informations obtenues à la suite d'une intrusion illégale[939].

(c) La surveillance informatique

Si, au début du siècle dernier, les développements technologiques qui ont permis la systématisation du téléphone ont posé des défis considérables au droit au respect de la vie privée, il ne fait aucun doute qu'au XXI[e] siècle, la menace la plus sérieuse provient de l'utilisation systématique des ordinateurs et plus particulièrement de l'autoroute de l'information. L'autoroute de l'information désigne généralement l'ensemble des informations reliées par ordinateurs, mais

---

[938] *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

[939] Le juge La Forest reconnaissait que le travail policier peut nécessiter une surveillance électronique, mais ce qu'il «[...] n'accepte pas, c'est que les policiers ou autres agents de l'État aient le pouvoir de recourir à du matériel électronique leur permettant, à leur gré et sans l'autorisation d'un juge ou d'une tierce partie indépendante, de savoir en tout temps où se trouve une personne». Quant à la question des attentes en matière de vie privée sur une voie publique, le juge La Forest fait une distinction entre les situations de surveillance à des fins de réglementation ou d'observation et les situations où l'on vise les déplacements d'un individu en particulier. Commentant l'arrêt *Knotts (1983)* de la *Cour Burger (1969-1986)*, le juge La Forest doute qu'il puisse recevoir appplication en l'espèce puisque dans ce cas il s'agissait d'une surveillance ponctuelle. Voir *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, 558-559 (j. La Forest). Voir aussi *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

pour la plupart des gens ce terme est synonyme d'internet. L'internet, c'est essentiellement le lien qui unit les réseaux informatiques[940].

Les utilisations les plus courantes de l'internet sont incontestablement celles du courrier électronique (*courriels*) et du *World Wide Web*[941]. L'internet soulève plusieurs questions relativement à la protection du droit au respect de la vie privée. Le désir de la population de limiter la diffusion du matériel obscène, de la pornographie infantile, ou de la propagande haineuse exerce une pression considérable sur les législateurs afin de réglementer le contenu de l'internet. La réglementation du contenu de l'internet est difficile et se heurte à la liberté d'expression garantie par le Premier amendement[942] ou par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. L'examen de l'ensemble de ces questions touchant le droit

---

[940] Un réseau est constitué de plusieurs ordinateurs personnels branchés les uns sur les autres. Aujourd'hui, la majorité des institutions publiques ou privées possèdent un réseau local — dont l'appellation anglaise est *LAN* qui signifie *Local Area Network* — qui relie plusieurs ordinateurs personnels. Les réseaux locaux d'ordinateurs sont généralement desservis par un ordinateur central appelé «serveur». Le regroupement de ces réseaux locaux branchés entre eux forment l'internet. Ainsi, l'internet regroupe des dizaines de milliers de réseaux constitués de millions d'ordinateurs personnels branchés les uns sur les autres à travers le monde. Voir généralement N. GOYER, J. LALONDE et A. LAURENDEAU, *Internet au bout des doigts*, Montréal, Trécarré, 1996. Voir aussi L. KEARLEY, *The Protection of Privacy on the Internet*, Mémoire de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1995-96.

[941] Le *World Wide Web* permet d'accéder à des informations se retrouvant sur plusieurs serveurs à l'aide des liens hypertextes. Les milliers de liens qui regroupent les serveurs tissent une toile mondiale qui lui a valu l'appellation de *Web*. Chaque lien hypertexte est relié à une autre page ou à un autre document qui a sa propre adresse URL (*Uniform Resource Locator*). En cliquant sur le lien relié à une adresse, on atteint le serveur qui contient la page. Le format html permet la diffusion des documents hypertextes dans le réseau. Pour accéder au *Web*, il est nécessaire d'utiliser un logiciel de navigation appelé navigateur ou fureteur («browser») dont les marques les plus connues sont le *Microsoft Explorer* et le *Netscape Navigator* (la plus récente version du navigateur Netscape a été renommée *Netscape Communicator*). Voir généralement N. GOYER, J. LALONDE et A. LAURENDEAU, *Internet au bout des doigts*, Montréal, Trécarré, 1996.

[942] Dans l'arrêt *Reno (1997)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* invalidait les dispositions de la *Communications Decency Act of 1996* qui visaient la protection des enfants. *Reno (Attorney General of the United States) c. ACLU (American Civil Liberties Union)*, (n° 96-511) (26 juin 1997).

au respect de la vie privée déborderait largement le cadre de cette étude. Il importe cependant, puisqu'il s'agit là des applications les plus en vogue de l'internet, de considérer brièvement les questions juridiques relatives à l'interception des courriels (*1.*) et des informations révélées par les témoins informatiques («cookies») (2.).

1. Les courriels

Le courrier électronique permet non seulement de communiquer un texte, mais aussi de transmettre des logiciels, des sons et des images. Les messages transmis par courriel sont de plus en plus fréquents et de plus en plus diversifiés. On les compare souvent à des cartes postales en raison de leur grande visibilité. La première question que soulève l'utilisation du courrier électronique est celle de l'interception des *courriels*. Il n'y a, à ce jour, aucune décision de la Cour suprême des États-Unis ou de la Cour suprême du Canada relativement à la constitutionnalité des interceptions de *courriels*. Les tribunaux américains d'instance inférieure qui se sont prononcés sur cette question ont généralement jugé que l'interception des *courriels* ne constituait pas une immixtion au sens du Quatrième amendement et, en conséquence, ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée. À notre avis, ces décisions ne correspondent pas au principe judiciaire traditionnellement énoncé par la Cour suprême des États-Unis qui fait de la protection de la correspondance un élément central du droit au respect de la vie privée. Il nous faudra donc espérer que les tribunaux n'attendent pas quarante ans, comme elle l'avait fait dans la séquence d'arrêts *Olmstead (1928) — Berger (1967)* relativement à la protection des conversations téléphoniques, pour se rendre compte de l'importance primordiale de protéger la correspondance transmise par *courriel*. Une autre préoccupation relativement au courrier

électronique concerne la réception de messages commerciaux non sollicités, aussi qualifiés de «junk mail» ou de «spam». La réception de *courriels* non sollicités soulève des questions juridiques complexes dans la mesure où ils constituent un discours commercial protégé par la liberté d'expression garantie par le Premier amendement et par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*[943]. Aux États-Unis, bien que le discours commercial ne bénéficie pas de la même protection que d'autres formes de discours[944], il est tout de même protégé par la liberté d'expression garantie par le Premier amendement[945]. La constitutionnalité de la réglementation gouvernementale dépendra de la démonstration d'un intérêt légitime de l'État [946]. On se rappellera que la *Cour Burger (1969-1986)* avait maintenu, dans l'arrêt *Rowan (1970)*, la constitutionnalité d'une loi qui permettait à un individu de faire retirer son adresse postale des listes d'envois d'entreprises commerciales qui effectuaient des envois de masse. Si la *Cour Burger (1969-1986)* reconnaissait le droit d'un individu de faire retirer son nom d'une liste d'envois, elle invalidait toutefois, dans l'arrêt *Bolger (1983)*[947], une loi qui interdisait globalement les envois postaux de masse. Ainsi, tant aux États-Unis qu'au Canada, la réglementation

---

[943] Voir M.W. CARROLL, «Garbage In — Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations» (1996) 11 *Berkeley Technology Law Journal* 2; J. BYRNE, «Squeezing Spam Off the Net — Federal Regulation of Unsolicited Commercial E-mail» (1998) 2 *West Virginia Journal of Law & Technology* 1.

[944] Voir *Valentine* c. *Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

[945] Dans l'arrêt *Central Hudson Gaz (1980)*, la *Cour Burger (1969-1986)* adoptait un test visant à déterminer la constitutionnalité de la réglementation gouvernementale limitant le discours commercial. Voir *Central Hudson Gas & Electric Corp.* c. *Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980). Voir aussi *Virginia (State Board of Pharmacy)* c. *Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

[946] Hormis l'intérêt légitime de l'État, la constitutionnalité de la réglementation dépendra du lien rationnel entre celle-ci et l'objectif gouvernemental. Voir *Madsen* c. *Women's Health Center*, 512 U.S. 753 (1994). Voir aussi J. BYRNE, «Squeezing Spam Off the Net — Federal Regulation of Unsolicited Commercial E-mail» (1998) 2 *West Virginia Journal of Law & Technology* 1.

[947] *Bolger* c. *Youngs Drug Product Corp.*, 463 U.S. 60 (1983).

concernant l'interception des *courriels* devra tenir compte de la liberté d'expression commerciale garantie par le Premier amendement et par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*.

2. Les témoins informatiques («cookies»)

Un témoin informatique («cookie») est une courte chaîne de caractères déposée subrepticement dans un fichier sur le disque dur des ordinateurs personnels par les logiciels de navigation («browser»). À l'origine, les témoins informatiques servaient à identifier les utilisateurs d'un site *Web* automatiquement sans que ceux-ci n'aient à le faire à chaque visite[948]. Mais rapidement, ils ont été utilisés afin de tracer des profils détaillés des internautes concernant leurs intérêts, leurs habitudes de consommation et leur mode de vie afin de cibler les placements publicitaires sur les pages *Web*. Ils peuvent aussi permettre d'accéder à des informations contenues sur le disque dur d'un ordinateur personnel[949]. Les

---

[948] Les témoins informatiques sont utilisés afin de conserver une information permanente ou temporaire relativement à des informations personnelles concernant l'utilisateur du site *Web*. Bien que le contenu d'un biscuit informatique puisse varier, il s'approprie généralement des informations personnelles concernant l'utilisation des pages *Web* fréquentées. L'identification des utilisateurs peut servir à la personnalisation du contenu des pages *Web* (*Yahoo, Netscape, Excite*), à la vérification de l'admissibilité de l'utilisateur à certains services offerts (*New York Times, Barreau du Québec*) ou encore à la détermination d'un profil de consommation (*Amazon, Microsoft*). Il peut aussi permettre d'identifier l'adresse électronique. À la prochaine visite sur le site *Web*, le serveur pourra récupérer l'information et identifier l'utilisateur. Les informations ainsi obtenues peuvent être rendues accessibles à d'autres «serveurs» ou faire l'objet d'une transaction commerciale.

[949] Il serait aussi possible d'utiliser les témoins informatiques afin d'inventorier le contenu du disque dur d'un ordinateur personnel. Or dans l'arrêt *Plant (1992)*, le juge McLachlin rappelait que le contenu des ordinateurs pouvaient contenir des informations privées: «Les ordinateurs peuvent, et devraient, être des endroits privés, les données qui y sont emmagasinées bénéficiant de la protection juridique qu'entraîne une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Un ordinateur peut contenir une abondance de renseignements personnels qui, suivant leur nature, peuvent être tout aussi privés que ceux qui se trouvent dans une maison d'habitation ou dans une chambre d'hôtel». Voir *R. c. Plant* (1992), [1993] 3 R.C.S. 281, 303-304.

agences gouvernementales ont de plus en plus recours à ces profils d'utilisation colligés par les témoins informatiques afin d'identifier les individus qui sont soupçonnés d'utiliser l'internet à des fins criminelles. Or le principe judiciaire établi par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans la séquence d'arrêts *Duarte (1990) — Wise (1992)*[950] — selon lequel la surveillance électronique subreptice effectuée par tous moyens est contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne* — nous force à conclure que l'utilisation par l'État de ces informations provenant des témoins informatiques serait manifestement contraire à la protection constitutionnelle dans la mesure où l'immixtion est effectuée sans le consentement des individus et en l'absence d'une disposition législative le permettant expressément. C'est pourquoi nous estimons, compte tenu de l'intérêt de l'État à réglementer le contenu de l'internet, que le Parlement devrait légiférer afin de circonscrire étroitement les pouvoirs des agents de l'État d'utiliser les témoins informatiques dans le cadre de la mise en application des lois canadiennes.

2.4. Les données à caractère personnel

Il est nécessaire de distinguer l'obtention des données à caractère personnel (*a.*) de la conservation, l'utilisation et la divulgation des données à caractère personnel (*b.*).

(a) L'obtention des données à caractère personnel

Les données à caractère personnel peuvent être obtenues soit directement auprès d'un individu (*1.*), soit indirectement auprès d'une tierce personne (2.)

---

[950] Voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

1. L'obtention directe des données à caractère personnel

Le droit au respect de la vie privée d'un individu est mis en jeu lorsqu'il communique des informations personnelles le concernant dans différentes circonstances. Dans certains cas, il communiquera volontairement des informations personnelles. Dans ce cas, la communication des informations sera réputée être faite de manière libre et volontaire (*1.1.*). Dans d'autres circonstances, il communiquera des informations personnelles à la suite de l'exercice d'une contrainte par l'État. Parfois la contrainte est directe mais bien souvent elle est dérivée et, bien que l'individu ne soit pas obligé de communiquer les informations personnelles le concernant, le fait de s'abstenir fera en sorte qu'il doive renoncer à l'avantage ou au bénéfice qu'il recherchait[951]. Dans ce dernier cas, la communication est réputée être forcée (*1.2.*).

1.1. La communication libre et volontaire

La communication libre et volontaire d'informations personnelles peut être faite à l'État ou à des individus autres que l'État. Au Québec, en plus des dispositions du *Code civil*[952] et de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes*

---

[951] Comme le soulignait si justement le juge La Forest dans l'arrêt *Dagg (1997)*, rares seront les cas où un individu communiquera de façon libre et volontaire des informations personnelles le concernant puisque, en général, il consentira à la communication de ces informations pour obtenir un bénéfice ou un avantage ou parce qu'il n'a pas d'autres choix: «En général, lorsqu'une personne divulgue des renseignements la concernant, elle le fait pour des raisons précises. Dans certains cas, on le fait pour recevoir un service ou bénéficier d'un avantage. Dans d'autre cas, on le fait parce qu'on est légalement tenu de le faire». Voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 3 R.C.S. 403, 439.

[952] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 3, 35-39.

publics et de la protection des renseignements personnels[953], l'Assemblée nationale adoptait, en 1993, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[954], afin d'assurer la protection des données à caractère personnel détenues par des individus autres que l'État. Au Canada, les règles qui régissent la collecte d'informations personnelles par l'État se retrouvent principalement dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*[955].

C'est en 1982 que la Parlement adoptait une loi spécifique[956] visant à la fois la protection des renseignements personnels et l'accès à l'information gouvernementale. Les deux lois se complètent tant à l'égard de leur objet qu'à celui de leur contenu et s'appliquent l'une en fonction de l'autre et aucune ne prévaut. Alors que le but avoué de la *Loi sur l'accès à l'information*[957] visait à favoriser la démocratie — en garantissant que les citoyens puissent obtenir

---

[953] *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et de la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.

[954] *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17.

[955] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21. Au moment d'écrire ces lignes, la Chambre des communes étudiait le projet de loi C-54 intitulé *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* dont l'objet consiste à préserver le droit à la vie privée des individus à l'égard des renseignements personnels recueillis dans le cadre d'une entreprise fédérale. Cependant, à l'instar de la protection offerte par le régime de droit commun, l'étude de ces lois visant la protection du droit à la vie privée dans le secteur privé déborderait largement le cadre de notre étude. Nous nous intéresserons aux informations personnelles obtenues par une personnne autre que l'État que dans la mesure il y a appropriation subséquente de ces informations par l'État.

[956] Une première intervention législative avait été faite par le Parlement en 1978 lorsqu'il a incorporé un certain nombre de dispositions législatives visant la protection des renseignements personnels dans la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, entrée en vigueur le 1er mars 1978. Voir aussi P. GILLIS, «The Privacy Act — A Legislative History and Overview» (1987) 4 *Canadian Human Rights Year Book* 138.

[957] *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1.

l'information nécessaire pour participer au processus démocratique et, surtout peut-être, en s'assurant que les politiciens et les bureaucrates demeurent transparents envers la population canadienne[958] —, celui de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* consistait à compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels. Cependant, à l'instar du *Privacy Act* américain de 1974[959] — et contrairement en cela aux législations européennes —, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne vise que les renseignements concernant les personnes physiques détenus par le gouvernement fédéral. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est susceptible de protéger certains aspects du droit à la vie privée des individus en ce qu'elle restreint l'accès aux renseignements personnels que possède le gouvernement fédéral et en réglemente la collecte, la conservation, l'utilisation et la divulgation[960].

---

[958] Voir les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 3 R.C.S. 403, 432-433. Voir aussi J. PLAMENATZ, *Democracy and Illusion*, Londres, Longman, 1973; Patrick BIRKINSHAW, *Freedom of Information — The Law, The Practice and The Ideal*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1988; J. FEINBERG, «Autonomy, Sovereignty, and Privacy — More Ideals in the Constitution?» (1982) 58 *Notre-Dame Law Review* 445; D.J. MULLAN, «Access to Information and Rule-Making», dans J.D. CAMUS, *Freedom of Information — Canadian Perspectives*, Toronto, Butterworths, 54; D.C. ROWAT, How Much Adminsitrative Secrecy?» (1965) 31 *Canadian Journal of Economic and Political Science* 479.

[959] Les États-Unis ont été le premier pays, après la Finlande, a adopté une législation visant l'accès à l'information. Le climat de méfiance généralisé qui a suivi le *Watergate* a permis la réforme menant à l'adoption, en 1974, d'une loi sur l'accès à l'information et d'une loi sur la protection des renseignements personnels. Aux États-Unis, plusieurs autres lois sont aussi susceptibles d'apporter une protection à des intérêts relatifs à la vie privée.

[960] La notion de renseignements personnels est définie à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et concerne généralement les renseignements relatifs à un individu au sujet de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de son âge, de sa situation familiale, de sa religion, de son éducation, de son dossier médical, de ses antécédents financiers et professionnels, de son casier judiciaire ou, plus généralement, de ses opinions personnelles. Certaines catégories de renseignements sont spécifiquement exclues de la définition de renseignements personnels. Il s'agit des renseignements concernant des avantages financiers facultatifs, dont la délivrance d'un permis ou d'une licence, des renseignements concernant un

En plus de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, plusieurs autres dispositions législatives, que l'on retrouve tant dans les lois fédérales[961] que dans les lois québécoises[962], sont susceptibles d'apporter une certaine protection au droit à la vie privée. De façon générale, ces lois visent à protéger les informations détenues par les institutions fédérales et à en restreindre leur utilisation comme éléments de preuve dans une procédure judiciaire ou encore à en limiter

---

individu décédé depuis plus de vingt ans et ceux portant sur les fonctions d'un employé ou d'un fournisseur contractuel d'une institution fédérale. Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 3j), k), l), et m). Voir aussi *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 3 R.C.S. 403.

[961] Voir notamment les dispositions législatives ou les textes législatifs suivants: *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 10; *Loi sur les ponts*, L.R.C. 1985, c. B-8, art. 19; *Loi sur les élections fédérales contestées*, L.R.C. 1985 c. C-39, art. 45; *Loi sur la preuve*, L.R.C. 1985, c. C-5, arts. 30, 37, 38, 39; *Loi sur le régime de pension du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8, arts 104, 105; *Loi sur la détermination de la participation et du contrôle canadien*, L..R.C. 1985, c. C-20, arts. 17, 19; *Loi sur le Service canadien du renseignement et de la sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23, art. 18; *Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats*, L.R.C. 1985, c. C-43, arts 18, 19; *Loi relative aux enquêtes sur les manoeuvres frauduleuses*, L.R.C. 1985, c. C-45, art. 37; *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 189; *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 6; *Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, c. C-52, art. 23; *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^{e} suppl.), c. 1, art. 241; *Loi électorale du Canada*, L.R.C.1985, c. E-2, arts 114, 129, 135.2; *Loi de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. E-6, art. 98; *Loi de la surveillance du secteur énergétique*, L.R.C. 1985, c. E-8, arts. 28, 33, 35, 36; *Loi sur les explosifs*, L.R.C. 1985, c. E-17 [abr. et rempl. par L.C. 1993, ch. 32, art. 12], art. 23; *Loi sur les allocations familiales*, L.R.C. 1985, c. F-1, art. 18 ; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, art. 146; *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. 1985, ch. H-3 [abr. et rempl. par L.R.C. 1985, c. 24 (3^{e} suppl.), art. 1], art. 10; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, arts. 33, 47; *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2, art. 117; *Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs*, L.R.C. 1985, c. L-1, art. 32; *Code du travail du Canada*, L.R.C. 1985, c. L-2, arts. 144, 260; *Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles*, L.R.C. 1985, c. M-9, arts. 27, 28; *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9, arts. 10, 33; *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, L.R.C. 1985, c. P-13, arts. 17, 18, 29; *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10, art. 24.1; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, c. S-15, art 84; *Loi sur la statistique*, L.R.C. 1985, c. S-19, arts. 17, 18; 50(6) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13, art. 50; *Loi sur les forces étrangères présentes au Canada*, L.R.C. 1985, c. V-2, art. 8.

[962] Voir notamment *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q. 1977, c. A-29, art. 63; *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-19; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1, art. 260.1; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. 1977, c. S-4.2, art. 7; *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35.

la divulgation d'une institution fédérale à une autre. Une institution fédérale ne peut recueillir que les renseignements personnels qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités[963]. La Loi oblige les institutions fédérales à recueillir ces renseignements directement auprès de l'individu et à l'informer des fins auxquelles ils sont destinés[964]. Il apparaît donc que les dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui autorisent la collecte de renseignements personnels sont de nature exceptionnelle et ne doivent servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis.

1.2. La communication forcée

La communication forcée de données à caractère personnel s'entend des situations où un individu communique des informations personnelles à la suite d'une demande ou d'une ordonnance de production de documents (*a.*) ou par le biais des procédés *anthroposcopiques* d'identification (*b.*).

a) La demande de production de documents et l'obligation de témoigner

Les documents personnels ont historiquement bénéficié d'une protection spéciale, tant en *common law* qu'en droit constitutionnel, parce qu'ils étaient susceptibles de révéler les sentiments, la pensée et les idées d'un individu. Aux États-Unis, la *Cour Waite (1874-1888)* a établi, dans l'arrêt *Boyd (1886)*[965], le principe

---

[963] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 4.

[964] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 5.

[965] Dans cet arrêt la *Cour Waite (1874-1888)* a eu à considérer pour la première fois la question de savoir si une ordonnance de production de documents enfreignait les droits garantis par les Quatrième et Cinquième amendements. S'exprimant pour la majorité, le juge Bradley s'est

judiciaire selon lequel les documents personnels étaient insaisissables, et cela indépendamment de l'existence ou non d'un mandat de perquisition ou d'une disposition législative permettant expressément leur saisie. Ce principe judiciaire a été maintenu pendant près d'un siècle[966], c'est-à-dire jusqu'au moment où la *Cour Burger (1969-1986)* a rendu l'arrêt *Andresen (1976)*[967] dans lequel elle statuait que les perquisitions ne soulevaient pas d'intérêts protégés par le Cinquième amendement et qu'il valait mieux considérer séparément les valeurs protégées par ces deux amendements.

Les deux seules exceptions à ce principe judiciaire consacrant l'insaisissabilité des documents personnels étaient lorsque les documents constituaient un moyen de commettre une infraction ou un acte criminel («instrumentalities of a crime»)[968]

---

appuyé sur une tradition de plus de deux siècles pour conclure qu'il y avait une relation étroite, pour de pas dire symbiotique, entre la protection offerte par ces deux amendements en ce qu'ils garantissent, pour utiliser un néologisme, le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Adoptant une approche large et libérale, il a jugé que les dispositions de la *Customs Act* de 1874 étaient inconstitutionnelles en ce qu'elles autorisaient la production forcée de documents. Le fait que l'ordonnance de production de documents soit prescrite par une loi et que l'immixtion ne comporte pas d'intrusion physique n'altèrent pas la nature fondamentale de l'immixtion puisque sur le plan substantiel, elle vise les même fins. Voir *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

[966] Voir généralement *Interstate Commerce Commission c. Baird*, 194 U.S. 25, 45-46 (1904); *Hale c. Henkel*, 201 U.S. 43, 71 (1906); *Wilson c. United States*, 221 U.S. 361, 377-78 (1911); *Wheeler c. United States*, 226 U.S. 478 (1913); *Weeks c. United States*, 232 U.S. 383, 397 (1914); *Gouled c. United States*, 255 U.S. 298, 308-309 (1921); *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438, 458-460 (1928); *United States c. Lefkowitz*, 285 U.S. 452, 464-465 (1932); *Oklahoma Publishing Co. c. Walling*, 327 U.S. 186, 205 (1946); *Davis c. United States*, 328 U.S. 582, 587-588 (1946); *Harris c. United States*, 331 U.S. 145, 154 (1947); *Mapp c. Ohio*, 367 U.S. 643, 646-647 (1961); *Couch c. United States*, 409 U.S. 322, 330 (1973); *Bellis c. United States*, 417 U.S. 85, 87 (1974); *Nixon c. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 459 (1977). Voir aussi *Conn c. Gabbert*, (n° 97-1802) (5 avril 1999).

[967] *Andresen c. Maryland*, 427 U.S. 463, 471-473 (1976). Voir aussi *Fisher c. United States*, 425 U.S. 391, 400-401, 408-409 (1976).

[968] Voir *Gouled c. United States*, 255 U.S. 298, 309 (1921); *Marron c. United States*, 275 U.S. 192, 199 (1927); *Davis c. United States*, 328 U.S. 582, 583 (1946); *Harris c. United States*, 313 U.S. 145, 147, 154 (1947); *United States c. Calandra*, 414 U.S. 338, 341 (1974).

ou lorsqu'il s'agissait de documents d'entreprises («business records»), auquel cas la *doctrine de l'industrie réglementée* («required records») recevait application[969].

La demande de production de documents ou l'ordonnance de production de documents — les *subpoena duces tecum* — et l'obligation de témoigner constituent aujourd'hui des procédures courantes utilisées dans le cadre de la mise en application des lois, et plus particulièrement des lois fiscales[970] et des lois visant la réglementation de l'économie, telles les lois concernant les valeurs mobilières et la concurrence[971]. En plus de la protection offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne* et par le Quatrième amendement à la Constitution américaine, la demande de production de documents et l'obligation de témoigner sont susceptibles d'être protégées par le privilège contre l'auto-incrimination. À première vue, l'aspect informationnel du droit constitutionnel au respect de la vie privée devrait être principalement protégé par le privilège contre l'auto-incrimination puisque son objectif fondamental vise à empêcher l'extraction et la production d'informations obtenues sous la contrainte physique ou

---

[969] *Hale c. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson c. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Wheeler c. United States*, 226 U.S. 478 (1913); *United States c. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Oklahoma Press Pub. Co. c. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Bellis c. United States*, 417 U.S. 85 (1974).

[970] Voir notamment la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5e suppl.), c. 1; *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, c. 1; *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, c. E-14; *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15. Voir aussi *Guay c. Lafleur* (1964), [1965] R.C.S 12 (le pouvoir d'enquête conféré pas la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une procédure strictement administrative); *M.N.R. c. Coopers and Lybrand* (1978), [1979] 1 R.C.S. 495. L'importance accordée aux lois concernant le revenu est manifestée par les peines sévères en cas de non-respect de ses dispositions. Voir les articles 162, 163, 227, 238, 239, 242 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; les articles 122, 124, 160, 161 de la *Loi sur les douanes* et les articles 158-166, 175-179, 226-228, 240-255 de la *Loi sur l'accise*. Si la loi accorde de vastes pouvoirs pour recueillir les informations, elle oblige aussi l'État à en contrôler l'utilisation. Voir l'article 241de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voir aussi *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479.

[971] *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

psychologique[972].

Le privilège contre l'auto-incrimination tire sa source de la *common law*. Dès le XII[e] siècle, une querelle sévissait entre le Roi et l'Église relativement à la garantie contre l'auto-incrimination puisque les tribunaux ecclésiastiques, suivant une procédure inquisitoire en vertu de laquelle la contrainte pouvait être exercée sur un individu, s'opposaient aux tribunaux du Roi qui avaient adopté une procédure accusatoire en vertu de laquelle le fardeau de démontrer la culpabilité des individus reposait sur une preuve indépendante recueillie par le ministère public. Bien que la maxime *Nemo tenetur prodere se ipsum*[973] ait été fréquemment alléguée à compter du milieu du XVI[e] siècle, la pratique courante était plutôt de contraindre les individus à témoigner contre eux-mêmes, le plus souvent en utilisant la torture[974].

---

[972] C'est aussi l'opinion qu'exprimait le professeur O'Brien dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*: «Since the Fifth Amendment proscribes the government from coercing and compelling individuals to divulge personal information about their thoughts and activities, the [Cinquième] Amendment ostensibly provides the principal guarantee for claims to informational privacy». Voir D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 89. Voir aussi Comment, «The Protection of Privacy by the Privilege Against Self-Incrimination — A Doctrine Laid to Rest» (1974) *59 Iowa Law Review* 1336.

[973] Elle emprunte parfois la forme exprimée par la maxime *Nemo tenetur seipsum accusare* (Personne n'est tenu de s'accuser lui-même). Voir A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1985, 120.

[974] Erwin Griswold rapporte que dans les «Prerogative Courts» — comme la «Star Chamber» et la «High Commission» — c'était une pratique courante d'extraire les confessions par la force. Voir E.N. GRISWOLD, «Self-incrimination», dans K.L. HALL (dir.), *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford, Oxford, New York, 1991, 293. Voir aussi L. HERMAN, «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992) 53 *Ohio State Law Journal* 101; H.J. FRIENDLY, «The Fifth Amendment Tomorrow — The Case for Constitutional Change» (1968) 37 *University of Cincinnati Law Review* 37; E. MORGAN, «The Privilege Against Self-Incrimination» (1949) 34 *Minnesota Law Review* 1.

Ce n'est qu'au milieu du XVII[e] siècle, que les tribunaux généraliseront le principe qu'une personne ne peut être contrainte de s'accuser et l'érigeront en une règle de la *common law*. Profondément ancré dans la culture américaine dès l'époque coloniale, le privilège contre l'auto-incrimination fera l'objet d'une consécration spécifique dans le *Bill of Rights*[975]. Le Cinquième amendement (applicable au Congrès) et le Quatorzième amendement (applicable aux États)[976] à la Constitution américaine garantissent ce privilège.

Au Canada, le privilège contre l'auto-incrimination est garanti par les articles 7 et 13 ainsi que par l'alinéa 11c) de la *Charte canadienne*. Si l'objectif fondamental visé par le privilège contre l'auto-incrimination consistait à éliminer l'utilisation de la torture ou des autres contraintes physiques et psychologiques de l'arsenal des moyens d'enquête de l'État[977], il repose sur plusieurs valeurs fondamentales. Ces valeurs ont été identifiées par la *Cour Warren (1953-1969)* dans l'arrêt *Murphy (1964)*[978] : la préférence d'un système accusatoire à un

---

[975] Le privilège contre l'auto-incrimination a été inclu dans le *Bill of Rights de la Virginie* en 1776 et dans le *Bill of Rights* en 1791. Voir L. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1968, 430.

[976] Cet arrêt renversait le principe judiciaire qui voulait que la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique qu'aux législations émanant du Congrès. Le Cinquième amendement a longtemps été considéré non applicable aux États. Dans *Malloy* (1964), la *Cour Warren (1953-1969)* a incorporé le privilège contre l'auto-incrimination. Voir *Malloy c. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

[977] Cet aspect a été reconnu par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *McNabb (1943)* dans lequel elle statuait qu'un délai déraisonnable entre le moment de l'arrestation d'un individu et le moment de sa comparution, qui a permis de recueillir une confession, constituait une contrainte psychologique qui violait la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination. Voir Voir *United States c. McNabb*, 318 U.S. 332 (1943).

[978] *Murphy c. New York (Waterfront Commission of)*, 378 U.S. 52, 55 (1964). Le juge Golberg affirmait ce qui suit: It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations; our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury, or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incrimination will be elicited by inhumane treatment and abuses; our

système inquisitoire (*«Fox Hunter's Reason»*), la volonté de prévenir les traitements cruels et inusités en forçant les individus à s'auto-accuser ou à se parjurer (*«Old Woman's Reason»*) et la volonté de respecter la personnalité humaine ou encore le droit au respect de la vie privée (*«Hermit's Reason»*). La considération de chacune de ces valeurs nous permettra d'apprécier les principes judiciaires établis par la Cour suprême des États-Unis et par la Cour suprême du Canada relativement à l'application du privilège contre l'auto-incrimination aux situations qui soulèvent des intérêts relatifs au droit au respect de la vie privée.

L'une des expressions favorites de Jeremy Bentham pour désigner la règle qui favorise les valeurs d'un système accusatoire plutôt qu'inquisitoire[979], est la règle *Fox Hunter* qui exprime : «the essence [d'un système accusatoire] is the requirement that the State which purposes to convict and punish an individual produce the evidence against him by the independent labors of its officers, not by the single, cruel expedient of forcing it from his own lips»[980]. C'est aussi ce que rappelait le

---

sense of fair play which dictates a "fair state-individual balance by requiring the government [...] in its contest with the individual to shoulder the entire load"; [...] our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual "to a private enclave where he may lead a private life"; [...] our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege while "a shelter to the guilty", has often been a "protection to the innocent"». Voir aussi D.M. O'BRIEN, «The Fifth Amendment — Fox Hunters, Old Women, Hermits, and the Burger Court» (1978) 54 *Notre-Dame Lawyer* 26.

[979] Dans *A Rationale of Judicial Evidence (1827)*, Jeremy Bentham conceptualisait ainsi la *Fox Hunter Reason*: «[It] consists on introducing upon the carpet of legal procedure the ideal of fairness, in the sense in which the word is used by sportsmen. The fox is to have a fair chance for his life: he must have (so close is the analogy) what is called law: leave to run a certain length of way, for the express purpose of giving him a chance for escape. Voir J. BENTHAM, *A Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5, 1827, 238-239, cité par D. M. O'BRIEN, Privacy Law and Public Policy, New York, Praeger, 1979, 91.

[980] *Culombe c. Connecticut*, 367 U.S. 568, 581-582 (1961). Voir aussi *Rodgers c. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961); *United States c. Washington*, 431 U.S. 181 (1977).

juge en chef Warren dans l'arrêt *Miranda* (1966)[981]. La règle *Fox Hunter* constitue un rééquilibrage entre la toute-puissance de l'État et les droits individuels. La protection qu'offre le privilège contre l'auto-incrimination fondée sur la règle *Fox Hunter Reason* limite cependant le droit constitutionnel au respect de la vie privée puisque les déclarations qui ne sont pas incriminantes ou les déclarations faites après qu'un individu a reçu une immunité de poursuite ne peuvent contrevenir au droit au respect de la vie privée.

C'est dans l'arrêt *Ullman (1956)*[982], que le juge Douglas affirmait, en dissidence, sa préférence pour la règle que Jeremy Bentham appelait *An Old Woman's Reason* selon laquelle le privilège contre l'auto-incrimination comporterait un aspect protégeant la dignité des individus en leur conférant un droit au silence[983]. Elle repose sur la croyance qu'il est cruel et inhumain de forcer une personne à divulguer ses actes criminels indépendamment du fait que ceux-cis puissent ou non servir à l'incriminer. La règle *Old Woman* assurerait donc une protection efficace au droit au respect de la vie privée dans la mesure où les

---

[981] *Miranda* c. *Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Le juge en chef Warren affirmait ce qui suit: «The constitutional foundations underlying the privilege is the respect a government — State or federal — must accord to the dignity and integrity of its citizens. To maintain a "fair State-individual balance" to shoulder the entire load [...] to respect the inviolability of the human personality, our accusatorial system of criminal justice demands that government seeking to punish an individual produce the evidence against him by its own independent labours, rather than by cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth». Voir aussi *Gardner* c. *United States*, 424 U.S. 648, 655 (1976). C'est aussi ce qu'en pensait Abe Fortas dans un article publié peu avant l'arrêt *Ullman (1954)* dans lequel il affirmait: «The privilege against self-incrimination represents a basic adjustment of the power and rights of the individual and the State». Voir A. FORTAS, «Fifth Amendment: *Nemo Tenetur Prodere Seipsum*» (1954) 25 *Cleveland Bar Association Journal* 95, 97.

[982] *Ullman* c. *United States*, 350 U.S. 422, 445-446 (1956)(j. Douglas).

[983] Elle sera reconnue partiellement par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hébert (1990)*. Voir *R.* c. *Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Voir aussi D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 102-103.

déclarations ou les confessions affectent la dignité de la personne. Elle n'a cependant pas été retenue par la Cour suprême des États-Unis[984] mais elle a été partiellement avalisée, en ce qui a trait aux détenus, par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Hebert (1990)*[985].

Certains auteurs de la doctrine américaine[986] ont suggéré que la Cour suprême devrait adopter, en remplacement des deux premières, la *règle de l'Ermite (Hermit Reason)* selon laquelle toute déclaration forcée violerait automatiquement le droit au respect de la vie privée. Cette proposition voulant que le privilège contre l'auto-incrimination comporte certains aspects protégeant le droit au respect de la vie privée a été partiellement avalisée par la *Cour Warren (1953-1969)* dans l'arrêt *Warden (1967)*[987] et par les juges Sopinka et Wilson dans

---

[984] Dans l'arrêt *Mandujano (1976)*, le juge en chef Burger a catégoriquement rejeté cette conception en ces termes: «nor can [le Cinquième amendement] be invoked simply to protect the witness' interest of privacy. Ordinarily of course, a witness has no right of privacy before the grand jury». Voir *United States* c. *Mandujano*, 425 U.S. 564, 572-573 (1976). Voir aussi *United States* c. *Washington*, 431 U.S. 181 (1977); *United States* c. *Wong*, 431 U.S. 174 (1977).

[985] *R.* c. *Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

[986] C'est ce que suggère notamment Leonard Ratner dans un article publié en 1957 intitulé *The Consequences of Exercising the Privilege Against Self-Incrimination* dans lequel il affirmait: «The privilege against self-incrimination is a constitutional facet of the right of privacy. The right of each individual to remain unmolested in the absence of independent evidence connecting him with the commission of a crime is but an aspect of the limitation which the privilege places upon the powers of the police. The privilege reflects the further principle, however, that a person's own knowledge of whether or not he has any connection with a criminal act is private to him and should not be subjected to compulsory disclosure». Voir L. RATNER, «The Consequences of Exercising the Privilege Against Self-Incrimination» (1957) 24 *University of Chicago Law Review* 472, 488-489.

[987] Dans *Warden (1967)*, le juge Douglas adopte une conception relativement étendue de cette notion: «Privacy involves the choice of the individual to disclose or to reveal what he believes, what he thinks, what he possesses [...] That dual aspect of privacy means that the individual should have the freedom to select for himself the time and circumstances when he will share his secrets with others and decide the extent of that sharing. This is his prerogative, not the State's». Voir *Warden* c. *Hayden*, 387 U.S. 294, 323 (1967).

l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd (1990)*[988].

Dans l'arrêt *Boyd (1886)*[989], la *Cour Waite (1874-1888)* avait interprété très largement le privilège contre l'auto-incrimination en statuant que le Cinquième amendement n'est pas une simple garantie procédurale mais qu'il garantissait aussi des droits substantiels, fondant ainsi la *Old Woman Reason* et *l'Hermit Reason*. Il semblerait bien cependant que tant la Cour suprême des États-Unis que la Cour suprême du Canada aient circonscrit la protection du droit constitutionnel à la vie privée en fonction de la *Fox Hunter Reason*. C'est-à-dire qu'elles ont reconnu un privilège contre l'*auto-incrimination* et non un privilège contre l'*auto-accusation*. Trois limitations relatives à l'application de la protection contre l'auto-incrimination, adoptée tant en droit canadien qu'en droit américain, limitent le droit constitutionnel à la vie privée : l'obligation — sous peine d'outrage — de témoigner si une immunité est accordée (§1), l'énonciation de la doctrine de l'acceptation des conditions (§2) et la distinction faite entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle (§3).

§1 L'obligation de témoigner lorsqu'une immunité est accordée

Aux États-Unis, le Cinquième amendement accorde une protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination. Il garantit le privilège de la *common law* de garder le silence et s'applique aux procédés d'enquêtes et aux

---

[988] *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

[989] *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

déclarations faites avant et pendant le procès[990], ainsi qu'aux témoignages dans des procédures civiles et administratives[991] ou dans les enquêtes publiques[992]. Contrairement au Canada, aux États-Unis, on doit demander expressément le

---

[990] Dans l'arrêt *Hayes (1962)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que la protection du Cinquième amendement prohibait l'introduction d'éléments de preuve obtenus à la suite d'un interrogatoire démontrant «a totality of circumstances evidencing an involuntary [...] admission of guilt». Dans *Miranda (1966)*, elle a étendu la protection constitutionnelle aux interrogations policières au moment de l'arrestation du suspect. Toutefois, les critères de *Miranda (1966)* ne s'appliqueront pas si la déclaration a été faite dans un contexte réglementaire ou dans les cas où l'on peut inférer une renonciation aux droits constitutionnels. S'exprimant pour une majorité de cinq juges, le juge en chef Warren a précisé que le ministère public ne pouvait utiliser une déclaration ou une confession faite par un individu à moins que celui-ci n'ait été expressément averti de son droit de garder le silence et que toutes ses déclarations pourront être utilisées contre lui dans un procès criminel. Dans *Harris (1970)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué qu'une déclaration inadmissible dans un procès criminel — parce que ne satisfaisant pas aux exigences de *Miranda (1966)* — pouvait être admise si elle satisfaisait à certaines conditions et être utilisée dans un procès civil. Dans *Beckwith (1977)*, elle statuait que les critères de l'arrêt *Miranda (1966)* ne s'appliquaient pas aux enquêteurs de l'*IRS*. Voir *Hayes c. Washington*, 373 U.S. 503, 514 (1962); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436, 476 (1966); *Harris c. United States*, 400 U.S. 1211 (1970); *Beckwith c. United States*, 425 U.S. 341, 349-350 (1976). Voir aussi *Dickerson c. United States*, (n° 99-5525) (26 juin 2000).

[991] Malgré une formulation sans équivoque — «in any criminal cases» —, la *Cour Fuller (1888-1910)* a affirmé dans l'arrêt *Counselman (1892)* que l'interprétation ne devait pas être restreinte aux affaires criminelles; elle s'étend aux affaires civiles qui peuvent conduire à des accusations criminelles. À la fin du XIX^{e} et au début du XX^{e} siècle, la Cour suprême a étendu l'appplication du Cinquième amendement aux témoins dans des procédures judiciaires et administratives ainsi qu'aux documents détenus par une tierce partie. La Cour suprême n'a toutefois jamais adopté de principe selon lequel un témoin dans une procédure civile pourrait refuser de témoigner sous prétexte qu'il exposerait sa vie privée aux regards publics. Et même dans le contexte du droit criminel, l'accusé ne peut refuser de répondre qu'aux questions qui ne peuvent que directement ou inexorablement conduire à la conclusion de culpabilité. Voir *Counselman c. Hichcock*, 142 U.S. 547, 562 (1892). Voir aussi *Emspack c. United States*, 349 U.S. 190 (1955); *United States c. Washington*, 431 U.S. 181, 188 (1977).

[992] Bien que les pouvoirs d'enquête du Congrès ne font pas l'objet d'une énonciation spécifique dans la Constitution américaine, la *Cour Taft (1921-1930)* a reconnu, dans l'arrêt *McGrain (1927)*, qu'il s'agissait d'un pouvoir implicte. Ce pouvoir n'est cependant pas sans limite. Dans les arrêts *Barentblatt (1959)* et *Braden (1961)*, la *Cour Warren (1953-1986)* statuait que l'enquête du *House of Representatives Committee on Un-American Activities* ne portait pas atteinte au Premier amendement. Voir *McGrain c. Gaugherty*, 273 U.S. 135 (1927); *Barenblatt c. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Braden c. United States*, 365 U.S. 431 (1961). Voir aussi *Watkins c. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Packwood c. Senate Committee on Ethics*, (n° 030294.ZR) (2 mai 1994).

bénéfice de la protection constitutionnelle[993] et l'appréciation de son application est laissée au juge du procès. L'effet du Cinquième amendement est que dans le procès criminel, l'accusé ne peut être contraint de témoigner et, de plus, on ne peut inférer aucune intention de son refus de témoigner. De façon générale, la Cour suprême a jugé que le Cinquième amendement n'empêchait pas de conférer une immunité à un témoin et de lui poser des questions embarrassantes qui constitueraient autrement une violation de son droit à la vie privée.

C'est dans l'arrêt *Brown (1896)*[994] que la *Cour Fuller (1888-1910)* a statué pour la première fois que le privilège contre l'auto-incrimination ne s'appliquait pas lorsqu'une immunité de poursuite avait été donnée. La *Cour Warren (1953-1969)* réaffirmera ce principe judiciaire dans l'arrêt *Ullman (1956)*[995]. Dans l'arrêt *Kastigar (1972)*[996], la *Cour Burger (1969-1986)* confirmait la validité constitutionnelle des nouvelles dispositions de l'*Immunity Act*, en vertu desquelles l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve («use immunity») — analogue à celle consacrée par l'article 13 de la *Charte canadienne* — avait été substituée à l'immunité de poursuite («transactional immunity») qui prévalait jusqu'à ce moment. Ainsi, le principe judiciaire établi par la Cour suprême des États-Unis dans la séquence d'arrêts *Brown (1896) — Kastigar (1972)* circonscrit l'application de la protection constitutionnelle à l'*auto-incrimination* et n'offre aucune garantie

---

[993] Le simple fait de ne pas demander la protection constitutionnelle constitue une renonciation implicite valable. Voir aussi *United States* c. *Kordel*, 397 U.S. 1 (1970); *Schneckcloth* c. *Bustamonte*, 412 U.S. 218, 222-227, 235-240, 246-247 (1973).

[994] Brown c. Walker, 161 U.S. 591(1896).

[995] *Ullman* c. *United States*, 350 U.S. 422 (1956). S'exprimant pour la majorité, le juge Frankfurter confirmait la validité constitutionnelle d'une loi du Congrès qui contraignait les témoignages lorsqu'une immunité de poursuite avait été accordée par le ministère public.

[996] *Kastigar* c. *United States*, 406 U.S. 441 (1972).

contre l'*auto-accusation*. En d'autres termes, la protection du droit constitutionnel au respect de la vie privée offerte par la protection contre l'auto-incrimination est fortement limitée.

Au Canada, le privilège de *common law* contre l'auto-incrimination a été abrogé par l'adoption de l'ancêtre du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*[997]. La *Charte canadienne* n'a pas restauré ce privilège puisque l'alinéa 11c) ne fait que reconnaître le droit à un accusé de ne pas être contraint à témoigner contre lui-même et, contrairement au principe énoncé par le Cinquième amendement, l'article 13 de la *Charte canadienne* ne fait que garantir que le témoignage incriminant d'un individu ne sera pas utilisé contre lui dans des procédures criminelles subséquentes[998].

---

[997] *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5. Voir généralement A.-M. BOISVERT, «The Role of the Accused in the Criminal Process», dans G.-A. BEAUDOIN et E. P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1995; J.-C. HÉBERT, «Le fondement constitutionnel du privilège contre l'auto-incrimination» (1991) 51 *Revue du Barreau* 192; D.M. PACIOCCO, «Self-Incrimination — Removing the Coffin Nails» (1990) 35 *McGill Law Journal* 73; D.M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, A. WHITTEN, «The Privilege Against Self-Incrimination» (1987) 29 *Criminal Law Quarterly* 66; J.-C. HÉBERT, «Les aléas du privilège de non-incrimination depuis la Charte» (1984) 44 *Revue du Barreau* 200.

[998] On ne peut invoquer la protection contre l'auto-incrimination que dans la mesure où la procédure subséquente est de nature criminelle ou peut conduire, comme l'affirmait le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth (1987)*, à de véritables conséquences pénales. Voir *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541. Cela signifie que la preuve testimoniale donnée par un individu lors d'une procédure criminelle ou civile peut être utilisée contre lui dans des procédures disciplinaires subséquentes. La *Cour Dickson (1984-1990)* a statué que cette interdiction d'utiliser des déclarations incriminantes s'étendait aux aveux de culpabilité donnés par un inculpé lors d'un premier procès et le ministère public ne peut utiliser cette preuve lors d'un second procès (*Dubois*) ou contre-interroger un inculpé dans un second procès relativement à des déclarations incriminantes faites dans un premier procès (*Mannion*), à moins que ce ne soit aux fins de jauger sa crédibilité (*Kudlip*). Voir *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Kudlip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

Il s'applique aux procédés d'enquêtes et aux déclarations faites avant[999] et pendant le procès, ainsi qu'aux témoignages dans des procédures civiles et administratives ou dans les enquêtes publiques[1000]. De fait, l'article 13, à l'exception de son application automatique[1001], n'a que constitutionnalisé le régime législatif édicté par le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cependant, la Cour suprême a indiqué que les articles 13 et 11c) ne définissaient pas entièrement l'étendue de la protection contre l'auto-incrimination.

---

[999] Dans l'arrêt *White (1999)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a statué qu'une déclaration, effectuée conformément à une disposition législative, visant à rapporter un accident de la circulation dans laquelle un individu était personnellement impliqué, ne pouvait être utilisée dans des procédures criminelles subséquentes car son utilisation porterait atteinte aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Voir *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

[1000] Voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 272 (la majorité a jugé que le mandat de l'enquête excédait la compétence législative de la province et ne s'est pas prononcée sur les questions constitutionnelles); *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 98 (la tenue des audiences de l'enquête publique ne viole pas le droit à l'auto-incrimination des individus garanti par l'article 7, 13 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne*). Voir généralement L. BLOM-COOPER, «Public Inquiries» (1993) 46 *Current Legal Problems* 204; W.A. MacKAY, «Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry» (1990) 12 *Dalhousie Law Journal* 29; S. GRANGE, «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt» (1990) 12 *Dalhousie Law Journal* 151; I. CHRISTIE, P. PROSS et J. YOGIS (dir.), *Commissions of Inquiry*, Toronto, Carswell, 1990; L. MAILLET, Commissions royales provinciales et commissions d'enquêtes, 1867-1982 — Bibliographie sélective, Ottawa, Bibliothèque nationale du Canada, 1986; R.A. McDONALD, «The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law» (1980) 18 *Alberta Law Review* 366; CANADA, Commission de réforme du droit, Rapport 13, *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1979; CANADA, Commission de réforme du droit, Document de travail 17, *Droit administratif — Les commissions d'enquête*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1977; G. E. Le DAIN, «The Role of the Public Inquiry in Our Constitutional System», dans J. S. ZIEGEL (dir.), *Law and Social Change*, Toronto, Osgoode Hall Law School, 1973; T. LOCKWOOD, «A History of Royal Commissions» (1967) 5 *Osgoode Hall Law Journal* 172; J.C. COURTNEY, «In defense of Royal Commission» (1967) 12 *Administration publique du Canada* 199; W. SELLAR, «A Century of Commissions of Inquiry» (1947) 25 *Revue du Barreau canadien* 1.

[1001] Sous le régime législatif édicté par la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, le témoin devait réclamer expressément la protection contre l'auto-incrimination. Voir *Tass c. R.*, (1946), [1947] R.C.S. 103. Sous le régime constitutionnel, la protection est automatique. Voir *Dubois c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 350, 360; *R. c. Kudlip*, [1990] 3 R.C.S. 618, 630.

Dans l'arrêt *Hebert (1990)*[1002], la *Cour Dickson (1984-1990)* réaffirmait le principe judiciaire établi par la *Cour Laskin (1973-1984)* dans l'arrêt *Rothman (1981)*[1003] et statuait que le droit au silence constitue un principe de justice fondamentale garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Mais il semblerait que ce droit au silence ne puisse être revendiqué que par les individus détenus et ne puisse s'étendre aux témoins dans une procédure judiciaire[1004].

En somme la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination, tant au Canada qu'aux États-Unis, n'empêche pas l'État de tenir des enquêtes et de contraindre les individus à rendre témoignage et même de lui poser des questions embarrassantes qui constitueraient autrement une violation de son droit à la vie

---

[1002] *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731 (les déclarations pourraient être conformes à l'article 7 si l'agent de l'État n'a été qu'une oreille attentive); *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, 606 (j. Iacobucci) (les déclarations incriminantes faites à un individu agissant pour l'État violent l'article 7). Voir aussi *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918 (renonciation implicite au droit au silence); *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 299; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *British Columbia (Securities Commission) c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *R. c. Liew*, [1999] 3 R.C.S. 227.

[1003] *Rothman c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 640.

[1004] Le droit au silence de l'article 7 s'applique avant le procès et vise particulièrement les détenus. Lors du procès, l'individu bénéficiera de la protection offerte par les arts. 11c) et 13 et aussi de 7. Voir *Thomson Newspapers Ltd (1990)*, 442 (j. Lamer), 482 (j. Wilson), 538 (j. La Forest), 585 (j. L'Heureux-Dubé), 601 (j. Sopinka). Dans cet arrêt seul le juge Lamer opinait que la protection s'étendait à la protection d'un témoin. Il révisera sa position puisque dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)* (1995), la Cour a unanimement conclu que le témoin ne pouvait bénéficier de cette protection, à moins, comme l'affirmera la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Branch (1995)* que le but du témoignage ne vise qu'à contraindre le témoin à s'incriminer. Voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia (Securities Commission) c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3. Voir aussi R.J. DELISLE, «Annotations — *R. c. S. (R.J.)*, (1995) 36 *Criminal Reports* (4e) 8. Le silence d'un accusé ne peut être utilisé pour établir sa culpabilité. Voir *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874.

privée[1005]. La protection constitutionnelle contre l'utilisation du témoignage de l'individu dans une procédure criminelle subséquente et la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée établirait un juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et l'efficacité de l'administration de la justice.

§2 La doctrine de l'acceptation des conditions

Une autre exception qui a érodé les contours de la protection constitutionnelle garantie par le privilège contre l'auto-incrimination est consacrée par la doctrine de l'acceptation des conditions («required records»). Selon cette doctrine, les documents dont la confection et la fourniture sont prescrites par une loi s'assimilent à des documents publics et, en conséquence, ne bénéficient d'aucune attente en matière de vie privée. Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing (1946)*[1006] que la *Cour Stone (1941-1946)* — renversant ainsi le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Boyd (1888)* — a consacré le principe judiciaire selon lequel un *subpoena duces tecum* n'était pas visé par le Quatrième

---

[1005] Un individu peut être contraint à témoigner si une immunité lui a été accordée, indépendamment de ses intérêts à la protection de sa vie privée. Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, le professeur O'Brien décrit bien les conséquences de l'attribution d'une immunité relativement à la protection du droit au respect de la vie privée: «An individual's privacy interests are necessarily forfeited by grants of immunity. Furthermore, if individuals refuse to testify after being granted immunity from prosecution, they may be jailed for contempt». Cette opinion est partagée par Robert MacKay dans un article intitulé *Self-Incrimination and the New Privacy (1967)*: «Even though protection against certain harmful consequence is assured through a sufficient grant of immunity, the privacy interest is relinquished upon disclosure compelled in return for a grant of immunity. Moreover, there is no way to protect against the related hazard of damage to reputation. It is not easy to square the privacy interest (which arguably is) a prime purpose of the privilege with immunity statutes that require surrender of privacy».Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 99. Voir aussi R. MACKAY «Self-Incrimination and the New Privacy», dans *The Supreme Court Reporter*, P. KURLAND, (dir.), Chicago, University of Chicago Press, 1967.

[1006] *Oklahoma Press Publishing Co. c. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Voir aussi *United States c. Wallace & Teirnan Co.*, 336 U.S. 793 (1959); *Donavan c. Lone Steer Inc.*, 464 U.S. 408 (1984) (les *subpoena duces tecum* émis en vertu d'une loi ne violent pas le Quatrième amendement).

amendement car il n'y avait aucune intrusion physique.

Bien que les individus possèdent un intérêt à la vie privée susceptible d'être protégé par la protection contre l'auto-incrimination[1007] — dont la contestation prendra généralement la forme d'une requête en cassation de *subpoena duces tecum*[1008] — ils ne peuvent cependant invoquer cet intérêt si la contrainte est exercée sur une tierce partie[1009]. Le privilège contre l'auto-incrimination est un droit personnel[1010] qui ne saurait être invoqué par une corporation ou toute autre organisation regroupant plusieurs individus[1011]. Ainsi, le gardien des registres d'une organisation ne possède aucun intérêt susceptible d'être protégé par le privilège

---

[1007] Dans l'arrêt *Murphy (1964)*, la *Cour Warren (1953-1969)* reconnaissait que le Cinquième amendement comporte un aspect qui protège une «private enclave where he [un individu] may lead a private life» . Voir *Murphy c. New York (Waterfront Commission)*, 378 U.S. 52, 55 (1964). Voir aussi *Couch c. United States*, 409 U.S. 322, 327 (1973); *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886). Voir cependant l'arrêt *Nobles (1975)* dans lequel la Cour Burger (1969-1986) affirmait qu'à moins que: «incriminating testimony is compelled, any invasion of privacy is outside the scope of the Fifth Amendment» . Voir *United States c. Nobles*, 422 U.S. 225, 233 (1975).

[1008] Les critères pour déterminer l'annulation d'un *subpoena* ont été établis par la Cour Rehnquist dans l'arrêt *Barnes c. E-Systems*, 501 U.S. 560 (1991). Voir aussi *Beame c. Friends of the Earth, 434 U.S. 1310 (1977); Packwood c. Senate Committee on Ethics*, (n° 030294.ZR)(2 mars 1994).

[1009] Voir *California Bankers Association c. Schultz*, 416 U.S. 21 (1974) (institutions financières); *Couch c. United States*, 409 U.S. 322 (1973) (comptables); *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Fisher c. United States*, 425 U.S. 391 (1976) (avocats); *United States c. Payner*, 447 U.S. 727 (1980) (institutions financières).

[1010] Dans *Couch c. United States*, 409 U.S. 322 (1973), le juge Murphy affirmait ce principe en ces termes: «the papers and effects which the privilege protects must be the private property of the person claiming the privilege, or at least in his possession in a purely personal capacity» . Voir *Couch c. United States*, 409 U.S. 322, 327-28 (1973).

[1011] Voir généralement *Hale c. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Consolidated Rendering Co. c. Vermont*, 207 U.S. 541 (1908); *Wilson c. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Dreier c. United States*, 221 U.S. 394 (1911); *Wheeler c. United States*, 226 U.S. 478 (1913); *Grant c. United States*, 227 U.S. 74 (1913); *Essgee Co. of China c. United States*, 262 U.S. 151 (1923); *Brown c. United States*, 276 U.S. 134 (1928); *Endicott Johnson Corporation c. Perkins*, 317 U.S. 501 (1943); *United States c. White*, 322 U.S. 694 (1944); *United States c. Fleischman*, 339 U.S. 349 (1950); *Rogers c. United States*, 340 U.S. 367 (1951); *McPhaul c. United States*, 364 U.S. 372 (1960). Voir aussi *Curcio c. United States*, 354 U.S. 118 (1957).

contre l'auto-incrimination, et cela même si la production des registres est susceptible de l'incriminer personnellement[1012]. Ce principe judiciaire a été consacré par la *Cour White (1910-1921)* dans l'arrêt *Wilson (1911)*[1013] et étendu aux syndicats par la *Cour Stone (1941-1946)* dans l'arrêt *White (1944)* ainsi qu'aux sociétés en nom collectif («partnership») par la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Bellis (1974)*. La *Cour Burger (1969-1986)* étendra encore davantage ce principe judiciaire en statuant, dans l'arrêt *Fisher (1976)*[1014], que les demandes de production de documents adressées à un individu ne soulèvent pas d'intérêts protégés par le privilège contre l'auto-incrimination[1015]. En d'autres termes, la séquence d'arrêts *Oklahoma (1946) — Fisher (1976)* établit le principe judiciaire selon lequel les demandes de production de documents, effectuées conformément à une disposition législative valide, ne soulèvent aucune protection constitutionnelle, à moins que la demande ne vise des documents essentiellement personnels[1016].

La justification fondamentale de ce principe judiciaire limitant l'application de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination a été énoncée, pour la première fois, par la *Cour White (1910-1921)* dans l'arrêt *Wilson (1911)*[1017]. Dans

---

[1012] *Grant* c. *United States*, 227 U.S. 74 (1913); *United States* c. *Doe*, 465 U.S. 605 (1984); *Braswell* c. *United States*, 487 U.S. 99 (1988).

[1013] *Wilson* c. *United States*, 221 U.S. 361, 380 (1911)

[1014] *Fisher* c. *United States*, 425 U.S. 391 (1976). Voir aussi *United States* c. *Hubbell*, (n° 99-166) (5 juin 2000).

[1015] Le juge White affirmait même: «We cannot cut the Fifth Amendment completely loose from the moorings of its language, and make it serve as a general protector of privacy — a word not mentioned in its text and a concept directly addressed in the Fourth Amendment. We adhere to the view that the Fifth Amendment protects against "compelled self-incrimination, not [la divulgation de] private information». Voir *Fisher* c. *United States*, 425 U.S. 391, 401(1976). Voir aussi *United States* c. *Nobles*, 422 U.S. 225, 233 (1975).

[1016] Voir *Nixon* c. *Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 459 (1974).

[1017] *Wilson* c. *United States*, 221 U.S. 361 (1911).

cet arrêt, la *Cour White (1910-1921)* a suggéré que le Cinquième amendement ne recevait aucune application lorsque la production de documents était requise par la loi, mais ce n'est toutefois qu'en 1948 — dans l'arrêt *Shapiro (1948)*[1018] — que la *Cour Vinson (1946-1953)* articulera véritablement la *doctrine de l'acceptation des conditions* («required records»). La *Cour Warren (1953-1969)* maintiendra cette doctrine dans l'arrêt *Gross (1968)*[1019] en étayant une justification selon laquelle les documents dont la confection et la fourniture étaient prescrites par la loi s'assimilaient à des documents publics. Ainsi la production de la déclaration d'impôt sur le revenu[1020] ou l'obligation de divulguer des revenus illégaux ne sont pas susceptibles de soulever des intérêts protégés par le privilège contre l'auto-incrimination parce que ceux-ci comportent des intérêts publics[1021].

[1018] *Shapiro* c. *United States*, 335 U.S. 1 (1948). Dans cet arrêt, la *Cour Vinson (1946-1953)* a cristallisé la *doctrine de l'acceptation des conditions* selon laquelle les documents dont la confection est requise par la loi ne contient que des intérêts publics et, en conséquence, leur divulgation ne peut soulever l'application du Cinquième amendement.

[1019] *Gross* c. *United States*, 390 U.S. 62, 67-68 (1968). Voir aussi *Braswell* c. *United States*, 487 U.S. 99 (1988); *United States* c. *Doe*, 465 U.S. 605 (1984).

[1020] Dans l'arrêt *Powell (1964)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que *l'Internal Revenue Service* n'avait pas à démontrer des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise pour pouvoir émettre un *subpoena duces tecum*. Dans l'arrêt *Beckwith (1976)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué, rejetant toute comparaison avec l'arrêt *Miranda (1966)*, que la production forcée d'une déclaration d'impôt sur le revenu ne violait pas le Cinquième amendement. Voir *United States* c. *Powell (1964)*, 379 U.S. 48 (1964); *Beckwith* c. *United States*, 425 U.S. 341, 349-350 (1976). Voir aussi *United States* c. *Rylander*, 460 U.S. 752 (1983).

[1021] Dans l'arrêt *Marchetti (1968)*, la *Cour Warren (1953-1969)* a statué que l'obligation faite aux contribuables de déclarer des revenus illégaux ne violait pas le Cinquième amendement. Dans l'arrêt *Gardner (1976)*, la *Cour Burger (1969-1986)* indiquait que les contribuables déclarant des revenus illégaux et désireux d'éviter que des accusations criminelles ne soient portées contre eux n'avaient qu'à inscrire «Fifth Amendment» sur leur déclaration d'impôt sur le revenu. Dans l'arrêt *McKay (1971)*, la *Cour Burger (1969-1986)* statuait que l'absence de cette mention permettait à l'État de conduire des enquêtes et éventuellement porter des accusations criminelles contre le contribuable. Voir *Marchetti* c. *United States*, 339 U.S. 39 (1968); *Gardner* c. *United States*, 424 U.S. 648 (1976); *McKay* c. *United States*, 401 U.S. 667 (1971).

Au Canada, cette doctrine de l'acceptation des conditions a été acceptée quasi unanimement par l'ensemble des juges — à l'exception peut-être du juge en chef Lamer — de la Cour suprême. Tant la Cour *Dickson (1984-1990)* que la *Cour Lamer (1990-2000)* ont adopté le principe judiciaire consacrant la doctrine de l'acceptation des conditions[1022]. C'est dans l'arrêt *Hufsky (1988)*[1023] que semble s'être posée la question de la constitutionnalité de la production de documents pour la première fois. Dans cet arrêt, la *Cour Dickson (1986-1990)* a statué que la production d'un permis de conduire ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Charte canadienne* puisqu'aucune immixtion étatique ne s'était produite. Cette doctrine de l'acceptation des conditions a été réaffirmée dans les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. (1990)*[1024] et

---

[1022] Dans l'arrêt *143471 Canada Inc. (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* soutenait que la *doctrine de l'acceptation des conditions* repose sur le consentement implicite des individus qui oeuvrent dans un secteur fortement réglementé de la société. Le juge en chef Lamer a souscrit généralement aux motifs du juge Cory mais rejettait, contrairement à son opinion dans l'arrêt *Hufsky (1988)*, la *doctrine de l'acceptation des conditions* Le juge en chef critique cette doctrine sous deux aspects. D'abord, elle tend à accréditer l'idée qu'il existe une distinction claire entre les infractions réglementaires et les actes criminels. Or, dit-il, cette caractérisation relève d'un formalisme étranger à la méthode contextuelle adoptée par la Cour suprême. Ensuite, la prémisse selon laquelle les individus qui s'engagent dans un secteur réglementé de la vie en société s'attendent à une protection constitutionnelle réduite est intrinsèquement erronée. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin, quoique dissidents, souscrivent aussi à la *doctrine de l'acceptation des conditions*. Voir *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.)* (1993), [1994] 2 R.C.S. 339.

[1023] *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, 638 où le juge Le Dain, s'exprimant pour la Cour, affirmait: «Il n'y a pas d'atteinte de ce genre lorsqu'une personne est requise de produire une licence ou un permis, ou une autre preuve documentaire d'un statut ou du respect de quelque exigence légale constituant une condition licite de l'exercice d'un droit ou d'un privilège». Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson et La Forest ont souscrit aux motifs du juge Le Dain. Voir aussi *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, 1264 (j. Sopinka),1278 (j. Cory). Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont souscrit aux motifs du juge Cory qui confirmait explicitement ce principe judiciaire alors que le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et Sopinka ne se sont pas prononcés expressément.

[1024] Dans *Thomson Newspapers Ltd. (1990)*, il s'agissait également d'un ordre de production de documents en vertu cette fois de l'ancien paragraphe 17(1) de la *Loi sur les enquêtes et les coalitions*. Les juges Lamer et Wilson, estimant que la loi était de nature criminelle ou quasi

McKinlay Transport Ltd. (1990)[1025]. Dans ces deux arrêts, la *Cour Dickson (1984-1990)* devait déterminer si les demandes de production de documents faites en vertu de l'ancien paragraphe 17(1) de la *Loi sur les enquêtes et les coalitions* ou faite en vertu du paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituaiten une immixtion étatique protégée par la *Charte canadienne*. Quatre juges des cinq juges présents ont conclu qu'il y avait saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne* mais que celle-ci n'était pas abusive. Les juges de la majorité ont fait

---

criminelle, ont appliqué les critères de l'arrêt *Hunter (1984)*. Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé, jugeant que la loi était de nature réglementaire, ont appliqué une norme plus souple et conclu que la disposition était raisonnable. Ces quatre juges ont cependant décidé qu'une telle procédure constituait une saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Le juge Sopinka, qui jugeait qu'il n'y avait pas de saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*, a fait pencher la balance en faveur du maintien de la validité de la disposition législative contestée. Bien que la majorité ait conclu qu'une demande de production de documents constituait une saisie, il n'en résulte pas pour autant que l'État devra se conformer aux critères stricts de l'arrêt *Hunter (1984)* dans chaque cas. Ces critères ne s'appliquent que lorsque l'immixtion s'inscrit dans un processus de nature criminelle. Voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

[1025] Dans *McKinlay Transport Ltd. (1990)*, la Cour suprême devait déterminer si la demande de production de documents, effectuée en vertu du paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, constituait une immixtion étatique. Quatre juges des cinq juges présents ont conclu qu'il y avait saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne* mais que celle-ci n'était pas abusive. Les juges de la majorité ont fait une distinction entre les saisies effectuées dans un contexte de droit criminel — auxquelles s'appliquent les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter (1984)* — et les saisies effectuées dans un contexte réglementaire — auxquelles peuvent s'appliquer une norme plus souple. La Cour conclut que la *Loi de l'impôt sur le revenu* était de nature réglementaire car «elle régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu». Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne visent pas tant à punir la conduite criminelle qu'à assurer le respect de la Loi elle-même. L'attente en matière de vie privée relativement aux documents saisis est donc très faible. Les juges Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé ont souscrit aux motifs du juge Wilson qui s'exprimait pour la majorité. Se disant en accord avec la façon dont le juge Wilson disposait du pourvoi, le juge Sopinka a exprimé l'avis que la production de documents à la suite d'une demande fondée sur le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne constituait pas une saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Baron (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a cependant affirmé que cette dichotomie entre mesures de réglementation et mesures pénales, quoique utile aux fins de l'analyse fondée sur la *Charte canadienne*, n'est pas nécessairement déteminante. Voir *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

une distinction entre les saisies effectuées dans un contexte de droit criminel — auxquelles s'appliquent les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter (1984)*[1026] — et les saisies effectuées dans un contexte réglementaire — auxquelles peuvent s'appliquer une norme plus souple. Ainsi, une demande de production de documents ne porte pas atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne*.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. (1990)*[1027], la Cour devait aussi déterminer si un *subpoena duces tecum,* délivré en vertu de l'article 17 et les témoignages oraux violaient le droit de garder le silence garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Les juges Wilson et Sopinka, en dissidence, ont répondu par l'affirmative, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont répondu par la négative, alors que le juge Lamer a refusé de se prononcer sur la question. Pour les juges dissidents, les principes de justice fondamentale sont violés lorsque l'État exerce une contrainte qui porte atteinte au droit au respect de la vie privée des individus. Cette opinion des juges Wilson et Sopinka reconnaît donc la *règle de l'Ermite* en droit constitutionnel canadien. La conclusion qu'il faut tirer de ces arrêts est que lorsqu'un individu s'engage dans une activité légale mais réglementée par l'État, il en accepte implicitement les contrôles.

Ce principe judiciaire voulant que les attentes raisonnables que peuvent entretenir des individus en matière de vie privée à l'égard de documents dont la tenue est spécifiquement envisagée par la loi ou de lieux où s'exerce une activité assujettie à des normes particulières, soient considérablement réduites a été

[1026] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1027] *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Voir aussi *R. c. Amway*, [1989] 1 R.C.S. 21.

réaffirmé dans plusieurs autres arrêts de la *Cour Lamer (1990-2000)* : dans l'arrêt *Wholesale Travel Group Inc. (1991)*[1028] dans l'arrêt *Comité paritaire (1993)*[1029], dans l'arrêt *Baron (1993)*[1030], dans l'arrêt *143471 Canada Inc. (1994)*[1031], dans l'arrêt *Branch (1995)*[1032], dans l'arrêt *Fitzpatrick (1995)*[1033] ainsi que dans l'arrêt *Del Zotto*

[1028] *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

[1029] Le juge La Forest réitérait ce principe de la manière suivante: «J'ai fait valoir ce point dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, où j'écrivais (à la p. 507): Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité». Voir *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 420-421 (j. La Forest).

[1030] *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, 443.

[1031] Dans cette affaire, la *Cour Lamer (1990-2000)* (par une majorité de 4-3) a maintenu les ordonnances d'entiercement de documents saisis lors d'une perquisition effectuée en vertu de la *Loi sur le ministère du Revenu du Québec*, L.R.Q. c. M-31. Le juge Cory (qui s'exprimait pour lui-même et pour les juges Sopinka et Iacobucci) réitérait le principe que les attentes en matière de vie privée relativement à une immixtion effectuée en application d'une loi de nature réglementaire ou relativement à des documents de nature commerciale sont réduites et ne sont pas identiques à celles qui se rattachent à des documents personnels. Il fonde cette distinction sur la dichotomie qui existe entre les immixtions effectuées dans un contexte de droit criminel et celles effectuées dans un contexte de droit réglementaire. Voir *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.)* (1993), [1994] 2 R.C.S. 339.

[1032] Dans l'arrêt *Branch (1995)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* devait déterminer si le paragraphe 128(1) de la *Securities Act*, lequel permettait à un enquêteur de la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique d'obliger des individus à témoigner sous serment ou à produire des documents, portait atteinte aux articles 7 ou 8 de la *Charte canadienne*. S'exprimant pour la majorité formée d'eux-mêmes, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Cory, McLachlin et Major, les juges Sopinka et Iacobucci ont conclu que la demande de production de documents n'empiétait pas de façon abusive sur le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. Quant à l'article 7, les juges de la majorité ont conclu que la demande de production de documents et la contrainte à témoigner ne violait pas la liberté des individus de façon non conforme aux règles de justice fondamentale puisque l'enquête est prévue par une loi laquelle vise la réalisation d'un objectif gouvernemental légitime. Reprenant la distinction qui existe entre les revendications qui prennent naissance dans un contexte de droit criminel et celles qui prennent naissance dans un contexte de droit réglementaire, les juges Sopinka et Iacobucci concluent que — comme l'avait fait le juge Iacobucci dans l'arrêt *Pezim (1994)* —, considérant «l'objet prédominant» de la *Securities Act*, les immixtions y étant prévues sont de nature réglementaire. Les juges Sopinka et Iacobucci justifiaient la légalité de l'immixtion en se servant de *la doctrine de l'industrie réglementée* et affirmaient que la demande de

(1999)[1034].

En somme, il ne fait aucun doute que la Cour suprême du Canada, à l'instar de la Cour suprême des États-Unis, a fait de la *doctrine de l'acceptation des conditions* un principe judiciaire bien établi en droit constitutionnel canadien. D'abord appliquée aux personnes morales, la doctrine de l'acceptation des conditions a été étendue aux organisations puis aux individus. Tant au Canada qu'aux États-Unis, les demandes de production de documents, effectuées conformément à une disposition législative valide, ne soulèvent aucune protection constitutionnelle, à moins que la demande ne vise des documents essentiellement personnels.

Il semblerait toutefois, bien que le Ministère du Revenu national ou l'*IRS* n'ait pas à avoir des motifs raisonnables pour effectuer une enquête[1035], que l'État ne pourrait — à l'instar des exigences relativement à la précision des mandats de

---

production de documents est l'une des méthodes les moins envahissantes à laquelle on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire puisqu'elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux des individus. Voir *British Columbia (Securities Commission) c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3. Voir aussi *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

[1033] Dans *Fitzpatrick (1995)*, la Cour devait déterminer si les registres, dont la tenue était requise par la *Loi sur les pêches*, pouvaient servir comme éléments de preuve pour démontrer la commission d'une infraction à la *Loi sur les pêches*. S'exprimant pour la Cour *Lamer (1990-2000)*, le juge La Forest a indiqué que les garanties constitutionnelles contre l'auto-incrimination ne confèrent pas une immunité contre la production de registres que l'individu avait l'obligation de tenir en vertu d'une disposition législative spécifique. Voir *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.

[1034] *Del Zotto c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 3 (l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet au Ministre du Revenu national de faire enquête et d'émettre des *subpoena duces tecum*, ne porte pas atteinte aux articles 7 ou 8 de la *Charte canadienne*).

[1035] Aux États-Unis, ce principe judiciaire a été établi par la *Cour Warren (1953-1969)* dans l'arrêt *Powell (1964)*. Au Canada, la Cour Lamer a établi un principe analogue dans l'arrêt *Del Zotto (1999)*. Voir *United States c. Powell*, 379 U.S. 48 (1964); *Del Zotto c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 3. Voir aussi *Ryan c. United States*, 379 U.S. 61 (1964).

perquisition — utiliser les *subpoena duces tecum* pour faire une recherche au hasard ou à l'aveuglette[1036]. Cette interprétation du privilège contre l'auto-incrimination par la Cour suprême des États-Unis et par la Cour suprême du Canada démontre bien l'incapacité de répondre aux besoins de la société relativement à la protection de l'information puisque, de façon générale, le privilège contre l'auto-incrimination ne protégera pas le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Ce qui serait interdit par le privilège contre l'auto-incrimination serait les situations dans lesquelles les individus sont contraints de divulguer des informations incriminantes oralement[1037]. Tant au Canada qu'aux États-Unis, la Cour suprême a fait une distinction entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle.

[1036] Aux États-Unis, la *Cour Burger (1969-1986)* a établi ce principe judiciaire dans l'arrêt *Bisceglia (1975)* dans lequel elle a indiqué que l'*IRS* ne pouvait utiliser un *subpoena duces tecum* pour retracer les transactions financières d'un individu dont l'identité était inconnue. Au Canada, la *Cour Dickson (1984-1990)* a établi un principe judiciaire analogue dans l'arrêt *James Richardson (1984)* dans lequel elle a indiqué que le Ministre du Revenu national ne pouvait procéder à une vérification au hasard d'une industrie en vertu du paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voir *United States* c. *Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975); *James Richardson & Sons* c. *M.N.R.*, [1984] 1 R.C.S. 614.

[1037] Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, le professeur O'Brien faisait cette affirmation: «The Court's narrow construction of the nature of personal compulsion and Fifth Amendment-protected privacy actually results from extending the doctrine that the Amendment protects only "testimonial" but not "real" or physical evidence». Plus loin, il indiquait que la limitation du Cinquième amendement est la suivante: «The distinction between testimonial and real evidence promoted by these decisions runs counter to Fifth Amendment privacy claims [...] Consequently, whereas the Court limited protection for informational privacy under the Fourth Amendment because of proprietary concepts, the Court limited Fifth Amendment protection to oral disclosures, excluding the showing of real or physical evidence that may be incriminating. In sum, although the Fifth Amendment provides the principal guarantee against compelled personal disclosures, the Supreme Court has circumscribed the contours of the amendment and protected privacy by its distinction between testimonial and real evidence» . Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 119-120.

§3 La distinction entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle

Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Schmerber (1966)*[1038] que la *Cour Warren (1953-1969)* a affirmé cette distinction entre les communications orales et écrites et conclu que le prélèvement d'un échantillon de substances corporelles ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination[1039]. L'arrêt *Schmerber (1966)*, en dépit de la dissidence de quatre juges, aura résisté à l'épreuve du temps puisque au cours des trente années qui ont suivi, il a été confirmé à plusieurs reprises. C'est principalement sur la base de cet arrêt que la Cour suprême a maintenu le principe judiciaire voulant que la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique qu'à la preuve testimoniale ou de nature communicative à l'exclusion de la preuve matérielle, tels les échantillons de substances sanguines[1040] et les échantillons d'écriture[1041] ou de voix[1042]. Il n'offre pas non plus de protection contre la présence d'un individu dans une parade

---

[1038] *Schmerber* c. *California*, 384 U.S. 757 (1966).

[1039] Dans l'arrêt *Schmerber (1966)*, le juge Brennan affirmait ce qui suit: «[...]the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature, and that the withdrawal of blood and use of the analysis in question in this case did not involve compulsion to theses ends». Voir *Schmerber* c. *California*, 384 U.S. 757, 761(1966).

[1040] *Schmerber* c. *California*, 384 U.S. 757, 760-765 (1966). Voir aussi *South Dakota* c. *Neville*, 459 U.S. 553 (1983)(l'admission en preuve du refus d'un individu de se soumettre à une *éthylométrie* ne porte pas atteinte au Cinquième amendement).

[1041] *Gilbert* c. *California*, 388 U.S. 263, 265-267 (1967); *United States* c. *Mara*, 410 U.S. 19 (1973); *United States* c. *Euge*, 444 U.S. 707 (1980).

[1042] *United States* c. *Dionisio*, 410 U.S. 1, 5-7 (1973). *Voir aussi California* c. *Byers*, 402 U.S. 424, 433-434 (1971); *Doe* c. *United States*, 487 U.S. 201, 210 (1986)(une communication, pour être considérée comme étant de nature testimoniale, doit concerner une assertion factuelle ou encore divulguer une information); *Pennsylvania* c. *Muniz*, 496 U.S. 582 (1990)(la perception d'un manque de coordination dans la communication verbale lors d'un entretien entre un individu et les policiers n'est pas un aspect protégé par le privilège contre l'auto-incrimination).

d'identification[1043] ou contre celle d'un objet appartenant à l'individu qui serait susceptible de l'incriminer[1044].

Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* devait déterminer, dans l'arrêt *Stillman (1997)*[1045], si le prélèvement de substances corporelles violait le droit d'un individu de ne pas s'incriminer garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*. S'appuyant sur la règle de la *common law* interdisant l'auto-incrimination — et affirmant que la protection constitutionnelle n'élargit pas sa portée —, le juge McLachlin étayait la conception voulant que le privilège de ne pas s'incriminer se limite à la preuve testimoniale. C'est sur la base de cette règle de la *common law* que la Cour suprême avait affirmé le principe judiciaire voulant que la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique qu'à la preuve testimoniale ou de nature

---

[1043] *United States* c. *Wade*, 388 U.S. 218, 221-223 (1967).

[1044] Déjà en 1910, la *Cour Fuller (1888-1910)* avait statué que la contrainte exercée sur un individu afin que ce dernier enfile une chemise pour vérifier si elle lui faisait ne violait pas le Cinquième amendement. Dans *Holt* c. *United States*, 218 U.S. 245, 252-253 (1910), la Cour a indiqué que «the prohibition of compelling a man to be a witness against himself is a prohibition of the physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material». Voir aussi *Warden* c. *Hayden*, 387 U.S. 294 (1967) (vêtements).

[1045] Bien que s'exprimant en dissidence, le juge McLachlin ne semble pas contredite par ses collègues de la majorité sur ce point. Ainsi s'exprima-t-elle: «Ces deux variantes de l'argument reposent sur la prémisse que la fouille et les saisies en cause déclenchent l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de privilège de ne pas s'incriminer. À mon avis, cette prémisse est fautive. Le privilège de ne pas s'incriminer se limite à la preuve testimoniale. Il n'a jamais visé la fouille des personnes ou la perquisition dans des lieux ni la saisie d'une preuve matérielle, sauf dans le cas où cette preuve matérielle découle de la preuve testimoniale [accentuation de la version française dans l'original]». «En résumé, la *common law* adoptée et appliquée au Canada a restreint à la preuve testimoniale l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de principe interdisant l'auto-incrimination. Pour de bonnes raisons de principe, elle a refusé d'en étendre l'application à la preuve «matérielle». Il s'ensuit que le principe interdisant l'auto-incrimination, qui peut être inféré de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, ne s'applique pas à la preuve matérielle. La seule exception est la preuve matérielle dérivée de la preuve testimoniale, qui n'aurait pas été découverte n'eût été le témoignage involontaire de l'accusé. Dans les autres cas, la preuve matérielle relève de la garantie de la *Charte canadienne* relative aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies». Voir *R.* c. *Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 705.

communicative à l'exclusion de la preuve matérielle, tels les échantillons d'haleine[1046] ou de substances sanguines[1047]. Il ne protège pas non plus contre la présence d'un individu dans une parade d'identification ou contre celle d'un objet qui serait susceptible de l'incriminer[1048]. Ainsi, pour le juge McLachlin, la seule question consiste donc à déterminer l'étendue du privilège de ne pas s'incriminer en *common law*[1049]. Ce principe voulant que le privilège contre l'auto-incrimination ne s'applique pas à la preuve matérielle soulève la question de la protection constitutionnelle offerte aux échantillons de substances corporelles recueillis par l'État. Les procédés par lesquels l'État recueille ces éléments de preuve sont ceux que nous désignons par le vocable de procédés *anthroposcopiques* d'identification.

b) les procédés *anthroposcopiques* d'identification

Les procédés *anthroposcopiques* sont les procédés qui permettent l'identification d'un individu à partir d'échantillons de substances corporelles. S'il est vrai que le droit au respect de la vie privée d'un individu est violé par l'acte

---

[1046] Voir *Renvoi relatif au paragraphe 92(4) de The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608.

[1047] *Quebec (A.G.) c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574.

[1048] Voir *Marcoux* et *Solomon c. R.* (1975), [1976] 1 R.C.S. Voir aussi *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914.

[1049] Dans *Self-Incrimination — Removing the Coffin Nails (1989)*, le professeur Paciocco énonce les raisons pour lesquelles la *common law* a établi une distinction entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle. La première raison concerne la fiabilité de l'information donnée; la preuve matérielle a toujours été considérée plus fiable que la preuve testimoniale. La deuxième raison a trait au lien de causalité entre la preuve et la conduite des policiers; la preuve matérielle existe indépendamment de la conduite des policiers. La troisième raison est que la preuve testimoniale forcée viole l'autonomie d'une personne et son droit au secret de ses pensées. Voir D. M. PACIOCCO, «Self-Incrimination — Removing the Coffin Nails» (1989) 35 *Revue de droit de McGill* 73.

physique[1050] consistant à prélever un échantillon de substances corporelles, l'utilisation et la conservation des informations ainsi obtenues peuvent constituer une atteinte encore plus grande au droit constitutionnel au respect de la vie privée. Plusieurs procédés, assimilables à des immixtions étatiques, peuvent porter atteinte à l'intégrité de la personne humaine[1051]. La constitutionnalité des procédés *anthroposcopiques* d'identification — la dactyloscopie (§1), l'*éthylométrie* (§2), la *dentoscopie* (§3) et l'*adénèscopie* (§4) — dépendra du consentement de l'individu ou de l'existence d'une règle de droit qui autorise expressément l'État à saisir des échantillons de substances corporelles[1052].

§1 La dactyloscopie

La dactyloscopie est le procédé d'identification par les empreintes digitales. La dactyloscopie sert à des fins administratives et à des fins de la justice criminelle. S'exprimant pour la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Beare (1988)*[1053], le juge

---

[1050] Certains auteurs, comme le juge Pierre Béliveau, distinguaient traditionnellement les prélèvements corporels externes des prélèvements corporels internes en affirmant que seuls ces derniers pouvaient bénéficier d'une protection constitutionnelle. Il est à se demander cependant si cette méthode, qui focalise sur le degré d'intrusion corporelle plutôt que sur l'aspect informationnel résultant des procédés *anthroposcopiques*, correspond aux exigences constitutionnelles. À notre avis, dans la société de l'information qui caratérise notre ère, la menace la plus grande occasionnée par l'obtention d'échantillons de substances corporelles n'est pas tant l'intrusion corporelle que la conservation et l'utilisation subséquente des informations personnelles qui en résultent. Voir P. BÉLIVEAU, *Les garanties juridiques dans la Charte des droits*,(éditions à feuilles volantes), 2e éd., Montréal, Thémis.

[1051] Voir CANADA, Commission de Réforme du droit, Droit pénal, *Les méthodes d'investigations scientifiques*, Document de travail 34, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

[1052] Dans l'arrêt *Stillman (1997)*, le juge Cory rappelait que les trois conditions de l'arrêt *Collins (1987)* devaient être remplies pour qu'une fouille ne soit pas abusive au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*: elle doit être autorisée par la loi, la loi elle-même ne doit pas être abusive, et la fouille ne doit pas avoir été effectuée d'une manière abusive. Voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 633. Voir aussi *R. c. Collins*, [1987]1 R.C.S. 265, 278.

[1053] Voir *R. c. Beare; R. c. Higgins* (1987), [1988] 2 R.C.S. 387.

La Forest semble avoir accordé — contrairement à ce qu'il affirmera plus tard dans l'arrêt *Colarusso (1994)*[1054] — et cela bien qu'il reconnaisse que la conservation des empreintes serait sans doute inconstitutionnelle, une plus grande importance à l'aspect physique de l'immixtion puisqu'il concluait en la constitutionnalité de la dactyloscopie en ce qu'«[e]lle ne comporte pas cette immixtion dans la vie privée et les biens d'un individu qui caractérise une perquisition»[1055].

Dans l'arrêt *Feeney (1997)*[1056], le juge Sopinka a cependant affirmé qu'une dactyloscopie accessoire à une arrestation illégale violait l'article 8 de la *Charte canadienne* puisque les attentes en matières de vie privée de la personne arrêtée

---

[1054] Dans l'arrêt *Colarusso (1994)*, le juge La Forest rappelle d'abord qu'il n'est pas nécessaire qu'un échantillon de substance corporelle soit pris directement à l'individu pour qu'il y ait saisie justifiant que soit invoquée la protection offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne*: «Dans l'analyse de cette question, il faut comprendre que la protection contre les saisies abusives ne vise pas que le simple fait de prendre quelque chose. En fait, cet acte constitue dans bien des cas le moindre mal. La protection qui porte uniquement sur l'acte physique consistant à prendre protégerait certainement les choses, mais ne jouerait qu'un rôle limité dans la protection de la vie privée des particuliers, ce qui est l'objet de l'art. 8, qui, d'après l'arrêt *Hunter*, doit s'interpréter libéralement et en fonction de son objet de manière à ce qu'il soit atteint. La chose saisie continue donc à bénéficier de la protection de l'art. 8 tant que dure la saisie. Par conséquent, aussi longtemps que la preuve (ou l'information qui en dérive) demeure en la possession de l'État (c.-à-d. du coroner ou de la branche chargée de l'application du droit criminel), la situation est la suivante: (1) pendant que le coroner se sert de la preuve à des fins valables ne relevant pas du droit criminel en conformité avec la *Loi sur les coroners*, la saisie n'est pas abusive et ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*; (2) lorsque la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie cette preuve ou l'information qui en dérive pour l'utiliser contre la personne qui la détenait au moment de la saisie, celle-ci devient abusive et constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*». Voir *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, 67 (j. La Forest).

