

LA CLAUSE LIMITATIVE DE L'ARTICLE 1 DE LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES: UNE ASSURANCE CONTRE LE GOUVERNEMENT DES JUGES

ANDRÉ MOREL*

Montréal

La clause limitative (article 1) de la Charte canadienne est une disposition qui, du point de vue de son application et de sa portée, diffère sensiblement des dispositions analogues que l'on trouve dans la Convention européenne et dans les Pactes internationaux.

Tous les droits et libertés de la Charte sont, à une seule exception près, susceptibles d'être restreints par des lois. Et toutes les lois ou règles de droit, même celles qui ont pour effet de priver certaines personnes de la jouissance ou de l'exercice d'un droit garanti, sont assujetties au test qu'énonce l'article 1 pour décider de leur validité.

Mais la clause limitative ne reconnaît aux tribunaux qu'un pouvoir restreint de contrôler l'action étatique qui porte atteinte aux droits et libertés. Le critère de raisonnablement, qui est un critère consacré en droit public, laisse en effet au pouvoir législatif une autonomie considérable, d'autant plus que l'article 1 ne permet aucun contrôle sur la finalité de la législation restrictive, à moins qu'elle n'entre en conflit avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

The limitation clause (section 1) of the Canadian Charter is a provision whose scope and application differ sensibly from that of similar provisions in the European Convention and international covenants.

Subject to one exception all rights and freedoms guaranteed in the Charter may be limited by legislation. All laws or rules of law, even those that deprive persons of the enjoyment or the exercise of a guaranteed right, are subject to the test laid down in section 1 to determine their validity.

However, the limitation clause only gives courts a narrow power to control state action infringing rights and freedoms. The test of reasonableness which is sanctioned by public law gives the legislative power a wide autonomy inasmuch as section 1 does not allow judicial control of the finality of the restrictive legislation unless it conflicts with the fundamental principles of a free and democratic society.

Le premier article de la Charte canadienne des droits et libertés¹ garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, mais assortit cette garantie d'une clause limitative qui constitue une innovation dans la brève histoire des

* André Morel, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

¹ Partie I de l'Annexe B, Loi constitutionnelle de 1982, du Canada Act 1982, c. 11 (R.-U.).

chartes ou déclarations de droits au Canada. Ni la Déclaration canadienne des droits,² ni le Bill of Rights de la Saskatchewan³ ou de l'Alberta,⁴ ni la Charte des droits et libertés de la personne du Québec⁵ ne comportent en effet de disposition limitative analogue. Aucun de ces textes pourtant n'a été interprété comme si les valeurs qu'il consacre étaient absolues. Telle était d'ailleurs déjà la situation avant même qu'aucun texte de loi ne déclare solennellement l'existence des libertés fondamentales. C'est ainsi que, dans le *Renvoi relatif aux Lois de l'Alberta*,⁶ le juge en chef Duff affirmait que "le droit de parler en public est naturellement soumis à des restrictions légales"; et ce qu'il disait de la liberté de parole en la qualifiant de "liberté régie par le droit" pouvait s'appliquer aussi bien à toutes les autres libertés. Le juge Ritchie le rappelait du reste lorsque, dans l'arrêt *Robertson et Rosetanni c. La Reine*,⁷ il déclarait:

Il faut garder à l'esprit que les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus par les tribunaux canadiens avant l'adoption de la Déclaration canadienne des droits et garantis par cette dernière étaient les droits et libertés d'hommes vivant ensemble dans une société organisée, soumise à un système juridique rationnel, développé et civilisé, qui imposait des limites à la liberté absolue de l'individu.

Depuis l'adoption de la Déclaration canadienne des droits, la même conception a continué de prévaloir, malgré que cette loi elle-même ne prévoit pas expressément ni de quelle façon ni dans quelle mesure les droits et libertés qu'elle garantit peuvent être sujets à diverses restrictions. Les premiers mots de l'article 1 de la Déclaration, à l'effet que les droits et libertés qui y sont énoncés "ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada", fournirent d'ailleurs à la Cour suprême une assise pour affirmer que la Déclaration avait perpétué la signification que les droits et libertés qui y sont reconnus avaient au moment de son adoption, en 1960. C'est de cette façon restrictive qu'il fallait entendre des expressions telles que "liberté de religion"⁸ ou "égalité devant la loi".⁹ Au surplus, en matière d'égalité devant la loi, la Cour suprême a maintes fois décidé que des lois, qui pouvaient être qualifiées de discriminatoires du fait qu'elles traitaient différemment une catégorie particulière de personnes, étaient

² S.C. 1960, c. 44, devenu S.R.C. 1970, App. III.

³ Saskatchewan Bill of Rights Act, S.S. 1947, c. 35, devenu R.S.S. 1978, c. S-9, abrogé et intégré dans The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.

⁴ The Alberta Bill of Rights, S.A. 1972, c. 1, devenu R.S.A. 1980, c. A-16.

⁵ L.Q. 1975, c. 6, devenue L.R.Q. 1977, c. C-12. On doit signaler toutefois que la Loi 86, adoptée par l'Assemblée Nationale du Québec en décembre 1982, a modifié la Charte pour y ajouter notamment l'art. 9.1 qui constitue une sorte de clause limitative dont l'application est restreinte aux art. 1 à 9, qui énoncent les libertés et droits fondamentaux.

⁶ [1938] R.C.S. 100, à la p. 133.

⁷ [1963] S.C.R. 651, à la p. 655; la traduction française est celle de F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel* (1982), p. 1406.

⁸ *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, *ibid.*, aux pp. 654-655.

⁹ *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, à la p. 1365 (J. Ritchie).

néanmoins valides, si elles avaient été adoptées en cherchant l'accomplissement d'un "objectif fédéral régulier". Cette dernière expression, créée par le juge Martland, en 1974, dans son jugement de l'affaire *R. c. Burnshine*,¹⁰ a été consacrée depuis lors par une longue suite d'arrêts¹¹ qui ont établi que la loi pouvait légitimement restreindre le droit à l'égalité en privant certaines classes d'individus de l'exercice de droits reconnus par ailleurs aux autres. En somme, le concept d'objectif fédéral régulier a joué le rôle d'une véritable clause limitative. L'attitude que nos tribunaux ont tenue, avant comme depuis 1960, permet donc de dire, avec Peter Hogg, que "[t]he position without a limitation clause is therefore not very different from the position with a limitation clause".¹²

Prise à la lettre, une telle affirmation risque toutefois de masquer l'ampleur du changement qui peut résulter de l'insertion d'une disposition limitative expresse dans un texte destiné à garantir les libertés et les droits fondamentaux. Il est vrai que l'interprétation judiciaire a suppléé à l'absence d'une telle disposition dans la Déclaration canadienne des droits en reconnaissant l'existence de limitations implicites. Mais, même après une expérience de plus de vingt ans, la Cour suprême n'a guère réussi à expliciter clairement à quels types de restrictions les droits et libertés pouvaient être sujets sans qu'il y ait pour autant violation de la Déclaration.¹³ Par contraste, la clause limitative expresse que l'on trouve à l'article 1 de la Charte canadienne, malgré la généralité de ses termes qui laissent encore large place à l'interprétation, fixe à l'avance les critères à l'aide desquels doit s'exercer le contrôle judiciaire, évitant, comme on l'a connu, la création *a posteriori* de techniques de validation de la législation contestée.¹⁴ L'article affirme au surplus nettement le caractère exhaustif des critères qu'il pose en utilisant des termes qui, aussi bien dans la version française que dans la version anglaise,¹⁵ semblent destinés à exclure toute possibilité de recours à d'autres critères que ceux-là. On pourrait y déceler

¹⁰ [1975] R.C.S. 693, aux pp. 707-708.

