

LA COUR SUPREME ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

GERALD A. BEAUDOIN*

Ottawa

Mon propos est d'illustrer de quelle façon la Cour suprême depuis sa création en 1875 a protégé les droits fondamentaux au Canada.

Je traiterai dans une première partie de la protection des droits fondamentaux avant la Déclaration canadienne des droits de 1960, et, dans une seconde, de la situation depuis l'adoption de cette mesure.

La présente étude n'a pas la prétention d'être exhaustive. Seuls les arrêts les plus marquants et les plus significatifs sur le plan des principes retiendront notre attention.

I. *La protection des droits fondamentaux avant 1960.*

1. *Les textes constitutionnels.*

Contrairement aux Etats-Unis, nous n'avons pas au Canada une Déclaration des droits fondamentaux qui soit constitutionnelle, c'est-à-dire une Déclaration des droits inscrite dans la constitution.

Les auteurs de la constitution américaine de 1787 n'ont pas inclus au départ une Déclaration des droits dans leur constitution. Ce fut d'ailleurs l'un des reproches que leur fit Thomas Jefferson, l'auteur de la Déclaration d'Indépendance de 1776.¹ Dès 1789, les Américains apportent des amendements à leur constitution.² Les dix premiers amendements constituent ce que l'on est convenu d'appeler le "Bill of Rights".³ D'autres amendements de même nature complètent cette Déclaration. La Déclaration américaine

* Gérald A. Beaudoin, c.r., Doyen, Faculté de Droit, Section de Droit civil, Université d'Ottawa.

¹ C. D. Bowen, *Miracle at Philadelphia* (1966), p. 247. Jefferson avait une prédilection pour les droits fondamentaux. On lui attribue cette réflexion: "Nothing then is unchangeable but the inherent unalienable rights of man." S. K. Padover, *Thomas Jefferson on Democracy* (1939), p. 68.

² C. D. Bowen, *op. cit.*, *ibid.*, pp. 244-245.

³ Le "Bill of Rights" vint en vigueur en novembre 1791. S. K. Padover, *The Living U.S. Constitution* (6ième imp., 1963), p. 32.

des droits de l'homme fait partie intégrante de la loi fondamentale des Etats-Unis.^{3a}

En 1867, le Parlement de Westminster octroie au Canada une constitution à forme fédérative.⁴ Nous retenons le système parlementaire d'inspiration britannique, et, nous empruntons aux Etats-Unis la formule fédérative en l'adaptant à nos besoins.⁵

La loi britannique de 1867 qui constitue la partie écrite de notre constitution ne contient pas une Déclaration des droits.⁶ Les Pères de la Confédération n'en sentent pas la nécessité. Pour eux, leurs droits fondamentaux sont adéquatement protégés par le droit coutumier, par certains documents,⁷ et, par la constitution britannique, à laquelle d'ailleurs réfère le préambule de notre constitution. Ce préambule déclare que nous avons une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni.

Une partie de notre constitution demeure non-écrite.⁸ Nous retenons du Royaume-Uni le principe de la *Rule of Law* ou de la suprématie de la règle de droit. Tous sont soumis à la loi.⁹ En matière de libertés s'applique le principe que tout ce qui n'est

^{3a} Pour l'application du Bill of Rights américain au niveau fédéral et au niveau des Etats voir un article par Edward G. Hudon, *The British North America Act and the Protection of Individual Rights: The Canadian Bill of Rights* (1975), 9 *Valparaíso U. L. Rev.* 273, à la p. 317.

⁴ Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁵ Notre constitution fut un compromis. Sir John A. MacDonald aurait préféré une union législative. Les délégués du Bas-Canada et des Maritimes craignaient au contraire une telle union. On adopta le principe fédératif qu'on désigna improprement d'ailleurs sous le nom de confédération. On donna à l'autorité centrale des pouvoirs très vastes afin d'éviter ici un affrontement comme venait d'en connaître la république voisine lors de la guerre civile. Le Comité judiciaire du Conseil privé devait cependant par la suite équilibrer un fédéralisme qui sur document est très centralisé.

⁶ Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3ième ed. rev., 1969), p. 970; D. A. Schmeiser, *Civil Liberties in Canada* (1964), p. 10.

⁷ La Magna Carta de 1215; le Bill of Rights de 1689; la Petition of Rights de 1629; l'Habeas Corpus de 1679; l'Act of Settlement de 1701.

⁸ Il en est ainsi par exemple du principe du gouvernement responsable. L'art. 11 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 traite du Conseil privé. Nous avons un début de reconnaissance du Gouvernement responsable. Pour le reste rien n'est écrit.

⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (10ième ed., 1965), p. 193: "Every official from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen."

pas défendu par la loi est permis.¹⁰ Nous conservons aussi le principe de la suprématie parlementaire: le Parlement et les législatures peuvent modifier la règle de droit. Les cours reconnaîtront cette suprématie¹¹ et ne se prononceront pas sur la sagesse des lois.¹² Cependant cette suprématie, à cause du partage des compétences, n'existe qu'à l'intérieur des sphères législatives allouées au Parlement et aux législatures. Les Cours annuleront les lois qui contrarient le partage législatif. Enfin certains pouvoirs continuent d'échapper et au Parlement et aux législatures.¹³

Si notre constitution écrite est silencieuse en matière de droits fondamentaux, elle n'en contient pas moins quelques articles qui participent de la nature de garanties constitutionnelles.

¹⁰ W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (4ième ed., 1956), p. 246: "A man may say what he pleases provided that he does not offend against the laws relating to treason, sedition, libel, obscenity, blasphemy, perjury, official secrets, etc."

¹¹ *Hodge v. La Reine* (1883), 9 A.C. 117; *The Liquidators of the Maritime Bank v. The Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Edwards v. Proc.-Gén. du Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136; *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, à la p. 942.

¹² *Proc.-Gén. du Canada v. Proc.-Gén. de l'Ontario*, [1898] A.C. 700; *Proc.-Gén. de l'Ontario v. Proc.-Gén. du Canada*, [1912] A.C. 571; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Proc.-Gén. du Canada*, [1947] A.C. 87. Au sujet de la possibilité des abus en matière législative, voir *Bank of Toronto v. Lambe* (1889), 12 A.C. 575, à la p. 587; *In re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398. Le principe de la souveraineté parlementaire fut bien illustré dans l'arrêt australien *McCawley v. The King*, [1920] A.C. 691, à la p. 703 où Lord Birkenhead fit remarquer: "Some communities, and notably Great Britain, have not in the framing of constitutions felt it necessary, or thought it useful to shackle the complete independence of their successors. They have shrunk from the assumption that a degree of wisdom and foresight has been conceded to their generation which will be, or may be, wanting to their successors, in spite of the fact that those successors will possess more experience of the circumstances and necessities amid which their lives are lived. Those constitution framers who have adopted the other view must be supposed to have believed that certainty and stability were in such a matter the supreme desiderata. Giving effect to this belief, they have created obstacles of varying difficulty in the path of those who would lay rash hands upon the ark of the constitution. . . . It is important to realize with clearness the nature of the distinction. It is not a distinction which depends in the least upon the differences between a unitary and a federal form of Government. . . . It is of the greatest importance to notice that where the constitution is uncontrolled the consequences of its freedom admit of no qualification whatever."

¹³ Même depuis le statut de Westminster de 1931, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.), et l'amendement St-Laurent de 1949, 13 Geo. VI, c. 81 (R.-U.), le pouvoir de modifier la constitution est encore de la compétence du Parlement londonien dans une large mesure. Ce dernier peut seul amender les articles relatifs au partage des compétences législatives.

L'article 133 protège dans une certaine mesure l'usage des langues française et anglaise;¹⁴ l'article 93 assure une protection à l'école confessionnelle; l'article 20 prescrit une session du Parlement chaque année; l'article 50 sauvegarde le principe d'un retour à l'électorat tous les cinq ans au moins, sauf en cas d'urgence;¹⁵ l'article 99 garantit dans une certaine mesure l'indépendance judiciaire;¹⁶ l'article 51 assure la représentation selon la population à la Chambre des Communes. Si l'on excepte ces dispositions qui ne sont certes pas à négliger, notre constitution écrite ne dit mot sur les libertés classiques de religion, d'opinion, de presse, d'association, et autres.

Qu'en est-il de l'expression "property and civil rights" que l'on retrouve à la rubrique 13 de l'article 92 de la constitution? Elle nous vient de l'Acte de Québec de 1774 et habilite *inter alia* le Québec à vivre sous un régime de droit privé d'inspiration française.¹⁷ L'expression "civil rights" n'est pas synonyme de "civil liberties" ou de "droits fondamentaux" même si les législatures provinciales peuvent assurer le respect des droits fondamentaux dans plusieurs domaines.¹⁸

On ne saurait prétendre selon la jurisprudence que les droits fondamentaux n'étant pas prévus aux articles 91 à 95 relatifs au partage des compétences législatives entrent sous la compétence résiduelle octroyée au Parlement fédéral par la clause intro-

¹⁴ *R. v. Jones* (1974), 16 C.C.C. (2d) 297. Le juge en chef Bora Laskin qui rendit le jugement unanime de la Cour suprême fait remarquer que l'art. 133 accorde un "droit constitutionnel" de se servir de l'anglais et du français dans les institutions mentionnées à l'art. 133.

¹⁵ Art. 91, para. 1 de la constitution, *supra*, note 4.

¹⁶ Nous disons dans une certaine mesure, car la Cour suprême n'existe qu'en vertu d'une simple loi fédérale passée sous l'autorité de l'article 101 de la constitution et les Cours provinciales sont établies par les lois provinciales sous l'empire de l'article 92(14) de la constitution. Nous n'avons pas de tribunaux au Canada qui tiennent leur existence de la constitution.

¹⁷ 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.). *The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 A.C. 96. Sir Montague Smith au nom du Comité judiciaire du Conseil privé fit remarquer que l'expression en question équivalait à celle employée dans l'Acte de Québec de 1774. Notons en passant que le Code civil du Québec était en vigueur depuis onze mois quand notre pays devint un Etat fédéral. L'expression "property and civil rights" devait recevoir du Comité judiciaire du Conseil privé une interprétation généreuse. Voir un article du doyen Jean Beetz (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867, paru dans *L'Avenir du fédéralisme canadien*, édité par P.-A. Crépeau et C. B. MacPherson (1965), p. 113, surtout p. 119.

¹⁸ D. A. Schneider, *op. cit.*, note 6, p. 13.

ductive de l'article 91.¹⁹ Ce n'est pas dans cette direction, comme nous le verrons plus loin, que la jurisprudence s'est orientée.

Si la jurisprudence de la Cour suprême, dans le domaine des droits fondamentaux durant la décennie 1950 fait parfois preuve d'une certaine ambiguïté sur le sens de l'expression "civil rights", cette équivoque est probablement due au fait qu'aux Etats-Unis cette expression réfère aux libertés fondamentales. Au Canada nous ne pouvons pas conclure que l'expression "civil rights" soit synonyme de droits fondamentaux.

La doctrine s'est penchée sur la question.

Le professeur F. R. Scott²⁰ distingue entre les deux expressions. Une partie des droits fondamentaux relève des législatures provinciales comme le droit de la diffamation, certains droits confessionnels, le droit de vote aux élections provinciales, municipales, scolaires, la discrimination dans l'emploi dans les entreprises qui sont de la compétence provinciale, le statut de la femme mariée, la certification syndicale, et ainsi de suite.

Selon le juge P. B. Mignault il existe une nette distinction entre les "droits civils" et les "droits publics": les droits classiques comme le droit d'association, le droit de pétition, le droit de manifester sa pensée et autres ne sont pas des droits civils parce qu'ils ne constituent pas des rapports de particulier à particulier et ne sont pas non plus des droits politiques puisqu'on les exerce sans prendre aucune part au gouvernement; ce sont des "droits publics".²¹ Le professeur André Tremblay dans son ouvrage sur la propriété et les droits civils approuve cette distinction.^{21a}

¹⁹ Bora Laskin, *op. cit.*, note 6, pp. 974-975. "In terms of legislative power, the political liberties represent independent constitutional values which are exclusively in federal keeping. The same cannot be said of economic liberty or liberty in the egalitarian sense or even legal liberty. Whatever their content, they are respectively subject to either federal or provincial legislation, or to both concurrently, according to whether the activities or proceedings with which these classes of liberties are connected are themselves within the power of the Dominion or a Province, or according to the aspect from which they are treated."

²⁰ *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), pp. 24-25.

²¹ *Traité de droit civil canadien*, vol. 1, (1895), p. 131. Ce passage est cité par le juge Kellock dans *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, qui porte sur la liberté de religion. Pour le juge Kellock la liberté de religion n'est pas un "droit civil" mais un "droit public". Ce passage du juge Mignault a été cité dans plusieurs autres décisions judiciaires.

^{21a} A. Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils* (1967), p. 262.