[1055] L'arrêt *Beare (1988)* établit donc le principe judiciaire que la *Loi sur l'identification des criminels* et le paragraphe 501(3) du *Code criminel* — alors le paragraphe 453.3.(3), enjoignant un inculpé à se soumettre à la dactyloscopie — ne portent pas atteinte aux principes de justice fondamentale garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Voir *R. c. Beare; R. c. Higgins* (1987), [1988] 2 R.C.S. 387, 413 (j. La Forest); *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. 1985, c. I -1; *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Voir aussi D. CAMPBELL, «Fingerprints: A Review» (1985) *Criminal Law Review* 195; A.A. MOENSSENS, *Fingerprints and the Law*, Philadelphie, Chilton Books Co., 1969.

[1056] *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, 58.

illégalement sont nettement élevées. En somme, la dactyloscopie est confome à la *Charte canadienne* tant et aussi longtemps qu'elle découle d'une immixtion étatique constitutionnelle et qu'elle s'appuie sur une règle de droit.

§ 2 L'*éthylométrie*

L'*éthylométrie* est le procédé d'identification qui sert à mesurer le taux d'alcoolémie d'un individu soupçonné de conduire en état d'ivresse[1057]. Elle se réalise généralement par le prélèvement d'un échantillon d'haleine ou par le prélèvement d'un échantillon de sang[1058]. Cette dernière mesure est cependant exceptionnelle et se justifie par l'importance qu'accorde la société à combattre la conduite en état d'ébriété. Le caractère exceptionnel de l'*éthylométrie* commande, comme l'a indiqué la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Green (1992)*[1059], un ordre de production qui respecte les garanties procédurales énoncées au paragraphe 254(4) du *Code criminel*. Ce second aspect de l'*éthylométrie* — prélèvement d'un échantillon de sang — constitue une forme d'*adénèscopie* et nous la traiterons au paragraphe quatre de cette partie.

[1057] Néologisme suggéré par le juge Le Dain dans l'arrêt *Thomsen (1988)*. Il est constitué de l'élément du radical «éthylisme» («éther») de l'élément «métrie» qui signifie mesure ou évaluation. *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 648, 649, 650, 653 , 655.

[1058] Voir le paragraphe 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[1059] Le principe judiciaire établi dans cet arrêt est que l'ordre de fournir un échantillon de sang en vertu du paragraphe 254(3) du *Code criminel* doit énoncer les garanties prévues au paragraphe 254(4) selon lesquelles les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé de la personne. Voir *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614. Voir aussi *R. c. Erickson*, [1993] 2 R.C.S. 649.

Dans les arrêts *Hufsky (1988)*[1060] et *Thomsen (1988)*[1061], la *Cour Dickson (1984-1990)* a conclu que l'interpellation d'un automobiliste en vue de procéder à une *éthylométrie* portait atteinte à ses droits constitutionnels mais qu'elle se justifiait néanmoins en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*[1062].

§3 La *dentoscopie*

La *dentoscopie* est le procédé par lequel l'identification s'effectue par les empreintes dentaires[1063]. Dans l'arrêt *Stillman (1997)*[1064], la Cour suprême a indiqué qu'une *dentoscopie* effectuée à la suite d'une fouille accessoire à une arrestation enfreignait le droit à la sécurité de la personne garanti à l'article 7 de la *Charte canadienne* et ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier.

§4 L'*adénèscopie*

L'*adénèscopie* est le procédé d'identification par les empreintes génétiques par lequel on examine le génome d'une personne et plus spécifiquement le

---

[1060] *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

[1061] *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640

[1062] Le juge Le Dain affirmait ce qui suit: «Le rôle important que joue l'alcootest n'est pas seulement d'augmenter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies, mais d'accroître la perception du risque qu'ils soient découverts, ce qui est essentiel pour constituer un moyen de dissuasion efficace. À mon avis, l'importance de ce rôle fait en sorte que la restriction nécessaire au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à l'étape de l'alcootest au bord de la route est une restriction raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, compte tenu du fait qu'il sera possible d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat, si nécessaire, à l'étape plus sérieuse de l'éthylométrie». Voir *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 655.

[1063] Néologisme suggéré par l'auteur, il est constitué de l'élément du latin «dens» («dentis» «dent») et de l'élément du grec «skopos» («scopia», de «skopein») qui signifie examiner ou observer.

[1064] *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci ont souscrit aux motifs du juge Cory alors que les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Gonthier étaient dissidents.

matériel génétique — comme les cheveux, les poils de la gaine épithéliale, les cellules épithéliales buccales ou le sang[1065] — des régions polymorphiques qui représentent environ un pour cent de la structure de l'acide désoxyribonucléique (ci-après appelé l'ADN)[1066]. Jusqu'à tout récemment — jusqu'au procès de la vedette sportive O.J. Simpson —, on croyait qu'une preuve *adénèscopique* était virtuellement incontestable puisque quatre-vingt-dix-neuf pour cent de la structure génétique ne varie pas d'un individu à l'autre[1067].

[1065] Néologisme suggéré par l'auteur, il est constitué par le sigle de l'acide désoxyribonucléique et par l'élément du grec «skopos» («scopia», de «skopein») qui signifie examiner ou observer. Voir l'article 487.06 du *Code Criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 [aj. L.C. 1995, c. 27, art. 1, mod. L.C. 1998, c. 37, art. 18].

[1066] L'ADN est composé de vingt-trois paires de chromosomes et se retrouve — à l'exception des globules rouges et des chromosomes sexuels — dans toutes les cellules du corps humain. Les gènes sont des segments de molécule de l'ADN situés sur les régions polymorphiques des chromosomes qui contiennent plus de trois milliards de «paires de bases». Ces «paires de base» sont constituées de quatre sous-unités chimiques appelées bases: la guanine, l'adénine, la thymine et la cytosine qui forment normalement des paires entre elles selon des modalités prévisibles. L'*appariement* de ces bases donne à l'ADN sa configuration en double hélice dont les liens rappelle les marches d'un escalier en spirale. Voir CANADA, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1995. Voir généralement CANADA, Conseil des sciences du Canada, Rapport 42, *La génétique et les services de santé au Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1991; B. M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique* — Documents d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada, 1991; UNITED STATES, Congress, Office of Technology Assessment, *Genetic Monitoring in the Workplace*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1990; D. SUZIKI et P. KNUDTSON, *Genetics — The Ethics of Engeneering Life*, Stoddard, 1988; A. ADEMA, «DNA Fingerprinting Evidence — The Road to Admissibility in California» (1989) 26 *San Diego Law Review* 377; J.C. HOEFFEL, «The Dark Side of DNA Profiling — Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant» (1990) 42 *Stanford Law Review* 465.

[1067] Selon une étude du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada intitulée *Le dépistage génétique et la vie privée*, l'*adénèscopie* est la technique d'identification la plus précise à laquelle l'on puisse recourir. Dans un article intitulé *Test d'identité par l'ADN — Éliminer l'incertitude (1994)*, Sophie Couture affirmait que l'adénèscopie atteindrait un degré de précision de 99, 8%. Voir CANADA, Commissaire à la protection de la vie privée, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, 17; S. COUTURE, *Test d'identité par l'ADN — Éliminer l'incertitude*, dans Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec (1994), Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1994, 315, 322.

Dans un article intitulé *L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne (1994)*[1068], Diane Demers identifie une typologie qui catégorise les informations génétiques en trois champs d'intérêt : l'identité; le patrimoine héréditaire et les mutations génétiques. Contrairement aux deux derniers types d'analyse, l'identité ou l'analyse des empreintes génétiques ne vise pas à identifier les affections génétiques ou les changements dans la structure des gènes mais plutôt d'*apparier* deux spécimens de matériel génétique et d'établir une relation entre eux[1069]. La technique d'analyse la plus fréquemment utilisée dans les enquêtes effectuées dans le cadre de l'administration de la justice est l'analyse des polymorphismes de la longueur des fragments de restriction[1070]. Dans les enquêtes criminelles, on *appariera* un échantillon de substances corporelles

---

[1068] D. L. DEMERS, *L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne*, dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE, *Vie privée sous surveillance — La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 3.

[1069] Cette catégorie repose sur un seul type de renseignements appelés «empreintes génétiques» résultant du séquençage de l'acide désoxyribonucléique. Il s'agit de renseignements tirés du matériel génétique non-codant qui ne permettrait pas de révéler d'informations phénotypiques. Ce type de renseignements sont ceux qui intéressent le domaine judiciaire et administratif. La composition de l'ADN d'un individu est analogue dans toutes les cellules qui ont un noyau. Pour cette raison, l'ADN extraite du sang, du sperme, de la moelle osseuse, de la salive, des cheveux et de l'urine est toujours la même. La molécule d'ADN est très stable et résistante à l'environnement. Il n'existerait aucune différence entre l'ADN qui est extrait d'un spécimen frais, gelé ou séché.

[1070] L'évaluation de la longueur des fragments d'ADN dans des régions de très grande variabilité permet l'identification génétique. Une fois l'échantillon de substance corporelle obtenu, on isolera des échantillons en utilisant un procédé chimique. L'ADN sera ensuite fragmenté à l'aide d'une enzyme de restriction qui le sépare à des endroits précis. Puis, ces fragments seront ouverts par ordre de taille au moyen de l'électrophorèse sur gel. Suivra le transfert de l'ADN du gel sur une membrane de nylon et la fixation d'une sonde d'ADN sur la membrane. Lorsque les fragments sont ainsi exposés, des bandes foncées apparaissent sur la membrane. Ces bandes, similaires aux codes universels de produit (CUP) que l'on retrouve sur les emballages commerciaux, permettent le repérage qui servira à la détermination et à la configuration de l'ADN. Voir Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du CANADA, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1995, 3; S. COUTURE, *Test d'identité par l'ADN — Éliminer l'incertitude*, dans Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec (1994), Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1994, 315, 318-320.

trouvées sur les lieux d'un crime avec le matériel génétique d'un suspect afin de déterminer sa culpabilité ou son innocence.

Aux États-Unis, dans les arrêts *Breithaupt (1957)*[1071] et *Schmerber (1966)*[1072], la *Cour Warren (1953-1969)* a déclaré constitutionnelle la saisie d'un échantillon de substance sanguine, aux fins de procéder à une *adénèscopie*, effectuée sans mandat sur une personne inconsciente ou sur une personne consciente qui ne s'est pas opposée. Dans l'arrêt *Cupp (1973)*[1073], la *Cour Burger (1969-1986)* a aussi justifié le prélèvement sans mandat d'un échantillon de substance sanguine qui s'était logée sous les ongles d'un prévenu détenu pour meurtre commis par voie d'étranglement. Ce principe judiciaire voulant que l'État puisse procéder à un prélèvement d'échantillons de substances corporelles d'un individu qui a commis une infraction criminelle a été étendu par la *Cour Rehnquist (1986-)* — en adoptant une méthode interprétative fondée sur les «special needs beyond the normal need for law enforcement»[1074] — aux employés de certains secteurs névralgiques touchant la sécurité publique ou la sécurité nationale. Plusieurs agences gouvernementales ont imposé des politiques visant à tester leurs employés[1075]. Ainsi

---

[1071] *Breithaupt c. Abram*, 352 U.S. 432 (1957).

[1072] *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966).

[1073] *Cupp c. Murphy*, 412 U.S. 291 (1973).

[1074] C'est sur cette base que la *Cour Rehnquist (1986-)* a autorisé, dans l'arrêt *Vernonia School District (1995)*, les tests de dépistage au hasard des élèves qui participent à des compétitions sportives organisées par les écoles publiques. Voir *Vernonia School District 47J c. Acton*, (n° 94-590)(26 juin 1996).

[1075] Bien qu'il n'y ait eu aucun arrêt de la Cour suprême sur cette question, il semblerait que les politiques ou les directives internes qui interdisent la consommation de tabac et d'alcool en dehors des lieux de travail soient inconstitutionnelles. C'est là du moins l'opinion des tribunaux américains d'instance inférieure qui ont jugé que ces politiques prohibant l'usage du tabac à l'extérieur du milieu de travail violaient le droit à la vie privée d'un pompier ou d'un candidat à un emploi de fonctionnaire municipal.

les employés des douanes[1076], des transports publics[1077] ou des agences de mise en application de la loi peuvent être contraints de se soumettre à des tests de dépistage de drogues. Elle a cependant invalidé, dans l'arrêt *Chandler (1997)*[1078], une loi de l'État de Georgie qui obligeait tous les candidats à des postes électifs de fournir un certificat démontrant qu'ils avaient effectué un test de dépistage de drogues dans les trente jours avant la date de qualification à une nomination ou à une élection.

En somme, dans la séquence d'arrêts *Skinner (1989)* — *Chandler (1997)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* reconnaissait la constitutionnalité des prélèvements d'échantillons de substances corporelles aux fins de procéder à une *adénèscopie* relativement aux activités gouvernementales reliées à la santé et à la sécurité du public ou à la sécurité nationale et ce, même en l'absence d'une règle de droit l'autorisant spécifiquement[1079].

[1076] Dans *Von Raab (1989)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* a jugé constitutionnel le programme de dépistage des drogues du *U.S. Customs Service*, lequel exigeait que tous les employés subissent un test avant l'embauche ou lors d'un transfert ou d'une promotion a des postes ayant comme exigence l'interdiction de l'utilisation de drogues ouceux qui permettent l'utilisation d'arme à feu. Voir *National Employees Union* c. *Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).

[1077] Dans *Skinner (1989)*, la *Cour Rehnquist (1986-)* a conclu que les règles adoptées par le Secrétaire du Transport imposant des tests d'urine et de sang aux employés des chemins de fer (cheminots) impliqués dans un accident majeur étaient conformes à la Constitution. Voir *Skinner* c. *Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989).

[1078] *Chandler* c. *Miller*, (n° 96-126) (15 avril 1997).

[1079] Le Congrès a néanmoins jugé préférable d'adopter une disposition législative autorisant expressément les prélèvements d'échantillons corporels aux fins de procéder à une adénèscopie. C'est à la suite de ces deux décisions que le Congrès a adopté *l'Omnibus Transportation Employee Testing Act of 1991* afin d'éliminer les abus d'alcool et la consommation de drogues illégales pour les employés de certains secteurs des transports. Voir *Omnibus Transportation Employee Testing Act of 1991*, 104 Stat. 952 at 49 U.S.C. §1834 (App.) (Aviation), 45 U.S.C. §431 (App.) (Chemin de fer), and 49 U.S.C. §277 (App.)(Camionnage). Voir aussi, le *Drug Free Workplace Act of 1988*, 59 Fed. Reg. 7340-7611 (15 février 1994) qui régit les tests de dépistage de drogues des employés contractuels du gouvernement fédéral américain.

Au Canada, en plus de la protection constitutionnelle offerte par la *Charte canadienne*, les informations génétiques sont protégées par le *Code criminel*[1080], la *Loi sur la protection des renseignements personnels*[1081], la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[1082] et au Québec, la *Charte québécoise*[1083], le *Code civil du Québec*[1084] et différentes autres lois, selon le lieu où elles ont été prélevées les informations génétiques[1085]. Plus récemment encore, le Parlement sanctionnait le projet de loi C-3 qui, en plus d'apporter des modifications aux dispositions du *Code*

[1080] Dans ce cas, il serait plus juste d'affirmer que l'accès aux informations génétiques est gouverné par les dispositions du *Code criminel*. Il ne s'agit donc pas d'une protection au même sens que celle apportée par les autres dispositions énumérées. L'article 487.05 du *Code criminel*, qui fait de l'exigence du mandat une condition préalable à l'obtention d'échantillons de substances corporelles, constitue une autorité spécifique qui permet à l'État d'avoir recours à l'*adénèscopie*. Cette disposition a été adoptée par le Parlement en 1995. Le projet de loi C-104 comportait de nouvelles dispostitions, regroupées sous la rubrique «Analyse génétique effectuée à des fins médico-légales», permettant la délivrance d'un mandat relatif aux analyses génétiques. Il sera sanctionné le 13 juillet 1995. Voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, 487.05; *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, L.C. 1995, c. 27. Voir aussi J.-L. BAUDOUIN, «Les tests génétiques en droit criminel canadien», dans Insitut de droit comparé de l'Université McGill, Droit contemporain 1998, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999, 541; R.M. POMERANCE, «Bill C-104: A practical guide to the new DNA warrants» (1995) 39 C.R. (4e) 224; D. BASSAN, «Bill C-104: Revolutionalizing Criminal Investigation or Infringing on Charter of Rights» (1996) 54 *University of Toronto Faculty of Law Review* 246. Voir aussi M.A. GRIMAUD, «Les enjeux de la recevabilité de la preuve d'identification par AND dans le système pénal canadien» (1994) 24 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 293.

[1081] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21.

[1082] *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1.

[1083] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12. Voir aussi P. BAHAMIN, «La génétique et la protection de la vie privée: confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée» (1995) 55 *Revue du Barreau* 203.

[1084] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

[1085] Les renseignements qui se trouvent dans les établissements visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, bénéficient de protection supplémentaire. La protection peut aussi émaner des obligations de confidentialité des professionnels de la santé ou des lois particulières régissant les corporations professionnelles. Voir *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1991, c. 42, art. 17-28; *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, article 87, 94.

criminel adoptées en 1995 relativement à l'analyse génétique à des fins médico-légales, a pour objet l'établissement d'une banque nationale de données génétiques destiné à aider les organismes chargés de l'application de la loi à identifier les auteurs présumés d'infractions criminelles désignées[1086].

C'est dans l'arrêt *Pohoretsky (1987)*[1087], que la *Cour Dickson (1984-1990)* a eu à se prononcer pour la première fois sur la constitutionnalité de l'*adénèscopie*. S'exprimant pour la majorité, le juge Lamer (tel qu'il était alors) a déclaré que «la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». Lorsque, comme en l'espèce, elle a été voulue de propos délibéré — les policiers ont profité de l'inconscience de l'appelant pour obtenir des preuves qu'ils n'avaient pas le droit d'obtenir de lui sans son consentement s'il avait été conscient —, ce comportement a pour effet de mobiliser l'appelant contre lui-même et l'utilisation de toute preuve ainsi recueillie est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *Dyment (1988)*[1088], la Cour réaffirmait que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Bien qu'il n'y ait pas eu de fouille ou de perquisition comme dans l'arrêt *Pohoretsky (1987)*[1089], il y a eu une immixtion

---

[1086] Les informations criminelles désignées sont définies par l'article 487.04 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 [aj. L.C. 1995, ch. 27, art. 1; mod. par L.C. 1998, c. 37, art. 15].

[1087] *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, 949.

[1088] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 431-432.

[1089] *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945

étatique sous forme de saisie puisque, comme nous le rappelle le juge La Forest : «[...] il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement»[1090]. La protection qu'accorde la *Charte canadienne* va jusqu'à interdire à un agent de police ou à un mandataire de l'État de prendre une substance aussi personnelle que le sang d'un individu. Rappelant l'importance que le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* avait accordée à la question des renseignements médicaux, le juge La Forest affirmait que ce type de renseignements ne devrait pas être intégré aux mécanismes d'application de la loi par l'État[1091].

Dans *Dersch (1993)*[1092], la *Cour Lamer (1990-2000)* a réaffirmé le principe, bien que les institutions hospitalières ne fassent pas partie du gouvernement au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne* comme l'avait affirmé la Cour dans

---

[1090] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 431.

[1091] Ainsi s'exprimait le juge La Forest: «En l'espèce, le ministère public soutient que l'élément de preuve a simplement été remis à l'agent de police après sa conversation avec le médecin, et qu'il ne l'a pas demandé ni n'a procédé à la saisie. Cet argument comporte plusieurs failles. [...] Je n'irai pas jusqu'à dire, compte tenu des renseignements dont je dispose, qu'il faut interdire aux médecins et aux hôpitaux de donner des informations à la police quelles que soient les circonstances. Mais c'est une chose que d'informer et c'en est une tout autre que de fournir une substance qui, si utilisée, a pour effet, pour reprendre les termes du juge Lamer dans l'arrêt *Pohoretsky*, précité, à la page 949, de mobiliser l'accusé contre lui-même. Cependant, la faille la plus importante, et la question décisive, est que lorsque l'agent a reçu l'échantillon des mains du médecin, il a pris quelque chose que le médecin avait en sa possession pour des fins médicales uniquement, sous réserve d'une expectative légitime que cela demeurerait confidentiel». Puis, se demandant si la saisie était abusive, le juge La Forest conclut qu'elle l'était: «Pour commencer, je n'accepte pas que l'atteinte au droit à la vie privée de M. Dyment a été minimale. Comme je l'ai indiqué, l'utilisation du sang d'une personne, ou d'autres substances corporelles confiées à des tiers pour des fins médicales, à d'autres fins que celles-ci, porte gravement atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu. Dans ce cas particulier, la saisie a porté atteinte au droit à la vie privée sous tous ses aspects déjà identifiés, savoir les aspects spatiaux, physiques et informationnels». Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 434-436.

[1092] *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768.

l'arrêt *Stoffman (1990)*[1093], que le médecin qui prélève un échantillon de susbtance corporelle à la demande de la police agit à titre de mandataire de l'État et ses actes sont assujettis à la *Charte canadienne*. Un médecin qui communique des informations personnelles à l'État sans le consentement de l'individu viole aussi un devoir de *common law* de préserver la confidentialité des renseignements personnels[1094]. Mais c'est véritablement dans les arrêts *Colarusso (1994)* et *Borden (1994)* que la *Cour Lamer (1990-2000)* consacrera le principe judiciaire selon lequel l'*adénèscopie* effectuée sans consentement et en l'absence d'une disposition législative le permettant expressément portait atteinte aux garanties constitutionnelles.

Dans *Colarusso (1994)*[1095], le juge La Forest, qui s'exprimait pour une majorité de cinq juges, a rappelé le principe judiciaire qui veut que la constitutionnalité d'une immixtion étatique ait un objet limité. Dans cette affaire il s'agissait de déterminer si, dans un cas où un échantillon de substances corporelles est saisi légalement par un représentant de l'État dans le contexte du droit administratif, l'appropriation subséquente de cet échantillon par un policier ou un agent de l'État agissant dans le contexte du droit criminel constituait une saisie abusive. Le juge La Forest affirmait qu'il n'est pas nécessaire qu'un échantillon de substances

---

[1093] *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

[1094] Pour le juge L'Heureux-Dubé, la préservation de la confidentialité des renseignements médicaux est si importante qu'elle justifie l'exclusion des éléments de preuve ainsi recueillis par l'État en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*. Ainsi s'exprimait-elle: «En fait, dans notre société moderne dominée par l'information, où les détails les plus intimes de la vie d'une personne peuvent être obtenus grâce à des données informatisées auxquelles ont accès un plus grand nombre de personnes que celles à qui les renseignements en question ont été communiqués initialement, l'assurance que des renseignements demeureront confidentiels peut être encore plus importante qu'on aurait pu historiquemment l'imaginer». Voir *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, 778, 785. Voir aussi *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, 149-150.

[1095] *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20. Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci étaient d'accord avec les motifs du juge La Forest.

corporelles soit pris directement à l'individu pour qu'il y ait saisie justifiant que soit invoquée la protection offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne* et conclut que les actes des policiers, qui s'étaient appropriés des échantillons de substances corprorelles en vue de leur utilisation dans le cadre d'une poursuite criminelle, équivalaient à une saisie sans mandat.

Or permettre l'utilisation de la preuve en utilisant un subterfuge ou un artifice équivaudrait à contourner l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable et reviendrait à restreindre les droits garantis par la *Charte canadienne*. Le juge en chef Lamer s'est inscrit en faux contre cette approche et considérait plutôt que la saisie effectuée par le coroner était conforme à la *Loi sur les coroners* et que cette dernière ne portait pas atteinte aux droits garantis par l'article 8 de la *Charte canadienne*[1096]. Le fait que les policiers se soient appropriés des échantillons de substances corporelles ne constitue pas une saisie. En d'autres termes, pour les juges minoritaires, une fois que l'immixtion est légalement effectuée, la protection constitutionnelle s'estompe. De fait, l'arrêt *Colarusso (1994)* établit le principe judiciaire fondamental que nous qualifions de *principe de la continuité de l'immixtion*[1097] selon lequel les droits constitutionnels d'un individu sont enfreints tant et aussi longtemps qu'une immixtion porte atteinte à son droit au respect de la vie privée.

[1096] Les juges Cory, McLachlin et Major ont souscrit au motif du juge en chef Lamer.

[1097] Ce *principe de la continuité de l'immixtion* a été réaffirmé dans l'arrêt *143471 Canada Inc. (1994)* dans lequel le juge Cory, qui s'exprimait pour la majorité, indiquait: «L'atteinte au droit à la vie privée qui résulte de cette intrusion ne peut prendre fin avec le retrait des documents. Tant que les documents sont détenus par les appelants ou pour leur compte, il y a une violation continue du droit à la vie privée dont les intimés jouissent dans leurs résidences et leurs locaux commerciaux». Voir *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.)* (1993), [1994] 2 R.C.S. 339, 381.

Dans l'arrêt *Borden (1994)*[1098], le juge Iacobucci, s'exprimant pour la majorité, a rappelé qu'il y a saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne* chaque fois que l'État prend, sans le consentement de l'individu, quelque chose qui lui appartient et au sujet duquel il peut s'attendre à ce qu'on en préserve le caractère confidentiel[1099]. Cet arrêt établit le principe judiciaire voulant qu'en l'absence d'une règle de droit, un agent de l'État ne peut obtenir un échantillon de substances corporelles. Ainsi, en l'absence d'une disposition législative spécifique, la légalité de l'immixtion dépend exclusivement du consentement de l'individu.

Dans l'arrêt *Knox (1996)*[1100], le juge en chef Lamer, s'exprimant pour la Cour, a conclu que le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'accusé a donné son consentement au prélèvement d'un échantillon de sang puisque la norme qui est consacrée au paragraphe 254(3) du *Code criminel* exige simplement que le ministère public prouve qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'appelant avait commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies, qu'il était

---

[1098] Il existe toutefois une différence d'opinion entre les juges de la majorité, d'une part, le juge en chef et le juge McLachlin, d'autre part, quant à l'étendue du consentement. Alors que les juges de la majorité adoptent le point de vue que le consentement est limité à un objet spécifique, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin estime qu'on ne saurait accepter les consentements conditionnels ou limités dans le contexte du droit criminel. Il y a accord sur ce point entre les juges formant la majorité (La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major) et les juges ayant exprimé des motifs concurrents séparés (Le juge en chef Lamer et le juge Gonthier). La différence porte essentiellement sur l'étendue du consentement. Alors que la majorité affirme que le consentement est spécifique, le juge en chef Lamer considère qu'une fois qu'il est donné validement dans le contexte du droit criminel, le consentement n'est pas restreint aux usages spécifiquement autorisés. Les consentements conditionnels ou limités n'ont pas leur place dans le contexte du droit criminel. Le juge McLachlin se dit en accord avec l'approche du juge en chef et estime qu'il est dans l'intérêt de la justice que la police mette la preuve obtenue relativement à une infraction en corrélation avec d'autres infractions non résolues. Voir *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

[1099] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 432-535.

[1100] *R. c. Knox*, [1996] 3 R.C.S. 199.

impossible d'obtenir un échantillon d'haleine et qu'un ordre de prélèvement d'échantillon de sang avait été donné. S'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Stillman (1997)*[1101], le juge Cory, a indiqué que le prélèvement d'échantillons de substances corporelles à la suite d'une immixtion illégale — tels la prise d'empreintes dentaires, le prélèvement de cheveux et de poils et les prélèvements faits dans la bouche de l'appelant — enfreignait le droit à la sécurité de la personne garanti à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

Ainsi, dans la séquence d'arrêts *Pohoretsky (1987) — Stillman (1997)*, la Cour suprême a donc établi le principe judiciaire selon lequel une adénèscopie effectuée sans un mandat valide ou en l'absence d'une dispositions législative l'autorisant expressément ou sans le consentement de l'individu est inconstitutionnelle. La *Cour Lamer (1986-)* répudiera toutefois, dans l'arrêt *Arp (1998)*[1102], le principe judiciaire qu'elle avait elle-même établi dans cette séquence d'arrêts en statuant que le prélèvement de substances corporelles effectué sans consentement et en l'absence d'une disposition législative l'autorisant expressément était conforme à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne*. S'exprimant pour une Cour unanime, le juge Cory a indiqué qu'en l'absence de restriction au consentement donné par un individu, «il n'y a rien d'intrinsèquement injuste ou illégal dans le fait de permettre à des policiers de conserver des éléments de preuve recueillis» lors d'une enquête et de les utiliser subséquemment dans une autre enquête.

[1101] *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci ont souscrit aux motifs du juge Cory alors que les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Gonthier étaient dissidents.

[1102] *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.

En somme, au Canada, à l'exception peut-être de l'arrêt *Arp (1998)*, le principe judiciaire établi par la Cour suprême relativement à l'*adénèscopie* est celui voulant que le prélèvement d'échantillons de substances corporelles effectué sans consentement ou en l'absence d'une dispositions législative l'autorisant expressément est inconstitutionnel. Aux États-Unis, la *Cour Rehnquist (1986-)*, en se fondant sur une méthode interprétative fondée sur l'ensemble des circonstances, a étendu encore davantage la portée des immixtions corporelles et de la preuve dérivée en permettant le prélèvement de substances corporelles d'élèves qui participent à des compétitions sportives et d'employés qui occupent certaines fonctions dans des secteurs névralgiques touchant la sécurité publique ou la sécurité nationale.

2. L'obtention dérivée des données à caractère personnel : la communication faite par un tiers

Un autre moyen pour l'État d'obtenir des informations relativement à un individu consiste à examiner les dossiers colligés et tenus par des tiers — comme les institutions financières et les compagnies de téléphone — avec qui l'individu entretient des relations commerciales. L'utilisation des ordinateurs par ces institutions rendent ces informations plus facilement accessibles[1103]. La divulgation d'informations personnelles par les tiers peut se faire de façon volontaire ou à la suite de l'exercice d'une contrainte par l'État.

[1103] Voir W.R. LaFAVE, Search and Seizure — A Treatise on the Fourth Amendment, 3e éd., St-Paul (Minn.), West Publishing Co., 1996, vol. 1, 628-640.

Aux États-Unis, c'est dans l'arrêt *Donaldson (1971)*[1104] que la *Cour Burger (1969-1986)* a eu à se prononcer pour la première fois sur les intérêts en matière de vie privée que peut avoir un individu relativement à des informations personnelles le concernant qui sont détenues par des tiers. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si un contribuable pouvait s'opposer à une ordonnance de production de documents, émanant de *l'IRS*, destinée à son employeur relativement à des informations personnelles le concernant. Dans un jugement unanime, la *Cour Burger (1969-1986)* a statué qu'un contribuable ne possède aucun intérêt pour s'opposer à la demande de production de documents parce qu'il ne peut démontrer un intérêt de propriété dans ces documents[1105]. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Couch (1973)*[1106], la Cour réaffirmera ce principe judiciaire relativement à une demande de production de documents adressée au comptable du contribuable. S'exprimant pour la majorité, le juge Powell affimait: «[n]o Fourth or Fifth Amendment claim can prevail where, as in this case, there exists non-legitimate expectation of privacy and no semblance of governmental compulsion against the person of the accused».

[1104] *Donaldson c. United States*, 400 U.S. 517 (1971).

[1105] Voir *Alderman c. United States*, 395 U.S. 165 (1969); *United States c. Miller, 425 U.S. 435 (1976); Rakas c. Illinois, 439 U.S. 128 (1978); United States c. Payner,* 447 U.S. 727 (1980). Voir cependant *Reisman c. Capli*, 375 U.S. 440 (1964) (un contribuable ou une tierce partie qui a un intérêt peut s'opposer à une ordonnance de production de documents).

[1106] Dans l'arrêt *Couch (1973)*, un contribuable s'est vu nier tout intérêt à la vie privée sous le Cinquième amendement pour faire casser un *subpoena duces tecum* émanant de *l'Internal Revenue Service* décerné à son comptable concernant des informations personnelles le concernant. Voir *Couch c. United States*, 409 U.S. 322, 339 (1973).

Dans l'arrêt *California Bankers (1974)*[1107], la *Cour Burger (1969-1986)* a statué que l'obligation faite aux institutions financières de tenir un registre d'identification de leurs clients et de leurs transactions financières ne contrevenait ni au Quatrième ni au Cinquième amendement. Le titre deuxième de la loi, qui obligeait les institutions financières à rapporter les transferts de fonds de plus de dix mille dollars à l'*IRS*, a été contesté mais la Cour refusa d'y répondre en indiquant qu'il s'agissait d'une question hypothétique. Cette dernière question se soulèvera à nouveau dans l'arrêt *Miller (1976)*[1108], dans lequel la *Cour Burger (1969-1986)* statuera que tant la divulgation volontaire que la divulgation faite à la suite d'un *subpoena duces tecum* étaient conformes au Quatrième amendement. S'exprimant pour la majorité, le juge Powell indiquait que les chèques oblitérés et les informations financières d'un individu en possession d'une institution financière ne bénéficient d'aucune attente en matière de vie privée puisqu'il s'agit de documents commerciaux qui ne sont pas de nature confidentielle. Cette conclusion se fonde sur la *théorie de l'acceptation des risques*, que la Cour avait établie dans l'arrêt *White (1971)*[1109], selon laquelle un individu qui divulgue des informations personnelles le concernant court le risque que ces informations soient divulguées à l'État ou à une autre personne.

[1107] *California Bankers Association c. Schultz*, 416 U.S. 21 (1974). Voir aussi *Ratzlaf c. United States*, (n° 92-1196)(11 janvier 1994). Voir aussi *Fischer c. United States*, 425 U.S. 391 (1976); *United States c. Doe*, 465 U.S. 605 (1984); *Doe c. United States*, 487 U.S. 201 (1988).

[1108] *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

[1109] *United States c. White*, 401 U.S. 745, 751752 (1971). Voir aussi *Securities and Exchange Commission c. Jerry T. O'Brien Inc.*, 467 U.S. 735 (1984)(un individu qui divulgue des informations à un tiers ne peut s'opposer à ce que ce dernier les divulgue subséquemment à l'État). Il en serait autrement si une loi visant la protection des renseignements personnels en empêchait expressément la communication. Voir *Los Angeles (Police Department) c. United States Reporting Publishing Corp.*, (n° 98-678) (7 décembre 1999); *Reno (Attorney Gneral of the United States) c. Condon*, (n° 98-1464) (12 janvier 2000).

Au Canada, bien que la *Cour Dickson (1984-1990)* ait expressément affirmé, dans l'arrêt *Dyment (1988)*[1110], que le droit à la vie privée en matière d'information était protégé par l'article 8 de la *Charte canadienne*, il semblerait qu'en pratique les informations personnelles détenues par les tiers ne bénéficient que d'une protection constitutionnelle relative puisque, à l'instar de la *Cour Rehnquist (1986-)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a adopté une approche interprétative fondée sur l'ensemble des circonstances.

C'est dans l'arrêt *Plant (1993)*[1111] que la *Cour Lamer (1990-2000)* a eu à se prononcer, pour la première fois, sur l'étendue du principe judiciaire établi dans l'arrêt *Dyment (1988)* selon lequel l'information bénéficiait de la protection constitutionnelle garantie par l'article 8 de la *Charte canadienne*. Il s'agissait de déterminer si un individu avait des attentes en matière de vie privée relativement aux dossiers informatisés, qui faisaient état de la consommation d'électricité, détenus par sa compagnie d'électricité. S'exprimant pour la majorité, le juge Sopinka a conclu que la consultation de ces dossiers ne portait pas atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne* puisqu'un individu ne peut raisonnablement prétendre que des dossiers informatisés, qui font état de la consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de sa vie. Selon lui, la détermination des attentes en matière de vie privée relativement à des informations personnelles découle de l'application de la méthode d'analyse contextuelle, laquelle nécessitait l'examen de plusieurs facteurs[1112]. Le juge

---

[1110] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 429 (j. La Forest).

[1111] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281. La majorité était composée du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci.

[1112] Ces facteurs sont les suivants: la nature des renseignements, la nature des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête. Cet examen permettrait

Sopinka se disait en accord avec l'équation faisant de la nature confidentielle des informations un critère d'application de la garantie constitutionnelle[1113]. Son raisonnement s'appuie essentiellement sur l'absence de relation de confiance ou de confidentialité entre l'individu et la compagnie d'électricité[1114] et sur l'absence d'intrusion physique[1115].

---

de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

[1113] Voici pourtant les propos que tenait le juge Sopinka: «Je ne voudrais pas être vu comme considérant qu'un chèque oblitéré ne jouit pas de la protection de l'art. 8, mais je suis d'accord avec cet aspect de l'arrêt *Miller*, qui donne à entendre que, pour que la protection constitutionnelle s'applique, les renseignements saisis doivent être de nature «personnelle et confidentielle». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte canadienne* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Il faudrait plutôt lire «je suis d'accord avec cet aspect» (voir *Errata*, [1994] 3 R.C.S. iv. La version anglaise était conforme à l'idée exprimée par le juge Sopinka: «[...] I do agree with that aspect ...»). Voir *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 293 (j. Sopinka).

[1114] Le juge Sopinka établissait une relation symbiotique entre le droit au respect de la vie privée et la confidentialité: «La relation entre l'appelant et la Commission ne peut être qualifiée de relation de confiance. La Commission a constitué les dossiers dans le cadre d'une relation commerciale suivie et rien n'indique qu'elle ait été contractuellement tenue d'en préserver la confidentialité. Cela ne veut pas dire que les dossiers établis en contexte commercial ne peuvent jamais être l'objet de la protection qu'accorde à la vie privée l'art. 8 de la *Charte*. Si les dossiers commerciaux contiennent des éléments qui satisfont à la norme de la «nature personnelle et confidentielle» énoncée précédemment, le caractère commercial de la relation entre les parties ne fera pas nécessairement obstacle à une revendication fondée sur l'art. 8». Voir *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 294 (j. Sopinka).

[1115] Le juge Sopinka adopte aussi le critère de l'intrusion comme point d'ancrage du droit constitutionnel au respect de la vie privée: «L'endroit où les données en cause ont été obtenues et les conditions dans lesquelles elles ont été recueillies mènent également à la conclusion que l'appelant n'avait, à l'égard des dossiers de consommation d'électricité, aucune attente quant au respect de sa vie privée. Les policiers ont pu obtenir les données en direct grâce à l'accord de la Commission. L'obtention de ces données n'a pas nécessité d'intrusion dans des endroits ordinairement considérés comme privés, comme c'était le cas dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, précités. L'opération n'a pas non plus nécessité l'intrusion de mandataires de l'État dans les dossiers informatiques personnels constitués confidentiellement par un particulier. Même si l'exigence que les policiers utilisent un mot de passe pour avoir accès aux données peut démontrer un certain élément de confidentialité dans la façon dont la perquisition a été effectuée, elle peut également donner à penser que le mot de passe visait simplement à faire en

En dissidence, le juge McLachlin s'est dit en désaccord avec l'affirmation du juge Sopinka voulant que les dossiers informatisés consultés par les policiers ne dévoilaient pas de détails intimes sur la vie privée de l'appelant puisque: «c'est précisément pour se renseigner sur le mode de vie personnel de l'appelant [...] que la police souhaitait consulter ces dossiers»[1116]. Pour elle, la véritable question soulevée par ce pourvoi n'est pas celle de savoir s'il existait une relation de confiance entre l'individu et la tierce partie , mais plutôt celle de savoir si les dossiers informatisés faisaient l'objet d'une attente raisonnable en matière de vie privée. Elle répond par l'affirmative en indiquant, après avoir constaté que ces dossiers n'étaient pas accessibles au public, que l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ces informations ne soient utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été recueillies[1117]. Elle s'inscrit aussi en faux contre

---

sorte que ces données ne soient accessibles en direct qu'à la police. Quoi qu'il en soit, la perquisition n'a pas été effectuée de façon intrusive ou autoritaire, si bien que tout compte fait, je conclurais que l'endroit où a eu lieu la perquisition et les conditions dans lesquelles elle a été effectuée correspondent à ce à quoi l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre. Outre le fait que la méthode utilisée et l'endroit où a été effectuée la perquisition témoignent de son caractère intrusif minimal, la gravité de l'infraction milite en faveur de la conclusion que les exigences de l'application de la loi l'emportent sur le droit de l'appelant au respect de sa vie privée». Voir *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 282, 295 (j. Sopinka).

[1116] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 302 (j. McLachlin).

[1117] Voici les propos que tenaient le juge McLachlin: «Il faut se demander dans chaque cas si, d'après la preuve, on s'attendait raisonnablement que les renseignements soient gardés confidentiels et ne soient utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été fournis. Quoique les dossiers portant sur la consommation d'électricité me paraissent constituer un cas limite, j'estime que la preuve produite en l'espèce révèle une attente suffisante en matière de vie privée pour que la police soit tenue d'obtenir un mandat avant de prendre les renseignements en question. Je conclus que ceux-ci ne revêtaient aucun caractère public puisque rien dans la preuve n'indique qu'ils étaient accessibles au public et puisque la police n'a pu y avoir accès qu'en raison d'une entente spéciale. Il est possible de tirer des dossiers en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée. Je crois qu'une personne raisonnable qui considérerait ces faits serait amenée à conclure que les dossiers ne devraient servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été constitués, à savoir l'alimentation en électricité et la facturation de l'électricité consommée. Ils ne devraient pas être

l'affirmation qu'il est nécessaire qu'il y ait une intrusion physique pour que puisse être soulevé le droit au respect de la vie privée. Ce faisant, le juge McLachlin reconnaissait que les immixtions dérivées bénéficiaient de la protection constitutionnelle garantissant le droit au respect de la vie privée.

Dans l'arrêt *Schreiber (1998)*[1118], la *Cour Lamer (1990-2000)* a réaffirmé le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Plant (1993)*[1119] selon lequel un individu ne saurait prétendre à des intérêts en matière de vie privée en l'absence d'une intrusion étatique. La question constitutionnelle soulevée consistait à déterminer si un individu avait des attentes en matière de vie privée relativement à des informations personnelles détenues par une banque étrangère. Pour la majorité, la question consistait à déterminer si la *Charte canadienne* s'appliquait puisque l'immixtion se déroulait à l'extérieur du territoire canadien[1120]. S'exprimant pour la

---

mis à la disposition de n'importe qui sans l'autorisation judiciaire voulue». *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 302 (j. McLachlin).

[1118] *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841

[1119] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[1120] Cette question de l'application de la protection constitutionnelle à l'étranger a fait l'objet de plusieurs décisions de la *Cour Lamer (1990-2000)*. Dans l'arrêt *Cook (1998)*, la Cour devait déterminer si les garanties constitutionnelles s'appliquaient aux actes de policiers canadiens qui ont interrogé un citoyen canadien aux États-Unis relativement à un acte criminel commis au Canada. S'exprimant pour la majorité, les juges Cory et Iacobucci ont conclu par l'affirmative en précisant qu'en plus de la territorialité, l'application des garanties constitutionnelles peut dépendre d'autres facteurs comme la nationalité de l'individu. Dans l'arrêt *Verdugo-Urquidez (1990)* — arrêt qui n'est pas sans rappeler l'arrêt *Schreiber (1998)* de la Cour suprême du Canada —, la Cour *Rehnquist (1986-)* a établi le principe judiciaire voulant que le *Bill of Rights* ne puisse garantir le droit constitutionnel au respect de la vie privée d'un individu si l'immixtion étatique, effectuée par des agents de la *Drug Enforcement Administration*, s'est déroulée à l'extérieur du territoire américain. Voir *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Voir aussi *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 (la *Charte canadienne* ne peut s'appliquer aux activités exercées à l'étranger par des agents étrangers); *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207 (la *Charte canadienne* ne peut s'appliquer aux activités exercées à l'étranger par des agents étrangers agissant à la demande des autorités canadiennes); *United States c. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. (1990).

majorité[1121], le juge L'Heureux-Dubé affirmait que le gouvernement du Canada n'avait effectué aucune immixtion de la nature d'une fouille, perquisition ou saisie parce que «toutes les mesures de contrainte étatique portant atteintes à la vie privée de l'intimé ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays»[1122].

En dissidence le juge Iacobucci rappelait le principe judiciaire établi par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Hunter (1984)*[1123] selon lequel le but de l'article 8 de la *Charte canadienne* est de protéger les personnes et non les lieux ou les choses[1124]. Selon lui, l'interprétation de l'article 8 de la *Charte canadienne*

[1121] La majorité était composée, en outre du juge L'Heureux-Dubé, des juges McLachlin, Bastarache et Binnie. Le juge en chef Lamer a rendu des motifs séparés dans lesquels il affirmait la nécessité de procéder à une analyse contextuelle afin de déterminer les attentes en matière de vie privée d'un individu à l'égard de ses documents financiers. Après après examiné les facteurs étayés par le juge Sopinka dans l'arrêt *Plant (1993)*, le juge en chef reconnaissait que l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'on respecte la confidentialité des informations contenues dans les registres bancaires mais conclut, en l'espèce, qu'il n'y a eu aucune violation de son droit au respect de la vie privée puisqu'il n'y avait aucune preuve démontrant que la loi étrangère avait été violé. En d'autres termes, à l'instar des juges de la majorité, le juge en chef Lamer considérait qu'en l'absence d'une intrusion étatique, un individu ne peut raisonnablement s'attendre à ce que son droit au respect de la vie privée soit respecté. Les juges Gonthier et Iacobucci exprimaient, en dissidence, l'opinion que la protection du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Charte canadienne* protège les personnes et non pas les lieux ou les choses.

[1122] Dans *Schreiber (1998)*, le juge L'Heureux-Dubé affirmait ce qui suit: «[i]l ressort clairement des faits de la présente cause que le gouvernement du Canada n'a procédé à aucune fouille, saisie ou perquisition. Les autorités canadiennes n'ont fait que demander qu'il soit procédé à une fouille, perquisition ou saisie». Voir *Schreiber* c. *Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 860-861 (j. L'Heureux-Dubé).

[1123] *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (j.c. Dickson).

[1124] Le juge Iacobucci rappelait l'objet de la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée consacré par l'arrêt *Hunter (1984)*: «Ce principe marque un changement dans l'objet du droit à la vie privée, qui ne tend plus principalement à protéger les droits de propriété à l'égard du lieu fouillé ou perquisition, mais s'attache plutôt à l'effet sur la personne visée de la fouille, perquisition ou saisie, peu importe le lieu qui est fouillé ou perquisitionné (voir les motifs du juge Dickson dans Hunter, aux pp. 157 et 158)» (accentuation dans l'original). Voir *Schreiber* c. *Canada (P.G.) (1998)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 865 (j. Iacobucci). Voir aussi *R.* c. *Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, 60; *R.* c. *Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 291; *R.* c. *Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 428-29; *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 158. Voir aussi *Katz* c. *United States*, 389 U.S. 347 (1967).

fondée sur l'objet consacrée par la Cour constitue plus qu'une simple interdiction contre les immixtions; elle garantit la protection préalable à l'encontre des immixtions étatiques[1125]. Adoptant une approche fondée sur l'effet véritable de l'immixtion, comme l'avait fait le juge McLachlin dans l'arrêt *Plant (1993)*, le juge Iacobucci considérait que «[l]'objet principal du droit à la vie privée est par conséquent l'effet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive sur l'individu; le lieu où cette mesure est exécutée est sans importance»[1126]. Appliquant la méthode contextuelle et les critères étayés par le juge Sopinka dans l'arrêt *Plant (1992)*, le juge Iacobucci conclut que l'intimé a une attente en matière de vie privée à l'égard des informations contenues dans les documents bancaires saisis par les autorités helvétiques parce que ceux-ci révélaient des détails sur sa vie personnelle et étaient de nature confidentielle[1127].

En somme, tant les arrêts de la Cour suprême des États-Unis que ceux de la Cour suprême du Canada établissent le principe judiciaire voulant que les informations personnelles détenues par une tierce partie ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Aux États-Unis, dans la séquence d'arrêts *Donaldson (1971) — Miller (1976)*, la *Cour Burger (1969-1986)* a nié l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée en adoptant une approche fondée sur les intérêts

---

[1125] Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 427 (j. La Forest); *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 486 (j. L'Heureux-Dubé).

[1126] L'accentuation est dans l'original. Voir *Schreiber c. Canada (P.G.) (1998)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 866 (j. Iacobucci). L'importance de tenir compte du but pour lequel les informations avaient été communiquées a aussi été affirmée dans les arrêts *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 3 R.C.S. 403; *R. c. Plant* (1992), [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

[1127] Voir *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 871-872 (j. Iacobucci); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (jj. McLaughlin et Iacobucci).

de propriété et de possession[1128].

Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* en est arrivée à un résultat analogue dans la séquence d'arrêts *Plant (1993)* — *Schreiber (1998)* en faisant de la relation de confidentialité entre l'individu et la tierce partie et de l'intrusion des critères essentiels à la détermination des attentes en matière de vie privée des individus. N'y a-t-il pas cependant confusion entre le droit au respect de la vie privée et le devoir de confidentialité? Bien que la Cour suprême du Canada n'ait pas explicitement référé, comme l'avait fait la Cour suprême des États-Unis, à la *doctrine de l'acceptation des risques,* ces deux décisions n'impliquent-elles pas qu'un individu qui communique des informations personnelles le concernant assume le risque que ces mêmes informations puissent être divulguées à l'État?

Or peut-on véritablement parler d'acceptation des risques lorsqu'un individu n'a d'autre choix que de divulguer des informations personnelles le concernant afin d'obtenir les bénéfices ou les avantages qu'il recherche? Comme le soulignait si justement le professeur Tribe de l'Université Harvard, dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law (1988)*, ce type de caractérisation rappelle

---

[1128] C'est aussi la constatation que faisait le professeur O'Brien dans son ouvrage intitulé *Privacy Law and Public Policy (1979)* dans lequel il affirmait: «*California Bankers Association* v. *Schultz* and *United States* v. *Miller* illustrate the Burger Court's refusal to conceptualize the intangible nature of the injury, the chilling effect upon privacy. [...] The Court nevertheless evaded its own privacy analysis by reemphasizing proprietary concepts and by failing to consider not only the value of informational privacy but also how access to that information may influence individual's future activities». La seule conclusion que l'on puisse tirer de l'énonciation de ce principe judiciaire est la suivante: «Individuals ostensibly have no reasonable expectation of privacy under the Fourth Amendment in documents that they do not own or possess. Still, corporate or bank record keeping of individuals' transactions may reveal a substantial amount of information about individuals' activities and associations». Voir D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 73.

davantage les régimes totalitaires que les démocraties libérales[1129]. C'est pourquoi nous estimons que les juges de la Cour suprême du Canada devraient, comme l'avait fait le juge McLachlin dans l'arrêt *Plant (1993)*[1130] et le juge Iacobucci dans l'arrêt *Schreiber (1998)*[1131], porter une plus grande attention aux immixtions dérivées. De fait, le refus de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis d'étendre la protection constitutionnelle aux immixtions dérivées constituent une négation du volet informatif du droit constitutionnel au respect de la vie privée.

(b) La conservation, l'utilisation et la divulgation des données à caractère personnel

La conservation, l'utilisation et, surtout peut-être, la divulgation de données à caractère personnel risquent de compromettre le droit constitutionnel au respect de la vie privée. C'est ce qu'évoquait le *Groupe L'Ordinateur et la vie privée* lorsqu'il constatait que la rapidité d'exécution, la capacité phénoménale et quasiment infaillible du stockage et du traitement des données à caractère personnel à l'aide de systèmes d'information technologiques amplifient considérablement la menace qui pèse sur le droit au respect de la vie privée[1132].

[1129] Voici les propos que tenait le professeur Tribe dans *American Constitutional Law (1988)*: «It is begining to look as if the only way someone living in our society can avoid "assuming the risk" that various intermediary institutions will reveal information to the police is by engaging in drastic discipline, the kind of discipline characteristic of life under totalitarian regimes. [note supprimée] The background rule is no longer that citizens are to be secure against unreasonable government searches, but that the Constitution's protection are waived whenever a person apprises another of facts that are of a sort the State might sometime find valuable—and not only in a criminal investigation». Voir L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 1392.

[1130] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[1131] *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841

[1132] C'est le constat que faisait le *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée* dont les auteurs affirmaient: «Cet outil, que l'on peut programmer par télécommunication, permet d'établir

Si, considérant l'applicabilité des garanties constitutionnelles, la question essentielle consiste à déterminer la capacité de l'État de divulguer des informations personnelles, elle soulève aussi celle des tiers.

Aux États-Unis, dans l'arrêt *Whalen (1977)*[1133] la *Cour Burger (1969-1986)*, devait jauger la constitutionnalité des dispositions d'une loi de l'État de New York, qui obligeait certains professionnels de la santé à tenir un registre et à divulguer à l'État des informations personnelles relativement aux utilisateurs de certaines drogues contrôlées, avec le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Rappelant que depuis le rejet de la doctrine du *freedom of contract* par la *Cour Hughes (1931-1941)*, la Cour suprême ayant réaffirmé ce principe judiciaire à plusieurs reprises, le juge Stevens a conclu que la divulgation d'informations

---

des fiches personnelles (en quantité variable mais presque illimitée), de les stocker, de les extraire et de les transmettre, souvent sans le consentement et à l'insu de l'intéressé; de centraliser, mettre en corrélation, puis réaménager des éléments d'information disparates de façon préjudiciable; de cumuler les erreurs et d'en exacerber les conséquences». Dans *CanadianOxy Chemicals Ltd. (1999)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* rappelait en ces termes que l'État ne saurait avoir accès aux dossiers des employés sans autorisation judiciaire préalable: «Les pouvoirs étendus qui sont visés au par. 487 (1) [du *Code criminel*] n'autorisent pas les recherches à l'aveuglette dans le cadre d'une enquête et ne diminuent pas le droit légitime à la vie privée des personnes physiques ou morales. C'est particulièrement vrai dans le cas des dossiers des employés, qui peuvent contenir une foule de renseignements très personnels n'ayant aucun rapport avec l'enquête qui est menée. Les juges et les magistrats doivent continuer d'appliquer les normes et garanties qui protègent la vie privée contre les perquisitions, les fouilles et les saisies abusives». Dans *Redefining Privacy (1977)*, Tom Gerety affirmait ce qui suit: [r]ecords are mechanical memories not subject to the erosions of forgetfulness and the promise of eventual obliteration. The threat of misuse becomes as permanent as the records themselves. The risks to autonomy multiply not simply because of the heightened possibilities of unconsented reproduction and distribution at any given time, but also because those possibilities, however reduced by regulation, now extend indefinitely through time. Such a chronic and enduring risk must count as to be itself an injury». Voir CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1972, 15-16; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (P.G.)*, [1999] 1 R.C.S. 743; T.GERETY, «Redefining Privacy» (1977) 12 *Harvard Civil Rights-Civil Liberty Law Review* 233, 288.

[1133] *Whalen c. Roe*, 429 U.S. 589, 607 (1977). Voir aussi *Laird c. Tatum*, 408 U.S. 1 (1972) (collecte et rétention de données à caractère personnel par les autorités militaires).

personnelles effectuée conformément à une loi valide ne portait pas atteinte au droit constitutionnel au respect de la vie privée des individus. Le fait que la loi qui autorisait la collecte et la conservation des informations personnelles était accompagnée de dispositions législatives protectrices qui limitaient la divulgation a favorisé cette conclusion[1134].

La Cour suprême a cependant statué qu'une loi qui exigerait la divulgation d'informations personnelles relativement à des avortements était inconstitutionnelle[1135]. Elle a aussi établi, dans plusieurs arrêts, que les individus bénéficiaient soit de la protection offerte par la *Freedom of Information Act (FOIA)*[1136] soit de la protection constitutionnelle si le gouvernement agissait de telle sorte à entacher le nom, la réputation, l'honneur ou l'intégrité d'un individu[1137].

[1134] Dans des motifs concurrents, le juge Brennan reconnaissait que la non-divulgation de données à caractère personnel est un aspect du droit constitutionnel au respect de la vie privée en ce que: «[t]he central storage and easy accessibility of computerized data vastly increase the potential for abuse of that information, and I am not prepared to say that future developments will not demonstrate the necessity of some curb on such technology». En l'espèce cependant, des mesures protectrices visant à limiter la divulgation avait été spéfiquement prévues par le législateur. Voir *Whalen* c. *Roe*, 429 U.S. 589, 605 (1977). Voir aussi *Nixon* c. *Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, (1977).

[1135] *Thorburgh* c. *American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986). Comparer *Planned Parenthood* c. *Danforth*, 428 U.S. 52, 79-81 (1976)(l'établissement d'un dossier relativement aux avortements ainsi que sa divulgation restreinte sont constitutionnels).

[1136] Voir *Balgridge* c. *Shapiro*, 455 U.S. 345 (les informations compilées en vertu du *Census Act* sont protégées par la *Freedom of Information Act*); *United States (Department of Justice)* c. *Reporters Committee*, 489 U.S. 749 (1989) (les informations recueillies par le FBI au sujet d'un violeur sont protégées par la *Freedom of Information Act*); *John Doe Agency* c. *John Doe Corp.*, 493 U.S. 146 (1989)(les informations relatives à un contrat du ministère de la défense sont protégées par la *Freedom of Information Act*); *United States (Department of Defense)* c. *Florida*, (n° 92-1223)(23 février 1994)(les informations personnelles concernant les employés du ministère de la défense sont protégées par la *Freedom of Information Act*).

[1137] Voir *Doe* c. *McMillan*, 412 U.S. 306, 324 (1973). Voir aussi *Eastland* c. *United States Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491 (1975); *Board of Regents* c. *Roth*, 408 U.S. 564, 573 (1972) (le non-renouvellement du contrat d'un employé de la fonction publique dans des circonstances qui portent atteinte à sa réputation est inconstitutionnel); *Joint-Facist Refugee Committee* c. *McGrath*,

Au Canada, la conservation, l'utilisation et la divulgation des informations personnelles détenues par l'État sont gouvernées principalement par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les renseignements personnels recueillis devront être conservés pour une période de deux ans[1138] par l'institution gouvernementale qui en a exigé la communication[1139] et ne doivent servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis — sauf si l'individu concerné consent au retrait[1140] ou en autorise une autre utilisation — et ne peuvent être communiqués que conformément aux dispositions de l'article 8 de la Loi.

Bien que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère le droit à un individu de se faire communiquer les renseignements personnels le concernant[1141], ce droit d'accès n'est cependant pas absolu et comporte de

---

341 U.S. 123 (1951) (l'identification de certains groupes d'individus comme étant d'obédience communiste par le Procureur général est inconstitutionnelle); *Jenkins* c. *McKeithen*, 395 U.S. 411, 424-25, 427-28 (1969) (les individus identifiés comme criminels doivent bénéficier d'une protection constitutionnelle préalable); *Wisconsin* c. *Constantineau*, 400 U.S. 433, 436-37 (1971) (l'identification d'individus considérés comme alcooliques, l'établissement et la distribution d'une liste à cet effet aux détaillants d'alcool sont inconstitutionnels); *Goss* c. *Lopez*, 419 U.S. 565, 574-76 (1975) (la suspension d'un élève d'une école publique de manière qui porte atteinte à sa réputation est inconstitutionnelle); *Kelley* c. *Johnson*, 425 U.S. 238 (1976); *Quinn* c. *Muscare*, 425 U.S. 560 (1976). *Codd* c. *Velger*, 429 U.S. 624 (1977) (la divulgation d'informations trompeuses au sujet d'un ex-fonctionnaire est inconstitutionnelle). Voir cependant l'arrêt *Paul* c. *Davis*, 424 U.S. 693 (1976)(la distribution de circulaires contenant le nom d'un voleur à l'étalage («active shoplifter») aux détaillants ne porte pas atteinte à son droit constitutionnel au respect de la vie privée). Voir aussi M. TUSHNET, «The Constitutional Right to One's Good Name — An Examination of the Scholarship of Mr. Justice Rehnquist» (1977) 64 *Kentucky Law Journal* 753.

[1138] *Règlement sur la protection des renseignements personnels*, DORS/83-508, art. 4(1)a).

[1139] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 6(1).

[1140] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 6; *Règlement sur la protection des renseignements personnels*, DORS/83-508, arts. 4(a)a), b).

[1141] Dans le cas de refus, il incombe à l'institution de démontrer le bien-fondé de sa décision. En cas d'insatisfaction, le requérant peut exercer certains recours. Le premier niveau de révision est la plainte auprès du Commissaire de la protection de la vie privée alors que le deuxième niveau est la révision judiciaire. Un plaignant qui n'est pas satisfait du rapport présenté par le Commmissaire peut exercer un recours en révision judiciaire conformément à l'article 41

multiples exceptions. Ainsi, les renseignements concernant les documents confidentiels du Cabinet[1142] ou concernant les affaires fédérales-provinciales[1143], les affaires internationales[1144], la sécurité nationale[1145], la mise en application des

---

de la Loi. Ce recours ne peut cependant être exercé avant qu'une plainte ne soit déposée devant le Commissaire et qu'une enquête ne soit terminée. La Cour peut rendre une ordonnance conformément aux articles 48 à 50 et est habilitée à rendre les ordonnances qu'elle estime indiquées. Le Commissaire enquête au sujet des plaintes et est partie aux décisions judiciaires et fait rapport au Parlement. Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, arts. 12,47. Voir aussi le décret d'exclusion n° 2, DORS/89-206.

[1142] Ces exceptions couvrent, dans une bonne partie, le secret administratif ou privilège de la Couronne. En vertu de ce privilège, l'État était dispensé de rendre public des documents gouvernementaux — notamment ceux touchant la sécurité nationale, les délibérations du Cabinet, les dépêches des ambassades, les documents portant sur les relations internationales et les discussions entre les administrateurs des ministères — dont la communication pourrait être contraire à l'intérêt public. Il tire son origine de la *common law* et est maintenant inscrit dans la *Loi sur la preuve au Canada* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'immunité d'intérêt public fait intervenir deux sortes d'intérêts: celui de ne causer aucun préjudice à l'État par la communication de certains documents et l'intérêt public à ce que l'administration de la justice ne soit pas contrecarrée par le refus de communiquer certains renseignements. Pour qu'intervienne la protection, il est nécessaire que la communication comporte un préjudice irréparable à l'intérêt public. Voir *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. E-5, art. 37 à 39; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 70. Voir aussi *Québec (P.G.) c. Keable*, [1982] 1 R.C.S. 218; *Canada (C.D.P.) c. Canada (P.G.)*, [1982] 1 R.C.S. 215. *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, 653; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Gagnon c. Québec (Commission des valeurs mobilières)* (1964), [1965] R.C.S. 73. Voir généralement C. BERZINS, «Crown Privilege: A Troubled Exclusionary Rule of Evidence» (1984) 10 *Queen's Law Journal* 165.

[1143] Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 20.

[1144] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 21.

[1145] La première loi sur la sécurité nationale a été adoptée en 1890 et par la suite, en 1892, elle a été incorporée au *Code criminel*. Elle crée deux infractions distinctes: l'espionnage (art. 3) et la divulgation non autorisée de renseignements provenant du gouvernement fédéral. Elle a été calquée sur la loi britannique de 1889. En 1911, face à la détérioration des relations entre le Royaume-Uni et l'Allemagne, le Parlement modifia la loi afin de renforcer les dispositions portant sur l'espionnage et d'étendre la responsabilité pénale aux destinataires de «fuites» d'informations secrètes. Comme la loi britannique s'appliquait aux dominions d'outre-mer, elle est devenue partie intégrante du droit canadien. Le Parlement canadien adopta une loi sur les secrets officiels en 1939 qui visait à fusionner la loi de 1911 et les modifications apportées par le Parlement britannique en 1920. La simple identification d'un document comme étant secret ne suffit pas à le rendre secret au sens de la loi. Elle ne s'applique pas aux documents qui ont déjà été publiés ou vendus, ni à ce qui appartient au domaine public.Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 22; *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. 1985, c. O-5. Voir aussi P. LORDON, *La Couronne en droit canadien*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 607-611.

lois[1146] et ceux qui sont de nature confidentielle[1147] ou qui porteraient vraisemblablement atteinte à la réputation ou à la sécurité des individus sont soustraits à la divulgation obligatoire[1148].

C'est dans l'arrêt *Beare (1988)*[1149] que la *Cour Dickson (1984-1990)* a considéré pour la première fois, sans pourtant en disposer, la question de la constitutionnalité d'une disposition législative prévoyant la conservation d'informations personnelles par l'État. Dans cet arrêt, la Cour conclut que le paragraphe 501(3) (alors le paragraphe 453.3.(3)) du *Code criminel* et la *Loi sur l'identification des criminels* — qui permettent la dactyloscopie — ne portaient pas atteinte aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest a cependant indiqué qu'en l'absence d'une disposition législative l'autorisant expressément, la conservation d'empreintes digitales par l'État serait vraisemblablement inconstitutionnelle[1150].

[1146] Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 22, 23.

[1147] Les renseignements peuvent être qualifiés de nature confidentielle soit parce qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat, soit parce qu'ils ont été obtenus d'un autre gouvernement ou d'une organisation internationale sous le sceau de la confidentialité. Certaines autres communications, comme les communications entre conjoints, en matière criminelle, et les communications religieuses bénéficient d'une protection législative dans certaines juridictions. Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 27 (secret professionnel de l'avocat), 19 (renseignements obtenus à titre confidentiel); *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. E-5, art. 4(3) (communications entre conjoints); *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 9 (secret professionnel). Voir aussi *Solosky* c. *R.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux* c. *Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R.* c. *Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Jones* c. *Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R.* c. *Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R.* c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; R. c. G. (B.), [1999] 2 R.C.S. 425.

[1148] Voir *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985,c. P-21, arts. 25, 26.

[1149] *R.* c. *Beare; R.* c. *Higgins* (1987), [1988] 2 R.C.S. 387.

[1150] Voici les propos que tenaient le juge La Forest: «Cette question [celle de la conservation des empreintes digitales] soulève d'importantes considérations, mais elle ne se pose pas dans les

Ce principe judiciaire semble cependant avoir été révisé par la *Cour Lamer (1990-2000)* qui, dans l'arrêt *Arp (1998)*[1151], statuait que la conservation d'échantillons de substances corporelles recueillis lors d'une enquête donnée était conforme à l'article 7 de la *Charte canadienne*, et ce bien que l'individu n'y eusse pas consenti et qu'il n'y eût pas une disposition législative le permettant expressément.

Bien que certains tribunaux canadiens d'instance inférieure aient jugé que l'*appariement* de données à caractère personnel contrevenait à *la Loi sur la protection des renseignements personnels*, il n'y a, à ce jour, aucune décision de la Cour suprême du Canada relativement à la constitutionnalité des dispositions législatives qui le permettrait. Il ne fait aucun doute cependant qu'en l'absence d'une disposition législative, l'*appariement* des banques de données contenant des informations à caractère personnel porte atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne* en ce qu'il outrepasse l'objet du consentement initial[1152].

---

faits en cause. Les empreintes des intimés n'ont jamais été prélevées, de sorte qu'elles ne peuvent pas être conservées. Je serais plutôt porté à douter que l'art. 2 de la Loi sur l'identification des criminels traite de ce point mais, si c'est le cas, cela n'a rien à voir avec le prélèvement des empreintes visé par les par. 2(1) et (2). Le paragraphe 2(3) prévoit bien la publication des fiches, à titre de renseignements à l'usage des responsables de l'exécution ou de l'application de la loi, mais je ne pense pas qu'il autorise leur conservation inconstitutionnelle». Voir *R. c. Beare; R. c. Higgins* (1987), [1988] 2 R.C.S. 387, 414.

[1151] *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, 390.

[1152] Les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Dagg (1997)* ne laissent planer aucun doute sur cette question: «Pour déterminer si un particulier a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un renseignement donné, il est important de tenir compte du but dans lequel ce renseignement a été divulgué [...]. En général, lorsqu'une personne divulgue des renseignements la concernant, elle le fait pour des raisons précises. Dans certains cas, on le fait pour recevoir un service ou bénéficier d'un avantage. Dans d'autres cas, on le fait parce qu'on est légalement tenu de le faire. Dans aucun des cas ne s'attend-t-on à ce que les renseignements divulgués soient rendus publics ou communiqués à des tiers sans qu'on y consente. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Dyment* [...], «les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par

Alors que certains auteurs de la doctrine canadienne évoquent la menace que fait peser l'*appariement* des banques de données contenant des informations à caractère personnel sur le droit au respect de la vie privée des individus[1153], nous nous voyons difficilement comment l'on pourrait soutenir la proposition voulant qu'une disposition législative qui autoriserait expressément l'*appariement* des données à caractère personnel et circonscrirait étroitement les pouvoirs d'immixtion des agents de l'État, puisse être inconstitutionnelle.

Comme le faisait remarquer Claire Wallace, le problème soulevé par l'organisation et la constitution d'un réseau étatique centralisé n'est pas tant la menace de l'*appariement* des banques de données contenant des informations à caractère personnel que l'absence de véritable débat public en ce qui a trait

---

ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués». Dans l'arrêt *Dyment (1988)*, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués». Voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 3 R.C.S. 403, 439; Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 415, 429-430.

[1153] Dans *Invasion of Privacy (1983)*, Stanley Cohen, affirmait ce qui suit: «The inevitable centralizing if data computer in information banks (which presents the possibility of compiling all-encompassing personal information dossiers on individuals) can only serve to heighten or magnify this potential for abuse». Dans *The Right to Privacy in Quebec Law (1980)*, le professeur Glenn commentait ainsi la possibilité d'*apparier* des banques de données à caractère personnel: «The extent to which governmental activities will be thereby limited remains to be established, but it has already been suggested, for example, that information cannot be permitted to circulate freely within the different services of the administration, and can be used only for the particular purposes defined by the law authorizing its accumulation (note supprimée)». Voir S.A. COHEN, *Invasion of Privacy, Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, 60; P.H. GLENN, «The Right to Privacy in Quebec Law», dans D. Gibson, *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Carswell, 1980, 62-65.

aux conséquences sociales, politiques et économiques d'une telle décision[1154]. Il est vrai que le système parlementaire canadien n'est peut-être pas le système politique — en ce qu'il permet la confusion des pouvoirs exécutif et législatif — qui favorise le plus la participation des citoyens au processus décisionnel. Il demeure néanmoins qu'il est l'un des piliers sur lequel repose la société libre et démocratique qu'est le Canada.

Ainsi, bien que la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême du Canada aient énoncé le principe judiciaire voulant que les informations personnelles bénéficient de la protection constitutionnelle, on doit aujourd'hui faire le constat suivant : les immixtions étatiques — particulièrement les immixtions dérivées — ne contreviennent pas aux garanties constitutionnelles si aucune intrusion effective n'a eu lieu[1155]. En associant la protection constitutionnelle aux intérêts de propriété ou à la relation de confidentialité entre l'individu et le détenteur des informations personnelles , elles ont biaisé leur analyse dès le départ puisque les informations personnelles détenues par les tiers ne soulèveront que rarement des intérêts de propriété.

[1154] C. WALLACE, «De la protection des renseignements personnels à l'évaluation publique des systèmes d'information: *sine qua non* de la démocratie à l'ère informatique», dans R. CÔTÉ, et R. LAPPERRIÈRE, *Vie privée sous surveillance — La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 41.

[1155] C'est aussi la conclusion que tirait David O'Brien dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*:«Within historical perspective, the Supreme Court generally has been less receptive to recognition and protection of interests in informational privacy considering either the court's denomination and elaboration of the constitutional right of privacy, or its construction of first, fourth and fifth amendments-Protected Privacy. [...] Albeit *Katz* recognized that the Fourth Amendment protects peoples, the Court continues to rely on analysis of constitutionally protected areas and proprietary concepts when validating claims to Fourth Amendment-Protected privacy». D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 194.

Cette interprétation judiciaire restrictive a rendu exsangue la protection constitutionnelle de la composante informationnelle du droit au respect de la vie privée. C'est pourquoi nous estimons que le critère du contrôle de l'information proposé par le professeur Westin, dans son ouvrage *Privacy and Freedoms (1967)*, et adopté tant par la Cour suprême des États-Unis que par la Cour suprême du Canada, devrait être révisé[1156].

[1156] Une revue de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour suprême du Canada en cette matière nous a permis de constater que le critère du contrôle de l'information n'a pas su garantir efficacement le droit constitutionnel au respect de la vie privée dans son contexte informationnel. Aux États-Unis, la *Cour Burger (1969-1986)* a rejeté systématiquement les revendications des individus en cette matière dans les arrêts suivants: *Donaldson* c. *Donaldson*, 400 U.S. 517 (1971) (communication d'informations fiscales entre *l'Internal Revenue Service* (IRS) et l'employeur d'un individu); *California Banker's Association* c. *Schultz*, 416 U.S. 21 (1974)(obligation faite aux institutions financières de tenir un registre des transactions financières de plus de dix mille dollars); *United States* c. *Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975) (obligation faite aux institutions financières de communiquer des informations financières aux autorités gouvernementales); *Whalen* c. *Roe*, 423 U.S.1313 (1975) et *Whalen* c. *Roe*, 429 U.S. 589 (1977) (obligation faite aux professionnels de la santé de communiquer les ordonnances de substances contrôlées et les informations personnelles du bénéficiaire aux autorités gouvernementales); *Fisher* c. *United States*, 425 U.S. 391 (1976) (obligation faite à un comptable de divulguer des informations personnelles relativement à l'un de ses clients); *United States* c. *Miller*, 425 U.S. 435 (1976) (obligation faite aux institutions financières de communiquer des informations financières aux autorités gouvernementales); *Smith* c. *Maryland*, 442 U.S. 735 (1979) (enregistrement par les policiers des numéros de téléphone composés à partir d'une résidence à l'aide d'un «Pen register»). Voir aussi *United States* c. *Powell*, 379 U.S. 48 (1964). Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* s'est inscrit dans ce même sillage avec les arrêts *Plant (1993)*, *Schreiber (1998)* et *Mills (1999)*. Voir *R.* c. *Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (vérification de la consommation d'électricité par des policiers à partir d'un terminal relié directement à l'ordinateur central de la compagnie d'hydro-électricité); *Schreiber* c. *Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841 (demandes d'informations personnelles relativement à un compte bancaire situé à l'extérieur du Canada); *R.* c. *Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (ordonnance de communication d'un dossier dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel). Dans *Privacy, Law and Public Policy* (1979), David O'Brien remarquait ce qui suit: «Individuals ostensibly have no reasonable expectation of privacy under the Fourth Amendment in documents in documents that they do not own or possess. Still, corporate or bank record keeping of individuals' transactions may reveal a substantial amount of information about individuals' activities and associations». Voir D.M. O'BRIEN, *Privacy, Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 73.

Chapitre 3

La limite au droit constitutionnel au respect de la vie privée : le consentement

> We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these Rights, governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.
>
> Thomas Jefferson, Paragraphe liminaire à la *Déclaration d'indépendance* (4 juillet 1776).

Le paragraphe liminaire à la *Déclaration d'indépendance* mis en en exergue constitue indéniablement le texte le plus significatif écrit par Thomas Jefferson sinon de toute l'histoire politique et constitutionnelle des États-Unis d'Amérique[1157]. Il consacre la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le principe de la *primauté du droit*.

[1157] C'est d'ailleurs ce qu'en pensait Jefferson lui-même puisque avant sa mort, il avait donné des instructions précises quant à l'inscription devant figurer sur son épitaphe: «On the grave [...] on the face of the Obelisk the following inscription, & not a word more " Here was buried Thomas Jefferson, Author of the Declaration of American Independence, of the Statute of Virginia for religious freedom & Father of the University of Virginia». Voir *Epitaph [1826]*, dans T. JEFFERSON, *Writings — Autobiography, A Summary View of the Rights of British America, Note on the State of Virginia, Public Papers, Addresses, Messages, and Replies, Miscellany, Letters*, New York, Literary Classics of the United States, 1984, 706-707.

Tant en vertu de la doctrine libérale classique que de la *doctrine du constitutionnalisme*, la légitimité du pouvoir étatique et de l'autorité gouvernementale repose sur le consentement. La question de savoir comment un individu libre devient assujetti à l'autorité étatique constitue la question centrale de la théorie politique libérale[1158]. Le consentement, en justifiant l'obligation politique d'obéir aux lois, constitue la pierre angulaire sur laquelle reposent les démocraties libérales.

C'est là en fait, comme nous le faisions remarquer dans l'introduction, la différence fondamentale qui distingue les régimes politiques libéraux des régimes politiques totalitaires. Alors que les régimes politiques totalitaires reposent sur l'idée que les individus doivent obéir à l'État — qu'ils aient ou non consenti —, les régimes politiques libéraux supposent que les individus jouissent d'une liberté totale, laquelle liberté ne sera restreinte qu'à la suite du

---

[1158] Dans *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, Roscoe Pound rapelle l'importance de cette question au XVII[e] siècle en ces termes: «For the Seventeenth century legal and political philosophers the chief question was, how can one man or body of men get authority over other men so that these others ought to obey and may rightfully be made to obey them? On the one hand, it was argued that God had given to some men little to rule without the need of any consent. On the other hand, it was urged that little to govern was derived from the consent of the governed». Voir R. POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty (1957)*, New Haven, Yale University Press, 1957, 40-41. Voir aussi M. WALTZ, «Political obligation», dans T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, 692-693. Voir aussi I. BERLIN, *The Proper Study of Mankind — An Anthology of Essays*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1998; R.E. GOODIN et P. PETTITI (dir.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1993; G.C. MacCALLUM, *Political Philosophy*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1987; A. MacINTYRE, *After Virtue*, 2[e] éd., Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame Press, 1984; C. PATEMAN, *The Problem of Political Obligation — A Critique of Liberal Theory*, Chichester (New York), Wiley, 1979; A.J. SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1979; M. WALTZER, *Obligations — Esssays on Disobedience, War, and Citizenship*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970; I. BERLIN, *Four Essays On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969; S.I. BENN et R.S. PETERS, *The Principle of Political Thought*, New York, Free Press, 1965; G. SABINE, *A History of Political Theory*, 3[e] éd., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1961.

consentement donné par les individus[1159].

Des individus libres ne sauraient être contraints d'obéir à un dictateur dans un régime politique totalitaire ou à des lois injustes dans un régime politique libéral. Alors que la désobéissance civile — expression que l'on doit à Henry David Thoreau qui publiait un pamphlet intitulé *Resistance to Civil Government (1849)* lequel deviendra *Civil Disobedience*[1160] — constitue un moyen primitif de répudier les actions d'un régime totalitaire ou les lois injustes d'une société libérale[1161], la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* constitue le moyen juridique effectif de contrer l'arbitraire dans une démocratie constitutionnelle.

[1159] Voir généralement H. McCOUBREY, *The Obligation to Obey in Legal Theory*, Aldershot (R.-U.), Dartmouth, 1997; J. DUNN, «Consent in the Political Theory of John Locke», dans *Political Obligation in Its Historical Concept*, Cambridge, 1980; A.M. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1975; P. H. PATRIDGE, *Consent and Consensus*, New York, 1971; J.P. PLAMENATZ, *Consent, Freedom and Political Obligation*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1968.

[1160] Dans *Civil Disobedience (1849)*, Thoreau affirmait ce qui suit: «I think that we should be men first, and subjects afterward. It is not desirable to cultivate a respect for the law, so much as for the right. The only obligation which I have a right to assume, is to do at any time what I think right». Voir H.D. THOREAU, *Civil Disobedience*, New York, Quality Paperback Book, 1997, 6.

[1161] Le professeur Bedau de la Tufts University définit ainsi le concept de la désobéissance civile: «Unlawful public conduct designed to appeal to the sense of justice of the majority, in order to change the law without rejecting the rule of law. Thus non-violence and non-revolutionary intent, as well as a willingness to accept lawful punishment, are often treated as defining the conditions of civil disobedience. [...] Civil disobedience may be usefully contrasted with lawful protest (boycotts, picketing), unlawful violent disobedience, conscientious objection or passive obedience, and with testing the constitutionality of law (which typically requires a plaintiff whose standing to protest is gained by a nominal violation of the law)». Voir H.U. BEDAU, «Civil Disobedience», dans T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, 136. Voir aussi P. SINGER, *Democracy and Disobedience*, Oxford, Oxford University Press, 1973.

Le postulat fondamental sur lequel repose cette thèse, on se rappellera, est que *toute immixtion étatique dans la vie privée d'un individu effectuée sans consentement est inconstitutionnelle*. Le consentement, au sens où nous l'entendons, peut être donné expressément — il s'agit alors du *consentement individuel* — et se traduit généralement par la renonciation à un droit constitutionnel ou il peut se révéler implicitement à la suite de l'analyse de la situation examinée — il s'agit alors du *consentement communautaire* — qui se traduit généralement par l'existence d'une disposition législative spécifique ou par la reconnaissance d'une règle de *common law* par les tribunaux.

Ainsi, le consentement ne sera valide que dans la mesure où l'immixtion étatique sera conforme au consentement individuel ou communautaire. S'agissant du *consentement individuel* (1.), il ne liera son auteur qu'en autant qu'il est libre et volontaire. S'agissant du *consentement communautaire* (2.), il ne sera valide que dans la mesure où il est conforme aux paramètres prescrits par la règle de droit l'autorisant.

3.1. Le consentement individuel

Le consentement individuel est celui qui est donné expressément ou, dans certains cas, tacitement par un individu et se traduira généralement par la renonciation à un droit constitutionnel. Le consentement individuel sera généralement recherché par les agents de l'État afin d'accélérer une enquête mais aussi bien souvent, faut-il l'admettre, afin d'obvier à l'application des

garanties constitutionnelles[1162]. La première question qui se pose relativement au consentement individuel est celle qui consiste à déterminer son étendue. Si, comme nous l'indiquions, le consentement se traduira généralement par une renonciation à un droit constitutionnel, les deux concepts ne sont cependant pas identiques puisque, contrairement au consentement, la renonciation à un droit constitutionnel dépendra de la compréhension d'un individu de ses droits et de sa faculté de s'y opposer[1163].

Aux États-Unis, la *Cour Vinson (1946-1953)* a jugé, dans l'arrêt *Johnson (1948)*[1164], que l'obéissance à un ordre d'un policier ne pouvait être assimilé à un consentement libre et volontaire. Dans l'arrêt *Schneckloth (1973)*[1165] , la *Cour Burger (1969-1986)* consacrera toutefois le principe judiciaire voulant que le consentement individuel puisse se dégager de *l'ensemble des circonstances* sans qu'il soit nécessaire que le ministère public fasse la démonstration que l'individu connaissait ses droits ou qu'il ait été avisé de la possibilité qu'il puisse refuser[1166]. L'appréciation de la constitutionnalité du consentement dépendra

---

[1162] Voir W.R. LaFAVE, *Search and Seizure — A Treatise on the Fourth Amendment*, 3e éd., St-Paul (Minn.), West Publishing, 1996, vol. 3, 597.

[1163] Dans l'arrêt *Johnson (1938)*, la *Cour Hughes (1930-1941)* a défini la renonciation à un droit constitutionnel de la façon suivante: «an intentional relinquishment or abandonment of a known right or privilege». Voir *Johnson c. Zerbst*, 304 U.S. 458, 464 (1938) (j. Black).

[1164] *Johnson c. United States*, 333 U.S. 10 (1948).

[1165] *Schneckloth c. Bustamonte*, 412 US 218 (1973).

[1166] Ce critère de l'ensemble des circonstances, on le verra, se généralisera sous la Cour *Burger (1969-1986)* et encore davantage sous la *Cour Rehnquist (1986-)* au point de constituer une méthode d'interprétation des droits constitutionnels. En ce qui a trait au consentement, la question qui se posait était celle de savoir s'il fallait apprécier le consentement en fonction de l'appréciation subjective de l'individu l'ayant donné ou encore en fonction de la croyance subjective des policiers. C'est dans *Schneckloth (1973)* que la Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question en statuant que la détermination de la validité constitutionnelle d'un consentement procédait de la considération de l'ensemble des circonstances. Voir *Schneckloth*

donc uniquement de son caractère libre[1167] et volontaire[1168]. Ainsi, on l'a vu, le fait de s'engager dans une industrie fortement réglementée — *thèse de l'industrie réglementée*[1169] — ou d'abandonner certains objets qui bénéficieraient autrement de la protection constitutionnelle peut constituer une forme de consentement tacite.

De façon générale, l'étendue du consentement sera déterminée par son objet puisque celui-ci ne sera jamais donné dans l'abstrait. Il peut viser la permission de s'immiscer dans un lieu précis — comme une résidence[1170] ou une auto[1171] — ou sur la personne de l'individu qui consent. Dans le cas où le consentement n'est ni expressément ni tacitement limité, il autorisera une immixtion générale permettant la réalisation de son objet. Lorsque le

---

c. *Bustamonte*, 412 US 218 (1973). Voir aussi *Illinois* c. *Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990); *Florida* c. *Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991).

[1167] *Johnson* c. *United States*, 333 U.S. 10 (1948).

[1168] La Cour suprême n'a pas jugé nécessaire d'expliciter son raisonnement en ce qui a trait à la distinction qu'il peut y avoir entre le consentement à une immixtion et la règle du consentement «libre et éclaré» qui a trait à la garantie constitutionnelle relative à l'équité du procès. Voir *Schneckloth* c. *Bustamonte*, 412 US 218 (1973). Dans *Escobedo (1964)*, la *Cour Warren (1953-1969)* affirmait qu'un système de justice criminelle qui se fonde sur la renonciation des individus à leurs droits constitutionnels est en bien mauvaise posture: «We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights. No system worth preserving should have to fear that if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights. If the exercise of constitutional rights will thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system». Voir *Escobedo* c. *Illinois*, 378 U.S. 478, 489 (1964) (j. Goldberg). Voir aussi *Zap* c. *United States*, 328 U.S. 624 (1946); *Davis* c. *United States*, 328 U.S. 582 (1946); *Miranda* c. *Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Bumper* c. *North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

[1169] Voir *United States* c. *Biswell*, 406 U.S. 311 (1972); *Almeida-Sanchez* c. *United States*, 413 U.S. 266 (1973).

[1170] Voir *United States* c. *Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

[1171] Voir *Schneckloth* c. *Bustamonte*, 412 US 218 (1973).

consentement est limité, l'autorité de l'État sera restreinte à cette limitation[1172] et les objets saisis, à moins que l'on puisse justifier l'application de la doctrine de l'objet bien à la vue, doivent comporter un lien rationnel avec l'objet du consentement. S'appuyant sur plusieurs décisions de tribunaux américains d'instance inférieure, le professeur LaFave affirme que le consentement peut être retiré à tout moment et les objets saisis en vertu de celui-ci devront être retournés à l'individu[1173]. L'absence d'opposition d'un individu à une immixtion ne signifie pas qu'il a implicitement consenti à l'immixtion. Ainsi, on ne saurait justifier une recherche à l'aveuglette sur la base d'un consentement individuel[1174].

Plusieurs critères permettront de juger la constitutionnalité d'un consentement à une immixtion de l'État. Certains — comme la démonstration d'autorité[1175], l'exercice d'une contrainte psychologique et les représentations illégales[1176] — favoriseront la conclusion que le consentement n'a pas été

[1172] À titre d'illustration, dans l'arrêt *Jimeno (1991)*, le juge en chef Rehnquist affirmait ce qui suit: «It is very likely unreasonable to think that a suspect, by consenting to a search of his trunk, has agreed to the breaking open of a locked briefcase within the trunk [...]». Voir *Florida* c. *Jimeno*, 500 U.S. 248, 252 (1991); *Ohio* c. *Robinette*, (n° 95-891) (18 novembre 1996).

[1173] Voir W.R. LaFAVE, *Search and Seizure — A Treatise on the Fourth Amendment*, 3e éd., St-Paul (Minn.), West Publishing, vol. 3, 631.

[1174] Voir *Arizona* c. *Hicks*, 480 U.S. 321 (1987) (le consentement d'entrer dans une résidence pour observer d'où provenaient les projectiles d'une arme à feu n'autorise pas les policiers à vérifier le numéro de série d'une chaîne stéréophonique).

[1175] Voir *Bumper* c. *North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968) (perquisition d'une résidence à la suite de la déclaration des agents de police qu'ils étaient en possession d'un mandat de perquisition valide). Voir aussi *Amos* c. *United States*, 255 U.S. 313 (1921); *Go-Bart Importing Co.* c. *United States*, 282 U.S. 344 (1931); *Johnson* c. *United States*, 333 U.S. 10 (1948).

[1176] Voir *Wong Sun* c. *United States*, 371 U.S. 471 (1963) (une immixtion fondée sur un consentement qui résulte d'une action illégale des agents de la paix est inconstitutionnelle); *Florida* c. *Royer*, 460 U.S. 491(1983) (une immixtion à la suite d'une détention illégale qui visait à forcer un consentement est inconstitutionnelle); *Brown* c. *Illinois*, 422 U.S. 590 (1975)(la mise en

donné librement alors que d'autres — comme le refus antérieur de consentir à une immixtion[1177], la confession libre et volontaire, la mise en garde[1178] — induiront la conclusion contraire. D'autres facteurs — comme la détention[1179], l'état mental ou psychologique de l'individu[1180] et même les fausses représentations faites par les agents de l'État[1181] — pourront aussi être considérés mais ne seront pas en eux-mêmes concluants quant à la détermination de la validité constitutionnelle du consentement. Le

---

garde n'est pas un facteur déterminant quant à l'appréciation de la constitutionnalité d'une immixtion sur la personne d'un détenu).