¹¹ *P.G. du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Prata c. Ministre de la Main d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; et *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

¹² Peter W. Hogg, *A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights*, dans: W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Commentary* (1982), p. 9.

¹³ W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2^e ed., 1975), pp. 170-174; W.S. Tarnopolsky, *A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada*, [1978] L.S.U.C. Lectures 161; Peter Hogg, *op. cit.*, *ibid.*, pp. 9-10.

¹⁴ On pense en particulier au critère de l'objectif fédéral régulier, dont la signification n'a jamais été explicitée par la Cour, sauf ce qu'en a dit le juge McIntyre dans *MacKay c. La Reine*, *supra*, note 11, aux pp. 406 *et seq.* On pense aussi à l'interprétation qu'a adoptée le juge Ritchie dans *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680.

¹⁵ Ce sont les mots: "... subject only ..." qui sont rendus en français par: "Ils ne peuvent être restreints que par ...".

éventuellement l'indication d'une volonté de rupture avec les procédés incertains et mal définis du passé.

Si cette orientation nouvelle, pour souhaitable qu'elle soit, reste pour le moment fort aléatoire, en revanche personne ne peut manquer de noter que, par son article 1, la Charte canadienne marque une rupture manifeste avec la longue tradition des déclarations de droits qui abandonnent aux instances judiciaires la responsabilité de déterminer à quelles conditions la loi peut légitimement déroger aux droits et aux libertés. En adoptant une disposition limitative expresse, la Charte canadienne s'est dotée d'un mécanisme qui la rattache à la nouvelle génération des chartes de droits née avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶ de 1950 et à laquelle appartient notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁷ Mais, à vrai dire, l'apparement tient davantage à l'existence même d'une disposition limitative expresse qu'à sa teneur qui, elle, se démarque assez largement de ce qu'on trouve dans la plupart des textes construits sur le modèle de la Convention européenne et du Pacte international. En regard de ceux-ci, l'article 1 de la Charte canadienne est un texte qui, à l'analyse, se révèle comme ayant une application plus générale (Première partie), mais, en tant qu'il donne prise au contrôle judiciaire, une portée nettement plus restreinte (Deuxième partie).

I. Une disposition limitative d'application générale.

Cette première caractéristique de la clause limitative de la Charte canadienne apparaît, lorsqu'on considère cette clause soit sous l'angle des droits et libertés qu'elle affecte, soit sous celui des mesures législatives qui y sont assujetties.

A. Les droits et libertés que la clause limitative affecte.

Dire que, aux termes de l'article 1 de la Charte canadienne, chacun des droits et des libertés énoncés dans la Charte est susceptible de faire valablement l'objet de certaines restrictions, c'est, d'une certaine façon, affirmer l'évidence. Il ressort en effet nettement de la simple lecture du texte que celui-ci est tout à fait général et que les deux propositions qu'il contient—aussi bien celle qui garantit les droits énoncés que celle qui prévoit la possibilité de les restreindre—visent exactement le même objet: tous les droits énoncés dans la Charte sont garantis et ce sont précisément ces droits garantis qui peuvent être restreints dans certaines limites. Les termes utilisés, tant dans la version française qu'anglaise, sont, à cet égard, dépourvus de toute ambiguïté.

Au surplus, si le législateur avait voulu restreindre à certains des droits énoncés seulement l'application de la clause limitative, rien ne l'empêchait

¹⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans: M. Torelli et R. Baudouin, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes* (1972), p. 301.

¹⁷ *Ibid.*, p. 226.

de le faire. N'est-ce pas d'ailleurs précisément ce qu'il a fait à l'intérieur de la même Charte et à l'occasion d'une disposition de nature analogue? L'article 33 confère en effet au Parlement et aux législatures des provinces un pouvoir de dérogation, qui doit s'exercer de façon expresse, mais qui ne peut porter que sur quelques-uns des droits et libertés garantis, à savoir ceux-là seulement qui sont énoncés aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Or, l'article 1 ne comporte aucune restriction similaire.

Ne faut-il pas rappeler cependant que, dans aucun pays du Commonwealth possédant une déclaration de droits constitutionnalisée, on ne retrouve de clause limitative d'application générale; et que, plus spécialement, aucune des chartes de droits des pays du "nouveau Commonwealth" et qui sont directement inspirées de la Convention européenne des droits de l'homme, n'offre d'exemple d'une clause limitative qui serait comparable à celle de la Charte canadienne en ce qu'elle affecterait l'ensemble des droits et libertés garantis.¹⁸ Au contraire, suivant en cela leur modèle, ces chartes se caractérisent par le fait qu'elles contiennent des dispositions limitatives qui sont rattachées spécifiquement à certains droits ou libertés, ce qui a pour effet de soustraire les autres à toute possibilité de limitation. Dans ce contexte, la clause limitative de la Charte canadienne fait évidemment figure de disposition exceptionnelle, voire isolée.¹⁹ Aussi pourra-t-on être tenté de chercher à découvrir, dans les autres dispositions de la Charte, quelque motif de prétendre que l'article 1 doit recevoir une application moins étendue que celle qu'il paraît avoir à première vue.²⁰

Ce motif, on pourrait le trouver tout d'abord dans les différences de style qui marquent les formulations retenues pour exprimer les divers droits et libertés. Ces différences sont parfois fort contrastées, comme on le voit sans peine si on rapproche l'article 2, qui déclare les grandes libertés fondamentales, d'une disposition comme l'article 23 qui énonce le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Par son luxe de détails, tant en ce qui concerne la détermination des personnes qui sont titulaires du droit qu'en ce qui concerne l'objet du droit lui-même et ses conditions d'exercice, l'article 23 revêt une précision telle qu'il s'apparente au style des dispositions statutaires courantes bien plus qu'au style classique qui carac-

¹⁸ S.A. de Smith, *The New Commonwealth and its Constitutions* (1964), pp. 177-205.

¹⁹ Il est au surplus choquant que certains droits fondamentaux, particulièrement sacrés, n'aient pas été formellement exclus de l'application de la clause limitative. Alors que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit, à son art. 4, que les Etats peuvent, "dans les cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation", déroger à leurs obligations en vertu du Pacte, ils ne peuvent cependant, même alors, adopter des mesures qui entraînent discrimination, ni attenter au droit à la vie ou à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Charte canadienne ne prévoit rien de tel, même en situation normale.

²⁰ C'est ce qu'a cherché à démontrer le Procureur général du Canada dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards et al. c. Procureur général du Québec et al.*, [1982] C.S. 673, à la p. 683.

térise généralement les énoncés d'une charte ou d'une déclaration de droits et libertés. Aussi certains pourraient-ils prétendre que, lorsque le législateur constitutionnel s'est éloigné de ce style classique et délibérément vague pour recourir plutôt à des formulations strictes et minutieuses, il a voulu prévenir par là même les restrictions que le Parlement ou les provinces, dans l'exercice de leur compétence respective, auraient pu vouloir édicter par leurs lois, en utilisant la marge de manoeuvre que l'article 1 leur accorderait autrement.