Le professeur J. Y. Morin admet d'emblée avec le professeur F. R. Scott que les mots "droits civils" qui apparaissent à la rubrique 13 de l'article 92 ne sont pas synonymes de "libertés fondamentales".²² Pour lui, certains aspects des libertés fondamentales relèvent de l'autorité provinciale, alors que d'autres ressortissent de la compétence de l'autorité fédérale. A son avis, la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils peut avoir de multiples effets sur les droits fondamentaux; elle embrasse par exemple l'état et la capacité des personnes, les biens, les successions, les contrats, le commerce, les délits.

L'Honorable Pierre Elliott Trudeau écrivait en 1968 que les législatures provinciales ont le pouvoir de légiférer au sujet de certains droits considérés comme fondamentaux; que d'autres droits de ce genre tombent sous l'autorité fédérale et qu'enfin d'autres relèvent de l'autorité fédérale et de l'autorité provinciale.²³

Le professeur Patrice Garant, sans prétendre que l'expression "civil rights" équivaut à "civil liberties" exprime cependant l'avis que les droits fondamentaux relèvent pour la majeure partie de la compétence des provinces.²⁴

2. *Nomenclature des libertés fondamentales.*

Le professeur F. R. Scott classe les droits fondamentaux en quatre catégories principales: le premier groupe concerne les droits des minorités; le second, les libertés fondamentales classiques, le troisième, les droits relatifs à la protection de l'égalité devant la loi, et, enfin un quatrième, les droits économiques et culturels.²⁵

M. le juge Bora Laskin dans son traité de droit constitutionnel écrit qu'il y a quatre groupes différents de libertés fondamentales: les libertés politiques traditionnelles, les libertés d'ordre juridique, les libertés d'ordre économique, et, enfin les libertés d'ordre social et humain²⁶.

²² Une charte des Droits de l'Homme pour le Québec (1963), 9 McGill L. J. 273, à la p. 290.

²³ Une Charte canadienne des droits de l'homme (1968), pp. 14, 21, 22: "... les législatures provinciales ont une certaine compétence et une certaine responsabilité en ce qui concerne les aspects religieux de l'éducation." "Des lois fédérales aussi bien que des lois provinciales peuvent s'appliquer à la privation de la liberté et de la propriété et aux procédures judiciaires et administratives qui touchent les intérêts du citoyen."

²⁴ La liberté religieuse et le droit positif québécois (1967), 27 R. du B. 368.

²⁵ *Op. cit.*, note 20, p. 29 et seq. F. R. Scott, *Expanding Concepts of Human Rights* (1960), 3 Can. Bar J. 199.

²⁶ *Op. cit.*, note 6, p. 974.

En 1968, le Ministre fédéral de la Justice, L'Honorable Pierre Elliott Trudeau classifiait les droits de l'homme en cinq catégories: les droits politiques, les droits juridiques, les droits égalitaires, les droits linguistiques, et, les droits économiques.²⁷

Le professeur W. S. Tarnopolsky²⁸ divise les libertés fondamentales entre les libertés politiques, les droits économiques, les droits juridiques, et les droits égalitaires.

Dans la catégorie des libertés politiques on fait ordinairement entrer les libertés d'opinion, d'expression, d'association, de religion.

Les libertés d'ordre juridique comprennent par exemple, la protection contre l'arrestation arbitraire, le droit à une audition juste et impartiale, la protection de la loi.

Les droits économiques incluent le droit de propriété, le droit à la sécurité sociale, le droit au travail, la protection contre le chômage, le droit de ne pas être privé de sa propriété sans juste compensation, et bien d'autres.

Enfin, l'opportunité d'emploi, l'accès aux services sans discrimination, le droit à la santé, forment le quatrième groupe connu sous le nom de libertés d'ordre social et humain.

Il faut dire ici que les droits de l'homme se développent sans cesse et que ces divisions et ces ordres de grandeur sont susceptibles de modifications.²⁹

3. *La législation sur les droits de l'homme.*

Jusqu'en 1960, notre législation canadienne en ce domaine n'est pas tellement considérable. La Saskatchewan a bien une Déclaration des droits.³⁰ Quelques mesures provinciales et fédérales assurent une égalité dans le monde du travail, enrayment la discrimination, combattent la littérature haineuse. Nous avons la Loi sur la liberté des cultes passée sous l'Union par le Parlement de la Province du Canada et qui par le jeu de l'article 129 de la constitution est encore en vigueur au Québec et en Ontario.³¹ Mais ce n'est qu'à partir de 1960 environ que le pouvoir fédéral et les législatures provinciales interviennent résolument en ce domaine.³² Notons en passant que le Canada sur le plan international avait donné son assentiment à la Déclaration universelle des

²⁷ *Op. cit.*, note 23, p. 18.

²⁸ The Canadian Bill of Rights (2ième ed. rev., 1975), pp. 37-76.

²⁹ P. Garant, *op. cit.*, note 24, à la p. 377.

³⁰ The Saskatchewan Bill of Rights Act, de 1947, R.S.S., 1965, c. 378.

³¹ 1852, 14-15 Vict., c. 175.

³² P. E. Trudeau, *op. cit.*, note 23, pp. 179-183. On donne dans cette publication une liste des mesures législatives en ce domaine.

droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1948.

4. *La jurisprudence de 1875 à 1950.*

Dans l'affaire *Bryden*,³³ le Comité judiciaire du Conseil privé en appel d'une décision de la Cour suprême de la Colombie Britannique invalide une disposition d'une mesure provinciale qui restreignait le droit des Chinois de travailler dans les mines de charbon, au motif que cette législation déléguée qui ne concernait que les Chinois aubains ou naturalisés n'était pas relative à la "propriété et aux droits civils"³⁴ mais plutôt "à la naturalisation et aux aubains"³⁵ qui est une responsabilité fédérale.

Dans l'arrêt *Homma*³⁶ le Comité judiciaire du Conseil privé juge *intra vires* une loi de la Colombie Britannique qui enlevait la franchise électorale aux Chinois, aux Japonais et aux Indiens; la Cour reconnut qu'il s'agissait là d'un exercice valide du pouvoir d'amendement constitutionnel que possèdent les provinces en vertu du paragraphe 1 de l'article 92. Le Parlement fédéral peut légiférer sur la naturalisation et sur ses conséquences; mais les provinces ont la faculté d'y attacher des privilèges.

Dans ces deux cas, certains droits fondamentaux furent tantôt circonscrits tantôt affirmés par le jeu du partage des compétences législatives.

Monsieur le juge Rand dans l'arrêt *Winner*³⁷ réfère à l'arrêt *Homma* et à l'affaire *Bryden*. Traitant du jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Homma*, il écrit qu'il faut distinguer entre les "incidents" du statut et les "attributs" du statut.³⁸ Ainsi, les sujets britanniques ne jouissent pas tous des mêmes privilèges sur le plan politique, et, le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu que la législature de la Colombie Britannique avait la compétence voulue pour ne pas accorder aux personnes naturalisées le droit de vote aux élections provinciales. Par contre dans l'affaire *Bryden* le Conseil privé annula une loi de cette province qui privait des personnes naturalisées des droits détenus par les autres résidents de cette province. Pour le juge Rand une province ne peut, en privant un Canadien de ses moyens de subsistance, le forcer à quitter cette province; une province ne

³³ *Union Colliery Company of B.C. Ltd. v. Bryden*, [1899] A.C. 580.

³⁴ Le para. 13 de l'art. 92 de la constitution.

³⁵ Le para. 25 de l'art. 91 de la constitution.

³⁶ *Cunningham and Att.-Gen. B.C. v. Homma and Att.-Gen. Canada*, [1903] A.C. 151.

³⁷ *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887.

³⁸ *Ibid.*, à la p. 919.

peut lui enlever le droit ou la capacité de demeurer et de travailler sur son territoire; cette faculté est inhérente à son statut de citoyen et la province ne peut réduire à néant cette capacité.

Dans l'affaire *Lapointe*³⁹ le Comité judiciaire du Conseil privé annule la décision d'un comité de l'Association de bienfaisance et de retraite de la police qui avait refusé à un policier démissionnaire sa pension de retraite. Selon le haut tribunal, ce comité n'avait pas respecté la règle *audi alteram partem*.

Dans l'affaire *Quong Wing*,⁴⁰ la Cour suprême confirme la validité d'une loi de la Saskatchewan qui empêchait les femmes de race blanche de travailler pour des patrons d'ascendance chinoise. Cette loi se situait à l'intérieur de la sphère législative provinciale.

Dans le renvoi sur le service militaire⁴¹ la Cour déclare que la *Rule of Law* s'applique chez nous et que les militaires n'échappent pas à la compétence des tribunaux ordinaires. Le juge Duff se référant à Dicey fait remarquer qu'un soldat est assujetti aux divers devoirs et obligations des citoyens ordinaires.

Dans la célèbre cause *Christie*⁴² notre Cour suprême fit prévaloir le principe de la liberté de commerce sur celui de la non-discrimination. Dans cette affaire, un tavernier avait refusé de servir un Noir qui s'était présenté dans son établissement.

Si l'on excepte ces quelques arrêts somme toute peu nombreux, les soixante premières années de la Cour suprême n'ont pas été marquantes en matière de droits fondamentaux. La Cour protège le plus souvent les droits fondamentaux de façon indirecte en se prononçant sur le partage des compétences législatives.

Les droits de l'homme ont également été protégés par l'interprétation restrictive: les droits des individus ne sauraient être restreints par des lois ambiguës; à moins que la mesure législative ne soit claire, on présumera, par exemple, qu'une loi qui impose une taxe, qui édicte une pénalité, ou qui enlève un droit ne s'ap-

³⁹ *Lapointe v. L'Association de bienfaisance et de retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535.

⁴⁰ *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 R.C.S. 440.

⁴¹ *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, aux pp. 490-491. J. Duff.

⁴² *Christie v. The York Corporation*, [1940] R.C.S. 139. Jugement majoritaire de 4 à 1. A ce sujet le professeur Scott fait remarquer: "Freedom of Commerce prevailed over racial equality, the tavern not being held to be a restaurant or hotel, which by Quebec law are obliged to serve all comers." *Op. cit.*, note 20, p. 32. Voir également un article du professeur Bora Laskin: *Tavern Refusing to Serve Negro* (1940), 18 Can. Bar Rev. 314.

plique pas. Il s'agit là, somme toute, d'une règle d'interprétation générale des lois.

Un fait toutefois est digne de mention. Dans l'interprétation de l'article 93 de la constitution qui protège les droits confessionnels des catholiques et des protestants, la Cour suprême dans l'arrêt *Barret*⁴³ devait se montrer à l'endroit de la minorité catholique du Manitoba plus généreuse que le Comité judiciaire du Conseil privé.⁴⁴

L'arrêt le plus significatif de cette époque est sans aucun doute le renvoi sur la Loi de la presse en Alberta.⁴⁵ Dans cette affaire trois juges de la Cour suprême concluent que comme notre système de gouvernement en est un qui repose sur le principe de la démocratie parlementaire, il est essentiel d'assurer la liberté de discussion, et, en conséquence une législature provinciale ne peut par une loi battre en brèche cette liberté. Le juge Cannon émit l'opinion qu'un tel accroc à la liberté de presse relève du droit criminel,⁴⁶ qui est de la compétence du Parlement fédéral. Plusieurs juges réfèrent au préambule de notre constitution qui affirme que nous avons en principe une constitution semblable à celle du Royaume-Uni.

Dans l'arrêt *Wolf*⁴⁷ la Cour suprême annule une clause d'un contrat de vente qui prévoyait que les terrains cédés ne pouvaient être transférés à des personnes de race juive ou hébraïque, ou à des Noirs.

Avant de passer aux grands arrêts de la décennie 1950 notons qu'en 1947 dans l'arrêt sur la déportation des Japonais⁴⁸ le Comité judiciaire du Conseil privé reconnut la validité d'arrêtés en conseil passés par l'exécutif fédéral sous l'autorité de la Loi des mesures de guerre et d'une loi transitoire d'urgence qui en

⁴³ *Barrett v. The City of Winnipeg* (1892), 19 S.C.R. 374.

⁴⁴ [1892] A.C. 445. Le Comité judiciaire du Conseil privé dans un arrêt plutôt "légaliste" renversa ce jugement et reconnut la validité de la mesure manitobaine aux termes de l'article 93 de la constitution.

⁴⁵ *In the Matter of Three Bills Passed by the Legislative Assembly of the Province of Alberta at the 1937 (Third Session) Thereof Entitled Respectively: "An Act Respecting the Taxation of Banks"; "An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act"; and "An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information"*, [1938] R.C.S. 100. Le juge en chef Duff à la p. 134 remarque que les provinces peuvent dans une bonne mesure légiférer sur la presse mais elles ne peuvent brimer le droit à la discussion au point de nuire à la bonne marche des institutions parlementaires.

⁴⁶ Le para. 27 de l'art. 91 de la constitution.

⁴⁷ *Noble and Wolf v. Alley*, [1951] R.C.S. 64.

