

Les Cahiers de droit



Les libertés publiques en temps de crise

Guy Tremblay

Volume 13, Number 3, 1972

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1005033ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1005033ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Tremblay, G. (1972). Les libertés publiques en temps de crise. *Les Cahiers de droit*, 13(3), 401–418. <https://doi.org/10.7202/1005033ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1972

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Les libertés publiques en temps de crise

Guy TREMBLAY *

Chaque constitution repose sur une règle de droit fondamentale trop souvent méconnue qu'exprime bien l'expression *salus populi suprema lex*¹. On sait que le droit constitutionnel comprend les normes supérieures régissant l'organisation et le fonctionnement de l'État, et que parmi celles-ci, peut se trouver l'affirmation de libertés publiques individuelles ou collectives². L'efficacité de la sanction de telles règles, de même que la préservation des droits reconnus au citoyen et à la collectivité présupposent, il est sûr, l'existence au profit de l'État de moyens coercitifs généraux, mais présupposent d'abord, en fait et en droit, que cet État soit capable d'assurer sa propre survie. De ce point de vue, toutes les mesures de protection de l'État forment nécessairement partie de la constitution de cet État et, en temps de crise, il n'est pas paradoxal de dire qu'elles deviennent des normes supérieures aux autres principes constitutionnels, et en particulier, à toutes ces libertés fondamentales qui ne peuvent être que subordonnées au maintien effectif de l'État lui-même. Selon ce qu'écrivait le juge Brossard dans une affaire issue de la « crise d'octobre », toute la question peut se résumer comme suit :

« ... assurer des mesures légales efficaces contre ceux qui cherchent à détruire le *fondement* de notre système démocratique de gouvernement *sur lequel repose* la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales et (...) assurer la protection constante de ces droits et libertés au Canada »³.

Donc, aux yeux de ceux qui ont la tâche de préserver la sécurité de l'État,

* Étudiant au London School of Economics où il prépare son PH.D.

1. Ici, cette expression sera employée dans le sens où c'est la sécurité ou le salut public qui devient la loi suprême. Dans des circonstances autres, où la protection de l'État n'est pas mise en cause, la maxime peut vouloir signifier que « there exists an implied agreement of every member of society that his own individual welfare shall, in cases of necessity, yield to that of the community, and that his property, liberty, and life shall, under certain circumstances, be placed in jeopardy or even sacrificed for the public good » : *Stocking v. Johnson Flying Service*, (1963) 387 p. 2d, 312. (S.C. Montana), à la p. 317.
2. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L. 1972, aux pp. 2 ss.
3. *Gagnon et Vallières v. La Reine*, [1971] C.A. 454, à la p. 462. Les italiques viennent de l'auteur.

il ne peut y avoir de conflit entre les exigences de ce devoir et la reconnaissance des libertés publiques, puisque ces dernières ne peuvent être protégées que par la garantie de survie du système démocratique de gouvernement. Il est sûr que, le plus souvent, les impératifs de sécurité et la jouissance des libertés peuvent bien être réconciliés sans que ne soient mises en danger l'existence et la survie de l'État⁴. Mais il est un point où la menace à la sécurité étatique peut être tellement grave qu'elle empêche toute réconciliation de la sorte. À ce moment, la balance penchera toujours en faveur des normes de sécurité, et la nécessité d'y avoir recours éliminera toutes autres préoccupations en faveur des droits de l'homme : la maxime à laquelle on vient de référer sera alors appliquée par tous les organes législatifs, exécutifs et judiciaires, lesquels ne sont en fait que les agents de cet État dont l'existence doit être préservée.

Conséquemment, *salus populi* est une véritable norme juridique⁵, même si elle peut donner lieu à l'application de règles tout à fait extra-légales. Sa suprématie peut être identifiée à celle de toute constitution, et c'est parce que l'existence, la validité et la survie d'une constitution dépendent de sa reconnaissance qu'elle fait partie, expressément ou implicitement, du droit constitutionnel de chaque État, même des plus libéraux du point de vue des libertés publiques. Cette règle de droit se retrouve dans la Constitution des États-Unis⁶, et les tribunaux américains ont reconnu expressément que « the ordinary rights of individuals must yield to what (the head of the state) deems the necessities of the moment », et que les « fundamental rights guaranteed in the American Constitution are not absolute »⁷. Le Premier Amendement, par exemple, ne peut pas être invoqué pour protéger n'importe quelle forme de trafic avec l'ennemi⁸, et le Cinquième Amendement fut déclaré inapplicable dans le cas où la propriété avait été détruite par l'État, même délibérément, afin d'empêcher l'ennemi de s'en servir : le dictum suivant tiré de *United States v. Pacific Railroad Co.*⁹, fut cité et appliqué par la Cour suprême des États-Unis dans *United States v. Caltex (Philippines) Inc.* :