En adoptant cette ligne de raisonnement, les tribunaux seraient conduits à distinguer deux catégories de droits et libertés parmi l'ensemble de ceux que la Charte énonce. L'exercice ne manquerait cependant pas d'être rempli d'embûches, car la délimitation n'est aisée que lorsqu'on se situe aux deux extrémités du spectre. En réalité, il est peu, s'il en est, d'autres dispositions dans la Charte qui soient formulées en des termes aussi généraux que ceux qui servent à déclarer les libertés fondamentales de religion, d'expression ou d'association. Pour le reste et malgré l'impression première, les différences de style sont bien relatives, souvent même discutables. C'est davantage une question de degré que de nature. Ainsi l'article 6 sur la liberté de circulation et d'établissement n'est peut-être pas loin d'égaliser, par la précision de sa formulation, le libellé de l'article 23. Mais les nombreuses dispositions traitant des "garanties juridiques", et en particulier les divers alinéas des articles 10 et 11, énoncent une série de garanties procédurales dans des termes dont on peut se demander longtemps si leur degré de précision doit les soumettre ou les soustraire à l'emprise de la clause limitative. Tracer cette frontière deviendrait facilement une entreprise arbitraire.

Aussi pourrait-on penser plutôt à soustraire à l'application de l'article 1 les droits et libertés que la Charte énonce en employant des formulations qui comportent elles-mêmes des limitations ou des restrictions, et n'y soumettre que ceux qui, parce qu'ils sont exprimés en termes absolus, peuvent de ce fait nécessiter d'être restreints par des lois. Le critère semble rationnel et son maniement aisé. Lorsque la disposition qui énonce un droit assortit déjà celui-ci de qualifications diverses qui en limitent les titulaires, le contenu ou l'exercice, n'est-il pas illogique de supposer que le législateur constitutionnel ait voulu que des lois puissent par surcroît restreindre encore ce droit, comme ce serait le cas si on admettait que l'article 1 s'y applique?

Bien sûr, si on rapproche encore ici des dispositions comme les articles 2 et 23, la distinction que l'on vient de suggérer paraît nette. S'il est vrai que peu d'autres droits comportent autant de qualifications—et, partant, de restrictions—que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité qu'énonce l'article 23, cependant rares sont ceux dont on peut dire que l'énoncé n'est pas de quelque façon restrictif.²¹ Et quand ces restric-

²¹ Ainsi, certains droits (art. 3 et 6(1)) ne sont reconnus qu'aux citoyens canadiens; d'autres (art. 6(2)), aux citoyens et résidents permanents. La liberté de circulation et

tions ne se retrouvent pas expressément dans le texte de la disposition, ne découlent-elles pas de façon implicite du fait de l'emploi de certaines expressions auxquelles les tribunaux ont donné une acception limitative?²² Si bien qu'une classification des droits et libertés selon qu'ils sont formulés en termes absolus ou en termes limitatifs est une classification superficielle et qui ne va pas au fond des choses.

De toute façon, ce que, à son article 1, la Charte garantit, ce sont "les droits et libertés qui y sont énoncés", c'est-à-dire des droits et libertés limités ou restreints par les termes mêmes qui servent à les énoncer. Aussi, lorsque ce même article déclare ensuite que ces droits et libertés ainsi limités peuvent être restreints par une règle de droit dans certaines limites, cela ne peut viser les restrictions qui sont partie intégrante des droits énoncés. Si ces mots de l'article 1 ont une signification et une portée, il faut nécessairement qu'il s'agisse de limitations additionnelles, autres que celles que la Charte énonce déjà.²³

La généralité d'application de la clause limitative à chacun des droits et des libertés de la Charte ne semblerait devoir céder que devant les articles 4 et 28: devant l'article 4, parce que celui-ci prévoit spécifiquement les modalités de dérogation au droit qu'il garantit; et devant l'article 28, parce qu'il y est expressément précisé qu'il s'applique "indépendamment des autres dispositions de la . . . charte".

L'article 4 garantit aux citoyens canadiens un droit démocratique essentiel, qui est celui de se prononcer au moins à tous les cinq ans sur le choix de leurs députés et de choisir ainsi périodiquement leur gouvernement. Etant donné la nature de ce droit, si on imagine qu'il puisse être restreint, c'est non par un abrègement, mais par une prolongation éventuelle de la durée maximale d'une législature. Or, ce type de restriction est expressément prévu au second paragraphe, qui énonce les cas où cela peut se faire ("en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées") et à quelle condition ("pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés"). Pareille disposition peut, avec vraisemblance, être interprétée comme ayant pour effet d'interdire toute autre espèce ou modalité de

d'établissement est restreinte par les dispositions du paragraphe (3) de l'art. 6. Les droits de l'art. 10 ne sont garantis qu'à ceux qui sont "arrêtés ou détenus". Les militaires sont privés du droit à un procès par jury (art. 11 f)). L'art. 12 n'interdit que les peines ou traitements qui sont tout à la fois "cruels et inusités".

²² On peut prendre, à titre d'exemples parmi plusieurs, le mot "détention", utilisé aux art. 9 et 10, qui a été défini par la Cour suprême dans *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; ou la liberté de religion, définie notamment dans *Walter and Fletcher v. A.G. Alberta*, [1969] S.C.R. 383; ou la liberté d'expression, dans *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770.

²³ C'est ainsi que, par application de l'art. 1, les lois électorales peuvent légitimement priver certaines classes de citoyens du droit de vote ou d'éligibilité en raison, par exemple, de leur âge ou de leur profession, malgré le fait que l'art. 3, qui garantit ce droit, le restreint déjà aux seuls citoyens canadiens.

restriction que celle qu'énonce l'article 4 lui-même et qui, autrement, pourrait être édictée en application de l'article 1. En somme, l'article 4(2), parce qu'il constituerait une clause limitative spécifique, ferait échec à la clause limitative générale de l'article 1 et s'y substituerait.

Mais cette conclusion ne saurait tenir que si les deux dispositions étaient incompatibles, ce qui n'est pas le cas. Elles peuvent, au contraire, se conjuguer. Car, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que, si l'article 4(2) détermine avec suffisamment de précision quand et suivant quelle procédure le droit en question peut être restreint, il ne pose lui-même aucune limite quant à la durée de la prolongation du mandat parlementaire. Aussi, advenant que cette prolongation paraisse exagérée dans les circonstances, l'article 1 pourrait permettre de faire contrôler par les tribunaux le caractère prétendument abusif de la décision prise par le corps législatif en conformité de l'article 4(2), en soumettant cette décision aux critères de l'article 1.

Quant à l'article 28, qui affirme que:

Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes,

sa situation est particulière. C'est en effet une disposition qui affecte tous les droits et libertés de la Charte, en garantissant à toute personne leur reconnaissance sans distinction fondée sur le sexe.²⁴ Mais ce n'est pas à proprement parler une disposition qui énonce un droit, comme l'indique d'ailleurs sa place parmi les "dispositions générales" de la Charte. Comme tel, l'article 28 n'était donc pas susceptible d'être touché par l'article 1. Cependant, s'il ne peut faire exception à la règle d'application générale de la clause limitative, il n'en a pas moins pour effet de réduire la portée de celle-ci, puisqu'il empêche que l'article 1 ne soit utilisé aux fins de créer quelque inégalité sexuelle: une telle inégalité est d'avance considérée comme ne pouvant pas constituer une limite raisonnable lorsque l'un des droits de la Charte est en jeu. En conséquence, c'est le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination fondée sur le sexe, droit que l'article 15 énonce, qui se trouve, comme par ricochet, transformé en un droit absolu, puisque toute mesure restrictive qui pourrait l'affecter entraînerait nécessairement en conflit avec l'article 28. On est donc ici en présence d'un cas—mais il est unique—où, malgré les termes de l'article 1, l'un des droits de la Charte échappe à l'emprise de la clause limitative.