⁴⁸ *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Proc.-Gen. du Canada*, *supra*, note 12.

prolongeait la durée. Ces arrêtés prévoyaient la déportation des Canadiens-Japonais après la guerre. La législation fédérale étant claire, aucune interprétation restrictive ne vint protéger les droits de ces personnes. Ces mesures d'urgence furent reconnues *intra vires* des pouvoirs du Parlement en temps de guerre.⁴⁹ La Cour suprême avait auparavant reconnu la validité de ces arrêtés en conseil.⁵⁰

5. Les grands arrêts de la décennie 1950.

En 1949 les appels au Comité judiciaire du Conseil privé sont abolis sans que cet organisme ait vraiment pu laisser sa marque en matière de libertés fondamentales.⁵¹

Durant la décennie qui suivit, la Cour suprême fut appelée à rendre des arrêts qui ont revêtu une grande importance.⁵²

Certains droits de l'homme ont été protégés par le biais du droit criminel et d'autres par le biais du droit civil. La Cour suprême a annulé certaines mesures législatives qui portaient atteinte aux libertés fondamentales en se basant sur le partage des compétences législatives.

L'on a reconnu qu'il existait des garanties implicites. Les juges Rand et Kellock les invoquent dans les affaires *Saumur* et

⁴⁹ F. R. Scott, *op. cit.*, note 20, p. 37: "Surely this interpretation of our constitution is as frightening as the policy of deportation was reprehensible."

⁵⁰ *In the Matter of a Reference as to the Validity of Orders in Council of the 15th Day of December, 1945*, (P.C. 7355, 7356 and 7357), *in Relation to Persons of the Japanese Race*, [1946] R.C.S. 248.

⁵¹ B. Laskin, *op. cit.*, note 6, pp. 973-974: "Strangely enough, the Privy Council was never required to face squarely any issue of legislative power in respect of the traditional political freedoms."

⁵² J. Beetz, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la Constitution du Canada* (1958), 18 R. du B. 361; H. Brun, et G. Tremblay, *Droit public fondamental* (1972), pp. 203-208; R. Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec* (1969), pp. 108-110; P. Garant, *op. cit.*, note 24, à la p. 357; B. Laskin, *Our Civil Liberties* (1955), 41 Queen's Q. 455; B. Laskin, *op. cit.*, note 6, pp. 903-989; B. Laskin, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights* (1959), 37 Can. Bar Rev. 77. M. Lalonde, *Les journaux et la loi au Canada*, Cité Libre, avril à août, 1966; N. J. Lyon et R. G. Atkey, *Canadian Constitutional Law in a Modern Perspective* (1970), p. 407; MacGuigan, *The Development of Civil Liberties in Canada* (1965), 72 Queen's Q. 270; L. P. Pigeon, *The Bill of Rights and the British North America Act* (1959), 37 Can. Bar Rev. 66; D. A. Schmeiser, *op. cit.*, note 6, pp. 286-287. L'auteur y loue le travail de notre Cour suprême: "These judgments are great achievements in a system operating under the doctrine of the supremacy of Parliament and without a Bill of Rights."; F. R. Scott, *op. cit.*, note 20; W. S. Tarnopolsky, *op. cit.*, note 28; A. Tremblay, *op. cit.*, note 21a, pp. 255-275.

Switzman. Quelques juges de la Cour suprême réfèrent au concept d'une déclaration implicite des droits dans l'arrêt *Oil, Chemical and Atomic Workers* et dans l'affaire *McKay*. D'ailleurs depuis le renvoi de 1938 sur la Loi de la presse en Alberta on a fait remarquer que certains droits fondamentaux sont garantis de façon implicite dans notre démocratie parlementaire.

Durant la période qui va de 1950 à 1960 nous assistons dans une certaine mesure à l'élaboration jurisprudentielle d'une Déclaration non écrite des droits de l'homme. Le juge Rand rédigea des notes qui retiennent encore l'attention.⁵³

Même si les résultats furent fort intéressants et si l'on doit féliciter la Cour suprême pour son audace, il est à noter cependant qu'il y a beaucoup d'incertitude et de confusion dans les motifs invoqués à l'appui de certaines décisions.⁵⁴ Il est à espérer que la Cour suprême dans la décade 1970 sera plus heureuse dans la formulation de ses motifs en matière de libertés fondamentales.⁵⁵

Dans l'arrêt *Boucher*⁵⁶ la Cour par un jugement majoritaire juge non coupable de libelle séditionnaire Aimé Boucher qui distribue dans la Beauce un pamphlet virulent intitulé "La haine ardente du Québec"; le juge Rand fait remarquer que la liberté de pensée et d'expression sur tous les sujets est de l'essence même de notre vie dans une société démocratique et que notre système parlementaire suppose la liberté de discussion.

Applicant la règle *audi alteram partem*, la Cour suprême dans l'affaire de l'*Alliance des professeurs catholiques de Montréal*⁵⁷ juge non valide une décertification de l'Alliance faite par la Commission des relations ouvrières du Québec sans entendre la partie concernée. L'Alliance avait illégalement ordonné à ses membres de se mettre en grève.

Dans l'affaire *Saumur* qui porte sur la liberté de religion,⁵⁸

⁵³ W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones* (1971), 17 McGill L.J. 437, à la p. 475.

⁵⁴ P. Garant, *op. cit.*, note 24, à la p. 380.

⁵⁵ Notons au passage qu'au XIX^e siècle beaucoup d'arrêts célèbres en droit constitutionnel étaient reliés à l'usage des boissons alcooliques (les arrêts *Russell*, *Hodge*, *Prohibition locale*, etc.) ce sont surtout les Témoins de Jéhovah (les arrêts *Boucher*, *Saumur*, *Roncarelli*, etc.) qui ont fait progresser la détermination des libertés fondamentales au Canada durant la décade 1950; dans la décade 1970, les Amérindiens semblent avoir pris la relève (les arrêts *Drybones*, *Lavell* et *Canard*). Voir W. S. Tarnopolsky, *op. cit.*, note 53, à la p. 446, note 31.

⁵⁶ *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265. Jugement de 5 à 4.

⁵⁷ *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. The Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140. Aucune dissidence.

⁵⁸ *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, note 21. Jugement majoritaire de 5 à 4.

notre plus haut tribunal juge inapplicable principalement à cause de la Loi du Canada-Uni de 1852 sur la liberté des cultes, un règlement de la ville de Québec empêchant la distribution dans les rues de pamphlets religieux. Il existe parmi les juges un large éventail d'opinions sur la question de savoir si la liberté de pratiquer la religion est un "droit civil" ou un "droit public". Les juges Rinfret et Taschereau affirment que la liberté de culte est un "droit civil". La *ratio decidendi* n'est pas facile à retrouver dans cet arrêt. Le juge Rand⁵⁹ fit remarquer que la liberté de religion depuis 1760 a été reconnue comme un principe de droit fondamental.

La Loi sur la liberté des cultes de 1852 sur laquelle s'appuie en partie cet arrêt demeure en vigueur dans le Québec et l'Ontario par le jeu de l'article 129 de la constitution. Le professeur F. R. Scott croit que le Parlement fédéral pourrait seul abroger ou modifier cette loi anté-confédérative.⁶⁰

Dans l'affaire *Birks*⁶¹ la Cour déclare *ultra vires*, au motif que l'observance religieuse relève du Parlement fédéral en vertu de sa compétence en droit criminel, une loi québécoise et des règlements passés sous son autorité relatifs à la fermeture de magasins le jour des fêtes religieuses catholiques. En Grande-Bretagne l'observance du dimanche et des jours de fêtes religieuses est rattachée par tradition au droit pénal.

Les motifs de cet arrêt n'ont pas échappé à la critique judiciaire de certains auteurs.⁶² A notre avis, il s'agissait bien plus en cette affaire de réglementation d'heures de commerce que d'actes attentatoires à la sécurité de l'Etat ressortissant à la compétence pénale du Parlement central.

La Cour suprême a protégé certaines libertés fondamentales par le biais du droit civil. Les affaires *Chaput*, *Roncarelli* et *Lambe* en sont des exemples. Dans l'affaire *Chaput*⁶³ la Cour sur la base de l'article 1053 du Code civil du Québec prononce la responsabilité civile de trois officiers de police qui sur ordre d'un supérieur interviennent au cours d'un service religieux des Témoins de Jéhovah, célébré dans une maison privée, saisissent les documents religieux, et, forcent le ministre du culte à quitter les lieux. M. le juge Robert Taschereau fait remarquer que dans notre pays il n'y a pas de religion d'Etat, que toutes les religions sont sur

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 327.

⁶⁰ F. R. Scott, *op. cit.*, note 20, p. 16.

⁶¹ *Birks and Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal and Att.-Gen. Quebec*, [1955] R.C.S. 799. Aucune dissidence.

⁶² J. Beetz, *op. cit.*, note 52, à la p. 368. P. Garant, *op. cit.*, note 24, à la p. 375.

⁶³ *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

le même pied et que la conscience de chacun est une affaire personnelle et l'affaire de nul autre.

Dans la célèbre cause *Roncarelli*⁶⁴ la Cour suprême par une décision majoritaire juge responsable en dommages-intérêts le Premier Ministre du Québec qui sans justification légale avait ordonné au Président d'une régie d'annuler le permis de vente de boissons détenu par un restaurateur qui cautionnait les Témoins de Jéhovah accusés d'avoir violé les règlements municipaux relatifs à la distribution d'imprimés. Dans cette affaire, il fut également jugé que l'ordre d'un supérieur n'habilite pas une personne soumise à l'autorité de ce dernier à commettre un acte répréhensible. Cet arrêt réaffirme de plus le principe que tous sont égaux devant la loi et sont soumis à la *Rule of Law*.

Se basant une fois de plus sur l'article 1053 du Code civil, la Cour suprême dans l'affaire *Lamb*⁶⁵ accorde des dommages-intérêts à Louise Lamb, Témoin de Jéhovah, arrêtée de façon arbitraire par la force policière et détenue durant une fin de semaine sans pouvoir communiquer avec son avocat et sans qu'aucune accusation ne soit portée contre elle. On lui offrit sa liberté à la condition qu'elle signe une quittance; sur son refus, on l'accusa d'avoir conspiré pour publier un pamphlet séditionnel. Libérée à son enquête préliminaire, elle poursuit avec succès les officiers de police qui l'avaient arrêtée.

Par contre, certains droits fondamentaux ont été reconnus par le biais du droit criminel. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Switzman*,⁶⁶ la Cour déclara *ultra vires* une loi québécoise connue sous le nom de "loi du cadenas" empêchant la dissémination du bolchévisme et du communisme au motif que pareille prohibition participe de la nature d'une défense de droit pénal et relève exclusivement du Parlement central en vertu de l'alinéa 27 de l'article 91. Le juge Abbott par voie d'*obiter dictum* fait remarquer que le Parlement fédéral lui-même ne pourrait abroger le droit de discussion du Canada.

On peut conclure que de 1875 à 1960, la Cour suprême a, entre autres, pu se prononcer sur la liberté d'opinion et d'expression,⁶⁷ la liberté de religion,⁶⁸ l'observance du dimanche,⁶⁹ le

⁶⁴ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Jugement de 6 à 3.

⁶⁵ *Lamb v. Benoit*, [1959] R.C.S. 321. Jugement majoritaire; il y a trois dissidences sur partie du jugement.

⁶⁶ *Switzman v. Elbling and Att.-Gen. Quebec*, [1957] R.C.S. 285, une dissidence, celle du Juge Taschereau.

⁶⁷ *Boucher v. The King*, *supra*, note 56; *Switzman v. Elbling and Att.-Gen. Quebec*, *ibid.*; *In the Matter of Three Bills Passed by the Legislative Assembly of the Province of Alberta at the 1937 (Third Session) Thereof Entitled Respectively: "An Act Respecting the Taxation of Banks"; "An*

For footnotes 68-69 see next page.

principe de l'égalité devant la loi,⁷⁰ l'arrestation arbitraire,⁷¹ le principe de l'*audi alteram partem*,⁷² la liberté de commerce,⁷³ la *Rule of Law*,⁷⁴ les droits confessionnels,⁷⁵ les libertés en temps de guerre,⁷⁶ les mesures discriminatoires.⁷⁷

II. *La protection des droits fondamentaux depuis 1960.*

1. *La Déclaration canadienne des droits de 1960.*

L'année 1960 marque une étape majeure dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Le Parlement fédéral donne son accord unanime à la Déclaration canadienne des droits de 1960 déposée à la Chambre des Communes par le Premier Ministre J. G. Diefenbaker.⁷⁸ La loi est sanctionnée le 10 août 1960 et entre en vigueur le même jour.

L'article 1 de cette Déclaration énonce:

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;

Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act"; and "An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information", *supra*, note 45.

⁶⁸ *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, note 21. *Chaput v. Romain*, *supra*, note 63.

⁶⁹ *Birks and Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal and Att.-Gen. for Quebec*, *supra*, note 61.

⁷⁰ *Roncarelli v. Duplessis*, *supra*, note 64.

⁷¹ *Lamb v. Benoit*, *supra*, note 65.

⁷² *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. The Labour Relations Board of Quebec*, *supra*, note 51. *Lapointe v. L'Association de bienfaisance et de retraite de la Police de Montréal*, *supra*, note 39.

⁷³ *Christie v. The York Corporation*, *supra*, note 42.

⁷⁴ *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, *supra*, note 41.

⁷⁵ *Barrett v. The City of Winnipeg*, *supra*, note 43.