4. Voir de façon générale J. MATKIN, « Freedom Governed by Law », (1971) 2 A.C.P.U., n° 4, p. 1 ; E. WAMBAUGH, « War Emergency Legislation — A General View », (1917) 30 *Harv. L. Rev.* 663 ; et J.-C. BONENFANT, « L'État et les valeurs humaines essentielles », (1971) 9 *Mémoires de la Société royale du Canada*, série IV, p. 17.

5. Cette affirmation n'est pas incompatible avec celle du comte de Halsbury dans *Tilono v. A.-G. of Natal*, [1907] A.C. 93 (C.P.), à la p. 94, appliquée dans *Re Clifford and O'Sullivan*, (1921) 2 A.C. 570 (C. des L.), à la p. 581, en vertu de laquelle « what is called "martial law" is no law at all ». Dans ces deux affaires, la loi martiale et l'autorité exercée par les cours martiales n'étaient pas dérivées du droit statuaire ni de la *common law*. Ainsi, les règles applicables par voie de nécessité étaient peut-être complètement extra-légales, mais il existe nécessairement un principe fondamental sur lequel les tribunaux s'appuient pour accepter l'usage de la « force contre la force », et un tel principe se doit d'être hautement juridique.

6. Constitution des États-Unis, Art. II, cl. 2 ; Art. IV, cl. 4.

7. MATKIN, note 4, à la p. 7.

8. *Chandler v. United States*, (1948) 171 F. 2d 921 (Mass. C.A.), à la p. 939.

9. (1887) 120 U.S. 227, à la p. 234.

« Whatever would embarrass or impede the advance of the enemy, as the breaking up of roads, or the burning of bridges, or would cripple and defeat him, as destroying his means of subsistence, were lawfully ordered by the commanding general. Indeed, it was his imperative duty to direct their destruction. The necessities of the war called for and justified this. The safety of the State in such cases overrides all considerations of private loss. *Salus populi* is then, in truth, *suprema lex* »¹⁰.

Les tribunaux américains ont aussi confirmé, pour des motifs de sécurité, plusieurs lois très sévères relatives à l'immigration et au statut des étrangers¹¹.

La règle du salut public fait également partie de la *common law* anglaise et canadienne en vertu de laquelle la Couronne possède, comme dans le cas d'un individu, un pouvoir de légitime défense¹². Qu'on l'appelle ou non « prérogative », l'existence d'un tel pouvoir ne peut faire de doute puisqu'elle fut reconnue à plusieurs occasions¹³. Mais c'est son étendue qui n'a jamais pu être déterminée de façon précise¹⁴, pour la bonne raison que la *common law* en cette matière a depuis longtemps été complétée, sinon remplacée, par le droit statutaire sur les mesures d'urgence ou les mesures de guerre. Et dès qu'une loi s'étend à un domaine où la prérogative existait, les pouvoirs doivent désormais s'exercer en vertu de la loi¹⁵. Ainsi, c'est par une analyse de la façon dont les juges ont interprété et appliqué les lois en la matière que l'on peut découvrir jusqu'à quel point ils sont désireux de donner effet aux impératifs de sécurité même à l'encontre des autres règles constitutionnelles et particulièrement à l'encontre des libertés fondamentales.

Il faut noter cependant que là où la *common law* est encore en vigueur, comme c'est le cas dans une bonne partie du droit relatif aux sujets de l'ennemi¹⁶, l'attitude des juges risque fort d'être la même qu'en matière

10. (1952) 344 U.S. 149, aux pp. 153-4.

11. C.J. ANTIEAU, *Modern Constitutional Law*, New York et Californie, 1969, vol. 1, aux pp. 117-8 et 723 ss.

12. *The King's Prerogative in Saltpetre*, (1606) 12 Rep. 12; *R. v. Hampden, Ship Money Case*, (1637) 3 State tr. 826, aux pp. 975 et 1011 ss. Dans l'affaire *Tilono*, note 5, à la p. 94, on peut lire ceci: « The right to administer force against force in actual war does not depend upon the proclamation of martial law at all. It depends upon the question whether there is war or not. If there is war, there is the right to repel by force »...