[1177] Voir *Edwards* c. *Arizona*, 451 U.S. 477 (1981) (le refus antérieur d'un individu à consentir à une immixtion n'est pas déterminant quant à la validité d'un consentement subséquent).

[1178] Voir *Kirby* c. *Illinois*, 406 U.S. 682 (1971); *Massiah* c. *United States*, 377 U.S. 201 (1964); *Brewer* c. *Williams*, 430 U.S. 387 (1977); *United States* c. *Ash*, 413 U.S. 300 (1973); *Crooker* c. *California*, 357 U.S. 433 (1958).

[1179] Voir *United States* c. *Watson*, 423 U.S. 411 (1976)(bien que non déterminante en elle-même, la détention favorise la conclusion que le consentement n'est pas volontaire); *United States* c. *Mendehall*, 446 U.S. 544 (1980) (une immixtion dans les bagages d'un individu dans un bureau du FBI situé dans un aéroport est constitutionnelle).

[1180] *Voir Schneckloth* c. *Bustamonte*, 412 US 218 (1973)(l'appréciation du caractère volontaire du consentement à une immixtion doit tenir compte des capacités intellectuelles d'un individu); *United States* c. *Mendehall*, 446 U.S. 544 (1980)(un élève de vingt-deux ans possède les capacités intellectuelles nécessaires pour donner un consentement libre et volontaire); *Colorado* c. *Conelly*, 479 U.S. 157 (1986)(l'incompétence d'un individu à subir son procès n'est pas nécessairement déterminante quant à la validité de son consentement à une immixtion).

[1181] Le consentement obtenu à la suite de fausses déclarations d'un agent double ou un informateur de police participe à la théorie du risque et la preuve ainsi recueillie est admissible en preuve. Ainsi, la personnification d'un criminel ou l'omission de s'identifier comme agent de la paix ne constitue pas une action viciant le consentement. Voir *On Lee* c. *United States*, 343 U.S. 747 (1957) (l'enquête d'un agent double dans le commerce d'un individu ne constitue pas une immixtion illégale en ce que la règle de *common law* relative à l'invitation tacite autorisait l'agent de l'État à entrer dans ce commerce); *Lopez* c. *United States*, 373 U.S. 427 (1963) (le consentement obtenu à la suite de fausses représentations d'un agent de l'*IRS* est constitutionnel); *Hoffa* c. *United States*, 385 U.S. 293 (1966)(la déclaration incriminante que Jimmy Hoffa a faite à un officier des *Teamsters* devenu indicateur de police est constitutionnelle); *Lewis* c. *United States*, 385 U.S. 206 (1966) (l'invitation d'un individu à un agent double de pénétrer dans son domicile afin d'y commettre une transaction illégale est constitutionnelle); *Osborn* c. *United States*, 385 U.S. 323 (1966)(une autorisation judiciaire préalable avait été obtenue avant la surveillance de la communication à l'aide d'un micro-émetteur).

consentement donné par une tierce partie a été jugé constitutionnel dans la séquence d'arrêts *Matlock (1974) — Rodriguez (1990)*[1182]. Dans l'arrêt *Matlock (1974)*[1183], la *Cour Burger (1969-1986)* a aussi statué qu'une personne cohabitant avec une autre peut consentir à une immixtion étatique même si elle n'était pas la propriétaire ou la locataire des lieux. Un co-utilisateur d'un objet peut en autoriser la fouille[1184], mais le propriétaire d'un hôtel[1185] ou le locateur d'un immeuble[1186] ne peut consentir à une immixtion dans un lieu occupé par autrui.

La *Cour Rehnquist (1986-)*, faut-il le rappeler, a étendu encore davantage la portée du consentement en statuant, dans les arrêts *Von Raab (1989)*[1187], *Skinner (1989)*[1188] et *Vernonia (1996)*[1189], que les analyses d'échantillons de substances corporelles effectuées dans le cadre d'un emploi ou d'une compétition sportive organisée par des écoles publiques étaient conformes aux garanties constitutionnelles protégeant le droit au respect de la vie privée. Une autre application de ce principe judiciaire est illustrée par la *doctrine de l'objet abandonné* selon laquelle l'abandon libre et volontaire d'un objet par un individu équivaudrait à une renonciation de ses attentes en matière de vie privée. Dans l'arrêt *Greenwood (1988)*[1190], la *Cour Rehnquist (1986-)* a statué

[1182] *Illinois* c. *Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

[1183] *United States* c. *Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

[1184] *Frazier* c. *Cupp*, 394 U.S. 731 (1969).

[1185] *Stoner* c. *California*, 376 U.S. 483 (1964).

[1186] *Chapman* c. *United States*, 365 U.S. 610 (1961).

[1187] *National Treasury Employee Union* c. *Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).

[1188] *Skinner* c. *Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602 (1989).

[1189] *Vernonia School District 47J* c. *Acton*, (n° 94-590)(26 juin 1996).

[1190] *California* c. *Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988). Voir aussi *California* c. *Rooney*, 483 U.S. 307 (1987) (perquisition dans les détritus situés dans un espace commun); *Smith* c. *Ohio*, 494 U.S.

que les détritus placés sur la voie publique ne bénéficient d'aucune attente en matière de vie privée puisqu'en les abandonnant sur la voie publique, l'individu avait implicitement renoncé à ses attentes en matière de vie privée.

Au Canada, la *Cour Lamer (1990-2000)* semble avoir avalisé, quoiqu'en *obiter*, ce concept de l'abandon de l'objet dans l'arrêt *Stillman (1997)*[1191], où il s'agissait de déterminer si le prélèvement d'un papier-mouchoir qui contenait des mucosités d'une personne détenue était conforme aux garanties constitutionnelles. S'exprimant pour la majorité, le juge Cory faisait une distinction entre les situations où l'individu est détenu et les situations où il ne l'est pas. Considérant qu'il est pratiquement impossible pour une personne incarcérée de ne pas consentir à fournir des échantillons de substances corporelles, le concept de l'abandon peut difficilement être invoqué. Cette protection constitutionnelle, affirme-t-il en *obiter*, ne s'appliquerait pas aux

---

541 (1990) (l'éloignement d'un objet incriminant pour éviter qu'il ne soit découvert par un policier lors d'une fouille ne constitue pas un «abandon» permettant la saisie sans mandat).

[1191] *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le ministère public a tenté de distinguer une situation où l'échantillon de substances corporelles est prélevé à la suite d'un évènement délibérément provoqué par la police de la situation où l'échantillon a été obtenu «par hasard», à la suite d'un évènement purement fortuit ou imprévu. Le juge Cory soulevait ainsi la difficulté que pose cet argument dans un contexte où la personne de qui provient les échantillons de substances corporelles est détenue: «La difficulté que pose cet argument, c'est que, lorsqu'un accusé est détenu, la production d'échantillons de substances corporelles n'a rien d'imprévu. Elle est simplement la conséquence inévitable du fonctionnement normal du corps humain. Les policiers ne sont capables de profiter de cette production d'échantillons que parce que l'accusé est constamment sous leur surveillance. C'est pourquoi il est quelque peu trompeur de parler d'«abandon» dans le contexte d'un élément de preuve obtenu auprès d'un accusé détenu». Les juges L'Heureux-Dubé, en dissidence, et les juges McLachlin et Major opinaient que l'échantillon de mucosités sur le papier-mouchoir recueilli alors que l'accusé était incarcéré n'avait pas été obtenu en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne*: «étant donné que l'appelant ne pouvait invoquer aucun droit à la vie privée relativement à cet échantillon» et que «l'appelant avait abandonné tout droit à la vie privée qu'il pouvait avoir relativement à ce papier-mouchoir». Voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 647 (j. Cory), 694 (j. L'Heureux-Dubé), 722-723 (j. McLachlin).

personnes non détenues[1192].

Dans l'arrêt *Dedman (1985)*[1193], s'exprimant pour la majorité, le juge Le Dain a indiqué que l'obéissance à un ordre donné par un policier ne pouvait pas être assimilé à un consentement. Mais c'est dans l'arrêt *Mellenthin (1992)*[1194] que la *Cour Lamer (1990-2000)* a établi le principe judiciaire relativement à la validité d'un consentement dans le contexte d'une immixtion étatique. Pour que le consentement soit valide, l'individu qui le donne doit être en mesure d'empêcher l'immixtion en refusant de le donner. À l'instar de la norme appliquée lorsqu'il est question de l'admissibilité d'un aveu[1195], le critère approprié pour déterminer si un individu a consenti à ce que l'État prenne quelque chose lui appartenant est celui du caractère volontaire.

[1192] C'est là du moins la conception qu'exprimait le juge Cory qui affirmait ce qui suit: «Par conséquent, lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement. La situation est différente lorsqu'un accusé qui est détenu jette des objets contenant des substances corporelles. Il est évident qu'un accusé en détention ne peut pas empêcher les autorités de s'emparer de ces objets. La question de savoir si la situation était telle que l'accusé a abandonné les objets et renoncé à tout droit à ce qu'ils demeurent confidentiels devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire». Voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 648 (j. Cory).

[1193] Le juge Le Dain affirmait ce qui suit: «À mon avis, l'obéissance de l'appelant au signal d'arrêt de change rien à cette question. Nul ne devrait être privé d'invoquer que le policier n'avait pas le pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* de demander ou d'ordonner quelque chose parce qu'elle a obéi, s'il n'y a pas eu d'indications claires de la part du policier que la personne est libre de refuser d'obéir. À cause de la nature intimidante des actes de la police et de l'incertitude quant à l'étendue de ses pouvoirs, on ne peut considérer comme volontaire, au vrai sens du terme, l'obéissance à un ordre dans de telles circonstances». Voir *Dedman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 2, 29

[1194] *R. c. Mellethin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

[1195] Voir généralement *Clarkson c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Leduc*, [1989] 1 R.C.S. 1586; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Dans les arrêts *Borden (1994)*[1196] et *Colarusso (1994)*[1197], la *Cour Lamer (1990-2000)* a établi le principe judiciaire — que nous qualifions de *principe de la limitation de l'objet du consentement* — selon lequel la constitutionnalité du consentement est limitée à son objet. Dans *Colarusso (1994)*[1198], elle a statué qu'un individu peut consentir à un prélèvement de substances corporelles à certaines fins précises seulement et que l'utilisation de cette preuve à d'autres fins devient alors inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Borden (1994)*[1199], le juge en chef Lamer affirmait qu'en l'absence d'une disposition législative non équivoque autorisant l'État à s'immiscer dans la vie privée des individus, «la légalité de la fouille ou de la perquisition dépend du consentement de l'accusé». C'est donc dire qu'en l'absence d'un consentement, l'immixtion étatique dans la vie privée des individus est inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Borden (1994)*[1200], le juge Iacobucci, affirmait que les conditions énoncées dans *Mellenthin (1992)*[1201] ne constituaient pas nécessairement un énoncé exhaustif

---

[1196] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

[1197] *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

[1198] La majorité de la Cour était composée des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si, dans un cas où un échantillon de substances corporelles est saisi légalement par un représentant de l'État agissant dans un contexte de droit administratif, l'appropriation de cet échantillon par un agent de l'État agissant dans un contexte du droit criminel, constituait une saisie abusive. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest rappelait qu'il n'est pas nécessaire qu'un échantillon de substances corporelles soit pris directement à l'individu pour qu'il y ait saisie justifiant que soit invoquée la protection offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne*. Ainsi s'exprimait-il: «[...] la police a saisi de l'information mettant en jeu l'intégrité physique d'un particulier, qui ne pouvait pas être obtenue initialement qu'avec le consentement de celui-ci ou, par la suite, en vertu d'une loi pour les fins limitées envisagées par cette loi. Voilà en fait la raison fondamentale de la protection qu'accorde l' art. 8; il faut donc se garder de trop insister sur les aspects purement physiques de la saisie». Voir *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, 60.

[1199] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

[1200] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

[1201] *R. c. Mellethin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

des conditions générales de validité d'un consentement à une immixtion étatique. En plus du caractère volontaire, le ministère public doit démontrer que la personne qui renonce à un droit constitutionnel est en mesure d'apprécier les conséquences de son consentement[1202]. L'utilisation d'un subterfuge pour obtenir un consentement dépasse l'étendue du consentement donné par un individu.

Dans *Evans (1996)*[1203] s'est posée la question de savoir si des policiers, après avoir conduit infructueusement une enquête qui comportait la vérification des casiers judiciaires, la consommation d'électricité et un examen visuel des abords d'une résidence, pouvaient se prévaloir d'un pouvoir de la *common law* qui leur permettait de s'approcher de la résidence et d'y frapper. S'exprimant pour lui même et pour les juges Cory et Iacobucci, le juge Sopinka, a conclu qu'il existait une règle de *common law* — la règle de l'invitation implicite — qui permettait aux membres du public, y compris les policiers, de s'approcher de la porte d'une résidence d'un individu et d'y frapper. Cette invitation tacite, à moins d'être retirée expressément, constitue une renonciation effective au droit à la vie privée. Dans l'arrêt *Godbout (1997)*[1204],

---

[1202] Dans l'arrêt *Borden (1994)*, le juge Iacobucci affirmait ce qui suit: «Pour que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre mais aussi qu'elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile». Voir *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, 162.

[1203] *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8. Voir *contra Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2.

[1204] Dans cette affaire, la *Cour Lamer (1990-2000)* s'est penchée sur la question de savoir si l'engagement d'un individu de résider sur le territoire d'une municipalité constituait une renonciation à ses droits constitutionnels. Après avoir rappelé qu'il était possible, dans certains contextes, de renoncer à certains droits constitutionnels, le juge La Forest a conclu qu'en l'espèce il ne pouvait y avoir de renonciation puisque l'individu n'avait pas d'autres choix que de se plier

la *Cour Lamer (1990-2000)* a conclu, après avoir rappelé qu'un individu pouvait renoncer à certains de ses droits constitutionnels, qu'un engagement pris sous la contrainte ne peut constituer une renonciation valide à un droit constitutionnel.

En somme, tant aux États-Unis qu'au Canada, pour être valide, le consentement individuel doit être libre et volontaire. Toutefois, avec la séquence d'arrêts *Borden (1994) — Godbout (1997)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* s'est distancée du principe judiciaire établi par la *Cour Burger (1969-1986)* dans l'arrêt *Schneckloth (1973)*[1205] en exigeant que celui qui donne son consentement à une immixtion soit en mesure d'apprécier les conséquences de sa décision. Il faut admettre cependant que dans les sociétés modernes, rares sont les cas où l'autorité de l'État de s'immiscer dans la vie privée des individus découle de leur consentement exprès; elle reposera généralement sur une règle de droit qui consacre ce que nous avons qualifié de consentement communautaire.

3.2. Le consentement communautaire

Dans notre système politique, le consentement communautaire se traduit essentiellement par la constatation de l'existence d'une règle de droit ou par la reconnaissance d'une règle de *common law* par les tribunaux. Il s'appuie

---

à cette obligation de résidence s'il voulait obtenir son statut d'employé permanent de la municipalité. Or il est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable. Voir *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844, 896.

[1205] *Schneckloth c. Bustamonte*, 412 US 218 (1973).

sur les origines, les traditions constitutionnelles — dont les préceptes sont consacrés dans les constitutions et dans les traités du droit international — ainsi que par la doctrine libérale en vertu de laquelle l'individu préexiste l'État et que ses droits fondamentaux ne découlent pas de leur reconnaissance par un État ou par une organisation internationale mais repose sur les attributs de la personne humaine.

La doctrine libérale justifie l'obligation d'obéir aux lois par deux approches conceptuelles. Le premier modèle est ce que le professeur Bickel a qualifié, dans son ouvrage posthume intitulé *The Morality of Consent (1975)*[1206], de modèle libéral contractuel («liberal contractarian model»), selon lequel l'obédience d'un individu à l'État repose sur la doctrine du contrat social qui intervient entre les individus et l'État. Le contrat social puise sa source dans le consentement donné par les individus à la communauté qui est seule souveraine. Cependant, si les dirigeants de la communauté violent ce consentement ou ne respectent pas la volonté collective, celle-ci peut retirer son consentement. De fait, le rôle de l'État, constitué par la volonté de tous, consiste à assurer les droits subjectifs préconstitués dès l'état de nature. Autrement dit, le rôle de l'État consiste à préserver les droits naturels des individus. La pensée de John Locke[1207] et celle de Thomas Jefferson[1208]

[1206] A.M. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1975.

[1207] J. LOCKE, *Two Treatises of Governments*, P. LASLETT (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1960.

[1208] Né à Shadwell, Albemarle County (Virginie) le 13 avril 1743, Thomas Jefferson est décédé à Monticello (Virginie) le 4 juillet 1826, jour de l'indépendance des États-Unis d'Amérique. Écrivain politique(«political theorist»), juriste et troisième Président des États-Unis, il a exercé une influence considérable sur le développement du droit constitutionnel. Son *Aperçu sommaire des droits de l'Amérique britannique (1774)* — dont l'original s'intitule *A Summary View of the Rights*

exemplifient cette approche conceptuelle. Le second modèle qui est à la base de la doctrine libérale est ce que le professeur Bickel a qualifié de *Whig Model*. Selon ce *modèle whig*, qu'il qualifie aussi de modèle pragmatique, l'obédience d'un individu à l'État se justifie par sa nécessité; le consentement

---

of British America (1774) — dans lequel il rejetait l'autorité britannique en Amérique lui vaudra, en Grande-Bretagne, la proscription, et aux États-Unis, l'honneur de rédiger la *Déclaration d'indépendance (1776)*. Empiriste, sa philosophie politique épousait l'idée du contrat social de John Locke. En France, où il séjourna en 1789, il était plus près, dit-on, de Condorcet que de Rousseau ou Montesquieu. Mais c'est surtout son idéalisme humanitaire qui exercera la plus grande influence sur l'idéologie américaine et plus particulièrement sur Walter Whitman et Henry David Thoreau. Ses idées sur le fédéralisme et sur le rôle des juges contrastaient avec celles d'Alexander Hamilton, John Marshall et Joseph Story. Dans les *Résolutions du Kentucky et de la Virginie de 1798-1799*, Jefferson et James Madison ont soulevé la question de la légitimité du pouvoir de contrôle de la Cour suprême sur la constitutionnalité des lois. Selon eux, permettre à la Cour suprême, qui est une création de la Constitution, d'invalider les lois des États serait de faire «its discretion and not the Constitution the measure of powers». Jefferson croyait même que si le gouvernement fédéral s'arrogeait législativement un pouvoir qui ne lui était pas expressément conféré par la Constitution, les États avaient le pouvoir de déclarer cette loi inconstitutionnelle. Après la fin du mandat présidentiel en 1809 — il a été Président de 1801 à 1809 —, il critiquera sévèrement la *Cour Marshall (1801-1836)* et plus particulièrement les deux décisions — *Marbury c. Madison (1803)* et *McCulloch c. Maryland (1819)* — qui établissaient son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Dans sa correspondance privée, Jefferson soulèvera plusieurs fois la question de la légitimité du pouvoir de contrôle de la Cour suprême sur la constitutionnalité des lois. Cette inquiétude sera reprise par le Président Andrew Jackson, par le Président Franklin Delanoe Roosevelt et par les critiques de l'approche activiste prise par la Cour suprême. En fait, Thomas Jefferson abhorrait l'activisme judiciaire et était un partisan de la retenue judiciaire. La lettre qu'il adressait au juge Spence Roane le 6 septembre 1819 est particulièrement révélatrice de sa conception du rôle du pouvoir judiciaire: «The constitution, on this hypothesis [qu'elle fasse l'objet de l'interprétation des juges] is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please. It should be remembered, as an axiom of eternal truth in politics, that whatever power in any government is independent, is absolute also; in theory only, at first, while the spirit of the people is up, but in practice, as fast as that relaxes. Independence can be trusted nowhere but with the people in mass. They are inherently independent of all but moral law». Voir Lettre au Juge Spencer Roane — *Limits to Judicial Review*, dans T. JEFFERSON, *Writings — Autobiography, A Summary View of the Rights of British America, Notes on the State of Virginia, Public Papers, Addresses, Messages, and Replies, Miscellany, Letters*, New York, The Library of America, 1984, 1426. Voir aussi R.E. ELLIS, «Jefferson, Thomas», dans K.L. HALL (dir.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 447-448; K. HANSON, «Jefferson, Thomas», dans T. HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, 428; A. REY, «Jefferson (Thomas)», dans P. ROBERT (dir.), *Dictionnaire universel des noms propres — alphabétique et analogique (Le Petit Robert 2)*, 5e éd., Paris, SNL — Le Robert, 1981, 951.

doit donc être imputé tacitement de certaines actions ou certaines omissions d'agir des individus, autrement la société ne pourrait fonctionner adéquatement. La pensée de Thomas Hobbes[1209] et celles de David Hume et d'Edmund Burke participent à cette vision.

Bien que nous estimons que le *modèle libéral contractuel* reflète mieux l'idéologie libérale classique et, surtout peut-être, l'intention originelle du *constituant* américain, cette distinction — entre le *modèle libéral contractuel* et le *modèle whig* — devient superfétatoire dans la mesure où la doctrine du *constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* constituent le véritable fondement du consentement dans une démocratie constitutionnelle. Nous examinerons, en premier lieu, la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* (a) puis, en second lieu, nous tenterons d'étayer la proposition voulant que la méthode analytique fondée sur les attentes raisonnables — adoptée tant par la Cour suprême du Canada que par la Cour suprême des États-Unis — soit inadéquate en ce qu'elle n'assure pas une protection efficace du droit constitutionnel au respect de la vie privée (b).

(a) La doctine du constitutionnalisme et le principe de la primauté du droit

Si la Cour suprême du Canada associait pour la première fois, dans l'arrêt *Caslake (1998)*[1210], le caractère limité des immixtions étatique avec le *principe de la primauté du droit*, c'est dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*

[1209] T. HOBBES, *Leviathan*, R. TUCK (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

[1210] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

(1998)[1211], qu'elle évoquait, en s'y référant explicitement, la *doctrine du constitutionnalisme*. Dans ce dernier arrêt, la *Cour Lamer (1990-2000)* indiquait que quatre principes constitutionnels fondamentaux ressortent de la *Constitution* : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit et le respect des minorités.

Ces principes fondamentaux doivent guider l'interprétation de l'étendue des droits et obligations des individus[1212] ainsi que le rôle des institutions politiques[1213]. L'architecture interne de la *Constitution* — la «structure constitutionnelle fondamentale» pour reprendre l'expression de la Cour[1214] — nécessite une interprétation symbiotique des règles et des principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution[1215] et, par ce fait même, la

---

[1211] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Voir aussi G.-A. BEAUDOIN, «La constituionnalisation de l'ordre juridique», dans Institut de droit comparé de l'Université McGill, *Droit contemporain 1998*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999, 399; F. CHEVRETTE, «Les trois visages du constitutionnalisme canadien» (1986) 20 *Revue juridique Thémis* 505.

[1212] Dans le *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution (1981)*, la *Cour Laskin (1973-1984)* a affirmé que ces principes constitutionnels sous-jacents peuvent donner naissance à des obligations abstraites ou générales, ou à des obligations spécifiques et précises. Voir *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 845. Voir aussi *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 249-250; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 752.

[1213] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 248.

[1214] Cette expression provient de l'arrêt *S.E.F.P.O. c. Ontario (P.G.)*, [1987] 2 R.C.S. 2, 57.

[1215] C'est incidemment en considérant la nécessité de procéder à une interprétation symbiotique des règles et des principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution que la *Cour Lamer (1990-2000)* a rejeté l'argument voulant qu'on puisse légitimement obvier à l'application des garanties constitutionnelles en s'appuyant sur la volonté populaire exprimée lors d'un scrutin général ou d'un référendum puisque la *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* sont des principes indispensables à la démocratie. La *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* vise à reconnaître spécifiquement la protection des droits et libertés fondamentaux des individus, la protection des groupes minoritaires et la répartition des pouvoirs étatiques dans un système fédéral et constituent, de ce fait, l'assise de la démocratie constitutionnelle canadienne. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec (1998)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* affirmait ce qui suit: «Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en

démocratie[1216]. Après avoir rappelé que la *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* sont à la base de notre système de gouvernement et de notre système démocratique, la *Cour Lamer (1990-2000)* a jugé nécessaire de distinguer les deux concepts en affirmant qu'il ne sont pas identiques[1217].

Alors que la *doctrine du constitutionnalisme*, consacrée au Canada par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exigerait que les actes du gouvernement soient conformes à la *Constitution*, la règle de droit «est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale»[1218]. De fait, le principe de la primauté du

---

exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires». Voir *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 259-161.

[1216] En plus d'exprimer la volonté souveraine du peuple, le principe de la démocratie sur lequel repose la *Constitution* constitue également, pour reprendre l'expression de la Cour, l'adhésion collective aux valeurs institutionnelles — qui se traduit par la représentation politique dans un Parlement agissant dans les limites de sa compétence —, une valeur fondamentale protégée par la Constitution. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* affirmait ce qui suit: «L'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale de notre conception d'une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en oeuvre. Pour être légitime, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques». Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 255-56.

[1217] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* adoptait cette proposition en ces termes: «Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes des gouvernements soient conformes à la Constitution». Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 258.

[1218] *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 805-806.

droit consacre la stabilité du système juridique en fournissant un rempart contre l'arbitraire de l'État[1219] et forme ce que la Cour a qualifié — dans le *Renvoi sur la sécession du Québec (1998)*[1220] — de «principes d'une profonde importance constitutionnelle et politique». Nous en convenons.

Cependant, tout en respectant l'opinion de la *Cour Lamer (1990-2000)*, nous n'estimons pas nécessaire d'apporter cette distinction entre ces deux concepts puisque le principe de la primauté du droit a été expressément incorporé dans le préambule de la *Charte canadienne*. Et même s'il ne l'avait pas été, comme le soulignait si justement la *Cour Lamer (1990-2000)* dans le *Renvoi sur la sécession du Québec (1998)*[1221], c'est un truisme que d'affirmer que la *Constitution* comprend tant des règles écrites que des règles non écrites[1222]. Parmi ces règles constitutionnelles non écrites se trouve

---

[1219] Le principe de la primauté du droit assure la stabilité du système juridique. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998), la *Cour Lamer (1990-2000)* affirmait ce qui suit: «À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État». Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (1985)*, la *Cour Dickson (1984-1990)* avait souligné que la règle de la primauté du droit comportait deux éléments: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers et l'exigence de «[...] la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif». Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (1997)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a adopté un troisième aspect, soit celui qui veut que «l'exercice de tout pouvoir public doit tirer sa source d'une règle de droit». Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 257; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 747-752; *Renvoi relatif à la rénumération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 34.

[1220] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

[1221] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

[1222] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 239. Dans *Roncarelli c. Duplessis (1959)*, le juge Rand affirmait que: «[...] the rule of law is a fundamental postulate of our constitutional structure». Voir *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 122, 142.

incontestablement celle voulant que l'on respecte le principe de la légalité ou, selon l'expression consacrée, la «rule of law». Cette distinction devient superfétatoire dans la mesure où tant la *doctrine du constitutionnalisme*[1223] et son corollaire, le *principe de la primauté du droit*[1224], réfèrent aux mêmes notions[1225], c'est-à-dire la limitation des pouvoirs étatiques — en consacrant la subordination de l'État à la loi — (*1.*) et le contrôle judiciaire des activités étatiques (2.).

[1223] Considérant la *doctrine du constitutionnalisme* aux États-Unis, le professeur Herman Belz définissait ainsi cette notion: «Constitutionalism is a form of political thought and action that seeks to prevent tyranny and to guarantee the liberty and rights of individuals on which free society depends. This definition, drawn mainly from English and American political history, may be compared with a more formalistic view that regards constitutionalism as the conduct of politics in accordance with a constitution.The import of this definition depends on the meaning of constitution, a term that has been variously interpreted in western political thought. During the American Revolution, Americans conceived of a constitution as the permanent, binding, and paramount political law of the polity. Although this theoretical innovation did not end all controversy over the meaning of the concept, it generally caused constitutionalism to be defined thereafter as the forms, principles, and procedures of limited government». Voir H. BELZ, «Constitutionalism» , dans K. HALL (dir.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 190-191.

[1224] Traditionnellement, le principe de la légalité («rule of law») — et son corollaire le principe de la souveraineté parlementaire — consacrait l'assujettissement effectif du Roi à l'autorité parlementaire ou, en d'autres termes, l'assujettissement du pouvoir royal au droit ordinaire. Pour Dicey, dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)*, le principe de la légalité signifiait essentiellement trois choses: la limitation des pouvoirs arbitraires et discrétionnaires du Roi ou de ses mandataires, l'égalité de tous devant la loi et la subordination de l'État aux tribunaux ordinaires et, finalement la protection des libertés individuelles. Or les caractéristiques fondamentales de la *doctrine du constitutionnalisme* ne sont-elles pas incidemment la subordination de l'État à la loi et à la Constitution et le reconnaissance du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois? Voir A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9e éd., Londres, MacMillan and Co., 1952, 184-205. Voir aussi H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 689.

[1225] Dans son ouvrage intitulé *Droit constitutionnel — Principes (1993)*, le professeur Tremblay de l'Université de Montréal affirmait cette conception en ces termes: «Le principe [de la suprématie de la loi] prend toute son importance lorsqu'on l'applique aux organes de l'État: il exprime surtout, en pratique, la soumission de l'Administration à la loi et à la Constitution ainsi que le contrôle judiciaire de l'exercice par l'Administration des pouvoirs que la loi lui confère». Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 99. Voir aussi H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 693.

1. La limitation des pouvoirs étatiques

Garantie contre l'arbitraire, la *doctrine du constitutionnalisme* et le *principe de la primauté du droit* exige que l'État agisse conformément à la loi et qu'il n'exerce que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par celle-ci[1226]. Trois corollaires se dégagent de ce principe fondamental qui consacre la limitation des pouvoirs étatiques. Le premier corollaire de ce principe est l'exigence de la précision de la loi qui veut que les lois renferment des normes prédéterminées et publiées à l'avance(*1.1*). Le deuxième corollaire à ce principe est la reconnaissance du caractère limité des immixtions étatiques (*1.2.*). Enfin, le troisième corollaire à ce principe est consacré par l'article 26 de la *Charte canadienne* et par le Neuvième amendement à la *Constitution* américaine selon lesquels les droits innomés bénéficient de la protection constitutionnelle (*1.3.*).

1.1. L'exigence de la précision de la loi et la doctrine constitutionnelle de l'imprécision

L'étude de l'exigence de la précision de la loi et de la doctrine constitutionnelle de l'imprécision dépasserait largement le cadre de cette thèse[1227]. Qu'il suffise cependant de mentionner que la publicité et la diffusion

---

[1226] Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 107. Voir aussi R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., tome I, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, 296-297.

[1227] Voir généralement A. JODOUIN, «La Charte canadienne et la nouvelle légalité», dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1995; S. BEAULAC, «Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision: partie d'une précaire dynamique globale de la *Charte*» (1995) 55 *Revue du Barreau* 257; P. GARANT, «L'imprécision en droit administratif et en droit constitutionnel» (1993) 4 *National Journal of Constitutional Law* 75; L. HUPPÉ, «La fonction des lois et la théorie de l'imprécision» (1992) *Revue du Barreau* 831; D. STUART, «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990) 77 *Criminal Reports* (3e) 101; G.T. TROTTER, «LeBeau — Toward a Canadian

des lois constituent un rempart contre l'exercice arbitraire des pouvoirs étatiques en ce qu'elles visent à garantir que les individus connaissent clairement l'étendue des normes juridiques et des obligations qui en découlent afin qu'ils puissent gouverner leurs conduites en conséquence. Cet aspect de la primauté du droit a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans plusieurs arrêts[1228] et consacré par la *Cour Lamer (1990-2000)* dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical (1992)*[1229].

1.2. Le caractère exceptionnel des immixtions étatiques

La préservation des droits fondamentaux constitue, on l'a vu, un aspect essentiel de la *doctrine du constitutionnalisme* et de son corollaire le *principe de la primauté du droit*. Elle impose des limites à la capacité de l'État de s'immiscer dans la vie privée des individus, notamment, à titre d'illustration, aux policiers qui ne sauraient agir à l'encontre ou en l'absence d'une loi. C'est dans *Eccles (1974)*[1230] que la *Cour Laskin (1973-1984)* a considéré, pour l'une des

---

Vagueness Doctrine» (1988) 62 *Criminal Reports* (3e) 183; C. ROGERSON, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter», dans R.J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 233; J.C. JEFFRIES Jr., «Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes» (1985) 71 *Virginia Law Review* 189.

[1228] Voir généralement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; ; *Irwin Toys Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. Lepage*, [1999] 2 R.C.S. 744. Voir aussi *Montréal (Ville) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368.

[1229] *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

[1230] *Eccles c. Bourque* (1974), [1975] 2 R.C.S. 739.

toutes premières fois, la question de savoir si une autorité générale d'agir édictée au *Code criminel* comportait un pouvoir implicite d'immixtion. Dans une décision opposant quatre juges au cinq autres, la Cour a conclu que l'article 25 du *Code criminel* comportait le pouvoir implicite de commettre un «tresspass». Dans l'arrêt *Biron (1975)*[1231], le juge en chef Laskin réaffirmait l'opinion dissidente qu'il exprimait dans l'arrêt *Eccles (1974)*[1232] et concluait, après avoir indiqué que le droit criminel devait s'interpréter de manière restrictive, qu'à défaut d'une disposition législative, l'État ne pouvait s'immiscer dans la vie privée des individus. Dans la séquence d'arrêts *Eccles (1974)* — *Biron (1975)*, la *Cour Laskin (1973-1984)*, bien que fortement divisée, établissait donc le principe judiciaire voulant que l'État puisse s'immiscer dans la vie privée des individus en l'absence d'une règle de droit le permettant expressément.

Six ans plus tard, dans l'arrêt *Colet (1981)*[1233], la *Cour Laskin (1973-1984)* a révisé ce principe judiciaire pour affirmer — cette fois-ci sept juges s'exprimant à l'unanimité[1234] — que le ministère public ne pouvait justifier une intrusion dans

---

[1231] Dans l'arrêt *Biron (1975)*, le juge en chef Laskin affirmait ce qui suit: «Toutefois, beaucoup plus important est le principe social, juridique et même politique sur lequel notre droit criminel est fondé, c'est-à-dire, le droit d'un individu à vivre en paix, à être libre de contraintes de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi. Et c'est seulement dans la mesure où de pareilles dispositions de la loi existent qu'une personne peut être détenue ou qu'on peut supprimer sa liberté de mouvement». Voir *R. c. Biron* (1975), [1976] 2 R.C.S. 56, 64-65.

[1232] *Eccles c. Bourque* (1974), [1975] 2 R.C.S. 739.

[1233] *Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2.

[1234] Bien qu'à première vue ces deux décisions semblent difficilement réconciliables dans la mesure où dans les deux cas l'objet de l'immixtion était la protection de la résidence, on peut sans doute l'expliquer par le fait que des cinq juges qui avaient affirmé le principe de l'autorité implicite, deux s'étaient retirés (les juges Pigeon et de Grandpré) alors que deux autres n'avaient pas pris part à la décision (les juges Martland et Beetz). Seul le juge Ritchie, qui faisait partie de la majorité dans *Eccles (1975)*, aura effectivement révisé sa position. Pendant cet intervalle de six ans entre les deux décisions, les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer ont joint les rangs de la Cour suprême du Canada.

une résidence privée, fusse-t-elle aussi rudimentaire qu'un simple abri de fortune, en s'appuyant sur un pouvoir implicite de perquisition ou accessoirement sur la *Loi d'interprétation*[1235]. Dans l'arrêt *MacIntyre (1982)*[1236], le juge Dickson (tel qu'il était alors) réaffirmait en *obiter* le principe judiciaire établi dans *Colet (1981)*[1237] et concluait qu'en adoptant l'article 487 (alors l'article 443) du *Code criminel*, le Parlement avait «légalisé ce qui serait autrement une introduction illégale dans un endroit et une saisie illégale de biens». Dans *Descôteaux (1982)*, s'exprimant pour une Cour unanime composée de sept juges, le juge Lamer (tel qu'il était alors) consacrait définitivement cette règle de la *common law* en droit canadien en affirmant que: «[l]a perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement»[1238].

Deux ans plus tard, la *Cour Laskin (1973-1984)* a mitigé ce principe judiciaire dans les cas où un mandat d'écoute électronique avait été obtenu en vertu de la partie VI (alors la partie IV.1) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Lyons (1984)*[1239] et dans le *Renvoi sur l'écoute électronique (1984)*[1240], la *Cour Laskin*

[1235] Dans l'arrêt *Colet (1981)*, le juge Ritchie affirmait ce qui suit: «Comme je l'ai mentionné, j'estime qu'une disposition de la loi qui autorise les policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans invitation ni permission constitue un empiètement sur les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. En cas d'ambiguïté, cette disposition doit recevoir une interprétation stricte qui favorise les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire». Paradoxalement, dans l'arrêt *Evans (1996)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* en arrivera à une conclusion contraire en interprétant la même règle de la *common law* et ce, malgré la présence de la *Charte canadienne*. Voir *Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2, 10; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

[1236] *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, 179.

[1237] *Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2.

[1238] *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 889.

[1239] *Lyons c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 633.

[1240] *Renvoi relatif à l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697.

(1973-1984) a statué que les autorités étatiques, qui avaient obtenu une autorisation d'écoute électronique, détenaient un pouvoir implicite d'entrer subrepticement dans des lieux pour installer des dispositifs d'écoute électronique[1241]. Cette apparente exception au principe de la *common law* sera de courte durée puisque, s'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Thompson (1990)*[1242], le juge Sopinka a renversé le principe judiciaire établi dans ces deux arrêts pour le remplacer par celui qui veut qu'en l'absence d'une mention expresse dans l'autorisation, l'entrée subreptice dans une résidence privée est abusive et contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne*.

Dans l'arrêt *Dedman (1985)*[1243], la question de savoir si les pouvoirs généraux de la police comportaient un pouvoir implicite de restreindre la liberté individuelle a refait surface. Dans cette affaire, la *Cour Dickson (1984-1990)* a indiqué qu'«[e]n l'absence d'un pouvoir explicite ou implicite fondé sur la loi, la police doit être en mesure de trouver le pouvoir de poser ses actes dans la *common law*. Autrement, elle agit illégalement». S'il y avait accord sur ce principe, il y avait cependant désaccord quant à son étendue puisque trois des sept juges étaient dissidents. S'exprimant pour la majorité de quatre juges, le juge Le Dain a indiqué que, compte tenu de l'importance de l'objectif public

---

[1241] Dans ces deux dernières décisions — *Lyons (1984)* et *Renvoi sur l'écoute électronique (1984)* — le juge en chef Dickson et le juge Chouinard étaient dissidents et affirmaient qu'une autorisation d'intercepter des communications privées ne comportait pas le pouvoir implicite d'entrer dans des lieux privés afin de procéder à la mise en place des dispositifs d'écoute électronique. Ces décisions sont d'autant plus étonnantes que la *Cour Laskin (1973-1984)* avait décidé à l'unanimité, trois ans auparavant, que le pouvoir légal de saisir des armes à feu ne comprenait pas nécessairement celui d'entrer dans des lieux privés et d'y procéder à une perquisition. Voir *Colet* c. *R.*, [1981] 1 R.C.S. 2.

[1242] *R.* c. *Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. La majorité était composée du juge en chef Dickson et des juges Lamer et L'Heureux-Dubé.

[1243] *Dedman* c. *R.*, [1995] 1 R.C.S. 2.

poursuivi par ce programme, la surveillance de la circulation routière en vue de prévenir les infractions et de protéger la vie des individus entrait dans le cadre général des devoirs d'un agent de la paix prévu par la *common law*[1244].

C'est donc dire qu'avant même la considération des droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne*, le principe judiciaire établi par la Cour suprême, dans la séquence d'arrêts *Colet (1981) — Dedman (1985)*, était celui voulant que l'on doive interpréter de façon stricte les pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus. Il n'est donc pas étonnant que les jugements qui ont interprété les garanties constitutionnelles relativement à la protection du droit au respect de la vie privée aient été dans le même sens. C'est dans les arrêts *Hunter (1984)*[1245] et *Collins (1987)*[1246] — incontestablement deux des arrêts les plus importants de la Cour suprême du Canada relativement à la détermination de l'étendue des pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus —, que la *Cour Dickson (1984-1990)*

[1244] Selon le juge Le Dain, il se peut que l'article 14 du *Code de la route de l'Ontario* — qui impose au conducteur d'un véhicule automobile l'obligation de présenter son permis de conduire — «comprenne nécessairement le pouvoir d'exiger la présentation du permis pour inspection, mais, à mon avis, il n'est pas certain que ce pouvoir doive s'étendre, encore implicitement, au pouvoir d'arrêter le véhicule automobile à cette fin. Il semble qu'il y aurait là une extension inhabituelle de la règle des pouvoirs implicites en matière d'interprétation législative». Plus loin, il indiquait: «À mon avis, lorsque les agents de police agissent ou sont censés agir à titre officiel en tant qu'agents de l'État, ils n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law*. Le motif de cet état de choses tient au caractère autoritaire et coercitif des actes de la police». En dissidence, le juge en chef Dickson affirmait ce qui suit: «On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit dans ce pays, que dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux à tritre d'agents de l'État chargés de l'application des lois, les policiers ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi». Bien qu'exprimés en dissidence, ces propos reflètent le principe judiciaire établi dans cet arrêt. Voir *Dedman c. R.*, [1995] 1 R.C.S. 2, 10-11, 17 (j. Dickson), 28, 31(j. Le Dain).

[1245] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1246] *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

consacrera définitivement le principe judiciaire voulant qu'une immixtion étatique effectuée sans consentement soit inconstitutionnelle.

Dans l'arrêt *Hunter (1984)*[1247], la Cour suprême du Canada a interprété les droits garantis par l'article 8 de la *Charte canadienne* en leur donnant une portée encore plus large que celle énoncée traditionnellement en *common law*[1248]. En plus de mettre de l'avant certaines considérations générales quant à l'interprétation des textes constitutionnels, le juge Dickson a étroitement circonscrit les exigences constitutionnelles minimales en ce qui a trait aux

---

[1247] *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1248] La protection qu'offrait la *common law* en regard des immixtions étatiques est étroitement associée à l'histoire politique et parlementaire de l'Angleterre. Cette protection a été d'abord fondée sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et elle était liée au droit applicable en matière d'intrusion («tresspass»). Ainsi dès 1603, lord Coke déclara, dans l'arrêt *Semayne*: «The house of everyone is to him is castle and fortress». À la suite des luttes politiques qui virent le Parlement s'imposer devant l'autorité royale, la *common law* a mis l'accent sur l'autorité législative comme source ultime du pouvoir de l'État. L'arrêt *Entick (1765)* a sonné le glas de la tolérance de la *common law* en ce qui a trait au pouvoir discrétionnaire en matière d'immixtion restant à la Couronne. Dans cette affaire, lord Camden a conclu que les intrusions étatiques n'étaient pas justifiables en vertu du droit en vigueur puisque la loi n'autorisait une intrusion que dans la mesure où un juge de paix l'avait autorisée sur la base d'une dénonciation faite sous serment alléguant qu'il y avait des «raisons sérieuses de croire» que les biens se trouvaient à l'endroit où l'on voulait effectuer la perquisition. De ces arrêts, il nous faut retenir le principe judiciaire voulant, déjà à cette époque, que les intrusions étatiques soient généralement subordonnées à l'exigence d'une autorisation émanant d'un juge de paix à la suite d'une dénonciation faite sous serment alléguant des «raisons sérieuses de croire» que les biens se trouvaient au lieu indiqué. Au Canada, les pouvoirs d'immixtion de l'État ont fait l'objet d'une codification au *Code criminel* en 1892. Il s'agissait d'une consolidation des lois existantes relatives au pouvoir d'intrusion de l'État plutôt que d'une refonte globale de ces pouvoirs spécifiques qui ont proliféré au cours des trois siècles précédents. L'article 487 du *Code criminel* actuel est le résultat de cette évolution. Jusqu'au moment de l'adoption de la *Charte canadienne*, les tribunaux canadiens avaient largement interprété la notion d'intrusion étatique en fonction de cette conception. L'adoption de la *Charte* canadienne et son enchâssement dans la *Constitution* modifiera la portée des garanties traditionnelles offertes par la *common law* en matière d'immixtion étatique. Ainsi, qu'il s'agisse d'une procédure effectuée en vertu du *Code criminel* ou dans le cadre de toutes autres lois fédérales de nature criminelle, les critères énoncés par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Hunter (1984)* constituent indubitablement les exigences constitutionnelles minimales.

immixtions de l'État. Ces exigences constituent la norme minimale et rares sont les cas où les dérogations seront permises. D'abord, une autorisation préalable — quand elle peut être obtenue — est une condition préalable à la validité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Il s'ensuit qu'une intrusion de l'État sans mandat sera à première vue abusive. Ensuite, cette autorisation doit être donnée par une personne en mesure d'apprécier, de manière neutre et impartiale, les droits opposés de l'État et des particuliers. Enfin, l'autorisation doit être accordée sur le fondement de l'existence de motifs raisonnables de croire[1249], à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit indiqué dans la dénonciation. Citant les conclusions du juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Katz (1967)*[1250], le juge Dickson a indiqué que l'article 8 de la *Charte canadienne* offre une protection contre les immixtions étatiques injustifiées en garantissant le droit au respect de la vie privée[1251]. Cette protection du droit au respect de

---

[1249] Dans l'arrêt *Baron (1993)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* a indiqué que l'omission du terme «probable» au paragraphe 231.3 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5e Supp.), c. 1, était sans conséquence et qu'on ne saurait y inférer l'énonciation d'une norme inférieure à celle prescrite par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter (1984)*. En conséquence, l'énonciation de motifs probables de croire constitue l'exigence constitutionnelle minimale. Voir *Baron* c. *Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

[1250] *Katz* c. *United States*, 349 U.S. 347 (1967).

[1251] Dans l'arrêt *Hunter (1984)*, le juge en chef Dickson affirmait ce qui suit: «À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue». Plus loin, il ajoutait: «La garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application des lois». Dans l'arrêt *Dyment (1988)*, le juge La Forest a réitéré cette interprétation en ces termes: «Et ce droit, à l'instar des autres droits garantis par la *Charte*

la vie privée n'est pas restreinte au domaine du droit criminel et pénal, mais s'applique à toute immixtion étatique[1252].

En somme, et nous ne saurions trop insister sur ce fait, le principe judiciaire fondamental établi par la *Cour Dickson (1984-1990)* dans l'arrêt *Hunter (1984)*[1253] est celui voulant qu'une immixtion étatique effectuée sans autorisation préalable soit généralement inconstitutionnelle. Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Collins (1987)*[1254], le juge Lamer (tel qu'il était alors) précisera les exigences constitutionnelles minimales en ces termes : «Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par une loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive»[1255]. Le non-respect de l'une ou l'autre de ces conditions rend l'immixtion étatique abusive au sens de l'article

---

canadienne, doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites, fondées sur des notions de propriété ou du même genre, qui ont servi autrefois à protéger cette valeur humaine fondamentale». Voir *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159-160; *R.* c. *Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 426

[1252] Voir généralement K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Thémis, 1992, 29; W.F. EHRCKE, «Privacy and the *Charter of Rights*» (1985) 45 *The Advocate* 53; A.J. ROMAN, «The Possible Impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on Administrative Law» (1985) 26 *Cahier de droits* 339, 342; K. SWINSTON, «Application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», dans G.-A. BEAUDOIN et W.S.TARNOPOLSKY (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1982, 52-53. Voir aussi D.C. McDONALD, *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources*, Calgary, Carswell, 1982; F.CHEVRETTE, «La protection lors des arrestations, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.),The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

[1253] *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1254] *R.* c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[1255] *R.* c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 278.

8 de la *Charte*. En d'autres termes, les arrêts *Hunter (1984)*[1256] et *Collins (1987)*[1257] consacrent le principe judiciaire qui fait de la limitation des pouvoirs étatiques un précepte fondamental du droit constitutionnel canadien[1258].

Dans l'arrêt *Caslake (1998)*[1259], se posait la question de l'étendue des fouilles accessoires à une arrestation légale. Une faible majorité de la *Cour Lamer (1990-2000)* opposant quatre juges à trois autres conclut que l'article 8 de la *Charte canadienne* avait été violé en ce que la fouille effectuée par des agents de la Gendarmerie royale du Canada, dans le but d'inventorier le contenu d'un véhicule automobile, bien que s'appuyant sur une directive interne de la GRC, excédait les limites d'une fouille accessoire à une arrestation légale[1260]. S'exprimant pour la majorité, le juge en chef Lamer conclut, après avoir précisé que ces limites seront les mêmes pour les automobiles que pour tout autre endroit, que «pour respecter les normes établies par la *Charte*, toutes les fouilles ou perquisitions doivent être autorisées par la loi». Or, n'étant pas autorisée expressément par la loi, une fouille à des fins d'inventaire viole l'article 8 de la *Charte canadienne*. Se référant explicitement au principe de la primauté du droit, le juge en chef Lamer indiquait que le respect de la

---

[1256] *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1257] *R.* c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[1258] Ce principe judiciaire établi par la *Cour Dickson (1984-1990)* est d'une étonnante similitude avec la pensée du récipiendaire du Prix Nobel de l'économie de 1974, Frederich August von Hayek qui, dans *The Road to Selfdom (1944)*, tenait les propos suivants: «En d'autres termes, toutes les actions gouvernementales et toutes les décisions des autorités administratives doivent trouver leur fondement dans un texte de loi et être exercées conformément à cette loi et de façon compatible avec la Constitution». Voir F. A. VON HAYEK, *The Road to Selfdom*, Londres, McMillan, 1944, 54, traduit et cité par A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 101.

[1259] *R.* c. *Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

[1260] L'arrêt *Caslake (1998)* établit donc le principe judiciaire voulant qu'une directive interne ne constitue pas une règle de droit qui puisse justifier une immixtion étatique.

primauté du droit signifie, d'une part, que l'immixtion étatique est strictement limitée à l'objet à l'égard duquel elle est autorisée par la loi et, d'autre part, qu'elle respecte les exigences établies dans l'arrêt *Collins (1987)*[1261]. Le juge en chef Lamer étayait son raisonnement de la façon suivante :

> La raison de cette exigence est claire: tant en vertu de la *Charte* que de la *common law*, les mandataires de l'État ne peuvent se rendre chez quelqu'un ou y saisir un bien que si la loi le permet précisément. Autrement dit, ils sont assujettis aux mêmes règles en matière d'intrusion et de vol que n'importe qu'elle autre personne. Une fouille ou perquisition peut ne pas satisfaire à cette exigence de trois manières. Premièrement, le mandataire de l'État qui effectue la fouille ou perquisition doit être en mesure d'indiquer une loi ou une règle de *common law* particulière qui autorise la fouille. Deuxièmement, la fouille ou perquisition doit être effectuée conformément aux exigences procédurales et substantielles que la loi prescrit. Par exemple, l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, autorise les fouilles et les perquisitions, mais seulement conformément à un mandat délivré par un juge de paix sur la foi d'une dénonciation sous serment énonçant des motifs raisonnables et probables. Le défaut de satisfaire à l'une de ces exigences fera en sorte que la fouille ou perquisition ne sera pas autorisée par la loi. Troisièmement, dans la même veine, l'étendue de la fouille ou perquisition est limitée au secteur et aux objets à l'égard desquels elle est autorisée par la loi. Dans la mesure où une fouille ou perquisition excède ces limites, elle n'est pas autorisée par la loi [1262].

Ainsi par la séquence d'arrêts *Hunter (1984) — Caslake (1998)*, la Cour suprême du Canada énonce les exigences fondamentales qui circonscrivent étroitement l'étendue des pouvoirs d'immixtion de l'État dans la vie privée des individus. Il s'agit des conditions minimales que l'État doit respecter pour que l'on puisse conclure à la constitutionnalité des immixtions étatiques: *a*) l'immixtion est autorisée par une règle de droit; *b*) la règle de droit est conforme

---

[1261] *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[1262] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, 60.

aux garanties constitutionnelles et c) l'immixtion de l'État est conforme à la règle de droit.

a) L'immixtion est autorisée par une règle de droit.

L'absence d'une règle de droit rend l'immixtion étatique inconstitutionnelle. Cette absence de règle de droit peut être invoquée lorsqu'il n'y a ni disposition législative ni règle de *ommon law* fondant un pouvoir autorisant l'immixtion qui a eu lieu[1263] ou encore, dans les cas les plus fréquents, quand les conditions préalables exigées par la loi n'ont pas été remplies[1264]. L'immixtion est alors illégale.

Comme le soulignait le juge Sopinka dans l'arrêt *Thompson (1990)*[1265], «toute les fouilles illégales seront abusives, mais toutes les fouilles abusives ne seront pas nécessairement illégales». Le ministère public aura le fardeau d'établir la légalité de la fouille en la justifiant par une règle de droit ou encore les circonstances exceptionnelles comme les situations d'urgence. Une fois la légalité de la fouille établie, il revient à la victime d'en démontrer le caractère abusif[1266]. Dans certains cas, des vices graves entachant la conduite d'une perquisition peuvent l'emporter sur sa légalité[1267]. Dans les arrêts *Dyment (1988)*[1268] et *Kokesch (1990)*[1269], la Cour affirme qu'il doit y avoir des règles claires

---

[1263] Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

[1264] Voir *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

[1265] *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, 1153.

[1266] *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

[1267] *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59.

[1268] Dans l'arrêt *Dyment (1988)*, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être

pour que l'État puisse porter atteinte au droit au respect de la vie privée des individus. Dans l'arrêt *Borden (1994)*[1270], le juge en chef Lamer soulignait qu'en l'absence d'une disposition législative non équivoque l'autorisant, la légalité de la fouille ou de la perquisition dépend du consentement de l'accusé. Dans ce contexte, il nous est difficile de comprendre comment la *Cour Lamer (1990-2000)* a pu, — dans les arrêts *Arp (1998)*[1271] et *M. (M.R.)(1998)*[1272] — justifier la légalité des immixtions étatiques effectuées sans consentement et en l'absence d'une règle de droit.

b) La règle de droit est conforme aux garanties constitutionnelles

Une loi autorisant une immixtion doit respecter les exigences de l'arrêt *Hunter (1984)*[1273] à défaut de quoi elle sera invalidée parce qu'autorisant des immixtions abusives. Il s'agit de l'application du principe de la suprématie de la Constitution enchâssé dans le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La procédure applicable au *Code criminel* et dans toutes les autres

---

enfreint. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'application de la loi, qui met en cause la liberté du sujet». Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 430.

[1269] *Dans l'arrêt Kokesch* (1990), le juge en chef Dickson affirmait ce qui suit: «Notre Cour a toujours dit que les droits que la *common law* reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires». Les motifs du juge en chef Dickson, auquels ont souscrit les juges L'Heureux-Dubé et Cory, étaient exprimés en dissidence mais uniquement sur la question relativement à l'admissibilité en preuve. Les juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin, formant la majorité, ont exprimé l'opinion que la preuve en l'espèce devait être exclue. Voir *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, 17.

[1270] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, 152. Voir aussi *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

[1271] *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.

[1272] *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

[1273] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

lois fédérales est soumise aux critères de l'arrêt *Hunter (1984)*[1274], qui sont minimaux[1275]. Bien que la *Cour Lamer (1990-2000)* ait reconnu — dans l'arrêt *Comité paritaire (1994)*[1276] — qu'une norme moins sévère que celle de l'autorisation préalable prescrite par l'arrêt *Hunter (1984)* puisse être acceptable pour les immixtions étatiques effectuées dans un contexte administratif ou réglementaire, elle a néanmoins indiqué que la légalité de ces immixtions dépendait de l'existence d'une règle de droit qui balisait étroitement les pouvoirs des agents de l'État.

c) L'immixtion étatique est conforme à la règle de droit

Affirmer qu'une immixtion étatique est conforme à une règle de droit signifie essentiellement que celle-ci, pour reprendre l'expression du juge Lamer (tel qu'il était alors) dans l'arrêt *Collins (1987)*[1277] n'est pas effectuée d'une manière abusive. Elle consacre le critère de la limitation de l'objet — ou, exprimé différemment, de la finalité de l'action étatique — et reconnaît que le droit de s'immiscer dans la vie privée des individus est un moyen extraordinaire. L'emploi d'une force excessive que les circonstances ne justifient pas[1278] ou l'intrusion d'agents de l'État sans mandat dans une résidence afin de

---

[1274] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1275] *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624. Voir aussi *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

[1276] *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406.

[1277] *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[1278] Voir *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

perquisitionner et de procéder à l'arrestation d'un suspect[1279] constituent des exemples d'une immixtion étatique qui ne sont pas conformes à la règle de droit. Cependant, l'exemple le plus courant est sans nul doute les situations où les agents de l'État, bien que parfois munis d'un mandat de perquisition où agissant en vertu d'une autorisation législative, dépassent l'autorité qui leur est expressément conférée.

Bien qu'ordinairement, c'est à la personne qui allègue une violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne* qu'il incombe d'établir l'existence de cette violation, considérant les arrêts *Hunter (1984)*[1280] et *Collins (1987)*[1281] — dans lesquels la *Cour Dickson (1984-1990)* a statué qu'une immixtion sans mandat est à première vue abusive — une fois que le justiciable a démontré que l'immixtion a été effectuée sans mandat, il revient au ministère public de démontrer qu'elle n'était pas abusive, selon la prépondérance des probabilités[1282]. C'est dans l'arrêt *Dyment (1988)*[1283] que pour la première fois,

---

[1279] *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[1280] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1281] *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

[1282] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, 59, 60.

[1283] S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «À mon avis, il y a saisie au sens de l'article 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire Pohoretsky, précitée. L'examen de cette affaire était axé sur le prélèvement même de l'échantillon de sang. Mais on doit garder à l'esprit la raison pour laquelle il en est ainsi. Dans l'affaire Pohoretsky, l'échantillon avait été prélevé à la demande de l'agent de police. Le prélèvement de l'échantillon de sang déclenchait donc immédiatement un examen fondé sur l'art. 8. L'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires. En l'espèce aussi, l'examen doit être axé sur les circonstances dans lesquelles l'agent de police a obtenu l'échantillon. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le médecin l'a obtenu sont loin d'être sans importance». Puis, il poursuivait ainsi: «Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de

la *Cour Dickson (1984-1990)* rappelait l'importance de considérer la finalité de l'action étatique afin de déterminer s'il y a eu une violation de l'article 8 de la *Charte canadienne* et, cela, au stade de la détermination de la question de savoir s'il y a eu une immixtion de la part de l'État. Dans cet arrêt, contrairement à l'arrêt *Pohoretsky (1987)*[1284], il n'y avait pas eu de fouille ou d'intrusion. Le médecin a simplement recueilli le sang qui s'écoulait d'une plaie ouverte et il a par la suite remis ce sang à la police. Il n'y a donc pas eu de consentement au prélèvement de l'échantillon. S'exprimant pour la majorité, le juge La Forest établissait le principe judiciaire voulant qu'une immixtion étatique ait un objet limité en ces termes: «ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués»[1285].

Dans *Mellenthin (1992)*[1286], la *Cour Lamer (1990-2000)* rappelait que la fouille d'un individu, interpellé à un point de contrôle routier sans motif raisonnable, dépassait de loin l'objectif et le but de ces interpellations et constituait une violation très grave de la *Charte canadienne*. Dans les arrêts *Borden (1994)*[1287] et *Colarusso (1994)*[1288], la *Cour Lamer (1990-2000)* a réitéré ce

---

l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués». Voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 431, 429-430.

[1284] *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945.

[1285] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 429-430

[1286] *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

[1287] *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

[1288] Dans l'arrêt *Colarusso (1994)*, le juge La Forest rappelait d'abord qu'il n'est pas nécessaire qu'un échantillon de substances corporelles soit pris directement à l'individu pour qu'il y ait saisie justifiant que soit invoquée la protection offerte par l'article 8 de la *Charte canadienne*. Il affirmait que ce n'est pas tant l'intrusion physique que la saisie de l'information qui met en jeu le droit au respect de la vie privée: «[...] la police a saisi de l'information mettant en jeu l'intégrité

principe judiciaire, que nous qualifions de *principe de l'objet limité,* selon lequel la constitutionnalité du consentement est limitée à son objet. Ainsi, les autorités gouvernementales ne sauraient utiliser les éléments de preuve, recueillis conformément à un objectif législatif spécifique, à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été recueillis ou utiliser un subterfuge afin d'obvier à l'application des garanties constitutionnelles. L'un des corollaires de ce principe est celui que nous avons qualifié de *principe de la continuité de la saisie* selon lequel il y a violation continue du droit au respect de la vie privée tant et aussi longtemps que les objets saisis illégalement sont détenus par l'État. Ce principe judiciaire a été reconnu par la *Cour Lamer (1990-2000)* dans les arrêts *Colarusso (1994)*[1289] et *143471 Canada Inc. (1994)*[1290].

Dans l'arrêt *Evans (1996)*[1291], la *Cour Lamer (1990-2000)* devait déterminer,

---

physique d'un particulier, qui ne pouvait pas être obtenue initialement qu'avec le consentement de celui-ci ou, par la suite, en vertu d'une loi pour les fins limitées envisagées par cette loi. Voilà en fait la raison fondamentale de la protection qu'accorde l' art. 8; il faut donc se garder de trop insister sur les aspects purement physiques de la saisie». Plus loin, il faisait ce commentaire qui ne laisse planer aucun doute relativement à l'importance de cette question: «Dans l'analyse de cette question, il faut comprendre que la protection contre les saisies abusives ne vise pas que le simple fait de prendre quelque chose. En fait, cet acte constitue dans bien des cas le moindre mal. La protection qui porte uniquement sur l'acte physique consistant à prendre protégerait certainement les choses, mais ne jouerait qu'un rôle limité dans la protection de la vie privée des particuliers, ce qui est l'objet de l'art. 8, qui, d'après l'arrêt *Hunter*, doit s'interpréter libéralement et en fonction de son objet de manière à ce qu'il soit atteint». Voir *R* c. *Colarusso,* [1994] 1 R.C.S. 20, 60-63. Voir aussi *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, 439 (j. La Forest).

[1289] Voir *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, 60-63 (j. La Forest).

[1290] *143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 321.

[1291] Dans l'arrêt *Evans (1996)*, s'est posée la question de savoir si des policiers, après avoir conduit infructueusement une enquête qui comportait la vérification des casiers judiciaires, la consommation d'électricité et avoir effectué un examen visuel des abords de la résidence, pouvaient se prévaloir d'un pouvoir de la *common law* qui leur permettait de s'approcher de la résidence et à d'y frapper (invitation implicite). Sept juges ont pris part au jugement en rendant quatre opinions différentes. L'opinion majoritaire, à laquelle ont souscrit les juges Cory et Iacobucci, a été rendue par le juge Sopinka. Les juges L'Heureux-Dubé, La Forest, Major et Gonthier ont rendu des opinions distinctes. Cette multiplicité d'opinions peut toutefois se ramener

comme elle le fera plus tard dans l'arrêt *Caslake (1998)*[1292], l'étendue d'une règle de *common law* qui permettait une immixtion étatique sans mandat. S'exprimant pour la majorité, et après avoir conclu qu'il existait une règle de *common law* — la règle de l'invitation implicite — qui permettait aux membres du public, y compris les policiers, de s'approcher de la porte d'une résidence d'un individu et d'y frapper, le juge Sopinka s'empressa d'ajouter que son étendue n'est pas sans limites. Il rappelait que *l'intention subjective* des agents de l'État était essentielle pour apprécier et déterminer l'étendue de l'exception de la *common law* de l'invitation implicite de frapper à la porte d'une résidence privée. Permettre aux policiers de s'appuyer généralement sur ce pouvoir exceptionnel qu'est «l'invitation implicite de frapper à la porte» reviendrait à conférer un vaste pouvoir discrétionnaire à l'État de procéder à

à deux propositions fondamentales: a) thèse de la limitation inhérente des pouvoirs de l'État (finalité de l'immixtion ou encore l'intention subjective doit être considérée)(jj. La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci) et b) thèse de la non-limitation des pouvoirs (la finalité de l'immixtion est sans aucune importance) (jj. L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major). Selon le juge Sopinka, il est inconstestable que cette règle de la *common law* concernant l'invitation implicite reconnaît depuis longtemps aux membres du public, y compris les policiers, le droit de s'approcher de la porte d'une résidence et à d'y frapper. Cette invitation tacite, à moins d'être retirée expressément, constitue une renonciation effective du droit à la vie privée. La question qui se pose toutefois concerne son étendue. Il y a nécessairement des limites. Selon lui, pour déterminer l'étendue des activités qui sont permises en vertu de l'invitation implicite à frapper à la porte, il faut se questionner sur l'intention subjective des policiers au moment d'aller frapper à la porte. L'invitation implicite a pour but de faciliter la communication entre le public et l'occupant. Il s'ensuit que seules les activités qui sont raisonnablement liées au but de communiquer avec l'occupant sont permises en vertu de l'autorisation implicite de frapper à la porte. En l'espèce, l'intention des policiers est allée au-delà du type de conduite permise par cette exception puisqu'elle visait à recueillir des éléments de preuve qu'ils leur était impossible d'obtenir autrement. Les juges Major et Gonthier rejettent ce critère de l'intention subjective en ce qu'il n'est pas un facteur pertinent et affirment que les policiers se prévalaient d'une autorisation implicite de la *common law*. Les individus ne bénéficient pas d'attentes en matière de vie privée qui les isoleraient du reste de la société. Une attente raisonnable en matière de vie privée n'englobe pas un état d'isolement total et complet excluant les connaissances, les vendeurs, les étrangers qui ont besoin d'aide ou les policiers qui mènent une enquête. Toutes ces personnes ont le droit de frapper à la porte pour demander la permission d'entrer et de parler aux occupants.

[1292] *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

des «contrôles surprises». Quant au juge La Forest, il rejette cette règle de l'invitation implicite et réitère les propos qu'il avait tenus dans l'arrêt *Landry (1986)* selon lesquels il affirmait qu'il appartient au Parlement et non aux tribunaux d'établir les exceptions à la règle de l'inviolabilité de la demeure[1293]. Conclure autrement serait cautionner la proposition que l'État peut obvier à l'application des garanties constitutionnelles en utilisant des subterfuges ou des artifices.

Dans l'arrêt *Caslake (1998)*[1294], on l'a vu, la *Cour Lamer (1990-2000)*, bien que fortement divisée, consacrait le principe judiciaire fondamental voulant

---

[1293] Dans *Evans (1996)*, le juge La Forest rappelait le principe fondamental de la *common law* consacrant l'inviolabilité de la demeure: «Mon collègue conclut que la fouille ou la perquisition était abusive parce qu'elle était illégale. Je crois qu'elle était illégale parce qu'elle était abusive. [...] L'inviolabilité de la demeure constitue depuis des siècles un rempart contre les intrusions de représentants de l'État. Le fait que les policiers se soient conduits d'une manière qui n'était pas par ailleurs abusive ne change rien à l'incompatibilité fondamentale de leurs actions avec ce principe constitutionnel de base. Notre société ne peut tout simplement pas accepter que des policiers flânent autour de nos demeures ou qu'ils y recherchent une odeur. Comme je l'ai fait remarquer, l'intrusion apparemment insignifiante qui a eu lieu en l'espèce mène presque inévitablement, et a effectivement mené, à une fouille ou perquisition plus poussée. Les tentatives de la police d'appliquer la loi chez les gens engendrent souvent des confrontations qui peuvent avoir des conséquences bien plus graves que le mal que l'on cherche à enrayer». Voir *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, 13.

[1294] Dans l'arrêt *Caslake (1998)*, le juge en chef Lamer concluait que le respect des conditions inhérentes à une fouille accessoire était essentielle à sa justification. Les agents de l'État qui effectuent la fouille accessoire doivent avoir des motifs, liés à l'arrestation, objectifs et subjectifs. Ainsi, une fouille qui ne visait pas à découvrir des éléments de preuve mais effectuée simplement à des fins d'inventaire ne correspond pas à cet objectif. Ainsi s'exprimait-il: «La *Charte* exige que les mandataires de l'État respectent la primauté du droit. Cela signifie qu'ils doivent non seulement fouiller objectivement dans les limites acceptables, mais qu'ils doivent avoir ces limites à l'esprit avant même de procéder à la fouille. L'élément subjectif du critère force les policiers à s'assurer, avant d'effectuer la fouille, qu'ils ont un motif valable de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Cela est conforme à l'objectif ultime de l'art. 8, qui, comme l'a dit le juge Dickson dans Hunter, précité, est d'empêcher les fouilles abusives [...]. Le fait que la fouille n'était pas dans l'esprit de celui qui l'effectuait, conforme aux objectifs légitimes d'une fouille accessoire à une arrestation signifie qu'elle excède ce pouvoir. Par conséquent, on ne peut affirmer que la fouille était autorisée par la règle de *common law* qui permet les fouilles accessoires à une arrestation». Voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, 67-68.

qu'une immixtion étatique effectuée sans consentement individuel ou qui n'est pas autorisée par une loi viole le principe de la primauté du droit. Bien que la Cour suprême du Canada n'y ait jamais fait directement allusion, il ne fait aucun doute que l'article 26 de la *Charte canadienne* constitue aussi un point d'ancrage de la *doctrine du constitutionnalisme* et de son corollaire le *principe de la primauté du droit*. Elle a raté une occasion unique d'établir ce principe judiciaire dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998)*[1295].

1.3. La protection des droits innomés

Le troisième et dernier aspect qui fonde la *doctrine du constitutionnalisme* et son corollaire le *principe de la primauté du droit* est consacré par l'article 26 de la *Charte canadienne* et par le Neuvième amendement à la *Constitution* américaine selon lesquels les droits innomés bénéficient de la protection constitutionnelle. Les auteurs de la doctrine canadienne qui ont tenté de déterminer la signification de l'article 26 de la *Charte canadienne* et d'en délimiter les contours s'accordent généralement pour affirmer que cette disposition constitutionnelle est analogue au Neuvième amendement à la Constitution américaine et soulève, de ce fait, les mêmes questions[1296]. Cette similitude conceptuelle de l'article 26 de la *Charte canadienne* et du Neuvième amendement à la Constitution américaine et la

---

[1295] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

[1296] Dans *L'article 26 de la Charte canadienne — une négation constitutionnelle du positivisme juridique? (1989)*, le professeur Benyekhlef de l'Université de Montréal fait une revue de la jurisprudence des tribunaux canadiens d'instance inférieure jusqu'en 1989 ainsi que de la doctrine américaine relativement à la question des droits innomés. Voir K. BENYEKHLEF, «L'article 26 de la Charte canadienne — une négation constitutionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 983. Voir aussi G.J. BRANDT, «Canadian Charter of Rights and Freedoms — Rights to Property as An Extension of Personal Security — Status of Undeclared Rights» (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 398.

quasi-absence de réflexion en droit canadien nous incite à examiner attentivement la doctrine américaine ainsi que les principes judiciaires établis par la Cour suprême des États-Unis relativement à cette question.

Alors qu'avant *Griswold (1965)*[1297], la Cour suprême des États-Unis avait légitimé certains intérêts relatifs au droit au respect de la vie privée en invoquant les Premier, Quatrième, Cinquième et Quatorzième amendements à la Constitution américaine, dans cet arrêt elle a affirmé — pour la toute première fois — que le droit constitutionnel au respect de la vie privée est un droit autonome. S'exprimant pour la majorité, le juge Douglas a établi le droit constitutionnel au respect de la vie privée en le justifiant par l'ensemble des dispositions du *Bill of Rights*. C'est ce qu'il a appelé la *théorie de la pénombre*[1298]. Le juge Goldberg dans une opinion concurrente à laquelle ont souscrit le juge en chef Warren et le juge Brennan, fondait le droit constitutionnel au respect de la vie privée sur le Neuvième amendement. Ainsi, le Neuvième amendement protégerait les droits non spécifiquement énumérés ayant un lien rationnel avec les huit premiers amendements[1299]. En dissidence,

---

[1297] *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[1298] Dans cette affaire, le juge Douglas n'a pas mentionné le Quatorzième amendement comme il l'avait fait quatre ans plus tôt dans l'arrêt *Poe (1961)*. *Voir Poe* c. *Ullman*, 367 U.S. 497, 516-517 (1961). Voir aussi *Whalen* c. *Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

[1299] Dans l'arrêt *Griswold*, le juge Goldberg affirmait ce qui suit: «Nor do I mean to state that the Ninth Amendment constitutes an independent source of rights protected from infringement by either the States or the Federal Government. Rather, the Ninth Amendment shows a belief of the Constitution's authors that fundamental rights exist that are not expressly enumerated in the first eight amendments and an intent that the list of rights included there not be deemed exhaustive. [...] The Ninth Amendment simply shows the intent of the Constitution's authors that other fundamental personal rights should not be denied such protection or disparaged in any other way simply because they are not specifically listed in the first eight constitutional amendments». Voir *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479, 492 (1965). Cette opinion de la *Cour Warren (1953-1986)* est toutefois contestée par la doctrine. Voir L.E. MITCHELL, «The Ninth Amendment and the "Jurisprudence of Original Intention"» (1986) 74 *Georgetown Law*

le juge Black affirmait, après avoir indiqué que cette doctrine constitutionnelle du droit au respect de la vie privée partageait des similitudes conceptuelles avec la doctrine du *freedom of contract*, que la substitution du concept de liberté à celui de vie privée n'aura pour effet que de limiter l'étendue de la protection constitutionnelle[1300].

L'interprétation des droits non expressément énumérés, comme le droit au respect de la vie privée, soulève nécessairement la question de la légitimité du pouvoir de contrôle judiciaire sur la constitutionnalité des lois puisque, interprété largement, cela signifierait que les tribunaux seraient libres, favorisant ainsi l'activisme judiciaire, de «découvrir» les droits constitutionnels qu'ils estiment appropriés selon les circonstances. De fait, l'arrêt *Griswold (1965)*[1301] a ravivé la controverse entourant la doctrine du *freedom of contract*[1302]. C'est en vertu

---

Journal; Note, «Privacy After Griswold — Constitutional or Natural Right?» (1966) 60 *Northwestern University Law Review* 813.

[1300] Ainsi s'exprimait-il: «One of the most effective ways of diluting or expanding a constitutionally guaranteed right is to substitute for the crucial word or worda of a constitutional guarantee another word for the crucial word or words, none or less flexible and more or less resctricted in meaning». Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, David O'Brien exprimait le même avis lorsqu'il affirmait: «In post-Griswold cases the Supreme Court expanded the right of privacy but in so doing substituted "privacy" for "liberty" under the Fourteenth Amendment and, also, narrowly construed the range of permissible privacy claims. Consequenltly, the emerging contours of the constitutional right of privacy are considerably narrower than the scope of constitutionally protected privacy under the First, Fourth and Fifth Amendments». Voir *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479, 508 (1965); D.M. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 181.

[1301] *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[1302] Entre 1897 et 1937, la Cour suprême des États-Unis avait invalidé les lois du Congrès en matière économique sur la base de la doctrine de l'application régulière de la loi (« due process clause»)consacrée au Quatorzième amendement. David O'Brien y voit plus une grande ressemblance. Dans *Privacy Law and Public Policy* (1979), il affirmait: «The Court's construction of a right of privacy thus bears a family resemblance to its earlier substantive due process analysis establishing a liberty of contract. Both the Right to privacy and the liberty of contract are unenumerated rights, and both serve to rationalize the court's examination of the substance of legislation as well as its activist posture toward the exercise of judicial review». Voir D.M. O'BRIEN,

de cette doctrine du *freedom of contract* que la Cour suprême des États-Unis avait systématiquement invalidé toutes les législations économiques et sociales adoptées par le Congrès dans le cadre du programme du *New Deal* du Président Roosevelt. Ce n'est qu'à la suite de la menace du *Court Packing Plan* du Président Roosevelt — dont le point culminant aura été l'introduction d'un projet de loi au Congrès, visant à accroître le nombre de juges à la Cour suprême — que la Cour suprême des États-Unis modifiera son attitude et permettra l'interventionnisme étatique. Il nous faut cependant reconnaître que la signification et l'étendue du Neuvième amendement a toujours été l'objet de controverses[1303].

S'inspirant manifestement de John Locke et de l'école des droits naturels, le Neuvième amendement consacrerait les *Rights of Englishmen*[1304]. C'est aussi l'opinion qu'exprimait David O'Brien dans *Privacy Law and Public Policy*

Privacy Law and Public Policy, New York, Praeger, 1979,179.

[1303] Dans un ouvrage consacré à la Cour suprême, le juge Jackson, après avoir siégé lui-même à la Cour suprême, affirmait ce qui suit: «What are those rights "retained by the people" [...] [T]he Ninth Amendment Rights which are not to be disturbed by the Federal Government are still a mystery to me». Voir R.H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, New York, Harper & Row, 1963, 74-75. Voir aussi C.R. MASSEY, «Federalism and Fundamental Rights — The Ninth Amendment» (1987) 38 *Hastings Law Review* 305; B. GAUGUSH, «The Ninth Amendment in the Federal Courts, 1965-1980 — From Desuetude to Fundamentalism» (1983-84) 61 *Denver Law Journal* 25; R. BERGER, «The Ninth Amendment» (1980) 66 *Cornell Law Review* 1; R.M. CLARK, «The Ninth Amendment and Constitutional Privacy» (1973) 5 *University of Toledo Law Review* 83; L. RHOADES et R.R. PATULA, «The Ninth Amendment — A Survey of Theory and Practice in the Federal Court Since *Griswold v. Connecticut*» (1973) 50 *Denver Law Review* 153; W.O. BERTELSMAN, «Ninth Amendment and Due Process of Law — Foreword: A Viable Theory of Unenumerated Rights» (1968) 37 *University of Cincinnati Law Review* 777; B. B. PATTERSON, *The Forgotten Ninth Amendment*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1955.

[1304] Selon Massey, les huits premiers amendements à la Constitution américaine sont inspirés des Rights to Englishmen. Voir C.R. MASSEY, «Federalism and Fundamental Rights — The Ninth Amendment» (1987) 38 *Hastings Law Review* 305, 313.

(1979)[1305] pour qui le Neuvième amendement constitue une réaffirmation des droits naturels préexistants des individus. Ainsi, le Neuvième amendement constituerait les limites de la sphère d'autonomie individuelle que l'État ne saurait être autorisé à franchir en l'absence de motifs impérieux qui justifieraient cette intervention[1306]. Puisque, en vertu du contrat social, les individus ne cèdent qu'une partie de leurs droits à la collectivité et que par essence,

---

[1305] Dans *Privacy Law and Public Policy (1979)*, il affirmait ce qui suit «As a matter of legal history, the authors of the Constitution and *Bill of Rights* relied on natural law teachings and, in particular, John Locke's theories of natural rights and a social contract [note supprimée]. Accordingly, for the authors, the *Bill of Rights* did not confer rights upon individuals but reaffirmed preexisting natural rights. The Ninth Amendment's provision for «rights retained by the people» registered in part the authors' acceptance of natural law teachings and the inherent rights of individuals». Cette opinion était partagée par le professeur Massey qui, dans un article intitulé *The History and Meaning of the Ninth Amendment (1987)*, affirmait ce qui suit: «Adherents to this view, including Alexander Hamilton and James Wilson of Pennsylvania, contended that it was better to imperfectly enumerate the powers of the federal government with the implication that powers not enumerated were reserved to the people, than to attempt an imperfect enumeration of rights reserved to the people, with the implication that rights not so reserved were impliedly delegated to the federal government». Voir D. O'BRIEN, *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979, 182-183; C.R. MASSEY, «Federalism and Fundamental Rights — The Ninth Amendment» (1987) 38 *Hastings Law Review* 305, 309. Voir aussi R.L. CAPLAN, «The History and Meaning of the Ninth Amendment» (1983) *69 Virginia Law Review* 233; M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, New York, Oxford University Press, 1977; J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 5e éd., Boston, Little, Brown & Company, 1891, 651.

[1306] Dans *American Constitutional Law (1988)*, le professeur Tribe de l'Université Harvard affirmait ce qui suit: «The notion that governmental authority has implied limits which preserve private autonomy predates the establishment of the American republic. During the 17th and 18th centuries, there evolved an American tradition of "natural law", postulating that "certain principles of right and justice [...] are entitled to prevail of their own intrinsic excellence". It was widely believed that these principles effectively reconciled governmental power with individual liberty by identifying their respective roles in society. In particular, each level and branch of government was thought to be confined to a sphere of authority defined by the nature and function of that level or branch and by the inherent rights of citizens. Just as each of the three branches of the federal government was bound to remain within its proper jurisdiction, so the state or federal government as a whole had no power to act outside its rightful jurisdiction to intrude upon "natural rights/ reserved to the people within the private domain or the trench upon the prerogatives of other governmental departments. Rights belonging to citizens by virtue of their very citizenship, including personal security, personal liberty, and private property, would thus be reserved not only by decentralization of power and mutually checking forces[...] but by rules enforceable in the proper tribunals at the behest of threatened citizens». Voir L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988, 560. Voir aussi C.R. MASSEY, «Federalism and Fundamental Rights: The Ninth Amendment» (1987) 38 *Hastings Law Review* 305, 343.

l'énumération des droits protégés dans le texte constitutionnel est forcément incomplète, les droits résiduels appartenant à l'individu sont ceux protégés par le Neuvième amendement[1307]. C'est en ce sens que l'on reconnaît que la Constitution comporte des valeurs morales et politiques[1308].

Certains autres pensent que l'article 26 de la *Charte canadienne* et le Neuvième amendement à la Constitution américaine, à l'instar de l'article 7 de la *Charte canadienne* et du Quatorzième amendement à la Constitution américaine, comporteraient tant un volet de droit procédural qu'un volet de droit substantiel. Bien que ces droits substantiels innomés ne soient pas identifiables, certains droits fondamentaux reposant sur des principes de justice et d'autonomie en ferait partie[1309]. Une chose est certaine, nous dit le professeur Benyekhlef «[s]i la vie privée ne constituait pas une valeur protégée par l'article 26, on voit mal quelle valeur le serait»[1310]. Le professeur Berger, un des principaux partisans de la *doctrine originaliste* d'interprétation des droits constitutionnels, considère que l'interprétation judiciaire qui n'est pas fidèle à l'intention originelle des rédacteurs de la Constitution constitue une usurpation de pouvoirs par la Cour suprême. Ainsi, le Neuvième amendement n'aurait été

[1307] Voir K. BENYEKHLEF, «L'article 26 de la Charte canadienne — Une négation constituionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 983, 1001. Voir aussi M. PRÉLOT et J. BOUILOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 19e éd., Paris, Dalloz, 1987, 60.

[1308] Voir S.C.R. McINTOSH, «On Reading the Ninth Amendment — A Reply to Raoul Berger» (1985) 28 *Howard Law Journal* 913.

[1309] Dans *Jurisprudence of Original Intention (1986)*, le professeur Mitchell affirmait ce qui suit: «These unenumerated rights include the right of association, the right to privacy, the presumption of innocence, the right to be convicted only upon a standard beyond a reasonable doubt, and the right to travel». Voir L. E. MITCHELL, «The Ninth Amendment and the "Jurisprudence of Original Intention"» (1986) 74 *Georgetown Law Journal* 1719, 1732.

[1310] K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Thémis, 1992, 36.

inséré dans le *Bill of Rights* que pour s'assurer que des modifications constitutionnelles formelles puissent être faites dans l'avenir[1311].

En somme, si dans l'ensemble, à l'exception peut-être du professeur Berger, la doctrine semble voir dans le Neuvième amendement une autorité favorisant l'activisme judiciaire et la protection de certains droits fondamentaux, la Cour suprême des États-Unis, quant à elle, semble avoir restreint la portée du Neuvième amendement au statut d'une règle interprétative[1312] qui ne s'applique qu'aux droits spécifiquement énoncés dans le *Bill of Rights*[1313]. Pis encore, depuis l'arrêt *Griswold (1965)*[1314], la Cour suprême a même minimisé le rôle du Neuvième amendement, préférant s'appuyer sur le Quatorzième amendement[1315], comme appui au droit constitutionnel au respect de la vie privée[1316]. Comme le soulignait si justement le professeur Benyekhlef «rien ne distingue le *Bill of Rights* de la *Charte canadienne* au plan des principes intrinsèques et de l'essence même des motivations politico-philosophiques qui

---

[1311] Ainsi s'exprimait-il: «In "retaining" the unenumerated rights, the people reserved to themselves power to add to or substract from the rights enumerated in the Constitution by the process of amendment exclusively confided to them by article V. If this be deemed supererogatory, be it remembered that according to Madison the Ninth Amendment itself was "inserted" merely for greater caution». Voir R. BERGER, «The Ninth Amendment» (1980) 66 *Cornell Law Review* 1, 14.

[1312] *Voir Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (j. Golberg); *Osborn* c. *United States*, 385 U.S. 323, 352-353 (1966)(j. Douglas); *Palmer* c. *Thomson*, 403 U.S. 217, 233 (1971) (j. Douglas).

[1313] La restriction de l'application du Neuvième amendement aux droits nommés a été réaffirmée a plusieurs reprises par le juge Douglas. Voir *Poe* c. *Ullman*, 367 U.S. 497, 516-517 (1961); *Freeman* c. *Plake*, 450 U.S. 1032 (1972); *Doe* c. *Bolton*, 410 U.S. 179, 210 (1973). Voir aussi N. REDLICH, «Are There Certain Rights ... Retained by the People?» (1962) 37 *New York University Law Review* 787, 810-811 où l'auteur affirme que le Neuvième amendement ne fait que définir les droits ancillaires aux garanties consitutionnelles spécifiquement énumérées.

[1314] *Griswold* c. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[1315] Voir *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973). Voir aussi *Doe* c. *Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

[1316] Voir *Stanley* c. *Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Law Student Civil Rights Research Council* c. *Wadmond*, 401 U.S. 154 (1971).

ont mené à leur rédaction [note supprimée]»[1317]. Ainsi, peut-on voir dans l'article 26 une règle interprétative qui «suppose un affranchissement du pouvoir judiciaire («judge-made law») de cette tradition de retenue longtemps entretenue par les tribunaux»[1318]. Cependant, comme on le verra dans la prochaine partie, le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois ne saurait être sans limites.

2. Le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois

Historiquement les tribunaux canadiens ont été déchirés entre l'application du principe de la primauté du droit et le respect de la *doctrine de la souveraineté du Parlement*[1319] qui empêchaient les juges de statuer que le

---

[1317] Dans *L'article 26 de la Charte canadienne — Une négation constitutionnelle du positivisme juridique? (1989)*, le professeur Benyekhlef affirmait que: «[l]'antériorité chronologique du *Bill of Rights* par rapport à la *Charte canadienne* n'est pas un facteur justifiant une distinction principielle. Les énoncés programmatiques quant aux droits et libertés de ces deux instruments relèvent de la même source [note supprimée]. Ceci ne signifie pas, comme nous le verrons, que les droits innommés aient une nature absolue. Le pouvoir judiciaire remplit alors une tâche d'équilibration». Voir K. BENYEKHLEF, «L'article 26 de la Charte canadienne — une négation constitutionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 983, 1002.

[1318] Voir K. BENYEKHLEF, «L'article 26 de la Charte canadienne — Une négation constitutionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 983, 988.

[1319] Le principe de la souveraineté du Parlement est le résultat de ces luttes, que nous décrivions dans le troisième chapitre de la première partie, entre le Parlement et le Roi et signifie essentiellement que le Parlement constitue l'autorité suprême de l'État. En théorie, il exprime l'absence de toute contrainte légale au pouvoir législatif. Ainsi le Parlement ou les assemblées législatives provinciales peuvent adopter des lois rétroactives ou qui vont à l'encontre du droit international, légaliser des actions étatiques qui seraient autrement illégales et même restreindre les droits fondamentaux des individus. En pratique, au Canada, il est soumis à deux importantes limitations: le partage des compétences entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales et la *Charte canadienne*. Toutefois, le Parlement et les assemblées législatives peuvent déroger à certaines garanties constitutionnelles — les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* — par l'utilisation de la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne*. Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 89-95; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., tome I, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, 298-300.

Parlement ou une assemblée législative provinciale avait outrepassé ses compétences législatives. Dogme fondamental du parlementarisme britannique, le principe de la souveraineté du Parlement niait aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi du Parlement ou encore de la considérer comme nulle ou inconstitutionnelle[1320].

Au Canada, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait consacré la doctrine de la souveraineté du Parlement. Aussi, la structure politique fédérale du gouvernement s'opposait à cet absolutisme conceptuel et favorisait une atténuation de principe afin de permettre aux tribunaux d'exercer un contrôle juridictionnel de l'activité législative du Parlement et des assemblées législatives provinciales. Plusieurs auteurs de la doctrine, dont Dicey, ont tenté de réconcilier le pouvoir de contrôle juridictionnel de l'activité étatique et le principe de la souveraineté du Parlement, mais on peut, à l'instar du professeur Tremblay de l'Université de Montréal, expliquer ce pouvoir de contrôle juridictionnel en affirmant simplement que la limitation des pouvoirs de l'État est implicite à la structure politique canadienne. Ainsi, le fédéralisme[1321] et l'*Acte relatif à la validité des lois coloniales (1865)* [*Colonial Validity Act (1865)*][1322] — qui subordonnait les lois canadiennes à la conformité avec les lois

---

[1320] Dans *Introduction of the Study of the Constitution*, Dicey affirmait ce qui suit: «Thirdly, there does not exist in any part of the British Empire any person or body of persons, executive, legislative or judicial, which can pronounce void any enactment passed by the British Parliament on the ground of such enactment being opposed to the constitution, or on any ground whatever, except, of course, its being repealed by Parliament». Voir A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9e éd., Londres, MacMillan and Co., 1952, 90-91.