B. Les mesures législatives assujetties à la clause limitative.

Personne ne contestera que l'économie générale de la Charte n'ait été profondément modifiée par l'ajout, à l'issue des négociations constitutionnelles, d'une disposition qui allait devenir l'article 33 de la Charte. Cet article, manifestement inspiré de la "clause nonobstant" de la Déclaration

²⁴ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques comporte, à son art. 3, une disposition analogue.

canadienne des droits, permet de suspendre pour un temps l'application de certaines dispositions de la Charte à une loi fédérale ou provinciale qui contient une déclaration expresse en ce sens. Or, aux termes du paragraphe (2) de l'article 33, le plein effet de la loi dérogatoire n'est subordonné à aucune autre condition qu'à celle de la conformité de la déclaration aux exigences, qui ne sont que de forme, posées par l'article 33. De telles lois se trouvent ainsi soustraites à l'application de la clause limitative de l'article 1, en dépit du fait que, par ses termes, cet article semble exclure de façon formelle tout autre mode de dérogation que celui qu'il prévoit lui-même.²⁵ Il reste, bien entendu, que le pouvoir exceptionnel reconnu par l'article 33 ne peut s'exercer qu'à l'égard de certains droits et libertés, ceux qu'énoncent les articles 2 et 7 à 15. Pour ce qui est des autres droits de la Charte, la loi dérogatoire demeure assujettie à la clause limitative générale.²⁶ Il en va évidemment de même—mais à l'égard de tous les droits, cette fois—de la loi dérogatoire qui serait trouvée non conforme aux exigences de l'article 33: encore faudrait-il apprécier la compatibilité de ses dispositions avec la Charte à l'aide des critères de l'article 1, qui reprendrait alors son emprise.

Y aurait-il par ailleurs d'autres lois que celles adoptées en vertu de l'article 33 qui se situeraient aussi en dehors du champ d'application de la clause limitative? La version française—mais elle seule—de l'article 1 peut le laisser entendre, lorsqu'il y est dit que les droits et libertés énoncés à la Charte peuvent être "restreints" par une règle de droit, dans certaines limites. L'emploi du mot "restreindre"—moins neutre assurément que l'anglais "subject to"—peut en effet être interprété comme une indication que le législateur constitutionnel entendait, mais de façon implicite, établir une distinction entre deux types de lois susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Charte: une distinction qui opposerait, aux lois proprement restrictives, celles dont l'effet serait plus sévère, plus grave.²⁷ La validité des premières serait appréciée à la lumière des normes

²⁵ Cette apparente contradiction entre les art. 1 et 33 tient vraisemblablement au fait que le texte de l'art. 1 a été arrêté bien avant qu'on ne décide d'ajouter à la Charte la règle que consacre l'art. 33.

²⁶ C'est le cas de toutes les lois du Québec depuis que, par l'effet de la Loi 62, adoptée en juin 1982, une disposition dérogatoire selon l'art. 33 de la Charte a été insérée dans chacune des lois en vigueur.

²⁷ Une telle distinction a été retenue par le juge en chef Deschênes, dans son jugement de l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards et al. c. Procureur général du Québec et al.*, *supra*, note 20, aux pp. 689-690; elle constitue même le motif déterminant de son jugement. A son avis, cette "distinction de base" serait énoncée "expressément" dans la Charte, du fait de l'opposition entre le mot "restriction" de l'art. 1 et le mot "négarion" de l'art. 24. Nous ne pouvons toutefois partager ce point de vue, puisque personne ne peut prétendre être "victime de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte" ("*as guaranteed by this Charter*"), si la loi contestée satisfait aux conditions de l'art. 1. Il faut donc appliquer d'abord l'art. 1 avant de conclure à la négation d'un droit. En conséquence, les art. 1 et 24 ne peuvent être en opposition et ne peuvent servir à fonder une "distinction de base".

que fixe l'article 1; les secondes, au contraire, à défaut de pouvoir être assujetties à la clause limitative, devraient être nécessairement déclarées incompatibles avec la Charte.

Il peut être séduisant de penser qu'un texte de nature constitutionnelle, qui déclare expressément avoir pour objet de garantir les droits et libertés, a voulu proscrire par avance toute mesure législative qui, dépassant le niveau des accommodements normaux, mettrait davantage en péril les droits et libertés. Mais on ne comprend pas pourquoi cette distinction entre les divers types de mesures législatives, si elle revêt véritablement un tel caractère fondamental, n'a pas été formulée de façon explicite; et pourquoi surtout le législateur constitutionnel aurait omis, dans la version anglaise de l'article 1, le seul mot qui pouvait servir d'assise pour l'élaboration de pareille distinction.

On sait que le recours à la procédure de l'article 33 permet de suspendre l'application de certaines dispositions de la Charte à l'égard de lois qui, autrement, seraient jugées incompatibles avec elle; et que de telles lois sont valides, même si elles vont jusqu'à affecter les droits et libertés garantis dans une mesure qui excède manifestement ce que la clause limitative de l'article 1 permettrait de valider, puisqu'elles sont soustraites à son application. Ne retrouve-t-on pas alors, dans cette opposition entre les articles 1 et 33, le germe de cette distinction implicite entre les mesures législatives qui restreignent les droits et celles qui vont au delà? C'est dans cette distinction que résiderait la différence essentielle entre ces deux dispositions, par ailleurs proches parentes. Pour le vérifier, il faut s'y attarder quelque peu.

Le rapprochement des articles 1 et 33 indique, bien sûr, qu'il y a, entre les deux régimes de dérogation, des divergences majeures. L'article 33 pose en effet une série d'exigences: la loi dérogatoire doit contenir une déclaration expresse, son effet est limité dans le temps et son objet est restreint aux droits et libertés énoncés aux articles 2 et 7 à 15. Selon l'article 1, au contraire, la loi dérogatoire n'a pas à spécifier expressément qu'elle affecte la Charte, son effet se prolonge aussi longtemps que la loi reste en vigueur et chacun des droits et libertés énoncés à la Charte est susceptible d'en être affecté.

Mais ces divergences, d'ordre procédural, ne peuvent rendre compte de la logique de la Charte. Il y aurait en effet quelque chose d'inconciliable dans le fait de donner d'une main au législateur un pouvoir partiel et rigoureusement limité de déroger à certaines dispositions de la Charte, à la condition de le faire de façon expresse; et, de l'autre main, lui conférer un pouvoir général de dérogation implicite, sans limite ni de temps ni d'objet.