13. Et même récemment, comme dans *Burmah Oil Co. Ltd. v. Lord Advocate*, [1965] A.C. 75 (C. des L.).

14. Voir *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., 1962, vol. 7, « Constitutional Law », aux pp. 260, #562, et 261, note e.

15. *A.-G. v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (C. des L.), aux pp. 526, 538 ss., 552 ss., 561 ss. et 575. Cette règle fut appliquée, par exemple, dans *Breckenridge Speedway Ltd. v. The Queen*, (1967) 64 D.L.R. (2d) 488 (C.A. Alta.), par les juges Porter et Allen, aux pages 499-500, 530-1, et en appel, rapporté à (1969) 70 W.W.R. 481 (C.S. Can.), par le juge Hall (appuyé par le juge Spence), à la p. 497; les autres juges dans ces deux affaires n'ont pas abordé la question.

16. *Halsbury's*, note 14, vol. 39, « War and Emergency », à la p. 33, et les arrêts qui y sont cités. « The Common law prohibition of intercourse with an alien enemy is not limited to commercial intercourse or trading, but includes all intercourse which could tend to the detriment of this country and to the advantage of the enemy ».

d'interprétation statutaire, c'est-à-dire qu'ils chercheront à donner effet à la maxime *salus populi* et à développer des règles de droit exorbitantes. Selon les termes de Lord Pearce,

« In theory any general legal definition of the balance between individual justice in one scale and the safety and well-being of the state in the other scale, should be unaffected by the dangerous times in which it is uttered. But in practice the flame of individual right and justice must burn more palely when it is ringed by the more dramatic light of bombed buildings »¹⁷.

C'est ainsi que la prérogative de la Couronne d'emprisonner ou de déporter les sujets de l'ennemi, et de saisir leurs biens, n'a jamais été contrée par les tribunaux¹⁸. L'énoncé suivant du juge Bailhache dans *Ex parte Liebmann*¹⁹ fut cité et appliqué dans *R. v. Bottrill, Ex parte Kuechenmeister*²⁰:

« ... these courts are specially charged to safeguard the liberty of the subject as one of their most sacred duties. The courts owe that duty not only to the subjects of His Majesty, but also to all persons within the realm who are under this Majesty's protection and entitled to resort to these courts to secure for them any rights which they may have, and this whether they are aliens or aliens enemies. I think it right, therefore to add that, deeply impressed as I am with the sanctity of the liberty of the subject, I cannot forget that *above the liberty of the subject is the safety of the realm*, and I should be prepared to hold, as at present advised, that when the internment of an alien enemy is considered by the Executive Government, charged with the protection of the realm, desirable in the interests of the safety of the realm, and the Government there upon interns such alien enemy, the action of the Government in so doing is not open to review by the courts of law by *habeas corpus* ».

Dans cette affaire, on avait décidé qu'un étranger était un ennemi en acceptant comme concluant le certificat du secrétaire d'État déclarant que la guerre prévalait toujours. Ce droit s'applique également au Canada²¹. Il est significatif, par contre, de noter que les tribunaux peuvent prendre connaissance judiciaire d'une crise et qu'ils ont parfois considéré que l'état de guerre existait même s'il n'y avait pas eu de déclaration de guerre formelle et que les

17. *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (C. des L.), à la p. 982.

18. En ces matières, il existait des règlements spécifiques édictés lors des deux guerres mondiales, mais les pouvoirs de *common law* ont été expressément préservés par l'*Emergency Powers (Defence Act)*, 1939, 2-3 Geo. 6, c. 62, a. 9, et le *Trading with the Enemy Act*, 1939, 2-3 Geo. 6, c. 89, a. 16.

19. (1916) 1 K.B. 268, à la p. 275.

20. (1947) 1 K.B. 41, à la p. 54, par le juge Tucker ; italiques ajoutés. Voir aussi l'opinion du juge Scott, à la p. 52.