⁷⁶ *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Proc.-Gén. du Canada*, *supra*, note 12.

⁷⁷ *Noble and Wolf v. Alley*, *supra*, note 47; *Quong-Wing v. The King*, *supra*, note 40; *Cunningham v. Tomay Homma*, *supra*, note 36; *Union Colliery Co. of B.C. Ltd. v. Bryden*, *supra*, note 33.

⁷⁸ S.C., 1960, c. 44. Au sujet de cette déclaration, on lira avec profit la livraison de mars 1959 de la Revue du Barreau Canadien (1959), 37 Rev. Bar. Can. 1-264 et N. Dorion, Les droits de l'homme au sein de la Confédération, [1961] *Thémis* 26; E. Colas, Droits de l'homme et la constitution canadienne (1958), 18 R. du B. 317; E. A. Drieger, The Canadian Bill of Rights, paru dans *Contemporary Problems of Public Law in Canada*, O. E. Lang, ed. (1968), p. 31.

- 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.

L'article 2 se lit comme suit:

Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la 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:

- a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit;
- b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;
- c) privant une personne arrêtée ou détenue
 - (i) du droit d'être promptement informée des motifs de son arrestation ou de sa détention,
 - (ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou
 - (iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;
- d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel;
- e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;
- f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; ou
- g) privant une personne du droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures où elle est mise en cause ou est partie ou témoin, devant une cour, une commission, un office, un conseil ou autre tribunal, si elle ne comprend ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent ces procédures.

Cette Déclaration toutefois n'est qu'une loi révocable au gré du Parlement et ne vise que l'autorité fédérale.⁷⁹ Les promoteurs de cette mesure auraient aimé l'inscrire dans la constitution. Mais il aurait fallu un amendement constitutionnel. Nous n'avons pas au Canada de procédure générale d'amendement, les autorités fédérale et provinciales n'ayant pas réussi jusqu'ici à se mettre

⁷⁹ Art. 5, para. 2 de la Déclaration canadienne des droits de 1960.

d'accord sur le contenu de pareille formule. La pratique constitutionnelle veut actuellement que toutes les provinces expriment leur consentement avant que les chambres fédérales ne s'adressent au Parlement de Westminster pour obtenir un amendement à notre constitution. Ce mécanisme n'a pas été mis en branle en 1960. Plus tard, à la Conférence de Victoria, en juin 1971, on a mis au point une Déclaration constitutionnelle des droits incluant les droits fondamentaux classiques et les droits linguistiques.⁸⁰

Cependant à la suite du désaccord des autorités fédérale et provinciales sur le partage des pouvoirs en matière de sécurité sociale la Charte de Victoria n'a pas vu le jour. Nous n'avons pas encore réussi à inscrire dans la constitution une Déclaration des droits de l'homme.

2. *La jurisprudence de la décennie 1960.*

Certains avaient espéré qu'à la faveur de la Déclaration canadienne des droits de l'homme, les libertés fondamentales recevraient dorénavant une plus grande protection de la part de nos tribunaux. Dès le départ deux attitudes se manifestent.

Une première prône que les libertés fondamentales soient protégées par les lois émanant du Parlement et des législatures qui dans notre système de suprématie parlementaire sont appelés à dire quels sont les droits fondamentaux. Les tribunaux ne seraient chargés que de l'interprétation stricte.

Une seconde attitude désire au contraire que nous ayions dans la constitution une Déclaration des droits de l'homme, et, que le droit en cette matière soit surtout l'oeuvre des tribunaux. En attendant que cette Déclaration soit inscrite dans la constitution, on souhaite que l'on donne une interprétation généreuse à la Déclaration canadienne des droits et aux mesures de même nature adoptées par les législatures provinciales.

A toutes fins pratiques, pendant dix ans, les tribunaux n'ont vu dans la Déclaration des droits de 1960 qu'un simple code d'interprétation.

Dans l'affaire *Gonzales*⁸¹ la Cour d'Appel de la Colombie Britannique par un jugement majoritaire rejette l'appel d'un Amérindien convaincu d'avoir été trouvé en possession de boissons alcooliques en dehors d'une réserve indienne, en violation de l'article 94a de la Loi sur les Indiens. Les juges Tysoe et Bird déclarent que l'article 94a n'enfreint pas le principe de l'égalité

⁸⁰ Charte constitutionnelle canadienne. Le titre I traite des droits politiques et le titre II des droits linguistiques.

⁸¹ *Regina v. Gonzales* (1962), 32 D.L.R. (2d) 290.

devant la loi énoncé dans la Déclaration des droits de 1960. Pour eux le principe de l'égalité devant la loi ne signifie pas que la loi doit être la même pour tous mais bien que toutes les personnes auxquelles une loi particulière s'applique doivent recevoir un traitement identique dans le cadre de cette loi. Le juge Davey exprime l'avis que l'article 2 de la Déclaration de 1960 n'est qu'une règle d'interprétation. Même si l'article 94a contrarie le principe de l'égalité devant la loi prévu à l'article 1b de la Déclaration, cet article ne doit pas être déclaré inopérant car l'article 2 n'est qu'une règle d'interprétation. En cas d'incompatibilité, c'est la loi particulière et non la Déclaration qui doit prévaloir.

Dans l'arrêt *Rosetanni*⁸² la Cour suprême adoptant une attitude réservée conclut que l'article 4 de la Loi du dimanche ne viole pas le principe de la "liberté de religion" énoncé dans la Déclaration canadienne des droits. Dans cette affaire les prévenus étaient accusés d'avoir opéré un commerce de quilles le dimanche contrairement à l'article 4 de la Loi du dimanche. Le juge Ritchie qui prononce le jugement majoritaire déclare que la liberté de religion ne comprend pas le droit pour un individu de travailler le dimanche même si le sabbat pour lui tombe un autre jour. Pour ceux que leur religion force à observer un jour de repos autre que le dimanche, la Loi sur le dimanche entraîne en pratique des conséquences purement séculières et financières. La liberté de religion n'est pas brimée. La juge Cartwright, seul dissident, fait remarquer que: "Lorsqu'il y a contradiction irréductible entre une autre loi du Parlement et la Déclaration canadienne des droits, cette dernière doit prévaloir." A son avis, l'article 4 de la Loi sur le dimanche enfreint la liberté de religion et la Déclaration de 1960 le rend inopérant. La formulation des motifs invoqués dans ce jugement majoritaire fit l'objet de vives critiques.

Dans l'affaire *Brodie*⁸³ le célèbre roman de T. H. Lawrence *L'Amant de Lady Chatterley* ne fut pas jugé une publication obscène au sens de l'article 150(8) du Code criminel. L'Honorable P. E. Trudeau fit remarquer: "Les dispositions du Code

⁸² *Robertson et Rosetanni v. La Reine*, [1963] R.C.S. 651. Jugement majoritaire de 4 à 1. Les motifs de l'arrêt *Rosetanni* sont critiqués par le professeur Patrice Garant, *op. cit.*, note 24, à la p. 374. Bora Laskin dans un commentaire paru dans (1964), 42 Rev. Bar. Can. 147, remarque à la p. 154: "For the majority to state that the practical result on those who do not accept Sunday as a religious holy day is purely secular and financial (in that they must refrain from doing business, on that day) is to deny the principle of equality of all religions in the country, as expressed in the statement in *Chaput v. Romain* which Ritchie J. adopted."

⁸³ *Brodie v. La Reine*, [1962] R.C.S. 681. Jugement de 5 contre 4.

criminel relatives à l'obscénité sont appliquées depuis l'adoption de la Déclaration des droits sans ombre de conflit."⁸⁴

Dans la cause *Lieberman*⁸⁵ la Cour conclut qu'un règlement municipal relatif à la fermeture des établissements ne visait pas à empêcher la profanation du sabbat mais était plutôt destiné à réglementer les heures de commerce. La Cour reconnaît la validité du règlement. Cet arrêt qui ne se concilie pas entièrement avec l'affaire *Birks* nous apparaît bien fondé.

Dans l'arrêt *La Reine v. Radio-Canada*⁸⁶, la Cour décrète que la Loi du dimanche ne lie pas cette société d'Etat qui est une émanation de la Couronne. Le mot "personne" défini au Code criminel et incorporé à la Loi sur le dimanche ne comprend pas la Couronne ou ses "agents". Il répugne au principe de l'immunité de la Couronne que cette dernière soit assujettie à une disposition de nature punitive.

Dans l'arrêt *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*,⁸⁷ la Cour suprême confirme la validité d'une loi de la Colombie Britannique empêchant les syndicats ouvriers de contribuer financièrement à la caisse électorale des partis politiques, à partir de l'argent perçu à même le salaire d'un employé. On reconnaît qu'il s'agit d'un exercice valide de la compétence des provinces en matière de "propriété et de droits civils". Il n'y a pas là un accroc injustifiable à la liberté d'expression.

Dans l'affaire *McKay*⁸⁸ la Cour suprême arrive à la conclusion qu'un règlement municipal prohibant les annonces et l'affichage sur la propriété privée n'empêchait pas l'affichage d'enseignes lors des élections fédérales car tel n'était pas l'effet désiré par ledit règlement. Les juges minoritaires firent valoir qu'il s'agissait là d'une législation sur l'usage de la propriété, usage qui est autorisé par l'article 92.13, même si incidemment pareille défense pouvait affecter la propagande politique durant une élection fédérale.

Dans l'affaire *Guay v. Lafleur*⁸⁹ la Cour suprême renversant la Cour d'Appel du Québec conclut que l'enquêteur Guay qui agissait sous l'empire de la loi de l'impôt ne décidait et n'adjudgeait pas et que la règle *audi alteram partem* ne s'appliquait pas parce

⁸⁴ *Op. cit.*, note 23, p. 18.

⁸⁵ *Lieberman v. La Reine*, [1963] R.C.S. 643.

⁸⁶ (1957), 118 C.C.C. 200.

⁸⁷ (1964), 41 D.L.R. (2d) 1. Décision majoritaire de 4 à 3.

⁸⁸ *McKay et McKay v. La Reine*, [1965] R.C.S. 798, décision majoritaire de 5 à 4.

⁸⁹ [1965] R.C.S. 12. Décision de 8 à 1.

qu'il ne s'agissait pas d'une audition de nature judiciaire ou quasi-judiciaire. Lafleur avait demandé d'être présent à l'enquête et d'être représenté par un avocat. L'article 2(e) de la Déclaration canadienne des droits ne s'applique pas selon la Cour car aucun droit et aucune obligation n'étaient déterminés par l'officier enquêteur. Guay faisait enquête mais une autre personne prenait la décision.

Dans l'arrêt *Fletcher*⁹⁰ la Cour suprême sur la base de l'article 92.13 déclare valide une loi albertaine sur l'acquisition et l'usage de terrains par des groupes religieux. La Cour rejette la prétention des Hutterites que la mesure était *ultra vires* parce qu'elle portait sur la religion. Les Hutterites possédaient déjà de grandes étendues de terres. La loi restreignait l'acquisition de terres additionnelles. La loi ne brimait pas la liberté de religion mais réglementait la possession de terres.

Passant en revue la jurisprudence de la décennie 1960, l'Honorable P. E. Trudeau écrit en 1968: "Il aurait peut-être été possible de donner à cette Déclaration une interprétation qui permette de modifier ces lois antérieures mais les tribunaux ne l'ont jamais fait."⁹¹

En 1970, la Cour suprême eut à se prononcer dans l'affaire *Drybones*.⁹² Pour la première fois (et pour la seule fois jusqu'ici) la Cour déclara inopérante une disposition d'une loi fédérale en se basant sur la Déclaration canadienne des droits.

3. L'affaire *Drybones*.

Drybones un Amérindien est trouvé ivre en dehors d'une réserve indienne, en l'occurrence dans les Territoires du Nord Ouest, en violation de l'article 94(b) de la Loi sur les Indiens. L'article 19(1) de l'Ordonnance sur les boissons enivrantes des Territoires du Nord-Ouest prévoit que seuls les personnes qui sont trouvées ivres dans un endroit public se rendent coupables d'une infraction; Drybones n'était pas ivre dans un endroit public mais il se trouvait alors en dehors d'une réserve.

La Cour suprême par un jugement majoritaire de six à trois en vint à la conclusion que l'article 94(b) de la Loi sur les Indiens était inopérant en vertu de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits parce qu'il contredisait le principe de "l'égalité devant la loi" énoncé à l'article 1(b) de la Déclaration de 1960.

⁹⁰ *Walter and Fletcher v. Proc.-Gén. de l'Alberta*, [1969] R.C.S. 383. Il ne fut pas question dans cet arrêt de la Déclaration de 1960.

⁹¹ *Op. cit.*, note 23, p. 13.

⁹² *R. v. Drybones*, [1970] R.C.S. 282. Jugement de 6 à 3.