En réalité, le régime de l'article 1 comporte lui aussi son encadrement propre: ce qui, dans l'article 1, constitue la contrepartie des conditions restrictives de l'article 33, ce sont les exigences posées par les mots "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démon-

trer dans le cadre d'une société libre et démocratique''. Or, ce sont les tribunaux qui sont chargés de vérifier si la loi qui restreint les droits ou les libertés garantis satisfait ou non à ces exigences, se situe ou non à l'intérieur de ces limites. En d'autres termes, si la constitution, dans l'article 1, confère au législateur un pouvoir de dérogation qui est général, implicite et non formaliste, c'est parce qu'elle soumet ce pouvoir au contrôle judiciaire et en fixe d'avance les normes. En revanche, parce que le pouvoir de dérogation conféré au législateur par l'article 33 échappe à tout contrôle judiciaire, du moins sur le fond, il devenait nécessaire de restreindre autrement ce pouvoir. C'est ce qui a été fait, lorsqu'on a limité son emprise à quelques-uns seulement des droits et libertés garantis, laissant au seul contrôle politique le soin de restreindre la fréquence du recours à ce pouvoir exorbitant.

Dans un cas, la généralité du pouvoir de dérogation est contrebalancée par l'énoncé de limites établies et définies d'avance, dont les tribunaux sont chargés de vérifier si elles sont respectées. Dans l'autre cas, le pouvoir de dérogation est souverain, il n'est soumis à aucun contrôle judiciaire; il n'est limité par aucune règle de fond et peut donc s'exercer même au delà de ce qui est raisonnable sans qu'il soit besoin d'en apporter quelque justification. Mais cette absence de contrôle *a posteriori* est contrebalancée par la détermination *a priori* d'un certain nombre de droits qui sont soustraits à ce pouvoir exceptionnel de dérogation.²⁸

C'est donc en définitive, nous semble-t-il, dans le fait que le pouvoir de dérogation est restreint ou non par certaines normes de fond que réside la différence essentielle entre les articles 1 et 33, et non pas dans la nature ou dans le type de dérogation que comporte la mesure législative en question. Dans un cas comme dans l'autre, celle-ci peut n'avoir pour effet que de restreindre, à proprement parler, un droit ou une liberté, ou elle peut, au contraire, dépasser ce niveau. Quelle logique d'ailleurs y aurait-il à soumettre à un contrôle judiciaire, s'exerçant suivant des normes définies, les mesures législatives les moins graves, celles qui ne font que restreindre les droits et libertés, et à en dispenser celles dont l'effet est plus sérieux et de plus de conséquence? Mais assujettir ces dernières à la clause limitative de l'article 1, ce n'est pas les valider pour autant; ce n'est rien d'autre que les soumettre au contrôle judiciaire, à l'égal de toute mesure législative dont on peut considérer qu'elle porte atteinte aux droits ou aux libertés énoncés à la Charte au motif qu'elle les "restreint".

On peut mentionner, enfin, sans qu'il soit besoin de s'y attarder, les difficultés conceptuelles et pratiques qu'il y aurait à définir ce qu'est une loi restrictive d'un droit ou d'une liberté et à appliquer cette définition dans des situations concrètes. C'est ce qui a amené la Cour suprême des États-Unis,

²⁸ Ce sont les droits démocratiques (art. 3-5), la liberté de circulation et d'établissement (art. 6), les droits linguistiques (art. 16-23) et, par l'effet de l'art. 28, comme on l'a vu, le droit à l'égalité sexuelle énoncé à l'art. 15.

devant qui on contestait la validité constitutionnelle d'une loi qui interdisait aux agences de crédit l'exercice d'un certain type d'activité, à déclarer, infirmant ainsi des décisions contraires: "Nor are we *able* or willing to draw lines by calling a law 'prohibitory' or 'regulatory'." ²⁹ Pourquoi, d'ailleurs, une loi qui a pour effet de priver certaines personnes de la jouissance ou de l'exercice d'un droit ou d'une liberté ne pourrait-elle pas être considérée comme une loi qui restreint ce droit ou cette liberté dans certaines limites? ³⁰ Les exemples de telles lois ne manquent pas. ³¹ Pourquoi faudrait-il que l'article 1 les condamne par principe, lui dont l'objet est précisément de formuler plutôt les critères qui permettent aux tribunaux d'apprécier la validité des mesures restrictives? On ne voit pas pourquoi, alors que rien dans la Charte ne s'y oppose, ces lois, que certains appellent "prohibitives", ne seraient pas assujetties au test qu'énonce l'article 1 pour décider de leur validité. Affirmer que, pour la seule raison qu'elles sont "prohibitives", les limites qu'elles posent ne sauraient être "raisonnables" apparaît, en réalité, comme un *a priori*.

II. Une disposition limitative de portée restreinte.

On pourrait penser, au premier abord, que, ayant opté pour un régime où pratiquement tous les droits et toutes les libertés sont susceptibles d'être restreints, la Charte devrait normalement compenser ce libéralisme en

²⁹ *Ferguson v. Skrupa* (1963), 372 U.S. 726, à la p. 732, 83 S. Ct. Rep. 1028, à la p. 1032. C'est nous qui soulignons.

³⁰ Sur cette question, la jurisprudence de la Cour suprême de l'Inde ne manque pas d'intérêt. L'art. 19 de la Constitution indienne consacre en effet certaines libertés fondamentales, mais prévoit que la loi peut imposer des restrictions raisonnables ("reasonable restrictions") à l'exercice de ces libertés. Appelée à interpréter le mot "restrictions", la Cour suprême, après quelques hésitations, a clairement reconnu, depuis 1960, que le fait de priver certaines personnes d'un droit devait être traité comme étant une forme de restriction. Dans l'affaire *Narendra Kumar v. Union of India*, [1960] A.I.R. 430 (S.C.), le juge Das Gupta, rendant le jugement de la Cour, déclarait, à la p. 436: "It is reasonable to think that the makers of the Constitution considered the word 'restriction' to be sufficiently wide to save laws 'inconsistent' with Art. 19(1), or 'taking away the rights' conferred by the Article, provided this inconsistency or taking away was reasonable in the interests of the different matters mentioned in the clause. There can be no doubt therefore that they intended the word 'restriction' to include cases of 'prohibition' also. The contention that a law prohibiting the exercise of a fundamental right is in no case saved, cannot therefore be accepted." C'est nous qui soulignons. Voir H.M. Seervai, *Constitutional Law of India, A Critical Commentary* (2^e éd., 1975), t.I, pp. 322-323.

³¹ On peut reprendre ici l'exemple des lois électorales qui privent des droits de vote et d'éligibilité—droits pourtant garantis à "tout citoyen canadien" par l'art. 3 de la Charte—les mineurs, les juges et certains officiers d'élection. On peut citer en outre, parmi la législation fédérale, les dispositions sur le huis clos et sur l'absence de publicité de la Loi sur les jeunes délinquants (S.R.C. 1970, c. J-3, art. 12) et du Code criminel (S.R.C. 1970, c. C-38, art. 442 et 467); l'art. 459.1 du Code criminel qui interdit le recours à l'*habeas corpus* dans certains cas; certaines dispositions de la Loi sur la défense nationale (S.R.C. 1970, c. N-4) qui privent les militaires de diverses garanties procédurales devant les cours martiales; l'infraction d'outrage au tribunal en rapport avec la liberté de la presse (voir le jugement de la Cour européenne dans l'affaire *Sunday Times*, en 1979 (1980), 38 E.C.H.R.R.4).

enserrant dans un cadre très rigoureux les dérogations permises. On pourrait croire que plus l'application de la clause limitative est étendue, plus doivent être exigeantes les normes en vertu desquelles s'exerce le contrôle judiciaire sur la validité des lois dérogatoires. Pourtant, telle n'est pas la logique de la Charte canadienne; telle n'est pas non plus la logique des choses.