[1321] Les conflits juridictionnels étant inévitables entre les deux niveaux de gouvernement, on peut concevoir difficilement que la résolution de ceux-ci peuvent se faire sans l'apport des tribunaux. Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 191.

[1322] La *Colonial Laws Validity Act*, adoptée par le Parlement britannique en 1865, requérait la conformité des lois coloniales avec les lois impériales et consacrait ainsi le pouvoir de contrôle

britanniques — avaient déjà consacré l'existence du pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux[1323].

C'est donc dire qu'au moment de la formation de la fédération canadienne en 1867, le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois constituait déjà un précepte fondamental sur lequel reposait la *Loi constitutionnelle de 1867*[1324]. C'est sur cette base que la Cour

---

juridictionnel des tribunaux canadiens et britanniques. Dans son ouvrage intitulé *Droit constitutionnel — Principes (1993)*, le professeur Tremblay de l'Université de Montréal explique que la *Colonial Laws Validity Act* consacrait l'existence du contrôle judiciaire: «Sur la base du *Colonial Laws Validity Act*, le *judicial review* des lois trouvait son fondement légal, du moins en 1867 [note supprimée]. Bien qu'il consacrait la souveraineté législative du Canada, le *Statut de Westminster (1931)* maintenait la *Colonial Laws Validity Act* pour les fins de l'application de la *Loi constitutionnelle de 1867*». Selon le professeur Tremblay, la conséquence qu'il faut en tirer est la suivante: «Ainsi, toute loi, fédérale ou provinciale, incompatible avec ces articles et qui modifiait le partage des pouvoirs était illégale parce que non conforme à une loi impériale qui était protégée, toujours pour partie, par la *Colonial Laws Validity Act* [note supprimée]». Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 194.

[1323] Bien qu'après l'adoption du *Statut de Westminster (1931)*, le Parlement et les législatures provinciales auraient pu accorder ce pouvoir de contrôle juridictionnel des lois à une institution autre que la Cour suprême, l'attribution de cette compétence lui a été expressément conférée en 1949 par la *Loi sur la Cour suprême*. Voir *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, L.C. 1949, c. 37. Voir aussi *British Coal Corp.c. R.*, [1933] A.C. 500; *Renvoi relatif à la loi visant la modification de la Loi sur la Cour suprême du Canada*, [1940] R.C.S. 49, conf. par. [1947] A.C. 127. Voir généralement W.S. LIVINGSTON, «Abolition of Appeals from Canadian Courts to the Privy Council» (1950-51) 64 *Harvard Law Review* 104; F.R. SCOTT, W de B. FARRIS et D.M. GORDON, «Abolition of Appeals to the Privy Council — A Symposium» (1947) 25 *Revue du Barreau canadien* 557.

[1324] Dans *Droit constitutionnel — Principes (1993)*, le professeur Tremblay de l'Université de Montréal affirmait ce qui suit: «En conséquence, en 1867, lorsque les hommes politiques regroupèrent, dans un système de gouvernement, les provinces de l'Amérique du Nord Britannique, qui étaient alors des colonies britanniques, ils ne pouvaient certes pas exclure, à cause précisément du contexte colonial, le droit des tribunaux d'assurer la conformité de la législation coloniale à la législation impériale». Dans *The Canadian Constitution and the Courts (1988)*, Strayer cite l'ancien secrétaire aux colonies pour qui le pouvoir de contrôle des lois par les tribunaux ne saurait faire de doute: «As matters now stood if the legislature of Canada acted *ultra vires*, the question would be first be raised in the Colonial Law Courts; and would ultimately be settled by the Privy Council at home». D'ailleurs le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par le comité judiciaire du Conseil privé avait été spécifiquement reconnu par *An Act of the Better Administration of Justice in His Majesty's Privy Council*, 1833 (U.K.), 3-4- Will IV, c. 41 qui faisait

suprême a déclaré inconstitutionnelles les lois qui visaient à soustraire les activités gouvernementales au pouvoir de contrôle des tribunaux[1325].

La *Loi constitutionnelle de 1982* a expressément enchâssé — dans son préambule et à l'article 52 — le pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Si aujourd'hui le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux ne saurait faire aucun doute, son étendue soulève cependant de vives controverses puisque, dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, les tribunaux doivent de plus en plus faire appel à des considérations qui ne sont pas exclusivement d'ordre juridique[1326]. La controverse récente suscitée par les arrêts *Feeney (1997)*[1327],

---

du comité judiciaire du Conseil privé la plus haute autorité judiciaire de l'Empire britannique. Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 192; B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts — The Function and Scope of Judicial Review*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988. Voir aussi *Campbell c. Hall*, [1774] Cowp. 204; 98 E.R. 1045 (K.B.).

[1325] La Cour suprême a déjà statué qu'une loi provinciale visant à soustraire les activités gouvernementales au pouvoir de contrôle des tribunaux était inconstitutionnelle. Voir *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Les «clauses privatives» de l'autorité judiciaire et l'octroi d'immunité ou de pouvoirs discrétionnaires illimités ne peuvent avoir pour effet de supprimer le pouvoir de contrôle judiciaire. Voir *British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric*, [1962] R.C.S. 642; *Farrell c. Workmen's Compensation Board* (1961), [1962] R.C.S. 48; *Jarvis c. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425; *Association des employés de radio et télévision du Canada (S.C.F.P.-C.T.C.) c. S.R.C.*, [1975] 1 R.C.S. 118; *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1986] 2 R.C.S. 539. Voir cependant *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *R.c. White* (1955), [1956] R.C.S. 154.

[1326] Voir A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 196. Voir aussi M. MANDEL, *La Charte canadienne des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par H. JUST, Montréal, Boréal, 1996; P.J. MONAHAN, «At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism» (1984) 34 *University of Toronto Law Journal* 47; B. SLATTERY, «Books Reviewed — Are Constitutional Cases Political?» (1989) 11 *Supreme Court Law Review* 507.

[1327] *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

Vriend (1998)[1328], *Ewanchuk (1999)*[1329] et *M. c. H. (1999)*[1330] suffit à nous convaincre que la population canadienne ne compose que très difficilement avec cette nouvelle réalité qui fait des tribunaux — et plus particulièrement de la Cour suprême du Canada — un catalyseur des rapports sociaux. La question qui se pose à ce point de notre raisonnement est la suivante : y a-t-il des limites au pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux? Dans l'affirmative, quelles sont-elles?

Nous ne pouvons que répondre par l'affirmative puisque, en plus de la longue tradition de retenue judiciaire — qui reconnaissait le *principe de la souveraineté du Parlement* — qui a historiquement caractérisé l'interprétation des droits constitutionnels par la Cour suprême du Canada, la présomption de la constitutionnalité des lois et la règle du précédent ou du *stare decisis* constituent incontestablement des limites au pouvoir d'appréciation des tribunaux sur la constitutionnalité des lois.

La présomption de constitutionnalité des lois exprime à la fois une idée de retenue judiciaire et de nécessité d'assurer l'ordre juridique en n'invalidant que les lois ou les dispositions législatives qui contreviennent directement à une garantie constitutionnelle[1331]. La présomption de constitutionnalité des lois

---

[1328] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

[1329] *R c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S.C 330. Bien que cet arrêt ne soulevait pas la constitutionnalité d'une disposition législative spécifique, il est utile de le mentionner puisqu'il s'agit de celui qui a été l'élément déclencheur de la polémique qui opposait le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta et le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada.

[1330] *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

[1331] Dans l'arrêt *Stoke-Graham (1985)*, le juge Dickson remarquait que «[...] la Cour n'est pas obligée de répondre aux questions constitutionnelles si elle peut disposer du pourvoi sans le faire». Voir *Stoke-Graham c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 106, 121 (j. Dickson). Voir aussi *Citizens Insurance Co.*

postule que le Parlement ou l'assemblée législative a agi dans les limites de ses compétences législatives. Dans l'arrêt *Metropolitan Stores (1987)*[1332], le juge Beetz , qui s'exprimait pour la Cour, a indiqué qu'en plus de son sens littéral, selon lequel «[...] une disposition législative attaquée en vertu de la *Charte* doit être présumée conforme à celle-ci et, en conséquence, pleinement opérante», la présomption de constitutionnalité avait deux autres sens.

Elle constitue aussi une règle procédurale selon laquelle il revient à celui qui conteste la constitutionnalité d'une loi, au stade de la confrontation de la mesure législative avec la garantie constitutionnelle, d'en établir le bien-fondé[1333]. Ensuite, «[d]ans un autre sens, la «présomption de constitutionnalité» est la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière conforme à la Constitution»[1334]. Cela signifie qu'entre deux interprétations possibles, l'une impliquant la validité et

---

c. *Parsons* (1880), [1881] R.C.S. 215, conf. par [1881-82] 7 A.C. 96; *Hodge* c. *R.* (1883-84) 9 A.C. 117, 128; *Proprietary Articles Trade Association* c. *Canada (A.G.)*, [1931] A.C. 310, 316; *Alberta (A.G.)* c. *Canada (A.G.)*, [1939] A.C. 117, 129; *R.* c. *Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, 978 (j. Pigeon); *R.* c. *Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, 992 (j. Pigeon); *Bisaillon* c. *Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 71(j. Beetz); *Law Society of Upper Canada* c. *Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 383 (j. Estey); *Singh* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, 200 (j. Wilson). Voir cependant *Schachter* c. *Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

[1332] De l'avis de la Cour cependant, la présomption de constitutionnalité comprise dans son sens littéral est incompatible avec le caractère innovateur et évolutif du texte constitutionnel. Le tribunal doit plutôt prendre en considération l'intérêt public apprécié à la lumière de la prépondérance des inconvénients et déterminer les effets qu'aurait la suspension de la loi ou d'une partie de celle-ci. Voir *Manitoba (P. G.)* c. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 122 (j. Beetz).

[1333] Il importe de faire cette distinction puisque la *Cour Dickson (1984-1990)* a reconnu qu'il incombait au ministère public de justifier, par prépondérance de preuve, que la mesure législative constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte canadienne. Voir *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 137.

[1334] *Manitoba (P.G.)* c. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 125.

l'autre qui l'écarte, le tribunal doit retenir la première qualification[1335]. Cela veut aussi dire que lorsqu'une loi est libellée en termes suffisamment larges pour englober des objets qui dépassent la compétence du Parlement ou d'une assemblée législative provinciale, le tribunal peut en restreindre le champ d'application — en faisant une lecture atténuée («reading down»)[1336] ou en écartant les aspects inconstitutionnels[1337] — de façon à préserver son caractère constitutionnel.

[1335] Voir *Renvoi relatif à l'Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, 535 (j. Kerwin); *Mackay* c. *R.*, [1965] R.C.S. 798, 803-804 (j. Cartwright); *Deloitte Haskins & Sells Ltd* c. *Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, 806 (j. Wilson). Voir aussi A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993, 196-201; J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, 77-85; D. PINARD, «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1990) 35 *Revue de droit de McGill* 305; J. E. MAGNET, «The Presumption of Constitutionality» (1980) *Osgoode Hall Law Journal* 87.

[1336] *Manitoba (Procureur général)* c. *Metropolitan Stores ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 125.

[1337] Dans *Constitutional Law of Canada*, Peter Hogg affirme que l'interprétation atténuée («reading down») est une technique corollaire au principe de la retenue judiciaire. Voir P. HOGG, *Constitutional Law in Canada*, 3e éd., (édition à feuilles volantes), Scarborough (Ont.), Carswell, 395. Voir aussi *Québec North Shore Paper Co.* c. *C.P. Ltée (1976)*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *Derrickson* c. *Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *R.* c. *Edwards Books and Art Ltd.*,[1986] 2 R.C.S. 713, 811 (j. Wilson). Il faut toutefois que le texte législatif soit susceptible de division, c'est-à-dire qu'il conserve une certaine cohérence après le retranchement de la disposition législative jugée inconstitutionnelle. Le tribunal doit être convaincu que le Parlement ou l'assemblée législative provinciale aurait promulgué le texte législatif en l'absence des dipositions législatives ainsi retranchées. Voir *Alberta (A. G.)* c. *Canada (A. G.)*, [1947] A.C. 503, 518. C'est en appliquant ce principe que la *Cour Dickson (1984-1990)* a refusé — dans l'arrêt *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S.30 — , de retrancher que les exigences procédurales établies par l'article 251 du *Code criminel*. Cette technique de l'interprétation atténuée ne permettrait cependant pas aux tribunaux d'ajouter des critères qui combleraient les lacunes législatives, à moins que l'objectif législatif ne puisse le permettre. Voir *Hunter* c. *Southam* Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, 169 (j.c. Dickson); *Manitoba* c. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 125 (j. Beetz); *Slaight Communications Inc.* c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1077-1078 (j. Lamer); *Schachter* c. *Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. En ce qui concerne l'effet de la présomption de validité d'une loi en regard de la *Charte canadienne* pendant un appel, voir S. LÉTOURNEAU, «L'autorité d'un jugement prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi» (1989) 23 *Revue juridique Thémis* 173.

Selon la règle du précédent, ou du *stare decisis*, les tribunaux sont liés par les principes judiciaires énoncés dans les décisions antérieures qui ont tranché des questions identiques ou semblables à celles faisant l'objet de l'examen du tribunal[1338]. Selon Christian Bourbonnais Hyde[1339], on regroupe sous cette appellation deux types de précédents: les *précédents persuasifs* — toutes les décisions des tribunaux britanniques postérieures à 1949 ainsi que celles de la Cour suprême des États-Unis concernant l'application du *Bill of Rights*[1340] — et

---

[1338] Voir généralement C. BOURBONNAIS HYDE, «La règle du précédent», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997, 69; P. McCORMICK, «The Evolution of Coordonate Precedential Authority in Canada: Interprovincial Citations of Judicial Authority, 1922-1992» (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 271; A. MAYRAND, «L'autorité du précédent au Québec» (1994) 28 Revue juridique Thémis 771; D. LAMBERT, «*Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta*» (1993) *The Advocate* 689; R. CROSS et J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991; J.J. EISENHOWER, «Four Theories of Precedent and its Role in Judicial Decisions» (1988) 61 *Temple Law Review* 871; J. EVANS, «Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century», dans L. GOLDSTREIN (dir.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press,1987; R. BRONAUGH, «Persuasive Precedent», dans L. GOLDSTREIN (dir.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987; H.P. GLENN, «Persuasive Authority» (1986-87) 32 *Revue de droit de McGill* 261; J.D. MURPHY et R. RUETER, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterworths, 1981; BALE, «Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent» (1980) 58 *Revue du Barreau canadien* 255; G.F. CURTIS, «*Stare Decisis* at Common Law» (1978) 12 *University of British Columbia Law Review* 1; M.R. MacGUIGAN, «Precedent and Policy in the Supreme Court» (1967) 45 *Revue du Barreau canadien* 627; A.T. DENNING, *From Precedent to Precedent*, Oxford, Clarendon Press, 1959; P.J. FITZERALD (dir.), *Salmond on Jurisprudence*, 12e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1966; W. FRIEDMAN, «*Stare decisis* at common law and Under the Civil Code of Québec» (1953) 31 *Revue du Barreau canadien* 723; T.E. LEWIS, «The History of Judicial Precedent» (1932) 48 *Law Quarterly Review* 230; T.E. LEWIS, «The History of Judicial Precedent» (1931) 47 *Law Quarterly Review* 411; T.E. LEWIS, «The History of Judicial Precedent» (1930) 46 *Law Quarterly Review* 207.

[1339] Voir C. BOURBONNAIS HYDE, «La règle du précédent», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997, 69. Voir aussi P.J. FITZGERALD (dir.), *Salmond on Jurisprudence*, 12e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1966, 142.

[1340] Voir *Renvoirelatif à l'Organisation des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, 1234, 1291 (les décisions du comité judiciaire du Conseil privé postérieures à 1949 ne constituent qu'un précédent persuasif); *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1190-1196 (les décisions du comité judiciaire du Conseil privé postérieures à 1949 ne constituent qu'un précédent persuasif). Voir généralement R. BRONAUGH, «Persuasive Precedent», dans L. GOLDSTEIN (dir.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987; H.P. GLENN, «Persuasive Authority» (1986-87) 32 *Revue de droit de McGill* 261.

les *précédents obligatoires* — toutes les décisions des tribunaux britanniques antérieures à 1949 ainsi que toutes les décisions des tribunaux hiérarchiquement supérieurs[1341].

La question essentielle qui se pose est celle de savoir si la Cour suprême du Canada est liée par ses propres jugements. Du début du siècle — avec l'arrêt *Stuart (1909)*[1342] — à la fin des années cinquante — avec le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (1957)*[1343] —, la Cour suprême du Canada s'est considérée liée par ses propres jugements. Aujourd'hui, la Cour suprême se considère tout à fait libre de réviser ou de modifier les principes judiciaires établis par ses décisions antérieures si elle a des «raisons impérieuses» de le faire. L'incompatibilité d'une règle de *common law* avec la *Charte canadienne*[1344], l'atténuation d'un précédent par des modifications successives[1345], la réforme du droit pour s'adapter aux changements survenus dans la société[1346] et

---

[1341] Le principe du précédent obligatoire ne reçoit application que dans les cas où le tribunal est hiérarchiquement supérieur à celui qui examine les questions des faits. En d'autres termes, les fins de la justice ne seraient certainement pas bien servies si un tribunal d'instance inférieure n'était pas lié par les décisons d'un tribunal hiérarchiquement supérieur qui a le pouvoir de renverser ses décisions. C'est ce qui explique, comme l'a statué la *Cour Laskin (1973-1984)* dans l'arrêt *Wolfe (1975)* qu'une cour d'appel provinciale n'est pas tenue de suivre les décisions des cours d'appel des autres provinces. Voir *Wolfe c. R.* (1974), [1975] 2 R.C.S. 107.

[1342] *Stuart c. Bank of Montreal,* [1909] R.C.S. 516, conf. par [1911] A.C. 120 (P.C.).

[1343] *Renvoi relatif à The Farm Products Act,* [1957] R.C.S. 198, 212.

[1344] Voir *R. c. Salituro,* [1991] 3 R.C.S. 654, 665; *R. c. Tutton,* [1989] 1 R.C.S. 1392, 1410-1411.

[1345] Voir *R. c. Leary* (1977), [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Papajohn,* [1980] 2 R.C.S. 120. Voir aussi *Sansregret c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson,* [1987] 1 R.C.S. 918.

[1346] Dans l'arrêt *Watkins (1989)*, le juge McLachlin tenait des propos sur le rôle des tribunaux qui ne sauraient laisser aucune ambiguïté sur sa pensée: «Cette partie du pourvoi, vue de cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de

l'adaptation des règles procédurales[1347] constituent des «raisons impérieuses» qui justifient la modification d'un principe judiciaire préalablement établi[1348]. Comme le soulignait le juge en chef Lamer, qui parlait en son nom dans l'arrêt *B. (R.) (1995)*, «[l]a souplesse des principes qu'elle véhicule [la *Charte canadienne*] ne nous autorise pas [les juges] à en dénaturer les sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepasse l'intention manifeste de ses rédacteurs»[1349].

---

modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis. Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire de modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La Cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera pour la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en oeuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le principe le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit» (accentuation ajouté). Voir *Watkins* c. *Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, 760-761 (j. McLachlin). Voir aussi *R.* c. *Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 666 (j. Iacobucci); *R.* c. *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R.* c. *Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Ares* c. *Venner*, [1970] R.C.S. 608.

[1347] Voir *R.* c. *B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R.* c. *Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

[1348] Voir *Brant Dairy Co.* c. *Ontario (Milk Commission; Milk Marketing Board)*, [1973] R.C.S. 131, 152-153; *Paquette* c. *R.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 189, 197; *McNamara Construction (Western) Ltd.* c. *R.*, [1977] 2 R.C.S. 654, 661; *Keizer* c. *Hanna et Buch*, [1978] 2 R.C.S. 342, 347; *Vetrovec* c. *R.*, [1982] 1 R.C.S. 811, 830; *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* c. *Rainville*, [1982] 2 R.C.S. 518, 527; *Argentine* c. *Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, 547; *Clark* c. *C.N.*, [1988] 2 R.C.S. 680; *R.* c. *Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, 850; *R.* c. *Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, 1410-1411; *Central Alberta Dairy Pool* c. *Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *R.* c. *Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 665; *R.* c. *Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R.* c. *Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R.* c. *B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; R. c. Feeney, [1997] 2 R.C.S. 13. Voir aussi C. BOURBONNAIS HYDE, «La règle du précédent», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *Éléments de common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997, 86.

[1349] Voir *B. (R.)* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 337 (j. c. Lamer). Voir aussi *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (j. McIntyre).

En d'autres termes, si nous acceptons d'emblée la proposition voulant que les juges ne soient pas liés à la conception originelle de la garantie constitutionnelle examinée, nous estimons néanmoins qu'ils ne peuvent pas simplement adopter des principes judiciaires qui reflètent leurs conceptions morales ou leurs préférences personnelles; ils doivent, au contraire, s'appuyer sur les précédents et interpréter les garanties constitutionnelles en justifiant leurs décisions par la structure politique, la tradition historique ainsi que dans les principes moraux communautaires[1350]. C'est sur cette base que nous avons constaté l'inadéquation du modèle analytique fondé sur l'ensemble des circonstances — adopté tant par la Cour suprême des États-Unis que par la Cour suprême du Canada — avec la protection constitutionnelle.

(b) L'inadéquation du modèle analytique fondé sur l'ensemble des circonstances

Il ne fait aucun doute que dans la société industrielle moderne, la nécessité d'assurer le respect des lois justifie une certaine intrusion dans la vie privée des individus afin d'assurer la réalisation et l'efficience des lois et des normes sociales[1351]. Il s'ensuit que ce ne sont pas toutes les attentes des individus

---

[1350] La proposition que faisait Ronald Dworkin dans *Law's Empire (1986)* voulant que les juges doivent tenir compte de l'adéquation de sa contribution avec l'ensemble de la structure juridique et morale émanant de l'interprétation constitutionnelle — en faisant une analogie entre les juges et une série d'auteurs qui écriraient, à des époques différentes, les chapitres d'un même roman — est un moyen acceptable de concilier le principe de la souveraineté du Parlement et le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois. Ce critère, qu'il appelle le «fit test», exige que l'interprétation donnée à une garantie constitutionnelle puisse se rattacher logiquement à son historique législatif et jurisprudentiel. Voir R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1986, 228-242.

[1351] Dans *Thomson Newspapers Ltd. (1990)*, le juge La Forest affirmait ce qui suit: «Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de

en matière de vie privée qui doivent être protégées mais seulement celles qui sont compatibles avec l'intérêt de la collectivité[1352]. La question essentielle consistera donc à jauger la compatibilité des intérêts opposés de l'État et des individus. Cette détermination de la compatibilité relative des intérêts se fera en déterminant un barème de *raisonnabilité*, lequel aura comme principale fonction de moduler les exigences constitutionnelles en fonction du contexte dans lequel la revendication prendra naissance[1353]. L'attente en matière de vie privée est une notion très relative qui variera selon qu'il s'agisse du respect de l'intégrité physique et morale d'un individu, du respect du domicile ou du

---

la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs». Voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 507. Voir aussi A.D. REID et A.H. YOUNG, «Administrative Search and Seizure Under the *Charter*» (1985) 10 *Queen's Law Journal* 392.

[1352] Dans l'arrêt *Hunter (1984)*, le juge Dickson convenait en ces termes que le droit au respect de la vie privée n'était pas sans limites: «[...] il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi». Dans l'arrêt *Dyment* (1988), le juge La Forest réitérait cette conception: «Naturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi, et c'est justement ce que l'art. 8 vise à réaliser». Dans l'arrêt *Edmonton Journal (1989)*, le juge Wilson exprimait la même idée: «Il convient cependant de souligner que même les plus ardents défenseurs de l'importance d'un droit à la vie privée n'affirment pas qu'il s'agit d'un droit absolu (...) Bien que la Cour [suprême] ait reconnu la nécessité de protéger la vie privée, elle a également toujours affirmé que «[n]aturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie sociale, et en particulier celles de l'application de la loi». Dans l'arrêt *Plant (1993)*, le juge Sopinka indique: «Les limites de l'action étatique sont déterminées en pondérant le droit des citoyens au respect d'une attente raisonnable en matière de vie privée et le droit d'assurer l'application de la loi». Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1988] 2 R.C.S. 145,159; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 428; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1363; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 291.

[1353] Sur la détemination du barème de raisonnabilité, voir notamment Y. DETROWSKI, *La légalité des intrusions de l'État: Réflexion sur le critère des motifs raisonnables de croire*, Ste-Foy, Thèse de maîtrise, Université Laval, 1996; A.-R. NADEAU, *Portée de la protection constitutionnelle face aux risques d'intrusion dans la vie privée des particuliers: détermination du barème de raisonnabilité*, Mémoire de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1994-95; K. MURRAY, «The Reasonable Expectation of Privacy Test and the Scope of Protection Against Unreasonable Search and Seizure Under Section 8 of the Charter of Rights and Freedoms» (1987) 18 *Ottawa Law Review* 25.

respect des informations personnelles. Historiquement, on l'a vu, tant en *common law* qu'en droit constitutionnel, les intérêts du droit à la vie privée étaient intimement liés aux intérêts de propriété.

Aux États-Unis, la méthode d'interprétation du droit au respect de la vie privée a aussi fait l'objet de vives controverses en ce qui concerne les immixtions dans les lieux ainsi que les immixtions sur la personne des individus[1354]. En ce qui a trait à la protection des lieux, la *Cour Waite (1874-1888)* établissait, dans l'arrêt *Boyd (1886)*[1355], le principe judiciaire que tant le Quatrième que le Cinquième amendements protégeaient le droit constitutionnel au respect de la vie privée. Dans la séquence d'arrêts *Olmstead (1928)*[1356] — *Silverman (1961)*[1357], la Cour suprême subordonnera la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée aux intérêts de propriété ou de possession. Ainsi, pour que puisse s'appliquer la protection constitutionnelle, il était nécessaire de

---

[1354] Le Quatrième amendement comporte deux clauses distinctes et permet deux interprétations possibles. Personne ne conteste la légalité de certaines immixtions sans mandat de perquisition, comme par exemple les fouilles accessoires à une arrestation légale qui s'appuie sur une règle de la *common law* historiquement reconnue. La controverse concerne plutôt l'étendue de l'interprétation du Quatrième amendement et plus particulièrement la question de savoir si les deux clauses de l'amendement ont un caractère disjonctif ou conjonctif. La première interprétation («the reasonableness approach») veut que l'on lise les deux clauses de manière disjonctive alors que la seconde interprétation («the warrant rule approach») veut qu'on lise les deux clauses de manière conjonctive. Une lecture conjonctive signifierait que les seules immixtions raisonnables sont celles qui satisfont aux exigences de la seconde clause, c'est-à-dire effectuées en vertu d'un mandat décerné par une personne indépendante sur la base de motifs raisonnables de croire. Une lecture disjonctive signifierait qu'il peut y avoir deux types d'immixtions: les immixtions avec mandat, auquel cas les exigences de la seconde clause doivent être satisfaites et les immixtions sans mandat effectuées en vertu de la première clause. Ainsi, selon l'interprétation conjonctive, une immixtion de l'État sans mandat est en soi abusive. L'interprétation de la Cour suprême des États-Unis vacillera entre ces deux tendances. Le principe judiciaire a été modifié au gré des différentes majorités qui composaient la Cour.

[1355] *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616, 627 (1886).

[1356] *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[1357] *Silverman c. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

démontrer qu'une intrusion effective avait eu lieu. Ce sera la *Cour Warren (1953-1969)*, dans les arrêts *Warden (1967)*[1358] et *Katz (1967)*[1359], qui renversera ce principe judiciaire en statuant que le Quatrième amendement protégeait les individus et non les lieux. La *Cour Burger (1963-1969)*, dans l'arrêt *Rakas (1978)*[1360], et la *Cour Rehnquist (1986-)*, dans l'arrêt *Wilson (1997)*[1361], ressusciteront ce critère et affirmeront que les attentes que la société est prête à reconnaître sont celles qui se dégagent des intérêts de propriété.

En ce qui à trait à la protection offerte à la personne, après une valse-hésitation qui s'étendra sur plusieurs décennies, la *Cour Vinson (1946-1953)* a établi ce qu'il est convenu d'appeler la *règle Harris (1947)*[1362] — *Rabinowitz (1950)*[1363], selon laquelle la détermination de la *raisonnabilité* d'une immixtion étatique dépend non pas de l'existence d'un mandat de perquisition mais plutôt de *l'ensemble des circonstances*. En 1969, la *Cour Warren (1953-1969)* réaffirmera — dans l'arrêt *Chimmel (1969)*[1364] — le principe judiciaire faisant du mandat une exigence fondamentale pour la détermination de la *raisonnabilité* des immixtions étatiques. La *Cour Burger (1969-1984)* était

---

[1358] Le juge Brennan observait ce qui suit: «The premise that property interests control the right of the Government to search and seize has been discredited [...] We have recognized that the principal object of the Fourth Amendment is the protection of privacy rather than the property, and have increasingly discarded fictional and procedural barriers rested on property concepts».. Voir *Warden c. Hayden*, 387 U.S. 294, 304 (1967).

[1359] Dans ses motifs concurrents, le juge Harlan proposa un test en deux étapes: d'abord, l'individu doit avoir démontré une attente subjective en matière de vie privée puis, cette attente doit être l'une que la société est prête à reconnaître comme étant raisonnable. Voir *Katz c. United States*, 389 U.S. 347, 353 (1967).

[1360] *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

[1361] *Maryland c. Wilson*, (n° 95-1268)(19 février 1997).

[1362] *Harris c. Unites States*, 331 U.S. 145 (1947)

[1363] *United States c. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950).

[1364] *Chimel c. California*, 395 U.S. 752, 761 (1960).

fortement divisée sur cette question. Favorisant d'abord la règle de l'autorisation préalable, elle adopta graduellement — guidée par la doctrine des attentes raisonnables en matière de vie privée — une *approche fondée sur l'ensemble des circonstances* qui rappelle la *règle Harris (1947)*[1365] — *Rabinowitz (1950)*[1366] et multipliera les exceptions à l'exigence du mandat.

La *Cour Rehnquist (1986-)* manifestera sa préférence pour *l'approche de l'ensemble des circonstances* en confinant l'exigence du mandat aux renvendications constitutionnelles qui prennent naissance dans le contexte du droit criminel. Les exceptions à la règle faisant du mandat une exigence fondamentale ont pullulé. La plus importante catégorie d'exceptions est celle qui étend la définition de fouille administrative aux situations nécessitant «special needs beyond the normal need of law enforcement» qui permet dorénavant à l'État d'obvier à l'application des garanties constitutionnelles dans plusieurs situations qui étaient protégées.

À l'instar de la *Cour Warren (1953-1969)* — avec l'arrêt *Katz (1967)*[1367] — la *Cour Dickson (1984-1990)* établissait — avec l'arrêt *Hunter (1984)*[1368] — le principe judiciaire fondamental voulant qu'une immixtion étatique effectuée sans autorisation préalable soit à première vue inconstitutionnelle. Cependant, à l'instar de la *Cour Rehnquist (1986-)*, la *Cour Lamer (1990-2000)* semble avoir adopté cette *approche américaine de l'ensemble des circonstances* qui fait des intérêts de propriété la pierre angulaire de la protection constitutionnelle

---

[1365] *Harris c. United States*, 331 U.S. 145 (1947).

[1366] *United States c. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950).

[1367] *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

[1368] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

du droit au respect de la vie privée.

Si la *Cour Lamer (1990-2000)* avait évoqué, pour la première fois, cette approche fondée sur l'ensemble des circonstances dans l'arrêt *Plant (1993)*[1369], c'est véritablement avec l'arrêt *Edwards (1996)*[1370] que se fera la consécration de cette méthode d'interprétation des droits constitutionnels. De fait, dans les arrêts *Edwards (1996)*[1371] et *Belnavis (1997)*[1372], la *Cour Lamer (1990-2000)* a tacitement renversé le principe judiciaire qu'elle avait affirmé dans l'arrêt *Hunter (1984)*[1373] dans lequel elle affirmait que l'article 8 de la *Charte canadienne* protège les personnes et non les lieux. Dans ces deux affaires, bien qu'elle ait rappelé son adhésion à l'énoncé judiciaire de l'arrêt *(1984)*[1374], elle a, de fait, adopté le principe judiciaire voulant qu'il y ait une corrélation directe entre les attentes d'un individu en matière de vie privée et les intérêts de propriété qu'il possède à l'égard du lieu où se produit l'immixtion.

Dans l'arrêt *Edwards (1996)*[1375], s'est posée la question de savoir si un individu pouvait raisonnablement s'attendre au respect de son droit à la vie privée dans l'appartement d'un tiers relativement à de la drogue saisie. S'exprimant pour la majorité, le juge Cory a conclu que l'accusé n'avait aucun droit à la vie privée relativement aux biens saisis puisqu'il avait nié que la drogue

---

[1369] *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[1370] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

[1371] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

[1372] *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341

[1373] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1374] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[1375] *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

lui appartenait et qu'il n'avait aucun intérêt de propriété dans l'appartement du tiers où se trouvait les biens saisis[1376]. S'exprimant pour la majorité, le juge Cory étayait un test d'appréciation subjectif qui a pour effet de conférer une discrétion judiciaire absolue aux juges chargés d'examiner des revendications constitutionnelles se fondant sur le droit constitutionnel au respect de la vie privée[1377]. Bien que partageant la conclusion de la majorité en ce qui a trait au pourvoi, le juge La Forest se disait en désaccord avec les motifs de la majorité et s'inquiétait des répercussions du principe judiciaire établi dans cet arrêt en

---

[1376] Le juge Cory affirmait que l'accusé n'était qu'un visiteur qui résidait dans cet appartement à l'occasion sans contribuer au paiement du loyer ou aux dépenses du ménage et ne possédait pas les clefs de l'appartement qui auraient pu lui permettre d'en régir l'accès. Or nous dit le juge Cory, citant *The Oxford English Dictionary*, «Un aspect important du droit à la vie privé («privacy») dans un lieu est la capacité d'en interdire l'accès à autrui». Voir *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, 147.

[1377] Ainsi s'exprimait-il: «Un examen des arrêts récents de notre Cour et de ceux de la Cour suprême des États-Unis, que j'estime convaincants et applicables à bon droit à la situation dont nous sommes saisis, indique qu'il est possible de dégager certains principes quant à la nature du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti par l'art. 8. J'estime qu'ils peuvent être résumés de la façon suivante: 1.Une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) ne peut être présentée que par la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 619. 2. Comme tous les droits garantis par la *Charte*, l'art. 8 est un droit personnel. Il protège les personnes et non les lieux. Voir *Hunter*, précité. 3. Le droit d'attaquer la légalité d'une fouille ou perquisition dépend de la capacité de l'accusé d'établir qu'il y eu violation de son droit personnel à la vie privée. Voir *Pugliese*, précité. 4. En règle générale, deux questions distinctes doivent être posées relativement à l'art. 8. Premièrement, l'accusé pouvait-il raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée? Deuxièmement, si tel est le cas, la fouille ou la perquisition a-t-elle été effectuée de façon raisonnable par la police? Voir *Rawlings*, précité. 5. L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances. Voir *Colarusso*, précité, à la p. 54, et *Wong*, précité, à la p. 62. 6. Les facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances incluent notamment: (i) la présence au moment de la perquisition; (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition; (iii) la propriété du bien ou du lieu; (iv) l'usage historique du bien ou de l'article; (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui; (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée; (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif. Voir *United States c. Gomez*, 16 F.3d 254 (8th Cir. 1994), à la p. 256. 7. Si l'accusé établit l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut alors, dans un deuxième temps, déterminer si la perquisition ou la fouille a été effectuée de façon raisonnable». Voir *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, 145-146 (j. Cory).

ce qu'il diminuait considérablement la protection constitutionnelle offerte au droit au respect de la vie privée[1378]. Mais c'est véritablement dans ses propos dissidents de l'arrêt *Belnavis (1997)*[1379] — qu'on serait tenté de considérer comme son testament juridique relativement au droit au respect de la vie privée —, que le juge La Forest constatait la résurgence des concepts légalistes qui font des intérêts de propriété et de possession le point d'ancrage de la protection constitutionnelle[1380].

Dans cet arrêt, s'exprimant pour la majorité, le juge Cory réaffirmait cette conception de la *Cour Lamer (1990-2000)* selon laquelle les attentes en matière de vie privée d'un passager d'un véhicule automobile dépendent de son lien

---

[1378] Voici les propos que tenait le juge La Forest: «À mon avis, le texte de l'art. 8 ne limite pas la protection qu'il garantit aux fouilles ou perquisitions dans des lieux sur lesquels un accusé possède un droit personnel à la vie privée, au sens qu'il existe un lien direct de contrôle ou de propriété. La disposition vise plutôt à nous protéger tous contre l'intrusion de l'État ou de ses représentants par des fouilles, perquisitions ou saisies abusives; elle ne vise pas seulement à protéger les criminels, quoique la réparation la plus efficace — et c'est le prix à payer pour assurer la liberté de tous et chacun — protégera inévitablement le criminel». Voir *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, 149 (j. La Forest).

[1379] *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

[1380] Le juge La Forest constatait que ses collègues consacrait la résurgence de cette conception qui subordonne la protection constitutionnelle aux intérêts de propriété: «En l'espèce, les juges majoritaires franchissent une autre étape dans l'application de l'analyse restrictive qui se dégage d'arrêts récents de la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne la protection constitutionnelle accordée aux citoyens contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Ils le font en abandonnant l'interprétation large fondée sur l'objet de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] Essentiellement, la technique juridique adoptée pour parvenir à ce résultat consiste à interpréter l'attente raisonnable en matière de vie privée, que protège la Constitution, non pas en fonction de l'attente que les citoyens devraient avoir dans une société libre, mais en fonction de concepts légalistes en matière de propriété, un point de vue qui a été écartée complètement dans l'arrêt *Hunter*, précité. Plus loin, il remarquait ce qui suit: «Quels sont donc ces motifs sur lesquels se fonde cette distinction? Les juges majoritaires soutiennent que le conducteur et le passager d'une automobile ont des attentes différentes en matière de vie privée. Mais sur quel motif fondent-ils cette conclusion? En définitive, c'est sur le fait que la voiture est en la possession du conducteur, avec le consentement de son propriétaire. Bref, c'est pour un motif de droit de propriété, un point de vue rejeté par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité». Voir *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 371-372 (j. La Forest).

de propriété ou de contrôle de celui-ci ou encore du lien qu'il peut entretenir avec le propriétaire du véhicule[1381]. Le juge La Forest critiqua sévèrement les motifs de ses collègues de la majorité qui conclurent qu'un passager d'un véhicule automobile n'avait aucune attente en matière de vie privée parce qu'il n'avait qu'un lien ténu avec le véhicule. Selon lui, l'adoption de cette méthode interprétative édulcore considérablement la protection constitutionnelle offerte au droit au respect de la vie privée :

> Il s'agit de la première lacune grave de la norme tirée de l'arrêt *Edwards* et invoquée par les juges majoritaires, à savoir que la police peut fouiller une automobile lorsqu'il ressort de l'«ensemble des circonstances» qu'elle peut raisonnablement empiéter sur les attentes en matière de vie privée qu'un passager a relativement aux biens qu'il transporte avec lui. Cette norme est bien moins stricte que celle qui a traditionnellement été acceptée en *common law* au fil des années, soit l'existence de motifs raisonnables et probables. Le manque de spécificité est tout aussi gênant. Toutes les circonstances du cas particulier doivent être examinées pour répondre à la question et, comme le démontre la présente affaire, rien ne nous indique quels facteurs, parmi ceux énumérés par les juges majoritaires, devraient s'appliquer dans des circonstances particulières.[1382]

[1381] Voici les propos, pour le moins surprenant, que tenait le juge Cory: «Premièrement, son lien avec le véhicule était extrêmement ténu. Le véhicule ne lui appartenait pas, elle n'était que la passagère d'une automobile conduite par une amie propriétaire. Il n'y avait aucune preuve qu'elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu'elle l'avait utilisé dans le passé ou qu'elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établissait l'existence d'un accès spécial au véhicule ou démontré qu'elle était capable de régir l'accès au véhicule. Finalement, il n'y avait aucune preuve qu'elle pouvait s'attendre subjectivement au respect de sa vie privée dans le véhicule». La passagère, toujours selon la majorité menée par le juge Cory, ne pouvait pas non plus revendiquer une attente en matière de vie privée à l'égard des sacs de marchandises qui se trouvaient à l'intérieur du véhicule. Plus loin, il affirmait ce qui suit: «Passant maintenant aux faits de la présente affaire et leur appliquant les lignes directrices de l'arrêt *Edwards*, je constate que Belnavis n'était pas propriétaire de l'automobile et qu'il n'y avait aucune preuve qu'elle l'avait déjà utilisée. Par conséquent, non seulement commence-t-elle avec une attente en matière de vie privée beaucoup moindre parce que son argument concerne un véhicule, mais encore cette attente est d'autant plus réduite que le droit relatif à la vie privée qu'elle possède dans ce véhicule particulier est faible». Voir *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 356-357, 364 (j. Cory).

[1382] *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 375 (j. La Forest).

Le juge La Forest rejette le critère imprécis de l'ensemble des circonstances pour deux raisons. D'abord, une norme aussi vague n'offre pratiquement aucune protection aux individus contre les ingérences policières et l'imprécision de la norme rendra difficile l'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2). Ensuite, ce type d'analyse, qui établit des distinctions fondées sur les liens personnels qui existent entre des personnes, confie aux policiers la tâche de déterminer la nature des liens personnels existant entre le conducteur et le passager ce qui les autorise à poser des questions non pertinentes et abusives aux automobilistes[1383].

Plus récemment encore, dans l'arrêt *M. (M.R.) (1998)*[1384], la *Cour Lamer (1990-2000)* devait déterminer dans quelle mesure les élèves peuvent s'attendre au respect de leur vie privée lorsqu'ils se trouvent à l'école. Adoptant une approche fondée sur l'ensemble des circonstances, la *Cour Lamer (1990)* conclut, bien qu'elle reconnaissait que la *Charte canadienne* s'appliquait aux écoles et que les élèves pouvaient s'attendre au respect de leur droit à la vie privée lorsqu'ils s'y trouvaient, qu'une norme différente devait s'appliquer aux écoles et qu'il n'était pas nécessaire — malgré l'absence d'un consentement individuel et malgré l'absence d'une disposition législative expresse — d'obtenir un mandat avant de fouiller les élèves.

[1383] Ces propos du juge La Forest révèlent les conséquences dramatiques que ce principe judiciaire pourront avoir dans l'avenir: «Cela ne regarde pas la police de savoir si une femme assise à côté d'un homme au volant d'une voiture est son épouse, sa maîtresse, une amie de longue date ou encore une amie dont il vient de faire la connaissance». *Voir R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, 377 (j. La Forest)

[1384] *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. Voir aussi *R. c. Arp.*, [1998] 3 R.C.S. 339.

En somme, dans la séquence d'arrêts *Edwards (1996)* — *M. (M.R.) (1998)* la *Cour Lamer (1990-2000)*, à l'instar de la *Cour Rehnquist (1986-)*, consacre *l'approche fondée sur l'ensemble des circonstances* selon laquelle la détermination des attentes en matière de vie privée des individus se fera selon une approche casuelle qui érige l'arbitraire au rang de méthode d'interprétation des droits constitutionnels. À notre avis, cette méthode analytique contrevient à la *doctrine du constitutionnalisme* et à son corollaire le *principe de la primauté du droit* en ce qu'elle oblitère les paramètres de l'interprétation des droits constitutionnels — que sont la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, la tradition constitutionnelle, l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes à notre société — et nie la règle du précédent selon laquelle la Cour suprême est liée par les principes judiciaires, à moins qu'elle n'indique clairement son intention de les renverser, qu'elle a énoncés dans ses décisions antérieures. Force nous est donc de constater, pour paraphraser *Protagoras d'Abdère*, qu'en matière d'interprétation des droits constitutionnels, la *Cour suprême du Canada est la mesure de toute chose*. Il faut reconnaître cependant, comme le soulignait si justement le juge Jackson dans l'arrêt *Allen (1953)*[1385], que le caractère final des décisions de la Cour suprême confère une certaine infaillibilité aux juges. Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que certains s'interrogent sur la légitimité du pouvoir de la Cour suprême du Canada de contrôler la constitutionnalité des lois.

[1385] Dans cet arrêt, le juge Jackson affirmait ce qui suit: «Wherever decisions of one court are reviewed by another, a percentage of them are reversed. That reflects a difference in outlook normally found between personnel comprising different courts. However, reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done. There is no doubt that if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final». Voir *Brown c. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

Troisième partie

La protection de la vie privée en droit international

Dans cette troisième partie, après avoir examiné les normes du droit international issues des traités garantissant le droit au respect de la vie privée, nous analyserons, avec un regard critique, la méthode interprétative adoptée par la Cour suprême du Canada. Dans le premier chapitre, nous considérerons les normes du droit international issues de la *Charte internationale des droits de l'homme* (dont la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droit civils et politiques*), les normes issues des traités régionaux, et plus particulièrement, des systèmes régionaux américain (*Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Convention américaine relative aux droits de l'homme*) et européen (*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*). Dans le second chapitre, nous considérerons l'approche interprétative adoptée par la Cour suprême du Canada des normes du droit international issues des traités et plus particulièrement la question relative à la force contraignante et à la valeur probante des normes du droit international dans l'ordre juridique canadien.

Chapitre 1

Les normes du droit international issues des traités

> Les démocraties ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement; une minorité agissante, comme l'on dit, s'empare des leviers de commande; une à une, les libertés sont supprimées, secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées [...] Il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il faut qu'il existe une conscience quelque part, qui sonne l'alerte pour les opinions nationales menacées de cette gangrène progressive.
>
> Extrait d'un discours prononcé par *Pierre-Henri Teitgen*, ancien ministre français de la Justice, le 5 septembre 1949, peu après la fondation du Conseil de l'Europe.

Cet extrait du discours de l'ancien ministre français de la Justice, Pierre-Henri Teitgen, illustre admirablement bien l'importance d'assurer une protection adéquate au droit au respect de la vie privée avant que des atrocités ou des exactions, comme celles commises lors de la Seconde Guerre mondiale, ne se reproduisent. Le désir profond de créer un monde meilleur, plus libre et plus juste a poussé les pays européens à définir de nouvelles relations internationales fondées sur des principes d'ordre et de coopération.

En plus de favoriser le maintien de la paix et la reconstruction de l'économie, l'idée d'une union des pays européens visait à maintenir et à sauvegarder les droits de l'homme et les libertés fondamentales. La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés*

fondamentales[1386] traduit cette volonté des pays européens à garantir les droits et libertés fondamentaux en les consacrant dans un instrument conventionnel de droit international. De fait, les pays européens ont fait figure de pionniers en ce qui a trait à la reconnaissance et à la protection des droits et libertés fondamentaux.

Faisant l'objet d'une énonciation expresse dans la *Convention européenne*, le droit au respect de la vie privée est aussi garanti par plusieurs autres traités du droit international. Le droit au respect de la vie privée est reconnu par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[1387], le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1388], la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*[1389], la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1390] et plusieurs autres instruments visant expressément la protection des données à caractère personnel.

[1386] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5. Signée à Rome le 4 septembre 1950, la *Convention européenne* est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Le texte de la *Convention européenne* a été révisé à la suite de l'adoption du *Protocole n° 3*, entré en vigueur le 21 septembre 1970, du *Protocole n° 5*, entré en vigueur le 20 décembre 1971 et du *Protocole n° 8*, entré en vigueur le 1er janvier 1990.

[1387] *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

[1388] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.

[1389] *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.23, doc. 21, rév. 6. La *Déclaration américaine* a été adoptée lors de la Neuvième Conférence internationale américaine tenue à Bogotà en 1948.

[1390] *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123. La *Convention américaine* est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Elle n'a pas été ratifiée par le Canada.

L'un des traits communs à tous les traités internationaux visant la protection des droits et libertés est que les droits et libertés fondamentaux ne découlent pas de leur reconnaissance par un État ou par une organisation internationale mais reposent sur les attributs de la personne humaine. Le droit au respect de la vie privée ou certains des intérêts du droit au respect de la vie privée peuvent être protégés par plusieurs dispositions du droit international instrumentaire. C'est sans doute ce qui a fait dire à Fernando Volio: «Indeed in one sense all human rights are aspects of the right to privacy»[1391].

La considération de l'ensemble des instruments du droit international susceptible d'apporter une protection à la vie privée — allant de la proscription de l'esclavagisme au droit de choisir librement son domicile — dépasserait largement le cadre de cette étude. C'est pourquoi nous ne considérerons que les normes issues des traités du droit international qui comportent une énonciation expresse du droit au respect à la vie privée. Nous distinguerons, d'abord, les instruments généraux adoptés par l'Organisation des Nations unies — que certains qualifient de *Charte internationale des droits de l'homme* (1.1.) — des instruments régionaux (1.2.). Ensuite, nous examinerons les instruments spécifiques visant la protection des données à caractère personnel (1.3.).

Sous réserve de la ratification — expression du consentement direct donné par un État — et de la reconnaissance de la compétence des organes visant à assurer le respect des engagements prévus dans un traité, en cas de

---

[1391] F. VOLIO, «Legal Personality, Privacy and the Family», dans L. HENKIN (dir.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, 185.

conflits entre les normes issues des traités du droit international, les instruments généraux prévaudront généralement sur tous les autres[1392]. En ce qui concerne la hiérarchisation des instruments régionaux et des instruments spécifiques, il faudra considérer à la fois le niveau d'autorité conféré à l'organisation et les règles expresses formulées dans les instruments[1393].

Deux mises en garde additionnelles doivent être faites avant d'examiner les dispositions particulières des traités du droit international. D'abord, bien que les États membres se soient engagés à mettre en oeuvre les garanties consacrées dans les différents instruments de droit international, ils n'ont toutefois pas renoncé à leur souveraineté nationale. Ainsi, contrairement en cela aux instruments de protection des droits fondamentaux en droit interne (*Charte canadienne* et *Bill of Rights* américain), en cas de doute sur la portée d'un droit ou d'une liberté, il faut conférer la prééminence aux droits nationaux puisque la légitimité du pouvoir des organes assurant la mise en oeuvre des droits et libertés fondamentaux découle du consentement des États souverains. Ensuite, les organes assurant la mise en oeuvre des droits et libertés fondamentaux n'acquièrent compétence qu'une fois que l'épuisement des

---

[1392] La préséance des instruments universels sur les instruments régionaux est un principe reconnu en droit international. L'article 103 de la *Charte des Nations unies* prévoit en effet que les obligations des États membres découlant de la *Charte des Nations unies* doivent recevoir préséance sur les obligations de tout autre accord international. Les articles 30, 39-41, 59 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* énoncent aussi des règles concernant la hiérarchisation des instruments du droit international. Voir *Charte des Nations unies*, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365; [1945] R.T. Can. n° 7, amendée par (1963) 557 R.T.N.U. 143, (1965) 638 R.T.N.U. 306, [1973] R.T. Can. n° 4; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U 331.

[1393] Il faut toutefois prendre garde à la généralisation excessive en utilisant ces règles d'interprétation; elles ne sont que des guides qui visent à hiérarchiser les instruments du droit international en recherchant l'intention véritable des parties. L'essentiel consiste à déterminer la nature et l'étendue du consentement.

recours en droit domestique a été établi[1394].

1.1. La *Charte internationale des droits de l'homme*

La source principale des normes du droit international issues des traités est sans aucun doute ce qu'il est dorénavant convenu de désigner par l'appellation de *Charte internationale des droits de l'homme*[1395]. La *Charte internationale des droits de l'homme* comprend les traités suivants : la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[1396] (a.), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1397] (b.), le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[1398], le *Protocole facultatif se rapportant au*

[1394] L'article 2 du *Protocole facultatif* prévoit que: «[...]tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le *Pacte* et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine» (accentuation ajoutée). L'alinéa 46(1)a) (Commission interaméricaine des droits de l'homme) et le paragraphe 61(2) (Cour interaméricaine des droits de l'homme) de la *Convention américaine* et l'article 26 de la *Convention européenne* sont analogues. Voir *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976), 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 2; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, arts. 46(1)a), 61(2); *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 26.

[1395] La *Loi sur le Centre des droits de la personne et du développement démocratique* réfère spécifiquement à cette notion. Voir *Loi sur le Centre des droits de la personne et du développement démocratique*, L.R.C. 1985, c. 54 (4e suppl.), arts. 2(2), 4.

[1396] *Déclaration universelle des droits de l'homme* A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

[1397] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47. Le *Pacte international* est entré en vigueur le 3 janvier 1976 et a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976.

[1398] *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46. Le *Pacte international* est entré en vigueur le 3 janvier 1976 et a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1399], ainsi que le *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort*[1400]. Tous ces instruments protègent, dans une certaine mesure, des aspects du droit au respect de la vie privée mais c'est véritablement dans la *Déclaration universelle*[1401], adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1948, qu'il faut voir le point d'ancrage de la protection de la vie privée en droit international.

(a) La *Déclaration universelle des droits de l'homme*

Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 10 décembre 1948, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[1402] est l'instrument central de la protection de la dignité et des droits inaliénables des individus. Plusieurs dispositions sont susceptibles de protéger certains intérêts de la vie privée, mais l'énonciation expresse du droit au respect de la vie privée est

---

[1399] *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47. Le *Protocole facultatif* est entré en vigueur le 23 mars 1976 et a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976.

[1400] *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, A.G. Rés. 44/128 (1989), Doc. N.U. A/44/49 (1989). Le *Protocole relatif à la peine de mort* est entré en vigueur le 11 juillet 1991 et, à ce jour, il n'a pas été ratifié par le Canada. Voir généralement W.A. SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997; D. BREILLAT, «L'abolition mondiale de la peine de mort — À propos du 2e Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort» (1991) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 261.

[1401] *Déclaration universelle des droits de l'homme* A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

[1402] *Déclaration universelle des droits de l'homme* A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

stipulée à l'article 12[1403]. Les droits et libertés fondamentaux — dont le droit au respect de la vie privée — énoncés dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* sont de nature déclaratoire et doivent être complétés par d'autres instruments du droit international[1404]. C'est dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* que l'on retrouve l' énonciation expresse d'un droit visant à garantir l'exercice — en conférant un caractère obligatoire aux droits qui y sont énoncés — du droit au respect de la vie privée[1405].

[1403] L'article 12 s'énonce ainsi: «Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes» (accentuation ajoutée). Voir *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), art. 12.

[1404] Voir généralement A. EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights — A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992; G. JOHNSON, «La rédaction de la *Déclaration universelle* (1946-1948)», dans *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, UNESCO, l'Harmattan, 1991, 21; J. HUMPHREY, «The *Universal Declaration of Human Rights* — Its History, Impact and Judicial Character», dans B.G. RAMCHARAN, *Human Rights — Thirty Years After the Universal Declaration*, La Haye, Martinus Niijhoof,1984; A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Paris, Nauwelaerts, 1963; R. CASSIN, «La *Déclaration universelle des droits de l'homme*» (1951) 79 *Recueil de cours de l'Académie du droit international* 237.

[1405] Avant même l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, il avait été convenu que des normes spécifiques soient adoptées dans un instrument additionnel sous la forme d'un traité sujet à ratification par les États membres. Les États-Unis et le Royaume-Uni s'opposaient aux États socialistes relativement à la question d'inclure des droits économiques et sociaux dans un traité. L'impasse a été résolue par l'adoption d'un compromis qui consistait à rédiger deux instruments distincts: le premier, qui deviendra le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, incorpore les libertés libérales traditionnelles que certains qualifient de «droits négatifs» alors que le second, qui deviendra le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, incorpore les droits que certains qualifient de «droits positifs». Bien que la majorité des États membres ait ratifié les deux instruments simultanément, ce qui pourrait nous permettre de conclure en l'unicité de la protection des droits et libertés fondamentaux, il importe de mettre en exergue une distinction fondamentale qui existe entre les deux. Alors que les normes édictées par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* sont garanties par un organe — le Comité des droits de l'homme —, celles édictées par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ne semblent être garanties que par la bonne foi des États membres. Voir *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976]

(b) Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a été adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies. Il est entré en vigueur le 23 mars 1976 et a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976[1406]. L'objectif principal du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* était de renforcer la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[1407]. L'article 17 reprend substantiellement le libellé de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[1408].

R.T. Can. n° 47; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46. Voir aussi L. HENKIN (dir.), *The International Bill of Rights — The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981; L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1993; M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

[1406] Conformément à la procédure stipulée à l'article 49, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est entré en vigueur — à l'exception des dispositions relatives au Comité des droits de l'homme, lesquelles sont entrées en vigueur le 28 mars 1979 — trois mois après le dépôt, auprès du Secrétaire général des Nations Unies, du trente-cinquième instrument de ratification ou d'adhésion.

[1407] La protection du droit à la vie privée à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est étroitement associée à d'autres protections offertes par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* tels la liberté de conscience et de religion, le droit de déterminer l'éducation religieuse et morale des enfants et le droit d'association. Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, Unesco Publishing, 1994, 19. Voir aussi G. MALINVERNI, «Freedom of Information in The European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights» (1983) *Human Rights Law Journal* 443.

[1408] L'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se lit ainsi: «1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes» (accentuation ajoutée). Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 17.

Bien qu'analogues, l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* diffèrent en ce que ce dernier ajoute l'adjectif «illégal»[1409] au concept d'immixtions et d'atteintes «arbitraires»[1410] à la vie privée, à la famille, à la correspondance et au domicile. Quant à la notion de vie privée, le Comité des droits de l'homme a statué, dans *l'Affaire Coeriel (1994)*[1411], qu'elle réfère à une *zone d'autonomie personnelle* dans laquelle l'individu peut exprimer librement son identité. L'interprétation de l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se fait en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les faits examinés soulèvent un droit protégé par le premier paragraphe de l'article 17. La seconde étape vise à établir si l'immixtion constitue une violation «illégale» ou «arbitraire» de ce droit protégé.

Le respect des engagements prévus dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est assuré par le Comité des droits de l'homme[1412].

[1409] L'expression *«illégale»* signifie que les immixtions ne peuvent avoir lieu qu'en vertu d'une loi, laquelle doit être conforme aux principes énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, Unesco Publishing, 1994, 20.

[1410] L'expression *«arbitraire»* peut s'étendre aux immixtions prévues par la loi et vise à garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux principes énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Elle viserait aussi les immixtions dans la vie privée des particuliers par des personnes autres que les gouvernements. Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, Unesco Publishing, 1994, 20.

[1411] *Coeriel c. Pays-Bas*, Communication nº 453/1991, Doc. N.U. CCPR/C/52/D/453/1991 (1994), au para. 10.2.

[1412] Le Canada a été parmi les premiers États membres à adhérer au *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Depuis 1976, plus de cinquante plaintes ont été déposées contre le Canada dont six ont été tranchées en faveur des

Le Comité des droits de l'homme étudie les rapports présentés par les États membres sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1413]. Il adresse aux États membres ses propres *rapports* ainsi que toutes les *observations générales* qu'il juge appropriées[1414]. Le Comité des droits de l'homme peut aussi — après que l'État membre a reconnu sa compétence[1415] — recevoir et examiner des *communications* dans lesquelles un État membre prétend qu'un autre État membre ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1416] ou encore — après que l'État membre a reconnu sa compétence — des communications émanant des particuliers[1417].

---

requérants. Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 ,art. 28 et ss.; *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47. Voir aussi F. SUDRE et al. (dir.), *La protection des droits de l'homme par le comité des droits de l'homme des Nations unies — Les communications individuelles*, Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme, 1995; D. McGOLDRICK, *The Human Rights Committee*, Oxford, Clarendon Press, 1991; M. NOWAK, *CCPR Commentary*, Kohl, Engel, 1993.

[1413] Cette attribution du Comité des droits de l'homme découle de l'obligation par les États membres à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 , art. 40.

[1414] Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 ,art. 40.

[1415] Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 ,art. 41.

[1416] Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 , art. 41. Dans son ouvrage intitulé *Précis du droit international des droits de la personne (1997)*, le professeur Schabas de l'UQÀM affirme que ce mécanisme n'a, à ce jour, jamais été utilisé. Voir W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

[1417] Cette obligation résulte de l'article premier du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, lequel a fait l'objet d'une ratification par

En somme, pour que le Comité des droits de l'homme puisse soumettre ses constatations relativement à la violation prétendue d'un droit ou d'une liberté garantis par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* par l'un des États membres, il est impératif que l'État membre ait donné son consentement exprès à plusieurs occasions. D'abord, il doit avoir adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ou à l'instrument qui fait l'objet de l'examen par le Comité des droits de l'homme. Ensuite, il doit avoir reconnu expressément la compétence du Comité des droits de l'homme afin que celui-ci puisse se saisir des communications émanant d'un autre État membre ou d'un particulier.

Qui plus est, les États membres ayant ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se sont expressément engagés à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence et à prendre les procédures nécessaires — d'ordre législatif ou autre —, afin de donner effet aux droits et libertés garantis par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1418]. Il est difficile dans ce contexte d'avaliser les conclusions de la Cour suprême du Canada voulant que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* n'ait qu'une «valeur pertinente et persuasive» quant à l'interprétation des droits fondamentaux des individus[1419].

---

le Canada. Voir *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.

[1418] Voir *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.

[1419] C'est pourtant ce qu'a conclu la Cour suprême du Canada dans plusieurs décisions. Voir généralement *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 868; *R. c. Milne*, [1987]

Le Comité des droits de l'homme s'est penché sur la signification de l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et a publié des observations générales à ce sujet en 1988[1420]. De l'avis du Comité des droits de l'homme, la protection de ce droit doit être garantie contre toutes les immixtions et atteintes, qu'elles émanent des pouvoirs publics ou des personnes physiques ou morales, dans la vie privée des particuliers. La majorité des communications présentées au Comité des droits de l'homme au sujet du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ont été jugées non admissibles ou sans fondement[1421].

---

2 R.C.S. 512; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

[1420] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

[1421] Voir généralement: *A.S. c. Canada*, Communication n° 68/19800, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984); *Berry c. Jamaïque*, Communication n° 330/1988, Doc. N.U. CCPR/C/50/D/330/1988 (1994); *Brigitte c. Australie*, Communication n° 659/1995, Doc. N.U. CCPR/C/50/C/58/D/659/1995 (1996); *Calepli c. Suède*, Communication n° 456/1991, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/456/1991(1994); *Essonno Mika Miha c. Guinée Équatoriale*, Communication n° 414/1990, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/414/1990(1994); *Fei c. Colombie*, Communication n° 514/1992, Doc. N.U. CCPR/C/53/D/514/1992(1995); *Glaziou c. France*, Communication n° 452/1991, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/452/1991 (1994); *González del Río c. Pérou*, Communication n° 263/1987, Doc. N.U. CCPR/C/46/D/263/1997 (1992); *Griffin c. Espagne*, Communication n° 493/1992, Doc. N.U. CCPR/C/53/D/493/1992 (1995); *H.H. c. Autriche*, Communication n° 427/1990, Doc. N.U. CCPR/C/46/D/427/1990 (1992); *Holzer c. Italie*, Communication n° 565/1993, Doc. N.U. CCPR/C/50/D/565/1993 (1994); *J.R.T. et W.G. Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984); *Katombe L. Tshishimbi c. Zaïre*, Communication n° 542/1993, Doc. N.U. CCPR/C/53/D/542/1993 (1996); *Kénenguéré Ackla c. Togo*, Communication n° 505/1992, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/505/1992 (1996); *K. L. c. Danemark*, Communication n° 59/1979,

Seules six de ces communications, pour la période allant de 1977 à ce jour, ont examiné substantiellement la question du droit au respect de la vie privée. On peut distinguer les communications, les rapports et les observations du Comité des droits de l'homme relativement au droit au respect de la vie privée selon que la protection est accordée à *la protection de l'autonomie de la volonté* (1.) ou à *la protection de l'information* (2.).

1. La protection de l'autonomie de la volonté

La protection de l'autonomie de la volonté s'entend selon que l'immixtion affecte les lieux (1.1.) ou ls personne (1.2.).

1.1. La protection des lieux

Les communications ou les observations faites par le Comité des droits de

---

Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984); *K.J.L. c. Finlande*, Communication n° 544/1993, Doc. N.U. CCPR/C/49/D/544/1993 (1993); *K.L.B.-W. c. Australie*, Communication n° 499/1992, Doc. N.U. CCPR/C/47/D/499/1992/Rév. 1 (1993); *Könye c. Hongrie*, Communication n° 520/1992, Doc. N.U. CCPR/C/50/D/520/1992 (1994); *Land c. Autriche*, Communication n° 659/1995, Doc. N.U. CCPR/C/58/D/659/1995 (1996); *M.A.B., W.A.T. et J.-Y.T. c. Canada*, Communication n° 570/1993, Doc. N.U. CCPR/C/50/D/570/1993 (1994); *Mónaco de Gallicchio et autres c. Argentine*, Communication n° 400/1990, Doc. N.U. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995); *N. S. c. Canada*, Communication n° 26/1978, Doc. N.U. CCPR/C/OP1 (1984); *N.B. c. Suède*, Communication n° 175/1984, Doc. N.U. CCPR/C/OP1 (1984); *Oló Bahamonde c. Guinée Équatoriale*, Communication n° 468/1991, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/468/1991(1993); *Oulajin & Kaiss c. Pays-Bas*, Communication n° 406/1990, 426/1990, Doc. N.U. CCPR/C/46/D/406, 426/19901 (1992); *P.S. c. Danemark*, Communication n° 397/1990, Doc. N.U. CCPR/C/45/D/397/1990(1992); *Rickly Burrell c. Jamaïque*, Communication n° 546/1993, Doc. N.U. CCPR/C/53/D/546/1993(1996); *R.L. et autres c. Canada*, Communication n° 358/1989, Doc. N.U. CCPR/C/43/D/358/1989(1991); *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n° 24/1977, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984); *S.S. c. Norvège*, Communication n° 79/1980, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984); *T.P. c. Hongrie*, Communication n° 490/1992, Doc. N.U. CCPR/C/47/D/490/1992(1993); *Vaihere Bordes et John Temeharo c. France*, Communication n° 645/1995, Doc. N.U. CCPR/C/57/D/645/1995 (1996); *V.E.M. c. Espagne*, Communication n° 656/1995, Doc. N.U. CCPR/C/55/D/656/1995 (1995); *V.O. c. Norvège*, Communication n° 168/1984, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 (1984).

l'homme en vertu de l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ont essentiellement porté sur le droit au respect du domicile (*a.*).

a) Le droit au respect du domicile

Dans ses observations générales relativement à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le Comité des droits de l'homme a formulé l'avis que les perquisitions domiciliaires doivent être limitées à la recherche des éléments de preuve nécessaires et ne devraient pas permettre des recherches à l'aveuglette[1422]. Dans *Blancov (1994)*, le Comité des droits de l'homme a indiqué que la protection qu'offre l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne garantissait pas le droit de propriété[1423].

1.2. La protection de la personne

Les communications ou les observations faites par le Comité des droits de l'homme en vertu de l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ont porté sur le droit au respect de l'intégrité physique et morale (*a.*) et sur le droit au respect des relations familiales (*b.*).

[1422] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994). Le terme «*domicile*» dans la version française (*home* dans la version anglaise et *domicilio* dans la version espagnole) s'entend du lieu où une personne réside ou exerce sa profession habituelle.

[1423] *Blancov c. Nicaragua*, Communication nº 328/1988, Doc. N.U. CCPR/C/51/D/328/1988 (1994).

a) Le droit au respect de l'intégrité physique et morale

Les communications ou les observations faites par le Comité des droits de l'homme ont porté sur la compatibilité des fouilles corporelles avec l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et sur la validité d'une disposition législative qui prohibait les relations homosexuelles se déroulant en privé entre deux adultes consentants. Dans ses observations générales relativement à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le Comité a formulé l'avis que les fouilles des personnes et les fouilles corporelles doivent être faites d'une manière compatible avec la dignité de la personne qui en est l'objet[1424]. Les personnes soumises à une fouille corporelle par des agents ou des mandataires de l'État devraient n'être fouillées que par des personnes du même sexe. Dans *l'Affaire Toonen (1994)*[1425], le Comité des droits de l'homme a conclu que l'interdiction pour des adultes consentants d'avoir des relations homosexuelles en privé, faite par les alinéas 122a) et c) et par l'article 123 du *Code criminel de la Tasmanie*, violait le droit au respect de la vie privée du requérant garanti par l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

b) Le droit au respect des relations familiales

Les communications faites par le Comité des droits de l'homme ont porté

[1424] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités,* Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

[1425] *Toonen c. Australie*, Communication nº 488/1992, Doc. N.U., CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

sur le refus d'un État d'acquiescer à une requête d'un individu visant la modification de son nom et sur la validité d'une disposition de la Constitution mauritannienne qui prévoyait un traitement différent, pour les hommes et les femmes, relativement à la procédure de déportation. Dans l'*Affaire Coeriel (1994)*[1426], le Comité des droits de l'homme a jugé que le refus d'un État membre d'accéder à la requête du requérant visant la modification de son nom contrevenait au droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Dans l'*Affaire Shirin Aumeeruddy-Cziffra (1984)*[1427], le Comité des droits de l'homme devait se prononcer sur la question de savoir si la déportation d'une personne d'un État membre constituait une violation du droit au respect de sa vie privée. Le Comité a statué que la vie commune entre époux doit être considérée comme le comportement normal d'une famille et la possibilité d'expulser l'un des époux constitue une immixtion qui y porte atteinte. La question de savoir si cette immixtion est arbitraire dépend cependant des circonstances. En l'espèce, le Comité des droits de l'homme a jugé que la discrimination faite, par la Constitution mauritanienne, entre les hommes et les femmes constituait une immixtion arbitraire dans la vie privée des requérantes.

2. La protection de l'information

On peut distinguer les décisions ou les observations du Comité des droits

---

[1426] *Coeriel c. Pays-Bas*, Communication nº 453/1991, Doc. N.U. CCPR/C/52/D/453/1991 (1994).

[1427] *Shirin Aumeeruddy-Cziffa et 19 autres femmes mauritaniennes c. Mauritanie*, Communication nº 35/1978), Doc. N.U. CCPR/C/OP/1 à 67 (1984).

de l'homme selon que l'immixtion affecte la correspondance (2.1.), les conversations téléphoniques (2.2.), la filature et la surveillance (2.3.) ou les données à caractère personnel (2.4.).

2.1. La correspondance

Dans ses observations générales relativement à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1428], le Comité des droits de l'homme a précisé que l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* exige que l'intégrité et le caractère confidentiel de la correspondance soient garantis en droit et en fait. La correspondance doit être remise au destinataire, sans interception, sans être ouverte, et sans qu'il en soit pris autrement connaissance. Dans *l'Affaire Crafton (1996)*[1429], le Comité des droits de l'homme a statué que la rétention de la correspondance entre un détenu et son conseiller juridique pendant une période de plus de deux mois ne constituait pas une immixtion arbitraire dans la vie privée des individus. Il semblerait toutefois que le Comité soit arrivé à cette conclusion après avoir constaté l'insuffisance de la preuve pour étayer l'allégation d'atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant.

2.2. Les conversations téléphoniques

Le Comité des droits de l'homme considère que l'interception des

---

[1428] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités,* Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

[1429] *Crafton Tomlin* c. *Jamaïque,* Communication nº 589/1994, Doc. N.U. CCPR/C/57/D/589/1994 (1996).

communications téléphoniques, télégraphiques ou autres ainsi que l'écoute et l'enregistrement des conversations téléphoniques devraient être interdits[1430].

2.3 La filature et la surveillance

Dans ses observations générales relativement à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le Comité des droits de l'homme considére que la surveillance des individus par un État membre, par des moyens électroniques ou autres, devrait être interdite[1431].

2.4. Les données à caractère personnel

Le Comité des droits de l'homme s'est dit d'avis que les États membres doivent faire preuve de grande vigilance en ce qui a trait à la protection des données à caractère personnel. Il suggère aux États d'édicter des règles quant au rassemblement, à la conservation, à la diffusion et au contrôle des données à caractère personnel contenues dans des fichiers tenus par les autorités publiques, les particuliers ou les organismes privés. Reconnaissant la nécessité des États de réclamer certains renseignements personnels («dont la connaissance est indispensable à la société au sens du *Pacte*»), le Comité indique que les États doivent prendre des mesures efficaces afin de s'assurer que les informations personnelles ne sont jamais utilisées à des fins incompatibles

---

[1430] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités,* Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

[1431] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités,* Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

avec le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1432].

1.2. Les traités régionaux

Les traités régionaux ayant une force contraignante ou une valeur probante dans l'ordre juridique canadien sont la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme,* laquelle doit être distinguée de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (a.) et, bien qu'elle n'ait officiellement aucune valeur probante dans l'ordre juridique canadien, la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (b.).

(a) La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*

L'adoption de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*[1433] et de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1434]

[1432] *Observations générales 16, Article 17 (trente-deuxième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités,* Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rév.1 (1994).

[1433] *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme,* Doc. O.É.A. OEA/Ser.L./V/II.23, doc. 21, rév. 6. Voir généralement T. BUERGENTHAL, R. NORRIS et D. SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas — Selected Problems,* 4e éd., Kehl, N.P. Nagel, 1996; A.H. ROBERTSON et J.H. MERRILS, *Human Rights in the World,* 4e éd., Manchester, Manchester University Press, 1996; F.J. AGUILAR-URBINA, «A Comparison Between the Covenant and the American Convention as Regards the Procedure» (1991) *Annuaire canadien des droits de la personne* 127; T. BUERGENTHAL, «The Inter-American System for the Protection of Human Rights», dans T. MERON (dir.), *Human Rights and International Law Legal and Political Issues,* Oxford, Oxford University Press, 1985, 439; H. GROS-ESPIELL, «L'Organisation des États américains», dans K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'Homme,* Paris, Unesco, 1978, 600; H. GROS-ESPIELL, «Le

par l'Organisation des États américains[1435] vise à promouvoir et à protéger — en consacrant leur existence par des normes juridiques spécifiques et en établissant des organes chargés de l'application et de l'interprétation de ces normes — les droits et libertés fondamentaux des individus de l'hémisphère américain. L'Organisation des États américains se compose de huit instances principales: un organe de décision (l'Assemblée générale), un organe de consultation (le Comité des ministres des Affaires étrangères des États membres) et six autres organes de soutien, exerçant des fonctions spécialisées.

Le système interaméricain des droits de l'homme a formellement débuté avec l'adoption de la *Charte de l'Organisation des États américains* en

---

système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme» (1975) 145 *Recueil de cours de l'Académie du droit international* 1.

[1434] *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123.

[1435] Organisation internationale régionale dont le siège est à Washington (D.C.), l'Organisation des États américains (O.É.A.) a été fondée lors de la Neuvième Conférence interaméricaine tenue à Bogotá (Colombie) le 30 avril 1948. L'idée d'une organisation, fondée sur la solidarité des pays américains, a été imaginée par Simon Bolívar et a trouvé sa première expression dans un traité signé par le Congrès du Panama en 1826. Mais ce n'est qu'à la fin du siècle dernier que se concrétisera cet idéal lorsque, lors de la Première Conférence des États américains, qui s'est tenue à Washington (D.C.) en 1890, la *Conférence internationale américaine* sera créée. Il faudra attendre la Neuvième Conférence des États Américains, tenue à Bogotá (Colombie) le 30 avril 1948 pour que l' O.É.A. voit officiellement le jour. Les vingt et un membres fondateurs sont de l'O.É.A. sont les États suivants: l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, la République Dominicaine, l'Équateur, le Salvador, le Guatémala, Haïti, le Honduras, les États-Unis du Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, les États-Unis d'Amérique, l'Uruguay et le Vénézuela. À ces pays fondateurs s'ajouteront, entre 1967 et 1991, quatorze nouveaux États (dans l'ordre d'adhésion): Trinidad et Tobago (1967), les Barbades (1967), la Jamaïque (1969), le Surinam (1977), la Grenade (1975), Sainte-Lucie (1979), la Dominique (1979), Antigua-et-Barbuda (1981), Saint-Vincent (1981), les Grenadines (1981), la Fédération de Saint-Kitts et Nevis (1984), les Bahamas (1982), le Canada (1989), le Belize (1991) et la Guyanne (1991).

1948[1436], laquelle proclamait que la protection des droits fondamentaux constituait un des principes fondamentaux sur lequel se fondait l'Organisation des États américains[1437]. Ce principe a été consacré dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. De nature essentiellement déclaratoire[1438], la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* sera renforcée, en 1978, par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1439]. Le droit au respect de la vie privée est stipulée à l'article V de la

---

[1436] *Charte de l'Organisation des États américains*, (1952) 119 R.T.N.U. 4, telle qu'amendée par le *Protocole de Buenos Aires*, (1970) R.T.N.U. 324, [1990] R.T. Can. nº 23.

[1437] Ayant souffert, bien que de façon indirecte, des conséquences de la Seconde Guerre mondiale, les États américains se sont réunis au début de l'année 1945 à Mexico dans le cadre de la *Conférence interaméricaine sur les problèmes de la guerre et de la paix*. Deux résolutions adoptées par les participants à cette conférence auront un impact déterminant sur le développement du système interaméricain des droits de l'homme: la Résolution XXVII relativement à l'accès à l'information et la Résolution XL sur la protection des droits de l'homme. Cette seconde résolution culminera, trois ans plus tard, à l'adoption de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. Voir O.É.A., Commission interaméricaine des droits de l'homme, «Introduction», OAS/Ser.L.V/II.92 Doc. 31 rév. 3, à http://www.oas.org.

[1438] Le caractère non contraignant de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* a été modifié en 1967 par le *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme* et le *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*. Ces instruments créent une procédure de requête individuelle qui existe sans que les États aient à prendre un engagement particulier à cet égard. Selon le professeur Schabas de l'UQÀM, cette acceptation tacite a été constatée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'*Affaire White and Potter (1991)*. Au Canada, l'acceptation du caractère contraignant des normes édictées par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* découlerait de l'*Affaire Joseph (1994)*. Voir *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.23, doc. 21, rév. 6; *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1; *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1; *White and Potter c. États-Unis d'Amérique*, (cas nº 2141), résolution nº 23181, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.52, doc. 48, (1991) Human Right Law Journal 110; *Joseph c. Canada*, (cas nº 11, 092), *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. Off. A/Ser. L./V/II.85, doc. 9, rév. (1994); W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 124.

[1439] *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. nº 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123. Voir généralement N. P. FARRELL, «The American Convention on Human Rights: Canada's Present Law and Effect of Ratification» (1992) 30 *Annuaire canadien du droit*

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme[1440] et à l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1441]. La norme de protection du droit au respect de la vie privée que l'on retrouve dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* rappelle le libellé de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et celui du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques.*

L'interprétation de l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* se fait en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les faits examinés soulèvent un droit protégé par le premier ou le second paragraphe de l'article 11. La seconde étape vise à établir si l'immixtion constitue une violation «arbitraire» ou «abusive» de ce droit protégé. Une fois la violation du droit établie, il faut déterminer si l'immixtion étatique a

---

international 233; W.A. SCHABAS, «Substantive and Procedural Issues in the Ratification by Canada of the Convention américaine relative aux droits de l'homme» (1991) 12 *Human Rights Law Journal* 405; C. HILLING, «La participation canadienne au système interaméricain de protection des droits et libertés : les obligations immédiates et les perspectives d'avenir», dans CONSEIL CANADIEN DU DROIT INTERNATIONAL, *Le Canada et les Amériques — Acte de la réunion annuelle de 1991 du Conseil canadien du droit international*, Ottawa, C.C.D.I., 1992, 233.

[1440] L'article V s'énonce ainsi: «Toute personne a droit à la protection de la loi contre les attaques abusives contre son honneur, sa réputation et sa vie privée et familiale» (accentuation ajoutée). La Déclaration a été adoptée lors de la Neuvième Conférence internationale des États américains, Bogotá (Colombie), 1948. Voir *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser.L./V/II.23, doc. 21, rév. 6, art. V.

[1441] L'article 11 s'énonce ainsi: «Protection de l'honneur et de la dignité de la personne: 1. Toute personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité; 2. Nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans la vie de sa famille, dans son domicile ou sa correspondance, ni d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation; 3. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles ingérences ou de telles attaques» (accentuation ajoutée). Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É. A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 11.

été faite conformément à la loi («prévue par la loi»)[1442] et, le cas échéant, si les moyens utilisés par l'État étaient nécessaires dans une société démocratique pour assurer les droits d'autrui, la sécurité de tous et les exigences du bien commun (nécessaire dans une société démocratique»)[1443]. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a indiqué que l'objet de l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* visait essentiellement à protéger les individus contre des immixtions étatiques arbitraires[1444]. En plus de protéger l'honneur et la réputation[1445], l'article 11 de la *Convention américaine*

[1442] Malgré l'absence d'une énonciation expresse du concept d'illégalité à l'article 11 de la *Convention américaine relatives aux droits de l'homme*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a eu aucune hésitation à incorporer ce critère dans l'appréciation de la conformité d'une immixtion étatique dans la vie privée des individus puisque l'article 30 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* prévoit spécifiquement que les restrictions à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés doivent être édictées par des lois adoptées dans l'intérêt général. L'article 30 s'énonce ainsi: «Les restrictions autorisées par la présente Convention à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés qui y sont reconnus ne peuvent être appliquées qu'en vertu de lois édictées dans l'intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues». Dans l'*Affaire X (1997)*, où il s'agissait de déterminer si les fouilles vaginales effectuées sur l'épouse et de la fille d'un individu incarcéré violaient leur droit au respect de la vie privée garantit par l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a proposé un test d'appréciation comportant quatre volets: 1) l'immixtion doit être absolument nécessaire à la réalisation d'un objectif légitime; 2) l'immixtion doit être conduite en l'absence d'autres mesures moins attentatoires au droit au respect de la vie privée; 3) l'immixtion doit être effectuée à la suite d'une ordonnance judiciaire et 4) l'immixtion, en l'espèce une immixtion corporelle, doit être effectuée par un professionnel de la santé. Voir *Affaire X c. Argentine (1997)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 38/96, OEA/Sér. L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 50.

[1443] Cette exigence du critère de la *raisonnabilité* de l'immixtion étatique est prescrite par l'article 32 de la *Convention américainerelative aux droits de l'homme*. L'article 32 se lit ainsi: «1. Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité; 2. Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique». Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É. A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 32.

[1444] *Affaire X c. Argentine (1997)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 38/96, OEA/Sér. L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 50., au par. 91.

[1445] Dans l'*Affaire Martorell (1996)*, où il s'agissait de déterminer si les autorités chiliennes étaient justifiées d'interdire la publication d'un ouvrage révélant des faits embarrassants pour

relative aux droits de l'homme garantit le droit au respect de la vie privée. Ce droit à la vie privée garantit à chaque individu une sphère irréductible d'autonomie personnelle dans laquelle il peut prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention externe.

Avant l'adoption de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, le rôle de la Commission interaméricaine des droits de l'homme était essentiellement consultatif et consistait à promouvoir l'observation des droits et libertés fondamentaux protégés par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. Ce n'est qu'avec l'adoption de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* que la Commission interaméricaine des droits de l'homme, à l'instar du système européen de protection des droits fondamentaux, s'est vue confier la compétence qui lui permettait d'entendre des *pétitions*[1446] et des *communications*[1447].

Donc, depuis l'adoption de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, le respect des engagements qui y sont consacrés est assuré par

---

certains individus, la Commission interaméricaine a conclu que la liberté d'expression constituait une valeur plus grande que le droit au respect de la vie privée. Voir *Francisco Martorell c. Chili (1996)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 11/96, OEA/Sér. I/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 234 (1997).

[1446] La pétition est une dénonciation ou une plainte relative à la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* soumise par toute personne ou tout groupe de personnes. Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 44.

[1447] La communication est une dénonciation relative à la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* soumise par l'un des États membres. Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 45.

la Commission interaméricaine des droits de l'homme[1448] et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme[1449]. Le système interaméricain des droits de l'homme fonctionne de façon analogue, on le verra plus loin, à l'ancienne procédure européenne. La compétence initiale appartient à la Commission interaméricaine des droits de l'homme alors que la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est compétente qu'après l'épuisement des recours devant

---

[1448] La Commission interaméricaine des droits de l'homme, dont le siège se trouve à Washington, D.C., a été instituée par la *Charte de l'Organisation des États américains*. Adoptée lors de la Neuvième Conférence des États américains tenue à Bogotà en 1948, elle est entrée en vigueur le 13 décembre 1951 et amendée par le *Protocole de Buenos Aires* de 1967 et le *Protocole de Carthagène* de 1985. Elle a été signée par le Canada le 13 novembre 1989 et est entrée en vigueur le 8 janvier 1990. Les attributions et les pouvoirs de la Commission ont été modifiés par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, entrée en vigueur le 18 juillet 1978. L'article 39 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* stipule que la Commission élabore son statut et arrête son règlement qu'elle soumet à l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains. Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123; *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1; *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1.

[1449] La Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont le siège se trouve à San José au Costa Rica, a été instituée par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, entrée en vigueur le 18 juillet 1978. La constitution d'une Cour interaméricaine avait été discutée dès la Conférence de Bogotà en 1948, mais le Comité juridique de l'Organisation des États américains, institué par les articles 104 et ss. de la *Charte de l'Organisation des États américains* (c. XXII), avait conclu que l'absence d'un instrument de droit positif comme une convention constituait un obstacle important à la constitution d'une Cour. Ce n'est donc qu'avec l'adoption de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, le 22 novembre 1969, que la constitution de la Cour est devenue réalité. L'assemblée générale de l'Organisation des États américains qui s'est tenue à La Paz (Bolivie) en 1979 a approuvé la résolution 448 adoptant le *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Voir *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, O.É.A. Rés. 448 (IX-0/79), Doc. O.É.A. OEA/Ser.P/IX.0.2/80, Vol. 1 à 98, *Rapport annuel de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, OEA/Ser.L/V.III.3 doc. 13 corr. 1 at 16 (1980), reproduit dans O.É.A. OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rév. 1 à 133 (1992). Les règles de procédure de la Cour ont été adoptées à la troisième session régulière de l'Organisation des États américain tenue du 30 juillet au 9 août 1980. Des modifications subséquentes ont été adoptées lors de la trente-troisième session régulière de l'Organisation des États américains qui s'est déroulée du 9 au 18 janvier 1991. Voir *Règlements de de la Cour interaméricaine des droits de l'homme Rapport annuel de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser.L/V/III.25 doc.7 à 18 (1992), reproduit dans Doc. O.É.A. OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev. 1 à 145 (1992).

la Commission interaméricaine des droits de l'homme[1450]. La Commission a pour tâche principale de promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme édictés par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1451].

Chargée d'assurer l'application et l'interprétation de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme entend aussi — après que l'État membre ait reconnu sa compétence[1452] — les pétitions émanant des particuliers et contenant des dénonciations ou plaintes relatives à la violation de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* par l'un des États membres[1453]. Elle est aussi

---

[1450] Voir W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 126. Voir aussi B. SANTOSCOY, *La Commission interaméricaine des droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, Presses universitaires de France, 1995; C.M. CERNA, «La Cour interaméricaine des droits de l'Homme — Les affaires récentes» (1987) 33 *Annuaire français de droit international* 351; T. BUERGENTHAL, «The Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights» (1985) *American Journal of International Law* 11; R. NORRIS, «The Individual Petition Procedure of the Inter-American System for the Protection of Human Rights», dans H. HANNUM (dir.), *Guide to International Human Rights Law Practice*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984, 104; C.M. CERNA, «La Cour interaméricaine des droits de l'Homme — Ses premières affaires» (1983) 29 *Annuaire français de droit international* 300; T. BUERGENTHAL, «The Inter-American Court of Human Rights» (1982) 76 *American Journal of International Law* 23.

[1451] Dans l'attribution de son mandat, la Commission exerce les fonctions et les attributions suivantes: stimuler la prise de conscience des droits de l'homme, recommander aux États membres l'adoption de mesures visant à promouvoir le respect des droits de l'homme, préparer des études et des rapports qu'elle estime appropriés, demander aux gouvernements des États membres de lui fournir les informations nécessaires à l'exécution de son mandat et présenter un rapport annuel à l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains. Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 41.

[1452] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 45.

[1453] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 44.

compétente pour examiner les communications par lesquelles un État membre prétend qu'un autre État membre a violé les droits de l'homme édictés par la Convention[1454].

Si la Commission retient la pétition ou la communication, en l'absence d'un règlement satisfaisant, elle rédigera un rapport qui sera transmis ou pétitionnaire et aux États membres. Si les conclusions du rapport de la Commission n'ont pas été suivies à l'expiration d'un délai de trois mois de la date de sa remise aux parties intéressées ou si l'affaire n'a pas été référée à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Commission pourra émettre un avis et des conclusions quant à la question soumise à son examen. Elle formulera ensuite des recommandations précises et imposera un délai dans lequel l'État membre devra prendre les mesures nécessaires pour remédier à la violation des droits garantis par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1455].

La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est compétente qu'après l'épuisement des recours devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme et seuls les États membres à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* — à l'exclusion des particuliers — peuvent renvoyer une affaire devant la Cour[1456]. À l'instar de la procédure devant la

---

[1454] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme,* S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 45.

[1455] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme,* S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 51.

[1456] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme,* S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 61.