M. le juge Ritchie auquel la majorité se rallie déclare qu'une personne est privée de "l'égalité devant la loi", si à cause de sa race, elle est punie pour avoir posé un acte qui pour tout autre canadien ne constitue pas une infraction.⁹³

Il ajoute que l'article 2 de la Déclaration de 1960 signifie que, si une loi fédérale ne peut être raisonnablement interprétée et appliquée sans supprimer, restreindre ou enfreindre l'un des droits ou l'une des 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.⁹⁴

Il remarque prudemment qu'il s'agit dans l'instance d'un cas d'espèce.⁹⁵

Le libellé de la Déclaration canadienne des droits de 1960 habilite les tribunaux à déclarer inopérante une mesure législative fédérale qui va à l'encontre des droits mentionnés dans ladite Déclaration. Cette attitude vaut tant pour les lois antérieures que postérieures à 1960. Si dorénavant le Parlement entend déroger à la Déclaration de 1960 il doit le prévoir de façon expresse dans sa loi.

Le juge Hall fait remarquer:⁹⁶

La déclaration canadienne des droits n'atteint pas son but si pour l'égalité devant la loi elle ne fait qu'établir un rapport d'égalité entre Indiens et Indiens; elle n'a de valeur et n'a de sens que lorsque, sous réserve de l'unique exception énoncée à l'article 2, elle répudie dans chaque loi du Canada la discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe à l'égard des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés à l'article 1, de quelque façon que cette discrimination puisse se manifester, non seulement entre Indiens et Indiens, mais entre tous les Canadiens qu'ils soient Indiens ou non-Indiens.

On doit conclure de cet arrêt majoritaire que la Cour a alors décidé que la Déclaration canadienne est une loi spéciale qui établit un "standard". La Cour déclare inopérante toute loi fédérale qui est incompatible avec le texte de la Déclaration. La Déclaration affirme que les libertés ont toujours existées; si dans une loi certaines libertés ont été brimées les dispositions qui les mettent ainsi en brèche seront déclarées inopérantes par la Cour. Si le législateur fédéral veut que sa loi échappe à l'emprise de la Déclaration, il doit le déclarer expressément.

⁹³ *Ibid.*, à la p. 297.

⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 294.

⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 298.

⁹⁶ *Ibid.*, à la p. 300.

Dissident, M. le juge Louis-Philippe Pigeon fait remarquer que l'objet même de l'article 91.24 de la constitution est de permettre au Parlement fédéral d'édicter des mesures législatives qui ne s'appliquent qu'aux Indiens.⁹⁷ La Déclaration des droits de 1960 n'a pas un caractère constitutionnel. Elle ne constitue qu'une règle d'interprétation. Il en est d'ailleurs ainsi de la règle de la non-rétroactivité des lois dans notre système. Dans notre régime de souveraineté parlementaire, il revient au Parlement et non aux tribunaux d'établir les droits de l'homme. Si le Parlement fédéral avait voulu que les libertés fondamentales fussent dorénavant l'oeuvre des tribunaux, il aurait manifesté son intention de façon beaucoup plus claire et plus expresse qu'il ne l'a fait dans la Déclaration de 1960. Le Parlement, en 1960, n'a rien fait de plus que de prescrire aux tribunaux d'appliquer les lois et de les interpréter conformément aux principes énoncés dans la Déclaration des droits en considérant que ces libertés fondamentales existaient déjà et non qu'elles seraient dorénavant établies par les tribunaux. Si l'effet de la Déclaration de 1960 était de rendre inopérantes toutes les dispositions en vertu desquelles les Indiens ont un statut spécial, force nous serait de conclure que le Parlement en 1960 non seulement a modifié le statut des Indiens mais qu'il a forcé le Parlement à déclarer désormais dans ses mesures sur les Indiens que ses lois s'appliqueraient nonobstant la Déclaration canadienne des droits de l'homme.⁹⁸ Pour le juge Pigeon la Déclaration de 1960 n'altère pas le droit. Elle n'a pas pour effet de réduire la compétence du Parlement ou de l'Exécutif. Pour lui, la thèse inverse impliquerait un changement radical dans la nature de la constitution canadienne. Il existe une différence notable entre la faculté reconnue à une cour d'interpréter une loi et le pouvoir de déclarer ladite loi inopérante.

M. le juge en chef Cartwright qui, le premier dans l'affaire *Rosetanni* avait affirmé que la Déclaration canadienne des droits habilitait les tribunaux à déclarer inopérante une loi fédérale incompatible, retraits dans l'affaire *Drybones*.⁹⁹ Il confessa qu'il avait fait erreur dans l'affaire *Rosetanni*.

Pour sa part, M. le juge Abbott émit l'avis que la Déclaration de 1960 n'était qu'une simple règle d'interprétation.¹⁰⁰ Le Parlement peut certes déléguer aux tribunaux le pouvoir de

⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 303.

⁹⁸ *Ibid.*, à la p. 304.

⁹⁹ W. S. Tarnopolsky, *op. cit.*, note 53, à la p. 448.

¹⁰⁰ *R. v. Drybones*, *supra*, note 92, à la p. 299.

déclarer une loi inopérante, mais le libellé de l'article 2 de la Déclaration de 1960 n'implique pas une telle délégation.

L'arrêt *Drybones* donne une orientation différente à la protection des droits fondamentaux sur le plan fédéral. Pour la première fois, la Cour suprême en se basant sur un texte législatif portant sur les droits fondamentaux adopte une attitude qui n'est pas sans rappeler celle de la Cour suprême américaine. L'arrêt fut qualifié d'arrêt du siècle.¹⁰¹

Certains s'émurent de la décision *Drybones* et exprimèrent la crainte que nous nous engagions sur la voie américaine au lieu de suivre l'attitude britannique toute empreinte de réserve. Il revient au Parlement selon eux de dire clairement quelles sont les libertés fondamentales; cette tâche ne doit pas être laissée aux juges qui ne sont pas élus. Ainsi le veut la logique de notre système de suprématie parlementaire que nous avons hérité du Royaume-Uni.^{101a}

Remarquons au passage que le *judicial review* en matière de libertés fondamentales n'est peut-être pas aussi étranger au génie britannique qu'on a semblé le prétendre en certains milieux. Ainsi, par exemple, les constitutionnalistes britanniques ont depuis le dernier conflit mondial rédigé un grand nombre de Déclarations des droits pour les nouveaux Etats indépendants du Commonwealth qui ont continué à vivre sous un régime parlementaire d'inspiration britannique. Le Royaume-Uni lui-même a participé à la Convention européenne des droits de l'homme; il est entré également dans le Marché Commun, acceptant du même coup les dispositions du Traité de Rome. "Le temps est révolu où le Parlement britannique jouissait d'un pouvoir sans entrave lui permettant de légiférer comme bon lui semblait."¹⁰²

Ajoutons que notre Parlement fédéral et nos législatures provinciales n'ont jamais bénéficié de façon absolue de la souveraineté parlementaire. Ils ne peuvent sortir de la sphère législative que leur trace la constitution. De plus ces corps législatifs ont été soumis au *Colonial Laws Validity Act* jusqu'en 1931.

¹⁰¹ H. Brun, La décision dans *Lavell* ou les bonds de la Cour suprême (1973), 14 C. de D. 541, à la p. 542.

^{101a} Voir sur ce point le commentaire de W. F. Bowker sur l'arrêt *Régina v. Drybones* paru dans (1970), 8 Alta L. Rev. 409, à la p. 418: "The device of trying to secure the enumerated rights and freedoms through the power which the Bill accords to the Courts has three vices: (1) it is essentially negative, (2) it creates uncertainty, (3) it permits Parliament to evade its responsibility."

¹⁰² P. E. Trudeau, Les droits de l'homme et la suprématie parlementaire, paru dans Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités, édité par A. Gotlieb (1970), p. 6.

Même aujourd'hui, une partie importante de notre constitution leur échappe¹⁰³.

4. *L'interlude Drybones-Lavell.*

Entre l'arrêt *Drybones* de 1970 et l'arrêt *Lavell* de 1973 la Cour suprême eut à se prononcer dans d'autres affaires qui pour avoir moins retenu l'attention n'en conservent pas moins toute leur importance. Il s'agit des arrêts *Brownridge*, *Smythe*, *Curr*, *Duke* et *Appleby*. Dans ces arrêts, la Cour ne déclara inopérante aucune disposition d'une loi fédérale.

L'arrêt *Brownridge*¹⁰⁴ porte sur le droit reconnu par la Déclaration de 1960 de se constituer un avocat.

Mis en état d'arrestation, *Brownridge* refuse de se prêter au test de l'haleine avant de pouvoir parler à son avocat. La Cour juge que le refus de la police de permettre à *Brownridge* de parler à son avocat privait ce dernier du droit de se constituer un avocat sans délai, droit qui lui est reconnu par la Déclaration de 1960 et constitue une excuse raisonnable pour refuser le test de l'haleine.

Dans l'arrêt *Curr*¹⁰⁵ la Cour juge que les articles 223 et 224A(3) du Code criminel qui autorisent un agent de la paix à obliger un citoyen à se soumettre à une analyse de son haleine, ne vont pas à l'encontre "du droit du particulier" de ne se voir privé de la sécurité de sa personne que par "l'application régulière de la loi", énoncé à la Déclaration des droits de 1960.

Dans l'arrêt *Duke*¹⁰⁶ qui porte sur le droit à un procès équitable, le tribunal de dernière instance juge que l'accusé n'a pas le droit de recevoir un spécimen de son haleine de la personne qui prélève l'échantillon selon l'article 224A du Code criminel; l'analyse peut être utilisée en preuve. Cette façon de procéder ne prive pas l'appelant de son droit à un procès équitable en vertu de l'article 2(e) de la Déclaration des droits.

L'affaire *Smythe*¹⁰⁷ traite de l'égalité devant la loi. Dans cette instance notre plus haute Cour conclut que l'article 132 de

¹⁰³ Le partage législatif tracé par la constitution ne peut être modifié que par le Parlement de Westminster. Voir l'art. 7 du Statut de Westminster de 1931, *supra*, note 13. De plus, selon la jurisprudence, le Parlement et les législatures ne peuvent se déléguer des compétences législatives. Voir *inter alia*, *Proc.-Gén. de la Nouvelle-Ecosse v. Proc.-Gén. du Canada*, [1951] R.C.S. 31.

¹⁰⁴ *Brownridge v. La Reine*, [1972] R.C.S. 926. Trois dissidences. On verra plus loin *Hogan v. La Reine* (1975), 18 C.C.C. (2d) 65.

¹⁰⁵ *Curr v. La Reine*, [1972] R.C.S. 889.

¹⁰⁶ *Duke v. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

¹⁰⁷ *Smythe v. La Reine*, [1971] R.C.S. 680.

la Loi de l'impôt sur le revenu qui permet au Procureur Général de procéder à son choix par voie de mise en accusation ou par voie de conviction sommaire contre un individu qui est accusé d'avoir évité des paiements d'impôt, lequel choix peut entraîner une peine différente, ne contrarie pas le principe de "l'égalité devant la loi" prévu à l'article 1(b) de la Déclaration de 1960. Cette discrétion administrative ne viole pas la Déclaration canadienne des droits. Ce pouvoir discrétionnaire fait partie selon la Cour de la conception britannique et canadienne de l'égalité devant la loi. Les dispositions de l'article 132 s'appliquent indistinctement à tous. Cet arrêt n'a pas échappé à la critique.¹⁰⁸

Le principe de la présomption d'innocence, si ancré dans notre système juridique fut considéré dans l'affaire *Appleby*.¹⁰⁹ La Cour suprême conclut que le droit à la présomption d'innocence affirmé par la Déclaration des droits signifie que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au Ministère public. Mais cette présomption n'empêche toutefois pas que le prévenu, de par la loi, soit dans l'obligation de présenter une preuve pour neutraliser ou contrecarrer par un équilibre des probabilités l'effet de la preuve présentée par le Ministère public. Le juge Laskin dans des notes à l'appui écrit que: "La présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du Ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable."¹¹⁰

5. *L'arrêt Lavell.*

En août 1973, la Cour suprême rendit l'arrêt *Lavell* qui fit un bruit considérable.¹¹¹ En l'espèce se posait la question de savoir si l'article 12(1)(b) de la Loi sur les Indiens qui prévoit qu'une Indienne qui épouse un non-Indien perd ses droits d'Indienne et ne peut pas continuer à vivre dans la réserve contrarie le principe de "l'égalité devant la loi" énoncé à la Déclaration canadienne des droits. En vertu de la Loi sur les Indiens, l'Indien qui épouse une non-Indienne ne perd pas ses droits d'Indien et son épouse peut vivre dans la réserve.

¹⁰⁸ Pour une critique de cet arrêt voir un commentaire de MM. Chevrete et Marx (1972), 32 R. du B. 64: "Avec les cas *Smythe*, le jugement pourtant dissident du juge Pigeon dans *Drybones* réalise le surprenant prodige de rallier cette fois l'unanimité de la Cour."

¹⁰⁹ *R. v. Appelby*, [1972] R.C.S. 303. On ne relève aucune dissidence.

¹¹⁰ *Ibid.*, à la p. 317.

¹¹¹ *P.G. Canada v. Lavell; Isaac v. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349. Jugement de 6 à 3.

Y avait-il cette fois discrimination eu égard au sexe comme il y avait eu dans l'affaire *Drybones* discrimination sur le plan de la race?