Par le fait que la clause limitative soit d'application générale, il devenait nécessaire de lui tracer des contours larges qui fassent qu'elle puisse convenir à un ensemble de droits et de libertés présentant entre eux une diversité assez marquée.³² Les clauses limitatives spécifiques peuvent être moulées sur les droits particuliers qu'elles affectent, comme on le voit aux articles 8 à 11 de la Convention européenne. Une clause générale, comme celle de la Charte, ne le peut nécessairement pas. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ce que, en comparaison des déclarations construites sur le modèle européen et qui mesurent avec rigueur le droit de l'État d'apporter par sa législation des restrictions aux droits et libertés garantis, la Charte canadienne reconnaisse au contraire au législateur des possibilités d'intervention beaucoup plus amples. La portée de la clause limitative, en tant qu'elle confère aux tribunaux le pouvoir de contrôler l'action étatique qui porte atteinte aux droits et libertés, s'en trouve du même coup réduite. Cet affaiblissement du contrôle judiciaire se remarque d'ailleurs aussi bien en ce qui concerne les limites de la législation restrictive qu'en ce qui touche les objectifs poursuivis par cette législation.

A. Le contrôle sur les limites de la législation restrictive.

Aucune clause limitative expresse ne peut éviter de qualifier la nature des restrictions permises. Ce faisant, elle trace la frontière entre, d'une part, la latitude abandonnée au pouvoir législatif et exécutif et, d'autre part, la censure conférée au pouvoir judiciaire.

Il n'est pas besoin d'une longue réflexion pour comprendre que, en permettant de restreindre les droits "dans des limites qui soient raisonnables", l'article 1 de la Charte canadienne a opté clairement pour un régime qui, plus que d'autres, privilégie la souveraineté parlementaire. Si on l'avait voulu autrement, il aurait fallu caractériser les limites permises par un mot plus exigeant que le mot "raisonnable". La Convention européenne, comme plus tard le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a choisi plutôt de n'autoriser que les restrictions qui sont "nécessaires". Or, comme devait le rappeler en maintes occasions la Cour européenne des droits de l'homme: "si l'adjectif 'nécessaire' . . . n'est

³² On doit souligner aussi que la clause limitative doit convenir à des situations et à des besoins qui peuvent être très variables entre les diverses provinces et les régions du pays. Pour ce qui est des situations d'urgence, l'utilisation du pouvoir conféré par l'art. 33 et par l'art. 4(2) peut servir à réduire considérablement le jeu de la clause limitative de l'art. 1 en temps de crise et à prévenir au surplus les contestations judiciaires.

pas synonyme d'«indispensable», il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'«admissible», «normal», «utile», «raisonnable» ou «opportun».³³

Dans l'ordre concret, on comprend aisément que l'expression «dans des limites qui soient raisonnables» n'est pas de nature à prescrire à l'État une ligne impérative de conduite, non plus qu'à lui interdire d'adopter des mesures restrictives qui paraissent manquer de sagesse. Contrairement au concept de nécessité, celui de raisonnabilité n'implique pas que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi.³⁴ Ce qui est exagéré, comme ce qui est insuffisant, n'est pas pour autant déraisonnable. Même là où le test de nécessité est retenu, il ne s'ensuit pas que, entre les différentes juridictions qui y sont soumises, il doive s'établir une uniformité législative.³⁵ A plus forte raison faut-il reconnaître que des règles de droit différentes, voire opposées, peuvent être toutes et en même temps raisonnables. La coexistence, dans les diverses provinces canadiennes, de lois plus ou moins restrictives les unes par rapport aux autres sur un même sujet ne permet pas de conclure que celles qui le sont davantage posent, au droit garanti, des limites qui ne sont pas raisonnables.³⁶ De même, les modifications que subit, au cours du temps, la législation sur une question donnée n'autorisent pas à en inférer que la loi plus sévère est une loi qui restreint dans des limites qui ne sont pas raisonnables le droit ou la liberté qu'elle affecte.³⁷

³³ Affaire *Handyside* (1976), 24 E.C.H.R.R.4, par. 48: citation reprise notamment dans les affaires *Sunday Times*, *supra*, note 31, par. 59, *Dudgeon* (1981), 45 E.C.H.R.R.4, par. 51, et *Young, James and Webster* (1981), 44 E.C.H.R.R.4, par. 63.

³⁴ Cela s'impose, au contraire, sous la Convention européenne: voir l'affaire *Handyside*, *ibid.*, par. 49. On comprend que le recours à la jurisprudence de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'interprétation de l'art. 1 de la Charte canadienne doit être empreint de prudence et de réserve. Ce qui est contraire au critère de nécessité de la Convention européenne n'est pas nécessairement contraire au critère de raisonnabilité de la Charte. Mais on peut dire, à l'inverse, que ce qui est conforme au critère de la Convention européenne serait, *a fortiori*, conforme à celui moins exigeant de la Charte.

³⁵ Ainsi, dans l'affaire *Sunday Times*, *supra*, note 31, par. 61, la Cour européenne remarquait: «Again the Court cannot hold that the injunction was not 'necessary' simply because it could or would not have been granted under a different legal system. As noted in the Belgian Linguistic case, the main purpose of the Convention is 'to lay down certain international standards to be observed by the Contracting States in their relations with persons under their jurisdiction'. This does not mean that absolute uniformity is required. . . .»

³⁶ Qu'on pense, par exemple, aux lois électorales qui, au fédéral et dans chaque province, restreignent, de façons diverses, le droit de vote et d'éligibilité énoncé à l'art. 3 de la Charte. Nous ne pouvons évidemment partager le point de vue qu'adopte Gerald-A. Beaudoin, dans son étude sur Les droits démocratiques, dans Beaudoin et Tarnopolsky (eds.), *op. cit.*, note 12, p. 272. L'auteur, aux pp. 279-294, interprète en effet l'art. 1 comme une disposition qui aurait pour effet de condamner toutes les règles qui, en matière de droit de vote, ne paraissent pas être *rationnellement* les mieux fondées, et d'exiger que le législateur adopte une solution unique, qui découlerait de façon impérative des termes de la clause limitative.

³⁷ L'histoire législative canadienne en matière de peine capitale en est un bon exemple:

L'idée de souplesse qu'implique le mot "raisonnable" dans le langage courant n'est pas démentie, bien au contraire, par la signification technique que la langue juridique y a attachée, en droit public anglais et canadien. Les tribunaux ont été, en de très nombreuses occasions, appelés à le définir, ce qu'ils ont fait en essayant de cerner plutôt la notion contraire, celle de "déraisonnable" ("unreasonableness").

Les arrêts qui font autorité sont devenus classiques et sont trop bien connus pour nous justifier de faire plus que de rappeler ici l'essentiel de ce qui s'en dégage.³⁸ Ainsi, il est bien établi, en droit administratif, que, pour être considérée comme déraisonnable, une conduite ou une décision donnée doit être telle qu'elle constitue, selon la Cour, un acte qu'aucune personne de bon sens, placée dans les mêmes circonstances, n'aurait posé. Ou encore, l'acte déraisonnable, c'est celui qui est manifestement fait de mauvaise foi, celui qui est capricieux et arbitraire. Ce n'est pas simplement celui qui est mauvais, erroné ou peu judicieux. Aussi l'application de ces critères entraîne-t-elle les tribunaux à exercer une évidente retenue judiciaire, car, comme l'écrivait Lord Hailsham,³⁹ dans un passage célèbre:

Two reasonable [persons] can perfectly reasonably come to opposite conclusions on the same set of facts without forfeiting their title to be regarded as reasonable. . . . Not every reasonable exercise of judgment is right, and not every mistaken exercise of judgment is unreasonable. There is a band of decisions within which no court should seek to replace the individual's judgment with his own.