Commission interaméricaine des droits de l'homme, la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme procède du consentement exprès des États membres[1457]. Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou qu'une liberté protégés par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ont été violés, la Cour ordonnera que l'État membre garantisse à la partie lésée la libre jouissance de ses droits et ordonnera également réparation — qui prendra la forme d'une «juste indemnité» — de la partie lésée[1458]. L'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est définitif[1459] et oblige les États membres[1460]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme peut aussi, à la suite d'une demande faite par un État membre, donner des avis consultatifs sur l'interprétation et l'application de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1461].

En somme, pour que la Cour interaméricaine des droits de l'homme puisse rendre une ordonnance spécifique à l'encontre d'un État membre à la suite de la violation d'un droit ou d'une liberté protégés par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, il est impératif que l'État membre donne son consentement exprès à plusieurs occasions. D'abord, il doit avoir

---

[1457] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 62.

[1458] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 63.

[1459] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 67.

[1460] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 68.

[1461] Voir *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 12 3, art. 64.

adhéré à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. Ensuite, il doit avoir reconnu expressément la compétence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. De fait, l'État membre devra avoir donné son consentement exprès à plusieurs occasions pour que la Cour interaméricaine des droits de l'homme puisse lui imposer sa décision.

N'eût été du fait que le Canada n'a toujours pas ratifié la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, il aurait été difficile d'avaliser les conclusions de la Cour suprême du Canada voulant que la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* n'a qu'une «valeur pertinente et persuasive» quant à l'interprétation des garanties des droits et libertés fondamentaux des individus. Toutefois, en l'espèce, force nous est de constater que la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ne peut avoir de force contraignante à l'égard des tribunaux canadiens lorsqu'ils interprètent des droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte canadienne*.

Ni la Commission interaméricaine des droits de l'homme ni la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'ont rendu d'arrêts ou émis des commentaires significatifs au sujet du droit au respect de la vie privée protégé par l'article V de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* et l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. À l'exception de deux affaires touchant subsidiairement le droit au respect de la

vie privée[1462], seules cinq décisions ont été rendues à ce jour par la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme relativement à l'examen de faits pouvant constituer une atteinte au droit à la vie privée garanti par l'article 11 de la *Convention américaine des droits de l'homme*. Ici encore, on peut distinguer les communications, les pétitions, les observations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme relativement au droit à la vie privée selon que la protection est accordée à la *protection de l'autonomie de la volonté* (1.) ou à *la protection de l'information* (2.).

1. La protection de l'autonomie de la volonté

La protection de l'autonomie de la volonté s'entend selon que l'immixtion affecte la protection des lieux (*1.1.*) ou la protection de la personne (1.2.).

1.1. La protection des lieux

Les communications, les pétitions ou les observations faites par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en vertu de l'article 11 de

---

[1462] Dans *l'Affaire Ita Ford (1983)*, les faits ont révélé que les autorités salvadoriennes ont détenu, violé, torturé et assassiné quatre ressortissantes américaines (trois religieuses et une travailleuse sociale). Constatant ces faits, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a conclu que le Salvador avait dérogé à plusieurs droits garantis de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, dont notamment le droit au respect de la vie privée des ressortissantes américaines. Dans *l'Affaire Alejandro Piché Cuja (1993)*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a conclu que les autorités guatémaltèques avaient dérogé à plusieurs droits garantis par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, dont le droit au respect de la vie privée du requérant, en le contraignant à joindre les rangs de l'armée nationale. Voir *Affaires Ita Ford c. El Salvador (1983)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 24/83, OEA/Sér. L/V/II.61 Doc.22 rev. 1; *Affaire Alejandro Piche Cuca c. Guatemala (1993)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 36/93, OEA/Sér. L/V/II.8.5 Doc.97 rev. 1.

la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ont essentiellement porté sur le droit au respect du domicile (a.).

a) Le droit au respect du domicile

Dans *l'Affaire Garcia (1995)*[1463], la Commission interaméricaine des droits de l'homme devait examiner certaines mesures prises par le gouvernement péruvien à la suite de la suspension de la Constitution et de la dissolution du Sénat et de la Chambre des députés le 5 avril 1992. Dans la nuit de la même journée, des soldats péruviens, agissant directement sous les ordres du Président Alberto Fujimori, ont entouré la résidence du D[r] Alan García Pérez — ancien Président du pays — avec des chars d'assaut munis de canons. Ils investirent par la suite la résidence du D[r] Garcia Pérez. Bien que celui-ci ait pu échapper à l'aggression, certains de ses invités, sa femme et ses enfants ont été séquestrés, battus et torturés. Les militaires ont procédé par la suite à une perquisition sans mandat de la résidence et se sont emparés, après avoir saccagé la résidence, de nombreux documents personnels appartenant à la famille du D[r] Garcia Pérez. Constatant ces faits, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a refusé d'avaliser l'argument du gouvernement péruvien selon lequel les exactions commises par les militaires visaient à protéger la résidence et la famille du D[r] Garcia Pérez. L'inviolabilité du domicile et de la correspondance est un principe fondamental reconnu par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a conclu qu'il serait difficile de penser

[1463] *Garcia c. Perú (1996)*, Cour Interam. D.H., Rapport n°195 OEA/Sér. L/V/II.88 Doc. 9 rév. 1 à la p. 71(1995).

à une violation plus flagrante du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, qu'une perquisition et une saisie effectuées par une brigade de chars d'assaut.

1.2. La protection de la personne

Les communications, les pétitions ou les observations faites par la Cour interaméricaine des droits de l'homme et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en vertu de l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ont essentiellement porté sur le droit au respect de l'intégrité physique et morale (a.).

a) Le droit au respect de l'intégrité physique et morale

Les communications faites par la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont porté sur la compatibilité des fouilles corporelles, d'un viol et des actes de torture avec l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

Dans *l'Affaire X. (1997)*[1464], la Commission interaméricaine des droits de l'homme devait examiner si les inspections vaginales, effectuées en vertu d'un décret et d'une directive interne d'une institution carcérale, sur la personne de l'épouse et de la fille d'un individu incarcéré étaient conformes au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 11 de la *Convention américaine*

[1464] *Affaire X c. Argentine (1997)*, Comm. Interam. D.H., Rapport n° 38/96, OEA/Sér. L/V/II.95 Doc. 7 rév. 1 à la p. 50 (1997).

relative aux droits de l'homme. La Commission conclut que les fouilles vaginales constituaient une grave atteinte au droit au respect de la vie privée des requérantes en ce qu'elles n'étaient pas proportionnelles à l'objectif poursuivi et violaient en conséquence le droit au respect de la vie privée des requérantes garanti par l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1465]. Dans *l'Affaire Raquel Martí de Mejía (1996)*[1466], la Commission interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que les situations d'abus sexuels et de viols constituaient une violation de l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, et plus particulièrement

---

[1465] L'immixtion ne faisant aucun doute en l'espèce, la principale question consistait à déterminer si cette immixtion était raisonnable. Pour conclure en la *raisonnabilité* d'une immixtion étatique, la Commission doit être convaincue que la mesure était prescrite par une loi, que cette loi poursuivait un objectif nécessaire dans une société démocratique et que la mesure prise était proportionnelle à l'objectif prévu par la loi. Quant à la question de savoir si la mesure était prescrite par la loi, la Commission prend acte de l'existence d'un décret pris en vertu de la *Loi nationale sur les pénitenciers* et d'une directive interne de l'institution carcérale permettant les fouilles des visiteurs, mais constate que ces instruments accordent un large pouvoir discrétionnaire aux autorités carcérales. Elle conclut qu'une mesure aussi extrême qu'une inspection vaginale nécessite que la loi qui l'autorise spécifie clairement les circonstances et les conditions dans lesquelles l'immixtion peut être conduite. En l'espèce, la Commission a jugé que la loi manquait de précision et ne pouvait justifier une inspection vaginale. Quant à la justification de la mesure dans une société démocratique, la Commission fait remarquer que bien que les États soient justifiés de procéder à des fouilles sur la personne des visiteurs des détenus, les fouilles vaginales — de par leur nature particulièrement intrusive — ne doivent pas être systématiques mais doivent être conduites que dans des situations exceptionnelles. Quant à la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif visé par la loi, la Commission estime qu'elle peut se justifier dans la mesure où les critères suivants sont établis: la fouille vaginale doit être absolument nécessaire pour répondre à l'objectif visé, il n'existe pas d'autres solutions moins attentatoires au droit au respect de la vie privée, la fouille est effectuée en vertu d'une ordonnance judiciaire et, enfin, la fouille est menée par un professionnel de la santé. Compte tenu de ces critères, la Commission conclut que les fouilles vaginales constituaient une grave atteinte au droit au respect de la vie privée des requérantes en ce qu'elles n'étaient pas proportionnelles à l'objectif poursuivi et violaient en conséquence le droit au respect de la vie privée des requérantes garanti par l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

[1466] Voir l'affaire *Raquel Martí de Mejía c. Perú (1996)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 5/96, OEA/Sér. L/V/II.91 Doc. 7 à la p. 157 (1996).

du droit au respect de l'intégrité physique et morale[1467].

2. La protection de l'information

Les communications, les pétitions ou les observations faites par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en vertu de l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ont essentiellement soulevé le droit au respect de la vie privée relativement à la filature et à la surveillance (2.1.).

2.1. La filature et la surveillance

Dans *l'Affaire Ortiz (1997)*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a conclu que la surveillance active et les menaces proférées contre un individu par des policiers guatémaltèques constituaient une violation du droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 11 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[1468].

[1467] Voir aussi l'affaire *Diane Ortiz c. Guatemala (1996)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 31/96, OEA/Sér. L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 332 (1997).

[1468] *Voir l'affaire Diane Ortiz c. Guatemala (1996)*, Cour Interam. D.H., Rapport n° 31/96, OEA/Sér. L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 332 (1997). Arrivée au Guatemala au mois de septembre 1987, la requérante, une religieuse, reçut, à partir de la fin de l'année suivante de nombreuse lettres anonymes l'accusant de fomenter des activités subversives contre le gouvernement guatématèque et l'invitant à quitter le pays promptement. Au mois de juillet 1989, elle a été suivie et accostée par un représentant du gouvernement qui lui affirmait connaître ses activités et l'invitait à quitter le pays. Elle sera arrêtée au mois de novembre par le même individu et un autre qui portait l'uniforme des forces policières nationales. Elle sera amenée dans un entrepôt désaffecté afin d'y subir un interrogatoire. Lors de cet interrogatoire, les policiers lui exhiberont plusieurs photographies sur lesquelles on peut l'apercevoir bavardant avec différentes personnes à plusieurs endroits. Refusant de répondre aux questions des policiers, elle sera séquestrée, violée et torturée.

Ces dispositions relatives au droit au respect de la vie privée n'ayant pas fait l'objet d'une interprétation comparable à celle de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* il nous semble utile — à l'instar de la Cour suprême du Canada et de la doctrine canadienne[1469] et bien qu'elle n'ait aucune force contraignante dans l'ordre juridique canadien — de considérer l'interprétation qu'en a fait la Cour européenne des droits de l'homme.

(b) La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

L'adoption de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (ci-après désignée la *Convention européenne*) par

---

[1469] Bien que le Canada ne soit pas partie à la *Convention européenne*, il s'agit de l'un des instruments de droit international le plus souvent cité — après le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* — par la Cour suprême du Canada. Ces nombreuses références de la Cour suprême du Canada s'expliquent sans doute par l'antériorité de la *Convention européenne* sur tout autre instrument de droit international analogue. Voir généralement A. BIGENWALD, *L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme (la "clause de raisonnabilité démocratique" canadienne comparée aux "clauses de nécessité démocratique" européennes)*, Thèse de Maîtrise, Université de Montréal, 1993; G. CLICHE, «L'utilisation de la *Convention européenne des droits de l'homme* pour l'interprétation de la *Charte canadienne*» (1993) *Revue juridique des étudiants de l'Université Laval* 93; G. ZELICK, «The *European Convention on Human Rights* — Its Significance for *Charter* Litigation», dans R.J. Sharpe (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 97; M.L. BERLIN et L. MÉTIVIER, «Le droit international humanitaire comme source interprétative de la *Charte canadienne des droits et libertés* — L'incidence de la *Convention européenne des droits de l'homme*» (1987) *Revue de droit international et de droit comparé* 36; W.S. TARNOPOLSKY, «Sources communes et parenté de la *Convention européenne* et des instruments canadiens des droits de la personne», dans D. TURP et G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 61; E. P. MENDES, «Interpreting the *Charter* — Applying International and European Jurisprudence» (1982) 20 *Alberta Law Review* 383; G. TREMBLAY, «La *Charte canadienne des droits et libertés* et quelques leçons tirées de la *Convention européenne des droits de l'homme*» (1982) 23 *Cahiers de droit* 795.

le Conseil de l'Europe[1470] s'inscrivait dans un objectif plus large qui consistait à

[1470] Organisation internationale dont le siège est à Strasbourg, le Conseil de l'Europe a été fondé à Londres le 5 mai 1949 à la suite de la proposition de Sir Winston Churchill, alors Premier ministre du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne, de créer une organisation dont le but serait de réaliser «une union plus étroite entre ses membres [...] par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Première organisation internationale composée de parlementaires de différents États délibérant à la majorité des voix, le projet duquel a résulté le Conseil de l'Europe paraissait révolutionnaire en 1949 puisqu'il accordait un rôle fondamental à une assemblée supranationale dans un ordre international qui était jusque-là dirigé par les seuls gouvernements souverains des États. Malgré une série de résolutions des représentants des États européens, réunis à La Haye le 7 mai 1948, réclamant la création d'une union économique et politique européenne, il faudra attendre l'émergence de la tension Est-Ouest — marquée par le coup de Prague et le blocus de Berlin — pour qu'une telle association voit le jour. L'échec de la conférence de La Haye s'explique par les différences fondamentales d'opinions qui existaient entre les partisans d'une fédération européenne (la France, la Belgique et l'Italie) et les défenseurs de la coopération intergouvernementale traditionnelle (la Grande-Bretagne, l'Irlande et les pays scandinaves). Le Conseil de l'Europe est né du compromis entre ces deux tendances. Pour satisfaire les traditionnalistes, il a été convenu — après de longues tractations — que l'assemblée générale n'aurait qu'un rôle consultatif. Le pouvoir décisionnel sera attribué aux Conseil des Ministres. Le traité portant sur le statut du Conseil de l'Europe a été signé par dix pays: la Belgique, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni auxquels se sont joints l'Irlande, le Danemark, la Norvège et la Suède. À ces pays fondateurs s'ajouteront, entre 1949 et 1970 , huit nouveaux États (dans l'ordre d'adhésion): la Grèce, l'Islande, la Turquie, l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, la Suisse et Malte. Le «putsch des colonels» en 1967 aura pour effet d'exclure la Grèce du Conseil de l'Europe pour la période s'échelonnant du 12 décembre 1969 au 28 novembre 1974. La réintégration de la Grèce au Conseil de l'Europe marquera la disparition des régimes autoritaires d'Europe occidentale. Tour à tour, le Portugal, après la «révolution des oeillets» d'avril 1974, qui mettait fin à près de 50 ans de dictature salazariste, et l'Espagne, à la suite du décès du Général Franco, qui mettait fin à la dictature franquiste, adhéreront au Conseil de l'Europe (le 22 septembre 1976 pour le Portugal et le 24 novembre 1977 pour l'Espagne). L'arrivée du Liechtenstein (le 23 novembre 1978), de Saint-Marin (le 16 novembre 1988) et de la Finlande (le 5 mai 1989) achève de réunir les États européens occidentaux. La chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989, qui a consacré la fin des tensions Est-Ouest, permettra aux pays de l'Europe orientale d'adhérer au Conseil de l'Europe. L'adhésion de la Hongrie le 6 novembre 1990 et de la Fédération de Russie en février 1996 fera du Conseil de l'Europe une institution supranationale représentant plus de 40 pays et 700 millions d'individus. Voir *Statut du Conseil de l'Europe*, S.T.E. n° 1. Voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, W.S. Churchill, Allocution, Zurich (Suisse), 19 septembre 1956, traduit et cité par le Conseil de l'Europe, «Le Conseil de l'Europe: protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales», à http://www.dhdirhr.coe.fr/; CONSEIL DE L'EUROPE, «À propos du Conseil de l'Europe», à http://www.dhdirhr.coe.fr/; CONSEIL DE L'EUROPE, «Brève histoire du Conseil de l'Europe», à http://www.dhdirhr.coe.fr/.

harmoniser les politiques des États membres en faisant adopter des normes et des pratiques communes. Le Conseil de l'Europe se compose de trois instances: un organe de décision (le Comité des Ministres)[1471], un organe délibératif (l'Assemblée parlementaire)[1472] et un porte-parole de la démocratie locale (le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux d'Europe)[1473]. L'objectif fondamental du Conseil de l'Europe consiste à travailler à la réalisation d'idéaux démocratiques. Or la démocratie repose sur le respect des droits et libertés fondamentaux des individus dont le droit au respect de la vie privée[1474].

[1471] Le Comité des Ministres rassemble les ministres des affaires étrangères des quarante États membres. Il se réunit deux fois l'an en sessions ordinaires et peut tenir des réunions spéciales ou informelles. Les délégués des ministres se rencontrent une fois par mois afin d'établir le programme des activités du Conseil de l'Europe. Voir *Statut du Conseil de l'Europe*, S.T.E. n° 1., arts. 13-21.Voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE,«À propos du Conseil de l'Europe», à http://www.dhdirhr.coe.fr/.

[1472] L'Assemblée parlementaire est l'organe délibérant du Conseil de l'Europe. Elle discute des questions relevant de sa compétence — telle qu'elle est définie par le statut constitutif du Conseil de l'Europe — et transmet ses conclusions au Comité des Ministres sous forme de recommandations. Elle compte 286 représentants et 286 membres suppléants issus des parlements des États membres. La répartition des sièges est établie par l'article 26 du *Statut du Conseil de l'Europe*. Voir *Statut du Conseil de l'Europe*, S.T.E. n° 1, arts. 21-35. Voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, «À propos du Conseil de l'Europe» à http://www.dhdirhr.coe.fr/.

[1473] Adoptée par le Comité des Ministres le 14 janvier 1994 lors de sa 506e réunion des délégués des Ministres, la *Charte du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe* établit les attributions du Congrès. Comme l'Assemblée parlementaire, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe compte 286 membres et 286 suppléants. Il est composé de deux chambres, l'une représentant les pouvoirs locaux, l'autre les régions. Sa vocation principale consiste à renforcer les structures démocratiques issues du Conseil européen à l'échelon local et, en particulier, d'aider les nouvelles démocraties. Voir *Annexe au Statut du Conseil de l'Europe*, S.T.E. n° 1 intitulée *Charte du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe*. Voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, «À propos du Conseil de l'Europe», à http://www.dhdirhr.coe.fr/.

[1474] Voir généralement M. DELMAS-MARTY (dir.), *The European Convention for the Protection of Human Rights — International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, Boston et Londres, Nijhoff, 1992; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e éd., Paris, Sirey, 1991; H. PETZOLD, *La Convention européenne des droits de l'homme — Jurisprudence et documents*, Cologne, Carl Hetmanns, 1991; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990; F. NEWMAN et D. WEISSBRODT, *International Human Rights*, Cincinnati, Anderson, 1990; F. SUDRE, *Droit international et européen*

Le droit au respect de la vie privée est énoncé à l'article 8 de la *Convention européenne*[1475], lequel diffère substantiellement dans sa formulation du libellé des dispositions analogues incorporées à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[1476].

---

des droits de l'homme, Paris, Presses universitaires de France, 1990; J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University press, 1988; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988; J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987; G. MORRISSON, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, La Haye, Nijhoff, 1981; S. ERCMAN, *European Convention on Human Rights — Guide to Case-Law / Convention européenne des droits de l'homme — Guide de jurisprudence / Europäische Menschenrechtskonvention — Wegweiser der Rechtspreechung*, Vienne, Braumüller, 1981; R. BÉDARD, *Human Rights and Europe*, Londres, Sweet and Maxwell, 1980; F.G. JACOBS, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; F. CASTBERG, The European Convention on Human Rights, New York, Oceana, 1974; G.L. VEIL, *The European Convention on Human Rights: Background, Development and Prospects*, Leyde, Sijthoff, 1963.

[1475] L'article 8 s'énonce ainsi: «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui» (accentuation ajoutée).

[1476] Voir généralement P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, Paris et Aix-en-Provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990; A. DRZEMCZEWSKI, *The Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 1984; L. DOSWALD-BECK, «The Meaning of the "Right to Respect for Private Life" Under the European Convention of Human Rights» (1983) *Human Rights Law Journal* 283; P.J. DUFFY, «The Protection of Privacy, Family Life and Other Rights Under Article 8 of the European Convention on Human Rights» (1982) *Yearbook of European Law* 191; D. EVRIGENIS, «La jurisprudence récente de la Cour relative aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme» (1981) *Documentaçào e direito comparado* 347, publié l'année suivante en langue anglaise sous le titre : «Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights» (1982) *Human Rights Law Journal* 121; J.-P. LACQUÉ, «Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales», dans *La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Toulouse, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, 125.

L'interprétation de l'article 8 de la *Convention européenne* se fait en deux étapes[1477]. La première étape consiste à déterminer si les faits examinés soulèvent un droit protégé par le premier paragraphe de l'article 8. En d'autres termes, il faut déterminer la conformité des faits examinés en regard de l'article 8 de la *Convention européenne*. La seconde étape vise à établir si ces faits constituent une violation de ce droit protégé. Une fois la violation du droit établie, il faut déterminer si l'immixtion étatique a été faite conformément à la loi («prévue par la loi»)[1478] et, le cas échéant, si les moyens utilisés par l'État étaient nécessaires («mesures nécessaires dans une société démocratique»)[1479] à la réalisation d'un nombre limité d'objectifs prioritaires qui se justifient dans une société démocratique[1480].

[1477] Voir J.MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, Unesco Publishing, 1994, 28.

[1478] Les mots «prévue par la loi», au sens du paragraphe 2 de l'article 8 signifient, d'abord, que la mesure incriminée a une base en droit interne, mais ils ont aussi trait à la qualité de la loi en cause et exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui doit pouvoir en prévoir les conséquences juridiques et évaluer sa compatibilité avec la prééminence du droit. Voir *Affaire Silver et autres c. Royaume-Uni (1983)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 61; *Affaire Kruslin c. France (1990)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 176-A; *Affaire Huvig c. France (1990)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 176-B; *Affaire Campbell (1992)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 233; *Affaire Domenichini c. Italie (1996)*, Cour Eur. D.H., 1996-V n° 22; *Affaire Cologero Diana c. Italie (1996)*, Cour Eur. D.H., 1996-V n° 21.

[1479] Les immixtions qui portent atteinte au droit au respect de la vie privée doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire être justifiées par un besoin social impérieux et proportionnées au but légitime poursuivi. Ce critère de «nécessité» n'est pas sans rappeler celui de la légitimité de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est aussi ce qu'en pense A. Bigenwald qui a consacré une thèse de maîtrise à l'étude des similitudes entre ces deux barèmes. Voir A. BIGENWALD, *L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme (la "clause de raisonnabilité démocratique"canadienne comparée aux "clauses de nécessité démocratique" européennes)*, Thèse de Maîtrise, Université de Montréal, 1993.

[1480] Ces objectifs prioritaires sont notamment la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui.

Jusqu'à tout récemment, le respect des engagements garantis par *la Convention européenne* était assuré par la Commission européenne des droits de l'homme et par la Cour européenne des droits de l'homme. La Commission entendait les requêtes qui lui étaient adressées par toute personne qui se prétendait victime d'une violation, par l'un des États membres, de ses droits reconnus par la *Convention européenne*[1481]. Elle rédigeait ensuite un rapport, qu'elle transmettait au Comité des Ministres, dans lequel elle constatait les faits et déterminait s'ils constituaient une violation des obligations qui incombent aux États membres en vertu de la *Convention européenne*[1482]. S'il n'y avait pas de règlement satisfaisant de la requête dans un délai de trois mois de sa date de transmission au Comité des Ministres, celle-ci devait déférer l'affaire à la Cour européenne des droits de l'homme[1483].

Chargée d'assurer l'application et l'interprétation de la *Convention européenne,* la Cour européenne des droits de l'homme pouvait être saisie d'une requête — après que l'État membre avait reconnu sa compétence ou avait consenti à l'examen de la question — par la Commission ou l'un des États membres[1484]. Si la Cour constatait une violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Convention européenne,* elle accordait à la partie lésée une

---

[1481] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 25.

[1482] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 31.

[1483] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, arts. 32, 47.

[1484] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, arts. 45, 48.

«satisfaction équitable»[1485]. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme était définitif et les États membres devaient s'y conformer[1486]. Le Comité des Ministres veillait par la suite à l'exécution de la décision prise par la Cour[1487].

Depuis l'entrée en vigueur le 11 janvier 1998 du *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*[1488], une nouvelle procédure gouverne l'action de la Cour européenne des droits de l'homme. La modification essentielle apportée par le *Protocole n° 11* est sans aucun doute l'élimination de la Commission européenne des droits de l'homme et l'accroissement de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme[1489]. La Cour européenne des droits

---

[1485] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 50.

[1486] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, arts. 52 et 53.

[1487] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, arts. 54.

[1488] Signé à Strasbourg le 5 novembre 1994, le *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, est entré en vigueur le 11 janvier 1998. Voir *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, (1994) 6 R.U.D.H. 86, S.T.E. *n°* 155.

[1489] La Cour européenne des droits de l'homme se subdivise dorénavant en deux chambres dont l'une, la Grande Chambre, possède la compétence, dans des cas exceptionnels toutefois, pour entendre des appels émanant de l'autre chambre. La décision de la Grande Chambre est définitive et les États membres doivent s'y conformer. La Cour pourra aussi, à la demande du Conseil des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la *Convention européenne* et de ses protocoles. Voir *Protocole N° 11 portant sur la restructuration*, articles 47 et ss. Voir *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de*

de l'homme est dorénavant compétente pour entendre toutes les questions — provenant tant des États membres que des particuliers[1490] — concernant l'interprétation et l'application de la *Convention européenne*[1491].

Ni la Commission européenne des droits de l'homme ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont apporté une définition précise à l'expression «vie privée». Elle engloberait toutefois l'intégrité physique et morale de la personne[1492]dont les situations de privation de liberté[1493]. Dans *l'Affaire Niemietz (1992)*[1494], la Cour a aussi exprimé l'opinion —, reprenant en cela la conception de la doctrine libérale classique à laquelle avait souscrit la Commission européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Declerck (1978)* — que la garantie qu'offre l'article 8 de la *Convention européenne* est destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations qu'il entretient avec ses

---

contrôle établi par la Convention, (1994) 6 R.U.D.H. 86, S.T.E. n° 155, arts. 27, 43, 44, 47. Voir aussi *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5.

[1490] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 34.

[1491] *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5, art. 32.

[1492] Voir *Affaire X et Y c. Pays-Bas (1985)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 91; *Affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni (1993)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 247-C.

[1493] Voir *Affaire Raninen c. Finlande (1997)*, Cour Eur. D.H., 1997-VIII n° 67. dans laquelle la Cour reconnaît la possibilité de considérer l'article 8 de la *Convention européenne* comme octroyant une protection contre les situations de détention qui n'atteignent pas la gravité requise par l'article 3 de la *Convention européenne*. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'usage de menottes n'a aucun effet néfaste sur l'intégrité physique et morale d'un individu et n'est pas de nature à constituer une immixtion dans son droit au respect de sa vie privée. L'article 3 de la *Convention européenne* garantit le droit des individus contre la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants.

[1494] Voir *Affaire Niemietz c. Allemagne (1992)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 251-B.

congénères. En d'autres mots, la notion de vie privée se conçoit comme une zone *d'autonomie personnelle*[1495].

L'article 8 de la *Convention européenne* ne constitue pas seulement une obligation pour les États membres de s'abstenir de procéder à des immixtions; à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des *obligations positives* de respecter le droit à la vie privée des individus[1496]. On peut, ici encore, distinguer les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme[1497] relativement au droit au respect de la vie selon que la protection est accordée à la protection de *l'autonomie de la volonté* (1.) où à la *protection de l'information* (2.).

1. La protection de l'autonomie de la volonté

La protection de l'autonomie de la volonté s'entend selon que

---

[1495] «The scope of the right to respect private life is such that it secures to the individual a sphere within which he can freely pursue the development of his personality. In principle, whenever the state enacts rules for the behaviour of the individual within this sphere, it interferes with the respect for private life» (accentuation ajoutée). Voir *Declerck c. Belgique*, (1978) 21 Comm. Eur. D.H. n° 8307/78.

[1496] Voir *Affaire Airey c. Irlande (1979)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 32; *Affaire X et Y c. Pays-Bas (1985)*, Cour Eur. D.H, Série A, n° 91; *Affaire López Ostra c. Espagne (1994)*, Cour Eur. D.H, Série A, n° 303-C ; *Affaire Stjerna c. Finlande (1994)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 299-B; *Affaire Botta c. Italie (1998)*, Cour Eur. D.H., 1998-I n°66; *Guerra c. Italie (1998)*, Cour Eur. D.H., 1998-I n° 64.

[1497] Depuis sa constitution, en juillet 1954, et jusqu'au 31 décembre 1997, la Commission européenne des droits de l'homme a été saisie de 39 047 requêtes individuelles. De ce nombre, 4 161 requêtes ont été déclarées recevables. Ce nombre considérable de requêtes, jouxté à l'élimination de la Commission européenne des droits de l'homme par le *Protocole n° 11* nous a convaincu de restreindre notre étude à l'examen des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. Au 31 décembre 1997, 903 affaires avaient été déférées à la Cour européenne des droits de l'homme. Voir CONSEIL DE L'EUROPE, «Commission européenne des droits de l'homme: Organisation, procédure et activités», à http://http://www.dhcommhr.coe.fr/.

l'immixtion affecte les lieux (1.1) ou la personne (1.2.).

1.1. La protection des lieux

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme visant la protection des lieux ont porté sur le droit au respect du domicile (a.).

a) Le droit au respect du domicile

En plus de la protection traditionnelle offerte au domicile contre des intrusions étatiques[1498], la Cour européenne des droits de l'homme a aussi statué que les contrôles législatifs des États membres concernant la résidence étaient protégés par le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*[1499]. Cette protection offerte au domicile s'étend

---

[1498] Dans l'Affaire *Funke (1993)* et dans l'Affaire *Miailhe (1993)*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, bien que reconnaissant l'intérêt de l'État de préserver le bien-être économique du pays, que l'article 64 du *Code des douanes* francais était contraire à l'article 8 de la *Convention européenne* en ce qu'il permettait des visites domicilaires sans autorisation judiciaire préalable. Voir Affaire *Funke c. France (1993)*, Cour. Eur. D.H., Série A, n° 256-A, B et C; Voir Affaire *Miailhe c. France (1993)*, Cour. Eur. D.H., Série A, n° 277-C. Voir généralement E. MYJER, «Zwijgen op aangeven van de douane» (1993) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 584; L. E. PETTITI, «Droits de l'homme» (1993) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 581.

[1499] À titre d'illustration, la Cour a statué, dans l'*Affaire Gillow (1986)*, que des mesures législatives visant à contenir la population insulaire de l'île de Guernesey ou interdisant l'éviction de locataires étaient conformes à l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans l'*Affaire Barreto (1995)*, elle a jugé qu'une loi qui empêchait le nouvel acquéreur d'un lieu d'habitation de procéder à son éviction afin d'occuper personnellement les lieux ne portait pas atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale. Voir *Affaire Gillow c. Rayaume-Uni (1986)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 109; Affaire *Barreto c. Portugal* (1995), Cour Eur. D.H. Série A, n° 324. Voir aussi *Larkos c. Chypre* (1999), Cour Eur. D.H. (n° 29515/95) (18 février 1999). Voir généralement G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987 (1988) *Cahiers de droit européen* 466; J. ANDREWS, «Housing Law in Guernesey» (1987) *European Law Review* 70; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986» (1987) *Annuaire français de droit international* 239; 427;J.G. MERRILLS, «Decisions on the European

aussi aux locaux où se déroulent des activités professionnelles[1500]. Elle a aussi jugé que les atteintes graves à l'environnement[1501] et les nuisances acoustiques[1502] peuvent aussi toucher le bien-être des individus et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale, droit garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. L'appréciation de la conformité d'une immixtion étatique au regard du droit au respect de la vie privée dans la résidence d'un individu ne s'appuierait pas tant sur des intérêts de propriété que sur un certain nombre de facteurs de rattachement que sont l'occupation physique et les liens familiaux qui unissent le résident à l'occupant

---

Convention on Human Rights» (1987) *British Year Book of International Law* 455, 493; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1987) *Journal du droit international* 803; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1986) *Yearbook of European Law* 427.

[1500] Voir *Affaire Niemietz c. Allemagne (1992)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 251-B. Voir généralement D. YERNAULT, «Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne» (1994) *Revue universelle des droits de l'homme* 121; E. JAKHIAN et P. LAMBERT, «Les perquisitions dans les cabinets d'avocats» (1994) *Journal des Tribunaux* 66; G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI, «Perquisition au cabinet d'un avocat (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme)» (1993) *Gazette du Palais* 2; P. LAMBERT et F. RIGAUX, «Perquisitions au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile» (1993) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 470; E. MYJER, «De getergde rechter en het advocatenkantoor» (1993) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 320; J.-F. RENUCCI, «Droit européen des droits de l'homme» (1993) Recueil Dalloz Surey 386; F. SUDRE, M. LEVINET, B. PEYROT et B. ECOCHARD, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1992» (1993) *Revue universelle des droits de l'homme*, n° 1-2, 1; B. SWART, «The case-law of the European Court of Human Rights in 1992» (1993) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 167; E. DECAUX et P. TAVERNIER, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme» (1993)*Journal du droit international 755*; Y. HANDGARTNER, «Durchsuchung einer Anwaltskanzlei. Anwendung von Art. 8 EMRK auf Geschäftsraüme und geschäftliche Tätigkeiten» (1993) *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle* 724; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992» (1992) *Annuaire français de droit international* 629.

[1501] Voir *Affaire López Ostra c.* Espagne *(1994)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 303-C; *Affaire Guerra c. Italie (1998)*, Cour Eur. D.H.,1998-I n° 64.

[1502] Voir *Affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni (1990)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 172.

de la résidence[1503].

1.2. La protection de la personne

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme visant la protection de la personne concernent le droit au respect de l'intégrité physique et morale (a.) et le droit au respect des relations familiales (b.).

a) Le droit au respect de l'intégrité physique et morale

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relativement au droit au respect de l'intégrité physique ont porté sur des situations où un État membre privait un individu de sa liberté[1504] et sur des infractions contre la personne[1505]. Mais c'est surtout des revendications fondées sur l'identité et

---

[1503] Voir *Affaire Mentes c. Turquie (1997)*, Cour Eur. D.H., 1997-VIII n°59. Voir généralement J.-Y NAUDET et L. SERMET, «Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique» (1990) *Revue de la recherche juridique* 1; F. SUDRE, «La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme» (1988) *Recueil Dalloz Sirey* 7; A.M. CONNELLY, «Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights» (1986) *International and Comparative Law Quarterly* 567.

[1504] Dans *l'Affaire Raninen (1997)*, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que la notion de vie privée garantie par l'article 8 de la *Convention européenne* était suffisamment large pour comprendre les situations de privation de liberté. Elle offre la possibilité de considérer l'article 8 de la *Convention européenne* comme octroyant une protection contre la détention.

[1505] Dans l'*Affaire X et Y (1985)*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'article 248 ter du *Code pénal* des Pays-Bas, qui empêchait le titulaire de l'autorité parentale de porter plainte au nom de sa pupille incapable, victime d'une agression, contrevenait à l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans *l'Affaire Laskey (1997)*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la *Loi de 1861 sur les infractions contre la personne (Offences Against the Persons Act, 1861)*, qui interdit les actes sadomasochistes, était conforme à l'article 8 de la *Convention européenne*. Les autorités étatiques peuvent, en ayant recours au droit pénal, réglementer les pratiques qui entraînent des sévices corporels. Voir *Affaire X et Y c. Pays-Bas (1985)*, Cour Eur. D.H, Série A, n° 91; *Affaire Laskey, Jaggard et Brown c. (R.-U.) (1997)*, Cour Eur. D.H, Série A, 1997 n° 29. Voir aussi *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni (1981)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 45;

l'orientation sexuelles qui ont été l'objet de la grande majorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la séquence d'Affaires *Von Oosterwijck (1980) — Sheffield (1998)*, elle a refusé d'avaliser l'argument voulant que la non-reconnaissance par l'État de la nouvelle identité des transsexuels puisse violer leur droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*[1506].

Affaire Norris c. Irlande (1988), Cour Eur. D.H. Série A, n° 142; *Affaire Modinos c. Chypre (1993)*, Cour Eur. D.H. Série A, n° 259. Voir généralement F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos» *(1989) Revista de instituciones europeas* 605; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987 (1988), *Cahiers de droit européen* 462; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1986) *Yearbook of European Law* 430; E.A. ALKEMA, «Noot» (1985) *Nederlandse Jurisprudentie* 1692; J. ANDREWS, «Right to Take Proceedings for Sexual Assaults» (1985) *The European Law Review* 295; L.E. PETTITI, «Droits de l'homme» (1985) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 629; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1986) *Journal du droit international* 892; J. SCHOKKENBROECK, «X et Y tegen Nederland — Noot» (1985) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten Bulletin* 417; R.E. VAN GALEN-HERRMANN, «Een onopgemerkte wetswijziging» (1985) *Nederlands Juristenblad* 715.

[1506] Voir Affaire *Von Oosterwijck c. Belgique (1980)*,Cour Eur. D.H., Série A, n° 40; Affaire Rees c. Royaume-Uni, Cour Eur. D.H., Série A, n° 106; *Affaire Cossey c. Royaume-Uni (1990)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 184; *Affaire Sheffield et Horseman c. Royaume-Uni (1998)*, Cour Eur. D.H., (n° 24484/97) (28 octobre 1998). Contra *Affaire B. c. France (1992)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 232-C. Voir généralement L. ZWAAK, «Noot» (1993) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 81; P.-J. MARGUÉNAUD, «Note» (1993) *Recueil Dalloz Sirey* 103; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992» (1992) *Annuaire français de droit international* 629; E. DECAUX et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1992» (1993) *Journal du droit international* 720; T. GARÉ, «Note» (1992) *Juro-classeur périodique* 417; J. HAUSER, «Jurisprudence française en matière de droit civil» (1992) *Revue trimestrielle de droit civil* 540; C. LOMBOIS, «La position française sur le transsexualisme devant la Cour européen ne des droits de l'homme» (1992) *Recueil Dalloz Sirey* 323; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1992» (1992) *British Year Book of International Law* 567; F. SUDRE, M. LEVINET, B. PEYROT et B. ECOCHARD, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1992» (1993) *Revue universelle des droits de l'homme*, n° 1-2, 1; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chronique de jurisprudence 1985-1986-1987» (1988) *Cahiers de droit européen* 463, 473; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1987) *Journal du droit international* 796; L. ZWAAK, «Noot» (1987) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 552; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986» (1987) *Annuaire français de droit international* 239;

Elle a néanmoins statué, dans l'Affaire *Dudgeon (1981)*[1507], que les

A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1986) *Yearbook of European Law* 429; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1986» (1986) *British Year Book of International Law* 469; E. GARCIA DE ENTERRIA (dir.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 544; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chronique de jurisprudence 1980-1981» (1982) *Cahiers de droit européen* 217; P. ROLLAND, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1982) *Journal du droit international* 209; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos» (1981) *Revista de instituciones europeas* 948; P.J. DUFFY, «Local Remedies and the Convention — The Guzzardi and Van Oosterwijck Judgments» (1981) *The Human Rights Review* 71; R. PELLOUX, «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1980» (1981) *Annuaire français de droit international* 296; H. SEIBERT, «Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel — Fall Van Oosterxijck» (1981) *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 275.; Ph. COUVREUR, «L'Épuisement des voies de recours internes et la Cour européenne des droits de l'homme — l'arrêt Van Oosterwijck du 6 novembre 1980» (1980-1981) *Revue belge de droit international* 130; D.J. HARRIS, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1980» (1980) *British Year Book of International Law* 339.

[1507] Dans *l'Affaire Dudgeon (1981)*, la Cour européenne des droits de l'homme devait se prononcer sur la conformité de la *Loi de 1861 sur les crimes et délits contre les personnes* et la *Loi de 1885 modifiant le droit pénal* — lesquelles punissent les actes de sodomie et de bestialité et l'indécence grave accomplis en public ou en privé — avec l'article 8 de la *Convention*. L'effet de ces lois est d'interdire les relations homosexuelles masculines alors qu'aucune disposition de ces lois, ni aucune autre loi, n'interdisent les relations homosexuelles féminines. Bien que la Cour ait reconnu qu'une réglementation de certains comportements sexuels pourrait être légitime dans certaines circonstances (afin de préserver la morale), elle conclut que la seule existence de dispositions législatives prohibant les relations homosexuelles accomplies en privé par des hommes consentants âgés de plus de 21 ans viole l'article 8 de la *Convention* européenne. Dans l'*Affaire X (1975)*, *elle a cependant* maintenu l'interdiction faite par une loi du Royaume-Uni d'avoir des relations homosexuelles avant l'âge de 18 ans. Voir *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni (1981)*, Cour Eur. D.H., Sér. A, n° 45. Voir aussi *Affaire Norris c. Irelande (1988)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 142. Voir généralement J. CALLEWAERT, M. DEJEANT-PONS et N. SANSONETIS, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 50 de la CEDH (3e partie)(1990) *Revue universelle des droits de l'homme* 215; P.GIRARD, «The Protection of the Rights of Homosexuals Under the International Law of Human Rights — European Perspectives» (1986) *Annuaire canadien des droits de la personne/Canadian Human Rights Yearbook* 3; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1985) *Journal du droit international* 185; E. GARCIA DE ENTERRIA (dir.), *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 492; J. ANDREWS, «Just satisfaction under the Convention» (1983) *The European Law Review* 205; M. ALBA NAVARRO, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos — casp Dudgeon» (1982) *Boletin de jurisprudencia constitucional* 563; R. PELLOUX, «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1981» (1982) *Annuaire français de droit international* 504; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques de jurisprudence 1980-1981» (1982) *Cahiers de droit européen* 221; C.F.

dispositions législatives prohibant les relations homosexuelles accomplies en privé par des hommes consentants âgés de plus de 21 ans violait l'article 8 de la *Convention* européenne. Les États ne sauraient cependant exclure les personnes homosexuelles des rangs des forces armées en raison de leur orientation sexuelle[1508].

b) Le droit au respect des relations familiales

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relativement au droit au respect des relations familiales ont porté sur la filiation, le mariage et le divorce, l'autorité parentale et la préservation des liens familiaux qui sera habituellement invoquée dans le cadre d'une procédure d'expulsion du territoire de l'un des États membres[1509]. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à la filiation ont porté sur la discrimination

---

KOLBERT, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1981» (1981) *British Year Book of International Law* 343; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1983» (1981) *British Year Book of International Law* 322.

[1508] *Affaire Lustig-Préan c. Royaume-Uni (1999)*, Cour Eur. D.H., (n° 31417/96) (27 septembre 1999); *Affaire Smith et Grady c. Royaume-Uni (1999)*, Cour Eur. D.H., (n° 33985/96; 33986/96) (27 septembre 1999).

[1509] Voir généralement F C. VAN DEN WYGAERT, «Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box ?» (1990) *International and Comparative Law Quarterly* 757; Y. STREIFF, «La police des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (1990) *Archives de politique criminelle* 23; F. MASSIAS, «Police des étrangers», dans M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État — Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1989; F. SUDRE, «Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», dans D. TURPIN (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales*, Paris, Economica, 1989, 253; F. MASSIAS, «Police des étrangers et droit de l'homme en Europe — La libre circulation des personnes et ses prolongements selon la jurisprudence des instances européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Convention européenne des droits de l'homme)» (1988) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 223.

faite entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes, la reconnaissance de l'autorité parentale, la possibilité pour une personne transsexuelle opérée d'être enregistrée comme étant le père d'un enfant dans les registres de l'État civil et la discrimination faite entre les hommes et les femmes relativement à l'obtention des prestations pour congé parental.

Si elle reconnaissait, dans la séquence d'affaires *Marckx (1979) — Vermeire (1986)*, que la distinction entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes contrevenait au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8[1510], elle maintenait cependant la validité des dispositions législatives qui

---

[1510] Dans l'Affaire *Marckx (1979)* et dans l'Affaire *Vermeire (1986)*, la Cour des droits de l'homme devait se prononcer sur la conformité d'une disposition du *Code civil belge* — qui prescrivait qu'une mère célibataire ne pouvait établir la filiation d'un enfant illégitime que par la reconnaissance étatique alors que celle d'un enfant légitime était établie du seul fait de la naissance — avec les articles 8 et 14 de la *Convention*. L'une des conséquences de cette distinction est que l'enfant naturel reconnu et même adopté par sa mère demeure en principe étranger à la famille. La Cour des droits de l'homme conclut que la distinction entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes contrevient aux articles 8 et 14 en ce qu'elle manque de justification objective et raisonnable. Voir *Affaire Marckx c. Belgique*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 31; *Affaire Vermeire c. Belgique*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 214-C. Voir généralement V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1989 à 1991» (1992) *Annuaire français de droit international* 588; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1992» (1992) *British Year Book of International Law* 554; E. DECAUX et P. TAVERNIER, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1992) *Journal du droit international* 799; J. POLAWKIEWICZ, «Die innerstaatliche Durchsetzung der Urteile des Europäishen Gerichtshofs fur Menschenrechte» (1992) *Zeitschrift für auslandisches Recht und Völkerrecht* 149; F. RIGAUX, «Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel» (1992) *Revue universelle des droits de l'homme* 215; F. SUDRE, «Chroniques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1991» (1992) *Revue universelle des droits de l'homme* n° 1-2, 1; C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1991) *Yearbook of European Law* 590; J. CALLEWAERT, M. DEJEANT-PONS et N. SANSONETIS, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 50 de la CEDH (2e partie) (1990), *Revue Universelle des droits de l'homme* 124; T. KOOPMANS, «Restrospectively reconsidered» (1990) *The Cambridge Law Journal* 287; C.J. FORDER, «Legal Protection Under Article 8 ECHR: Marckx and Beyond» (1990) *The Netherland International Law Review* 162; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos» (1989) *Revista de instituciones europeas* 599; E. GARCIA DE

établissait une distinction entre les hommes et les femmes en ce qui a trait au droit de contester la paternité d'un enfant[1511] ou relativement à l'obtention d'un congé parental[1512].

ENTERRIA (dir.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 492; P. ROLLAND, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1982) *Journal du droit international* 183; A. HEYVAERT et H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins en familierecht na het Marckxarrest, De Theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Deurne, Kluwer, 1981; M. BOOSUYT, «L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme» (1980) *Revue belge de droit international* 53; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme: chronique de jusrisprudence 1979 (1980), *Cahiers de droit européen* 473; P.J. DUFFY, «Review of Events» (1980) *The Human Rights Review* 6; H. STÖCKER, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Diskriminierung "nichtehelicher" Kinder», *Der Amtsvormund*, 1980, 249, 265; R. PELLOUX «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme» (1980) *Annuaire français de droit international* 317; M.R. SAULLE, «Filiaziones naturale e diritti unami» (1980) *Rivista di diritto internazionale* 35; D.J. HARRIS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1979» (1979) *British Yearbook of International Law* 260; M. BOSSUYT, «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx» (1979) *Rechtsundig Weekblad* 929; F. RIGAUX, «La loi condamnée — À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme» (1979) *Journal des Tribunaux* 513.

[1511] Dans *l'Affaire Rasmussen (1984)*, le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que la *Loi sur le statut juridique de l'enfant de 1960* permettait à la conjointe, à l'exclusion du conjoint, de contester la paternité d'un enfant devant les tribunaux danois. La Cour a conclu que la différence de traitement faite par la Loi de 1960 n'était pas discriminatoire au sens des articles 6, 8 ou 14 de la *Convention européenne* puisqu'elle apportait une justification objective et raisonnable, à savoir, garantir la sécurité juridique et protéger les intérêts de l'enfant. Voir Affaire *Rasmussen c. Danemark*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 87. Voir généralement P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1992) *Journal du droit international* 1074; J. ANDREWS, «Paternity Suits in Denmark» (1985) *The European Law Review* 285; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984» (1985) *Annuaire français de droit international* 403; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1985» (1985) *British Year Book of International Law* 335.

[1512] Dans *l'Affaire Petrovic (1998)*, la Cour européenne des droits de l'homme devait examiner si la décision des autorités autrichiennes de refuser de verser l'allocation de congé parental à un père contrevenait aux articles 8 et 14 de la *Convention européenne*. Le requérant a sollicité un congé parental afin de pourvoir aux soins de son enfant, cependant que son épouse continuait à travailler. Sa requête a été rejetée par l'Agence pour l'Emploi au motif que, d'après la *Loi de 1977 sur l'assurance-chômage*, seules les mères pouvaient recevoir ces allocations. La Cour européenne conclut que le refus des autorités autrichiennes d'attribuer les allocations d'assurance-chômage ne contrevenait pas à l'article 8 de la *Convention européenne* puisque cette disposition n'impose pas aux États une obligation positive de fournir de l'assistance financière aux familles. Voir Affaire Petrovic c. Autriche, Cour Eur. D.H., 1998-II n° 67.

Le mariage et le divorce ont fait l'objet de quelques décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans *l'Affaire Johnston (1986)*[1513], la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'absence de dispositions législatives permettant le divorce dans la *Constitution irlandaise* et l'incapacité corrélative de se remarier n'enfreignaient ni l'article 8 ni l'article 12 de la *Convention européenne*. En revanche, si la législation domestique autorise le divorce, un État membre ne pourrait justifier la suspension du droit du conjoint responsable de la désunion de se remarier[1514].

[1513] *Affaires Johnston et autres c. Irlande (1986)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 112. Voir généralement G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987» (1988) *Cahiers de droit européen* 464,474; J. ANDREWS et A. SHERLOCK, «Family Life and the Constitutional Ban on Divorce in Ireland» (1987) *The European Law Review* 393; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986» (1987) *Annuaire français de droit international* 239; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1987» (1987) *British Year Book of International Law* 463; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1987) *Journal du droit international* 812; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1986) *Yearbook of European Law* 430.

[1514] Dans l'*Affaire F. contre Suisse (1987)*, la Cour européenne des droits de l'homme devait se prononcer sur la conformité de l'article 150 du *Code civil suisse*, qui permettait à un tribunal de suspendre le droit du conjoint responsable de la désunion de se remarier après un divorce, avec les articles 8 et 12 de la *Convention*. La Cour a conclu que la mesure législative était disproportionnée par rapport au but poursuivi (la stabilité du mariage) et, en conséquence, elle contrevenait à l'article 12 de la *Convention*. Voir *Affaire F. c. Suisse (1987)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 128. Voir généralement G. BADIALI, «Il diritto del divorziato di risposassi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo» (1989) *Rivista di diritto internazionale* 779; M. NOTO, «Natura del divieto di contrarre nuove nozze. Considerazioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 dicembre 1987» (1989) *Rivista di diritto internazionale* 66; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme (Chroniques 1985-1986-1987) (1988), *Cahiers de droit européen* 475; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1988) *Journal du droit international* 892; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1987» (1987) *British Year Book of International Law* 375.

L'autorité parentale, dont le choix du nom[1515] ou la détermination de la prise en charge d'un enfant est un droit protégé par le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. La question de la prise en charge d'enfants par les autorités publiques et la décision de retirer au titulaire de l'autorité parentale ses droits de visite a été examinée dans plusieurs affaires émanant du Royaume-Uni dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le défaut de consulter les titulaires de l'autorité parentale en ce qui a trait aux décisions relatives aux intérêts de l'enfant violait l'article 8 de la *Convention européenne*[1516]. Les autorités publiques doivent, autant que faire se peut, maintenir la faculté des parents de rendre visite à leurs enfants et, lorsqu'ils prennent des décisions relatives aux intérêts des enfants, elles doivent tenir compte des vues et intérêts des parents par le sang[1517]. De fait, le bien-être de l'enfant constitue l'objectif ultime de la

---

[1515] Dans l'*Affaire Guillot (1996)*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le choix du prénom d'un enfant par ses parents revêtait un caractère intime et affectif qui entrait dans la sphère de la vie privée des parents. Voir *Affaire Guillot c. France (1996)*, Cour Eur. D.H., 1996-V n° 19. Voir aussi *Affaire Burghatz c. Suisse* (1994), Cour Eur. D. H., Série A, n° 280-B; *Affaire Stjerna c. Finlande* (1994), Cour Eur. D.H., Série A, n° 299-B.

[1516] *Affaires O. c. Royaume-Uni (1987), H. c. Royaume-Uni (1987), W. c. Royaume-Uni (1987), B. c. Royaume-Uni (1987) et R. c. Royaume-Uni (1987)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 120 et n° 121. Voir généralement P.A. PILLITU, «La tutella della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (1989) *Rivista di diritto internazionale* 193; J. ANDREWS et A. SHERLOCK, «Access to Children in Care» (1988) *The European Law Review* 140; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987 (1988), *Cahiers de droit européen* 465; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1988» (1988) *British Year Book of International Law* 396; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1988) *Yearbook of European Law* 350; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1988) *Journal du droit international* 868; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1987) *Yearbook of European Law* 367; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1987» (1987) *British Year Book of International Law* 484.

[1517] Dans dans l'*Affaire X, Y et Z (1997)*, la Cour a conclu que le refus des autorités britanniques de reconnaître un transsexuel opéré comme étant le père d'un enfant ne portait pas atteinte à son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention*

protection offerte par l'article 8 de la *Convention européenne*[1518]. La préservation des liens familiaux garantie par l'article 8 de la *Convention européenne* se heurte souvent aux législations nationales portant sur la citoyenneté et plus particulièrement en ce qui a trait à l'entrée, au séjour et à l'expulsion d'étrangers.

---

européenne. Voir *Affaire X et Y c. Pays-Bas (1989)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 91. Voir généralement G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987» (1988) *Cahiers de droit européen* 462; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1986) *Journal du droit international* 1082; A. DRZEMCZEWSKI et G. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1985) *Yearbook of European Law* 430; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1985» (1985) *British Year Book of International Law* 344; L.-E. PETTITI, «Droits de l'homme» (1985) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 629; E.A. ALEKEMA, «Noot» (1985) *Nederlandse Jurisprudentie* 1692; J. ANDREWS, «Right to take proceedings for sexual assaults» (1985) *The European Law Review* 295; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos (1984-85) *Revista de instituciones europeas* 605; J. SCHOKKENBROECK, «X en Y tegen Nederland— Noot» (1985) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 417; R.E. VAN GALEN-HERRMANN, «Een onopgemerkte wetswijziging» (1985) *Nederlands Juristenblad* 715.

[1518] Le fait que les autorités publiques soient investies de la puissance parentale ne les dégage pas de leur obligation de considérer le bien-être de l'enfant ainsi que l'objectif ultime de la protection offerte par l'article 8 de la *Convention européenne* qui consiste à favoriser la réunion de la famille. Dans *l'Affaire Olsson (1988)*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que la décision de mettre en charge d'un enfant enfreint l'article 8 de la *Convention européenne* lorsque les autorités publiques sont dans l'incapacité de démontrer que les mesures prises sont proportionnées au but poursuivi est nécessaires dans une société démocratique. Dans l'Affaire *Bronda (1998)*, elle a statué qu'une ordonnance judiciaire qui confiait un enfant à une famille nourricière, plutôt qu'aux grands-parents, ne portait pas atteinte à leur droit au respect de la vie privée. Dans l'Affaire *Söderbäck (1999)*, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que le consentement d'un parent n'était pas nécessaire afin de confier un enfant à l'adoption. Ce qui importe avant tout, c'est l'intérêt de l'enfant. Voir Affaire *Olsson c. Suède* (1988), Cour Eur. D.H., Série A, n°130; *Bronda c. Italie (1998)*, Cour Eur. 1998-IV, n° 77; *Söderbäck c. Suède (1999)*, Cour Eur. D.H., (n° 24484/97) (28 octobre 1998). Voir généralement P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1989) *Journal du droit international 799;* J.M. TEJERA VICTORY,«Comentario» (1989) *Boletin de jurisprudencia constitucional* 829; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1988) *Yearbook of European Law* 326; I. FARENHORTS, «Anmerking» (1988) *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 605; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1988» (1988) *British Year Book of International Law* 380; L.-E. PETTITI et F. TEITGEN, «Droits de l'homme» (1988) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 573.

C'est dans l'*Affaire Abdulaziz (1985)*[1519] que la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si des mesures prises dans le domaine de l'immigration risquaient de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Précisant d'abord que la notion de «famille» englobe toute relation née d'un mariage légal et non fictif, la Cour européenne des droits de l'homme conclut qu'il n'y a pas eu violation du droit au respect de la vie familiale parce que les réquérants n'ont pas réussi à prouver l'existence d'obstacles les ayant empêchés de mener une vie familiale dans leur propre pays ou dans celui de leur mari. Ainsi, l'article 8 de la *Convention européenne* ne saurait s'interpréter de façon à obliger les États à accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays d'accueil.

[1519] *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1985), Cour Eur. D.H., Série A, n° 94. Voir généralement H. STOREY, «The Right to Family Life and Immigration Case-Law at Strasbourg» (1990) *International and Comparative Law Quarterly* 328; J. MADUREIRA, «La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne concernant l'entrée et la sortie des étrangers du territoire d'un État», dans *Acte de colloques sur les droits de l'homme sans frontières*, Strasbourg, Conseil de l'EUROPE, 1990, 101; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987» *(1989)Cahiers de droit européen* 476; E.A. ALKEMA, «Noot» (1988) *Nederlandse Jurisprudentie* 772; G. CVETIC, «Immigration Cases in Strasbourg: The Right to Family Life Under Article 8 of the European Convention» (1987) *International and Comparative Law Quarterly* 647; L.-E. PETTITI, «Droit de l'homme» (1986) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*157; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1986) *Journal du droit international* 1084; J. ANDREWS, «United Kingdom Immigration Rules» (1985) *The European Law Review* 371; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos (1985)» (1985) *Revista de instituciones europeas* 956; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1985) *Yearbook of European Law* 437; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1985» (1985) *British Year Book of International Law* 352.

Dans l'Affaire *Berrehab (1988)*[1520], la Cour européenne des droits de l'homme devait déterminer si une loi néerlandaise qui permettait l'expulsion d'un étranger divorcé alors que son enfant mineur était établi aux Pays-Bas, enfreignait le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Considérant la notion de «famille» sur laquelle repose l'article 8, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la présence d'un enfant était constitutif d'une vie familiale sans qu'il ne soit nécessaire qu'il y ait une vie commune entre les parents de l'enfant. En conséquence, l'expulsion d'un étranger, parent d'un résident des Pays-Bas, viole le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Ce principe judiciaire a été réaffirmé dans l'Affaire *Ahmut (1996)*[1521]. Dans l'Affaire *Moustaquim (1991)*[1522], la Cour européenne des droits de l'homme a

---

[1520] *Affaire Berrehab c. Pays-Bas* (1988), Cour Eur. D.H., Série A, n° 138. Voir généralement P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1990) *Journal du droit international* 822; G. COHEN-JONATHAN, «Sur quelques arrêts récents de l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme» (1989) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 173; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1988) *Yearbook of European Law* 333; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1988» (1988) *British Year Book of International Law* 399; L.-E. PETTITI et F. TEITGEN, «Droit de l'homme» (1988) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 845.

[1521] *Affaire Ahmut c. Pays-Bas* (1996), Cour Eur. D.H., 1996-VI n° 24.

[1522] *Affaire Moustaquim c. Belgique (1991)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 193 (l'expulsion d'un ressortissant marocain qui résidait au Royaume de la Belgique depuis l'âge de deux ans, dont les parents et les septs frères et soeurs vivaient dans ce pays, viole l'article 8 de la Convention européenne). Voir généralement J.-F. RENUCCI, «Droit européen des droits de l'homme» (1992) *Recueil Dalloz Sirey* 326; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1989 à 1991» (1991) *Annuaire français de droit international* 586; E. DECAUX et P. TAVERNIER «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1992) *Journal du droit international* 777; J. DUFFAR, «La protection du droit au respect de la vie familiale des étrangers» (1991) *Les petites affiches*, n° 62, 32; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1991» (1991) *British Year Book of International Law* 489; J.D.M. STEENBERGEN, «Noot» (1991) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 252; F. SUDRE, «Chroniques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1991» (1991),

conclu que l'expulsion d'un étranger arrivé à un très jeune âge en Belgique et dont toute la famille y résidait violait son droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*.

Dans *l'Affaire Gül* (1996)[1523], la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que la détermination de la *raisonnabilité* d'une mesure d'expulsion d'un individu dépendra de la situation de intéressé et de l'intérêt public. La gravité de l'infraction commise, les liens de rattachement entre l'individu et son pays d'accueil, d'une part, et entre l'individu et son pays d'origine, d'autre part, la nature des liens familiaux et le moment de l'arrêté d'expulsion par rapport à la constitution des liens familiaux constituent les facteurs essentiels à la détermination du droit de l'individu au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. C'est là du moins le principe judiciaire qu'a établi la Cour européenne des droits de l'homme dans la séquence

---

Revue universelle des droits de l'homme, n° 1-2, 1; C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1991) *Yearbook of European Law* 553. G. COHEN-JONATHAN, «Sur quelques arrêts récents de l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme» (1989) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 173; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1988) *Yearbook of European Law* 333; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1988» (1988) *British Year Book of International Law* 399; L.-E. PETTITI et F. TEITGEN, «Droit de l'homme» (1988) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 845; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1990) *Journal du droit international* 822.

[1523] *Affaire Gül* c. *Suisse* (1996), Cour Eur. D.H., 1996-I n° 3. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé certains critères applicables à l'expulsion de ressortissants étrangers. Ces principes sont les suivants: a) l'étendue de l'obligation pour un État d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général; b) d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol; en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.

d'affaires *Beldjoudi (1992) — Dalia (1998)*[1524] qui portaient sur l'expulsion de ressortissants magrébins qui, vivant en territoire français depuis de nombreuses années, avaient commis des infractions criminelles.

[1524] Affaire *Beldjoudi c. France (1992)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 234-A (l'expulsion d'un individu né en France, où il a toujours vécu, de parents d'origine algérienne, viole l'article 8 de la *Convention européenne*); *Affaire Mehemi c. France (1997)*, Cour Eur. D.H., 1997-VI n° 51 (l'expulsion d'un ressortissant algérien né en France, marié et père de trois enfants mineurs possédant la citoyenneté française viole l'article 8 de la *Convention européenne*); *Affaire Boulchelkia c. France* (1997), Cour Eur. D.H., 1996-I n° 28 (l'expulsion d'un ressortissant algérien arrivé en France à l'âge de deux ans et la mère et neuf frères et soeurs résident régulièrement et ayant reconnu la paternité d'un enfant possédant la citoyenneté francaise ne viole pas l'article 8 puisqu'au moment de l'exécution de l'arrêté d'expulsion, le requérant était célibataire et n'avait pas d'enfant); *Affaire Boujlifa c. France (1997)*,Cour Eur. D.H., 1997-VI n° 54 (l'expulsion d'un ressortissant marocain arrivé en France à l'âge de cinq ans et dont les parents et huit frères et soeurs résident régulièrement en France était conforme à son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la *Convention européenne* puisqu'au moment de l'exécution de l'arrêté d'expulsion, il était célibataire et les relations avec les membres de sa famille ne sont pas déterminantes pour un adulte); Affaire *El Boujaïdi c. France (1997)*, Cour Eur. D. H., 1997-VI n° 51(l'expulsion d'un ressortissant marocain arrivé en France à l'âge de sept ans, dont les parents, ses trois soeurs et son frère résident régulièrement en France, et ayant une conjointe et un enfant de nationalité française est conforme à l'article 8 de la *Convention européenne* puisqu'il avait conservé des liens étroits avec son pays d'origine et sa relation familiale était postérieure à la date de la mesure d'extradition); *Affaire Dalia c. France* (1998), Cour Eur. D. H., 1998-I n° 62 (l'expulsion d'une ressortissante algérienne arrivée en France à l'âge adulte, dont la mère et les sept frères et soeurs résident en France, mariée puis divorcée à un citoyen français et mère d'un enfant né en France est conforme à l'article 8 de la *Convention européenne* puisque la naissance de son enfant est postérieure à la date de la mesure d'extradition). Voir généralement J.-Y. CARLIER, «Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés?» (1993) *Revue universelle des droits de l'homme* 449; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992» (1992) *Annuaire français de droit international* 629; E. DECAUX et P. TAVERNIER «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1992) *Journal du droit international* 777; P. LESCÈNE, «Affaires Beldjoudi c. France et Vijayanathan c. France» (1994) *Cahiers du CREDHO* n° 1, 723; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1992» (1992) *British Year Book of International Law* 572; L.-E. PETTITI, «Droits de l'Homme» (1992) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 635; F. SUDRE, M. LEVINET, B. PEYROT et B. ECOCHARD, «Chroniques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1992» (1992) *Revue universelle des droits de l'homme*, n° 1-2, 1.

2. La protection de l'information

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à la protection de l'information ont porté sur la protection de la correspondance (2.1.), la protection des conversations téléphoniques (2.2.) ainsi que la protection des données à caractère personnel (2.3.).

2.1. La correspondance

Le droit au respect de sa correspondance fait l'objet d'une énonciation spécifique à l'article 8 de la *Convention européenne*. Toutes les revendications fondées sur ce droit entendues par la Cour européenne des droits de l'homme émanaient d'individus incarcérés. C'est dans *l'Affaire Silver (1983)*[1525], que la

[1525] *Affaire Silver et autres c. Royaume-uni (1983)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 61. En Angleterre et au Pays de Galles, la correspondance des détenus est régie par plusieurs dispositions du règlement pénitentiaire adopté par le Ministre de l'Intérieur en vertu de la *Loi de 1952 sur les prisons*. Ces dispositions étaient complétées par des consignes non publiées aux directeurs des institutions carcérales. Les lettres des requérants ont été interceptées en vertu du règlement et des consignes. L'interception ou le retardement des lettres constituant de toute évidence une immixtion de l'autorité étatique dans la vie privée des détenus, il y avait donc lieu de rechercher si ces immixtions respectaient les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 8. La Cour conclut que les actions des autorités carcérales étaient «prévues par la loi» et qu'elles poursuivaient des buts légitimes. Quant au critère de savoir si ces immixtions étaient «nécessaires dans une société démocratique», elle rappelle que, pour établir la compatibilité de ces actions avec la *Convention européenne*, il est nécessaire de démontrer qu'elles correspondent à un «besoin social impérieux» et qu'elles sont «proportionnées au but légitime poursuivi». Or en l'espèce, en appliquant ces principes, la Cour conclut que l'interception ou le retardement de la plupart de ces lettres n'était pas nécessaire et, en conséquence, ces immixtions violaient l'article 8 de la *Convention européenne*. Voir généralement J. CALLAWAERT, M. DEJEANT-PONS et N. SANSONETIS, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 50 de la CEDH (4e partie)» (1990) *Revue universelle des droits de l'homme* 330; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques de jurisprudence 1982-1983-1984» (1986) *Cahiers de droit européen* 227; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos (1983)» (1984) *Revista de instituciones europeas* 252; R. PELLOUX, «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1983» (1984) *Annuaire français de droit international* 459; A. DRZEMCZEWSKI, «The European Convention of Human Rights» (1984) *Yearbook of European Law* 450; J.G. MERRILLS,

Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer pour la première fois sur la question de savoir si l'interception et le retardement de la correspondance des détenus contrevenaient à l'article 8 de la *Convention européenne*. Constatant que les mesures prises par les autorités carcérales n'étaient pas «proportionnées au but légitime poursuivi», la Cour conclut que l'interception ou le retardement de la plupart de ces lettres n'était pas nécessaire et, en conséquence, ces immixtions violaient l'article 8 de la *Convention européenne*. Elle réaffirmera ce principe judiciaire relativement à l'interception de la correspondance entre un détenu et son avocat [1526] et, plus récemment, elle concluait que l'interception de la correspondance de détenus incarcérés dans différentes institutions carcérales italiennes contrevenait au droit au respect de leur vie privée pour cause d'imprécision. La loi italienne n'indiquait pas avec suffisamment de précisions et de clarté l'étendue et les modalités de l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités carcérales, de sorte que les requérants n'ont pas bénéficié du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique[1527].

«Decisions on the European Convention on Human Rights during 1983» (1983) *British Year Book of International Law* 326, 341.

[1526] *Affaire Campbell c. Royaume-Uni* (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 233. Voir généralement V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992» (1992) *Annuaire français de droit international* 629; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1992» (1992) *British Year Book of International Law* 569; F. SUDRE, M. LEVINET, B. PEYROT et B. ECHOCHARD, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — 1992» (1993) *Revue universelle des droits de l'homme* n° 1-2, 1.

[1527] *Affaire Domenichini c. Italie* (1996), Cour Eur. D.H., 1996-V n° 22; *Affaire Cologero Diana c. Italie* (1996), Cour Eur. D.H., 1996-V n° 21. Voir aussi *Affaire McCallum c. Royaume-Uni (1990)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 183.

2.2. Les conversations téléphoniques

Si la question de l'interception des conversations téléphoniques a fait l'objet de l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme pour la première fois dans l'Affaire *Klass (1978)*, c'est véritablement dans l'arrêt *Malone (1984)* qu'elle établira le principe judiciaire voulant que l'interception subreptice des conversations téléphoniques, effectuée sans autorisation judiciaire préalable, viole le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans la séquence d'Affaires *Kruslin (1990) — Kupp (1998)*, la Cour européenne des droits de l'homme a statué que l'imprécision du régime législatif domestique en ce qui a trait aux modalités d'exercice du pouvoir d'immixtion de l'État viole le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans l'arrêt *Halford (1996)*, elle a statué que cette protection offerte aux conversations téléphoniques s'étendait aux appels téléphoniques émanant de locaux professionnels.

Dans l'Affaire *Klass (1978)*[1528], la Cour européenne des droits de l'homme

---

[1528] *Affaire Klass et autres c. Allemagne (1978)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 28. Voir généralement G. COHEN-JONATHAN, «Les "écoutes électroniques"», dans *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Cologne, Carl Heymanns, 1988, 97; L.-E. PETTITI, «Écoutes téléphoniques et droits de l'homme», dans *Forscgritt im Bewusstein der Grund-und Menschenrechte — Festchrift für Felix Ermacora*, Kehl, Engel, 1988, 455; E. GARCIA DE ENTERRIA (dir.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 459; G. SOULIER, «La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme» (1987) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 663; P. ROLLAND, «Chroniques de jusrisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1980) *Journal du droit international* 463; E. SCHWAN, «Das Abhörurteil des EuropäischenGerichtshofs für Menschenrechte» (1980) *Neue Juristische Wochenschrift* 1992; E.A. ALKEMA, «Klass e.a. tegen de Duitse Bondsrepubliek» (1979) *Ars Aequi* 327; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques de jurisprudence 1978» (1979) *Cahiers de droit européen* 474; P. J.

devait déterminer si une loi de la République fédérale d'Allemagne, qui permettait à l'État d'effectuer une surveillance subreptice de la correspondance et des télécommunications, était conforme au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Considérant que la loi examinée poursuivait un but légitime — soit celui de sauvegarder la sécurité nationale et d'assurer la défense et l'ordre — et qu'elle était assortie de conditions strictes, dont le contrôle administratif par deux organes de l'État, quant à l'adoption de mesures de surveillance et quant à leur application, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que le système de surveillance était conforme à l'article 8 de la *Convention européenne*.

Dans *l'Affaire Malone (1984)*[1529] — dont les faits ne sont pas sans rappeler

---

DUFFY, «The case of Klass and Others: Secret Surveillance of Communications and the European Convention on Human Rights» (1979) *The Human Rights Review* 20; D.J. HARRIS, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1978» (1978) *British Year Book of International Law* 310; R. PELLOUX, «Trois affaires allemandes devant la Cour européenne des droits de l'homme» (1979) *Annuaire français de droit international* 338.

[1529] *Affaire Malone c. Royaume-Uni* (1984), Cour Eur. D.H., Série A, n° 82. Voir aussi *Affaire Khan c. Royaume-Uni (2000)*, Cour Eur. D.H., (n° 35394/97) (12 mai 2000). Dans *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study (1994)* Michael, commentant cette affait, affirmait ce qui suit: «Although it may not be easy to ascribe any psychological harm to an individual who is under thorough surveillance while mistakenly believing that he is not, it is possible to assert that such a system, particularly when imposed in secret by public authorities, is at the very least an unacceptable breach of the social contract between citizens and their governments which democracy entails». Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, UNESCO Publishing, 1994, 5. Voir généralement L.-E. PETTITI, «Écoutes électroniques et droit de l'homme», dans *Forscgritt im Bewusstein der Grund-und Menschenrechte — Festchrift für Felix Ermacora*, Kehl, Engel, 1988, 455; G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques de jurisprudence 1982-1983-1984» (1986) *Cahiers de droit européen* 224; A. KISS, «Le problème de l'interception des communications téléphoniques devant la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire Malone» (1986) *Annuaire canadien des droits de la personne/Canadian Human Rights Yearbook* 77; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de

ceux de l'arrêt *Hunter (1984)* —, la Cour européenne des droits de l'homme devait se prononcer sur la conformité des interceptions postales et téléphoniques ainsi que sur la communication d'informations obtenues par «comptage»[1530] de téléphones au Royaume-Uni avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. En Angleterre et au Pays de Galles, l'interception des communications postales et téléphoniques aux fins d'assurer la prévention des infractions criminelles se pratiquait à la suite de la délivrance d'un mandat par un ministre, habituellement le ministre de l'Intérieur. Selon une pratique administrative de la British Telecommunications, des relevés de «comptage» sont produits, sans l'exigence de motifs raisonnables, à la demande de la police afin de procéder à des enquêtes criminelles. La Cour européenne des droits de l'homme conclut unanimement que la pratique du gouvernement du Royaume-Uni de procéder à l'interception de communications privées de façon subreptice — en l'absence de tout contrôle par un organe suffisamment indépendant pour apprécier les faits de façon objective — violait l'article 8 de la *Convention européenne*. Elle a aussi indiqué qu'en l'absence d'une mesure législative

---

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1986) *Journal du droit international* 1064; J. ANDREWS, «Telephone Tapping in the United Kingdom» (1985) *The European Law Review* 68; F. CASTRO-RIAL GARRONE, «Crónica de las decisiones de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos» (1985) *Revista de instituciones europeas* 285; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984» (1985) *Annuaire français de droit international* 393, 411; P. LAMBERT, «À la Cour européenne des droits de l'homme» (1985) *Journal des Tribunaux* 414; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1985» (1985) *British Year Book of International Law* 346; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1984) *Yearbook of European Law* 425; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1984» (1984) *British Year Book of International Law* 387; Y.-M. MORAY, «Note» (1984) *Gazette du Palais* 441; L.-E. PETTITI, «Droit de l'homme» (1984) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 145.

[1530] Dans un relevé de «comptage» figurent des informations qui font partie intégrante des communications téléphoniques, notamment les numéros composés.

claire l'autorisant expressément, la communication d' informations résultant du «comptage» aux policiers portait atteinte au droit au respect de la vie privée des individus.

Dans les *Affaires Kruslin (1990) et Huvig (1990)*[1531], la Cour européenne des droits de l'homme, constatant que les prescriptions du droit français relatives à la procédure d'écoute électronique étaient imprécises en ce qu'elles n'indiquaient pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités étatiques, conclut qu'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans l'Affaire *Kopp (1998)*[1532], la Cour européenne des droits de

---

[1531] *Affaire Huvig c. France* (1990), Cour Eur. D.H., Série A, n° 176-B; *Affaire Kruslin c. France* (1990), Cour Eur. D.H., Série A, n°176-A. Voir aussi *Affaire Niemietz c. Allemagne* (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 251-B; *Affaire A. c. France* (1993), Cour Eur. D.H., Série A, n° 277-B . Voir cependant *Affaire Camezind c. Allemagne* (1996), Cour Eur. D.H., 1997-VIII n°61 (une perquisition domicilaire effectuée dans le cadre d'une procédure administrative à la suite de l'interception légale d'une conversation téléphonique est conforme à l'article 8 de la *Convention européenne*). Voir généralement P. BLONTROCK et P. DE HERT, «Telefoonatap — Tournet, Peureux, Huvig, Kruslin et les autres» (1992) *Rechtskundig Weekblad* 865; J.-F. FLAUSS, «Écoutes téléphoniques: le point de vue de Strasbourg» (1991) *Revue française de droit administratif* 89; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1989 à 1991» (1991) *Annuaire français de droit international* 606; J. PRADEL, «Les écoutes téléphoniques judiciaires: un statut en voie de formation» (1991) *Revue française de droit administratif* 83; G. COHEN-JONATHAN, «La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes électroniques — Les arrêts Kruslin et Huvig du 24 avril 1990» (1990) *Revue universelle des droits de l'homme* 185; G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI, C. PETTITI et L. PETTITI, «Note» (1990) *Gazette du Palais* 20; R. KŒRING-JOULIN, «De l'art de faire des économies d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)» (1990) *Recueil Dalloz Sirey* 187; P. LAMBERT, «Les écoutes téléphoniques — Arrêts Huvig et Kruslin c. La France, du 24 avril 1990, de la Cour européenne des droits de l'homme» (1990) *Journal des Tribunaux* 749; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1990» (1990) *British Year Book of International Law* 434; E. MYJER, «Nadere kwaliteitseisen bij het tappen» (1990) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten Bulletin* 704; J. PRADEL, «Note» (1990) *Recueil Dalloz Sirey* 357.

[1532] *Affaire Kopp c. Suisse* (1998), Cour Eur. D.H., 1998-II n° 67. Le requérant, avocat de profession, était marié à la Directrice du département fédéral de justice et de police. Celle-ci était soupçonnée d'avoir transmis des informations confidentielles au requérant au bénéfice de l'un des clients de son cabinet d'avocats. À la demande du Procureur général de la

l'homme réaffirma ce principe judiciaire en concluant que l'interception des communications téléphoniques d'un avocat, conjoint de la cible de la mise sur écoute électronique, violait son droit au respect à la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne* en ce que la loi helvétique n'indiquait pas de façon suffisamment claire l'étendue et les modalités de l'exercice du pouvoir d'interception des communications téléphoniques.

Dans l'*Affaire Halford (1996)*[1533], la Cour européenne des droits de l'homme conclut que l'interception des communications téléphoniques d'un employé en milieu de travail, effectués à l'aide d'un système géré par les

---

Confédération helvétique, le Président de la Chambre de mise en accusation du tribunal fédéral ordonna la mise sur écoute électronique des conversations téléphoniques en provenance et à destination de la résidence personnelle du requérant et de sa conjointe. L'ordonnance précisait qu'il fallait ignorer les conversations téléphoniques du requérant menées en sa qualité d'avocat. L'interception des communications téléphoniques a été suspendue dès que les soupçons se sont avérés sans fondement. Les autorités policières ont informé, trois mois plus tard, le requérant de l'interception de leurs conversations téléphoniques et que les informations personnelles les concernant avaient, depuis lors, été détruites. Pareille immixtion méconnaît l'article 8, sauf si elle est «prévue par la loi», si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique. Voir aussi *Affaire Amman c. Suisse* (2000), Cour Eur. D.H. (n° 27798/95) (16 février 2000).

[1533] *Affaire Halford c. Royaume-Uni* (1997), Cour Eur. D.H., 1997-III n° 39. Nommée au grade de contrôleur général (*Assistant Chief Constable*) de la police de Merseyside, la requérante était la femme ayant le plus haut rang de la police britannique. Se voyant refusée une promotion au grade d'inspecteur général adjoint (*Deputy Chief Constable*) en raison du refus de l'Inspecteur général (*Chief Constable*) de la police de Merseyside de promouvoir une femme au poste de contrôleur général, la requérante intenta en juin 1990 une action pour discrimination fondée sur le sexe devant le tribunal du travail. La requérante alléguait que ses appels téléphoniques, passés depuis son domicile et son bureau, avaient été interceptés dans le but d'obtenir des informations à utiliser contre elle au cours de la procédure en matière de discrimination. En ce qui concerne le téléphone de son domicile, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que la requérante n'a pu établir qu'il y avait eu ingérence dans son droit au respect de la vie privée. En ce qui a trait aux appels téléphoniques que la requérante a effectués à partir de son bureau, la Cour affirme qu'il ressort clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels peuvent se trouver compris dans les notions de «vie privée» et de «correspondance» visées à l'article 8 de la *Convention européenne*.

services policiers, violait le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Il n'est pas nécessaire, contrairement à cette tendance récente qui semble s'esquisser en Amérique du nord, que l'individu qui fait l'objet de l'écoute électronique démontre qu'il possède un intérêt de propriété ou de possession à l'égard du lieu où se déroule l'immixtion[1534].

2.3. Les données à caractère personnel

La protection des données à caractère personnel a fait l'objet de la considération de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à des revendications concernant l'*appariement* des banques de données contenant des informations à caractère personnel ainsi que l'accès d'un individu à son dossier tenu par les autorités étatiques. Dans l'*Affaire Léander (1987)*[1535], la Cour européenne des droits de l'homme conclut que la

---

[1534] *Affaire Lambert c. France* (1999), Cour Eur. D.H., (n° 23618/94) (24 août 1999).

[1535] *Affaire Léander c. Suède* (1987), Cour Eur. D.H., Série A, n°116. Envisageant d'embaucher le requérant, charpentier de sa profession, le Musée naval de Karlskrona — dont une partie se situait sur une base navale adjacente — a procédé à la consultation des informations personnelles concernant Torsten Léander, lesquelles étaient consignées dans un registre secret tenu par la Sûreté. Le registre contenait une appréciation selon laquelle le requérant était «dangereux pour la sécurité» de l'État. Sa nomination a été refusée pour ces motifs et le requérant s'est vu refuser l'accès aux informations consignées à son sujet et la possibilité de les commenter. La Cour européenne des droits de l'homme conclut que la conservation et la communication des informations personnelles, assorties du refus d'accorder au requérant la faculté de les réfuter, portaient atteinte au droit au respect de sa vie privée. L'immixtion étatique se justifiait néanmoins en vertu du deuxième paragraphe en ce qu'elle soulevait une question de sécurité nationale. Voir généralement P. TÖLLBORG, «Fallet Leander-Skyddet mut att dömas ohörd», dans *Europaprocess — Sverige inför rätta i Europadomstolen Malmö*, Liber, 1989, 25. G. COHEN-JONATHAN, «Cour européenne des droits de l'homme — Chroniques 1985-1986-1987» (1988) *Cahiers de droit européen* 463; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1988) *Journal du droit international* 858; A. DRZEMCZEWSKI et C. WARBRICK, «The European Convention on Human Rights» (1987) *Yearbook of European Law* 364; J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1987» (1987) *British Year Book of International Law* 476.

conservation et l'utilisation subséquente de données à caractère personnel consignés dans un registre secret de la police pour évaluer l'aptitude d'un candidat à un emploi touchant la sécurité nationale ne contrevenait pas au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Cependant, si l'État ne parvient pas à démontrer que l'établissement et la consignation des données à caractère personnel se justifiaient en raison de la sécurité nationale, l'immixtion sera alors réputée être faite en violation de l'article 8 de la *Convention européenne*[1536].

Dans l'*Affaire M.S. (1997)*[1537], la Cour européenne des droits de l'homme devait déterminer si les dispositions de législations suédoises qui permettaient l'appariement et la communication du dossier médical d'un individu afin de déterminer son éligibilité à des prestations sociales étaient conformes au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la *Convention européenne*. Constatant qu'une règle de droit balisait étroitement les pouvoirs de l'État quant à l'appariement et à la communication des données à caractère personnel entre les différents ministères, la Cour européenne des droits de l'homme conclut qu'il n'était pas nécessaire que l'individu consente expressément à cette communication. L'immixtion étatique a donc été jugée

---

[1536] *Affaire Amman c. Suisse* (2000), Cour Eur. D.H. (n° 27798/95) (16 février 2000).

[1537] *Affaire M.S. c. Suède* (1997), Cour Eur. D.H., 1997-IV n°44. Le requérant avait présenté une demande d'assistance sociale au Social Insurance Office. Ce dernier avait obtenu des informations personnelles concernant le requérant d'une autre institution gouvernementale afin d'évaluer son admissibilité aux prestations sociales. La Cour européenne conclut qu'il y a effectivement eu une immixtion de l'État. La question essentielle consistait à déterminer si cette immixtion répondait aux critères du paragraphe 2 de l'article 8. Voir aussi *Affaire Z. c. Finlande* (1997), Cour Eur. D.H., 1997-I n° 31 (une ordonnance enjoignant aux professionnels de la santé de témoigner et de se saisir des dossiers médicaux sans le consentement des patients atteints du virus du SIDA est conforme à l'article 8 de la *Convention européenne*).

conforme à l'article 8 de la *Convention européenne* en ce qu'elle était prévue par la loi, qu'elle poursuivait des fins légitimes et qu'elle se justifiait dans une société démocratique. L'allocation des ressources budgétaires d'un État est un objectif légitime d'une société démocratique.

Dans *l'Affaire Gaskin (1989)*[1538], la Cour européenne des droits de l'homme devait déterminer si le requérant, un citoyen britannique pris en charge par la commune de Liverpool, avait un droit d'accès à son dossier tenu par les services sociaux. Bien que la Cour estime qu'un système d'accès aux informations personnelles qui subordonnerait l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs serait vraisemblablement compatible avec l'article 8 de la *Convention européenne*, elle a jugé, en l'espèce, que le refus des autorités de donner pleinement accès à son dossier au requérant enfreignait l'article 8 de la *Convention européenne* en ce que le système britannique d'accès aux informations personnelles ne prévoyait pas un mécanisme d'examen de la requête d'accès par un organe indépendant.

Il n'est guère étonnant qu'il y ait eu peu de revendications concernant les données à caractère personnel devant la Cour européenne des droits de l'homme puisque des instruments spécifiques visant la protection des données

---

[1538] *Affaire Gaskin* c. *Royaume-Uni (1989)*, Cour Eur. D.H., Série A, n° 160. Voir généralement P. LAMBERT, «Le droit d'accès aux documents administratifs personnels» (1990) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 361; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «Jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme de 1989 à 1991» (1991) *Annuaire français de droit international* 604; P. ROLLAND et P. TAVERNIER, «Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» (1990)*Journal du droit international* 448; L.F.M. VERHEY, «Noot» (1990) *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten* 214; J. G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1989» (1989) *British Year Book of International Law* 549; P. TRICHILO, «Il caso Gaskin» (1989) *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 448.

à caractère personnel ont été adoptés par plusieurs organisations européennes et internationales dont l'Organisation des Nations unies, le Conseil de l'Europe, la Communauté européenne et le Parlement européen ainsi que l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE). C'est ce que nous examinerons succinctement dans la prochaine partie.

1.3. Les instruments visant la protection des données à caractère personnel

L'adoption de mesures dans les ordres juridiques nationaux, plus particulièrement dans les pays européens, relativement à la protection des données à caractère personnel a tôt fait de soulever la question du flux transfrontière de données à caractère personnel. La télématique — permettant de stocker des données à caractère personnel dans d'autres pays ou territoires qui ne possèdent pas de mesures de protection analogues — risquait de rendre exsangues les mesures de protection spécifiques adoptées par plusieurs pays. C'est cette possibilité qui a donné naissance au spectre des «paradis de données» («data havens»). C'est le constat qu'a fait Joke de Houwer après avoir effectué une analyse comparative des droits domestique et international[1539].

[1539] Dans *Privacy and Transborder Data Flows* (1989), il faisait le constat suivant: «The problem of transborder flows of personal data has been recognised by most countries adopting privacy legislation. In order to avoid the jeopardising of the protection of privacy of a country's nationals and to tackle the phenomenon of data havens (countries without data protection laws attracting the moving of operations to that country in order to avoid data protection controls) is that most of the existing data protection laws regulate transborder data flows and prohibit the international transfer of personal data where such transfer would result in the circumvention of domestic data protection laws». Voir J. de HOUWER, *Privacy and Transborder Data Flows — A Comparative Study of International and National Regulations*, Document inédit, Vrije Universiteit Brussel, 1989, 15, cité par K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges*

Bien que certaines législations nationales soient assorties de mesures de contrôle visant l'exportation de données à caractère personnel, l'avancement des nouvelles technologies et leur impact sur les droits individuels ont révélé la nécessité d'une action concertée de la part de la communauté internationale dès le début des années soixante. Le développement rapide des instruments visant la protection des données à caractère personnel constitue une illustration de l'interdépendance accrue des États et révèle la nécessité d'arrimer les législations nationales aux normes internationales.

Si pour certains, l'objectif fondamental de l'adoption de normes spécifiques visant la protection des données à caractère personnel consistait à protéger les libertés individuelles, notamment le droit à la vie privée, pour d'autres cependant, il s'agissait plutôt d'un exercice qui répondait à une nécessité économique et plus particulièrement de la préservation de la compétitivité économique. L'adoption de mesures concrètes visant la protection des données à caractère personnel par les pays européens a été souvent perçue comme étant des mesures économiques protectionnistes en ce qu'elles constituent des barrières non tarifaires[1540].

---

internationaux d'information, Montréal, Thémis, 1992, 245.