La Cour d'appel fédérale¹¹² déclare inopérant l'article 12(1)(b) de la Loi sur les Indiens au motif qu'il viole l'article 1(b) de la Déclaration canadienne des droits en édictant une mesure discriminatoire eu égard au sexe.

A la Cour suprême¹¹³ il y eut partage des voix. Cinq juges se prononcent pour la validité de la mesure et quatre enregistrent leur dissidence.

Comme dans l'affaire *Drybones*, M. le juge Ritchie rédigea des notes auxquelles se rallia encore une fois la majorité. La question en litige selon le juge Ritchie est de savoir si le Parlement fédéral, en définissant les conditions préalables au statut d'Indien de façon à ne pas inclure les femmes de naissance indienne qui ont décidé d'épouser des non-Indiens, a édicté une loi impossible à interpréter et à appliquer de façon sensée sans supprimer, restreindre ou enfreindre les droits de ces femmes à l'égalité devant la loi.¹¹⁴ Il conclut que l'article 12(1)(b) de la Loi sur les Indiens pouvait être interprété et appliqué de "façon sensée" sans enfreindre les droits de Mesdames Lavell et Bédard à "l'égalité devant la loi".

Le juge Ritchie fait un retour à l'école de Dicey et fait remarquer que le concept de l'égalité devant la loi reconnu par Dicey comme une partie de la *Rule of Law*, comporte le sens d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires, et que l'expression qui figure à l'article 1(b) de la Déclaration des droits doit être traitée comme signifiant "égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux ordinaires du pays".¹¹⁵

Pour le juge Ritchie dans l'affaire *Drybones* l'article incriminé ne pouvait recevoir application sans que soit déniée à un groupe racial l'égalité de traitement dans l'administration et l'application de la loi devant les tribunaux ordinaires du pays; mais dans l'affaire *Lavell* une semblable inégalité de traitement entre Indiens et Indiennes ne résulte pas nécessairement de l'application de l'article 12(1)(b) de la Loi sur les Indiens.¹¹⁶

¹¹² [1971] C.F. 347.

¹¹³ *Supra*, note 111.

¹¹⁴ *Ibid.*, à la p. 1365.

¹¹⁵ *Ibid.*, à la p. 1366.

¹¹⁶ *Ibid.*, à la p. 1372.

A son avis, le Parlement fédéral ne peut exercer la compétence prévue par le paragraphe 24 de l'article 91 sans adopter des lois prescrivant les qualités requises pour qu'une personne ait droit au statut d'Indien.¹¹⁷

Enfin il fait une distinction entre les actes posés par les Indiens à l'intérieur de la réserve et en dehors de la réserve.¹¹⁸

M. le juge Pigeon maintient l'attitude qu'il avait adoptée dans l'arrêt *Drybones*. Visiblement inquiet par le *stare decisis*, il réfère à la dissidence motivée du juge Laskin. Cette dissidence s'inscrit dans la logique de l'arrêt *Drybones*. Cependant, le juge Pigeon ajoute qu'on ne peut lui faire grief de s'en tenir au point de vue dissident qu'il avait dans l'affaire *Drybones* quand une majorité de ceux qui n'étaient pas d'accord avec lui dans cet arrêt pour un article de la Loi sur les Indiens partage maintenant sa façon de voir pour la partie principale de la loi.¹¹⁹

Dissident dans l'affaire *Drybones* et de nouveau dans l'arrêt *Lavell* le Juge Abbott affirme que la Déclaration canadienne des droits a substantiellement affecté la doctrine de la suprématie du Parlement. Comme toute autre loi, la Déclaration de 1960 peut sans doute être amendée ou abrogée par le Parlement; et, le Parlement peut soustraire une loi à l'application de la Déclaration des droits de l'homme en le prévoyant expressément. En théorie, on peut donc dire que la souveraineté parlementaire est sauvegardée, mais, en pratique, cette souveraineté est substantiellement amoindrie. A mon avis, ce résultat est indésirable, mais il s'agit là d'un problème qui relève du législateur et non pas des tribunaux.¹²⁰

M. le juge Laskin qui ne siégeait pas dans l'arrêt *Drybones* enregistre dans l'arrêt *Lavell* une forte dissidence. Il fait remarquer qu'à moins que la Cour ne choisisse de se départir de ce qui a été dit et affirmé dans l'arrêt *Drybones*, il lui faut persister dans la même voie. Pour sa part, il ne se dit pas disposé à répudier l'arrêt *Drybones*. A son avis, il est impossible de distinguer l'arrêt *Lavell* de l'arrêt *Drybones*. Dans l'arrêt *Drybones* la discrimination portait sur la race et cette discrimination fut telle que l'on a rendu inopérante une disposition de la Loi des Indiens. Dans l'arrêt *Lavell*, il y a discrimination sur le plan du sexe et à moins de répudier l'arrêt *Drybones*, la Cour doit déclarer inopérant l'article 12(1)(b) de la Loi sur les Indiens.¹²¹

¹¹⁷ *Ibid.*, à la p. 1359.

¹¹⁸ *Ibid.*, à la p. 1361.

¹¹⁹ *Ibid.*, à la p. 1390.

¹²⁰ *Ibid.*, à la p. 1374.

¹²¹ *Ibid.*, à la p. 1375.

Le juge Laskin fait remarquer que l'arrêt *Drybones* a établi clairement que la Déclaration canadienne des droits est plus qu'une loi d'interprétation, qu'elle a force prépondérante lorsqu'un texte législatif fédéral entre en conflit avec ses termes et que la disposition incompatible doit céder le pas.¹²² Au sujet de l'article 91.24 qui habilite le Parlement à légiférer en matières indiennes il affirme que le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou le sexe n'est pas compris dans l'attribution de cette compétence législative pas plus que dans toute autre rubrique de l'article 91.¹²³ Pour le juge Laskin l'article 2 de la Déclaration des droits donne à ce texte législatif sa force véritable, parce que sans lui l'article 1 demeurerait une disposition purement déclaratoire.¹²⁴ Les lois fédérales tant antérieures que postérieures à 1960 font expressément l'objet des impératifs de la Déclaration canadienne des droits,¹²⁵ affirme le juge Laskin en terminant.

La doctrine s'est penchée sur le jugement *Lavell*.

Le professeur W. S. Tarnopolsky déclare s'en tenir au critère de "la mesure raisonnable".¹²⁶ L'attitude du juge Laskin lui semble trop absolue alors que l'application par le juge Ritchie de l'interprétation diceyenne de "l'égalité devant la loi" passe à son avis nettement à côté du problème. M. le juge Ritchie aurait mieux fait d'affirmer que le Parlement avait à définir le statut de l'Indien de façon à exclure des personnes qui épousent des non-Indiens et qu'il n'était pas "déraisonnable" pour le Parlement fédéral d'agir ainsi parce qu'il s'agit là d'un objectif valable.¹²⁷

Je partage l'opinion du professeur Tarnopolsky pour ce qui est de l'école diceyenne. Un tel retour surprend. Mieux vaut je crois s'en tenir au critère de la "mesure raisonnable". Mais alors, nous sommes forcément en face d'un éventail d'opinions sur ce qui est "raisonnable" et sur ce qui ne l'est pas.

Le professeur H. Brun¹²⁸ écrit que l'arrêt *Lavell* ramène le concept de "l'égalité devant la loi" au niveau qu'avait cet aspect de la *Rule of Law* en vertu de la jurisprudence avant l'adoption de la Déclaration en 1960. L'arrêt *Lavell* marque un renverse-

¹²² *Ibid.*, à la p. 1382.

¹²³ *Ibid.*, à la p. 1389.

¹²⁴ *Ibid.*, à la p. 1388.

¹²⁵ *Ibid.* L'ancien Premier Ministre John Diefenbaker fait un éloge de l'opinion dissidente du juge Laskin: Diefenbaker on the Bill of Rights (1974), 22 Chitty's L. J. 68, à la p. 71.

¹²⁶ W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights and the Supreme Court Decisions in Lavell and Burnshine: A Retreat from Drybones to Dicey?* (1975), 7 Ottawa L. Rev. 1.

¹²⁷ *Op. cit.*, *ibid.*, à la p. 23.

¹²⁸ *Op. cit.*, note 101, à la p. 553.

ment brutal de la jurisprudence. L'auteur exprime son inquiétude que la Cour à l'exception des juges dissidents ait opéré ce changement inconsciemment.

Le professeur D. E. Sanders¹²⁹ fait remarquer que les Cours américaines ont exempté les Indiens de l'application du XIV^e amendement et du *Bill of Rights*. L'*égalité de protection* n'est pas niée par des lois qui traitent les groupes de façon différente si ce traitement est basé sur une classification raisonnable pour servir une fin légitime.¹³⁰ Il note que l'arrêt *Lavell* rendu par la Cour fédérale d'appel "was hitting at membership, a fundamental part of the Indian Act system".¹³¹ Pour lui l'arrêt *Lavell* ne constitue pas un précédent sur le plan de la discrimination dans les domaines comme le droit criminel, l'impôt, l'immigration ou les champs de législation fédérale autres que le domaine des Indiens.¹³²

Les professeurs Marx et Chevrete dans leur chronique régulière sur les libertés publiques dans la *Revue du Barreau du Québec* expriment l'avis que l'arrêt *Lavell* est de nature à diminuer considérablement l'efficacité de la Déclaration canadienne des droits.¹³³ L'opinion en trois points exprimée par le juge Ritchie semble avoir pour effet de renverser l'affaire *Drybones*. Ils concluent à regret que l'arrêt *Drybones* était un cas d'espèce.

Le professeur Samson analyse avec soin le raisonnement des juges Ritchie et Laskin et conclut que la dissidence du juge Laskin lui apparaît d'une logique rigoureuse et qu'elle emporte son adhésion.¹³⁴ L'arrêt *Lavell* lui apparaît malheureusement voué à une grande destinée sur le plan juridique.¹³⁵

6. *Les arrêts récents.*

Dans l'affaire *Lavell*, la Cour, encore une fois, s'est partagée entre deux écoles principales de pensée, l'une incarnée par le juge en chef Laskin et l'autre par la majorité. Cette dernière toutefois n'apparaît pas homogène.

Dans l'affaire *Canard*¹³⁶ M. le juge Beetz qui fait partie de

¹²⁹ The Indian Act and the Bill of Rights (1974), 6 Ottawa L. Rev. 397.

¹³⁰ *Ibid.*, à la p. 402.

¹³¹ *Ibid.*, à la p. 405.

¹³² *Ibid.*, à la p. 412.

¹³³ Marx et Chevrete (1973), 33 R. du B. 557.

¹³⁴ Samson, La Déclaration canadienne des droits: une interprétation nouvelle? (1973), 14 C. de D. 343, à la p. 359.

¹³⁵ *Ibid.*, à la p. 362.

¹³⁶ *A.G. Canada v. Canard* (1975), 52 D.L.R. (3d) 548.

la majorité dégage pour sa part trois principes des arrêts *Drybones* et *Lavell* de la façon suivante:

1) La Déclaration de 1960 est plus qu'une règle d'interprétation; il s'agit d'une loi de nature quasi-constitutionnelle. Elle rend inopérante toute loi fédérale qui ne peut être interprétée et appliquée sans abroger ou mettre en échec l'un des droits ou l'une des libertés reconnus par la Déclaration, à moins qu'il ne soit expressément déclaré dans la loi que cette dernière s'applique nonobstant la Déclaration des droits. Il incombe à la Cour de déclarer inopérante une loi incompatible.

2) Le concept de "l'égalité devant la loi" sans discrimination sur le plan de la race, de l'origine ethnique, de la couleur, de la religion, du sexe, ne signifie pas seulement l'égalité avec les autres personnes de la classe visée par la loi: une telle interprétation rendrait possible toutes formes de discrimination prohibée pourvu que les autres membres de la même catégorie soient également l'objet de pareille discrimination.

3) Un Indien n'est pas "égal devant la loi" ainsi que le décrète la Déclaration de 1960 si, à cause de sa race, il est puni pour avoir posé un acte qui pour un autre Canadien n'entraîne aucune pénalité.

Selon M. le juge Beetz huit juges ont confirmé ces trois principes dans l'arrêt *Lavell* de 1973. Mais il trouve difficile sinon impossible de formuler la *ratio decidendi* de cet arrêt. Si l'on se base sur les notes du juge Ritchie dont les conclusions sont celles de la majorité, l'affaire *Lavell* a posé le principe qu'en définissant le statut de l'Indien, le Parlement a la faculté, sans contrarier la Déclaration de 1960, d'établir entre les différentes sortes de mariages "mixtes" les distinctions que l'on peut "raisonnablement" considérer comme inspirées par un objectif valable à la lumière de l'histoire.

Pour le juge Beetz, l'article 91.24 de la constitution crée une "catégorie raciale" et laisse entrevoir pour les membres de cette race l'établissement d'un "statut particulier". L'article 91.24 ne définit pas ce qu'est un "Indien". Le Parlement dans les limites constitutionnelles peut donc définir ce terme en se basant sur des critères valables, et parmi eux, il n'apparaît pas déraisonnable d'inclure le mariage, la filiation, à la lumière de l'histoire législative.