Habiletés à n'intervenir que lorsque ce qui est soumis à leur considération outrepassé les limites de ce qui est raisonnable, les tribunaux ne peuvent autrement imposer leurs vues, fussent-elles plus sages, plus opportunes, plus rationnelles.

Faut-il hésiter à appliquer à l'article 1 de la Charte des règles que la jurisprudence a élaborées pour s'appliquer à l'activité de l'administration? On le peut bien, dans un souci de donner davantage prise au contrôle judiciaire sur la législation, mais encore faudrait-il que ce souci puisse trouver quelque point d'appui dans les textes où le législateur constitutionnel a exprimé sa volonté. Or, ce point d'appui, on le cherche en vain.

En effet, malgré les obligations assumées par le Canada en conséquence de son adhésion au Pacte international relatif aux droits civils et politiques,⁴⁰ la Charte canadienne a opté pour un type de clause limitative qui, rejetant le test de nécessité retenu par le Pacte, donne certainement

voir les remarques du juge en chef Laskin, dans *Miller et Cockriell c. La Reine*, *supra*, note 14, à la p. 690.

³⁸ Notamment, *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, aux pp. 98-100; *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, [1947] 2 All E.R. 680, aux pp. 682-685; et *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014, à la p. 1066.

³⁹ *In Re W.*, [1971] A.C. 682, à la p. 700.

⁴⁰ Art. 2 du Pacte. Le Canada a adhéré au Pacte, le 19 mai 1976; celui-ci y est entré en vigueur le 19 août suivant.

ouverture à des limitations plus amples que celles que le Pacte prévoit. En qualifiant par l'adjectif "raisonnable" la nature des restrictions permises aux termes de l'article 1, non seulement le législateur constitutionnel recourait-il à un mot qui, dans la langue usuelle, connote une certaine liberté de choix et une discrétion, mais il devait savoir qu'il utilisait "a term of legal art"⁴¹ dont la signification, en droit public, est consacrée.⁴² S'agissant au surplus de fixer le point à partir duquel les tribunaux reçoivent autorité de s'interposer pour censurer l'action d'un parlement, il serait inadmissible qu'en une matière aussi grave, on fonde cette autorité sur des extrapolations. N'est-il pas hautement significatif que, pour décrire l'étendue du contrôle judiciaire sur le pouvoir législatif, la Charte ait utilisé le mot même qui a servi à définir l'étendue du contrôle judiciaire sur l'administration? Comment donc, dans ces conditions, les juges mettraient-ils plus d'empressement à se substituer aux législateurs, qu'ils n'en mettent à prendre la place des administrateurs? Faut-il rappeler enfin que la tradition judiciaire canadienne n'en est pas une d'interventionnisme marqué. Comme le soulignait le juge en chef Laskin, dans son jugement de l'arrêt *Curr c. La Reine*:⁴³

Cette Cour sait que même lorsqu'on lui demande de statuer sur la constitutionnalité d'une loi, elle doit se garder de faire de la sagesse de la loi contestée le critère de sa constitutionnalité.

Pour amener les tribunaux à modifier leur attitude, il faudrait plus que des formules qui ne tendent à rien de moins qu'à avaliser la règle de la retenue judiciaire. Si on avait voulu conférer aux tribunaux un contrôle étroit et rigoureux sur la législation restrictive des droits et libertés, il aurait fallu hausser le critère des limitations permises bien au delà de celui de la raisonabilité.

B. Le contrôle sur les objectifs de la législation restrictive.

En outre de qualifier, comme on vient de le voir, la nature des limitations permises, l'article 1 de la Charte exige aussi que leur "justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et

⁴¹ La remarque est celle de Lord Diplock, à propos du mot "unreasonable" en droit public, dans l'affaire *Tameside*, *supra*, note 38, à la p. 1064.

⁴² Cette signification est différente de celle qui a été donnée par les tribunaux au mot "reasonable" en droit privé et en droit criminel anglais, dans des expressions telles que "reasonable care", "reasonable time", "reasonable cause", etc. Ce qui est raisonnable a alors un sens plus ou moins voisin de ce qui n'est pas excessif, ni irrationnel, ce qui est modéré. C'est d'ailleurs dans ce sens que sont employés les mots "reasonable" ou "unreasonable" dans les art. 8 et 11 a), b) et e) de la Charte, qui énoncent précisément des règles applicables en droit pénal. Mais le contexte de l'art. 1 est tout autre, puisqu'on y détermine tout à la fois les limites de la suprématie parlementaire et l'étendue du contrôle judiciaire sur le pouvoir législatif. C'est clairement un contexte de droit public.

⁴³ [1972] R.C.S. 889, à la p. 903.

démocratique".⁴⁴ Ce second test en est-il un qui fait appel à un contrôle de la finalité de la législation restrictive, comme il pourrait sembler au premier abord? L'histoire législative de la disposition tend plutôt à démontrer le contraire.

Déjà, en 1971, la Charte de Victoria,⁴⁵ puis, en 1978, le projet de loi C-60 sur la réforme constitutionnelle et même un avant-projet de la Charte actuelle préparé en juillet 1980⁴⁶ comportaient tous des clauses limitatives rédigées suivant un modèle à peu près uniforme, quoique différent de ce qui a été retenu à l'article 1 de la Charte. Ces clauses autorisaient en effet les restrictions "raisonnablement justifiées (ou justifiables), dans une société démocratique", par un certain nombre de buts ou d'objectifs qu'elles énuméraient, tels la sûreté, l'ordre et la santé publics, les libertés et les droits d'autrui. Cette structure du texte évoquait évidemment celle que l'on trouve dans les clauses limitatives de la Convention européenne et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui visent, pour leur part, les restrictions qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à certains buts énoncés de façon limitative.

Dans les juridictions qui ont retenu de telles formulations, le contrôle judiciaire sur les mesures restrictives des droits et libertés trouve donc à s'exercer non seulement sur la nature des restrictions, mais sur la finalité des mesures litigieuses. Il incombe en effet alors aux tribunaux de vérifier si les motifs invoqués pour justifier la législation restrictive sont pertinents à l'un des objectifs autorisés. Mais ce type de formulation—et de contrôle—n'est guère possible que lorsque la charte comporte des clauses limitatives spécifiques attachées à certains droits ou libertés, car la liste des objectifs se doit d'être diversifiée et de varier selon chacun des droits auxquels elle s'applique.⁴⁷ Aussi était-il pratiquement inévitable que la clause limitative de la Charte canadienne cessât d'énumérer les buts pouvant justifier des dérogations, à partir du moment où l'on avait décidé qu'elle serait une clause d'application générale affectant l'ensemble des droits garantis.⁴⁸

⁴⁴ Nous ne traiterons pas ici de la question du fardeau de preuve que soulève cette partie de l'art. 1. C'est une question qui nécessiterait, à elle seule, une étude spécifique trop importante pour pouvoir trouver place dans le cadre du présent article.