[1540] Dans *Privacy and Human Rights* (1994), Michael reconnaissait cet aspect économique de la protection des données à caractère personnel: «Although the relatively rapid growth of this activity in personal privacy, it is very unlikely that it would have grown so rapidly had it not been for a quite unexpected economic aspects. Some countries, especially those committed by treaty to reducing tariff barriers, began to fear that others might use their national data protection laws as non-tariff trade barriers. The development of international standards would not only establish minimum requirements for national legislation, but it could also be used to create a community of countries which met those requirements and which agreed on a free market of information among themselves, to the potential exclusion of others». Dans *Droit international économique (1980)*, les auteurs définissent ainsi la notion de barrière non tarifaire: «On peut donner de la notion de barrière non tarifaire la définition suivante: peut être considérée comme obstacle non tarifaire

Le professeur Benyekhlef de l'Université de Montréal réfute ces accusations protectionnistes et affirme que ces critiques, essentiellement en provenance des États-Unis, «sont empreintes d'un certain impérialisme juridique proprement inacceptable»[1541]. Selon lui, les mesures de protection des données à caractère personnel dans les ordres juridiques internes ne confèrent aucun avantage particulier aux entreprises privées installées sur un territoire national donné par rapport aux entreprises privées étrangères[1542]. Bien qu'il ne fasse

---

toute mesure publique autre que l'imposition des droits de douane ayant pour effet de créer une distorsion dans les échanges commerciaux». Voir J. MICHAEL, *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, UNESCO Publishing, 1994, 32; D. CARREAU, P. JUILLARD et T. FLORY, *Droit international économique*, 2e éd, Paris, L.G.D.J., 1980, 289. Voir généralement A.P. MILLER, «Teleinformatics, Transborder Data Flows and the Emerging Struggle for Information — An Introduction to the Arrival of the New Information Age» (1986), 20 *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 89; J.A. ZIMMERMAN, «Transborder Data Flow — Problems with the Council of Europe Convention, or Protecting States from Protectionism» (1982) *4 Northwestern Journal of International Law and Business*, 601; M.B. FELDMAN et D. R. GARCIA, «National Regulation of Transborder Data Flows» (1982) *7 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*1; J.M. EGER, «The Global Phenomenon of Teleinformatics — An Introduction» (1981) 14 *Cornell International Law Journal* 203; T.J. RAMSEY, «Europe Responds to the Challenge of the New Information Technologies — A Teleinformatics Strategy for the 1980's» (1981) 14 *Cornell International Law Journal* 237; W.L. FISHMAN, «Introduction to Transborder Data Flows» (1980)16 *Stanford Journal of International Law* 1.

[1541] K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Thémis, 1992, 218.

[1542] Dans *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information(1992)*, le professeur Benyekhlef affirmait ce qui suit: «Aucun avantage ne leur est législativement octroyé. Le principe du traitement national s'avère pleinement respecté [note supprimée] et, avec lui, le principe de l'égalité de traitement qu'il sous-tend. Une mesure n'est pas protectionniste parce qu'elle impose simplement un fardeau plus lourd que celui que peut connaître chez elle une entreprise étrangère. Elle doit aussi avoir pour effet de conférer un avantage quelconque aux nationaux par rapport aux étrangers» (accentuation ajoutée). Il considère que les intérêts des États en matière de flux transfontières de données à caractère personnel se ramène à trois facteurs: le respect de la législation nationale relative à la protection des données, la protection de l'industrie télématique et informatique et la préservation de la souveraineté nationale. Or seul le deuxième facteur pourrait être susceptible de relever du protectionnisme économique. Voir K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Thémis, 1992, 218. Voir aussi J. BING, P. FORSBERG et E. NYGAARD, «Problèmes juridiques posés par les flux transfrontières de données»,

aucun doute que les mesures visant la protection des données à caractère personnel peuvent avoir pour effet d'imposer un fardeau supplémentaire, n'y voir qu'un élément protectionniste serait méconnaître les origines de ces législations qui résultent d'une méfiance profonde, à la suite de l'expérience nazie, pour le pouvoir étatique[1543].

L'examen des normes visant la protection des données à caractère personnel dans les instruments spécifiques dépasserait largement le cadre de notre étude. Dans sa thèse de doctorat, publiée subséquemment sous le titre de *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information (1992)*, le professeur Benyekhlef de l'Université de Montréal examine les enjeux soulevés par cette question. Aux fins de notre propos, qu'il suffise de mentionner que plusieurs organisations internationales et européennes ont examiné la question et adopté des instruments de protection spécifique visant à moduler le droit à la vie privée des individus à la nécessité d'assurer la libre circulation des données à caractère personnel.

---

dans OCDE, *Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications*, Paris, 1983, 91.

[1543] Dans *A Decade of International Data Protection (1983)*, le professeur Hondius soulignait en ces termes que la perception des États-Unis serait sans doute différente s'ils avaient connu l'expérience nazie: «They [les dispositions protectrices] constitute a heavy restriction on the free flow of information and there is unease about the true motives behind them. In the United States business community, European controls of transborder data traffic have caused a barrage of hostile reactions which has sometimes turned not only against this particular type of control but against data protection as a whole. One is struck by the absence of sympathy in these reactions with the idea of protection of the rights of individuals. This is partly due to the fact that the United States has not had the traumatic experience of nazi Germany which Europe used personal records (fortunately not computerized) in its programme of extermination of innocent people» (accentuation ajoutée). Voir F.W. HONDIUS , «A Decade of International Data Protection» (1983), 30 *Netherlands International Law Report* 103, 113-114.

En adoptant ces instruments spécifiques visant la protection des données à caractère personnel, l'Organisation des Nations unies[1544] — avec les *Lignes directrices concernant les données informatisées à caractère personnel (1990)* —, le Conseil de l'Europe[1545] — avec la *Convention pour la protection des*

[1544] L'avancement des nouvelles technologies et leur impact sur les droits individuels ont attiré l'attention de l'Assemblée générale des Nations Unies dès 1968. Il s'agissait de la question essentielle traitée par les États membres participant à la *Conférence de Téhéran* tenue pour souligner le vingtième anniversaire de l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.Dans une résolution qui suivait la *Proclamation de Téhéran*, le Secrétaire général des Nations Unies invitait les États membres à entreprendre une étude visant le respect des libertés individuelles face aux nouvelles technologies. En 1976, il tablait un rapport incluant plusieurs recommandations susceptibles d'être incluses dans un projet de normes internationales visant le respect du droit à la vie privée. En 1990, un projet de lignes directrices visant la réglementation des données informatisées à caractère personnel a été soumis, puis adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies. Un rapport connexe à celui-ci, intitulé *Point for Possible Inclusion in Draft International Standards for the Protection of the Rights of the Individual against Threats Arising from the Use of Computerized Personal Data Systems* a engendré la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel* du Conseil de l'Europe ainsi que les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel* de l'OCDE. Voir la Résolution 2450 du 19 décembre 1968, Doc. N.U. E/CN.4/1025. Voir la Résolution 45/95 du 14 décembre 1990, *Lignes directrices concernant les données informatisées à caractère personnel*, Doc. N.U. E/CN.4/1990/72. Voir généralement W. HONDIUS, «Data Law in Europe» (1980)16 *Stanford Journal of International Law*, 87 et W.L. FISHMAN, «Introduction to Transborder Data Flows» (1980) 16 *Stanford Journal of International Law* 1.

[1545] Le Conseil de l'Europe s'est intéressé à la question des flux transfrontières des données à caractère personnel dès 1968 à la suite de la *Conférence de Téhéran* et a assuré le leadership en ce qui a trait au développement des instruments de protection des données à caractère personnel. À la suite d'un rapport d'un comité d'experts constatant que l'informatique soulève des problèmes particuliers nécessitant l'élaboration de solutions novatrices, le Comité des affaires juridiques du Conseil de l'Europe a constitué, en 1971, un comité d'experts chargé de développer des règles pour assurer la protection des données à caractère personnel. Ce comité a proposé l'adoption d'une réglementation internationale visant la protection des données à caractère personnel et a préparé deux résolutions: l'une pour le secteur privé, l'autre pour le secteur public. La première a été adoptée par le Comité des Ministres en 1973 (*Résolution (73)22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis les données électroniques du secteur privé*, adoptée le 26 septembre 1973) et la seconde en 1974 (*Résolution (74)29 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis les données électroniques du secteur public*, adoptée le 24 septembre 1974). Un nouveau comité d'experts a été formé en 1976 avec le mandat spécifique de rédiger une convention visant la protection des données à caractère

personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1980) —, la Communauté européenne et le Parlement européen[1546] — avec la *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation des*

---

personnel et les flux transfrontières de données à caractère personnel. Un projet de convention a été produit en mai 1979 et la version finale a été complétée en avril 1980. Le 17 septembre 1980, le Conseil de l'Europe a adopté la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.* Elle a été ouverte à la signature des États membres le 21 janvier 1981. Voir *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel,* S.T.E. n° 108.

[1546] La Commauté européenne et le Parlement européen ont adopté une approche attentiste relativement à la protection des données à caractère personnel. À la CÉE, la question de la protection des données à caractère personnel a été considérée pour la première fois dans un rapport publié en 1973 intitulé *Une politique communautaire de l'informatique.* Le Parlement européen, pour sa part a adopté une résolution par laquelle il invitait la Commission à élaborer une directive communautaire. Dans une résolution du 8 avril 1979, le Parlement européen charge sa Commission juridique d'entreprendre une étude sur les moyens à prendre pour protéger les droits de la personne en regard des progrès informatiques. La Commission juridique établit alors une sous-commission chargée de remplir le mandat. Cette dernière présentera un rapport (connu sous le nom de *Rapport Bayerl*) au Parlement européen le 4 mai 1979. Sur la base de ce rapport, le Parlement européen adoptera une résolution le 8 mai 1979 mandant la Commission des communautés européennes d'établir des propositions communautaires visant à créer un véritable marché commun des données à caractère personnel soulignant que les dispositions du droit domestique visant la protection de la vie privée avaient une influence directe sur ce marché commun et, plus spécifiquement la compétitivité. À la suite de l'adoption de la Convention en 1980, la Commission juridique du Parlement européen a produit un rapport (connu sous le nom de *Rapport Siegierschmidt*), lequel recommandait l'adoption de mesures concrètes. Le Parlement européen n'a pas retenu ces recommandations et préféra recommander, en 1981, aux États membres d'accéder à la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du Conseil de l'Europe et de la ratifier avant la fin de 1982. Il faudra attendre une décennie plus tard, en 1990, avant que la Communauté européenne publie un projet de directives sur la protection des données à caractère personnel. Ce projet aboutira en 1995 à l'adoption de la *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation des données.* L'objectif fondamental de la Directive consiste à harmoniser l'arsenal juridique des pays européens en établissant des lignes directrices strictes pour la collecte, l'utilisation et le traitement des données à caractère personnel afin d'éliminer les barrières nationales à la création d'un marché commun de l'information.

données (1995) — ainsi que l'OCDE[1547] — avec les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières des données à caractère personnel* (1980) — ont reconnu, à l'aube de ce deuxième millénaire, que la protection de l'information constitue l'élément central du droit au respect de la vie privée. Il nous reste donc à examiner dans quelle mesure la Cour suprême du Canada a été sensible à l'importance d'arrimer le droit domestique aux normes du droit international issues de traités.

[1547] Ayant pour but de promouvoir des politiques de nature à contribuer au développement de l'économie et à la croissance du commerce international, l'OCDE a été créée en 1960 par le biais d'une convention — dont le Canada fait partie — signée à Paris le 14 décembre 1960, laquelle est entrée en vigueur le 30 septembre 1961. L'OCDE s'est intéressée aux incidences des flux de données transfrontières dès 1970 mais ce n'est que le 23 septembre 1980 que les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières des données à caractère personnel* ont été adoptées par le Conseil de l'OCDE. Il faudra attendre près de quatre ans, le 29 juin 1984, avant que le Canada n'adhère officiellement aux lignes directrices. Les principes fondamentaux énoncés par les lignes directrices sont analogues à ceux énoncés dans la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1980)*, mais en termes plus généraux et moins contraignants. Voir CANADA, *Les lignes directrices réalisant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de caractère personnel de l'OCDE — Incidences pour le Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985. Voir aussi A.H. ROBERTSON, *European Institutions, Co-operation, Integration, Unification*, 3e éd, Londres, Stevens/Matthew Bender, 1973 et http://oecd.org.

Chapitre 2

L'utilisation des normes du droit international issues des traités dans l'ordre juridique canadien

> Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que les obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter 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 ratifié en matière de droits de la personne.
>
> Extrait des motifs du juge en chef Dickson qui s'exprimait en dissidence dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (1987).

Cet extrait des motifs du juge en chef Dickson révèle l'approche interprétative adoptée par la Cour suprême du Canada relativement aux normes internationales issues des traités. Négligées dans l'ordre juridique canadien, les normes instrumentaires du droit international nous apparaissent incontournables quand vient le temps d'apprécier les droits et libertés fondamentaux — et plus particulièrement le droit au respect de la vie privée — puisque ceux-ci ne découlent pas de leur reconnaissance par un État ou par une organisation internationale mais reposent sur les attributs de la personne humaine. La considération des normes du droit international issues des traités soulève cependant la question relative à la force contraignante (2.1.) et à la valeur interprétative des normes du droit international dans l'ordre juridique canadien (2.2.).

2.1. La force contraignante des normes du droit international issues des traités

Au Canada, contrairement aux États-Unis[1548], la règle générale est qu'en l'absence d'une confirmation législative expresse du Parlement, un traité[1549] demeure sans effet, c'est-à-dire qu'il n'a aucune force contraignante. Bien que le traité dûment ratifié[1550] lie le Canada sur le plan international, les normes édictées par ce traité ne constitueront pas une source formelle de droit tant et aussi longtemps qu'elles n'auront pas été reçues dans l'ordre juridique canadien[1551].

[1548] Aux États-Unis, la *Constitution* place le traité international sur le même pied que les lois domestiques. Le deuxième paragraphe de l'article six de la Constitution américaine stipule: «This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the Judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding» (accentuation ajoutée).

[1549] Nous adopterons, pour les fins de note étude, la définition de la notion de «traité» qu'a proposée le professeur Arbour de l'Université Laval. Bien que l'essentiel du droit relatif au traité international se trouve maintenant incorporé dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, laquelle ne s'applique qu'aux traités instrumentaires, l'idée du traité de droit international réside dans le consentement exprimé par les parties contractantes. Dans *Droit international public (1997)*, le professeur Arbour définit ainsi la notion de traité: «On entend par traité tout accord international conclu par des États ou par d'autres sujets de droit international, quelle que soit la dénomination particulière de cet accord [charte, statut, pacte, protocole, convention, *modus vivendi*, échanges de notes], quelle que soit sa forme [écrite ou orale], quel que soit le nombre de parties [traité bilatéral, plurilatéral ou multilatéral], qu'il soit consigné dans un seul ou plusieurs instruments; l'essentiel réside dans l'idée que cet accord doit traduire la volonté clairement exprimée des parties d'être liées au plan du droit international» (accentuation ajoutée). Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 71. Voir aussi *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331.

[1550] La ratification est l'acte juridique par lequel un État engage son consentement à un instrument du droit international qu'il a signé.

[1551] La réception d'un traité dans l'ordre juridique canadien est essentiel puisqu'en l'absence d'une confirmation législative, un traité ne crée pas de droits ou d'obligations pour les individus dans leurs rapports réciproques ou dans leurs rapports avec l'État. Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 152-170; G.-A. BEAUDOIN, «De la suprématie de la charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'étude juridiques supérieures (1988), Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 23.

La réception d'un instrument de droit international se fait habituellement à l'aide d'une «loi de mise en oeuvre»[1552]. Cette nécessité pour le Parlement canadien de recevoir les normes du droit international issues des traités découle du caractère fédératif du système constitutionnel canadien et de la tradition parlementaire anglo-canadienne qui érige la *rule of law* en dogme quasi absolu. La question de la réception des normes issues des traités dans l'ordre juridique canadien pose une difficulté additionnelle — compte tenu du caractère fédératif du régime constitutionnel canadien — qui dépasse largement le cadre de notre étude[1553]. Qu'il suffise cependant de mentionner qu'il revient à l'exécutif fédéral[1554] — de façon exclusive — de traiter avec

---

[1552] Le principe de la souveraineté parlementaire rend nécessaire l'adoption d'une loi spécifique afin de donner effet à un traité de droit international. Établi par la *Cour Anglin (1924-1933)* dans l'arrêt *Arrow (1932)*, ce principe judiciaire sera réaffirmé par la *Cour Duff (1933-1944)* dans le *Renvoi relatif aux relations de travail (1936)*, par la *Cour Kerwin (1954-1963)* dans l'arrêt *Francis* (1956) et, plus récemment, par la *Cour Laskin (1973-1984)* dans l'arrêt *Capital Cities (1978)*. Voir *Arrow River & Tributaries Slide & Boon Company c. Pigeon Timber Company*, [1932] R.C.S. 495; *Renvoi relatif aux conventions sur le travail*, [1936] R.C.S. 461, conf. [1937] A.C. 326; *Francis c. R.*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141.

[1553] Les instruments du droit international ne lieront les tribunaux canadiens que dans la mesure où ils font l'objet d'une mesure législative spécifique de la part du Parlement ou de la législature provinciale qui possède la compétence juridictionnelle relativement aux matières constitutionnelles soulevées par les normes qui sont édictées par ces instruments du droit international. Voir W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 260.

[1554] Dans *Renvoi relatif aux conventions sur le travail (1936)*, la *Cour Duff (1933-1944)* était divisée à trois contre trois sur la question de savoir si le Parlement avait le pouvoir de légiférer pour mettre en oeuvre un traité de droit international. Le juge en chef Duff et les juges Davis et Kerwin ont conclu que l'adoption d'une loi de mise en oeuvre était du ressort exclusif du Parlement alors que les juges Rinfret, Cannon et Crocket étaient d'opinion que les lois de mise en oeuvre des dispositions d'un traité international dont le sujet était du ressort exclusif des législatures provinciales étaient *ultra vires* de la compétence du Parlement. Lord Wright, qui siégeait au Conseil Privé lorsque cette affaire a été entendue, a déclaré plus tard que l'opinion exprimée par le comité judiciaire ne pouvait se concilier avec la compétence générale du gouvernement fédéral énoncée au début de l'article 91, ni avec les opinions exprimées par le Conseil Privé dans le *Renvoi sur l'Aéronautique (1932)* et le *Renvoi sur la Radiocommunication (1932)*. Le juge Rand partageait le même avis dans un article intitulé *Some Aspects of Canadian Constitutionalism (1960)*, publié dans la *Revue du Barreau canadien*. Dans cet article, il exprime l'opinion que le pouvoir résiduaire du Parlement lui confère pleine autorité pour légiférer et exécuter les obligations internationales contractées par le Canada même lorsque l'objet de l'accord ne relève

l'étranger[1555]. Suivant la tradition parlementaire anglo-canadienne, la conclusion des traités au Canada relève exclusivement du pouvoir exécutif. Le rôle du Parlement se limite à approuver — par une résolution présentée à la Chambre des communes — les traités qui, selon la formule consacrée,

---

pas de la compétence fédérale. Plus récemment, dans l'arrêt *McDonald (1977)*, la *Cour Laskin (1973-1984)* a souligné, sans toutefois répondre à la question, qu'en supposant que le Parlement ait le pouvoir de légiférer pour mettre en oeuvre un traité à l'égard de matières qui relèvent de la compétence exclusive des législatures provinciales, il était nécessaire qu'une loi du Parlement incorpore expressément les dispositions du traité. Plus récemment, dans l'arrêt *Finta (1994)*, bien qu'en dissidence, le juge La Forest affirmait que les auteurs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires au Canada à moins qu'une loi canadienne ne le prévoit expressément. Voir *Renvoi relatif aux heures de travail*, [1925] R.C.S. 505; *Renvoi relatif aux conventions sur le travail*, [1936] R.C.S. 461, conf. [1937] A.C. 326; *Renvoi relatif à l'Aéronautique*, [1930] R.C.S. 663, conf. par [1932] A.C. 54; *Renvoi relatif à la Radiocommunication*, [1931] R.C.S. 541, conf. par [1932] A.C. 304; *McDonald* c. *Vapor Canada Ltd.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 134, *R.* c. *Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 729. Voir aussi I.C. RAND, «Some Aspects of Canadian Constitutionalism» (1960) 38 *Revue du Barreau canadien* 135, 142; *Lettres Patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada*, L.R.C. 1985, App. 445.

[1555] Bien que la négociation et la conclusion d'un traité soient du ressort exclusif du gouvernement fédéral, sa mise en application et l'exécution des obligations qui en découlent suivent la répartition des pouvoirs opérée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce qui a pour effet de permettre au gouvernement fédéral de conclure des traités dans les domaines où il ne possède aucune juridiction et d'empêcher les provinces de conclure des traités dans les domaines où elles ont pleinement juridiction. Quatre moyens permettent d'atténuer cet écueil. D'abord, le gouvernement fédéral peut adhérer à un traité qui contient des dispositions qui relèvent exclusivement du pouvoir des provinces en souscrivant, dans la mesure où le traité le prévoit spécifiquement, à une «clause fédérale». L'effet de cette clause est de soustraire des obligations du gouvernement fédéral toutes les dispositions du traité qui relèvent de la compétence exclusive de l'une des provinces. Ensuite, en l'absence de «clause fédérale», le gouvernement fédéral peut se soustraire de certaines obligations en émettant une «réserve». Respectueuse de l'autonomie des volontés, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* prévoit, à son article 19, que les États parties peuvent formuler des réserves, lesquelles sont définies, au paragraphe 2d), comme étant des «déclarations unilatérales, quel que soit son libellé ou sa désignation, faites par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par lesquelles il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État». Puis, le gouvernement fédéral peut aussi utiliser un «accord-cadre» par lequel il s'engage sur le plan international à certaines obligations générales, tout en laissant le soin aux provinces de déterminer le contenu spécifique. *L'Accord culturel entre le Canada et la France (1965)* et *l'Accord du 20 novembre entre le Canada et l'U.R.S.S.* illustrent ce type d'accord. Enfin, les provinces peuvent, avec ou sans l'accord du gouvernement fédéral, négocier et conclure un traité directement avec un État étranger. Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331, arts. 2d), 19; *L'Accord culturel entre le Canada et la France*, [1965] R.T. Can. n° 21 et *Accord du 20 novembre entre le Canada et l'U.R.S.S.*, [1989] R.T. Can. n° 28.

«présentent une grande importance politique ou qui ont une incidence sur le système juridique canadien, tels ceux qui engagent les finances de l'État»[1556]. Or le principe de la souveraineté parlementaire — et son corollaire la *rule of law* — est réfractaire à l'idée que le gouvernement (le pouvoir exécutif) puisse légiférer directement sans l'approbation du Parlement (le pouvoir législatif).

Ce principe du droit canadien s'oppose cependant au principe de droit coutumier *pacta sunt servanda*, consacré par l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[1557], lequel oblige les États à respecter de bonne foi les obligations internationales qu'ils ont contractées. Selon cette règle, les traités ont, dans l'ordre juridique international, primauté sur les règles de droit interne qui leur serait contraire. Selon le professeur Turp de l'Université de Montréal, en vertu de la règle *pacta sunt servanda*, les règles de droit international doivent recevoir application en dépit des lois qui leur seraient contraires[1558]. Quant au professeur Arbour de l'Université Laval, il avance que cette obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour arrimer le droit interne aux dispositions du droit international a pour effet de subordonner les

---

[1556] Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 155.

[1557] *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331, art. 26.

[1558] Dans un article intitulé *De la suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des chartes canadienne et québécoise des droits et libertés (1989)*, le professeur Turp affirmait ce qui suit: «Ce principe et cette règle ont été maintes fois constatés par les juridictions internationales, qui en ont fait découler certains corollaires, telles l'obligation d'adopter des mesures internes d'exécution pour rendre le droit interne conforme aux traités [note supprimée] ou l'impossibilité d'invoquer des dispositions de droit interne pour justifier la non-exécution des traités» [note supprimée]. Voir D. TURP, «De la suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des chartes canadienne et québécoise des droits et libertés», dans G.-A BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1988, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 43, 46.

systèmes juridiques nationaux à l'ordre juridique international[1559]. Ainsi, la souveraineté des États devrait aujourd'hui être restreinte par les normes impératives du droit international (le *jus cogens*)[1560] et par le consentement exprès donné par le Canada en ratifiant des traités et des instruments de droit international.

Assise des démocraties libérales, le consentement définit l'essence même du droit international. Ainsi, la force obligatoire des instruments de droit international procède essentiellement du consentement des États[1561]. Deux principaux courants de pensée[1562] tentent de justifier ce caractère obligatoire du droit international : le *volontarisme juridique*[1563] et *l'objectivisme*

[1559] Dans son ouvrage intitulé *Droit international public (1997)*, le professeur Arbour affirmait ce qui suit: «Une telle affirmation nous conduit conséquemment à poser le principe de la primauté du droit international sur les systèmes de droit interne, c'est-à-dire de la subordination de l'ordre juridique étatique à un ordre international qui lui est hiérarchiquement supérieur». Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 95.

[1560] La liberté contractuelle des États se trouve limitée par les normes impératives du droit international. L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* incorpore ce principe: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion est en conflit avec une norme impérative du droit international général». Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331, art. 53.

[1561] En droit international, le consentement est fondamental puisque, sur le plan formel, la validité d'un traité est subordonnée à l'authenticité du consentement. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331, art. 34 (*a contrario*), 46-53. Voir aussi J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 27-28.

[1562] Dans la troisième édition de son traité, le professeur Arbour distingue dorénavant quatre justifications théoriques au caractère obligatoire du droit international: le volontarisme juridique, les théories objectivistes, les théories sociologiques et les théories normativistes. Cependant pour les fins de notre propos nous conserverons la conceptualisation qu'il avait adoptée dans la première édition qui distingue la *doctrine du volontarisme juridique* — selon laquelle la justification du caractère obligatoire découle du consentement des États — et *la doctrine de l'objectivisme juridique* — selon laquelle des intérêts supranationaux indépendants de la volonté des États peuvent justifier la force obligatoire des normes internationales. Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1985, 18-19.

[1563] L'école du *volontarisme juridique* fonde le caractère du droit international sur la volonté souveraine des États. C'est l'accord des volontés qui justifierait le caractère obligatoire de l'ordre juridique international. Ainsi, selon la *doctrine du volontarisme juridique*, une norme de droit international n'obligera un État que dans la mesure où celui-ci l'a spécifiquement reconnue

sociologique[1564]. Mais peu importe la justification théorique du caractère obligatoire des traités de droit international, un fait demeure : le consentement des États est cautionné par le formalisme — pour l'essentiel édicté par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[1565]— entourant la conclusion des traités de droit international. Cette notion de consentement libre et éclairé renforce l'idée que les dispositions — dûment ratifiées par les États — du droit international instrumentaire constituent des normes interprétatives incontournables — auxquelles les tribunaux ne sauraient déroger pour déterminer le sens et l'étendue des garanties constitutionnelles canadiennes et, plus généralement, des droits et libertés fondamentaux des individus.

La mondialisation des échanges économiques, caractérisée par une interdépendance accrue des relations politiques entre les États et le développement accéléré des moyens de la télématique posent un défi que

---

et acceptée. Cette doctrine serait aujourd'hui en défaveur puisqu'elle ne peut expliquer l'obligation des États à respecter les règles coutumières. Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 41-43.

[1564] L'école de *l'objectivisme sociologique* fonde le droit international, s'inspirant de l'école des droits naturels, sur un ensemble d'objectifs et de principes absolus qui s'imposent à tous les États. Ainsi, les normes juridiques internationales se conçoivent comme un impératif social traduisant une nécessité née de la solidarité naturelle entre les États. L'ordre juridique international fait des individus de la collectivité internationale, niant ainsi le concept de la personnalité morale de l'État au plan des relations internationales, les seuls sujets du droit international. Dans la première édition de son traité publié en 1985, le professeur Arbour affirmait: «[qu'] elle [la théorie de l'objectivisme sociologique] est probablement trop en avance sur son époque». Bien qu'il semble avoir relativisé ses propos dans la dernière édition de son ouvrage, nous estimons, à tout le moins sur la plan conceptuel, qu'ils sont toujours aussi probants. Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 44-45. Comparer J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1985,18.

[1565] La *Convention de Vienne sur le droit des traités* incorpore l'essentiel des règles formelles entourant la conclusion d'un traité international. La procédure traditionnelle de conclusion d'un traité peut se résumer succinctement de la façon suivante. Les négociations commencent à la suite de l'émission des pleins pouvoirs ou en d'autres termes par la désignation des personnes habilitées à négocier les termes du traité. Une fois les négociations complétées, l'échange des instruments de ratification suivra une cérémonie des signatures. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1979) 1155 R.T.N.U. 331.

la société canadienne ne saura relever que si elle admet la nécessité d'arrimer son droit interne aux normes internationales auxquelles elle a expressément consenti. L'examen de la question générale concernant la réception du droit international en droit canadien déborderait aussi largement le cadre de cette étude. Il importe toutefois de considérer l'utilisation que la Cour suprême du Canada a faite des normes issues des traités du droit international afin d'apprécier l'étendue de la protection du droit au respect de la vie privée puisque celui-ci ne fait pas l'objet d'une énonciation expresse dans la *Charte canadienne* ou dans le *Bill of Rights* américain[1566].

[1566] Voir généralement W.A. SCHABAS, Précis du droit international des droits de la personne, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997; W.A. SCHABAS, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996; W.A. SCHABAS et D. TURP, *Droit international canadien et québécois des droits et libertés — Notes et documents*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994; A.F. BAYEFSKY, *International Human Rights Law — Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1992; M. LE BEL, «L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés au regard du droit international des personnes — Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada» (1988) 48 *Revue du Barreau* 743; B. SWCHARTZ et G. MacKINTOSH, «The Charter and the Domestic Enforcement of International Law» (1987-88) 16 *Manitoba Law Journal* 149; C. N. EICK, *Enforcing Human Rights Law in Domestic Courts*, Thèse de Maîtrise, Université McGill, Institut de droit comparé, 1987; M. COHEN, «Towards a Paradigm of Theory and Practices — The Canadian Charter of Rights and Freedoms, International Law Influences and Interactions» (1986) 3 *Canadian Human Rights Year Book* 47; D.C. MacDONALD, «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 D. TURP et G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadienne et européenne des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 91; J. WOEHRLING, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne — Rapport canadien», dans *Les limitations des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 449; J. HUMPHREY, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law» (1985-86), 50 *Saskatchewan Law Review* 13; D. TURP, «Le recours au droit international aux fins d'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés — Un bilan jurisprudentiel» (1984)18 *Revue juridique Thémis* 353; M. COHEN et A. BAYEFSKY, «The Canadien Charter of Rights and Freedoms and Public International Law» (1983) 61 *Canadian Bar Review* 265; W.S. TARNOPOLSKY, «A comparison between the Charter and the International Covenant» (1983) 8 *Queen's Law Journal* 211; J. CLAYDON, «International Human Rights Law and Interpretation of the Charter» (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 287; R. HURTUBISE, «La mise en oeuvre au plan interne des obligations contractées au niveau international en ce qui concerne les droits de la personne — Une expérience vécue ou la concertation fédérale provinciale au Canada» (1981) *The Cambridge Lectures* 340.

2.2. La valeur interprétative des normes du droit international issues des traités

Depuis l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la Constitution en 1982, la Cour suprême a examiné la question de l'utilisation du droit international pour définir les garanties constitutionnelles dans une soixantaine d'arrêts. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (1987)*[1567], le juge en chef Dickson affirmait, dans des motifs dissidents, que les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requéraient que les obligations internationales contractées par le gouvernement canadien soient considérées comme un «facteur pertinent et persuasif»[1568]. Cela ne veut pas dire cependant que les juges soit liés formellement par les obligations internationales puisque dans le même arrêt, le juge Dickson a tenu à atténuer la portée du caractère contraignant des normes édictées par des traités et autres instruments du droit international[1569]. L'interprétation actuelle de la Cour

---

[1567] *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

[1568] Voici les propos que tenait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (1987)*: «Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que les obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter 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» (accentuation ajoutée). Voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987]1 R.C.S. 313, 349-350.

[1569] Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)(1987)*, le juge en chef Dickson atténuait l'énoncé de ce principe en affirmant ce qui suit: «En somme, bien que je ne crois pas que les juges soient liés par les normes de droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que les normes constituent une source pertinente et persuasive d'une 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»(accentuation ajoutée). Dans l'arrêt *Smith (1987)*, le juge Lamer affirmait que les instruments de droit international «[peuvent] parfois être utile[s] pour tenter d'interpréter les dispositions pertinentes de la Charte» (accentuation ajoutée). Il tenait des propos analogues dans

suprême du Canada peut se résumer succinctement de la façon suivante : les normes édictées par les traités du droit international, bien que librement consenties — et expressément reçues dans l'ordre juridique canadien — par le Canada, n'auraient aucune force contraignante sur l'interprétation des garanties constitutionnelles[1570]; elles n'auraient qu'une valeur interprétative laissée à l'appréciation des tribunaux chargés de les examiner.

Dans la majorité des cas, la Cour a fait référence à des dispositions issues de traités internationaux sans s'interroger sur leur valeur interprétative dans l'ordre juridique canadien. L'analyse de la Cour visait soit à définir le sens d'une expression ou d'une conception[1571] soit, plus généralement, à appuyer ou à

---

l'arrêt *Kalanj* (1989). Dans l'arrêt *B. (R.) (1995)*, le juge en chef Lamer a tenu à relativiser l'importance qu'il faut accorder aux normes du droit international en affirmant ce qui suit: «Je ne prétends aucunement, pour les fins du présent pourvoi, fonder ma conclusion sur l'interprétation qui est donnée à l'art. 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni sur celle de l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Je suis pleinement conscient de la valeur relative de ce qui précède mais je crois néanmoins qu'il y a là, à tout le moins, une indication supplémentaire de la portée que les rédacteurs de la Charte ont pu entendre donner à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7» (accentuation ajoutée). Dans l'arrêt *Godbout (1997)*, le juge La Forest a exprimé des propos analogues: «[...] Bien que le par. (3) de cette disposition [article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*] prévoie que les États peuvent restreindre ce droit pour les raisons y précisées, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un droit consacré dans le pacte comme garantie fondamentale. Comme notre Cour a reconnu la valeur de persuasion des pactes internationaux dans la définition de la portée des droits garantis par la *Charte*, je considère que l'article 12 renforce ma conclusion voulant que le droit de décider où établir sa demeure fasse partie de la sphère irréductible d'autonomie personnelle protégée par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7» (accentuation ajoutée). Voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987]1 R.C.S. 313, 349-350 (j.c. Dickson); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, 1061 (j. Lamer); *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1094, 1618-1619 (j. Lamer); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 349-350 (j.c. Lamer); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 895 (j. La Forest).

[1570] Dans l'arrêt *Milne (1987)*, le juge La Forest précisait ce qui suit: «Il est difficile de voir comment on pourrait prioriser une disposition du *Pacte* [*Pacte international des droits civils et politiques*] alors qu'il y a des garanties spécifiques à l'effet contraire de la *Charte canadienne des droits et libertés*». Voir *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, 527 (j. La Forest).

[1571] Voir généralement *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, 193 (j. Wilson); *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673, 686 (j. Le Dain); *R. c. Oakes*, [1986] 1

distinguer une interprétation particulière[1572]. En dépit du fait que les rédacteurs de la *Charte canadienne* aient été fortement influencés par les instruments du droit international[1573], il est manifeste que : «[...] la Cour suprême a fait un usage plutôt restreint des documents internationaux et de la jurisprudence en découlant comparé [comparativement] à celui qu'elle a fait du *Bill of Rights* américain et de sa jurisprudence»[1574].

Il est pour le moins étonnant que la Cour suprême du Canada ait adopté une approche analogue quant à la valeur interprétative de l'*African Charter on Human and Peoples' Rights* — instrument régional de protection des droits

---

R.C.S. 103, 120-121(j.c. Dickson); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, 632-633 (j. La Forest); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, 1061 (j. Lamer); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 969 (j.c. Dickson); *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, 1618-1619 (j. Lamer); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, 214-215 (j. Lamer); *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 522 (j. Gonthier); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 465 (j. L'Heureux-Dubé); *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, 912 (j. Sopinka); *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, 969 (j. Lamer).

[1572] Voir généralement *Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284, 319-320 (j. Wilson); *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 752; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S 143, 177 (j. McIntyre); *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, 1708 (j. Sopinka); *Lavigne c. S.E.F.P.O.* , [1991] 2 R.C.S. 211, 319 (j. La Forest); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 637 (j. Gonthier); *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, 346-347 (j. Lamer); *Office des services à l'enfant et de la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, 945 (j. McLachlin).

[1573] L'utilisation des normes du droit international par les rédacteurs de la Charte est incontestable. À titre d'illustration, la clause limitative de l'article premier de la Charte, largement utilisée dans les instruments du droit international et méconnue en droit constitutionnel américain, a été proposée par le Ministre de la Justice du Canada, dont le titulaire était alors l'honorable Pierre E. Trudeau, dans un livre blanc — intitulé *Une charte canadienne des droits de la personne* — déposé à la Chambre des communes en 1968. Voir CANADA, *Une charte canadienne des droits de la personne*, Ottawa, 1968, cité par W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 252. Voir aussi R. ELLIOTT, «Interpreting the Charter Using the Earlier Version As an Aid» (1982) *University of British Columbia Law Review* 110.

[1574] Dans *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte (1991)*, Jacques Gosselin avait fait une analyse minutieuse des quelque vingt arrêts rendus par la Cour suprême du Canada jusqu'en 1991 pour en arriver à cette conclusion. Une dizaine d'années plus tard, cette conclusion tient toujours. Voir J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais. 1991, 57.

qui n'a pas fait l'objet d'une ratification par le Canada — et la *Charte internationale des droits de l'homme*, laquelle a non seulement été ratifiée par le Canada mais constitue aussi la principale reconnaissance des droits et libertés fondamentaux des individus[1575]. Tout aussi paradoxale nous semble être la proposition que l'engagement pris par la communauté internationale ou par plusieurs pays à l'effet de protéger certains droits conférerait à ces droits une valeur interprétative plus grande que ceux édictés par des traités internationaux auxquels le Canada a donné son consentement exprès[1576]. Or le point d'ancrage de la légitimité du pouvoir judiciaire d'appréciation de la constitutionnalité des lois réside incidemment dans le fait que le pouvoir judiciaire, par opposition au pouvoir exécutif, est plus en mesure de garantir les droits et libertés des individus[1577].

[1575] Voir *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1994), [1995] 1 R.C.S. 315, 349-350 (j.c. Lamer).

[1576] C'est là à tout le moins notre interprétation des propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Taylor (1990)*, où il affirmait ce qui suit: «La position prise par la communauté internationale dans le domaine de la protection des droits de la personne est pertinente aux fins de l'examen d'un texte législatif en vertu de l'article premier et surtout aux fins de l'appréciation de l'importance d'un objectif gouvernemental» (accentuation ajoutée). Dans *Lucas (1998)*, le juge Cory, qui s'exprimait pour la majorité, réaffirmait ce principe de la manière suivante: «Le fait qu'un certain nombre de conventions internationales, ratifiées par le Canada, imposent des restrictions explicites à la liberté d'expression afin de protéger les droits et la réputation des gens étaye davantage la conclusion qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel. [...] L'existence de ces dispositions révèle qu'il y a un consensus au sein de la communauté internationale sur le fait que la protection de la réputation est un objectif suffisamment important pour justifier l'imposition de certaines restrictions à la liberté d'expression» (accentuation ajoutée). Voir *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, 919-920 (j.c. Dickson); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 464 (j. Cory).

[1577] Dans la pensée libérale, la justification classique du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois se fonde notamment sur la pensée de John Stuart Mill qui, dans son essai intitulé *On Liberty (1859)*, affirmait que le propre d'une démocratie libérale est de se prémunir contre la dictature de la majorité. Aux États-Unis, l'arrêt *Brown (1954)* de la *Cour Warren (1953-1969)*, qui mettait fin au régime de ségrégation raciale *de jure*, s'appuyait sur cette conception puisque la majorité de la population soutenait toujours la doctrine du «séparé mais égal» qui avait été affirmée par le *Cour Fuller (1888-1911)* dans l'arrêt *Plessis (1896)*. Voir C. MORRIS (dir.), *The Great Legal Philosophers — Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1974, 364-393; J.S. MILL, *On Liberty and Other Writings*, S. COLLINI (dir.), Cambridge,

La question essentielle à la détermination de la valeur interprétative des normes édictées par les traités internationaux consiste à considérer s'il s'agit d'un instrument qui a fait l'objet d'une ratification expresse par le Canada ou, en d'autres termes, si le Canada y a donné un consentement libre et éclairé. C'est, au risque de nous répéter, sur le consentement que repose les assises des démocraties libérales. Soutenir la proposition que les normes édictées par un traité de droit international — auquel le Canada a donné son consentement exprès — n'ont pas plus de poids que celles issues des traités et des autres instruments de droit international que le Canada n'a pas signés équivaudrait à affirmer, en faisant une analogie avec l'ordre juridique canadien, que les individus sont libres de respecter ou non les lois domestiques. Cette proposition est insoutenable[1578].

Ce postulat, qui consiste à faire du consentement le point d'ancrage du caractère obligatoire de certaines normes du droit international, a d'ores et déjà été reconnu par la *Cour Lamer (1990-2000)* lorsqu'elle affirmait que la connaissance présumée d'une disposition du droit international justifiait une

---

Cambridge University Press, 1989; *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Plessis c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[1578] Les propos que tenait le juge Cory dans l'arrêt *Kindler (1991)*, bien qu'exprimés dans une opinion dissidente, sont d'une grande pertinence en ce qu'ils révèlent la contradiction inhérente à l'interprétation actuelle des normes issues des traités du droit international par la Cour suprême du Canada. Il affirmait ceci: «En outre, le Canada s'est engagé envers la collectivité internationale à reconnaître et à promouvoir la dignité humaine et à abolir la peine de mort. Ces engagements n'ont pas été pris à la légère; ils témoignent des valeurs et des principes existant au pays. Le Canada ne peut pas, d'une part, s'engager sur le plan international, à appuyer l'abolition de la peine de mort et, d'autre part, livrer un fugitif sans chercher à obtenir les garanties mêmes prévues par le Traité. Cela voudrait dire soit que le Canada ne respecte pas ses engagements internationaux, soit qu'il applique une norme à l'égard des autorités américaines et une autre à l'égard des autres pays. Ni l'une ni l'autre de ces propositions n'est acceptable car elles vont à l'encontre des valeurs et engagements canadiens» (accentuation ajoutée). Voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 1 R.C.S. 779, 827 (j. Cory).

interprétation conséquente[1579] ou lorsqu'elle concluait que certaines normes du droit international — telles que la dignité de l'être humain[1580] ou le droit à la vie privée[1581] —, bien que non expressément énoncés dans la *Charte canadienne*, constituent des valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique comme le Canada[1582]. C'est pourquoi nous estimons que la politique judiciaire actuelle de la Cour suprême du Canada — qui accorde une valeur

---

[1579] Dans l'arrêt *Potvin (1993)*, le juge Sopinka affirmait ce qui suit: «La Cour y a examiné deux dispositions de la Convention [européenne][...]. Il ne fait aucun doute que les rédacteurs de la *Charte* connaissaient ces textes et le choix de termes plus restrictifs est révélateur» (accentuation ajoutée). Le même argument a été soutenu par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *2747-3174 Québec Inc. (1996)*. Voir *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, 912 (j. Sopinka); *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 1032 (j. L'Heureux-Dubé).

[1580] Dans l'arrêt *Slaight Communications inc. (1989)*, le juge en chef Dickson affirmait ce qui suit: «[P]armi les valeurs fondamentales essentielles à notre société libre et démocratique figurent «la dignité de l'être humain» et «la promotion de la justice et de l'égalité sociale» (accentuation ajoutée). Dans l'arrêt *Syndicat des employés de l'Hôpital de St-Ferdinand (1996)*, le juge L'Heureux-Dubé citait la *Déclaration universelle des droits de l'homme* afin d'appuyer sa conclusion que la dignité de la personne est une valeur fondamentale dans la société canadienne. Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056 (j.c. Dickson); *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 254 (j. L'Heureux-Dubé).

[1581] Dans l'arrêt *Edmonton Journal (1989)*, le juge La Forest affirmait que le droit à la vie privée est une valeur fondamentale reconnue dans les instruments de droit international: «Les principaux instruments internationaux destinés à protéger les droits de la personne considèrent le droit à la vie privée, y compris l'intimité de la famille et du foyer (accentuation ajoutée). Dans *Miron (1995)*, le juge Gonthier a examiné la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* afin de confirmer son interprétation que le mariage est une institution sociale de base et un droit fondamental que les États peuvent légitimement favoriser dans les lois qu'ils adoptent. Dans *Godbout (1997)*, le juge La Forest faisait référence à l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* afin d'appuyer son interprétation que le droit d'une personne de choisir sa demeure est une valeur fondamentale des sociétés libérales. Voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1378-1379 (j. La Forest); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 449 (j. Gonthier); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (j. La Forest).

[1582] Dans l'arrêt *Keegstra (1990)*, le juge en chef Dickson affirmait ceci: «[d]'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et les principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et les principes qui sous-tendent la Charte elle-même (accentuation ajoutée). Voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 750 (j. Dickson). Voir aussi *Mills* c. R., [1986] 1 R.C.S. 868, 931 (j. Lamer); *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique*, [1988] 2 R.C.S. 214, 229 (j.c. Dickson); *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 75 (j. L'Heureux-Dubé).

interprétative équivalente à l'*African Charter on Human and Peoples' Rights* et la *Charte internationale des droits de l'homme* — n'a pas le mérite d'appréhender la réalité contemporaine puisque seul le respect de normes supranationales saura préserver les droits et libertés fondamentaux des individus ainsi que les intérêts de la société libre et démocratique qu'est le Canada.

À notre avis, la notion du consentement libre et éclairé renforce l'idée que les dispositions — dûment ratifiées par les États — du droit international instrumentaire constituent des normes interprétatives incontournables auxquelles les tribunaux canadiens ne sauraient déroger pour déterminer le sens et l'étendue des garanties constitutionnelles canadiennes. En ce sens, la souveraineté des États, jadis principe absolu du droit international, devrait aujourd'hui être restreinte par les normes impératives du droit international (le *jus cogens*) et par les normes du droit international qui ont fait l'objet d'un consentement exprès du Canada[1583].

[1583] Bien que le droit international coutumier ne fasse pas partie *ipso jure* du droit canadien, il apparaît à certain qu'une loi de mise en oeuvre n'est pas nécessaire pour qu'une norme coutumière puisse recevoir une application effective. Voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1985, 64. Voir aussi R. St. J. MacDONALD, «The Relationship Between International law and Domestic Law in Canada», dans R. St. J. MacDONALD *et al.*, *Canadian Perspective on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88; F. RIGALDIES et J. WOEHRLING, «Le juge interne canadien et le droit international» (1980) 21 *Les Cahiers de droit* 293.

Conclusion

> Il n'y a que deux puissances au monde : le sabre et l'esprit. À la longue, le sabre est toujours vaincu par l'esprit.
>
> Napoléon Bonaparte

Cette affirmation de Napoléon Bonaparte — en opposant la force à la la raison — rappelle le débat politique et philosophique qui a dominé le XVII[e] siècle. La question de savoir comment un individu libre devient assujetti à l'autorité étatique constituait la question centrale de la théorie politique libérale. Tant en vertu de la doctrine libérale classique que de la *doctrine du constitutionnalisme*, on l'a vu, la légitimité du pouvoir étatique et de l'autorité gouvernementale repose sur le consentement. Le postulat fondamental sur lequel repose cette thèse est que *toute immixtion de l'État effectuée sans consentement — qui peut être individuel ou communautaire — est inconstitutionnelle*. Il repose sur l'idée que les pouvoirs étatiques sont intrinsèquement limités. La doctrine constitutionnelle du droit au respect de la vie privée n'est finalement que la reconnaissance que les sociétés libérales se fondent sur le caractère limité des pouvoirs étatiques.

C'est sans doute pourquoi, malgré l'absence d'une énonciation expresse du droit constitutionnel au respect à la vie privée, la *Cour Warren (1953-1969)* a reconnu l'existence de ce droit et a statué qu'il était garanti par les Premier, Troisième, Quatrième, Cinquième, Neuvième et Quatorzième amendements à la Constitution américaine. Dans l'arrêt *Griswold (1965)*, la *Cour Warren (1953-1986)* a même indiqué qu'il était si fondamental qu'il se dégageait de

l'ensemble des dispositions du *Bill of Rights*. C'est sans doute aussi pourquoi la *Cour Dickson (1984-1990)* adoptait un principe judiciaire analogue et ce, malgré l'expression d'une volonté contraire par le *constituant* canadien, dans les arrêts *Hunter (1984)* et *Dyment (1988)*. Au Canada, en plus des articles 7 et 8, les articles 2, 6, 10,13, 26 et l'alinéa 11c), de la *Charte* seraient aussi susceptibles de garantir le droit constitutionnel au respect de la vie privée. De fait, à l'instar du principe judiciaire formulé dans l'arrêt *Griswold (1965)*, l'ensemble des garanties consacrées par la *Charte* seraient susceptibles d'apporter une protection au droit constitutionnel au respect de la vie privée.

Malgré cette consécration du droit au respect de la vie privée par la Cour suprême des États-Unis et par la Cour suprême du Canada et bien qu'elles aient affirmé la nature expansive des contours du droit constitutionnel au respect de la vie privée — en statuant qu'il ne devait pas être restreint par des classifications formalistes et étroites fondées sur la propriété privée —, force nous est cependant de constater l'étroitesse conceptuelle de l'interprétation judiciaire. En adoptant une approche fondée sur *l'ensemble des circonstances* la Cour suprême du Canada et la Cour suprême des États-Unis ont considérablement édulcoré la protection constitutionnelle offerte au droit à la vie privée.

En subordonnant la protection constitutionnelle offerte à *l'autonomie de la volonté* aux intérêts de propriété ou de possession, elles réaffirment l'interprétation restrictive du droit au respect de la vie privée qui, notamment, avait caractérisée l'interprétation de la Cour suprême des États-Unis jusqu'à ce que l'arrêt *Katz (1967)* ne soit rendu. Aux États-Unis, les arrêts *Wilson (1997)* et

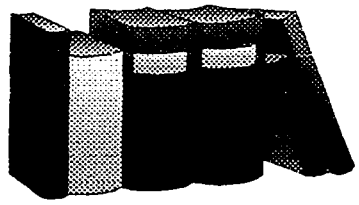
Carter (1998) en constituent d'excellentes illustrations. Au Canada, les arrêts *Edwards (1996)* et *Belnavis (1997)* exemplifient cette approche conceptuelle.

En associant la protection constitutionnelle offerte à *l'information* aux intérêts de propriété ou à la relation de confidentialité entre l'individu et le détenteur des informations personnelles, elles ont biaisé leur analyse dès le départ puisque les informations personnelles détenues par les tiers ne soulèveront que rarement des intérêts de propriété. Certaines immixtions — particulièrement les immixtions dérivées —, jusque-là protégées, ne bénéficieront pas de la protection constitutionnelle à moins qu'elles ne puissent s'appuyer sur une intrusion effective ou encore sur une relation de confidentialité. Aux, États-Unis, les arrêts *California Banker (1974)* et *Miller (1976)* en constituent d'excellentes illustrations. Au Canada, les arrêts *Plant (1993)*, *Schreiber (1998)* exemplifient cette approche conceptuelle.

La question qui se pose est celle se savoir si les principes judiciaires énoncés dans les arrêts *Katz (1967)*, *Hunter (1984)* et *Dyment (1988)* tiennent toujours. On peut aussi s'interroger sur la question de savoir ce que sont les principes judiciaires énoncés par la Cour suprême du Canada : est-ce les *dicta* qu'on peut retrouver dans les décisions ou n'est-ce pas plutôt l'interprétation véritable que la Cour suprême a fait de ses propres principes judiciaires? En d'autres termes, quelles sont les règles de droit : les principes judiciaires apparents ou la pratique interprétative véritable de la Cour suprême du Canada?

On ne peut que déplorer cette interprétation judiciaire restrictive du droit constitutionnel au respect de la vie privée. Il aura fallu que des atrocités et des exactions, fruits de la Seconde Guerre mondiale, soient commises pour que l'opinion publique se rende compte de l'importance de préserver la dignité de l'être humain. Comme le soulignait si justement un ancien ministre français de la Justice, monsieur Pierre-Henri Teitgen : «Les démocraties ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement : une minorité agissante, comme l'on dit, s'empare des leviers de commande; une à une les libertés sont supprimées, secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées». Il faut savoir tirer des leçons de l'histoire, mais il importe surtout de se rappeler que l'exercice du pouvoir étatique est assuré par des être humains désireux d'affirmer ce que Hobbes a qualifié de *volonté de puissance*. Cette constatation à elle seule suffit à attiser la méfiance des individus qui, pour reprendre une expression populaire, n'ont rien à se reprocher. Mais le mythe est tenace.

Annexes, bibliographie et tables



Annexe 1 Loi constitutionnelle de 1982 (*Charte canadienne des droits et libertés*) ***(1-16)***

Annexe 2 Amendement à la Constitution des États-Unis (*«Bill of Rights»*) ***(17-25)***

Bibliographie ***(26-57)***

Table des traités internationaux, des textes constitutionnels et infraconstitutionnels ***(58-64)***

Table de la jurisprudence ***(65-120)***

Table onomastique ***(121-135)***

Table alphabétique des matières ***(136-144)***

Annexe I

Constitution Act, 1982
Loi Constitutionnelle de 1982

Schedule B
Annexe B

Part I
Partie I

Canadian Charter of Rights and Freedoms
Charte canadienne des droits et libertés

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

Guarantee of Rights and Freedoms
Garantie des droits et libertés

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droit et libertés qui y sont énoncés. Ils 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.

Fundamental Freedoms
Libertés fondamentales

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;
(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
(c)freedom of peaceful assembly; and
(d) freedom of association.

2.Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) la liberté de conscience et de religion;
b) la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
c) la liberté de réunion pacifique;
d) la liberté d'association.

Democratic Rights
Droits démocratiques

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

4. (1) No House of Commons and no legislative assembly shall continue for longer than five years from the date fixed for the return of the writs of a general election of its members.

(2) In time of a real or apprehended war, invasion or insurrection, a House of Commons may be continued by Parliament and a legislative assembly

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

4. (1) Le mandat maximal de la Chambre des communes et des assemblées législatives est de cinq ans à compter de la date fixée pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes.

(2) Le mandat de la Chambre des communes ou celui d'une assemblée législative peut être prolongé respectivement par le Parlement ou par la législature en question au-delà

may be continued by the legislature beyond five years if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House of Commons or the legislative assembly, as the case may be.

5. There shall be sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months.

de cinq ans en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés de la Chambre des communes ou de l'assemblée législative.

5. Le Parlement et les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois.

Mobility Rights
Liberté de circulation et d'établissement

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

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a 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 that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous

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'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée

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.

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, les 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.

Legal Rights
Garanties juridiques

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisone

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly on

7. Chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

the reasons therefor;
(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

11. Any person charged with an offence has the right
(a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;
(b) to be tried within a reasonable time;
(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;
(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;
(e) not to be denied reasonable bail without just cause;
(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

11. Tout inculpé a le droit :
a) d'être informé dans délai anormal de l'infraction qu'on lui reproche;
b) d'être jugé dans un délai raisonnable;
c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui, pour l'infraction qu'on lui reproche;
d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;
e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;
f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale

punishment;

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and;

(i) if found guitly of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

14. A party or witness in any

prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

12. Chacun a le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

14. La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont le droit à l'assistance d'un interprète.

Equality Rights
Droits à l'égalité

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ehtnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur

religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Official Languages of Canada
Langues officielles du Canada

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institutions where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour

services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Nothing in section 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

22. Nothing in section 16 to 20 abrogates or derogates from any legal or customary right or privilege acquired or enjoyed either before or after the coming into force of this Charter with respect to any language that is not English or French.

en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français ou de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

21. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

22. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits, privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais.

Minority Language Educational Rights
Droit à l'instruction dans la langue de la minorité

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Enforcement
Recours

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

24. (1) Toute personne, victime de la violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés, s'il est établi, eu égard aux

in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

General
Dispositions générales

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty and other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

(b) any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement.

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales.

26. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

26. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

28. Notwithstanding anything in this

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

30. A reference in this Charter to a Province or to the legislative assembly or legislature of a province shall be deemed to include a reference to the Yukon Territory and the Northwest Territories, or to the the appropriate legislative authority thereof, as the case may be.

31. Nothing in this Charter extends the legislative powers of any body or authority.

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

30. Dans la présente charte, les dispositions qui visent les provinces, leur législature ou leur assemblée législative visent également le territoire du Yukon, les territoires du Nord-Ouest ou leurs autorités législatives compétentes.

31. La présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit.

Application of the Charter
Application de la charte

32. (1) This Charter applies
(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
(b) to the legislature and government of each province

32. (1) La présente charte s'applique:
a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
b) à la législature et au gouvernement de chaque

in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur à l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Subsection (3) applies in respect

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le

of re-enactment made under subsection (4).

régime du paragraphe (4).

Citation
Titre

34. This Part may be cited as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

34. Titre de la présente partie : *Charte canadienne des droits et libertés*.

Annexe II

United States Constitution
Constitution des États-Unis d'Amérique

Amendments («Bill of Rights»)
Amendements («Bill of Rights»)

Articles in addition to, and Amendment of, the Constitution of the United States of America, proposed by Congress, and ratified by the Legislature of the several States pursuant to the Fifth Article of the original Constitution.

Articles supplémentaires et amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique, proposés par le Congrès, et ratifiés par la législature de plusieurs États, selon l'article V de la Constitution originale.

First Amendment
Premier amendement

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.

Second Amendment
Deuxième amendement

A well-regulated militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep

Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit qu'a le peuple de détenir et

and bear arms, shall not be infringed.

de porter des armes ne sera pas transgressé.

Third Amendment
Troisième amendement

No Soldier shall, in time of peace, be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Aucun soldat ne sera, en temps de paix, logé dans une maison sans le consentement du propriétaire, ni en temps de guerre, si ce n'est de la manière prescrite par la loi.

Fourth Amendment
Quatrième amendement

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir.

Fifth Amendment
Cinquième amendement

No person shall be held to answer for a capital, or other infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of

Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans une déclaration ou un acte de mise en accusation d'un *Grand Jury*, sauf s'il s'agit d'infractions commises pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public; nul ne pourra pour le

life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

même infraction être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens que par l'application régulière de la loi; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité.

Sixth Amendment
Sixième amendement

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witness against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

Dans toutes poursuites criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé sans délai à l'issue d'un procès public, par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis — le district ayant été préalablement délimité par la loi —, d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à décharge, et d'avoir accès à l'assisistance d'un avocat pour sa défense.

Seventh Amendment
Septième amendement

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United

Dans les procès de droit commun où la valeur en litige excédera vingt dollars, le droit au jugement par jury sera observé, et aucun fait jugé ne sera examiné de nouveau dans un cour des États-Unis autrement que

States, than according to the rules of the common law.

selon les règles du droit commun.

Eighth Amendment
Huitième amendement

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des peines cruelles et inusitées infligées.

Ninth Amendment
Neuvième amendement

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

L'énumération de cerains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme niant ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple.

Tenth Amendment
Dixième amendement

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peupl

[Les dix premiers amendement, qui constituent le *Bill of Rights*, ont été adoptés en 1791].

Other Relevant Amendments
Autres amendements pertinents

Thirteenth Amendment
Treizième amendement
[1865]

Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 1. Ni esclave ni servitude involontaire, si ce n'est en punition de crime dont le coupable aura été dûment convaincu, n'existeront aux États-Unis ni dans aucun des lieux soumis à leur juridiction.

Section 2. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée.

Fourteenth Amendment
Quatorzième amendement
[1868]

Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be

Section 1. Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequl elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans l'application régulière de la loi; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égale protection des lois.

Section 2. Les représentants seront répartis entre les divers États

apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged

proportionnellement à leur population respective, calculée en comptant tous les habitants de chaque État, à l'exclusion des Indiens, non imposés. Mais quand le droit de voter à l'élection d'électeurs des Présidents et vice-président des États-Unis, des représentants du Congrès, des fonctionnaires exécutifs et judiciaires d'un État ou des membres de sa législature, sera nié à des habitants mâles de cet État, âgés de vingt-et-un an et citoyens des États-Unis, ou restreint de quelque manière que ce soit, sauf en cas de participation à une rébellion ou autre crime, la base de la représentation pour cet État sera réduite dans la proportion existant entre le nombre des citoyens mâles visés et le nombre total des citoyens mâles de vingt-et-un ans dans cet État.

Section 3. Nul ne sera sénateur ou représentant du Congrès, ou électeur des Président et vice-président, ni occupera aucune charge civile ou militaire du gouvernement des États-Unis ou de l'un quelconque des États, qui après avoir prêté serment, comme membre du Congrès, ou fonctionnaire des États-Unis, ou membre d'une législature d'un État, de défendre la Constitution des États-Unis, aura pris part à une insurrection ou à une rébellion contre eux, ou donné aide

in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

ou secours à leurs ennemis. Mais le Congrès pourra, par un vote des deux tiers de chaque Chambre, lever cette incapacité.

Section 4. La validité de la dette publique des États-Unis, autorisée par la loi, y compris les engagements contractés pour le paiement de pensions et de primes pour services rendus lors de la répresion d'insurrections ou de rébellions, ne sera pas mise en question. Mais ni les États-Unis, ni aucun État m'assumeront ni ne payeront aucune dette ou obligation contractée pour assistance à une insurrection ou rébellion contre les États-Unis, ni aucune réclamation pour la perte ou l'émancipation d'esclaves, et toutes dettes, obligations et réclamations de cette nature seront considérées comme illégales et nulles.

Section 5. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article par une législation appropriée.

Fifteenth Amendment
Quinzième amendement
[1870]

Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of

Section 1. Le droit de vote des citoyens des États-Unis ne sera nié ou limité paar les États-Unis, ou par aucun État, pour des raisons de race,

race, color, or previous condition of servitude.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

couleur, ou de condition antérieure de servitude.

Section 2. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée.

Nineteenth Amendment
Dix-neuvième amendement
[1920]

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Le droit de vote des citoyens ne pourra être nié ou restreint pour cause de sexe par les États-Unis ni l'un quelconque des États. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée.

Twentieth Amendment
Twenty-fourth Amendment
Vingt-quatrième amendement
[1964]

Section 1. The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 1. Le droit des citoyens des États-Unis de voter à toute élection du Président et du vice-président, des grands électeurs du Président et du vice-président, ou des sénateurs et représentants au Congrès, ne sera nié ou restreint ni par les États-Unis, ni par aucun État, pour cause de non-paiement de la taxe électorale ou de tout autre impôt.

Section 2. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du

présent article par une législation appropriée.

Twenty-sixth Amendment
Vingt-sixième amendement
[1971]

Section 1. The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 1. Le droit de vote des citoyens des États-Unis âgés de dix-huit ans ou plus ne pourra être nié ou restreint pour raison d'âge ni par les États-Unis ni par l'un quelconque des États.

Section 2. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée.

Bibliographie

1.— Ouvrages de référence

BRUN, H. et P. BRUN, *Chartes des droits de la personne, législation, jurisprudence et doctrine*, 9e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

GALL, G. L., *The Canadian Legal System*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1983.

GUILLIEN, R. et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1981.

HALL, K. L. (dir.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

HONDERICH, T. (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1995.

LAROUSSE, *Mémo — Encyclopédie générale visuelle et thématique*, Paris, Larousse, 1993.

LE ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert — Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995.

LE ROBERT, *Le Petit Robert — Dictionnaire universel des noms propres, alphabétique et analogique*, 5e éd., Paris, SNL-Le Robert, 1981.

LE ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995.

MAYRAND, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985.

OGILVIE, M.H., *Historical Introduction to Legal Studies*, Toronto, Carswell, 1982.

2.— Traités et monographies

ALDEN, J.R., *The American Revolution (1775-1783)*, New York, Harper & Brother, 1954.

ALDERMAN, E. et C. KENNEDY, *The Right to Privacy*, New York, Alfred A. Knopf, 1995.

ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1985.

ARIES, P. et G. DUBY, *Histoire de la vie privée*, 5 vol., Paris, Seuil, 1985-1987.

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, I. BERLIN, S. HAMPHIRE et R. WOLLHEIM (dir.), Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971.

BAKER, L., *The Justice from Beacon Hill — The Life and Time of Oliver Wendell Holmes*, New York, HaperCollins, 1991.

BAKER, L., *John Marshall — A Life in Law*, New York, Macmillan Co., 1974.

BAYLIN, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1967.

BEAUD, M., *Histoire du capitalisme — de 1500 à nos jours*, Paris, Seuil, 1981.

BEAUDOIN, G.-A. et E. P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

BEAUDOIN, G.-A. et W. S. TARNOPOLSKI (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.

BEAUDOIN, G.-A. et D. TURP (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986.

BÉLIVEAU, P., *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, 2e éd., (édition à feuilles volantes), Montréal, Thémis.

BELLEMARE, D.-A., *L'écoute électronique au Canada*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1981.

BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, J.H. BURNS et H.L.A. HART (dir.), Londres, Methuen, 1970.

BENYEKHLEF, K., *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Thémis, 1992.

BERGER, R., *Government by Judiciary — The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1977.

BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e éd., Paris, Sirey, 1991.

BERLIN, I., *The Proper Study of the Mankind — An Anthology of Essays*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1998.

BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford, Londres, Oxford University Press, 1969.

BICKEL, A., *The Morality of Consent*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1975.

BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch — The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBITT, P., *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

BRUN, H. et A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

BRUN, H. et A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990.

BURDEAU, G., *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979.

CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.

CLAY, E., *Chief Justice*, New York, Simon & Schuster, 1997.

COHEN, S. A., *Invasion of Privacy, Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983.

COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989.

COMMAGER, H.S., *The Great Constitution*, New York, Eastern Acorn Press, 1982.

COMMAGER, H.S., *The Great Declaration*, New York, Easter Acorn Press, 1982.

CONKLIN, W.E., *Images of a Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1989.

COOLEY, T., *A Treatise on the Law of Torts*, 2e éd., Chicago, Callaghan & Co., 1888.

CORDOZO, B.N., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cordozo*, M.E. HALL (dir.), New York, Matthew Bender, 1947.

CORDOZO, B.N., *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1921.

CORVISIER A., *Précis d'histoire moderne*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1981.

CORRY, J.A., *Democratic Government and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1946.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1982.

CÔTÉ, P.-A., *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992.

CÔTÉ R. et R. LAPERRIÈRE (dir.), *Vie privée sous surveillance — La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994.

DAWSON, R.M., *The Government of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1948.

DELMAS-MARTY, M., (dir.), *The European Convention for the Protection of Human Rights — International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, Boston, Londres, Nijhoff, 1992.

DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9e éd., Londres, MacMillan and Co., 1952.

DELEURY, E. et D. GOBEAU, *Le droit des personnes physiques*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

DOUGLAS, W.O., *The Douglas Letters — Selections from the Private Papers of Justice William O. Douglas*, M.I. UROFSKI (dir.), Bethesda (Md.), Adler & Adler, 1987.

DOUGLAS, W.O., *The Court Years, 1939- 1975 — The Autobiography of William O. Douglas*, New York, Random House, 1980.

DURANT W. et A. DURANT, *The Age of Louis XIV — A History of European Civilization in the Period of Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Peter the Great, Newton and Spinoza: 1648-1715*, New York, Simon and Schuster, 1963.

DURANT, W., *Our Oriental Heritage — Being a History of Civilization in Egypt and the Near East to the Death of Alexander, and in India, China, Japan from the Beginning to Our Own Day, With an Intro-duction On the Nature and Foundations of Civilization*, New York, Simon and Schuster, 1963.

DURANT W. et A. DURANT, *The Age of Reason Begins — A History of European Civilization in the Period of Shakespeare, Bacon, Montaigne, Rembrandt, Galileo, and Descarte (1558-1648)*, New York, Simon and Schuster, 1961.

DUSSAULT, R. et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, vol. 1, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984.

DWORKIN, R., *Freedoms Law — The Moral Reading Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

EMANUELLI, C., *Droit international public*, 2e éd., vol. 1, *Les fondements, les sources, les États*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.

ELY, J.H., *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

FINKELSTEIN N. et FINKELSTEIN M., *Constitutional Rights in the Investigative Process*, Toronto, Butterworths, 1991.

FINKIN, M.W., *Privacy in Employement Law*, Washington (D.C.), BNA, 1995.

FLAHERTY, D.H., *Protecting Privacy in Surveillance Societies — The Federal Republic of Germany, France, Canada and the United States*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1989.

FLAHERTY, D. H., *Privacy in Colonial New England*, Charlottesville (Virg.), University Press of Virginia, 1972.

FLEMMING, J.G., *The Law of Torts*, 4e éd., Syndey, The Law Book Co., 1971.

FLEMMING, J.G., *The Law of Torts*, 6e éd., Syndey, The Law Book Co., 1983.

FONTANA, J. A., *The Law of Search and Seizure in Canada*, Toronto, Butterworths, 1997.

FREUD, S., *Totem et Taboo — Interprétation par la psychanalyse de la vie sociale des peuples primitifs*, Paris, Payot, 1972.

FRIED, C., *An Anatomy of Values*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1972.

GARANT, P., *Droit administratif*, vol. 1, 4e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996.

GARANT, P., *Droit administratif*, vol. 2, 4e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996.

GARANT, P., *Droit administratif*, vol. 3, 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991.

GIBSON, D., *The Law of the Charter — General Principles*, Calgary, Carswell, 1986.

GIRARD, L., P. SAVARD et H. DUSSAULT, *Histoire générale — l'Orient, la Grèce, Rome, le Moyen Âge jusqu'en 1328*, Montréal, Centre Éducatif et Culturel, 1966.

GIRARD, L., P. SAVARD et H. DUSSAULT, *Histoire générale — de 1328 à 1815*, Montréal, Centre Éducatif et Culturel, 1966.

GOSSELIN, J., *La légitimité du contrôle judicaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991.

GOYER, N., J. LALONDE et A. LAURENDEAU, *Internet au bout des doigts*, Montréal, Trécarré, 1996.

GRID (Groupe de recherche informatique et droit), *L'identité piratée*, Montréal, SOQUIJ, 1986.

HAND, L., *The Bill of Rights*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press,1958.

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

HENKIN, L. (dir.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1982.

HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., (édition à feuilles volantes), Scarborough (Ont.), Carswell.

HOBBES, T, *Leviathan*, R. TUCK (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

HOLMES, O.W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881.

HORWITZ, M. J., *The Transformation of American Law (1870-1960) — The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992.

HUGHES, C.E., *The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes*, D.J. DANELSKI et J.S. TULCHIN (dir.), Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1973.

HUTCHISON S. et J.C. MORTON, *Search and Seizure Law in Canada*, (éditions à feuilles volantes), Scarborough (Ont.), Carswell.

JACKSON, R.H., *The Supreme Court in the American System of Government*, New York, Harper & Row, 1963.

JEFFERSON, T., *Writings — Autobiography, A Summary View of the Rights of British America, Note on the State of Virginia, Public Papers, Addresses, Messages, and Replies, Miscellany, Letters*, New York, Literary Classics of the United States, 1984.

JUNG, C. G., *Ma Vie*, Paris, Éditions Gallimard, 1991.

KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, 2e éd., Paris, Economica, 1990.

KELLY. A.H. et W.A. HARBISON, *The American Constitution — Its Origins and Development*, 3e éd., New York, Norton & Company, 1963.

LAFAVE, W. R., *Search and Seizure — A Treatise on the Fourth Amendment*, 3e éd., St-Paul (Minn.), West Publishing, 5 vol., 1996.

LAPORTE, G., *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des Chartes*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989.

LASKIN, B., *Canadian Constitutional Law*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1966.

LEVY, L., *Origins of the Fifth Amendment*, New York, Oxford University Press, 1968.

LOCKE, J. *Two Treatises of Government*, P. LASLETT (dir.), Cambridge, Cambridge Iniversity Press, 1960.

LOCKHART, W. B., Y. KAMISAR et J. H. CHOPER, *Constitutional Law, Cases, Comments, Questions*, 5e éd., St-Paul (Minn.), West Publishing, 1980.

LORDON, P., *La Couronne en droit canadien*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992.

MACDONALD, D.C., *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1989.

MALAMUD-SMITH, J., *Privacy Matters — In the Defense of Personal Life*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1997.

MANDEL, M., *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, trad. par H. JUSTE, Montréal, Boréal, 1996.

MANES, R. D. et M. P. SILBER, *The Law of Confidential Communications in Canada*, Toronto, Butterworths, 1996.

MASON, A. T., *Brandeis — A Free Man's Life*, New York, Viking Press, 1956.

McCALLA, W., *Search and Seizure in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984.

McCLOSKEY, R.G., *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

McCOURBEY, H., *The Obligation to Obey in Legal Theory*, Aldershot (R.-U.), Dartmouth, 1997.

MICHAEL, J., *Privacy and Human Rights — An International and Comparative Study With Special Reference to Developments in Information Technology*, Aldershot, (R.-U.), Paris, Dartmouth/UNESCO Publishing, 1994.

MICHAUD, M., *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique — de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

MILL, J. S., *On Liberty and Other Writings*, S. COLLINI (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

MILLER, A., *The Assault on Privacy*, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Press, 1971.

MILLER, J.C., *Origins of the American Revolution*, Boston, Little, Brown and Company, 1943.

MONAHAN, P., *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987.

MORISON, S.E., *The Oxford History of the American People*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1965.

MORRIS, C., *The Great Legal Philosophers — Selected Readings in Jurisprudence*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1959.

MORTON, F.L., Law, *Politics and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 1990.

NEWMAN, R.K., *Hugo Black — A Biography*, New York, Pantheon Books, 1994.

O'BRIEN, D. M., *Privacy Law and Public Policy*, New York, Praeger, 1979.

PATENAUDE, P., *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales — Enquêtes, surveillance et conservation de données*, Sherbrooke (Qc.), *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1990.

PATENAUDE, P., *La protection des conversations en droit privé — Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

PENNOCK, J. R. et J. W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971.

PÉPIN, G. et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1982.

PERRY, M., *The Constitution, the Courts, and Human Rights — An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven, Yale

University Press, 1982.

POTVIN, L., *La personne et la protection de son image — Étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991.

POUND, R., *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, Yale University Press, 1957.

POUND, R., *The Formative Era of American Law*, Boston, Little Brown, 1938.

POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.

RÉMILLARD, G., *Le fédéralisme canadien*, Montréal, Québec/Amérique, 1983.

REUTER, P., *Organisations européennes*, Paris, Presses universitaires de France, collection Thémis, 1970.

ROUX, A., *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Economica, 1983.

ROCHER, G., *Études de la sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.

SALHABY, R.E., *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 6e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1994.

SCHABAS, W. A, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

SCOTT, F.R., *Essays on the Constitution — Aspects of Canadian Law and Politics*, Toronto, Buffalo, Univesity of Toronto Press, 1977.

SEGAL, J.A. et H.J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*,

Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

SHARPE, R.J., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986.

SMITH, J.C. et D.N. WEISSTUB, *The Western Idea of Law*, Toronto, Butterworths, 1983.

SNELL, J.G. et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada — History of the Institution*, Toronto, Osgoode Society, 1985.

STRAYER, B. L., *The Canadian Constitution and the Courts — The Function and Scope of Judicial Review*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988.

STRONG, R., *The Story of Britain*, New York, Fromm International, 1997.

TARNOPOLSKI, W. S., *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland & Stewart, 1975.

THOREAU, H.D., *Civil Disobedience*, New York, Quality Paperback Book, 1997.

TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America*, 2 vol., New York, Vintage Books, 1945.

TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Thémis, 1993.

TRIBE, L. H., *Abortion— The Clash of Absolute*, New York, W.W. Norton & Company, 1990.

TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (New York), Foundation Press, 1988.

VACHET, A., *L'idéologie libérale — L'individu et sa propriété*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988.

VENNE, M., *Vie privée & Démocratie à l'ère de l'informatique*, Québec, Institut québécois de la culture (IQRC), 1994.

WACKS, R., *Personal Information — Privacy and the Law*, London, Sweet and Maxwell, 1980.

WASHINGTON, G., *Writings*, New York, The Library of America, 1997.

WATT, J. D., *Electronic Surveilance*, Toronto, Carswell, 1979.

WESTIN, A. F., *Privacy and Freedoms*, New York, Atheneum, 1967.

3. — Thèses et mémoires

BIGENWALD, A., *L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme (la "clause de raisonnabilité démocratique" canadienne comparée aux "clauses de nécessité démocratique" européennes)*, Thèse de Maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1993.

BROSSEAU, E., *Le droit au respect de la vie privée et la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, Thèse de Maîtrise, Sherbrooke (Qc.), Université de Sherbrooke, 1994.

BRUYÈRE, C., *Le respect de la vie privée et la protection des renseignements personnels en droit privé français et québécois*, Thèse de Maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1994-95.

DEBENHAM, D., *Through a Liberal Lens — Intuitive Limits on a Federal Employee's Right to Privacy*, Mémoire de Maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1998.

DENIS, M.R., *Le devoir de dénoncer des professionnels de la santé : du droit des patients à la vie privée au droit des tiers à la vie*, Thèse de Maîtrise, Sherbrooke (Qc.), Université de Sherbrooke, 1998.

DETROWSKY, Y., *La légalité des intrusions de l'État — Réflexion sur le critère des motifs raisonnables de croire*, Thèse de Maîtrise, Ste-Foy, Université Laval, 1996.

KABUNDI, M., *Le test de dépistage de drogues chez les employés et la Charte*, Mémoire de Maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1995-96.

KEARLEY, *The Protection of Privacy on the Internet*, Mémoire de Maîtrise, Ottawa,

Université d'Ottawa, 1995-96.

LALIBERTÉ, B., *Le droit à la protection de la vie privée et au respect de la confidentialité des dossiers de thérapie des plaingantes dans le cadre des procès pour infractions d'ordre sexuel : une utopie*, Thèse de Maîtrise, Sherboorke (Qc.), Université de Sherbrooke, 1998.

LEFRANCOIS, M., *La surveillance électronique dans le milieu de travail et la Charte canadienne*, Mémoire de Maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1995-96.

LEPAGE, L., *Les droits démocratiques et les libertés fondamentales des personnes incarcérées*, Thèse de Doctorat, Québec, Université Laval, 1995-96.

MARCHAND, M., *La Charte canadienne et les fouilles, perquisitions et saisies à l'égard des eprsonnes détenues en vertu d'une mesure pénales*, Thèse de Maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1992.

NADEAU, A.-R., *Portée de la protection constitutionnelle face au risque d'intrusion dans la vie des particuliers — Détermination du barème de raisonnabilité*, Mémoire de Maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1994-95.

PRITCHARD, B.W., *A Legal Analysis of Detention, Search of the Person, Search and Seizure of Personal Property, Interrogation and the Admissibility of Culpable Statements, Under the Charter of Rights and the Federal Young Offender Act*, Thèse de Doctorat, Edmonton, Université de l'Alberta, 1993.

SIMARD, D., *La Loi 65 — Protection des renseignements personnels dans le domaine de la santé*, Thèse de Maîtrise, Sherbrooke (Qc.), Université de Sherbrooke, 1987.

VAN OUTRYVE D'YDEWALLE, S., *Protection de la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données personnelles*, Thèse de Maîtrise, Montréal, Université McGill, 1998.

4. — Articles

AMSTERDAM, A.G., «Perspective on the Fourth Amendment» (1974) *58 Minnesota Law Review* 349.

ANGERS, L., «À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'état : la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of rights américain» (1986) *27 Les Cahiers de Droit* 723.

AUGER, B. «Ce qui est abusif au sens de l'article 8 de la Charte canadienne lors de la recherche de preuve» (1986) *27 Les Cahiers de Droit* 965.

BAHAMIN, P., «La génétique et la protection de la vie privée — Confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée» (1995) *55 Revue du Barreau* 203.

BAUDOUIN, J.-L., «Les tests génétiques en droit criminel», dans Institut de droit comparé de l'Université McGill, *Droit contemporain 1988*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999, 541.

BAUDOUIN, J.-L., «La responsabilité des dommages causés par les moyens d'information de masse» (1973) 8 *Revue juridique Thémis* 201.

BAYESKI, A., «The Judicial Function Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 791.

BEAUDOIN, G.-A., «La constitutionnalisation de l'ordre juridique», dans Institut de droit comparé de l'Université McGill, *Droit contemporain 1988*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999, 399.

BEAUDOIN, G.-A., «Des droits démocratiques», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

BEAUDOIN, G.-A., «De la suprématie de la charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*,

Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 23.

BEAUDOIN, G.-A., «Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et le Bill of Rights américain», dans *The Cambridge Lectures 1983*, Toronto, Butterworths, 1983, 52.

BECKTON, C., «Freedom of Expression in Canada — 13 Years of Charter Interpretation», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

BÉLIVEAU, P., «La vie, la liberté et la sécurité de la personne et la Charte des droits» (1990) 24 *Revue juridique Thémis* 207.

BENN, S., «Privacy, Freedom and Respect for Persons», dans J.R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Altherton Press, 1971, 1.

BENYEKHLEF, K., «L'article 26 de la Charte canadienne — Une négation constitutionnelle du positivisme juridique?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 983.

BENYEKHLEF, K., «Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée» dans P. TRUDEL et F. ABRAN (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Thémis, 1992, 17.

BERGER, R., «The Ninth Amendment» (1980) 66 *Cornell Law Review* 1.

BISSON, A.-F., «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 19.

BLACHE, P., «Les libertés de circulation et d'établissement», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

BLOUSTEIN, E.J., «Privacy as an Aspect of Human Dignity — An Answer to Dean Prosser» (1964) 39 *New York University Law Review* 962.

BOISVERT, A-M., «The Role of the Accused in the Criminal Process», dans G.-A.

BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

BOURBONNAIS HYDE, C., «La règle du précédent», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997, 69.

BRUN, H., «Liberté d'expression et de presse: droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée» (1992) 23 *Revue général de droit* 449.

BRUN, H., «La Charte des droits et libertés de la personne : domaine d'application» (1977) 37 *Revue du Barreau* 179.

BURNS, P., «Privacy and the Common Law: A Tangled Skein Unravelling?», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 21.

BURNS, P., «The Law of Privacy — The Canadian Experience» (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 1.

BYRNE, J., «Squeezing Spam Off the Net — Federal Regulation of Unsolicited Commercial E-Mail» (1998) 2 *West Virginia Journal of Law and Technology* 1.

CARROLL, M.W., «Garbage In — Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations» (1996) 11 *Berkeley Technology Law Journal* 2.

CARON, M., «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés fondamentaux» (1978) 56 *Revue du Barreau canadien* 197.

CHEVRETTE, F. et H. CYR, «La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

CHEVRETTE, F., «Les notions de fouilles, perquisitions et saisies abusives : une interprétation littérale ou téléologique» (1983)13 *Manitoba Law Journal* 573.

COHEN, S.A., «Search Incident to Arrest» (1989-1990) 32 *Criminal Law Quarterly* 370.

COHEN, S.A., «Searching for Answers Under Section 8 — The Cases of Simmons, Beare and Dyment» (1989) 66 *Criminal Reports* 370.

CÔTÉ, P.A., «La préséance de la Charte canadienne des droits et des libertés», (1984)18 *Revue juridique Thémis* 105.

COUTURE, S., «Test d'identité par l'ADN — Éliminer l'incertitude», dans BARREAU DU QUÉBEC, Congrès annuel du Barreau du Québec (1994), Montréal, Services de la formation permanente, Barreau du Québec, 1994.

CRAIG, J.D.R., «Invasion of Privacy and Charter Values» (1997) 42 *Revue de droit McGill* 355.

DAVIS, F., «What Do We Mean by Right to Privacy?» (1959) 4 *South Dakota Law Review* 1.

DAWE, J., «Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter — The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law», (1993) 52 *University of Toronto Faculty of Law Review* 39.

DAWSON, D. F., «Unreasonable Search and Seizure — A Comment on the Supreme Court of Canada Judgment in Hunter v. Southam Inc.» (1984-85) 27 *Criminal Law Quarterly* 450-475.

DEMERS, D.L., «L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne», dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE (dir.), *Vie Privée sous surveillance — La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 3.

DEMONTIGNY, Y., «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989) 49 *Revue du Barreau* 53.

DEUTSHER, D., «The Protection of Privacy Act — Whose Privacy Is It Protecting» dans dans D. GIBSON (dir), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 141.

DICKSON, B., «The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Context and Evolution», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), The *Canadian Charter of*

Rights and Freedoms, Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

DORION, H., «La protection de l'information» (1992) 23 *Revue générale de droit* 197.

DU PONT, G., «Search and Seizure of documents — The Role of the Lawyers» (1990) *Meredith Memorial Lectures* 3.

DWORKIN, R., «Natural Law Revisited» (1982) 34 *University of Florida Law Review* 165.

DWORKIN, R., «The Common Law Protection of Privacy» (1965) 2 *Tasmania University Law Review* 418.

EHRCKE, E., «Privacy and the Charter of Rights» (1985) 45 *The Advocate*, 53.

FINKELSTEIN, N., «Constitutional Rights and Investigative Powers», dans *The Cambridge Lectures 1987*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 171.

FINKELSTEIN, N., «Search and Seizure After Southam», Note of Cases (1985) *Revue du Barreau canadien* 178.

FISS, O.M., «Objectivity and Interpretation» (1982) 34 *Stanford Law Review* 739.

FLAHERTY, D.H., «Observations sur le volet "protection des renseignements personnels" de la loi québécoise» dans *Accès à l'information et protection des renseignements personnels*, Montréal, Presses universitaires de Montréal, 1989.

FOSTER, W.F. et J.E. MAGNET, «The Law of Forcible Entry» (1977) 15 *Alberta Law Review* 271.

FREUND, P.A., «Privacy: One Concept or Many», dans J. R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN, *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 182.

FRIED, C., «Privacy», (1968) 77 *Yale Law Journal* 475.

GARANT, P., «Fundamental Rights, Fundamental Justice», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

GARRETT, R., «The Nature of Privacy» (1974) 18 *Philosophy Today* 263.

GAVISON, R., «Privacy and the Limits of Law» (1980) 89 *Yale Law Journal* 421.

GERETY, T., «Redefining Privacy» (1977) 12 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Review* 233.

GIBSON, D., «Tort Law and the Charter of Rights» (1987) 16 *Manitoba Law Journal* 1.

GIBSON, D., «Regulating the Personal Reporting Industry» dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 111.

GILLIS, P., «The Privacy Act — A Legislative History and Overview» (1987) 4 *Canadian Human Rights Year Book* 138.

GLASBEEK, H.J., «Limitations on the Action of Breach of Confidence» dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 217.

GLENN, H. P., «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 *Revue du Barreau* 879.

GLENN, H. P., «The Right to Privacy in Quebec Law», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Butterworths, 1980, 41.

GLENN, H. P., «Le secret de la vie privé en droit québécois» (1974) 5 *Revue générale de droit* 24.

GOLD, M., «La rhétorique des droits constitutionnels» (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1.

GRATTON, L.-P, «La liberté de presse au Québec, une liberté américaine? — Étude sur le droit à la vie privée et la liberté de presse» (1997) 57 *Revue du Barreau* 913.

GREENWALT, K., «Privacy and its Legal Protections» (1974) 2 *Hastings Center Studies* 45.

GROSS, H., «Privacy and Autonomy» dans R. J. PENNOCK et J. W. CHAPMAN (dir.),

Privacy (Nomos XIII), New York, Atherton Press, 1971, 169.

GROSS, H., «The Concept of Privacy» (1967) 42 *New York University Law Review* 34.

GUTTERMAN, M., «A Formulation of the Value and Means of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988) 39 *Syracuse Law Review* 647.

HOGG, P., «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 87.

HOLMES, O.W., «The Path of Law» (1896) 10 Harvard Law Review 472.

HONDIUS, F.W., «A Decade of International Data Protection» (1983) 30 *Netherlands International Law Report* 103.

HONDIUS, F., «La liberté d'expression et d'information en droit européen», dans G.A. BEAUDOIN et D. TURP (dir.), *Perspectives canadiennes et européeenes des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986.

JODOUIN, A., «La Charte canadienne et la nouvelle légalité», dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

JODOUIN, A., «Le secret de la vie privée en droit pénal canadien» (1974) 5 *Revue générale de droit* 43.

KALVEN, H. Jr., «Provacy in Tort Law— Were Warren and Brandeis Wrong» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 326.

KISS, A., «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne vue de l'extérieur» (1987) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 7.

KONVITZ, M.R., «Privacy and the Law — A Philosophical Prelude» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 273.

LASKIN, J. B., «Investigative and Search Powers in the Regulatory Environment — The

Impact of the Charter», dans N. R. FINKELSTEIN et B. M. ROGERS (dir.), *Charter Issues in Civil Cases*, 237.

LEFRANCOIS, M., «La surveillance électronique en milieu de travail et la Charte canadienne des droits et libertés» (1997) 7 *National Journal of Constitutional Law* 171.

LUSKY, L., «Invasion of Privacy — A Clarification of the Concepts» (1972) 72 *Columbia Law Journal* 693.

MACKLEM, P., «Constitutional Ideologies» (1988) 20 *Ottawa Law Review* 117.

MASSEY, C.R., «Federalim and Fundamental Rights — The Ninth Amendment» (1987) *Hastings Law Review* 305.