M. le juge Beetz conclut que l'affaire *Canard* diffère des affaires *Drybones* et *Lavell*. La question dans cette première

instance était de savoir si le fait d'investir le Ministre de certains pouvoirs d'administration crée une irrégularité incompatible avec la Déclaration de 1960 et si la Loi sur les Indiens a été appliquée conformément aux principes de la Déclaration de 1960. A son avis, si Madame Canard a été victime de discrimination raciale, cette discrimination était de nature administrative et non pas de nature législative.

Dissident, le juge en chef Laskin maintient l'attitude adoptée dans l'affaire *Lavell*. L'article 91.24 n'autorise pas *in se* le Parlement à enfreindre les libertés énoncées à la Déclaration de 1960. Si le Parlement croit nécessaire en se basant sur l'article 91.24 d'édicter des dispositions qui contrarient la Déclaration de 1960, il lui est loisible de le faire en recourant à la clause *non obstante*, mais l'article 91.24 n'invite pas les tribunaux à faire ce que le Parlement n'a pas choisi de faire. Si la Loi sur les Indiens n'est pas inopérante sous ce point, les règlements adoptés sous son autorité contrarient la Déclaration et sont inopérants.

Dans l'affaire *Cosimo Reale*,¹⁸⁷ la Cour suprême confirme une ordonnance de la Cour d'appel d'Ontario ordonnant un nouveau procès à un accusé en matière de meurtre non qualifié, au motif que l'accusé durant l'exposé du juge au jury aurait dû bénéficier des services d'un interprète, vu l'article 2(g) de la Déclaration canadienne des droits qui traite du droit à l'interprète et vu l'article 577(1) du Code criminel qui prévoit qu'un accusé doit être présent en Cour durant le déroulement de son procès.

La Cour suprême dans l'arrêt *Prata*¹⁸⁸ à l'unanimité rejette l'appel de Prata frappé d'une ordonnance de déportation. En vertu de l'article 21 de la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, un certificat ministériel avait été signifié à la Commission d'appel pour lui enlever la discrétion autorisée à l'article 15 de la même loi. La Cour juge que la Déclaration des droits de 1960 n'empêche pas l'application de l'article 21.

Dans l'arrêt *Hogan*,¹⁸⁹ l'accusé amené au poste de police pour subir le test de l'haleine demande au préalable à parler à son avocat. L'officier de police lui opposant un refus, l'accusé se soumet quand même au test. La Cour juge que le fait que l'accusé ait été privé de son droit de consulter un avocat et aurait eu ainsi une excuse raisonnable pour refuser de se prêter au test

¹⁸⁷ Arrêt, non encore rapporté. Cour suprême du Canada, 1er octobre 1974. Jugement de 7 à 2.

¹⁸⁸ *Prata v. Ministre de la Main-d'oeuvre et Immigration* (1975), 52 D.L.R. (3d) 383. Jugement unanime.

¹⁸⁹ *Supra*, note 104.

ne rendait pas inadmissible la preuve ainsi obtenue. Le juge Laskin et le juge Spence enregistrent leur dissidence.¹⁴⁰

En avril 1974 dans l'arrêt *Jones*¹⁴¹ le juge en chef Laskin au nom des neuf juges de la Cour affirme que l'article 133 de la constitution accorde un "droit constitutionnel" de se servir du français ou de l'anglais dans les débats parlementaires à Québec et Ottawa et dans les procédures devant les Cours québécoises et fédérales.

Dans la célèbre affaire *Morgentaler*¹⁴² la Cour suprême fit remarquer dans un premier temps de façon unanime que l'article 251 du Code criminel qui traite de l'avortement thérapeutique ne contrarie pas la Déclaration canadienne des droits, au chapitre des droits à l'intimité, à un procès juste, à la sécurité de la personne, à la justice naturelle, à la protection de la loi, à l'égalité devant la loi. Sur la signification de l'article 45 sur la défense de nécessité la Cour on le sait s'est divisée.

L'article 150 de la Loi sur les prisons et les maisons de correction fit l'objet d'un examen dans l'arrêt *Burnshine*.¹⁴³ Se posait la question de savoir si cet article allait à l'encontre du principe de "l'égalité devant la loi" parce qu'il prévoyait pour l'infraction commise un traitement qui en Colombie Britannique diffère de celui prévu ailleurs au Canada (sauf en Ontario). Par un jugement majoritaire la Cour arriva à la conclusion qu'il n'y avait pas contradiction avec les termes de la Déclaration des droits de 1960.

Dans cette espèce, le juge Laskin fit remarquer que la Déclaration n'ordonne pas invariablement une déclaration d'inopérabilité d'une législation fédérale affectée par la Déclaration. Pareille déclaration en résulte si comme dans l'arrêt *Drybones* une interprétation compatible avec la Déclaration est impossible. Cependant le premier impératif de la Déclaration des droits est de déterminer si la mesure fédérale sous examen peut être interprétée de façon à demeurer en vigueur. Si un tel résultat est possible la Cour doit donner effet à la mesure législative. Toute autre attitude constituerait un abus du pouvoir judiciaire.

Dans l'affaire *Lowry et Lepper*¹⁴⁴ la Cour suprême jugea

¹⁴⁰ Au sujet de l'arrêt *Hogan*, on lira avec profit un commentaire des professeurs Marx et Chevrette: (1975), 35 R. du B. 132.

¹⁴¹ *Supra*, note 14.

¹⁴² *Morgentaler v. R.* (1975), 20 C.C.C. (2d) 449 et commentaire des professeurs Marx et Chevrette: (1975), 35 R. du B. 389.

¹⁴³ *R. v. Burnshine*, [1974] 4 W.W.R. 49. Jugement majoritaire de 6 à 3.

¹⁴⁴ *Lowry and Lepper v. La Reine*, [1974] R.C.S. 195.

qu'avant d'infliger une peine sous l'empire de l'article 613(4) du Code criminel, la Cour doit en vertu de l'article 2(2) de la Déclaration canadienne des droits fournir à l'accusé l'occasion de se faire entendre. Une "audition équitable" au criminel inclut l'imposition de la sentence et, par voie de conséquence, le pouvoir d'infliger une peine ne peut s'exercer qu'après une audition équitable.

Récemment dans l'arrêt *Saulnier*¹⁴⁵ les neuf juges de la Cour suprême accueillent l'appel au motif que la règle *audi alteram partem* s'applique à la Commission de Police du Québec en vertu de l'article 24 de la Loi de police (loi provinciale) qui diffère ainsi radicalement de la Loi de l'impôt sur le revenu, sous examen dans l'affaire *Guay v. Lafleur*. Alors que dans cette dernière instance l'enquête prévue n'impliquait aucune adjudication sur les droits du contribuable, le rapport d'enquête fait en vertu de la Loi de police peut avoir des conséquences importantes sur les droits des personnes qui en font l'objet.

Dans l'affaire *Howarth*^{145a} il s'agissait de déterminer si la Commission des libérations conditionnelles exerce une fonction quasi-judiciaire lorsqu'elle révoque une libération conditionnelle. La Cour suprême répondit par la négative, de façon majoritaire. La règle *audi alteram partem* ne s'applique pas.

Dans la célèbre cause *Murdoch*¹⁴⁶ la Cour suprême par un jugement majoritaire (M. le juge Laskin étant dissident) arrive à la conclusion que Madame Murdoch séparée de son mari n'avait pas droit à une part de certains biens dont la propriété était inscrite au nom de son mari. L'épouse prétendait avoir un droit "en équité" pour avoir contribué par son travail à l'acquisition desdits biens. Le conflit portait sur l'appréciation de l'intention de restreindre ou de ne pas restreindre au seul mari la propriété des biens. Les juges majoritaires conclurent que la preuve n'établissait pas qu'il y avait une intention de ne pas restreindre au seul mari la propriété des biens en litige. Le juge Laskin déclare que l'épouse avait établi un droit à une part des biens par son importante contribution, part qu'il serait injuste de lui refuser.

La Cour suprême depuis 1960 a eu l'occasion de se pro-

¹⁴⁵ Arrêt non encore rapporté. Cour suprême du Canada, 13 février 1975. Jugement unanime.

^{145a} *L. J. Howarth v. National Parole Board* (1975), 48 D.L.R. (3d) 427. Décision de 5 à 3.

¹⁴⁶ *Murdoch v. Murdoch*, [1975] R.C.S. 423. Une dissidence.

noncer *inter alia* sur la liberté de la religion,¹⁴⁷ l'égalité devant la loi,¹⁴⁸ la règle *audi alteram partem*,¹⁴⁹ le droit de se constituer un avocat,¹⁵⁰ l'audition impartiale,¹⁵¹ la présomption d'innocence,¹⁵² le procès équitable,¹⁵³ l'application régulière de la loi,¹⁵⁴ le droit à l'interprète,¹⁵⁵ la liberté de la presse,¹⁵⁶ la liberté d'expression¹⁵⁷ et les droit linguistiques.¹⁵⁸

Conclusion

Dans un Etat fédéral, c'est la constitution qui est suprême, et, ce sont les tribunaux qui en dernière analyse sont les gardiens de la constitution. La suprématie parlementaire n'existe qu'à l'intérieur des cadres tracés par la constitution.

Notre Déclaration des droits de 1960 n'est pas inscrite dans la constitution. L'article 2 de cette mesure édicte qu'aucune loi ne doit s'appliquer de manière à supprimer les libertés. Par son libellé même, cette loi de 1960 est plus qu'une loi d'interprétation selon l'arrêt *Drybones*. Plusieurs juges de la Cour suprême affirment qu'il s'agit d'une loi "quasi-constitutionnelle".¹⁵⁹ Sans

¹⁴⁷ *Robertson et Rosetanni v. La Reine*, *supra*, note 82; *Walter et Fletcher v. P.G. de l'Alberta*, *supra*, note 90; *Lieberman v. La Reine*, *supra*, note 85.

¹⁴⁸ *R. v. Drybones*, *supra*, note 92; *P.G. Canada v. Lavell; Isaac v. Bédard*, *supra*, note 111. L'arrêt *Canard*, *supra*, note 136; *R. v. Burnshine*, *supra*, note 143; *Smythe v. La Reine*, *supra*, note 107; *Murdoch v. Murdoch*, *supra*, note 146; l'arrêt *Prata*, *supra*, note 138; l'arrêt *Morgentaler*, *supra*, note 142.

¹⁴⁹ *Guay v. Lafleur*, *supra*, note 89; l'arrêt *Saulnier*, *supra*, note 145; *L. J. Howarth v. National Parole Board*, *supra*, note 145a.

¹⁵⁰ *Brownridge v. La Reine*, *supra*, note 104; *Hogan v. La Reine*, *supra*, note 104.

¹⁵¹ *Lowry et Lepper v. La Reine*, *supra*, note 144.

¹⁵² *R. v. Appleby*, *supra*, note 109.

¹⁵³ *Duke v. La Reine*, *supra*, note 106.

¹⁵⁴ *Curr v. La Reine*, *supra*, note 105.

¹⁵⁵ L'arrêt *Reale*, *supra*, note 137.

¹⁵⁶ *Brodie v. La Reine*, *supra*, note 83.

¹⁵⁷ *Oil, Chemical Workers International Union v. Imperial Oil*, *supra*, note 87; *McKay et McKay v. La Reine*, *supra*, note 88.

¹⁵⁸ *R. v. Jones*, *supra*, note 14.

¹⁵⁹ Dans l'arrêt *Canard*, *supra*, note 136, le juge Beetz parle de la Déclaration de 1960 comme étant une loi de nature quasi-constitutionnelle. Le juge Laskin dans l'arrêt *Hogan*, *supra*, note 104, à la p. 81, affirme que la Déclaration de 1960 est à mi-chemin entre un régime de *common law* et un régime constitutionnel et que c'est une loi quasi-constitutionnelle. On lira avec intérêt et profit un article de D. B. Fowler, *The Canadian Bill of Rights — A Compromise Between Parliamentary and Judicial Supremacy* (1973), 21 *Am. J. of Comp. L.* 712.

doute, le Parlement fédéral peut-il à son gré abroger ou modifier cette Déclaration par un simple vote majoritaire alors qu'aux Etats-Unis il faudrait un amendement constitutionnel, le Parlement peut également dans une loi déclarer que ladite loi s'applique nonobstant la Déclaration canadienne des droits de l'homme; mais, s'il ne fait ni l'un ni l'autre, le Parlement laisse aux tribunaux le soin de déclarer inopérante une disposition incompatible avec la Déclaration.

Cependant, même s'il est quasi impensable que la Déclaration des droits soit abrogée, le principe de la souveraineté parlementaire n'en est pas moins sauvegardé. En effet rien n'indique que le Parlement ne pourrait pas amender la Déclaration de 1960 pour protéger davantage d'autres droits, comme par exemple les droits linguistiques¹⁶⁰ ou encore qu'il ne pourrait pas avoir raison dans certains cas d'y déroger en le prévoyant expressément, ainsi qu'il a choisi de le faire en 1970.¹⁶¹ Le Parlement pourrait avoir recours à pareille technique pour les Indiens s'il le croit nécessaire.