⁴⁵ Le texte en est reproduit à la p. 364 de l'ouvrage de W.S. Tarnopolsky, *op. cit.*, note 13.

⁴⁶ Document 830-81/027, daté du 4 juillet 1980.

⁴⁷ On le voit clairement en comparant entre eux les buts légitimes énumérés dans les art. 6, 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne; ou ceux que l'on trouve dans les art. 12, 14, 18, 19, 21 et 22 du Pacte.

⁴⁸ C'est ce qui se produit avec le Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada, déposé par le Premier Ministre, le 4 octobre 1980. Il faut remarquer cependant que l'art. 25 du Bill C-60 énonçait une clause limitative qui, bien que d'application quasi générale (art. 27), comportait néanmoins une énumération d'objectifs législatifs.

Ce changement de formulation est d'importance majeure, car il entraîne un net affaiblissement du contrôle judiciaire. Il faut bien constater, en effet, que la clause limitative de l'article 1, telle qu'elle est conçue, ne peut plus donner ouverture à un contrôle de conformité du but recherché par la législation contestée avec des objectifs reconnus comme légitimes et pouvant justifier l'adoption de mesures restrictives du droit ou de la liberté en cause. Aussi le pouvoir législatif jouit-il d'une autonomie considérable quant aux objectifs qu'il poursuit, puisque la légitimité de son action ne dépend pas de sa finalité et n'est pas soumise, sous ce rapport, à l'appréciation judiciaire. Mais, à défaut de contrôle portant sur la finalité des mesures litigieuses, l'article 1 de la Charte institue ce qu'on pourrait appeler un contrôle de compatibilité.

Contrôle de compatibilité, en effet, puisque, par les mots "dans le cadre d'une société libre et démocratique", l'article énonce une norme avec laquelle doivent s'accorder les limitations légales auxquelles les droits et libertés sont assujettis. C'est la frontière au delà de laquelle les restrictions ne sont plus tolérables, parce qu'elles remettraient en question cela même qui est le garant des droits et des libertés que la Charte énonce. Ce que l'article 1 exige, c'est que les mesures restrictives puissent être justifiées sans entrer en conflit avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Ces principes doivent fournir en quelque sorte un cadre de référence pour évaluer, non pas le caractère raisonnable des limitations,⁴⁹ mais leur légitimité. Car cette légitimité cesse, à partir du moment où il appert que les mesures restrictives portent atteinte aux fondements ou aux caractères essentiels d'une société libre et démocratique.⁵⁰

Ce que sont ces fondements ou ces caractères essentiels, il ne nous appartient pas d'en tenter ici une analyse exhaustive. Mais tout le monde sera d'accord pour reconnaître que la liberté d'expression constitue l'un de ces fondements essentiels et que, si certaines restrictions, comme celles qui visent à protéger la réputation d'autrui, ne mettent pas en danger le

⁴⁹ Ce serait un contresens indéniable, à notre avis, d'interpréter l'art. 1 comme voulant dire que les limites doivent être raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. La version anglaise du texte indique clairement que l'expression "in a free and democratic society" est rattachée au mot "justified" seulement et ne doit pas être rapportée au qualificatif "reasonable".

⁵⁰ Il n'est peut-être pas inutile de souligner que l'art. 1 fait clairement appel au concept abstrait de société libre et démocratique, et donc à ses caractéristiques essentielles, et non à des sociétés particularisées. Pas plus qu'il n'est une invitation à s'interroger sur le caractère libre et démocratique du gouvernement du Canada ou d'une province (!), il ne doit être vu comme une incitation à comparer la loi contestée avec la législation que d'autres pays libres et démocratiques ont adoptée. C'est pourquoi nous ne pouvons partager le point de vue que Peter Hogg exprime, lorsque, dans son ouvrage *Canada Act 1982 Annotated* (1982), p. 10, il écrit: "The acceptance of similar laws in such countries as the United Kingdom, the United States, Australia and New Zealand would presumably tend to demonstrate that the law could be justified in a free and democratic society." De telles comparaisons peuvent être tout au plus indicatives.

caractère libre de la société, en revanche il n'en irait plus de même pour des lois qui interdiraient à des groupes marginaux ou dissidents d'exprimer leurs critiques, voire leur rejet, des convictions de la majorité. On pense aussi à la loi sur la presse que le gouvernement du Crédit social de l'Alberta avait fait adopter et dont la validité fut soumise à la considération de la Cour suprême. Le juge en chef Duff déclarait à son sujet:⁵¹

De fait, il y a un très large domaine où les provinces, sans aucun doute, sont compétentes à l'égard des journaux: mais il faut le limiter, à notre avis, de façon à exclure une loi qui impose à l'exercice du droit de discussion publique *une restriction telle qu'elle gêne sérieusement le fonctionnement des institutions parlementaires du Canada.*

De même peut-on rappeler l'extrait du jugement du juge d'appel MacDonald que citait le juge Ritchie dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*:⁵²

A mon avis, la censure concernant la politique partisane ne peut être autorisée *dans une société libre* où s'impose la liberté des débats sur les questions politiques, sous réserve bien sûr du droit criminel. . . .

On peut encore penser à des lois comme celle qui fut invalidée dans l'affaire *Liyanage*⁵³ et dont on pourrait dire qu'elle restreignait les garanties de la procédure criminelle dans une mesure incompatible avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

La Cour européenne a, pour sa part, en maintes occasions, déclaré que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture étaient des marques distinctives de la société démocratique.⁵⁴ Et, dans l'affaire *Young*,⁵⁵ à propos de la clause d'atelier fermé, elle déclarait:

Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoid any abuse of a dominant position.

Mais la Cour reconnaissait aussi, dans une autre affaire,⁵⁶ que, lorsqu'il faut porter un jugement sur la légitimité de mesures restrictives contestées, on se devait d'apprécier ces mesures en tenant compte du contexte particulier où elles avaient été prises et des éléments distinctifs propres à la société qu'elles étaient appelées à régir.

Ce contrôle de compatibilité reste-t-il encore un contrôle portant sur les objectifs de la législation contestée? En un sens, oui, puisqu'il ne saurait être mis en oeuvre sans prendre en considération la "justification" des

⁵¹ *Renvoi relatif aux Lois de l'Alberta*, *supra*, note 6, à la p. 134; la traduction française est celle de Chevrette et Marx, *op. cit.*, note 7, p. 1276. C'est nous qui soulignons.

⁵² [1978] 2 R.C.S. 662, à la p. 700. C'est nous qui soulignons.

⁵³ *Liyanage v. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259.

⁵⁴ Voir notamment le jugement de l'affaire *Handyside*, *supra*, note 33, par. 49.

⁵⁵ Affaire *Young*, *supra*, note 33, par. 63.

⁵⁶ Affaire *Dudgeon*, *supra*, note 33, par. 56.

mesures restrictives prises par l'État. Mais c'est un contrôle qui paraît bien diminué, lorsqu'on le compare à celui auquel donnent lieu des clauses limitatives qui combinent la norme démocratique avec un critère de finalité prévoyant, d'avance et de façon limitative, les buts pour lesquels les droits et libertés peuvent être restreints.

Comme on le voit, en optant pour une clause limitative d'application générale, les auteurs de la Charte canadienne ont donc non seulement affaibli les droits et les libertés qu'elle garantit, mais ils n'ont pu éviter d'anémier le contrôle judiciaire sur les mesures restrictives qui les affectent.