MAYBANK, R.C., «Constitutional Requirements for Administrative Warrants in Canada and the United States — Opposite Trends?» (1989) 39 *University of Toronto Law Journal* 55.

McCLOSKEY, H.J., «The Political Ideal of Privacy» (1971) 21 *Philosophical Quarterly* 303.

McINTOSH, S.C.R., «On Reading the Ninth Amendment — A Reply to Raoul Berger» (1985) 28 *Howard Law Journal* 913.

MENDES, E.P, «The Crucible of the Charter — Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1» dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

MITCHELL, L.E., «The Ninth Amendment and the "Jurisprudence of Original Intention"» (1986) 74 *Georgetown Law Journal* 1719.

MOLINARI, P. A. et P. TRUDEL, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications», dans *Applications des chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1988, 197.

MOLINARI, P. A. «Les nouveaux moyens de reproduction et les droits de la

personnalité» (1986) 46 *Revue du Barreau* 717.

MOLINARI, P. A. «Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français» (1977) 12 *Revue Juridique Thémis* 95.

MOREL, A., «La coexistence des chartes canadienne et québécoise — Problèmes d'interaction» (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 49.

MORIN, J.-Y., «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 25.

MURRAY, K., «The Reasonable Expectation of Privacy Test and the Scope of Protection Against Unreasonable Search and Seizure Under Section 8 of the Charter of Rights and Freedoms» (1987)18 *Ottawa Law Review* 25.

NORMAN, K., «Freedom of Peaceful Assembly and Freedom of Association», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

O'BRIEN, David M., «Privacy and the Right of Access — Purposes and Paradoxes of Information Control» (1978) 30 *Administrative Law Review* 45.

O'BRIEN, D. M., «Reasonable Expectations of Privacy — Principle and Policies of Fourth-Amendment-Protected Privacy» (1978)13 *New Englang Law Review* 662.

O'BRIEN, D. M., «The Fifth Amendment — Fox Hunters, Old Women, Hermits, and the Burger Court» (1978) 54 *Notre-Dame Lawyer* 26.

PACCIOCCO, D.M., «Self-Incrimination — Removing the Coffin Nails» (1990) 35 *Revue de droit de McGill* 73.

PARKER, R. B., «A Definition of Privacy» (1974) 27 *Rutgers Law Review* 275.

PATENAUDE, P., «La zone de protection accordée à l'intimité au Canada» (1977) 8 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 119.

PATENAUDE, P., «The Evolution of the Right of Privacy in Quebec» (1975) 6 *Manitoba*

Law Journal 283.

PENNER, R., «Illegally Obtained Evidence and the Right to Privacy — Some Policy Consideration», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 353.

PÉPIN, R., «La vérité et la liberté d'expression» (1987) *Revue générale de droit* 869.

PERRET, L., «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981) 12 *Revue générale de droit* 121.

PINSKY, B., «Telephone Solicitation and Privacy», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 295.

POTVIN, L., «Protection Gainst the Use of One's Likeness in Quebec Civil law, Canadian Common Law and Constitutional Law», Part I (1997)11 *Intellectual Property Journal* 203.

POTVIN, L., «Protection Gainst the Use of One's Likeness in Quebec Civil law, Canadian Common Law and Constitutional Law», Part II (1997)11 *Intellectual Property Journal* 295.

PRICE, R. R., «Of Privacy and Prisons», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 295.

PROSSER, W. L., «Privacy» (1960) 48 *California Law Review* 383.

REHNQUIST, W. H., «Is an Expanded Right of Privacy Consistent With Fair and Effective Law Enforcement ? Or, Privacy, You've Come a Long Way, Baby» (1974) 23 *Kansas Law Review* 1.

REID, A.D. et A.H. YOUNG, «Administrative Search and Seizure under the Charter», (1984-85)10 *Queen's Law Journal* 392.

RÉMILLARD, G., «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la charte des droits de la personne du Québec», dans G.-A.

BEAUDOIN et D. TURP (dir.), *Perspectives canadienne et européenne des droits de la personne*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 205.

ROMAN, A. J., «The Possible Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Administrative Law» (1985) 26 *Les Cahiers de droit* 339-359.

ROSENBERG, M., «Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8»(1991) 1 *Criminal Reports* (4e) 32.

ROSENBERG, M., «Unreasonable Search and Seizure: Hunter v. Southam Inc.», Case Comment (1986)19 *University of British Columbia Law Review* 271.

RUBENFELD, J., «The Right of Privacy» (1989) 102 *Harvard Law Review* 737.

SCHNAPPER, E., «Unreasonable Searches and Seizures of Papers» (1985) 71 *Virginia Law Review* 869.

SCOTT, D.J.E., «Interception of a Hacker's Computer Communication» (1993) 25 *Ottawa Law Review* 525.

SHAFFER, A., «Privacy — A Philosophical Overview», dans D. GIBSON (dir.), *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 1.

SHARPE, R. J., «Judicial Development of Principles in Applying the Charter», dans N. R. FINKELSTEIN et B. M. ROGERS (dir.), *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carswell, 1988, 3.

SHILS, E., «Privacy — Its Constitutional Vicissitudes» (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 281.

SILBER, J. R., «Masks and Fig Leaves», dans J. R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 226.

SIMMEL, A., «Privacy Is Not An Isolated Freedom», dans J. R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton Press, 1971, 71.

SPIRO, H. J., «Privacy in Comparative Perspective», dans J. R. PENNOCK et J. W.

CHAPMAN, *Privacy (Nomos XIII)*, Atherton Press, New York, 1971, 121.

STONE, R.T.H., «The Inadequacy of Privacy : *Hunter v. Southam* and the Meaning of "unreasonable" in Section 8 of the Charter» (1989) 34 *McGill Law Journal* 685.

STUART, D., «Burlingham and Silveira — New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence» (1995) 38 *Criminal Reports* (4e) 386.

SWINTON, K., «Freedom of Religion», dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3e éd, Scraborough (Ont.), Carswell, 1995.

TANOVICH, D.M., «The Constitutionality of Searches Incident to Vehicle Stops», (1993) 35 *Criminal Law Quarterly* 323.

TARNOPOLSKY, W., «A Comparison Between the Charter and the International Covenant» (1983) 8 *Queen's Law Journal* 211.

TASSÉ, R. et L. TASSÉ, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés (articles 30, 31, 32, 33 et 52)», dans G.-A. BEAUDOIN et E. P. MENDES (dir.), The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1995.

THIBAULT, P., «L'arrêt *RJR-MacDonald Inc.* — La rigueur plutôt que l'éloquence» (1996)7 *National Journal of Constitutional Law* 93.

THOMPSON, J. J., « The Right to Privacy» (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs* 295.

TREMBLAY, L., «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels»(1995) 29 *Revue juridique Thémis* 459.

TRUDEL, P., «Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à al vie privée et de la liberté de presse», dans P. TRUDEL et F. ABRAN, *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Thémis, 1992.

TURP, D., «De la suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des chartes canadienne et québécoise des droits et libertés» (1988), dans G.-A.

BEAUDOIN, *Vues canadienne et européenne des droits et libertés*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 43.

VALECKY, L., «The Concept of Privacy», dans John B. YOUNG (dir.), *Privacy*, New York, John Wiley & Sons, 1978.

VELU, «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications», dans *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, 1970, Bruyant, 1973, 54.

WALLACE, C., «De la protection des renseignements personnels à l'évaluation publique des systèmes d'information : *sine qua non* de la démocratie à l'ère informatique», dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE (dir.), *Vie Privée sous surveillance — La protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 41.

VAN DEN HAAG, E., «On Privacy», dans J. R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, Atherton Press, New York, 1971, 149.

VOLIO, F., «Legal Personality, Privacy and the Family», dans L. HENKIN (dir.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981.

WARREN, S. D. et L. D. BRANDEIS, «The Right to Privacy» (1890) 4 *Harvard Law Review* 193.

WEINSTEIN, M., «The Uses of Privacy in the Good Life», dans J.R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *Privacy (Nomos XIII)*, New York, Atherton, 1971, 88.

WELLINGTON, H., «The Nature of Judicial Review» (1982) 91 *Yale Law Review* 486.

WESTIN, A.F., «Science, Privacy and Freedoms — Issues and Proposals for the 1970's» (1966) 66 *Columbia Law Review* 1003.

5. — Publications gouvernementales

CANADA, *La Charte des droits et libertés, Guide à l'intention des canadiens*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982.

CANADA, *Notes sur la Constitution 1982*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982.

CANADA, Chambre des communes, *Rapport sur le comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, 1re session, 28e Légis. 1968-69.

CANADA, Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Une question à deux volets : comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels* (Examen de la *Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels*), Ottawa, Approvisionnements et Services, 1987.

CANADA, Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, *Procès verbaux concernant le projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, période du 19 novembre 1980 au 22 janvier 1981.

CANADA, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1995.

CANADA, Commission de Réforme du droit, Droit pénal, *Les méthodes d'investigation scientifiques*, Document de travail 34, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983.

CANADA, Commission de Réforme du droit, Droit pénal, *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, Document de travail 30, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983.

CANADA, Conseil des Sciences du Canada, *Atelier sur les technologies nouvelles de l'Information et de la protection de la vie privée au Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985.

CANADA, Ministère des Communications et Ministère de la Justice, *Rapport du Groupe d'étude L'ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972.

CANADA, Ministère de l'Industrie, *La protection de la vie privée et l'autoroute canadienne de l'information*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1994.

CANADA, Ministère de la Justice, *Accès et renseignements personnels, les prochaines étapes*, Approvisionnements et Services, 1987.

OCDE, *Les flux transfontières de données personnelles et la protection des libertés individuelles*, Paris, OCDE, 1979.

ONTARIO, Law Reform Commission, *Reports on Powers of Entry*, Toronto, Publications Services Section, 1983.

QUÉBEC, Commission d'accès à l'information, *Une vie privée mieux respectée, un citoyen mieux informé*, Rapport sur la mise en oeuvre de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, Québec, Les Publications du Québec, 1987.

QUÉBEC, Commission de la culture, *La vie privé un droit sacré*, Québec, Assemblée nationale, 1988.

QUÉBEC, *Information et liberté*, Rapport de la Commission d'étude sur l'accès du citouen à l'information gouvernementales et sur la protection des renseignements personnels, Québec, Gouvernement du Québec, 1981 (Commission Paré).

QUÉBEC, Ministère de la Justice, *Vie privée: Zone à accès restreint (Synthèse du rapport interministériel sur la protection de la vie privée eu égard aux banques privées de données personnelles*, Québec, 1989.

UNITED KINGDOM, *Report of the Committee on Privacy*, Cmnd 5012, 1972 (Commission Younger).

UNITES STATES, Privacy Protection Study Commission, *Personal Privacy in an Information Society*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1977.

6.— Documentation électronique (internet)

a) Sources primaires (répertoires officiels et semi-officiels)

Conseil de l'Europe
http://www.coe.fr/eng/act-e/index

Comité des droits de l'homme
http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/hrc.htm
http://www.umn.edu/humanrts/hrcommittee/hrc-page.html

Commission des droits de l'homme
http://www.unhchr.ch/html/menu2/2/chr.htm
http://www.umn.edu/humanrts/commission/commission.htm

Commission européenne des droits de l'homme
http://www.dhcommhr.coe.fr/

Commission interaméricaine des droits de l'homme
http://www.oas.org/EN/PROG/ichr/commission.htm
http://www.umn.edu/humanrts/cases/commisson.htm

Cour européenne des droits de l'homme
http://www.dhcour.coe.fr/

Cour interaméricaine des droits de l'homme
http://www.oas.org/EN/PINFO/OAS/court.htm
http://www.umn.edu/humanrts/iachr/iachr.html

Cour suprême du Canada
http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/fr/index.html

Cour suprême des États-Unis d'Amérique
http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html
http://supct.law.cornell.edu/supct/index.html
http://www.fedworld.gov/supcourt/index.htm
http://oyez.nwu.edu/

Organisation de la Coopération et du Développement économique (OCDE)
http://www.oecd.org

Organisation des États américains
http://www.oas.org

Organisation des Nations-Unies
http://www.unsystem.org/
http://www.umn.edu/humanrts/un-orgs.htm

b) Sources secondaires (autres répertoires d'intérêt)

AAAS Directory of Human Rights Resources On the Internet
http://shr.aaas.org/dhr.htm

Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne (Université d'Ottawa)
http://www.unhchr.ch/html/menu2/2/chr.htm

Derechos
http://www.derechos.org/human-rights/links.html

Diana Interntational Human Rights DataBase (University of Cincinnati)
http://www.law.uc.edu:81/Diana/

Human Rights (University of Western Australia)
http://www.law.ecel.uwa.edu.au/intlaw/human_rights-general.htm

Human Right Internet
http://www.hri.ca/

Lillian Godman Library at Yale Law School
http://www.yale.edu/lawweb/hrpage.htm

Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law

http://www.virtual-institute.de/eindex.cfm

The Avalon Project at the Yale Law School
http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm

The United States House of Representatives Internet Law Library — Civil Liberties and Civil Rights
http://law.house.gov/93.htm

University of Minnisota Human Rights Library
http://www.umn.edu/humanrts/

Yale Law School Online Human Rights Archives (Diana Project)
http://diana.law.yale.edu/

Table des textes constitutionnels et infraconstitutionnels et des traités internationaux

La nomenclature est établie selon l'ordre alphabétique
(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

I. Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11, dans L.R.C. 1985, App. II, n° 44.

Constitutiondes États-Unis d'Amérique

Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies [Colonial Validity Act], 1865 (R.-U.), 28-29 Vict., c. 63, — 420.

Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 — 115, 120, 419, 420.

Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 — 2, 390, 405, 421.

Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), 22 Geo. V, c. 4 — 420.

II. Textes infraconstitutionnels (lois fédérales et provinciales)

§ 1 Lois fédérales

An Act to Incorporate the Bell Telephone Company of Canada, L.C. 1880-81, c. 67 — 289, 290.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 — 38, 146, 147, 149, 175, 208, 289, 290, 291, 293, 295, 311, 340, 342, 345, 346, 368, 394.

Code du travail du Canada, L.R.C. 1985, c. L-2 — 311.

Déclarations canadienne des droits, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III — 41, 66, 67, 68, 69, 70, 72.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1 — 38, 309.

Loi sur l'accise, L.R.C. 1985, c. E-14 — 291.

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, c. F-27 — 291.

Loi sur les allocations familiales, L.R.C. 1985, c. F-1 — 311.

Loi canadienne sur les droits de la perspnne, L.R.C. 1985, c. H-6 — 65, 66, 311.

Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, c. C-47 — 311.

Loi sur le Centre des droits de la personne et du développement démocratique, L.R.C. 1985, c. 54 — 444.

Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, L.R.C. 1985, c. C-43 — 311.

Loi sur la détermination de la participation et du contrôle canadien, L.R.C. 1985, c. C-8 — 310.

Loi sur les douanes, L.C. 1986, c. 1 — 184, 285, 291.

Loi sur les élections fédérales contestées, L.R.C. 1985, c. C-39 — 310.

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, c. E-2 — 312.

Loi de l'énergie, L.R.C. 1985, c. E-6 — 311.

Loi sur les explosifs, L.C. 1993, c. 32 — 311.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3 — 291, 310.

Loi sur les forces étrangères présentes au Canada, L.R.C. 1985, c. V-2 — 311.

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-10 — 311.

Loi sur la gestion des finances publqiues, L.R.C. 1985, c. F-11 — 311.

Loi sur l'identification des criminels, L.R.C. 1985, c. I-1 — 339, 368.

Loi d'interprétation, L.R.C. c. I-2 — 58, 395.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2 — 311.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C.,

1985 (5e supp.), c. 1 — 311.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, c. T-13 — 311.

Loi sur les mesures de guerre, L.R.C. 1970, c. W-2 — 5.

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. 1985, c. S-15 — 311.

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médicolégales), L.C. 1995, c. P-21 — 346.

Loi concernant les modifications constitutionnelles, L.C. 1996, c. 1 — 95.

Loi sur la monnaie, L.R.C. 1985, c. C-52 — 311.

Loi sur les normes de consommation de carburants des véhicules automobiles, L.R.C. 1985, c. M-9 — 311.

Loi sur les ponts, L.R.C. 1985, c. B-8 — 310.

Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, L.R.C. c. L-1 — 311.

Loi sur la preuve, L.R.C. 1985, c. C-5 — 310, 322, 324.

Loi sur les produits dangeureux, L.R.C. 1985, c. 24 — 311.

Loi sur le programme d'encouragement du secteur prétrolier, L.R.C. 1985, c. P-13 — 311.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21 — 38, 309, 310, 311, 346, 365, 366, 367, 368.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, projet de loi C-54 — 309.

Loi sur la protection de la vie privée, L.C. 1973-74, c. 50 — 277, 289.

Loi sur le régime de pension du Canada, L.R.C. 1985, c. C-8 — 310.

Loi relative aux enquêtes sur les manoeuvres frauduleuses, L.R.C. 1985, c. C-45 — 311.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux adminsitratif, L.R.C. 1985, c. 50 — 295.

Loi sur les secrets officiels, L.R.C. 1970, c. O-3 — 291, 368.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. 1985, c. O-9 — 311.

Loi sur le Service canadien de renseignements de sécurité, L.R.C. 1985, c. C-23 — 285, 291, 310.

Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. 1985, c. C-10 — 285.

Loi sur la statistique, L.R.C. 1985, c. S-19 — 311.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, c. N-1 — 152, 291.

Loi sur la surveillance du secteur énergétique, L.R.C. 1985, c. E-8 — 311.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20 — 285.

§ 2 Lois provinciales

(Alberta)

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, L.A. 1994, c. F.-18.5 — 38.

(Colombie-Britannique)

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.B.C. 1992, c. 61 — 38.

Human Rights Code of British Columbia, S.B.C. 1973, c. 119 — 59.

Privacy Act, R.S.B.C. 1979, c. 336 — 277.

(Manitoba)

Loi sur l'accès à l'information, L.M. 1985-86, c. 6 — 38.

Privacy Act, S.M. 1970, c. 74 — 277.

(Nouveau-Brunswick)

Loi sur le droit d'accès à l'information, L.R.N.B. 1982, c. 10.3 — 38.

(Nouvelle-Écosse)

Freedom of Information Act, S.N.S. 1990, c. 11 — 38.

(Ontario)

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F-31 — 38.

Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. M-56 — 38.

(Québec)

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12 — 39, 41, 42,

43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 277, 346.

Code civil du Bas-Canada, S.C. 1865, c. 41 — 40, 277.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 — 40, 48, 49, 285, 295, 308, 346.

Code des professions, L.R.Q., c. C-26 — 346.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1 — 38, 308, 346.

Loi sur l'assurance-maladie, L.R.Q., c. A-29 — 311.

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16 — 58.

Loi médicale, L.R.Q., c. M-9 — 311.

Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. c. M-21 — 332.

Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, c. 61— 41.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1 — 311.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.Q. 1993, c. 17 (L.R.Q., c. P-39.1) — 38, 308.

Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q. c. P-35 — 311.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-4.2 — 311, 346.

(Saskatchewan)

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, c. 22.01 — 38.

Privacy Act, R.S.S. 1979, c. P-24 — 277.

(Terre-Neuve)

An Act Respecting the Protection of Personal Privacy, S.N. 1981, c. 6 — 277.

Freedom of Information Act, S.N, 1981, c. 5 — 38.

(Yukon)

Access to Information Act, S.Y. 1983, c. 12 — 89.

Loi sur les droits de la personne du Yukon, L.R.Y. 1986 (Supp.), c. 11 — 241.

III. Traités et instruments du droit international

Accord culturel entre le Canada et la France, [1965] R.T. Can. n° 21 — 517, 520.

Accord du 20 novembre entre le Canada et l'U.R.S.S., [1989] R.T. Can. n° 21 — 517.

Charte des Nations unies, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365; [1945] R.T. Can. n° 7, telle qu'amendée par (1963) 557 R.T.N.U. 143, (1965) 638 R.T.N.U. 306, [1973] R.T. Can. n° 4 — 442, 443.

Charte de l'Organisation des États américains, (1952) 119 R.T.N.U. 4, telle qu'amendée par le Protocole de Buenos Aires, (1970) R.T.N.U. 324, [1990] R.T. Can. no 23 — 459, 464.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123 — 15, 441, 444, 458, 460, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 472, 473.

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, S.T.E. n° 108 — 511.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (1955) 213 R.T.N.U. 222, S.T.E. n° 5 — 15, 440, 444, 473, 474, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507.

Convention de Vienne sur le droit des traités, (1979) 1155 R.T.N.U. 331 — 443, 515, 517, 518, 519, 520.

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Doc. O.É.A. OEA/Ser.L/V/II.23, doc. 21, rév. 6 — 441, 458, 459, 460, 461, 463, 465, 468.

Déclaration universelle des droits de l'Homme, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948) — 15, 441, 444, 445, 446, 447, 461, 476.

Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte interntional relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, Rés. A. G. 44/128 (1989) — 444.

Directive 05/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de données — 512.

Lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard du traitement

automatisé des données à caractère personnel (OCDE), 1980 — 512.

Lignes directrices concernant les données informatisées à caractère personnel, Doc. N.U. E/CN.4/1990/72 — 512.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 — 15, 441, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 476.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46 — 444, 446, 447.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 — 443, 444, 448, 449, 450.

Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, 6 R.U.D.H. 86, S.T.E. n° 155 — 479, 480.

Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1 — 463, 464.

Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.71, doc. 6, rév. 1 — 461, 463, 465.

Statut du Conseil de l'Europe, S.T.E. n° 1 — 475.

Table de la Jurisprudence

La nomenclature des arrêts est établie selon l'ordre alphabétique
à l'exception des renvois qui sont placés selon l'ordre chronologique
(Les chiffres renvoient au numéros de pages et le nom des villes
entre parathèses indique le lieu du siège du tribunal)

I. Cour suprême du Canada (Ottawa)

A. (L.L.) c. B. (A.), [1995] 4 R.C.S. 536 — 294.

A.F.P.C. c. Canada, [1987] 1 R.C.S. 424 — 236.

Air Canada c. Colombie-Britannique, [1986] 2 R.C.S. 539 — 421.

Alberta (A.G.) c. Canada (Attorney General), [1947] A.C. 503 — 424.

Alberta (Treasury Board) c. M.R.N., [1996] R.C.S. 963 — 118.

Allsco Building Products Ltd. c. T.U.A.C., section locale 1288P, [1999] 2 R.C.S. 1136 — 226.

Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576 — 421.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143 — 70, 206, 524.

Ares c. Venner, [1970] R.C.S. 608 — 427.

Argentine c. Melino, [1987] 1 R.C.S. 536 — 427.

Arrow River & Tributaries Slide & Boon Co. c. Pigeon Timber Co., [1932] R.C.S. 495 — 516.

Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince Édouard, [2000] 1 R.C.S. 2 — 115, 123.

Association des employés de radio et télévision du Canada (SCFP-CTC) c. S.R.C., [1975] 1 R.C.S. 118 — 421.

Aubry c. Éditions Vice-versa Inc., [1998] 1 R.C.S. 591 — 36, 44, 47, 48, 49, 65, 124.

Augustus c. Gosset, [1996] 3 R.C.S. 268 — 44.

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1994), [1995] 1 R.C.S. 315 — 114, 123, 197, 250, 256, 257, 272, 427, 450, 523, 525.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 — 124, 516.

Banque Manuvie du Canada c. Conlin, [1996] 3 R.C.S. 415 — 117.

Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 R.C.S. 411 — 118.

Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs, [1996] 3 R.C.S. 566 — 56, 60.

Baron c. Canada, [1993] 1 R.C.S. 416 — 330, 332, 399, 400.

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 214 — 225, 527.

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc., [1996] 2 R.C.S. 345 — 36, 44, 45, 56, 57, 124.

Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 R.C.S. 722 — 394.

Bhinder c. C.N., [1985] 2 R.C.S. 561 — 60, 61.

Bisaillon c. Keable (1978), [1983] 2 R.C.S. 60 — 294, 423.

Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591 — 208.

Bliss c. Canada (P.G.) (1978), [1979] 1 R.C.S. 183 — 67.

Boucher c. R. (1950), [1951] R.C.S. 265 — 230.

Brant Dairy Co. c. Ontario (Milk Commission; Milk Relations Board) (1972), [1973] R.C.S. 131 — 427.

British Columbia (Securities Commission) c. Branch, [1995] 2 R.C.S. 3 — 114, 324, 325, 332, 333.

British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric Co., [1962] R.C.S. 642 — 421.

Bronfman Trust c. R., [1987] 1 R.C.S. 32 — 117.

Brooks c. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219 — 62.

Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.), [1988] 2 R.C.S. 279 — 62.

Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée, [1999] 1 R.C.S. 142 — 40.

Caldwell c. Stuart, [1984] 2 R.C.S. 603 — 234.

Canada c. Antosko, [1994] 2 R.C.S. 312 — 117.

Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources), [1989] 2 R.C.S. 49 — 421.

Canada (C.D.P.) c. Canada (P.G.), [1982] 1 R.C.S. 215 — 366.

Canada (Solliciteur général) c. Commission royale d'enquête (Dossier de santé de l'Ontario), [1981] 2 R.C.S. 494 — 294.

Canada (P.G.) c. Canard (1975), [1976] 1 R.C.S. 170 — 67, 69.

Canada (P.G.) c. Lavell; Isaac c. Bédard (1973), [1974] R.C.S. 1349 — 67, 69.

Canada (P.G.) c. Mossop, [1993] 1 R.C.S. 554 — 56, 59, 61.

Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) c. Rainville, [1982] 2 R.C.S. 518 — 427.

Canada (C.D.P.) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892 — 60, 114, 231, 394, 450, 525.

CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (P.G.), [1999] 1 R.C.S. 743 — 363.

Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C., [1978] 2 R.C.S. 141 — 516.

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637 — 366.

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (H.R.C.), [1990] 2 R.C.S. 489 — 427.

Charette c. R., [1980] 1 R.C.S. 785 — 292.

Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd. (1978), [1979] 1 R.C.S. 1067 — 230.

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711 — 114, 204.

Ciarlariello c. Schacter, [1993] 2 R.C.S. 119 — 274.

Citizens Insurance Co. c. Parsons (1880), [1881] R.C.S. 215, conf. [1881-1882] 7 A.C. 96 — 423.

CKOY Ltd. c. R. (1978), [1979] 1 R.C.S. 2 — 67.

Clark c. C.N., [1988] 2 R.C.S. 680 — 427.

Clarkson c. R., [1986] 1 R.C.S. 383 — 382.

Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158 — 210, 214, 215.

Colet c. R., [1981] 1 R.C.S. 2 — 147, 292, 384, 395, 396.

Comité pour la république du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139 — 114, 394.

Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton, [1994] 2 R.C.S. 406 — 115, 153, 157, 158, 159, 332, 404.

C.N. c. Canada (C.D.P.), [1987] 1 R.C.S. 1114 — 63.

Corbières c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203 — 114.

Crevier c. Québec (P.G.), [1981] 2 R.C.S. 220 — 421.

Curr c. R., [1972] R.C.S. 889 — 67, 68. 69.

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403 — 115, 308, 309, 310, 360, 369, 403, 408.

Dedman c. R., [1985] 2 R.C.S. 2 — 382, 397, 398.

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053 — 184.

Delisle c. Canada (Sous-P.G.), [1999] 2 R.C.S. 989 — 233.

Deloitte Haskins & Sells Ltd c. Workers' Compensation Board, [1985] 1 R.C.S. 785 — 424.

Del Zotto c. Canada, [1999] 1 R.C.S. 3 — 334.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010 — 115.

Derrickson c. Derrickson, [1986] 1 R.C.S. 285 — 424.

Dersch c. Canada (P.G.), [1990] 2 R.C.S. 1505 — 294.

Descôteaux c. Mierzwinski, [1982]1 R.C.S. 860 — 39, 147, 367, 396.

Devine c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 790 — 230.

Dickason c. Université de l'Alberta, [1992] 2 R.C.S. 1103 — 56, 62.

Dobson (tuteur à l'instance de) c. Dobson, [1999] 2 R.C.S. 253 — 269.

E. (Mme) c. Eve, [1986] 2 R.C.S. 388 — 223.

Eccles c. Bourque (1974), [1975] 2 R.C.S. 739 — 147, 151, 394.

Edmonton Journal c. Alberta (P.G.), [1989] 2 R.C.S. 1326 — 113, 114, 132,

230, 429, 450, 527.

Farrell c. Workmen's Compensation Board (1961), [1962] R.C.S. 48 — 421.

Ford c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 712 — 41, 47, 57, 230, 524.

Francis c. R., [1956] R.C.S. 618 — 516.

Fraser c. C.R.T.F.P., [1985] 2 R.C.S. 455 — 232.

Friesen c. Canada, [1995] 3 R.C.S. 103 — 118.

Gagnon c. Québec (Commission des valeurs mobilières) (1964), [1965] R.C.S. 73 — 366.

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844 — 41, 47, 48, 57, 131, 196, 204, 257, 258, 385, 450, 523, 527.

Goldman c. R. (1979), [1980] 1 R.C.S. 976 — 290.

Gould c. Yukon Order of Pioneers, [1996] 1 R.C.S. 571 — 61, 62, 63, 239.

Grawbowski c. R., [1985] 2 R.C.S. 434 — 292.

Hill c. Église de Scientologie, [1995] 2 R.C.S. 1130 — 231, 232.

Hodge c. R., (1883-1884) 9 A.C. 117 — 423.

Hogan c. R. (1974), [1975] 2 R.C.S. 574 — 56, 338.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145 — 11, 120, 130, 140, 147, 147, 158, 172, 187, 215, 333, 360, 398, 399, 400, 401, 404, 406, 424, 432, 433.

Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145 — 59.

IPFPC c. Territoires du Nord-Ouest, [1990] 2 R.C.S. 367 — 236.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.), [1989] 1 R.C.S. 927 — 225, 230, 393, 524.

James Richardson & Sons c. M.R.N., [1984] 1 R.C.S. 614 — 334.

Jarvis c. Associated Medical Services Inc., [1964] R.C.S. 497 — 421.

Johns-Mansville Canada Inc. c. R., [1985] 2 R.C.S. 46 — 117.

Jones c. Smith, [1999] 1 R.C.S. 455 — 368.

Keizer c. Hanna et Buch, [1978] 2 R.C.S. 342 — 427.

Kindler c. Canada (Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779 — 116, 196, 450, 526.

Lavigne c. S.E.F.P.O., [1991] 2 R.C.S. 211 — 243, 524.

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357 — 58, 121, 204, 423.

Louie Yuet Sun c. R. (1960), [1961] R.C.S. 70 — 67, 68.

Lyons c. R, [1984] 2 R.C.S. 633 — 147, 289, 292, 396.

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3 — 252, 253, 422.

Mackay c. R., [1965] R.C.S. 798 — 424.

Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110 — 122, 423, 424.

Marcoux et Salomon c. R. (1975), [1976] 1 R.C.S. 763 — 337.

Martineau c. Comité de discipline de Matsqui (1979), [1980] 1 R.C.S. 602 — 177.

MacDonald c. Vapor Canada Ltd. (1976), [1977] 2 R.C.S. 134 — 517.

McInerney c. MacDonald, [1992] 2 R.C.S. 138 — 349.

McNamara Construction (Western) Ltd. c. R., [1977] 2 R.C.S. 654 — 427.

Metropolitan Life Insurance c. International Union of Operating Engineers, Local 796, [1970] R.C.S. 425 — 421.

Michaud c. Québec (P.G.), [1996] 3 R.C.S. 3 — 115, 116, 289, 295.

Miller c. R. (1976), [1977] 2 R.C.S. 680 — 56, 67, 68.

Mills c. R., [1986] 1 R.C.S. 863 — 450, 527.

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418 — 114, 527.

M.N.R. c. Coopers and Lybrand (1978), [1979] 1 R.C.S. 495 — 314.

Monachan c. R., [1985] 1 R.C.S. 176 — 290.

Montréal (Ville) c. Arcade Amusement Inc., [1985] 1 R.C.S. 368 — 394.

Montréal (Ville) c. ILGWU Center Inc. (1971), [1974] R.C.S. 59 — 117.

Moore c. R. (1978), [1979] 1 R.C.S. 195 — 208.

Mooring c. Canada (Commission des libérations conditionnelles), [1996] 1 R.C.S. 75 — 114.

N.A.P.E. c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), [1996] 2 R.C.S. 3 — 62.

Nouvelle-Écosse (P.G.) c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175 — 147, 395.

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925 — 268, 524.

Ontario c. C.P. Ltée, [1995] 2 R.C.S. 1031 — 116.

Ontario (C.D.P.) c. Etobicoke (Municipalité), [1982] 1 R.C.S. 202 — 62.

Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327 — 524.

Ontario (C.D.P.) et O'Malley c. Simpson-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536 — 60, 61.

Operation Dismantle c. R., [1985] 1 R.C.S. 441 — 96, 421.

Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 R.C.S. 733 — 394.

Osborne c. Canada (Conseil du Trésor), [1991] 2 R.C.S. 69 — 242, 394.

P. (D.) c. S. (C.), [1993] 4 R.C.S. 141 — 249, 250.

Paquette c. R. (1976), [1977] 2 R.C.S. 189 — 427.

Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba, [1991] 2 R.C.S. 869 — 114.

Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers), [1994] 2 R.C.S. 557 — 333.

Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), [1995] 2 R.C.S. 97 — 323, 324.

Proprietary Articles Trade Association c. Canada (Attorney General), [1931] A.C. 310 — 423.

Québec (A.G.) c. Bégin, [1955] R.C.S. 593 — 337.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville), (n° 26583) (3 mai 2000) — 63, 116.

Québec (Communauté urbaine) c. Notre-Dame de Bon-Secours (Corp.), [1994] 3 R.C.S. 3 — 117.

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211 — 527.

Québec (P.G.) c. Greater Hull School Board, [1984] 2 R.C.S. 575 — 122.

Québec (P.G.) et *Keable c. Canada (P.G.),* [1979] 1 R.C.S. 218 — 366.

Québec (P.G.) c. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66 — 122.

Quebec North Shore Paper Co. c. C.P. Ltée (1976), [1977] 2 R.C.S. 1054 — 424.

R. c. Amway Corp., [1989] 1 R.C.S. 21 — 331.

R. c. Arp, [1998] 3 R.C.S. 339 — 352, 368, 404.

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740 — 427.

R. c. Barttle, [1994] 3 R.C.S. 173 — 382.

R. c. Beaulac, (n° 26416) (20 mai 1999) — 108.

R c. Beauregard, [1986] 2 R.C.S. 56 — 67.

R. c. Beare; R. c. Higgins (1987), [1988] 2 R.C.S. 387 — 194, 196, 338, 339, 367, 368.

R. c. Belnavis, [1997] 3 R.C.S. 341 — 169, 170, 171, 172, 186, 433, 435, 436, 437.

R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833 — 427.

R. c. Bernshaw (1994), [1995] 1 R.C.S. 254 — 115.

R. c. Big M. Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 — 93, 121, 122, 123, 196, 249, 257.

R. c. Biron (1975), [1976] 2 R.C.S. 56 — 147, 394.

R. c. Black, [1989] 2 R.C.S. 138 — 382.

R. c. Boersma, [1994] 2 R.C.S. 488 — 173.

R. c. Borden, [1994] 3 R.C.S. 145 — 217, 350, 351, 383, 384, 385, 404, 408.

R. c. Brown, [1993] 2 R.C.S. 918 — 324.

R. c. Broyles, [1991] 3 R.C.S. 595 — 324.

R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190 — 450, 524.

R. c. Burlingham, [1995] 2 R.C.S. 206 — 382.

R. c. Burnshine (1974), [1975] 1 R.C.S. 693 — 67.

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452 — 231, 394, 524.

R. c. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565 — 368.

R. c. Caslake, [1998] 1 R.C.S. 51 — 172, 217, 218, 388, 401, 402, 403, 406, 409, 410, 411, 413.

R. c. Chaplin (1994), [1995] 1 R.C.S. 727 — 294.

R. c. Chesson, [1988] 2 R.C.S. 148 — 292.

R. c. Colarusso, [1994] 1 R.C.S. 20 — 158, 339, 349, 360, 383, 408.

R. c. Collins, [1987]1 R.C.S. 265 — 214, 338, 398, 401, 402, 404, 406, 408.

R. c. Conway, [1989] 1 R.C.S. 1659 — 524.

R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597 — 359.

R. c. Cornell, [1988] 1 R.C.S. 461 — 67.

R. c. Crawford, [1995] 1 R.C.S. 858 — 324.

R. c. Debot, [1989] 2 R.C.S. 1140 — 208, 215.

R. c. Dedman, [1985] 2 R.C.S. 2 — 166, 168, 171, 172.

R. c. Dersch, [1993] 3 R.C.S. 768 — 289, 348, 349.

R. c. Drybones (1969), [1970] R.C.S. 282 — 67, 68.

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30 — 132, 139, 291, 297, 299, 300, 306.

R. c. Dubois, [1985] 2 R.C.S. 350 — 324.

R. c. Duguay, [1989] 1 R.C.S. 93 — 215.

R. c. Durette, [1994] 1 R.C.S. 469 — 294.

R. c. Dyment, [1988] 2 R.C.S. 417 — 11, 36, 130, 132, 186, 276, 279, 347, 348, 351, 355, 360, 369, 400, 403, 404, 407, 429.

R. c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128 — 117, 147, 148, 433, 434, 435.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713 — 196, 424.

R. c. Egger, [1993] 2 R.C.S. 451 — 294.

R. c. Elshaw, [1991] 3 R.C.S. 24 — 382.

R. c. Erickson, [1993] 2 R.C.S. 649 — 340.

R. c. Evans, [1996] 1 R.C.S. 8 — 147, 148, 174, 384, 395, 409, 410.

R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330 — 422.

R. c. Feeney, [1997] 2 R.C.S. 13 — 140, 145, 147, 149, 217, 339, 406, 421, 422, 427.

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701 — 116, 517.

R. c. Fitzpatrick, [1995] 4 R.C.S. 154 — 333.

R. c. François, [1994] 2 R.C.S. 827 — 325.

R. c. G. (B.), [1999] 2 R.C.S. 425 — 325, 367.

R. c. Garofoli, [1990] 2 R.C.S. 1421 — 294, 404.

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259 — 116.

R. c. Genest, [1989] 1 R.C.S. 59 — 404, 406.

R. c. Godoy, [1999] 1 R.C.S. 311 — 152.

R. c. Golden, [1986] 1 R.C.S. 209 — 117.

R. c. Grant, [1993] 3 R.C.S. 223 — 147, 152.

R. c. Green, [1992] 1 R.C.S. 614 — 340.

R. c. Greffe, [1990] 1 R.C.S. 755 — 215, 403, 406.

R. c. Gruenke, [1991] 3 R.C.S. 263 — 294.

R. c. Hammill, [1987] 1 R.C.S. 301 — 147.

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562 — 359.

R. c. Hauser, [1979] 1 R.C.S. 984 — 423.

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151 — 318, 324.

R. c. Heikel, [1989] 1 R.C.S. 1776 — 294.

R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761— 394.

R. c. Hinchey, [1996] 3 R.C.S. 1128 — 118.

R. c. Holmes, [1988] 1 R.C.S. 914 — 337.

R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 621 — 67, 166, 167, 329, 340.

R. c. Imperial General Properties Ltd., [1985] 2 R.C.S. 288 — 117.

R. c. Jobin, [1995] 2 R.C.S. 78 — 324.

R. c. Jacoy, [1988] 2 R.C.S. 548 — 215.

R. c. Jacques, [1996] 3 R.C.S. 312 — 115, 116, 169, 181, 184, 185.

R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284 — 194, 249, 250, 255.

R. c. Jones, [1994] 2 R.C.S. 229 — 324.

R. c. Kalanj, [1989] 1 R.C.S. 1594 — 523, 524.

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697 — 114, 115, 230, 231, 394, 450, 527.

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531 — 427.

R. c. Knox, [1996] 3 R.C.S. 199 — 351.

R. c. Kokesh, [1990] 3 R.C.S. 3 — 147, 404.

R. c. Kuldip, [1990] 3 R.C.S. 618 — 323, 324.

R. c. L. (D.O.), [1993] 4 R.C.S. 419 — 116, 524.

R. c. Laba, [1994] 3 R.C.S. 965 — 115.

R. c. Lachance, [1990] 2 R.C.S. 1490 — 294.

R. c. Ladouceur, [1990] 1 R.C.S. 1257 — 167, 168, 208, 329.

R. c. Landry, [1986] 1 R.C.S. 145 — 149, 412.

R. c. Lauda, [1998] 2 R.C.S. 683 — 173.

R. c. Leary (1977), [1978] 1 R.C.S. 29 — 426.

R. c. Leduc, [1989] 1 R.C.S. 1586 — 382.

R. c. Lepage, [1999] 2 R.C.S. 744 — 394.

R. c. Lepage, [1995] 1 R.C.S. 654 — 325.

R. c. Levogiannis, [1993] 4 R.C.S. 475 — 116.

R. c. Liew, [1999] 3 R.C.S. 227 — 324.

R. c. Logan, [1990] 2 R.C.S. 731 — 324.

R. c. Lucas, [1998] 1 R.C.S. 439 — 114, 525.

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309 — 114, 196, 208.

R. c. M. (M.R.), [1998] 3 R.C.S. 393 — 219, 404, 437.

R. c. Macooh, [1993] 2 R.C.S. 802 — 147, 150, 151, 167.

R. c. Manninen, [1987] 1 R.C.S. 1233 —

382.

R. c. Mannion, [1986] 2 R.C.S. 272 — 323.

R. c. McIntosh, [1995] 1 R.C.S. 686 — 117.

R. c. McKinley Transport Ltd., [1990] 1 R.C.S. 627 — 115, 147, 330.

R. c. Mellenthin, [1992] 3 R.C.S. 615 — 168, 382, 384, 407.

R. c. Meltzer, [1989] 1 R.C.S. 1764 — 294.

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 669 — 361, 371.

R. c. Milne, [1987] 2 R.C.S. 512 — 450, 523.

R. c. Mooney, [1999] 1 R.C.S. 652 — 184, 221.

R. c. Morales, [1992] 3 R.C.S. 711— 394.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 — 120, 195, 196, 197, 25, 260, 269, 395, 426.

R. c. Multiform Manufacturing Co., [1990] 2 R.C.S. 624 — 404.

R. c. Nobles, [1997] 1 R.C.S. 874 — 325.

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606 — 394, 524.

R. c. Nikolovski, [1996] 3 R.C.S. 1197 — 301.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103 — 70, 119, 257, 423, 450, 523.

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411 — 257, 294, 360.

R. c. P. (M.B.), [1994] 1 R.C.S. 555 — 325.

R. c. Papajohn, [1980] 2 R.C.S. 120 — 426.

R. c. Papalia, [1988] 2 R.C.S. 137 — 292.

R. c. Pohoretsky, [1987] 1 R.C.S. 945 — 347, 403, 407.

R. c. Pontes, [1995] 3 R.C.S. 44 — 116.

R. c. Potvin, [1993] 2 R.C.S. 880 — 524, 527.

R. c. Plant, [1993] 3 R.C.S. 281 — 116, 117,147, 152, 306, 355, 356, 357, 358, 360, 362, 371, 429, 435.

R. c. Primeau, [1995] 2 R.C.S. 60 — 324.

R. c. Prosper, [1994] 3 R.C.S. 236 — 383.

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588 — 524.

R. c. Robertson, [1987] 1 R.C.S. 918 — 426.

R. c. Robinson, [1996] 1 R.C.S. 683 — 427.

R. c. Ross, [1989] 1 R.C.S. 3 — 382.

R. c. S. (R.J.), [1995] 1 R.C.S. 451 — 324, 325.

R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654 — 367, 426, 427.

R. c. Schmautz, [1990] 1 R.C.S. 398 — 207.

R. c. Seaboyer; R. c. Gayme, [1991] 2 R.C.S. 577 — 114, 115, 116, 427.

R. c. Scott, [1990] 3 R.C.S. 979 — 294.

R. c. Sieben, [1987] 1 R.C.S. 295 — 147.

R. c. Silveira, [1995] 2 R.C.S. 297 — 147, 152.

R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495 — 15, 114, 183, 184, 207, 215.

R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045 — 450, 523, 524.

R. c. Smith, [1991] 1 R.C.S. 714 — 382.

R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915 — 427.

R. c. Snider, [1954] R.C.S. 479 — 314, 366.

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607 — 215, 216, 217, 336, 338, 340, 344, 351, 381, 382, 404, 406.

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326 — 294.

R. c. Stone, [1999] 2 R.C.S. 290 — 368.

R. c. Storrey, [1990] 1 R.C.S. 241 — 208.

R. c. Strachan, [1988] 2 R.C.S. 980 — 215.

R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933 — 208.

R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S. 207 — 359.

R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613 — 70, 119, 207.

R. c. Thomsen, [1988] 1 R.C.S. 640 — 166, 167, 207, 340, 341.

R. c. Thompson, [1990] 2 R.C.S. 1111 — 147, 289, 291, 293, 397, 403.

R. c. Tran, [1994] 2 R.C.S. 951 — 450, 524.

R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392 — 426, 427.

R. c. White (1955), [1956] R.C.S. 154 — 421.

R. c. White, [1999] 2 R.C.S. 417 — 114, 323.

R. c. Whittle, [1994] 2 R.C.S. 914 — 324, 383.

R. c. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154 — 115, 116, 332.

R. c. Wiggins, [1990] 1 R.C.S. 62 — 299.

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541 — 323.

R. c. Wijesinha, [1995] 3 R.C.S. 422 — 290.

R. c. Wiley, [1993] 3 R.C.S. 263 — 147, 152.

R. c. Wise, [1992] 1 R.C.S. 527 — 168, 169, 300, 301, 302, 306.

R. c. Wilson, [1990] 1 R.C.S. 1291 — 166.

R. c. Wong, [1990] 3 R.C.S. 36 — 139, 301, 306.

R. c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940 — 423.

R. c. Zito, [1990] 2 R.C.S. 1520 — 294.

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731 — 39, 231, 450.

Renvoi relatif aux heures de travail, [1925] R.C.S. 505 — 517.

Renvoi relatif à la signification du mot personne de l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867, [1928] R.C.S. 276, inf. par *Edwards c. Canada*, [1930] A.C. 124 — 103, 120, 170.

Renvoi relatif à l'Aéronautique, [1930] R.C.S. 663, conf. par [1932] A.C. 54. — 516, 517.

Renvoi relatif à la Radiocommunication, [1931] R.C.S. 541, conf. par [1932] A.C. 304 — 516, 517.

Renvoi relatif aux conventions sur le travail, [1936] R.C.S. 461, inf. par [1937] A.C. 326 — 516, 517.

Renvoi relatif à trois lois de l'Alberta, [1938] R.C.S. 100, conf. par [1939] A.C. 117 — 230, 423.

Renvoi relatif à la loi visant la modification de la Loi sur la Cour suprême du Canada, [1940] R.C.S. 49, conf. par, [1947] A.C. 127 — 420.

Renvoi relatif à l'Industrial Relations and Disputes Investigation Act, [1955] R.C.S. 529 — 424.

Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario), [1957] R.C.S. 198 — 426.

Renvoi relatif au paragraphe 92(4) de The Vehicles Act, 1957 (Sask.), [1958] R.C.S. 608 — 337.

Renvoi relatif à l'Organisation des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S. 1198 — 425.

Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753 — 96, 389, 390.

Renvoi relatif à l'écoute électronique, [1984] 2 R.C.S. 697 — 147, 292, 396.

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721 — 389, 391.

Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486 — 58, 116, 196, 198.

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313 — 93, 123, 236, 427, 450, 522, 523.

Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148 — 425.

Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 — 230, 231, 393, 394.

Renvoi relatif au régime d'assistance publique (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525 — 56, 62, 96.

Renvoi relatif à la rénumération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3 — 390, 391.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 — 96, 388, 389, 390, 391, 411.

Ramsden c. Peterborough (Ville), [1993] 2 R.C.S. 1084 — 225.

Rebrin c. Bird et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1961] R.C.S. 376 — 67, 68.

Rizzo & Rizzo Shoe Ltd. c. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27 — 118.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199 — 114, 230, 232.

Robertson et Rosetanni c. R., [1963] R.C.S. 651 — 67.

Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 R.C.S. 84 — 61, 63.

Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232 — 114, 230.

Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.), [1993] 3 R.C.S. 519 — 195, 196, 273, 274, 275.

Roncarelli c. Duplessis, [1959] 2 R.C.S. 122 — 391.

Rosen c. R. (1979), [1980] 1 R.C.S. 961 — 290.

Ross c. Conseil scolaire du district n° 15, [1996] 1 R.C.S. 825 — 231, 232, 250.

Rothman c. R., [1981] 1 R.C.S. 640 — 324.

Sansregret c. R., [1985] 1 R.C.S. 570 — 426.

Saumur c. Québec (Cité), [1953] 2 R.C.S. 299 — 230.

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679 — 423, 424.

Schreiber c. Canada (P.G.), [1998] 1 R.C.S. 841 — 115, 358, 359, 360, 361, 362, 371.

Scowby c. Glendinning, [1986] 2 R.C.S. 226 — 60, 62.

S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573 — 225, 229, 236.

S.E.F.P.O. c. Ontario (P.G.), [1987] 2 R.C.S. 2 — 389.

Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] 1 R.C.S. 177 — 60, 72, 204, 423, 523.

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038 — 424, 450, 527.

Slavutych c. Baker (1975), [1976] 1 R.C.S. 254 — 39.

Smythe c. R., [1971] R.C.S. 680 — 67.

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education, [1986] 1 R.C.S. 549 — 108.

Solesky c. R. (1979), [1980] 1 R.C.S. 821 — 39, 284, 367.

Starr c. Houlden, [1990] 1 R.C.S. 1366 — 323.

Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483 — 348.

Stoke-Graham c. R., [1985] 1 R.C.S. 106 — 423.

Stuart c. Bank of Montreal, [1909] R.C.S. 516, conf. par [1911] A.C. 20 (P.C.) — 426.

Stubart Investments Ltd. c. R., [1984] 1 R.C.S. 536 — 117.

Switzman c. Québec (P.G.), [1957] R.C.S. 285 — 230, 232.

Symes c. Canada, [1993] 4 R.C.S. 695 — 114.

Syndicat international des débardeurs et magasiniers Canada, Section locale 500 c. Canada, [1994] 1 R.C.S. 150 — 236.

Tass c. R. (1946), [1947] R.C.S. 103 — 324.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425 — 114, 139, 147, 157, 319, 324, 330, 331, 428.

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877 — 114, 116.

Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530 — 259, 268.

T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd., [1999] 2 R.C.S. 1083 — 225, 226.

U.E.S., Local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048 — 421.

Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353 — 61, 241.

Valente c. R., [1985] 2 R.C.S. 673 — 523.

Verdun c. Banque Toronto-Dominion, [1996] 3 R.C.S. 550 — 117.

Vetrovec c. R., [1982] 1 R.C.S. 811 — 427.

Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire), [1991] 1 R.C.S. 671 — 301.

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493 — 422.

Walter c. Alberta (A.G.), [1969] R.C.S. 383 — 250.

Watkins c. Olafson, [1989] 2 R.C.S. 750 — 426, 427.

Willick c. Willick, [1994] 3 R.C.S. 670 — 118.

Wilson c. R., [1983] 2 R.C.S. 594 — 294.

Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2

R.C.S. 625 — 393, 394.

Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd., [1951] R.C.S. 887, conf. par [1954] A.C. 51 — 205.

Winnipeg School Division n° 1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150 — 60, 61.

Weatherall c. Canada (P.G.), [1993] 2 R.C.S. 872 — 180, 181.

Wolfe c. R. (1974), [1975] 2 R.C.S. 107 — 426.

Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3 — 116, 250, 527.

Zurich Insurance Co. c. Ontario (C.D.P.), [1992] 2 R.C.S. 321 — 62.

143471 Canada Inc. c. Québec (P.G.); Tabah c. Québec (P.G.), [1994] 2 R.C.S. 339 — 115, 116, 332, 350, 408.

2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 R.C.S. 919 — 56, 62, 118, 450, 527.

65302 British Columbia Ltd. c. Canada, [1999] 3 R.C.S. 804 — 118.

II. Cour suprême des États-Unis d'Amérique (Washington, D.C.)

Abel c. United States, 362 U.S. 217 (1960) — 139.

Abington (School District of) c. Schempp, 374 U.S. 203 (1963) — 72, 246.

Abood c. Detroit (Board of Education), 431 U.S. 209 — 237, 238, 240, 243, 246.

Adair c. United States, 208 U.S. 161 (1908) — 190.

Adams c. Williams, 407 U.S. 143 (1972) — 162, 214.

Addington c. Texas, 441 U.S. 418 (1979) — 248.

Adkins c. Children Hospital, 261 U.S. 525 (1923) — 190.

Agnello c. United States, 269 U.S. 20 (1925) — 209.

Air Pollution Variance Bd. c. Eastern Alfafa, 416 U.S. 861 (1974) — 173.

Akron c. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983) — 264, 267.

A.L.A. Schechter Poultry Corp. c.

United States, 295 U.S. 495 (1935) — 191.

Alabama c. White, 496 U.S. 325 (1990) — 166, 213.

Albertson c. Subversive Activities Control Board, 382 U.S. 70 (1965) — 201.

Alderman c. United States, 395 U.S. 165 (1969) — 354.

Allegeyer c. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897) — 190.

Almeida-Sanchez c. United States, 413 U.S. 266 (1973) — 163, 181, 377.

Amalgamated Food Employees Union c. Logan Valley Plaza, 391 U.S. 308 (1968) — 226.

American Communications Associations c. Douds, 339 U.S. 382 (1950) — 200, 201, 245.

American Party of Texas c. White, 415 U.S. 767 (1974) — 242.

Amos c. United States, 255 U.S. 313 (1921) — 139, 378.

Andressen c. Maryland, 427 U.S. 463 (1976) — 313.

Aptheker c. Secretary of State, 378 U.S. 500 (1964) — 201.

Arkansas c. Sanders, 442 U.S. 753 (1979) — 161, 181, 182.

Arizona c. Evans, (n° 93-1660) (1 mars 1995) — 166.

Arizona c. Hicks, 480 U.S. 321 (1987) — 378.

Aswander c. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936) — 104, 191.

Bailey c. Richardson, 341 U.S. 918 (1951) — 245.

Baird c. Arizona (State Bar of), 401 U.S. 1 (1971) — 237, 245.

Baker c. Carr, 369 U.S. 186 (1962)— 72, 96.

Baker c. Owen, 423 U.S. 907 (1976) — 255.

Baldridge c. Shapiro, 455 U.S. 345 (1982) — 365.

Balwin c. Montana (Fish and Game Commission), 436 U.S. 371 (1978) — 203.

Baldwin c. United States, 450 U.S. 1045 (1981)— 298.

Barenblatt c. United States, 360 U.S. 109 (1959) — 201, 321.

Barnard c. Thorstenn, 489 U.S. 586 (1989) — 204.

Barnes c. E-Systems, 501 U.S. 560 (1991) — 326.

Barsky c. Board of Regents, 347 U.S. 442 (1954) — 203, 245.

Bartels c. Iowa, 262 U.S. 404 (1923) — 252, 254.

Bates c. Little Rock (City of), 361 U.S. 516 — 233, 234, 236.

Bates & Guild Co. c. Payne, 194 U.S. 106 (1904) — 280.

Beal c. Doe, 432 U.S. 438 (1977) — 264.

Beame c. Frieds of the Earth, 434 U.S. 1310 (1977) — 326.

Beaumarchais c. Illinois, 343 U.S. 259 (1957) — 228.

Beck c. Ohio, 379 U.S. 89 (1964) — 161.

Beckwith c. United States, 425 U.S. 341 (1976) — 320, 328.

Bell c. Maryland, 378 U.S. 226 (1964) — 239.

Bell c. Wolfish, 441 U.S. 520 (1979) — 176.

Bellis c. United States, 417 U.S. 85 (1974) — 313.

Bellotti c. Baird et al, 443 U.S. 622 (1979) — 263.

Benanti c. United States, 355 U.S. 96 (1957) — 288.

Berea College c. Kentucky, 211 U.S. 45 (1908) — 189.

Berger c. New York, 388 U.S. 41 (1967) — 288, 298.

Berkemer c. McCarthy, 468 U.S. 429 (1984) — 212.

Bigelow c. Virginia, 421 U.S. 809 (1975) — 203, 227, 263.

Blount c. Rizzi, 400 U.S. 410 (1971) — 282.

Board of Directors of Rotary International c. Rotary Club, 481 U.S. 537 (1987) — 238, 239.

Board of Education c. Pico, 457 U.S. 853 (1982) — 254, 255.

Board of Regents c. Roth, 408 U.S. 564 (1972) — 245, 255, 365.

Bob Jones University c. United States, 461 U.S. 574 (1983) — 239.

Boddie c. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971) — 253.

Bolger c. Youngs Drug Products Corp., 463 U.S. 60 (1983) — 282, 305.

Bond c. Floyd, 385 U.S. 116 (1966) — 245.

Bond c. United States, (n° 98-9349) (17 avril 2000) — 183.

Bounds c. Smith, 430 U.S. 817 (1977) — 251.

Boy Scouts of America c. Dale, (n° 99-699) (28 juin 2000) — 241.

Boyd c. United States, 116 U.S. 616 (1886) — 143, 144, 312, 319, 326, 430.

Bowers c. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) — 103, 146, 193, 270.

Braden c. United States, 365 U.S. 431 (1961) — 321.

Bradwell c. Illinois, 83 U.S. (16 Wall.) 130 (1873) — 189.

Brandeburg c. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) — 201.

Branti c. Finkel, 445 U.S. 507 (1980) — 242.

Braswell c. United States, 487 U.S. 99 (1988) — 327, 328.

Breard c. Alexandria, 341 U.S. 622 (1951) — 226.

Breithaupt c. Abram, 352 U.S. 432 (1957) — 220, 344.

Brewer c. Williams, 430 U.S. 387 (1977) — 379.

Brinegar c. United States, 338 U.S. 160 (1949) — 139, 160.

Brotherhood of Railroad Trainmen c. Virginia, 377 U.S. 1 (1964) — 236, 337.

Brower c. Inyo (County), 489 U.S. 593 — 206.

Brown c. Allen, 344 U.S. 540 (1953) — 438.

Brown c. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) — 71, 199, 263, 526.

Brown c. Illinois, 422 U.S. 590 (1975) — 378.

Brown c. Socialist Workers '74 Campaign Committee (Ohio), 459 U.S. 87 (1982) — 227, 242.

Brown c. Texas, 443 U.S. 47 (1979) —

213.

Brown c. United States, 276 U.S. 134 (1928) — 327.

Brown c. Walker, 161 U.S. 591 (1896) — 321.

Bryant c. Zimmerman, 278 U.S. 63 (1928) — 235, 238.

Buck c. Bell, 274 U.S. 200 (1927) — 222.

Buckley c. Valéo, 424 U.S. 1 (1976) — 227, 242.

Bullock c. Carter, 405 U.S. 134 (1972) — 242.

Bumper c. North Carolina, 391 U.S. 543 (1968) — 377, 378.

Bunting c. Oregon, 243 U.S. 426 (1917) — 190.

Butler c. United States, 297 U.S. 1 (1936) — 191.

Caban c. Mohamed, 441 U.S. 380 (1979) — 255.

Cady c. Dombrowski, 413 U.S. 433 (1973) — 163.

Calautti c. Franklin, 439 U.S. 379 (1979) — 262, 263.

Califano c. Aznavorian, 439 U.S. 170 (1978) — 202.

Califano c. Jobst, 434 U.S. 47 (1977) — 252.

Califano c. Boles, 443 U.S. 47 (1979) — 252.

California c. Acevedo, 500 U.S. 565 (1991) — 165.

California Bankers Association c. Schultz, 416 U.S. 21 (1974) — 326, 354, 371.

California c. Byers, 402 U.S. 424 (1971) — 335.

California c. Carney, 471 U.S. 386 (1985) — 164.

California c. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986) — 173.

California c. Greewood, 486 U.S. 35 (1988) — 381.

California c. Hodari D., 499 U.S. 621 (1991) — 207.

California c. Rooney, 483 U.S. 307 (1987) — 381.

Camera c. Municipal Court, 387 U.S. 523 (1967) — 154.

Cantwell c. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940) — 244.

Cardwell c. Lewis, 417 U.S. 583 (1974) — 162, 300.

Carey c. Population Service International, 431 U.S. 670 (1977) — 263.

Carey c. Brown, 447 U.S. 455 (1980) — 225.

Carroll c. United States, 267 U.S. 132 (1925) — 139, 159, 160, 161, 180, 209.

Carter c. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936) — 191.

Central Hudson Gaz & Electric Corp. c. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980) — 227, 305.

Chambers c. Maroney, 399 U.S. 42 (1970) — 163.

Chandler c. Miller, (n° 96-126) (15 avril 1997) — 345.

Chaplinski c. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942) — 228.

Chapman c. United States, 365 U.S. 610 (1961) — 380.

Chicago (City of) c. Morales, (n° 971121) (10 juin 1999)— 204.

Chicago (Police Department) c. Mosley, 408 U.S. 92 (1972) — 225.

Chicago Teachers Union c. Hudson, 475 U.S. 292 (1986) — 243.

Chimel c. California, 395 U.S. 752 (1969) — 210, 211, 431.

Cincinnati (City of) c. Discovery Network, (n° 91-1200) (24 mars 1993) — 225.

Citizens Against Rent Control c. Berkeley (City of), 454 U.S. 290 (1982) — 242.

Civil Rights Case, 109 U.S. 3 (1883) — 189, 199.

Cleavinger c. Saxner, 474 U.S. 193 (1985) — 177.

Clements c. Fashing, 457 U.S. 957 (1982) — 242.

Cleveland (Board of Education) c. Lafleur, 414 U.S. 632 (1974) — 259.

Cleveland c. United States, 329 U.S. 14 (1946) — 269.

Clinton c. Virginia, 377 U.S. 148 (1964) — 296.

Coates c. Cincinnati, 402 U.S. 611 (1971) — 227.

Codd c. Velger, 429 U.S. 624 (1977) — 365.
Cohen c. California, 413 U.S. 15 (1973) — 228, 246.

Cohen c. Hurley, 366 U.S. 117 (1961) — 234.

Colautti c. Franklin, 439 U.S. 379 (1979) — 262.

Cole c. Richardson, 405 U.S. 676 (1972) — 245.

Cole c. Young, 351 U.S. 536 (1956) — 200, 201.

Colonnade Catering Corp. c. United States, 397 U.S. 72 (1970) — 155.

Colorado c. Bannister, 449 U.S. 1 (1980) — 162.

Colorado c. Bertine, 479 U.S. 367 (1987) — 164, 211.

Colorado c. Conelly, 479 U.S. 157 (1986) — 379.

Communist Party c. Subversive Acitivities Control Board, 367 U.S. 1 (1961) — 200, 201, 234, 238.

Conn c. Gabbert, (n° 97-1802) (5 avril 1999)— 313.

Connecticut c. Menillo, 423 U.S. 9 (1975) — 263.

Connell c. Higginbotham, 403 U.S. 207 (1971) — 245.

Connick c. Myers, 461 U.S. 138 (1983) — 229.

Consolidated Rendering Co. c. Vermont, 207 U.S. 541 (1908) — 327.

Coolidge c. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971) — 162, 174, 210.

Coopers c. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) — 72.

Coppage c. Kansas, 236 U.S. 1 (1915) — 190.

Couch c. United States, 409 U.S. 322 (1973) — 313, 326, 327, 354.

Counselman c. Hichcock, 142 U.S. 547 (1892) — 321.

Cousins c. Wigoda, 419 U.S. 477 (1975) — 233, 242.

Crooker c. California, 357 U.S. 433 (1958) — 379.

Cruz c. Beto, 405 U.S. 319 (1972) — 177.

Cruzan c. Missouri Department of Health (Director of), 497 U.S. 261 (1990)

— 272.

Culombe c. Connecticut, 367 U.S. 568 (1961) — 317.

Cupp c. Murphy, 412 U.S. 291 (1973) — 344.

Curcio c. United States, 354 U.S. 118 (1957) — 327.

Dalia c. United States, 441 U.S. 238 (1979) — 288, 293.

Dallas (City of) c. Stanglin, 490 U.S. 19 (1986) — 237.

Daniels c. Williams, 474 U.S. 327 (1986) — 178.

Davidson c. Cannon, 474 U.S. 344 (1986) — 178.

Davis c. Mississippi, 394 U.S. 721 (1969) — 214.

Davis c. United States, 328 U.S. 582 (1946) — 139, 313, 377.

Delaware c. Prouse, 440 U.S. 648 (1979) — 163, 166, 213, 214.

Democratic Party c. Wisconsin ex rel. La Follette, 450 U.S. 107 (1981) — 233, 242.

Dennis c. United States, 341 U.S. 494 (1951) — 200, 201.

Department of Agriculture c. Moreno, 413 U.S. 528 (1973) — 239, 251.

Department of Agriculture c. Murry, 413 U.S. 508 (1973) — 251.

Dickerson c. United States, (n° 99-5525) (26 juin 2000) — 321.

Doe c. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) — 202, 262, 417.

Doe c. McMillan, 412 U.S. 306 (1973) — 365.

Doe c. United States, 487 U.S. 201 (1988) — 335, 354.

Dolan c. Tigard (City of), 512 U.S. 374 (1994) — 235.

Donaldson c. United States, 400 U.S. 517 (1971) — 353, 371.

Donavan c. Dewey, 452 U.S. 594 (1981) — 155.

Donavan c. Lone Steer Inc., 464 U.S. 408 (1984) — 326.

Dow Chemicals Co. c. United States, 476 U.S. 227 (1986) — 173.

Dreier c. United States, 221 U.S. 394 (1911) — 327.

Dunaway c. New York, 442 U.S. 200 (1979) — 214.

Dunn c. Blumstein, 405 U.S. 330 (1972) — 203.

Dyke c. Taylor Implement Co., 391 U.S. 216 (1968) — 161.

Easland c. United States Servicemen's Fund, 421 U.S. 491 (1975) — 365.

Eaton c. Price, 364 U.S. 263 (1960) — 154.

Edwards c. Aguillar, 482 U.S. 578 (1987) — 246.

Edwards c. Arizona, 451 U.S. 477 (1981) — 378.

Edwards c. California, 314 U.S. 160 (1941) — 202.

Eisenstadt c. Baird, 405 U.S. 438 (1972) — 261.

Elfbrandt c. Russel, 384 U.S. 11 (1966) — 237.

Ellis c. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks, 466 U.S. 435 (1984) — 243.

Elrod c. Burns, 427 U.S. 347 (1976) — 242.

Emspack c. United States, 348 U.S. 190 (1955) — 321.

Endicott Johnson Corp. c. Perkins, 317 U.S. 501 (1943) — 327.

Engel c. Vitale, 370 U.S. 421 (1962) — 72, 246.

Emoznick c. Jacksonville (City of), 422 U.S. 205 (1975) — 228.

Escobedo c. Illinois, 378 U.S. 478 (1964) — 72, 377.

Essgee Co. of China c. United States, 262 U.S. 151 (1923) — 327.

Estelle c. Gamble, 429 U.S. 97 (1976) — 177, 251.

Ex Parte Burford, 7 U.S. (3 Cr.) 448 (1806) — 209.

Ex Parte Jackson, 96 U.S. 282 — 280.

Farmer c. Brennan, (n° 92-7247)(6 juin 1994) — 178.

Fields c. Askew, 414 U.S. 1148 (1974) — 245.

Federal Communications Commission c. Pacific Foundation, 438 U.S. 726 (1978) — 228.

Fisher c. United States, 425 U.S. 391

(1976) — 313, 326, 327, 354, 372.

First English Evangelical Lutheran Church c. Los Angeles (City of), 482 U.S. 304 (1987) — 235.

Foucha c. Louisiana, 504 U.S. 71 (1992) — 248.

Florida c. Bostick, 501 U.S. 429 (1991) — 207.

Florida c. Jimeno, 500 U.S. 248 (1991) — 165, 376, 377.

Illinois c. J.L., (n° 98-1993) (28 mars 2000) — 214.

Florida c. Riley, 488 U.S. 445 (1989) — 173.

Florida c. Rogriguez, 469 U.S. 1 (1984) — 206.

Florida c. Royer, 460 U.S. 491 (1983) — 206, 378.

Florida c. Wells, 495 U.S. 1 (1990) — 164, 211.

Florida c. White, (n° 980223)(17 mai 1999) — 211.

Frank c. Maryland, 359 U.S. 360 (1959) — 143, 144, 154.

Frazier c. Cupp, 394 U.S. 731 (1969) — 380.

Frazier c. Heebee, 482 U.S. 641 (1987) — 204.

Freedman c. Maryland, 380 U.S. 51 (1965) — 281, 282.

Freeman c. Plake, 450 U.S. 1032 (1972) — 417.

Frisby c. Schultz, 487 U.S. 474 (1988) — 225.

Fuentes c. Shevin, 407 U.S. 67 (1972) — 251.

Gambino c. United States, 275 U.S. 310 (1927) — 139, 161.

Gardner c. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961) — 239.

Gardner c. United States, 424 U.S. 648 (1976) — 317, 329.

Gibson c. Berryhill, 411 U.S. 564 (1973) — 243.

Gibson c. Florida (Legislative Investigation Committee), 372 U.S. 539 (1963) — 234, 237.

Gideon c. Wainwright, 372 U.S. 335 (1965) — 72.

Gilbert c. California, 388 U.S. 263

(1967) — 335.

Gilbert c. Minnesota, 254 U.S. 352 (1920) — 225.

Ginzburg c. United States, 383 U.S. 463 (1966) — 281.

Giordenello c. United States, 357 U.S. 480 (1958) — 210.

G.M. Leasing Corp. c. United States, 429 U.S. 338 (1977) — 139, 162.

Go-Bart Importing Co. c. United States, 282 U.S. 344 (1931) — 209, 210, 378.

Goldbert c. Kelly, 397 U.S. 254 (1970) — 251.

Goldman c. United States, 316 U.S. 129 (1942) — 296.

Goldstein c. United States, 316 U.S. 114 (1942) — 287.

Golwater c. Carter, 444 U.S. 996 (1979) — 96.

Goss c. Lopez, 419 U.S. 565 (1971) — 365.

Gouled c. United States, 255 U.S. 298 (1921) — 139, 156, 157, 313, 315.

Grant c. United States, 227 U.S. 74 (1913) — 327.

Greenholtz c. Nebraska Penal Inmates, 442 U.S. 1 (1979) — 177.

Gregory c. Chicago (City of), 394 U.S. 111 (1969) — 225.

Griffin c. Wiscounsin, 483 U.S. 868 (1987) — 157, 178.

Griswold c. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) — 8, 11, 36, 72, 125, 192, 259, 412, 413, 417.

Gross c. United States, 390 U.S. 62 (1968) — 328.

Guftason c. Florida, 314 U.S. 260 (1973) — 212.

Haig c. Agee, 453 U.S. 280 (1981) — 202.

Haines c. Kerner, 404 U.S. 519 (1972) —177.

Hale c. Henkel, 201 U.S. 43 (1906) — 313, 327.

Hampton c. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976) — 204, 242.

Hannegan c. Esquire Inc., 327 U.S. 146 (1946) — 280, 281.

Harris c. McRae, 448 U.S. 297 (1980) —

264.

Harris c. United States, 331 U.S. 145 (1947) — 210, 313, 431, 432.

Harris c. United States, 390 U.S. 234 (1968) — 161, 174, 181.

Harris c. United States, 400 U.S. 1211 (1970) — 320.

Hayes c. Florida, 480 U.S. 811 (1985) — 210.

Hayes c. Washington, 373 U.S. 503 (1962) — 318.

Hawaï (Housing Authority) c. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984) — 235.

Healy c. James, 408 U.S. 169 (1972) —233, 237, 241.

Heart of Atlanta Motel c. United States, 379 U.S. 241 (1964) — 9, 192, 199.

Henry c. United States, 361 U.S. 98 (1959) — 139, 161, 208.

Hester c. United States, 265 U.S. 57 (1924) — 150, 173.

Heutsche c. United States, 414 U.S. 898 (1973) — 288.

Hewitt c. Helms, 459 U.S. 460 (1983) — 177, 178.

Hicklin c. Orbeck, 437 U.S. 518 (1978) — 204.

Hill c. Colorado, (n° 98-1856) (28 juin 2000) — 226.

Hill c. California, 401 U.S. 797 (1971) — 162, 210.

Hishon c. King & Spalding, 467 U.S. 69 — 241.

H. L. c. Matheson, 450 U.S. 398 (1981) — 263.

Hodgson c. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990) — 264, 266.

Hoffa c. United States, 385 U.S. 293 (1966) — 297, 379.

Hollenbaugh c. Carnegie Free Library, 439 U.S. 1052 (1978) — 229.

Holt c. United States, 218 U.S. 245 (1910) — 336.

Home Building and Loan Association c. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934) — 104, 191.

Horton c. Callifornia, 496 U.S. 128 (1990) — 174, 175.

Houghton c. Payne, 194 U.S. 99 (1904)

— 280.

Hudson c. McMillan, 503 U.S. 1 (1992) — 178.

Hudson c. Palmer, 468 U.S. 517 (1984) — 176, 178.

Humphrey's Executor c. United States, 295 U.S. 602 (1935) — 191.

Hurley c. Irish-American Gay Group of Boston, (n° 94-749) (19 juin 1995) — 226.

Husty c. United States, 282 U.S. 694 (1931) — 160.

Illinois c. Andreas, 463 U.S. 765 (1983) — 174, 182, 212.

Illinois c. Krull, 480 U.S. 340 (1987) — 155.

Illinois c. La Fayette, 462 U.S. 640 (1983) — 163, 164, 211.

Illinois c. Rogriguez, 497 U.S. 177 (1990) — 376, 380.

Illinois (State Board of Election) c. Socialist Worker Party, 440 U.S. 173 (1979) — 242.

Illinois c. Wardlow, (n° 98-1036) (12 janvier 2000) — 214.

Ingraham c. Wright, 430 U.S. 651 (1977) — 255.

Interstate Commerce Commission c. Baird, 194 U.S. (1904) — 313.

In Re Primus, 436 U.S. 412 (1978) — 233, 236.

In Re Stolar, 401 U.S. 23 (1971) — 237, 245.

IRS c. Delgado, 466 U.S. 210 (1984) — 206.

International Association of Machinists c. Street, 367 U.S. 740 (1961) — 238, 243.

Irvine c. California, 347 U.S. 128 (1954) — 145.

Jacobellis c. Ohio, 378 U.S. 184 (1964) — 228.

Jacobson c. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905) — 222.

Jamison c. Texas, 318 U.S. 413 (1943) — 226.

Jehovah's Witnesses c. King County Hospital, 390 U.S. 598 (1968) — 247, 255.

Jenkins c. McKeithen, 395 U.S. 411 (1969) — 367.

John Doe Agency c. John Doe Corp., 493 U.S. 146 (1989) — 365.

Johnson c. Avery, 393 U.S. 483 (1969) — 175.

Johnson c. United States, 333 U.S. 10 (1948) — 139, 141, 208, 376, 377, 378.

Johnson c. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) — 376.

Joint Ant-Facist Refugee Committee c. McGrath, 341 U.S. 123 (1924) — 245, 365.

Jones c. Alfred Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968) — 239.

Jones c. Helms, 452 U.S. 412 (1981) — 203.

Jones c. North Carolina Prisoner's Association, 433 U.S. 119 (1977) — 176, 177.

Jones c. United States, 357 U.S. 493 (1958) — 208.

Jones c. United States, 463 U.S. 354 (1983) — 248.

Julian c. United States, 463 U.S. 1308 (1983) — 182.

Kanapaux c. Elisor, 419 U.S. 891 (1974) — 203.

Kastigar c. United States, 406 U.S. 441 (1972) — 322, 324.

Katz c. United States, 389 U.S. 347 (1967) — 130, 187, 279, 298, 299, 360, 400, 431, 432.

Katzenbach c. McClung, 379 U.S. 294 (1964) — 9, 192, 200.

Keller c. California, 496 U.S. 1 (1990) — 243.

Kelley c. Johnson, 425 U.S. 238 (1976) — 229, 365.

Kent c. Dulles, 357 U.S. 116 (1958) — 200, 201, 229.

Ker c. California, 374 U.S. 23 (1963) — 152.

Keyishian c. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967) — 229.

Kirby c. Illinois, 406 U.S. 682 (1971) — 379.

Kleindienst c. Mandel, 408 U.S. 753 (1972) — 203.

Kolander c. Lawson, 378 U.S. 352 (1983) — 203.

Konigsberg c. California (State Bar), 353 U.S. 252 (1961) — 234, 245.

Kotch c. Pilot, 330 U.S. 552 (1974) — 235.

Kovacs c. Cooper, 336 U.S. 77 (1949) — 227.

Knowles c. Iowa, (n° 97-7597) (8 décembre 1998) — 166, 212.

Kremen c. United States, 353 U.S. 346 (1957) — 210.

Kusper c. Pontikes, 414 U.S. 51 (1973) — 242.

Laird c. Tatum, 408 U.S. 1 (1972) — 364.

Lamont c. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965) — 246, 280.

Lanza c. New York, 370 U.S. 139 (1962) — 175.

Lathrop c. Donahue, 367 U.S. 820 (1961) — 238, 243.

Law Student Civil Rights Act Research Council c. Wadmont, 401 U.S. 164 (1971) — 237, 245, 418.

Lee c. Florida, 392 U.S. 378 (1968) — 287.

Lee c. Washington, 390 U.S. 333 (1968) — 175.

Lehert c. Ferris Faculty Association, 500 U.S. 507 (1991) — 243.

Lehman c. Shaker Heights (City of), 418 U.S. 298 (1974) — 227.

Lehr c. Robertson, 463 U.S. 248 (1983) — 255.

Lewis c. United States, 385 U.S. 206 (1966) — 297, 379.

Linmark and Associates Inc. c. Willingboro (Township), 431 U.S. 85 (1977) — 225.

Lochner c. New York, 198 U.S. 45 (1905) — 8, 190.

Lo-ji Sales c. New York, 442 U.S. 319 (1979) — 174.

Lopez c. United States, 373 U.S. 427 (1963) — 297, 379.

Los Angeles (Police Department) c. United States Reporting Publishing Corp., (n° 98-678) (7 décembre 1999) — 356.

Louisiana ex rel. Gremillon c. NAACP, 366 U.S. 293 (1961) — 234, 236.

Louisville Bank c. Radford, 295 U.S. 555 (1935) — 191.

Lovell c. Griffin (City of), 303 U.S. 444 (1938) — 226.

Loving c. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) — 72, 252.

Lucas c. South Carolina (Coast Council), 505 U.S. 1003 (1992) — 235.

Lustig c. United States, 338 U.S. 74 (1949)— 139.

Madsen c. Women's Health Center Inc., (n° 93-880) (30 juin 1994) — 225, 305.

Maher c. Roe, 432 U.S. 464 (1977) — 264.

Mallory c. United States, 354 U.S. 449 (1957) — 208.

Malloy c. Hogan, 378 U.S. 1 (1964) — 315.

Mancusi c. DeForte, 392 U.S. 364 (1968) — 139, 156, 157,159.

Mapp c. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) — 72, 287, 313.

Marbury c. Madison, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803) — 95.

Marchetti c. United States, 339 U.S. 39 (1968) — 329.

Marcus c. Search Warrants, 367 U.S. 717 (1961) — 143.

Marks c. United States, 430 U.S. 188 (1977) — 246.

Marron c. United States, 275 U.S. 192 (1927) — 209, 210, 313.

Marsh c. Alabama, 326 U.S. 501 (1947) — 226, 234, 237.

Marshall c. Barlow's Inc., 436 U.S. 307 (1978) — 155.

Martin c. Struthers (City), 319 U.S. 141 (1943) — 226, 234, 281.

Martinez c. Bynuum, 461 U.S. 321 (1983) — 202.

Maryland c. Buie, 494 U.S. 325 (1990) 174, 212.

Maryland c. Garrison, 480 U.S. 79 (1987) — 146.

Maryland c. Macon, 472 U.S. 463 (1985) — 174.

Maryland c. Wilson, (n° 95-1268) (19 février 1997) — 165, 186, 431.

Mason c. United States, 414 U.S. 941 (1973) — 181.

Massiah c. United States, 377 U.S. 201 (1964) — 379.

Mathews c. De Castro, 429 U.S. 181

(1976) — 252.

McCarthy c. Philadelphia (Civil Service Commission), 424 U.S. 645 (1976) — 204.

McCulloch c. Maryland, 17 U.S. 316 (1819) —121, 386.

McDonald c. United States, 335 U.S. 451 (1948) — 210.

McGrain c. Gaugherty, 273 U.S. 135 (1927) — 321.

Mckay c. United States, 401 U.S. 667 (1971) — 329.

McNally c. United States, 483 U.S. 350 (1987) — 283.

McPhaul c. United States, 364 U.S. 372 (1960) — 327.

Meese c. Keene, 481 U.S. 465 (1987) — 228.

Memorial Hospital c. Maricopa (County), 415 U.S. 250 (1974) — 202, 251.

Meyer c. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) — 252, 254.

Michael H. c. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989) — 255.

Michigan c. Chesternut, 486 U.S. 567 (1988) — 206.

Michigan c. Clifford, 464 U.S. 287 (1984) — 152.

Michigan c. Defillippo, 443 U.S. 31 (1979) — 213.

Michigan c. Long, 463 U.S. 1032 (1983) — 161, 214.

Michigan (Department of State Police) c. Sitz, 496 U.S. 444 (1990) — 165.

Michigan c. Thomas, 458 U.S. 259 (1982) — 163.

Michigan c. Tyler, 436 U.S. 499 (1978) — 152.

Mills c. Rogers, 457 U.S. 291 (1982) — 248.

Milwaukee Publishing Co. c. Burleson, 255 U.S. 407 (1921) — 280.

Mincey c. Arizona, 437 U.S. 385 (1978) — 145, 211.

Minersville School District c. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940) — 244.

Minnesota c. Carter, (n° 97-1147)(1 décembre 1998) — 146.

Minnesota c. Dickerson, 508 U.S. 366 (1993) — 213.

Minnisota c. Olson, 495 U.S. 91 (1990) — 146.

Minnesota c. Probate Court ex rel. Pearson, 309 U.S. 270 (1940) — 248.

Minor c. Happersett, 88 U.S. (21 Wall) 162 (1875) — 189.

Miranda c. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) — 72, 317, 320, 377.

Moore c. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977) — 235, 252.

Moose Lodge c. Iris, 407 U.S. 163 (1972) — 239.

Morehead c. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936)— 191.

Morrisey c. Brewer, 408 U.S. 471 (1972) — 177.

Muller c. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) — 190.

Munn c. Illinois, 94 U.S. 113 (1877) — 189.

Murphy c. New York (Waterfront Commission), 378 U.S. 52 (1964) — 316, 326.

Murray c. United States, 419 U.S. 942 (1974) — 146.

NAACP c. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449 (1958) — 233, 235, 236.

NAACP c. Button, 371 U.S. 415 (1963) — 233, 234, 236, 237.

NAACP c. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982) — 237.

Nardone c. United States, 302 U.S. 379 (1937) — 287.

National Relations Board c. Jones et Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937) — 192.

National Treasury Employees Union c. Von Raab, 489 U.S. 656 (1989) — 156, 344, 345, 380.

Nebbia c. New York, 291 U.S. 502 (1934) — 191.

New Hampshire (Supreme Court of) c. Piper, 470 U.S. 274 (1985) — 204.

New Jersey (Welfare Rights Organization) c. Cahill, 411 U.S. 619 (1973) — 251.

New Jersey c. T.L.O., 469 U.S. 325 (1985) — 157, 219.

New York c. Belton, 453 U.S. 454 (1981)

— 162, 164, 211.

New York c. *Berger*, 482 U.S. 691 (1987) — 155.

New York c. *Class*, 475 U.S. 106 (1986) — 162, 175.

New York c. *Harris*, 495 U.S. 14 (1990) — 146.

New York State Club Association c. *New York (City of)*, 487 U.S. 1 (1988) — 238, 239.

New York Times c. *United States*, 403 U.S. 713 (1971) — 228.

Nixon c. *Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977) — 313, 328, 364.

Nixon (A.G. of Missouri) c. *Shrink Missouri Government Pac*, (n° 98-963) (24 janvier 2000) — 228.

Nollan c. *California (Coastal Commission)*, 483 U.S. 825 (1987) — 235.

Norman c. *Baltimore & Railroad Co.*, 294 U.S. 240 (1935) — 191.

Nortz c. *United States*, 294 U.S. 317 (1935) — 191.

Norwood c. *Harrison*, 413 U.S. 455 (1973) — 238, 239.

O'Brien c. *Brown*, 409 U.S. 1 (1972) — 96.

O'Connor c. *Ortega*, 480 U.S. 709 (1987) — 139, 156, 157, 159.

O'Connor c. *Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975) — 248.

Ogden c. *Sauders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1837) — 251.

Ohio c. *Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990) — 266.

Ohio c. *Robinette*, (n° 95-891)(18 novembre 1996) — 318.

O'Klahoma Publising Co. c. *Walling*, 327 U.S. 186 (1946) — 313, 326.

Oliver c. *United States*, 466 U.S. 170 (1984) — 173.

Olmstead c. *United States*, 277 U.S. 438 (1928) — 101, 144, 286, 287, 291, 296, 297, 298, 313, 430.

On Lee c. *United States*, 343 U.S. 747 (1952) — 296, 379.

Organization for a Better Austin c. *Keafe*, 402 U.S. 415 (1971) — 225.

Ornelas c. United States, (n° 95-5257) (28 mai 1996) — 166.

Osborn c. United States, 385 U.S. 323 (1966)— 297, 379, 417.

Osman c. Douds, 339 U.S. 846 (1950) — 245.

Packer Corporation c. Utah, 285 U.S. 105 (1932) — 227, 232.

Packwood c. Senate Committee on Ethics, (n° 030294.ZR) (2 mai 1994) — 321.

Palmer c. Thomson, 403 U.S. 217 (1971) — 417.

Papachristou c. Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972) — 203.

Parham (Commissioner of the Department of Human Resources of Georgia) c. J.R., 442 U.S. 584 (1979) — 255.

Paris Adult Theatre c. Slaton, 413 U.S. 49 (1973) — 246.

Parratt c. Taylor, 451 U.S. 527 (1981) — 178.

Paul c. Davis, 424 U.S. 693 (1976) — 365.

Payton c. New York, 445 U.S. 573 (1980) — 143, 144, 145, 146, 210.

Pell c. Procunier, 417 U.S. 817 (1974) — 176.

Penn Central Transport Co. c. New York, 438 U.S. 104 (1978) — 235.

Pennsylvania c. Labron, (n° 95-1691)(1 juillet 1996) — 165.

Pennsylvania c. Mimms, 434 U.S. 106 (1977) — 162, 214.

Pennsylvania c. Muniz, 496 U.S. 582 (1990) — 333.

Pennsylvania (Board of Probation and Parole) c. Scott, (n° 97-581)(22 juin 1998) — 179.

Pereira c. United States, 347 U.S. 1 (1954) — 281.

Perry c. United States, 294 U.S. 330 (1935) — 191.

Peters c. Hobby, 349 U.S. 331 (1955) — 201.

Pickering c. Board of Education, 391 U.S. 563 (1968) — 229.

Pierce c. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) — 9, 252, 254.

Pittsburgh Press Co. c. Pittsburgh

(Commission on Human Relations), 431 U.S. 376 (1973) — 227.

Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri, Inc. c. Ashcroft, 462 U.S. 416 (1983) — 264.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylnania c. Casey, 505 U.S. 833 (1992) — 267.

Planned Parenthood c. Danforth, 428 U.S. 52 (1976) — 263, 364.

Plessis c. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) — 73, 191, 201, 528.

Plymouth Sedan c. Pennsylnania, 380 U.S. 693 (1965) — 161.

Poe c. Ullman, 367 U.S. 497 (1961) — 145, 259, 412, 417.

Poelker c. Doe, 432 U.S. 519 (1977) — 264.

Powell c. McCormack, 395 U.S. 486 (1969) — 72, 96.

Preston c. United States, 376 U.S. 364 (1964) — 161.

Prince c. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944) — 254.

Procunier c. Martinez, 416 U.S. 396 (1974) — 176, 282.

Pruneyard Shopping Center c. Robins, 447 U.S. 74 (1980) — 232, 247.

Public Utilities Commission c. Pollack, 343 U.S. 451 (1952) — 227, 281.

Quilloin c. Walcott, 434 U.S. 246 (1978) — 255.

Quinn c. Muscare, 425 U.S. 560 (1976) — 365.

Railway Employees Department c. Hanson, 351 U.S. 225 (1956) — 238.

Railway Mail Association c. Corsi, 326 U.S. 88 (1945) — 238.

Rakas c. Illinois, 439 U.S. 128 (1978) — 163, 354, 431.

Rathbun c. United States, 316 U.S. 114 (1942) — 287.

Ratzlaf c. United States, (n° 92-1196)(11 janvier 1994) — 354.

Rawlings c. Kentucky, 448 U.S. 98 (1980) — 209.

Regan c. Wald, 468 U.S. 222 (1984) — 202.

Regents of University of Michigan c. Ewing, 474 U.S. 214 (1985) — 245.

Reid c. Georgia, 448 U.S. 438 (1980) —

206, 213.

Reisman c. *Capli*, 375 U.S. 440 (1964) — 354.

Reno (Attorney General of the United States) et al. c. *ACLU (American Civil Liberties Union)*, (n° 96-511) (26 juin 1997) — 303.

Reno (Attorney General of the United States) c. *Condon*, (n° 98-1464) (12 janvier 2000) — 356.