Quelle est au juste la portée des arrêts *Drybones* et *Lavell*? Nous entrons dans une période d'incertitude.¹⁶² Jusqu'ici une seule disposition d'une loi fédérale a été déclarée inopérante. Il est probable que la chose finira par se produire de nouveau.

A la suite de l'arrêt *Lavell* on peut aussi se demander ce qu'il advient de la doctrine de *stare decisis*. Dans cet arrêt le juge Ritchie qui fait partie de la majorité se replie sur un texte du juge Pigeon, dans l'arrêt *Drybones*, où ce dernier était pourtant dissident.¹⁶³

On continuera à invoquer la Déclaration des droits comme l'a fait remarquer le juge Abbott dans l'arrêt *Lavell*.¹⁶⁴ Le débat est loin d'être clos.

Si l'on prend pour acquis que la Déclaration des droits habilite les tribunaux à déclarer inopérante une disposition législative fédérale qui est vraiment incompatible, (et l'arrêt *Drybones* est nettement en ce sens, et n'a pas été formellement

¹⁶⁰ Le Parlement a passé une Loi sur les langues officielles, S.C., 1968-1969, c. 54. Il pourrait l'incorporer à la Déclaration. Voir à ce sujet "La Charte constitutionnelle canadienne" proposée à la Conférence constitutionnelle à Victoria, les 14, 15 et 16 juin 1971. Le titre I porte sur les droits politiques et le titre II sur les droits linguistiques.

¹⁶¹ Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires), S.C., 1970, c. 2.

¹⁶² J. D. Whyte, *The Lavell Case and Equality in Canada* (1974), 81 Queen's Q. 28.

¹⁶³ Samson, *op. cit.*, note 134, à la p. 364.

¹⁶⁴ *Supra*, note 111, à la p. 1374.

répudié), il faut, je crois, appliquer le critère de la "mesure raisonnable". Celui-ci m'apparaît le plus valable. Il revient alors aux tribunaux de se prononcer sur l'objectif législatif, de déclarer s'il est valable et raisonnable dans un système démocratique comme le nôtre où les libertés fondamentales sont respectées.

Nous formulons l'espoir que l'autorité centrale et les provinces en viennent un jour à un accord sur le texte d'une Déclaration constitutionnelle. En pareil cas, la Cour suprême aurait un *judicial review* dans la mesure où elle le désirerait. Elle pratiquerait elle-même son *self-restraint*.¹⁶⁵ Rien ne l'obligerait à suivre aveuglément l'exemple de la Cour suprême des Etats-Unis. La suprématie parlementaire pourrait s'adapter à cette réalité nouvelle.

L'idée d'inscrire une Déclaration des droits fondamentaux dans la constitution apparaît séduisante. Pour la protection des droits de l'individu, il est devenu souhaitable de mettre une entrave au pouvoir illimité du Parlement et des législatures dans la sphère de leur compétence législative. Il importe de protéger les minorités contre les majorités parlementaires. Plusieurs pays l'ont fait. L'inscription assure de plus à la Déclaration des droits une valeur permanente et stable. Cette inscription n'implique aucune cession de compétence législative d'une législature à l'autre.¹⁶⁶

Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada se prononçait en 1972 dans son rapport final en faveur d'une déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux.¹⁶⁷ Les auteurs faisaient remarquer que dans une société démocratique les tribunaux finissent toujours par respecter la volonté générale. Ils ajoutaient: "Les restrictions supplémentaires qu'une Déclaration constitutionnelle des droits imposerait à la souveraineté parlementaire n'ont pas un caractère absolu, mais introduisent plutôt une tension salutaire entre les deux principes fondamentaux que sont l'empire de la majorité et les droits de la minorité, de façon à réaliser entre ces intérêts divergents l'équilibre qui, selon nous, caractérise la démocratie."

La Cour suprême deviendrait l'ultime gardienne des libertés fondamentales. Ceci peut soulever le problème des réformes à

¹⁶⁵ H. J. Abraham, *The Judicial Process* (2ième ed., 1968), pp. 355-377. L'auteur y traite des "Sixteen Great Maxims of Judicial Self-Restraint" à la Cour suprême des Etats-Unis.

¹⁶⁶ P. E. Trudeau, *op. cit.*, note 102, pp. 10 et 11.

¹⁶⁷ Pages 18 et 19 du Rapport. Information Canada 1972.

apporter au statut de la Cour suprême et à la nomination de ses juges. La Charte de Victoria s'était déjà engagée sur cette voie.¹⁶⁸

Par contre d'autres juristes répondront que le rôle de protecteur des libertés devrait être laissé au Parlement et aux législatures.¹⁶⁹ Sur ce point aussi, le débat n'est pas clos. Le sera-t-il jamais?¹⁷⁰

Il ne faut pas prendre pour acquis que les Cours vont nécessairement abuser du pouvoir de *judicial review*. Au chapitre des droits fondamentaux, le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada proposait le critère suivant:¹⁷¹

Les droits et libertés garantis par la Déclaration des droits ne devraient pas être interprétés comme étant absolus et illimités, mais devraient plutôt ne pouvoir être exercés que dans la mesure où ils se justifient raisonnablement dans une société démocratique.

Le professeur Tarnopolsky suggère pour sa part un critère semblable:¹⁷²

... is the law reasonably justifiable in a liberal-democratic state which is committed to a policy of non-discrimination.

Pour le Québec, la question soulève peut-être un intérêt plus grand encore. Une partie importante de nos libertés publiques ressort de la compétence de la législature provinciale. Plusieurs

¹⁶⁸ Charte constitutionnelle canadienne (Charte de Victoria). Titre IV. Dans le processus de la nomination des juges la collaboration des provinces était prévue. De plus il faudrait reconnaître à la Cour suprême un véritable statut constitutionnel. Elle ne devrait devoir son existence qu'à la constitution comme c'est le cas aux Etats-Unis. Voir à ce sujet G. A. Beaudoin, *La revision constitutionnelle et le statut de la Cour suprême* (1970), 1 *Revue Générale de Droit* 257 et *La Cour suprême du Canada et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois* (1973), pp. 187-212.

¹⁶⁹ D. A. Schmeiser, *The Case Against Entrenchment of a Canadian Bill of Rights*, [1973] *Dalhousie L. J.* 15. Dans cet article, le professeur Schmeiser se prononce contre une Déclaration des droits inscrite dans la constitution. Une telle inscription enlèverait au Parlement et aux législatures la suprématie législative, habiliterait les cours à rendre des décisions politiques, et permettrait aux juges qui ne sont pas responsables au peuple à substituer leurs opinions à celles des représentants des élus du peuple. Il conclut que si nous inscrivions la Déclaration des droits dans notre constitution nous rejeterions ainsi un système qui a convenablement fonctionné au Canada pour lui substituer un autre système qui a mal fonctionné aux Etats-Unis. A son avis, on ne devrait pas procéder à un tel changement avant que la preuve ne soit faite que pareil changement serait pour le mieux.

¹⁷⁰ A. Cox, *The Warren Court* (1968), pp. 4-5: "In my view, constitutional adjudication presents an insoluble dilemma."

¹⁷¹ *Op. cit.*, note 167, p. 18.

¹⁷² W. S. Tarnopolsky, *op. cit.*, note 53, à la p. 457.

auteurs ont proposé que le Québec se dote d'une Charte des droits de l'homme et l'inscrive dans sa constitution de façon à la mettre à l'abri d'un rejet par un simple vote majoritaire. Il n'est pas certain qu'une telle Charte puisse être à l'abri d'un rejet ou d'un amendement par un simple vote majoritaire vu les termes du paragraphe 1 de l'article 92 qui habilite les provinces à amender leur constitution interne par une simple loi. La question demeure controversée.¹⁷³

Le Québec vient de se donner une Déclaration des droits. Une loi intitulée Loi sur les droits et libertés de la personne a été adoptée par l'Assemblée Nationale.¹⁷⁴

Les articles 51 et 52 de cette loi se lisent comme suit:

51 — La Charte ne doit pas s'interpréter de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

52 — Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.

Il reviendra aux tribunaux d'établir la portée exacte de cette

¹⁷³ Certains auteurs croient qu'il y a moyen de mettre un tel texte à l'abri d'un amendement par un simple vote majoritaire. La technique mise en avant prévoit que la loi ne peut être amendée par un simple vote majoritaire et que l'article qui édicte une telle disposition ne peut lui non plus être modifié par un vote majoritaire. Les Cours respecteront ces dispositions relatives à la procédure d'amendement. Voir à ce sujet, J. Y. Morin, *op. cit.*, note 22, aux pp. 302 à 304. A venir jusqu'à tout récemment il était admis que les tribunaux n'avaient pas à invalider une loi pour des raisons de procédure. Depuis quelques années, on admet qu'une Cour peut refuser de donner effet à une loi édictée selon une procédure inappropriée (Heuston, *Essays in Constitutional Law* (1964), pp. 16-31, Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (1966), pp. 66-89.) Le professeur Edward McWhinney dans un article paru dans (1965), 8 *Can. Bar J.* 28, et intitulé, *A new Base for Civil Liberties*, suggérait que le Québec inscrive dans sa constitution une Charte des droits, "something which on the basis of the Privy Council rationale in the *Trethowan's case*, [1932] A.C. 526 could be relatively easily effected by the Province", à la p. 32. Bora Laskin dans son article intitulé, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights* (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77, réfère à ce problème en passant aux pp. 130 et 131. Il exprime des doutes sur la validité d'un tel stratagème: "Whether attempted entrenchment of the proposed catalogue of liberties would succeed, as by requiring a special procedure or a specified majority before a derogating Act would be effective, is doubtful", à la p. 130. L'auteur cite également plusieurs autorités sur la question. L'Honorable P. E. Trudeau, *op. cit.*, note 23, écrit à la p. 11: "Cependant, à l'exception de celles peu nombreuses, que contient l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, il n'existe actuellement au Canada aucune forme de garantie des droits de l'homme qui ne puisse être révoquée par le Parlement provincial ou fédéral, selon le cas, aussi librement que toute autre loi."

¹⁷⁴ Projet de loi, n° 50, sanctionné le 27 juin 1975.

loi. Cette Charte peut être modifiée par un simple vote majoritaire comme la Déclaration canadienne des droits.

Avant de terminer il ne faudrait pas passer sous silence la question des droits collectifs. Notre constitution reconnaît dans une certaine mesure certaines catégories de droits collectifs. Ainsi à l'article 93 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique il est question des droits confessionnels des groupes catholiques et protestants; l'arrêt *Mackell* de 1917¹⁷⁵ établit clairement qu'il s'agit là de la protection des droits des groupes religieux. A l'article 91.24 il est question des Indiens. Plusieurs juges de la Cour suprême ont conclu que le législateur fédéral est ainsi habilité à donner aux Indiens un statut particulier. L'article 133 protège les droits d'usage de l'anglais et du français, dans les cas prévus à cet article.

Disons également en terminant un mot des libertés fondamentales en temps d'urgence. La Loi fédérale de 1970 sur les mesures transitoires s'appliquait nonobstant la Déclaration de 1960. En temps de crise, les libertés fondamentales sont en veilleuse.¹⁷⁶ La seconde partie de la Déclaration des droits de 1960 offre certes une certaine protection aux libertés fondamentales en cas d'urgence. Cependant il apparaît que pour les troubles graves qui ne sont pas dûs à la guerre ou à l'insurrection la loi des mesures de guerre est trop draconienne. Il faudrait alors une loi d'urgence à portée plus limitée.

Nous concluons de cette étude que l'idéal serait que les autorités fédérale et provinciales se mettent d'accord sur une véritable Déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux.¹⁷⁷

En attendant l'avènement de cette Déclaration constitutionnelle, nous formulons l'espoir que les tribunaux donnent aux textes actuels tant fédéraux que provinciaux toute leur portée.

Pour un certain temps, la situation présente pourrait constituer un bon compromis: "The Canadian Parliament does have the last word in the English sense, since the Canadian Bill . . . could be altered or repealed by a simple majority at any time. Yet, politically, the Canadian Bill of Rights is not the sort of statute that any parliamentary body could easily change or

¹⁷⁵ *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] A.C. 62.

¹⁷⁶ Voir art. 6(5) de la Loi des mesures de guerre, S.R.C., 1970, c. W-2.

¹⁷⁷ P. E. Trudeau, *op. cit.*, note 23, p. 11: "La preuve est faite; je crois qu'il faut dans cet Etat fédéral qu'est le Canada une seule charte canadienne des droits de l'homme si l'on veut protéger réellement et adéquatement les droits de l'homme."

repeal. . . . As a compromise between English parliamentary supremacy and American judicial supremacy in this field the Canadian position may turn out to be better than either."¹⁷⁸

D'un autre côté ce n'est pas parce que nous sommes à mi-chemin entre l'école américaine et l'école britannique que nous avons nécessairement raison. Il nous reste à trouver une voie qui soit la nôtre et qui donne satisfaction.

¹⁷⁸ Lederman, *Concerning a Bill of Rights for Canada and Ontario*, étude faite par l'Ontario Advisory Committee on Confederation, *Confederation Challenge* (1967), pp. 280-281.