Reynolds c. *United States*, 98 U.S. 145 (1878) — 269.

Rhodes c. *Chapman*, 452 U.S. 337 (1981) — 176.

Richards c. *Wiscounsin*, (n° 96-5955) (28 April 1997) — 146.

Rios c. *United States*, 364 U.S. 253 — 139, 161.

Robbins c. *California*, 453 U.S. 420 (1981) — 162, 211.

Roberts c. *United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984) — 238, 239.

Rochin c. *California*, 342 U.S. 165 (1952) — 220.

Roe c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973) — 11, 72, 125, 192, 259, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 417.

Rogers c. *Richmond*, 365 U.S. 568 (1961) — 317.

Rogers c. *United States*, 340 U.S. 367 (1951) — 327.

Romer c. *Evans*, (n° 94-1039) (20 Mai 1996) — 252.

Rosario c. *Rockefeller*, 410 U.S. 752 (1973) — 242.

Rosenblatt c. *Baer*, 383 U.S. 75 — 232.

Roth c. *United States*, 354 U.S. 476 (1957) — 228, 281, 286.

Rowan c. *United States (Post Office Department)*, 397 U.S. 728 (1970) — 281.

Runyon c. *McCrary*, 427 U.S. 160 (1976) — 238, 239.

Rust c. *Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) — 266.

Rutan c. *Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990) — 242.

Ryan c. *United States*, 379 U.S. 61 (1964) — 334.

Saenz c. *Roe*, (n° 98-97) (17 mai 1999) — 202.

Saia c. New York, 334 U.S. 558 (1948) — 227.

Sandin c. Conner, (n° 93-1911) (19 juin 1995) — 177.

Sandoval c. California, 386 U.S. 948 (1967) — 174.

Santa Fe Independent School District c. Doe, (n° 99-62) (19 juin 2000) — 247.

Scales c. United States, 367 U.S. 203 (1961) — 201, 238.

Schaumbaurg c. Citizens for Better Environment, 444 U.S. 620 (1980) — 226.

Scher c. United States, 305 U.S. 251 (1938) — 160.

Schlagenhauf c. Holder, 379 U.S. 104 (1964) — 220.

Schmerber c. California, 384 U.S. 757 (1966) — 220, 335, 344.

Schneckcloth c. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973) — 321, 376, 377, 379, 385.

Schneider c. New Jersey, 308 U.S. 147 (1939) — 226.

Schware c. New Mexico (Board of Bar Examiners of), 353 U.S. 232 (1957) — 245.

Schwartz c. Texas, 344 U.S. 199 (1952) — 287.

Scott c. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) — 103, 199.

Securities and Exchange Commission c. Jerry T. O'Brien Inc., 467 U.S. 735 (1984) — 355.

See c. Seattle (City of), 387 U.S. 541 (1967) — 154.

Services c. Dulles, 354 U.S. 363 (1957) — 201.

Shapiro c. Thompson, 394 U.S. 618 (1969)— 201, 202, 251.

Shapiro c. United States, 335 U.S. 1 (1948) — 328.

Shelley c. Kraaemer, 334 U.S. 1 (1948) — 235.

Shelton c. Tucker, 364 U.S. 479 (1960) — 236.

Shipley c. California, 395 U.S. 818 (1969) — 210.

Sibbach c. Wilson, 312 U.S. 1 (1941) — 220.

Sibron c. New York, 392 U.S. 40 (1968) — 214.

Sibron c. United States, 354 U.S. 449 (1957) — 208, 209.

Silverman c. United States, 365 U.S. 505 (1961)— 296, 297, 430.

Silverthorne Lumber Co. c. United States, 251 U.S. 385 (1920) — 139.

Singleton c. Wulff, 428 U.S. 106 (1976) — 263.

Simopoulos c. Virginia, 462 U.S. 506 (1983) — 264.

Skinner c. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942) — 222, 223, 259.

Skinner c. Railways Labor Executives' Association, 489 U.S. 602 (1989) — 156, 345, 380.

Slaughterhouses Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873) — 189.

Smith c. Albright, 321 U.S. 649 — 238.

Smith c. Hitchcock, 226 U.S. 53 (1912) — 280.

Smith c. Maryland, 442 U.S. 735 (1979) — 288, 371.

Smith c. Ohio, 494 U.S. 541 (1990) — 381.

Smith c. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816 (1977) — 252.

Sniadach c. Family Finance Corp., 395 U.S. 337 (1969) — 251.

Sosna c. Iowa, 419 U.S. 393 (1975) — 202, 252.

South Dakota c. Neville, 459 U.S. 553 (1966) — 335.

South Dakota c. Opperman, 428 U.S. 364 (1976) — 163, 211.

Standford c. Texas, 379 U.S. 476 (1965) — 143.

Stanley c. Georgia, 394 U.S. 557 (1969) — 145, 246.

Stanley c. Illinois, 405 U.S. 645 (1972) — 418.

Starns c. Malkerson, 401 U.S. 985 (1971) — 203.

Steagald c. United States, 451 U.S. 204 (1981) — 145, 210.

Steele c. United States, 267 U.S. 498 (1925) (n° 94-749) (19 juin 1995) — 226.

Stenberg (A.G. of Nebraska) c. Carhart, (n° 99-830) (28 juin 2000)— 268.

Stone c. Graham, 449 U.S. 39 (1980) — 246.

Stoner c. California, 376 U.S. 483 (1964) — 380.

Storer c. Brown, 415 U.S. 724 (1974) — 242.

Sullivan c. Little Hunting Park, 396 U.S. 229 (1969) — 239.

Sweezy c. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957) — 201, 235.

Talley c. California, 362 U.S. 60 (1960) — 226, 238.

Taylor c. United States, 286 U.S. 1 (1932) — 174.

Tennessee c. Garner, 471 U.S. 1 (1985) — 206.

Terry c. Adams, 345 U.S. 461 (1953) — 238.

Terry c. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) — 208, 213, 214.

Texas c. Brown, 460 U.S. 730 (1983) — 162, 164, 175.

Texas c. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) — 247.

Texas c. White, 423 U.S. 67 (1975) — 162.

The Amistad, 40 U.S. 518 (1841) — 103.

Thompson c. Louisiana, 469 U.S. 17 (1984) — 145.

Thornburgh c. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) — 264, 267, 271, 364.

Tinker c. Des Moines School District, 393 U.S. 503 (1969) — 229, 246.

Torres c. Puerto Rico, 442 U.S. 465 (1979) — 181, 182.

Trop c. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) — 201.

Troxel c. Gramville, (n° 99-138) (5 juin 2000) — 257.

Trupiano c. United States, 334 U.S. 699 (1948) — 210.

Turner c. Department of Employment and Security, 423 U.S. 44 (1975) — 259.

Turner c. Safley, 482 U.S. 78 (1987) — 252.

Ullman c. United States, 350 U.S. 422 (1956) — 317, 322.

Union Pacific Railroad c. Bostford, 141 U.S. 250 (1891) — 220.

United Building & Construction Trade Council c. Mayor of Camden, 465 U.S. 208 (1984) — 204.

United Mines Workers c. Illinois (State Bar Association), 389 U.S. 217 (1967) — 237.

United States c. Ash, 413 U.S. 300 (1973) — 379.

United States c. Bisceglia, 420 U.S. 141 (1975) — 334, 371.

United States c. Biswell, 406 U.S. 311 (1972) — 155, 377.

United States c. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873 (1975) — 163, 206, 207, 213.

United States c. Calandra, 414 U.S. 338 (1974) — 313.

United States c. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938) — 105.

United States c. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977) — 162, 174, 211, 212.

United States c. Cortez, 449 U.S. 411 (1981) — 213.

United States c. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973)— 335.

United States c. Doe, 465 U.S. 605 (1984) — 327, 328, 354.

United States c. Dunn, 480 U.S. 294 (1987) — 173.

United States c. Edwards, 415 U.S. 800 (1974) — 212.

United States c. Edwards, 433 U.S.1 (1977) — 209.

United States c. Euge, 444 U.S. 707 (1980) — 335.

United States c. Fleischman, 339 U.S. 349 (1950) — 327.

United States (Department of Defense) c. Florida, (n° 92-1223) (23 février 1994) — 365.

United States (Postal Service) c. Greenburgh Civic Association, 453 U.S. 114 (1981) — 283.

United States c. Guest, 383 U.S. 745 (1966) — 239.

United States c. Henry, 447 U.S. 264 (1980) — 177.

United States c. Hensley, 469 U.S. 221 (1985) — 213, 214.

United States c. Hubbell, (n° 99-166) (5 juin 2000) — 328.

United States c. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984) — 174, 175, 282.

United States c. Jeffers, 342 U.S. 48 (1951) — 139.

United States c. Johns, 469 U.S. 478 (1985) — 162, 162.

United States c. Johns, 469 U.S. 478 (1981) — 174.

United States c. Johnson, 457 U.S. 537 (1982) — 144.

United States c. Karo, 468 U.S. 705 (1984) — 301.

United States c. Knotts, 460 U.S. 276 (1983) — 300, 302.

United States c. Kordel, 397 U.S. 1 (1970) — 321.

United States c. Lee, 274 U.S. 559 (1927) — 180.

United States c. Lefkowitz, 285 U.S. 452 (1932) — 209, 313.

United States c. Mandujano, 425 U.S. 564 (1976) — 318.

United States c. Mara, 410 U.S. 19 (1973) — 335.

United States c. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1976) — 163, 213.

United States c. Matlock, 415 U.S. 164 (1974) — 377, 380.

United States c. McNabb, 318 U.S. 332 (1943) — 316.

United States c. Mendenhall, 446 U.S. 544 (1980) — 206, 207, 379.

United States c. Miller, 425 U.S. 435 (1976) — 326, 354, 371.

United States c. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531 (1985) — 182, 183, 185, 207, 221.

United States c. Nixon, 418 U.S. 683 (1974) — 321.

United States c. Nobles, 422 U.S. 225 (1975) — 326, 327.

United States c. O'Brien, 391 U.S. 367 — 247.

United States c. Orito, 413 U.S. 139 (1973) — 144.

United States c. Ortiz, 422 U.S. 891 (1975) — 163, 181.

United States c. Payner, 447 U.S. 727 (1980) — 326, 354.

United States c. Peltier, 422 U.S. 531 (1975) — 163, 181.

United States c. Place, 462 U.S. 696

(1983) — 207.

United States c. Powell, 379 U.S. 48 (1964) — 328, 334, 371.

United States c. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950) — 210, 431, 432.

United States c. Ramirez, (n° 96-1569) (4 mars 1998) —146.

United States c. Ramsey, 431 U.S. 606 (1977) — 181, 182, 282.

United States c. Reidel, 402 U.S. 351 (1971) — 246, 282.

United States (Department of Justice) c. Reporters Committee, 489 U.S. 749 (1989) — 365.

United States c. Robel, 389 U.S. 258 (1967) — 201, 237.

United States c. Robinson, 414 U.S. 218 (1973) — 162, 212.

United States c. Ross, 456 U.S. 798 (1982) — 161, 175, 212.

United States c. Rylander, 460 U.S. 752 (1983) — 328.

United States c. Santana, 427 U.S. 38 (1976) — 150, 174.

United States c. Sharpe, 470 U.S. 675 (1985) — 164, 207.

United States c. Sokolow, 490 U.S. 1 (1989) — 182, 213.

United States c. Thiry-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971) — 246.

United States c. United States District Court, 497 U.S. 297 (1972) — 144, 288.

United States c. Van Leeuwen, 397 U.S. 249 (1970) — 281.

United States c. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990) — 359.

United States c. Villamonte-Marquez, 462 U.S. 579 (1983) — 182.

United States c. Washington, 431 U.S. 181 (1977) — 317, 318, 322.

United States c. Wade, 388 U.S. 218 (1967) — 336.

United States c. Wallace & Ternan Co., 336 U.S. 793 (1959) — 326.

United States c. Watson, 423 U.S. 411 (1976) — 208, 210, 379.

United States c. White, 322 U.S. 694 (1944) — 313, 327.

United States c. White, 401 U.S. 745

(1971) — 298, 355.

United States c. Wong, 431 U.S. 174 (1977) — 318.

Uphaus c. Wyman, 364 U.S. 388 (1960) — 201, 204, 238.

United Transportation Union c. Michigan (State Bar of), 401 U.S. 576 (1971) — 233, 236, 237.

University of Wiscounsin (Board of Regent of the) c. Southworth, (n° 98-1189)(22 mars 2000) — 244.

Vacco (Attorney General of New York) c. Quill, (n° 95-1858) (26 juin 1997) — 273.

Vale c. Louisiana, 399 U.S. 30 (1970) — 210.

Valentine c. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942) — 227, 305.

Vernonia School District 47J c. Acton, (n° 94-590) (26 juin 1995) — 157, 219, 344, 380.

Village of Belle Terre c. Boraas, 416 U.S. 1 (1974) — 234, 235.

Vitek c. Jones, 445 U.S. 480 (1980) — 248.

Virginia Pharmacy Board c. Virginia Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) — 227, 305.

Vlandis c. Kline, 412 U.S. 441 (1973) — 203.

Von Cleef c. New Jersey, 395 U.S. 814 (1969) — 210.

Wallace c. Jaffnee, 472 U.S. 38 (1985) — 246.

Walter c. United States, 447 U.S. 649 (1980) — 283.

Walters c. National Association of Radiation Survivors, 473 U.S. 305 (1985) — 237.

Warden c. Hayden, 387 U.S. 294 (1967) — 319, 336, 431.

Washington c. Chrisman, 455 U.S. 1 (1982) — 175.

Washington c. Glucksberg, (n° 96-110) (26 juin 1997) — 273.

Waters c. Churchill (n° 92-1459) (31 mai 1996) — 229.

Watkins c. United States, 354 U.S. 178 (1957)— 201, 238, 321.

Webster c. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989) — 265, 266, 267.

Weeks c. United States, 232 U.S. 383 (1914) — 209, 313.

Weiss c. United States, 308 U.S. 321 (1939) — 287.

Welsh c. Wiscounsin, 466 U.S. 740 (1984) — 145.

West Coast Hotel c. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) — 8, 192, 261.

West Virginia (Board of Education) c. Barnette, 319 U.S. 624 (1943) — 109, 244, 245, 246.

Whalen c. Roe, 423 U.S. 1313 (1975) — 372.

Whalen c. Roe, 429 U.S. 589 (1977) — 365, 371, 412.

Washington c. Harper, 494 U.S. 210 (1990) — 179.

Wheeler c. United States, 226 U.S. 478 (1913) — 313, 327.

Whiteley c. Warden, 401 U.S. 560 (1971) — 164.

Whitley c. Alber, 475 U.S. 312 (1986) — 178, 180.

Whren c. United States, (n° 95-5841) (10 juin 1996) — 166.

Williams c. Rhodes, 393 U.S. 23 (1968) — 242.

Williams c. United States, 401 U.S. 646 (1971) — 210.

Williamson c. Lee Optical, 348 U.S. 483 (1955) — 243.

Wilson c. Arkansas, 514 U.S. 927 (1995) — 146.

Wilson c. Layne, (n° 98-83)(24 mai 1999) — 146.

Wilson c. United States, 221 U.S. 361 (1911) — 313, 327, 328.

Winston c. Lee, 470 U.S. 753 (1985) — 221.

Winters c. New York, 333 U.S. 507 (1948) — 246.

Wisconsin c. Constantineau, 400 U.S. 433 (1971) — 365.

Wisconsin c. Yoder, 406 U.S. 205 (1972) — 239, 254, 255.

Wolf c. Colorado, 338 U.S. 25 (1949) — 287.

Wolf Packing Co. c. Court of Industrial Relations, 262 U.S. 222 (1923) — 190.

Wolff c. McDonnell, 418 U.S. 539 (1974) — 177.

Wong Sun c. United States, 371 U.S. 471 (1963) — 378.

Wooley c. Maynard, 430 U.S. 705 (1977) — 232, 246.

Wyman c. James, 400 U.S. 309 (1971) — 155.

Wyoming c. Houghton, (n° 98-184) (5 avril 1999) — 165.

Yates c. United States, 355 U.S. 298 (1957) — 201.

Ybarra c. Illinois, 444 U.S. 85 (1979) — 214.

Young c. American Mini Theatres, 427 U.S. 50 (1976) — 227

Youngberg c. Romeo, 457 U.S. 307 (1982) — 248, 251.

Zablocki c. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) — 252.

Zap c. United States, 328 U.S. 624 (1946) — 377.

Zemel c. Rusk, 381 U.S. 1 (1965) — 201.

Zobel c. Williams, 457 U.S. 55 (1982) — 202.

Zucht c. King, 260 U.S. 174 (1922) — 222.

III. Comité des droits de l'homme (Genève, New York)

A. S. c. Canada (1984), Communication n° 68/1980 (31mars1981), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 27 (1984) — 451.

Berry c. Jamaïque, Communication n° 330/1988, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/330/1988 (1994) — 451.

Brigitte c. Australie, Communication n° 659/1995, Doc. N.U. CCPR/C/51/C/58/D/659/1995 (1996) — 451.

Blancov c. Nicaragua (1994), Communication n° 328/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/328/1988 (1994) — 453.

Calepli c. Suède, Communication n° 456/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991(1994) — 451.

Coeriel et autres c. Pays-Bas (1994), Communication n° 453/1991, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/453/1991 (1994) —

448, 454.

Crafton Tomlin c. Jamaïque (1996), Communication n° 589/1994, U.N. Doc. CCPR/C/57/D/589/1994 (1996) — 456.

Essonno Mika Miha c. Guinée Équatoriale, Communication n° 414/1990, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/414/1990(1994) — 451.

Fei c. Colombie, Communication n° 514/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/514/1992(1995) — 451.

Glaziou c. France, Communication n° 452/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/452/1991(1994) — 451.

González del Río c. Pérou, Communication n° 263/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/263/1997 (1992) — 451.

Griffin c. Espagne, Communication n° 493/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/493/1992 (1995) — 451.

H.H. c. Autriche, Communication n° 427/1990, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/427/1990 (1992) — 451.

Holzer c. Italie, Communication n° 565/1993, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/565/1993 (1994) — 451.

J.R.T. et W.G. Party c. Canada, Communication n° 104/1981 (6 avril 1983), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 25 (1984) — 451.

Katombe L. Tshishimbi c. Zaïre, Communication n° 542/1993, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/542/1993 (1996) — 451.

Kénénguéré Ackla c. Togo, Communication n° 505/1992, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/505/1992 (1996) — 451.

K. L. c. Dennemark, Communication n° 59/1979 (26 mars 1980), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 34 (1984) — 451.

K.J.L. c. Finlande, Communication n° 544/1993, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/544/1993 (1993) — 451.

K.L.B.-W. c. Australie, Communication n° 499/1992, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/499/1992/Rev. 1 (1993) — 451.

Könye c. Hongrie, Communication n° 520/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/520/1992 (1994) — 451.

Land c. Autriche, Communication n° 659/1995, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/659/1995 (1996) — 451.

M.A.B., W.A.T. et J.-Y.T. c. Canada,

Communication n° 570/1993, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/570/1993 (1994) — 451.

Mónaco de Gallicchio et autres c. Argentine, Communication N° 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995) — 451.

N. S. c. Canada, Communication n° 26/1978 (28 juillet 1978), U.N. Doc. CCPR/C/OP1 à la p. 19 (1984) — 451.

N.B. c. Suède, Communication n° 175/1984 (11 juillet 1985), U.N. Doc. CCPR/C/OP1 à la p. 53 (1984) — 451.

Oló Bahamonde c. Guinée Équatoriale, Communication n° 468/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/468/1991(1993) — 451.

Oulajin & Kaiss c. Pays-Bas, Communication n° 406/1990 et 426/1990, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/406 et 426/19901(1992) — 451.

P.S. c. Dannemark, Communication n° 397/1990, U.N. Doc. CCPR/C/45/D/397/1990(1992) — 451.

Rickly Burrell c. Jamaïque, Communication n° 546/1993, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/546/1993(1996) — 451.

R.L. et autres c. Canada, Communication n° 358/1989, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/358/1989(1991) — 451, 452.

Sandra Lovelace c. Canada, Communication N° 24/1977 (31juillet 1980), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 37 (1984) — 452.

Shirin Aumeeruddy-Cziffra et autres c. Mauritanie (1984), Communication n° 35/1978 (9 avril 1981), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 67 (1984) — 455.

S.S. c. Norvège, Communication n° 79/1980 (2 avril), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 30 (1984) — 452.

Toonen c. Australie (1994), Communication n° 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) — 454.

T.P. c. Hongrie, Communication n° 490/1992, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/490/1992(1993) — 452.

Vaihere Bordes et John Temeharo c. France, Communication n° 645/1995, U.N. Doc. CCPR/C/57/D/645/1995 (1996) — 452.

V.E.M. c. Espagne, Communication n° 656/1995, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/656/1995 (1995) — 452.

V.O. c. Norvège, Communication n°

168/1984 (17 juillet 1985), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 à la p. 48 (1984) — 452.

IV. Cour interaméricaine des droits de l'homme (San Josée, Costa Rica) Commission interaméricaine des droits de l'homme (Washington, D.C.)

Alejandro Piché Cuja c. Gautémala, Cour Interam. D.H., Rapport n° 36/93, OEA/Sér. L/V/II.8.5 Doc.97 rev (1993) — 468.

Diana Ortiz c. Guatemala (1996), Cour Interam. D. H., n° 31/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 332 (1997)— 472, 473.

Francisco Martorell c. Chili (1996), Com. Interam. D. H., n° 11/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 234 (1996) — 462.

Garcia c. Pérú (1995), Cour Interam. D. H., n° 1/95, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev.1 à la p. 71 (1995) — 469.

Ita Ford c. El Salvador , Cour Interam. D.H., Rapport n° 24/83, OEA/Sér. L/V/II.61 Doc.22 rev. 1 (1983) — 468.

Joseph c. Canada (1994), Com. Interam. D.H., n° 27/93, OÉA OEA/Ser.L./V/II.85, doc. 9 (1994) — 460.

Raquel Martí de Mejía c. Pérú (1996), Cour Interam. D. H., n° 5/96, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 rev.1 à la p. 157 (1996) — 472.

White and Potter c. États-Unis d'Amérique, Com. Interam. D.H., (n° 2141), OÉA/Ser.L./V/II.52, doc. 48 (1991) — 460.

X. c. Argentine (1996), Com. Interam. D. H., n° 38/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. à la p. 50 (1996)— 461, 462, 471.

V. Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg) Commission européenne des droits de l'homme (Strasbourg)

Affaire A c. France (1993), Cour Eur. D.H., Série A, n° 277-B — 502.

Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni (1985), Cour Eur. D.H., Série A, n° 94 — 493.

Affaire Ahmut c. Pays-Bas (1996), Cour Eur. D. H., 1996-VI, n° 24 — 494.

Affaire Airey c. Irlande, Cour Eur. D.H., Série A, n° 32 — 481.

Affaire Amman c. Suisse (2000), Cour Eur. D.H., (n° 27798/95)(16 février 2000) — 503, 505.

Affaire B. c. France (1992), Cour Eur. D.H., Série A n° 232-C — 485.

Affaire Barreto c. Portugal (1995), Cour Eur. D.H., Série A, n° 334. — 483.

Affaire Beldjoudi c. France (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 234-A — 496.

Affaire Berrehab c. Pays-Bas (1988), Cour Eur. D.H., Série A, n° 138 — 494.

Affaire Botta c. Italie (1998), Cour Eur. D.H., 1998-I, n° 66 — 481.

Affaire Boulchelkia c. France (1997), Cour Eur. D.H., 1996-I, n° 28 — 496.

Affaire Boujlifa c. France (1997), Cour Eur. D.H.,1997-VI, n° 54 — 496.

Affaire Bronda c. Italie (1998), Cour Eur. D.H., 1998-IV, n° 77 — 492.

Affaire Burghatz c. Suisse (1994), Cour Eur. D.H., Série A, n° 280-B — 491.

Affaire Camezind c. Allemagne (1996), Cour Eur. D.H., 1997-VIII, n° 61 — 502.

Affaire Campbell c. Royaume-Uni (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 233 — 477, 498.

Affaire Cologero Diana c. Italie (1996), Cour Eur. D.H., 1996-V, n° 21 — 477, 498.

Affaire Cossey c. Royaume-Uni (1990), Série A n° 184 — 485.

Affaire Costello-Roberts (1993) c. Royaume-Uni, Cour Eur. D.H., Série A, n°247-C — 480.

Affaire Dalia c. France (1998), Cour Eur. D.H., 1998-I, n° 62 — 496.

Affaire Declerck c. Belgique (1978), 21 Comm. Eur. D.H., n° 8307/78 — 481.

Affaire Domenichini c. Italie (1996), Cour Eur. D.H., 1996-V, n° 22 — 477, 498.

Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni (1981), Cour Eur. D.H., Série A, n° 45 — 485, 486, 487.

Affaire El Boujaïdi c. France (1997), Cour Eur. D.H., 1997-VI, n° 51 — 496.

Affaire F. c. Suisse (1987), Cour Eur.

D.H., Série A, n° 128 — 490.

Affaire Funke c. France (1993), Cour Eur. D.H., Série A, n° 256-A, B et C — 482.

Affaire Gaskin c. Royaume-Uni (1989), Cour Eur. D.H., Série A, n° 160 — 505.

Affaire Gillow c. Royaume-Uni (1986), Cour Eur. D.H., Série A, n° 109 — 483.

Affaire Guerra c. Italie (1998), Cour Eur. D.H., 1998-I, n° 64 — 481, 483.

Affaire Guillot c. France (1996), Cour Eur. D.H., 1996-V, n° 19 — 491.

Affaire Gül c. Suisse (1996), Cour Eur. D.H., 1996-I, n° 3 — 495.

Affaire Halford c. Rayaume-Uni (1997), Cour Eur. D.H., 1997-III, n° 39 — 503.

Affaire Huvig c. France (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 176-B — 477, 502.

Affaire Johnston et autres c. Irlande (1986), Cour Eur. D.H., Série A, n° 112 — 490.

Affaire Khan c. Rayaume-Uni (2000), Cour Eur. D.H., (n° 35394/97)(12 mai 2000) — 500.

Affaire Klass c. Allemagne (1978), Cour Eur. D.H., Série A, n° 28 — 499.

Affaire Kopp c. Suisse (1998), Cour Eur. D.H., 1998-II, n° 67 — 502, 503.

Affaire Kruslin c. France (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 176-A — 477, 502.

Affaire Lambert c. France (1999), Cour Eur. D.H., (n° 23618/94)(24 août 1999) — 504.

Affaire Larkos c. Chypre (1999), Cour Eur. D.H., (n° 29515/95)(18 février 1999) — 483.

Affaire Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni (1997), Cour Eur. D.H., 1996-I, n° 29 — 485.

Affaire Léander c. Suède (1987), Cour Eur. D.H., Série A, n° 116 — 504.

Affaire López Ostra c. Espagne (1989), Cour Eur. D.H., Série A, n° 303-C — 481, 483.

Affaire Lustig-Préan c. Rayaume-Uni (1999), Cour Eur. D.H., (n° 31417/96)(27 septembre 1999) — 487.

Affaire Malone c. Royaume-Uni (1984), Cour Eur. D.H., Série A, n° 82 — 500.

Affaire Marckx c. Belgique (1979), Cour Eur. D.H., Série A, n° 31 — 488.

Affaire McCallum c. Royaume-Uni (1990), Cour Eur. D.H., Série A, n° 183 — 498.

Affaire Mehemi c. France (1997), Cour Eur. D.H., 1997-VI, n° 51 — 496.

Affaire Mentes c. Turquie (1997), Cour Eur. D.H., 1997-VIII, n° 59. — 484.

Affaire Miailhe c. France (1993), Cour Eur. D.H., Série A , n° 277-C — 482.

Affaire Modinos c. Chypre (1993), Cour Eur. D.H., Série A, n° 259 — 485.

Affaire Moutsaquim c. Belgique (1991), Cour Eur. D.H., Série A, n° 193 — 494.

Affaire M.S. c. Suède (1997), Cour Eur. D.H., Série A, 1997-IV, n° 44 — 505.

Affaire Niemietz c. Allemagne (1992), Cour Eur. D.H., Série A, n° 251-B — 481, 483, 502.

Affaire Norris c. Irlande (1988), Cour Eur. D.H., Série A, n° 142 — 485, 487.

Affaire O, H, W, B, et R c. Royaume-Unis (1987), Cour Eur. D.H., Série A, n° 120 et 121— 491.

Affaire Olsson c. Suède (n° 1) (1988), Cour Eur. D.H., Série A, n° 130 — 492.

Affaire Petrovic c. Autriche (1998), Cour Eur. D.H., 1998-II, n° 67 — 489, 490.

Affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni (1990), Cour Eur. D.H., Série A, n° 172 — 484.

Affaire Raninen c. Finlande (1997), Cour Eur. D.H., 1997-VIII, n° 66 — 480.

Affaire Rasmussen c. Danemark (1984), Cour Eur. D.H., Série A, n° 87 — 489.

Affaire Rees c. Royaume-Uni (1986), Cour Eur. D.H., Série A, n° 106 — 485.

Affaire Sheffield et Horseman c. Rayaume-Uni (1998), Cour Eur. D.H., 1998-V, n° 84 — 485.

Affaire Silver et autres c. Royaume-Uni (1983), Cour Eur. D. H., Série A, n° 61 — 477, 497.

Affaire Söderbäck c. Suède (1998), Cour Eur. D.H., (n° 24484/97) (28 octobre 1998) — 492.

Affaire Smith et Grady c. Rayaume-Uni (1999), Cour Eur. D.H., (n° 33985/96 et n° 33986/96)(27 septembre 2000) — 487.

Affaire Stjerna c. Finlande (1994), Cour Eur. D.H., Série A, n° 299-B — 481, 491.

Affaire Van Oosterwijck c. Belgique (1980), Cour Eur. D.H., Série A, n° 40 — 485.

Affaire Vermeire c. Belgique, Cour Eur. D.H., Série A, n° 214-C — 488.

Affaire X c. Rayaume-Uni (1981), Comm. Eur. D.H., Série A, n°46 — 486.

Affaire X, Y, Z c. Rayaume-Uni (1997), Cour Eur. D.H., 1997-II, n° 35 — 491.

Affaire X et Y c. Pays-Bas (1985), Cour Eur. D.H., Série A, n° 91 — 480, 481, 485, 492.

Affaire Z. c. Finlande (1997), Cour Eur. D.H., 1997-I, n° 31 — 505

VI. Autres juridictions

Airedale N.H.S. Trust c. Bland, [1993] 2 W.L.R. 316 (H.L.) — 274.

Bonham's Case (1610), 8 Rep. 114 — 88.

British Coal Corporation c. R., [1933] A.C. 500 — 420.

Campbell c. Hall, [1774] Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.) — 421.

Day c. Sadvage (1610), Hob. 85 — 88.

Entick c. Carrington (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils K.B. 275 — 142, 144.

Huckle c. Monney (1763), 2 Wils K.B. 205, 95 E.R. 768 — 142.

Lawrence c. Hedger (1810), 128 E.R. 6 — 213.

Leach c. Monney (1765), 19 State Tr. 1001 — 142.

Minister of Home Affairs c. Fisher, [1980] A.C. 319 — 120.

Re Copeland and Adamson (1972), 7 C.C.C. (2d) 393 — 51.

Robertson c. Rochester Folding Box (1902), 64 N.E. 442 — 53.

Schuyler c. Curtis (1891), 15 N.Y. Suppl. 787 — 53.

Semayne's Case, 5 Coke's Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1604) — 140, 141.

Victoria Park Racing and Recreation Grounds Co. c. Taylor (1937), 58 C.L.R. 479 (H.C.) — 51.

Wilkes c. Lord Halifax (1769), 19 State

Tr. 1046 — 144. 489 — 1.

Wilkes c. Wood (1763), Lofft 1, 98 E.R.

Table onomastique

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages, les caractères gras à une fiche biographique et les italiques à un nom collectif)

— A —

Abbott (Juge) — 68, 69.
Abran (F.) — 28,
Ackerman (B.A.) — 106.
Acton (Lord) — 77.
Adema (A.) — 344.
Agresto (J.) — 99.
Aguilara-Urbana (F.J.) — 458.
Alba Navarro (M.) — 487.
Alden (J.R.) — 92.
Alkema (A.E.) — 485, 492, 493, 500.
Altman (I.) — 33.
Amsterdam (A. G.) — 131.
Andrews (J.) — 483, 485, 487, 490, 491, 492, 493, 501.
Anger (L.) — 141, 155.
Anglin (Juge) — 105.
Arbour (J.-M.) — 58, 59, 61, 63, 64, 65, 515, 518, 519, 520, 528.
Ardrey (R.) — 21.
Aries (P.) — 23.
Assemblée générale des Nations Unies — 445, 446.
Assemblée Nationale — 310.
Astrens (J.) — 280.
Austin (J.) — 102.

— B —

Badiali (G.) — 491.
Bahamin (P.) — 346.
Bala (N.) — 258.
Bale (.) — 427.
Barber (S.A.) — 99.
Barreau du Québec — 308, 345.
Barth (A.) — 323.
Barzelay (.) — 263.
Bastarache (Juge) — 44, 45, 50, 116, 117, 220, 361,
Bates (A.P.) — 25, 33.
Bates (F.) — 39.
Baudouin (Juge) — 39, 40, 41, 45, 50, 52.
Bayesky (A. F.) — 66, 108, 521, 522.
Baylin (B.) — 92.
Beaney (W.M.) — 261.
Beaud (M.) — 82.
Beaudouin (Sénateur) — 42, 59, 65, 324, 402, 473, 515, 519, 521.
Beaulac (S.) — 395.
Bédard (R.) — 478.
Bedau (H.U.) — 376.
Beetz (Juge) — 63, 109, 331, 397, 425, 426.
Bélanger-Hardy (L.) — 427, 429.
Belknap (M.R.) — 6.
Béliveau (Juge) — 339, 340.
Bell Canada — 291.
Bellemare (D. A.) — 288, 290, 291, 292.
Belz (H.) — 393.

Benn (S.I.) — 13, 25, 375.
Bentham (J.) — 90, 190, 250, 318, 319.
Benyekhlef (K.) — 15, 28, 134, 402, 413, 418, 419, 420, 508, 509, 510.
Berger (R.) — 104, 416, 419.
Berger (V.) — 476,
Berlin (I.) — 253, 375.
Berlin (M.L.) — 473.
Bertelsman (W.O.) — 416.
Berzins (C.) — 368.
Bezanson (R.P.) — 234.
Bickel (A.M.) — 73, 99, 107, 108, 376, 387.
Bickenback (J.E.) — 100.
Bigenwald (A.) — 473, 478.
Bilodeau (R.) — 109.
Bing (J.) — 512.
Binnie (Juge) — 361.
Birkinshaw (P.) — 311.
Bisson (A.-F.) — 65.
Black (Juge) — 8, 16, 72, 103, 156, 194, 227, 230, 262, 415.
Blackmun (Juge) — 16, 159, 263, 264, 267, 272.
Blackstone — 90.
Blom-Cooper (L.) — 325.
Blontrock (P.) — 502.
Bloustein (E.) — 32, 241.
Bobbitt (P.) — 103, 105, 106.
Boisvert (A.-M.) — 324.
Bolívar (S.) — 458.
Borden (Sir Robert) — 122.
Borgeat (L.) — 394, 421.
Bork (Juge) — 18, 267.
Bossuyt (M.) — 489.
Bouilouis (J.) — 418.
Bourbonnais Hyde (C.) — 427, 429.
Brabant (F.) — 292.
Bradley (Juge) — 145, 146, 314.
Bradley (P.) — 235.
Brandeis (Juge) — 29, **30**, 32, 54, 55, 228, 282, 288, 289.
Brandt (G.J.) — 413, 414.
Breggin (.) — 251.
Breillat (D.) — 444, 445.
Brennan (Juge) — 73, 98, 156, 159, 263, 267, 337, 366, 414, 433.
Brest (P.) — 106.
Breyer (Juge) — 267.
Brittan (L.) — 55.
Bronaugh (R.) — 427.
Brun (H.) — 42, 43, 65, 68, 393, 394, 396.
Brim (O.G.) — 33.
Brown (R.E.) — 234.
Buckle (H.T.) — 85.
Buergenthal (T.) — 456, 458.
Burdeau (G.) — 9, 10, 16, 78, 79, 80, 89, 94.
Burgdorf (R.L.) — 224.
Burger (Juge) — 178, 213, 227, 266, 267, 271, 283, 320.
Burke (E.) — 389.
Burns (J.H.) — 190.
Burns (P.) — 24, 35, 53, 54, 130.
Burton (Juge) — 229.
Bush (Président) — 267, 269.
Butler (Juge) — 193.
Byrne (J.) — 306, 307.

— C —

Callewaert (J.) — 487, 489, 498.
Calvin (J.) — 81.
Camden (Lord) — 144, 280, 400.

Campbell (D.) — 341.
Camus (J.D.) — 311.
Cannon (Juge) — 516.
Caplan (R.L.) — 417.
Cardinal (A.) — 39.
Carlier (J.-Y.) — 496.
Caron (M.) — 40.
Carr (J.G.) — 290.
Carr (K.) — 323.
Carreau (D.) — 511.
Carroll (M.W.) — 306.
Cartwright (Juge) — 70, 426.
Cassin (R.) — 444.
Castberg (F.) — 476.
Castro-Rial Garrone (F.) — 485, 486, 489, 492, 493, 498, 501.
Catherine d'Aragon — 82.
Caute (D.) — 6.
Cerna (C.M.) — 464.
Chaffee (Z.) — 230.
Chambre des communes — 291, 310.
Chapin (F.S.) — 33.
Chapman (J.W.) — 3, 24, 25, 26, 31, 130, 138.
Charles I^er^ (1516-1556) (dit Charles Quint) — 81, 83.
Charles I^er^ (1625-1649) — 80, 83, 84, 143.
Charles II (1660-1685) — 80, 84, 85.
Chevrette (F.) — 131, 402.
Chorney (N.M.) — 292.
Chouinard (Juge) — 294, 397, 398.
Christie (G.C.) — 234.
Christie (I.) — 325.
Churchill (Sir Winston) — 474.
Clarke (Juge) — 158.
Clark (R.H.) — 262.
Clark (R.M.) — 416.
Clay (E.) — 73.
Claydon (J.) — 66, 524.
Clément VII (Pape) — 82.
Cliche (G.) — 473.
Clinton (Président) — 267.
Clisthène — 5.
Cohen (M.) — 6, 521, 522.
Cohen (S.A.) — 28, 219, 292, 371.
Cohen-Jonathan (G.) — 476, 483, 485, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 498, 500, 501, 503, 505.
Coke (Lord) — 90, 143, 400.
Comeau (P.-A.) — 50.
Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — 292.
Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes — 279.
Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes relativement au projet de résolution portant adresse à Sa Majesté La Reine concernant la Constitution du Canada — 1, 2.
Commissaire à la protection de la vie privée — 344, 345.
Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada — 292.
Commission de réforme du droit du Canada — 141, 145, 225, 273, 325, 340.
Commission de réforme du droit de l'Ontario — 280.
Commager (H.S.) — 92.
Condorcet — 388.

Congrès — 290, 295, 317, 322, 323, 344, 347, 416,
Conseil canadien du droit international — 460.
Conseil de l'Europe — 474, 475, 476.
Conseil des sciences du Canada — 344.
Connelly (A.M.) — 484.
Cooley (T.) — 29, 30.
Cordozo (Juge) — 102
Corneau (.) — 50
Cornfield (D.A.) — 53.
Corvisier (A.) — 80, 81.
Cory (Juge) — 44, 45, 115, 116, 117, 118, 126, 147, 150, 169, 170, 171, 172, 198, 218, 219, 232, 233, 245, 252, 258, 275, 297, 302, 331, 334, 340, 343, 352, 353, 354, 357, 361, 383, 386, 406, 411, 436, 438, 527, 528, 529.
Cosman (R.W.) — 53.
Côté (P.-A.) — 57.
Côté (R.) — 371.
Cour Anglin (1924-1933) — 105, 518.
Cour Burger (1969-1986) — 74, 133, 137, 147, 152, 154, 156, 157, 163, 164, 165, 166, 168, 175, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 187, 194, 203, 204, 205, 208, 213, 214, 215, 221, 222, 229, 230, 231, 234, 236, 238, 241, 243, 244, 247, 248, 249, 255, 257, 263, 264, 265, 283, 284, 285, 286, 290, 295, 300, 302, 304, 307, 315, 322, 323, 328, 329, 330, 331, 335, 346, 355, 363, 365, 372, 378, 381, 387, 433, 434,
Cour Cartwright (1967-1970) — 69, 70.
Cour Dickson (1984-1990) — 2, 37, 58, 121, 123, 125, 134, 149, 151, 152, 160, 168, 181, 184, 195, 197, 207, 209, 212, 216, 217, 225, 231, 232, 251, 257, 293, 296, 299, 301, 303, 308, 320, 325, 326, 331, 332, 336, 340, 342, 349, 356, 361, 369, 392, 398, 400, 401, 402, 403, 408, 409, 425, 426, 434,
Cour Duff (1933-1944) — 231, 518.
Cour Fauteux (1970-1973) — 70.
Cour Fuller (1888-1910) — 73, 191, 201, 222, 224, 269, 322, 323, 337,
Cour Hughes (1930-1941) — 162, 192, 193, 222, 228, 229, 246, 256, 289, 366, 378,
Cour Kerwin (1954-1963) — 231, 518.
Cour Lamer (1990-) — 44, 49, 117, 119, 120, 137, 149, 153, 154, 160, 169, 170, 171, 172, 174, 176, 181, 182, 185, 196, 198, 199, 205, 218, 219, 221, 234, 238, 243, 245, 255, 258, 259, 270, 275, 297, 325, 326, 331, 332, 334, 335, 338, 342, 350, 351, 354, 357, 360, 361, 363, 365, 370, 373, 383, 384, 386, 387, 390, 393, 401, 403, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 434, 435, 438, 439, 440,
Cour Laskin (1973-1984) — 71, 149, 152, 286, 294, 326, 390, 391, 392, 396, 397, 398, 428, 518, 519.
Cour Marshall (1801-1836) — 122, 211, 388.
Cour Rehnquist (1986-) — 104, 105, 148, 157, 158, 159, 163, 166, 167, 175, 176, 179, 180, 184, 187, 204, 208, 214, 221, 227, 242, 249, 255, 267, 268, 272, 274, 285, 305, 328, 346, 347, 354, 356, 361, 378, 382, 433, 434, 440,
Cour Rinfret (1944-1954) — 232.
Cour Stone (1941-1946) — 203, 224,

228, 229, 230, 246, 248, 282, 282, 286, 318, 327, 329,
Cour Taney (1836-1864) — 104, 200.
Cour Taft (1921-1930) — 9, 103, 152, 161, 162, 175, 182, 224, 254, 256, 288, 289, 298, 322,
Cour Vinson (1946-1953) — 162, 202, 222, 229, 229, 237, 247, 298, 330, 378, 433,
Cour Waite (1874-1888) — 190, 201, 271, 282, 300, 314, 321, 432,
Cour Warren (1953-1969) — 9, 36, 73, 74, 127, 156, 158, 163, 177, 189, 201, 202, 205, 212, 215, 222, 227, 230, 231, 237, 238, 240, 247, 255, 261, 282, 283, 286, 289, 298, 299, 300, 317, 318, 321, 322, 323, 328, 330, 335, 336, 337, 346, 378, 379, 415, 433, 434, 528.
Cour White (1910-1921) — 158, 228, 329, 330,
Courtney (J.C.) — 325.
Coussirat-Coustère (V.) — 483, 486, 488, 489, 490, 495, 496, 498, 501, 502, 506.
Couture (S.) — 344, 345.
Couvreur (Ph.) — 486.
Cox (A.) — 73.
Craig (J.D.R.) — 25, 52.
Craven (M.) — 448.
Cray (E.) — 286.
Crocket (Juge) — 516.
Cromwell (O.) — 84.
Cromwell (R.) — 84.
Cross (R.) — 427.
Curtis (G.F.) — 427.
Cvetic (G.) — 493.

— D —

Davis (F.) — 31.
Davis (Juge) — 518.
Decaux (E.) — 483, 486, 489, 494, 496.
DeGranpré (Juge) — 397.
De Hert (P.) — 502.
De Houwer (J.) — 508.
Dejeant-Pons (M.) — 487, 489, 498.
Deleury (E.) — 46.
Delgado (J.) — 251.
Delisle (R.J.) — 326.
Delmas-Marty (M.) — 476, 488.
Demers (D.L.) — 344.
DeMontigny (Y.) — 131.
Denning (A.T.) — 427.
DePaule (L.) — 273.
Dewey (T.) — 72.
Dicey (A.C.) — 59, 393, 421.
Dickerson (.) — 145.
Dickson (Juge) — 1, 15, 17, 61, 62, 63, 71, 94, 116, 117, 121, 122, 123, 124, 125, 132, 142, 153, 168, 169, 181, 184, 185, 198, 227, 251, 258, 259, 293, 294, 303, 362, 397, 398, 399, 401, 406, 412, 425, 426, 431, 524, 525, 526, 527, 529, 530.
Diefenbaker (J.) — 1.
Dinwiddy (J.) — 102.
Dixon (R. G.) — 29, 262.
Doswald-Beck (L.) — 479.
Douglas (Juge) — 16, 72, 156, 182, 194, 203, 205, 224, 225, 227, 262, 266, 282, 299, 319, 321, 414, 419,
Driedger (E.A.) — 120.
Drzemczewski (A.) — 476, 477, 483, 485, 486, 490, 492, 493, 494, 495, 498, 501, 505.

Duby (G.) — 23.
Ducharme (L.) — 50.
Duff (Juge) — 231, 516.
Duffar (J.) — 497.
Duffy (P.J.) — 477, 486, 489, 500.
Dunn (J.) — 375, 376.
Duplessis (M.) — 231.
Durant (A.) — 80, 83, 85, 86, 87, 92,
Durant (W.) — 80, 83, 85, 86, 87, 92, 254,
Dussault (H.) — 5, 80, 81.
Dussault (R.) — 394, 421.
Dworkin (R.) — 52, 98, 99, 101, 109, 110, 111, 112, 113, 128, 129, 273, 430.

— E —

Eastland (T.) — 267.
Ecochard (B.) — 483, 486, 497, 498.
Édouard VI (1547-1553) — 82.
Eger (J.M.) — 509.
Ehrcje (W.F.) — 402.
Eichbaum (J.A.) — 262.
Eick (C.N.) — 523.
Eide (A.) — 447.
Eisenhower (J.J.) — 427.
Eisenhower (Président) — 72, 73, 98.
Elizabeth I^re^ (1558-1603) — 79, 82, 83.
Elliott (R.) — 524.
Ellis (R.E.) — 389.
Ékos — 2.
Ély (J.H.) — 106.
Epp (J.) — 1.
Érasme de Rotterdam — 81.
Ercman (S.) — 476.
Ergec (R.) — 476.
Estey (Juge) — 62, 64, 331, 397, 425,
Evans (J.) — 427.
Evriginis (D.) — 477.

— F —

Fairley (H.S.) — 107.
Farenhorts (I.) — 493
Farrell (N.P.) — 460.
Fauteux (Juge) — 70, 71.
Fawcett (J.E.S.) — 476.
Feinberg (J.) — 128, 129, 311.
Feldman (M.B.) — 509.
Filmer (Sir Robert) — 89.
Finkelstein (N.) — 142.
Fishman (W.L.) — 509, 511.
Fiss (O.M.) — 112.
Fitzerald (P.J.) — 427.
Flaherty (D.)— 27.
Flauss (J.-F.) — 502.
Flemming (J.G.) — 52, 53.
Flory (T.) — 511.
Fontana (Juge) — 142, 143.
Forder (C.J.) — 491.
Forsberg (P.) — 510.
Fortas (Juge) — 248, 319.
Foster (W.F.) — 152.
François I^er^ (1515-1547) — 83.
Frank (J.B.) — 73.
Frankfurter (Juge) — 8, 72, 145, 156, 237, 323.
Fréchette (J.-G.) — 50.
Freud (S.) — 26.
Freund (P.A.) — 25, 31, 129, 130.
Fried (C.) — 35, 134, 279.
Friedman (W.) — 427.
Friendly (H.J.) — 317.
Fujimori (Président) — 471.

— G —

Garant (P.) — 131, 395.
Garcia (D.R.) — 509.
Garcia de Enterria (E.) — 486, 487, 489, 500.
Garica Pérez (Président) — 469, 470.
Garrett (R.) — 45, 136.
Gaugush (B.) — 416.
Gavison (R.) — 25.
George II (1727-1760) — 145.
Gerety (T.) — 32, 34, 35, 365,
Gibson (D.) — 13, 26, 32, 50, 133, 138.
Gilis (P.) — 311.
Ginsberg (Juge) — 267.
Ginsburg (D.) — 267.
Girard (L.) — 5, 81.
Girard (P.) — 487.
Glasbeek (.) — 53.
Glenn (H.P.) — 39, 40, 41, 45, 46, 47, 49, 50, 65, 371, 427, 428.
Gobeau (D.) — 46.
Gold (M.) — 122, 123.
Goldberg (Juge) — 16, 239, 262, 318, 379, 414, 419.
Goldstein (E.) — 303.
Goldstrein (L.) — 427, 428.
Gonthier (Juge) — 45, 57, 58, 116, 117, 150, 169, 170, 171, 172, 185, 198, 220, 245, 252, 275, 297, 343, 351, 352, 357, 361, 385, 411, 526, 529.
Goodin (R.E.) — 375.
Gotlieb (C.C.) — 13, 15.
Gordon (D.M.) — 422.
Gordon (H.) — 32.
Gormly (K.) — 25.
Gosselin (J.) — 72, 96, 97, 100, 112, 124, 426, 526, 527.
Gotlieb (A.E.) — 280.
Goyer (J.) — 304, 305.
Graglia (L.A.) — 99.
Grange (S.) — 325.
Gratton (L.-P.) — 51.
Green (L.) — 32.
Greewalt (K.) — 44, 136.
Grenier (B.) — 68.
Grenon (A.) — 427, 429.
Griswold (E.N.) — 317.
Gros-Espiel (H.) — 460.
Gross (H.) — 33.
Grotius (H.) — 90.
Groupe d'étude L'Ordinateur et la vie privée — 2, 3, 12, 13, 36, 132, 133, 134, 278, 280, 363, 364.
Guillaume III d'Orange (1689-1702) — 85.
Guillion (C.) — 273.
Gunther (G.) — 286.
Gutterman (M.) — 301.
Gwyn (R.J.) — 280.

— H —

Haiman (F.) — 230.
Hale (M.) — 142.
Hall (E. T.) — 21.
Hall (Juge) — 70, 71.
Hall (K.L.) — 30, 73, 263, 317, 389, 393.
Hamilton (A.) — 388.
Hand (Juge) — 101.
Hanigsberg (J.E.) — 270.
Hannum (H.) — 466.
Hanson (K.) — 389.
Harbison (W.A.) — 92.

Harlan (Juge) — 16, 147, 158, 237, 262, 300, 433.
Handgartner (Y.) — 483.
Harris (D.J.) — 486, 489, 500.
Harris (J.W.) — 427.
Hart (H.L.A.) — 102, 190.
Hauser (J.) — 486.
Hawreluk (D.) — 234.
Hébert (J.-C.) — 324.
Hébert (M.) — 50.
Henkin (L.) — 24, 262, 442, 446.
Henri VII (1485-1509) — 79.
Henri VIII (1509-1547) — 82.
Herman (L.) — 317.
Heymann (.) — 263.
Heyvaert (A.) — 491.
Hilling (C.) — 462.
Hobart (Juge) — 90.
Hobbes (T.) — 6, **7**, 87, 88, 89, 389.
Hoeffel (J.C.) — 344.
Hoffa (J.) — 381.
Hogg (P.) — 114, 207, 413, 422, 426 .
Holmes (O.W.) — 102, 175, 224, 256, 272, 282.
Honderich (T.) — 21, 101, 102, 375, 376, 389.
Hondius (F.W.) — 510, 511.
Horwitz (M.J.) — 8, 16, 101, 190.
House of Representatives Committee on Un-American Activities — 323.
Hovenkamp (H.) — 194.
Hovius (B.) — 68.
Hughes (Juge) — 193.
Humbert (H.) — 31.
Hume (D.) — 389.
Humphrey (J.) — 444, 520.
Huppé (L.) — 395.
Hutchinson (A.) — 100.

— I —

Iacabucci (Juge) — 45, 116, 147, 150, 170, 171, 185, 198, 252, 258, 275, 297, 334, 343, 351, 352, 357, 361, 362, 364, 385, 386, 411, 429.
Internal Revenue Service (IRS) — 299, 322, 330, 335, 355.
Ittelson (W.H.) — 33.

— J —

Jackson (Juge) — 72, 110, 111, 246, 416.
Jackson (Président) — 388.
Jacobs (F.G.) — 476.
Jacobson (G.V.) — 99.
Jacques I^er^ (1603-1625) — 83.
Jacques II (1685-1688) — 80, 85, 86.
Jakhian (E.) — 483.
Jefferson (Président) — 91, 374, **386**, 389.
Jeffries (J.C.) — 395
Jeter (M.A.) — 163, 214.
Jodouin (A.) — 53.
Johnsen (D.E.) — 270.
Johnson (G.) — 445, 446.
Johnson (Président) — 73.
Jounard (S.M.) — 25, 33.
Judson (Juge) — 70, 71.
Juillard (P.) — 509.
Jung (C. G.) — 26.
Junosza-Zdrojewski (G.) — 483, 502.
Just (H.) — 424.

— K —

Kalven (H.) — 28, 29.
Kauper (P.G.) — 262.
Kayser (P.) — 478.
Kelly (A.H.) — 92.
Kelman (M.) — 100.
Kelsen (H.) — 102.
Kennedy (A.) — 267.
Kennedy (D.) — 100.
Kennedy (Président) — 73.
Kerserlingk (E.W.) — 273, 276.
Kerwin (Juge) — 426, 516.
King (M.L.) — 73.
Kiss (A.) — 9, 503.
Klare (K.E.) — 100.
Knoppers (B.M.) — 50, 344.
Knox (J.) — 81.
Knudtson (P.) — 344.
Kœring-Joulin (R.) — 502.
Kolbert (C.F.) — 487.
Konvitz (M.R.) — 20, 190.
Koopmans (T.) — 489.
Kurland (P.) — 327.
Kyres (C. A.) — 270.

— L —

Lacqué (J.-P.) — 479.
LaFave (W.R.) — 355, 377, 380, .
La Forest (Juge) — 29, 62, 63, 115, 116, 132, 133, 134, 138, 140, 147, 150, 155, 159, 160, 168, 169, 170, 173, 181, 188, 195, 198, 225, 245, 252, 258, 259, 275, 278, 280, 293, 297, 301, 302, 303, 304, 310, 311, 326, 331, 332, 333, 334, 335, 341, 343, 349, 350, 351, 352, 357, 362, 369, 370, 385, 386, 402, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 431, 437, 438, 439, 519, 525, 526, 529.
Laframboise (C.) — 242.
Lalonde (J.) — 304, 305.
Lamarche (L.) — 446.
Lambert (D.) — 427.
Lambert (P.) — 483, 501, 502.
Lamer (Juge) — 45, 61, 62, 66, 116, 118, 119, 125, 149, 154, 169, 170, 172, 197, 220, 275, 293, 297, 326, 331, 332, 333, 334, 343, 349, 352, 357, 361, 385, 397, 398, 402, 403, 404, 406, 407, 412, 426, 429, 525, 526, 527, 530.
Landynski (J.) — 146.
Langlois (R.) — 124.
Laperrière (R.) — 51, 371.
Lapierre (J.) — 2.
Laporte (G.) — 141, 155, 278.
Laskin (Juge Bora) — 57, 68, 70, 71, 396.
Laskin (Juge John B.) — 142.
Lasson (N.) — 146.
Laurendeau (A.) — 304, 305.
Le Bel (M.) — 523.
Le Bonniec (Y.) — 273.
Le Dain (Juge) — 71, 121, 168, 209, 325, 331, 342, 343, 384, 399, 526.
Lepofsky (D.M.) — 234.
Létourneau (S.) — 426.
Leubsdorf (J.) — 100.
Levinet (M.) — 483, 486, 497, 498.
Levinsinson (S.) — 263.
Levy (L.W.) — 73, 317.
Lewis (T.E.) — 427.
L'Heureux-Dubé (Juge) — 44, 45, 50, 57, 58, 60, 62, 63, 64, 116, 117, 118, 119,

120, 147, 149, 150, 159, 161, 169, 172, 198, 217, 218, 219, 220, 245, 252, 259, 275, 293, 303, 326, 331, 332, 333, 343, 350, 351, 361, 362, 383, 385, 398, 406, 411, 526, 529, 530.
Livingston (W.S.) — 422.
Llewellyn (C.) — 101, 102
Locke (J.) — 23, 88, 89, 91, 388, 417.
Locwood (T.) — 325.
Lombois (C.) — 486.
Long (Sénateur) — 25.
Lordon (P.) — 368.
Lusky (L.) — 130.
Luther — 81.
Lyons (D.) — 102.

— M —

MacCullum (G.C.) — 375.
MacDonald (R.S.J.) — 530.
MacGuigan (M.R.) — 427.
Mackay (A.W.) — 101.
Mackay (W.A.) — 325.
Mackay (R.) — 327.
MacKintosh (G.) — 523.
Macklem (P.) — 123.
Maclean (S.C.) — 303.
Madureira (J.) — 493.
Magnet (J.E.) — 152, 426.
Maillet (L.) — 325.
Major (Juge) — 45, 58, 64, 147, 150, 171, 172, 198, 252, 258, 270, 275, 297, 334, 352, 383, 411, 440.
Malamud Smith (J.) — 4, 5, 26, 34.
Maliverni (G.) — 447.
Mandel (M.) — 14, 100, 424.
Mandell (L.B.) — 223.
Manning (.) — 292.
Merguénauld (P.-J.) — 486.
Marie I^re^ (1553-1558) — 82.
Marie II Stuart (1689-1694) — 85.
Marshall (Juge John) — 253, 388.
Marshall (Juge Thurgood) — 147, 159, 248, 249, 267.
Marshall (W.P.) — 242.
Martland (Juge) — 397.
Maslow (W.) — 323.
Mason (A.T.) — 30.
Massey (C.R.) — 416, 417, 418.
Massias (F.) — 490.
Masson (D.) — 87.
Martland (Juge) — 70, 71.
Mason (A.T.) — 30.
Maybank (R.C.) — 159.
Mayrand (A.) — 317, 427.
McCalla (W.) — 143, 144.
McCarthy (Sénateur) — 202.
McCloskey (R.G.) — 110.
McCormick (P.) — 427.
McCoubrey (H.) — 375.
McDonald (D.C.) — 402, 521.
McDonald (R.A.) — 325.
McIntosh (S.C.R.) — 418.
McIvor (C.L.) — 224.
McGoldrick (D.) — 446.
McLachlin (Juge) — 116, 117, 118, 169, 172, 198, 245, 252, 270, 275, 297, 308, 334, 338, 339, 343, 352, 359, 360, 361, 362, 364, 383, 406, 428, 429, 526.
McIntyre (A.) — 375.
McIntyre (Juge) — 61, 62, 63, 94, 95, 120, 125, 292, 331, 397, 526.
McKinnon (P.) — 280.
McReynolds (Juge) — 193, 256.

Mead (M.) — 22.
Mendes (E.P.) — 324, 475, 476.
Meron (T.) — 458.
Merrils (J.G.) — 458, 476, 483, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 501, 502, 503, 505, 506.
Métivier (L.) — 473.
Michael (J.) — 20, 21, 447, 448, 477, 501, 509.
Michaud (M.) — 51.
Mill (J. S.) — 51, 90, 91, 137, 138, 190, 227, 526.
Miller (A.) — 28, 35, 279.
Miller (A.P.) — 511.
Miller (J.C.) — 92.
Milton (J.) — 86, 87, 88.
Ministère des Communications du Canada — 280.
Ministère de la Justice du Canada — 280.
Mitchell (L.E.) — 415, 418.
Moessens (A.A.) — 341.
Molinari (P.) — 41, 42, 43, 46, 47, 49.
Monahan (P.) — 100, 106, 107, 424.
Montesquieu — 6, 91, 388.
Moore (B. Jr.) — 22.
Moray (Y.-M.) — 503
More (T.) — 23, 81, 82.
Morel (A.) — 42, 57, 58, 62, 65, 66.
Morgan (E.) — 317.
Morin (J.-Y.) — 42, 65.
Morison (S.E.) — 92.
Morissette (R.) —51.
Morissette (Y.-M.) — 39
Morris (C.) — 51, 101, 102, 138, 526.
Morris (R.) — 145.
Morisson (G.) — 476.
Mullan (D.J.) — 311.
Murphy (B.A.) — 37.
Murphy (J.D.) — 427.
Murphy (Juge) — 328.
Myjer (E.) — 482, 483, 503.

— N —

Naudet (J-Y.) — 484.
Neill (.) — 52.
Newman (F.) — 476.
Nixon (Président) — 202.
Norris (C.N.) — 224.
Norris (R.) — 456, 462.
Noto (M.) — 491.
Nowak (M.) — 446.
Nygaard (E.) — 510.

— O —

O'Brien (D. M.) — 3, 32, 128, 129, 136, 137, 138, 226, 230, 240, 281, 316, 318, 327, 336, 363, 372, 373, 415, 416, 417.
O'Connor (Juge) — 158, 163, 266, 268, 269, 271, 320,
Olmstead (R.A.) — 122.
Olson (E.R.) — 280.
Organisation des États américains (O.É.A) — 460, 461.
Otis (J.) — 145.
Otlowski (M.) — 273.

— P —

Paciocco (D.M.) — 324, 339.
Parker (R.B.) — 32.
Parlement — 290, 309, 311, 348, 368,

397, 421, 422, 426, 516, 517.
Pateman (C.) — 375.
Patenaude (P.) — 39, 42, 43, 50, 55, 56.
Patridge (P.H.) — 375.
Patterson (B.B.) — 416.
Patula (R.R.) — 416.
Pearce Burgdorf (M.) — 224.
Pelloux (R.) — 486, 487, 489, 498, 500.
Pennock (J.R.) — 13, 24, 25, 26, 31, 130, 138.
Penrose (M.M.) — 273.
Pépin (R.) — 42, 43.
Perret (L.) — 42, 43 .
Perry (M.J.) — 112, 268.
Peters (R.S.) — 375.
Petter (A.) — 100, 107.
Pettit (P.) — 375.
Pettiti (C.) — 504.
Pettiti (L.E.) — 482, 485, 492, 493, 494, 495, 497, 500, 501, 592.
Petzold (H.) — 476.
Peyrot (B.) — 483, 486, 497, 498.
Philp (Juge) — 119.
Pigeon (Juge) — 68, 70, 71, 397, 425.
Pillitu (P.A.) — 491.
Pinard (D.) — 426.
Pitt (W., Earl of Chatham) — 143.
Plamenatz (J.P.) — 311, 376.
Plantagenêts (1154-1399) — 79.
Platon — 20.
Polawkiewicks (J.) — 489.
Pollack (J.H.) — 73.
Polyviou (P.G.) — 142, 143.
Postema (G.J.) — 102.
Potvin (L.) — 17, 49.
Pound (R.) — 8, 32, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 86, 90, 92, 93, 94, 102, 195, 375,
Powell (Juge) — 16, 146, 154, 183, 214, 266, 267, 271, 356.
Pradel (J.) — 502, 503.
Proshansky (H.) — 33.
Prélot (M.) — 418.
Pross (P.) — 325.
Prosser (W.) — 30, 31, 32, 55, 56.
Protagoras d'Abdère — 438.

— R —

Ramcharan (B.G.) — 444.
Ramsay (T.J.) — 509.
Rand (Juge) — 60, 393, 516, 517.
Rankin (M.) — 52.
Ratner (L.) — 320.
Ratushny (W.S.) — 402.
Raz (J.) — 25.
Redlich (N.) — 419.
Regan (Président) — 266, 267.
Refearn (J.D.) — 258.
Rehnquist (Juge) — 16, 18, 53, 104, 138, 167, 168, 178, 183, 184, 263, 264, 267, 271, 274, 284, 379.
Reid (A.D.) — 431.
Rémillard (G.) — 42, 65.
Renucci (J.-F.) — 483, 495.
Rey (A.) — 389.
Rhoades (L.) — 416.
Richardson (L.A.) — 223.
Rigaldies (F.) — 528.
Rigaux (F.) — 483, 489.
Ritchie (Juge) — 70, 71, 397.
Rivlin (L.G.) — 33.
Roane (Juge) — 388, 389.
Robertson (A.H.) — 458, 513.
Rocher (G.) — 10, 11.

Rogers (B.M.) — 142.
Rogerson (C.) — 395.
Rolland (P.) — 483, 485, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 500, 501, 505, 506.
Roman (A.J.) — 402.
Roosevelt (Président F.D.) — 8, 192, 193, 388, 416.
Rosen (F.) — 102.
Ross (D.H.) — 224.
Rousseau (J.J.) — 91, 388.
Rowat (D.C.) — 311.
Rubenfeld (J.) — 10.
Ruebhausen (O.M.) — 33.
Rueter (R.) — 427.

— S —

Sabine (G.) — 375.
Sager (.) — 253.
Sankey (Vicompte) — 122.
Sansonetis (N.) — 487, 489, 498.
Santoscoy (B.) — 464.
Sarnacki (C.) — 340.
Saulle (M.R.) — 489.
Savard (P.) — 5, 80, 81.
Scalia (Juge) — 104, 180, 267.
Sellar (W.) — 325.
Schabas (W.A.) — 444, 446, 449, 460, 464, 516, 521, 524.
Shaffer (A.) — 12, 13, 26, 133.
Schaffer (C.D.) — 273.
Sharpe (M.E.) — 26, 138.
Sharpe (R.J.) — 395, 475.
Schanapper (E.) — 143.
Schokkenbroeck (J.) — 485, 492.
Schwan (E.) — 500.
Schwartz (B.) — 73, 146.
Schwartz (H.) — 267.
Seibert (H.) — 488
Sermet (L.) — 486.
Severn (B.) — 73.
Shelton (D.) — 458.
Shils (E.) — 5.
Sherlock (A.) — 490, 491.
Sherlock (R.K.) — 224.
Sherlock (R.D.) — 224.
Shuman (D.W.) — 39.
Siegan (B.H.) — 8, 9.
Silber (J.R.) — 26.
Simmel (A.) — 25, 26, 138.
Simmons (A.J.) — 375.
Singer (P.) — 376.
Skala (S.M.) — 53.
Skinner (B.F.) — 251.
Slattery (B.) — 424.
Smith (M.H.) — 142, 145.
Socrate — 20.
Somerville (M.A.) — 273.
Sopinka (Juge) — 57, 62, 63, 64, 116, 117, 118, 142, 147, 149, 150, 151, 168, 169, 170, 196, 245, 252, 270, 275, 276, 293, 294, 295, 297, 303, 321, 326, 331, 332, 333, 334, 341, 343, 351, 352, 353, 357, 358, 359, 361, 362, 385, 386, 398, 405, 406, 411, 431, 526, 529.
Soulier (G.) — 502.
Souter (Juge) — 180, 267, 269, .
Special Legislative Committee on Invasion of Privacy (Alberta) — 280.
Spence (Juge) — 70, 71.
Spiro (H.J.) — 24.
Stakhanov — 3.

Steenberger (J.D.M.) — 495.
Stephens (J.) — 142.
Stevens (Juge) — 146, 159, 266, 267, 366.
Stevenson (Juge) — 170.
Stewart (Juge) — 17, 164, 177,183, 208, 213, 230, 233, 238, 244, 266, 298, 300, 401.
Stöcker (H.) — 489.
Storey (H.) — 493.
Storr (A.) — 34.
Story (J.) — 288, 417.
Strayer (B.L) — 112, 423.
Street (H.) — 52.
Streiff (Y.) — 488.
Ströholm (S.) — 16, 17.
Strum (P.) — 37.
Stuarts (1603-1714) — 79, 80, 84.
Stuart (D.) — 395.
Sudre (F.) — 448, 476, 483, 484, 486, 488, 489, 495, 496, 498.
Sullivan (R.) — 120.
Sunstein (C.S.) — 9.
Sutherland (Juge) — 193.
Suziki (D.) — 344.
Swart (B.) — 485.
Swchartz (B.) — 521.
Swinton (K.) — 53, 402.

— T —

Taft (Juge et Président) — 103, 288.
Tanovich (D.M.) — 296.
Tarnopolsky (W.S.) — 68, 402, 475, 524.
Tavernier (P.) — 485, 487, 488, 489, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 503, 507, 508.
Taylor (T.) — 146.
Teitgen (P.-H.) — 440, 493, 494, 495.
Tejera Victory (J.M.) — 493.
Telzel — 81.
Thibault (P.) — 23-5.
Thomas (Juge) — 180, 267, 269.
Thompson (J.J.) — 31.
Thoreau (H.D.) — 376, 388.
Tocqueville (A.) — 235.
Tölleborg (P.) — 505.
Tremblay (A.) — 278, 394, 403, 421, 422, 423, 424, 426.
Tremblay (G.) — 393, 394, 396, 474.
Tribe (L.H.) — 10, 113, 231, 235, 250, 253, 260, 261, 263, 267, 272, 273, 274, 364, 417, 418.
Trichilo (P.) — 506.
Trotter (G.T.) — 395.
Trudel (P.) —28, 41, 42, 43, 46, 47.
Truman (Président) — 202.
Tudors (1485-1603) — 79.
Turp (D.) — 42, 65, 473, 518, 519, 521, 522.
Turpin (D.) — 488.
Tushnet (M.) — 73, 100, 367.

— U —

Unger (R.M.) — 100.
Université Queen — 280.
Urofsky (U.I.) — 30, 72, 73.

— V —

Vachet (A.) — 6, 7, 15, 16, 88, 93, 189, 195.
Valecky (L.) — 35.
Van den Haag (E.) — 52, 130, 138.

Van den Wygaert (F.C.) — 488.
Van Devanter (Juge) — 193.
Van Galen-Herrmann (R.E.) — 485, 492.
Vasak (K.) — 458.
Veeder (V.V.) — 234.
Veil (G.L.) — 476.
Vélasquez (M.G.) — 273.
Velu (J.) — 476.
Venne (M.) — 2.
Verdoodt (A.) — 446.
Verhey (L.F.M.) — 506.
Vinson (Juge) — 72, 202.
Volio (F.) — 24, 442.
Von Hayek — 403.
Votaire — 91.

— W —

Wacks (R.) — 28.
Wallace (C.) — 371.
Waltz (M.) — 375.
Waltzer (M.) — 20, 21, 375.
Warbrick (C.) — 485, 487, 488, 491, 492, 494, 495, 496, 497, 503, 507.
Warren (Juge) — **71**, 72, 73, 98, 156, 202, 212, 286, 319, 322, 414.
Warren (S. D.) — 29, 30, 32, 54, 55.
Washington (Président) — 257.
Watt (A.M.) — 39.
Watt (J.D.) — 291, 292.
Weaver (J.D.) — 73.
Weissbrodt (D.) — 476.
Weisstaub (D.N.) — 13, 15.
Weistein (M.F.) — 25.
Wellington (H.) — 112.
Wenreib (L.E.) — 112.
West (L.) — 242.
Westin (A. F.). — 3, 4, 5, 7, 12, 14, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 33, 34, 279, 300, 372.
White (G.E.) — 73, 100.
White (Juge Byron R.) — 148, 263, 267, 271, 329.
White (M.) — 417.
Whitman (W.) — 388.
Wilberforce (Lord) — 122.
Wilkes (J.) — 144.
Willenkens (H.) — 491.
Williams (.) — 53.
Williams (G.) — 273.
Wilson (Juge) — 115, 116, 121, 124, 134, 168, 169, 195, 196, 197, 245, 251, 258, 260, 293, 321, 324, 326, 331, 332, 333, 406, 425, 426, 431, 524.
Woehrling (J.) — 521, 522, 528.
Wright (Lord) — 516.

— Y —

Yang (T.L.) — 56.
Yerneault (D.) — 481.
Yogis (J.) — 325.
Young (A.H.) — 431.
Young (J.B.) — 34.
Younger (Comité) — 27.
Yudof (M.G.) — 10.

— Z —

Zelick (G.) — 471.
Ziegel (J.S.) — 325.
Zimmerman (J.A.) — 509.
Zwaak (L.) — 486.

Table alphabétique des matières

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

— A —

abus de pouvoirs — 143, 145, 153.
acceptation des conditions (doctrine) — 321, 327, 331, 335.
adénoscopie — 343.
ADN (voir aussi échantillons de substances corporelles) — 344.
▶ typologie — 344.
arrestation — 147, 148, 152, 208, 210, 214.
association (liberté d') — 178, 235.
assumation des risques (doctrine) — 363.
auto-incrimination (privilège) — 316.
▶ immunité — 321, 322.
▶ distinction entre preuve testimoniale et preuve matérielle — 337, 338.
autonomie personnelle — 90, 107, 194, 196, 197, 198, 232, 254, 258, 259, 260, 277.
autorité parentale — 254, 256, 257, 258, 493.
avortement — 254, 261, 264, 265, 266, 268, 269.

— B —

Bill de l'Habeas corpus (1679) — 85.
Bill of Rights (1688) — 85, 86.
Bill of Test (1673) — 85.
biscuits informatiques — 307.
Black Monday — 192.

— C —

censure — 143, 282, 284.
choix individuels — 7.
«clause des endroits fréquentés» — 293.
Commission européenne des droits de l'homme — 480, 482
Commission interaméricaine des droits de l'homme — 464, 466.
▶ communications — 467.
Comité des droits de l'homme — 452.
▶ communications — 453.
▶ observations générales — 453.
Communauté européenne — 514.
communisme — 202, 203, 236.
Conseil de l'Europe — 476, 478, 513.
consentement — 89, 375, 451, 521, 522, 530.
▶ communautaire — 19, 387.
▶▶ modèle libéral contractuel («liberal contractarian model») — 387.
▶▶modèle pragmatique («Whig Model») — 389.
▶ individuel — 19, 150, 156, 219, 292, 367, 377.
▶▶ étendue et objet — 377, 379.
▶▶«limitation de l'objet du

consentement» (principe) — 384, 407, 410.
conscience et religion (liberté) — 178, 246.
«constitutionally protected area» — 300.
constitutionnalisme — 18, 72, 92, 93, 94, 96, 374, 376, 389, 390, 391, 395, 413, 421, 440, 531.
contraception — 261, 262, 263.
contrat social — 87, 88, 89, 91, 387.
conversation téléphoniques — 287, 457, 501.
correspondance — 281, 306, 457, 499.
▶ internationale — 284, 285.
Cour européenne des droits de l'homme — 480, 481.
Cour interaméricaine des droits de l'homme — 466, 468, 469.
Court Packing Plan — 193, 416.
courriels — 305, 306.
▶ messages commerciaux — 306.

— D —

dactyloscopie — 340, 369.
démocraties libérales — voir régime politique libéral.
Déclaration d'indépendance — 374.
dentoscopie — 343.
désobéissance civile — 376.
détention — 208, 209, 210.
Deuxième guerre mondiale — 442.
discrimiantion raciale — voir ségrégation.
divorce — 254, 255, 492.
documents — 155.
▶ «business records» — 315.
▶ confidentiels du Cabinet — 368.
▶ concernant les affaires fédéral-provinciales — 368.
▶concernant les affaires internationales — 368.
▶concernant la mise en application des lois — 368, 369.
▶ concernant la sécurité nationale (voir aussi sécurité nationale) — 368.
▶ demandes de production — 314, 329, 330, 332, 333, 335.
domicile — 142, 454, 471, 484.
▶ intrusion — 146, 149.
▶ inviolabilité — 147,149, 151, 153.
données à caractère personnel — .
douanes — voir frontières internationales.
drogues — 181, 250.
droits constitutionnels
▶ interprétation — 14, 95, 99.
⏭ détermiantion de l'objet — 123, 124, 125.
⏭ détermination des effets — 123, 124, 125.
⏭ *Classical Legal Thought* — 189, 192.
⏭ *Critical Legal Studies* — 100.
⏭critère de l'ensemble des circonstances — 117, 118, 159, 167, 172, 173, 275, 378, 434, 435, 439, 440, 532.
⏭ lecture atténuée («reading down») — 426.
⏭ *Legal Realism*— 101.
⏭ *Méthode circonspecte* — 101, 102, 105.

⏭ *Méthode contextuelle* — 115.
⏭ *Méthode historiciste* — 101, 102.
⏭méthode textuelle («strict constructionalism») — 102, 103.
⏭ méthode visant la recherche de l'intention originelle («originalism») — 102, 103, 104.
⏭ *Méthode idéaliste* — 108, 109.
⏭ *Méthode pragmatique* — 108, 113.
⏭ positivisme — 102.
▶ renonciation — voir consentement individuel.
droits démocratiques — 204.
droits innomées — 413.
droit international (voir aussi traités) — 443.
▶ force contraignante — 517.
▶ valeur probante — 517, 524.
droits naturels — 88, 90.
droits positifs (doctrine) — 253.

— E —

échantillons d'écriture — 337.
échantillons d'haleine — 337.
échantillons de substances corporelles (voir aussi procédés anthroposcopiques d'identification) — 218, 219, 337, 338, 370, 382, 383.
échantillons de voix — 337.
écoles publiques — 248, 256.
écoute électronique — 289, 290.
enquêtes publiques — 322, 325.
époque coloniale — 146.
▶ comptage («pen register») — 290.
▶ paquet scellé — 295, 296, 297.
État
▶ besoins impérieux — 158, 346, 417.
▶ fonctions et rôle — 8, 9, 27, 28, 88, 89, 195.
éthylométrie — 171, 342.
étrangers
▶ expulsion du territoire national — 495.
expression (liberté) — 87, 178, 227.
▶ discours commercial — 229, 232.
▶ discours politique — 229, 232.
▶ piquetage — 227.
▶ pornographie et obscénité — 230, 233, 305.
▶ propagande haineuse — 230, 233, 305.
▶ prostitution — 233.

— F —

famille — 27, 254, 456, 490, 495, 496.
filature — 297, 459, 474.
fouilles «à des fins d'inventaire» — 166, 174, 219, 403, 404.
fouilles corporelles — 151, 211.
▶ accessoire à une arrestation légale — 211, 215, 216, 217, 220, 403.
▶ élèves — 221.
▶ fonctionnaires et employés de services publics — 221.
▶ sommaire («patting down») — 215.
▶ «stop and frisk» — 215.
freedom of contract (doctrine) — 8, 190, 191, 192, 193, 194, 262, 415, 416.
frontières internationales — 171, 182, 185.
Fox Hunter Reason — 318, 319.

— H —

Harris-Rabinowitz (règle) — 212, 434.
Hermit Reason — 318, 320.
«homicide crime exception» — 213.

— I —

immédiateté (règle) («immediate control test») — 213.
immixtions — 5, 278, 279, 362.
▶ finalité de l'action de l'État — 409.
▶ «principe de la continuité» — 352, 410.
imprécision (doctrine constitutionnelle) — 394, 395.
Indicateur de police — 296.
▶ caractère limité — 143.
▶ contrôle — 20, 35, 134, 135.
▶ pouvoirs de l'État — 145, 160.
▶ industrie réglementée (thèse) — 315, 379.
Information
▶ accès — 311.
▶ autoroute — 304.
▶ confidentielles — 362, 363.
▶ données à caractère personnel — 309, 364, 459, 406.
▶▶ appariement — 370, 371, 372.
▶ dossiers informatisés — 358, 370.
▶ dossiers personnels — 358.
▶ fourniture — 155, 330.
▶ génétiques — voir AND.
▶ paradis de donnée («data havens») — 509.
▶ personnelles — 279, 310, 355, 360, 363, 366, 367, 372.
▶ secret de l'information — 3.
▶ société de l'information — 278.
Industries fortement réglementés — 157.
inspection — 155, 158, 281.
▶ critères — 161.
Intégrité physique — 199.
internet — 304, 308.
institutions carcérales — 177.
institutions financières — 356, 360.
intégrité corporelle — 222.
▶ intrusion dans le corps humain — 222, 223.
▶ stérilisation — 223, 224, 225.
intégrité morale — 226.
Intérêts de propriété ou de possession — 150, 166, 167, 172, 187, 188, 356, 432, 435, 436, 437, 532.
invitation implicite (règle) — 411.

— J —

Jéhovahs (témoins de) — 246, 249.
justice fondamentale (principes) — 197.
justice naturelle (principes) — 179.

— L —

laissez-faire (doctrine) — 189.
libéralisme — 77.
▶ *Humanisme* — 80, 89.
▶ *Réforme* — 81, 82, 90.
▶ théorie libérale classique — 375.
▶ *Utilitarisme* — 90.
liberté — 189, 198, 199, 254, 375, 376, 443.

lieux — 54, 141, 471, 484.
▶ commerciaux — 157.
▶ inspections — 155.
▶ ouverts — 174.
lois
▶ exigence de précision — 394.
▶ lois fondamentales — 65.
⏭sophisme de la quasi constitutionnalité — 58.
▶ loi de mise en oeuvre — 518.

— M —

Magna Carta (1215) — 79, 199
mandat — 151, 401.
mandat administratif — 156, 157, 159.
mandats généraux — 143, 144, 145.
McCarthysme — 240.
mariage — 254, 255, 492.
mondialisation — 523.
mouvement et circulation (liberté) — 199.

— N —

NAACP — 237, 239.
New Deal — 192, 193, 416.

— O —

obcène
▶ matériel — 283, 285, 305.
objectivisme juridique (théorie)— 522.
objet abandonné (doctrine) — 382.
objet apparent (doctrine)— 174, 175.
objet bien à la vue (doctrine) — 174, 176.
OCDE (Organisation pour la coopération économique et le développement) — 515.
Old Woman Reason — 318, 320.
ONU (Organisation des Nations Unies) — 513.
Open field (doctrine) — 174, 175.
ordinateur — 355.

— P —

Pacta sunt servanda — 520.
parade d'identification — 337, 339.
Parlement européen — 514.
pénombre (thèse) — 262, 414.
pensée (liberté) — 87.
pensée libérale classique — 7, 91.
perquisition — 155, 281.
▶visuelle(«protective sweep searches) — 214.
Petition of Rights (1628) — 83.
«police powers» — 192, 228.
polygamie — 271.
pouvoirs étatiques
▶ absolutisme — 82, 83, 86, 87.
▶ caractère limité — 9, 18, 76, 78, 86, 375, 394, 405, 531.
⏭ immixtion autorisée par une règle de droit — 405.
⏭ immixtion est conforme à la règle de droit — 407.
⏭ règle de droit est conforme aux garanties constitutionnelles — 406.
pouvoirs des tribunaux — 77, 420.
▶ activisme judiciaire — 106, 108, 187, 192.
▶ légitimité — 14, 97, 98, 111, 273.

▣ retenue judiciaire — 101, 110. 266, 267.
▣ rôle — 14, 114.
précédent (règle) («stare decisis») — 427.
▣ précédents obligatoires — 427.
▣ précédents persuasifs — 427.
présomption de constitutionnalité — 424, 425.
presse — 143.
primauté du droit (principe) — 18, 94, 145, 374, 376, 389, 390, 391, 394, 395, 413, 421, 440, 531.
prise en chasse — 151, 152.
probation — 180, 181.
procédés anthroposcopiques d'identification — 339.
procréation — 254.
professions — 205, 207, 245, 247.
Prohibition — 162.
publicité — 284.
puritains — 83.
punitions corporelles — 258, 259.

— R —

régime politique libéral — 3, 4, 5, 9, 76, 375.
régime politique totalitaire — 3, 5, 375.
relations sexuelles — 148, 254, 261, 271, 489.
renseignements personnels — 281, 311, 312, 313, 348.
réputation — 233.
résidence
▣ obligation de — 206.
retenue judiciaire — .
Révolution américaine — 145.
Rights of Englishmen — 417.
Rule of Law (voir aussi principe de la souveraineté du Parlement, principe de la primauté du droit) — 518.

— S —

sécurité nationale — 203, 347.
ségrégation raciale — 191, 194, 201, 204, 236.
«separate but equal» (doctrine) — 191.
silence (droit au) — 322, 326.
situations d'urgence — 152, 153.
▣ relative à la mise en application des lois — 153, 154.
▣ relative à la sécurité publique — 153, 154.
sodomie — 272.
société en nom collectif — 329.
souveraineté du Parlement (principe) — 421, 424.
subpoena duces tecum — 315, 328, 333, 356.
suicide assisté (aide au) — 261, 273, 274, 275.
surveillance — 4, 27, 287, 459, 474.
▣ informatique — 304.
▣ surveillance participative — 298, 301.
▣ télésurveillance — 302.
syndicat — 245, 329.
système juridique — 17.

— T —

tarifs douaniers — 145.

télématique — 509.
témoignage — 316.
traités — voir aussi droit international.
▣ *Charte internationale des droits de l'homme* — 446.
▣ hièrarchisation — 445.
▣ régionaux — 459.
▣ visant la protection des renseignements personnels — 509.

— U —

«undue burden» — 269.

— V —

véhicules automobiles
▣immixtions sans mandat («automobile exception») — 155, 161, 163, 219, 438.
▣ interception — 164, 165, 167, 168, 169, 170, 171, 187, 209.
▣ programme de contrôle structuré— 167, 169, 170, 171.
vie privée — 35.
▣absence d'énonciation spécifique — 95, 100, 127, 129.
▣ *Common law*— 38, 40, 52, 53.
▣ américaine — 54, 55, 56.
▣ canadienne — 52.
▣ coomonwealth — 52, 53.
▣ composantes — 31, 34, 45, 46.
▣ définition — 28, 125, **127.**
▣ droit abstrait — 128.
▣ intérêts protégés — 132.
▣ nature de l'immixtion — 132.
▣ immixtion directe — 135, 136.
▣ immixtion dérivée — 135, 136.
▣ développment de la personnalité — 25, 26
▣ droit autonome — 30, 33, 43, 44, 45, 46, 53, 76, 126.
▣ droit civil — 38, 40.
▣ protection de l'autonomie de la volonté — 33, 48, 140, 454, 471, 484, 532.
▣ protection de l'information — 49, 279, 457, 474, 499, 532.
▣ droit indépendants — 31.
▣ doctrine constitutionnelle — 9.
▣ droit — 8.
▣ droit constitutionnel — 76, 96, 126.
▣ intérêts protégés — 8, 13.
▣ lois fondamentales — 57, 65.
▣ modulation — 78, 130, 131, 138, 156, 431, 432.
▣ notion — 2, 20.
▣ pratiques culturelles — 22, 23, 24
▣ revendications — 14.
▣prenant naissance dans un contexte de droit administratif — 156, 333.
▣ prenant naissance dans un contexte de droit criminel — 156, 333.
▣ tabous et normes sociales — 21, 27,
▣ torts — 31, 32, 38, 53, 54.
▣ zone d'intimité (voir aussi autonomie personnelle) — 21, 22, 107, 259.
Viet-nam (guerre) — 248.
volontarisme juridique (théorie) — 522.
World Wide Web — 304, 308.

Quintessence de la liberté individuelle garantie par les chartes des droits, la protection de la vie privée est l'une des assises sur laquelle repose les démocraties libérales. Le postulat sur lequel se fonde cette étude est que toute immixtion de l'État effectuée sans consentement — lequel peut être individuel ou communautaire — est inconstitutionnelle. Il repose sur l'idée que les pouvoirs étatiques sont intrinsèquement limités. Cette étude se divise en trois parties. La première partie consiste à examiner la notion de la vie privée et d'identifier les sources du droit au respect de la vie privée en droit civil, en *common law* et en droit constitutionnel. La seconde partie est consacrée à l'analyse de la protection constitutionnelle et distingue la *protection de l'autonomie de la volonté* et la *protection de l'information*. La *protection de l'autonomie de la volonté* circonscrit la protection offerte aux lieux (le domicile, les véhicules automobiles, les institutions carcérales et les frontières internationales) ainsi que la protection offerte aux personnes (l'intégrité physique et morale, la liberté de circulation, la détention, les fouilles corporelles, la famille et l'autorité parentale ainsi que l'autonomie personnelle). La *protection de l'information* circonscrit la protection offerte à la correspondance, aux conversations téléphoniques, aux filatures et à la surveillance (la surveillance participative, la télésurveillance, et la surveillance informatique) ainsi que la protection des données à caractère personnel. Dans la troisième partie, l'auteur examine les normes du droit international issues des traités dont la *Charte internationale des droits de l'homme*, la *Déclaration américaine*, la *Convention américaine* ainsi que la *Convention européenne*.

Alain-Robert Nadeau, LL.B. (Sherb.), LL.M. (Ott.), LL.D. (Ott.) est avocat au Barreau du Québec (1990) et docteur en droit. Il a été conseiller juridique aux Services juridiques de la Gendarmerie royale du Canada (Justice Canada) et aux Services juridiques du ministère du Revenu national (Justice Canada), clerc à la Cour canadienne de l'impôt et attaché politique dans différents cabinets ministériels, tant sur la scène provinciale que sur la scène fédérale. Récipiendaire du *Prix de l'Ambassade de France* — décerné au meilleur étudiant du programme de maîtrise avec mémoire pour l'année académique 1994-95 — pour son mémoire de maîtrise intitulé *Portée de la protection constitutionnelle face aux risques d'intrusion dans la vie privée des particuliers : détermination du barème de raisonnabilité*, il est l'auteur d'*Annotated Royal Canadian Mounted Police Act and Regulations* publié aux Éditions Yvon Blais.