21. Par analogie, le droit international est au même effet lorsqu'il reconnaît le caractère concluant d'une déclaration de la Couronne à l'effet que la réquisition d'un navire ou de biens est devenue nécessaire pour assurer la défense nationale. *The Zamora*, (1916) 2 A.C. 77 (C.P.), à la p. 107 : « Those who are responsible for the national security must be the sole judges of what the national security requires. It would be obviously undesirable that such matters should be made the subject of evidence in a Court of law or otherwise discussed in public ».

relations diplomatiques n'avaient pas été rompues²². Dans un cas comme dans l'autre, que la guerre existe sans être déclarée ou qu'elle n'existe plus après avoir été déclarée, ce sont les mesures de sécurité prises par le gouvernement qui sont le plus susceptibles de recevoir sanction. En 1915, Lord Cozens-Hardy M.R. déclara que :

« The Court will take judicial notice that this country is in a state of war, that its coasts have been attacked by Zeppelins and other aircraft, and, further, that certain places on the east coast have been subjected to attack by the enemy's fleet »²³.

Il confirma alors le droit de la Couronne de prendre possession, en vertu de sa prérogative de guerre, de certains terrains et bâtiments sans faire de compensation.

Par ailleurs, et de façon plus générale, il ressort de l'attitude des tribunaux en temps de crise que les principales règles d'interprétation statutaire ont alors été mises de côté. Premièrement, afin de donner effet autant que possible aux mesures prises pour la protection de l'État, la règle de l'interprétation littérale fut remplacée par la règle du correctif (*mischief rule*) associée à la connaissance judiciaire de l'état de guerre. Un dictum classique à cet égard fut énoncé dans *Spitz v. Secretary of State of Canada*²⁴ par le président de la Cour de l'Échiquier :

« When you come to interpret Consolidated Orders, or any other war measure, the objects of the same must be held strictly in mind, and such measures must be given that construction which will best secure the end their authors had in mind. One must consider not only the wording of the war measures but also their purposes, the motives which led to their enactment, and the conditions prevailing at the time. In time of war particularly the substance of things prevail over form, and usually all technicalities must be swept aside ».

Les tribunaux provinciaux ont fréquemment eu recours à une telle règle spéciale d'interprétation quand ils avaient affaire à des mesures de guerre²⁵. Ainsi fut-il jugé que la *mens rea* n'était pas un élément d'une offense créée par les règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* : dans chaque cas et de façon unanime, les juges qui se sont penchés sur cette question ont voulu tenir compte par-dessus tout de l'objet du texte législatif

22. *Ex parte Marais*, [1902] A.C. 109 (C.P.), à la p. 114; les arrêts *Tilonko* et *Re Clifford and O'Sullivan*, note 5; et *Kawasaki v. Bantam S.S. Co.*, (1938) 3 All. E.R. 80, confirmé à (1939) 1 All. E.R. 819 (C.A.).

23. *In re a Petition of Right*, (1915) 3 K.B. 649, à la p. 658.

24. (1939) 2 D.L.R. 546 (C. de l'E.), à la p. 549.

25. Comme dans *R. v. Burt*, (1941) 1 D.L.R. 598 (Ont. S.C.), à la p. 603; *R. v. Bickert*, (1941) 1 W.W.R. 663 (B.C.S.C.), aux pp. 665-6; *R. v. Kostynyk*, (1944) 3 W.W.R. 545 (Man. C.A.), à la p. 565; *R. v. Katchen*, (1945) 2 W.W.R. 488 (Alta S.C.), à la p. 493, la condamnation dans cette affaire ayant été cassée en appel à (1946) 1 W.W.R. 352 sans que la cour n'émette de motifs écrits.

impliqué et s'en rapporter au simple « fact that we are at war »²⁶ pour aider à son interprétation. Dans *R. v. Stewart*²⁷, le juge en chef de l'Ontario s'exprime comme suit :

« Turning then to the Regulations in this case and to the Act under which they are made, it will be observed that the object of the Regulations and the warrant for making them is the public safety. They were made in the emergency of war then threatened and now in progress. They prohibit, in terms that are absolute, certain acts that may interfere with or prejudice the preparations and efforts made for the successful carrying on of the war, or that may be prejudicial to the safety of the state. It would seem plain that both the subject-matter and the purpose of the Regulations, as well as the terms in which they are expressed make it necessary to hold that their prohibitions are absolute, and that it is not a defence in a prosecution for their breach to say that what was done in ignorance or without intending any harm. The acts prohibited are to be stopped. This ground of appeal therefore fails ».

Évidemment, le savant juge ne prétend pas là établir une nouvelle règle d'interprétation statutaire, comme ce fut fait dans les affaires mentionnées précédemment : afin d'arriver au résultat désiré, le juge ne fait qu'allier son souci pour la sécurité de l'État, qu'il transpose dans le « purpose of the Regulations », avec ce qu'il lui apparaît comme étant des termes suffisamment clairs. En fait, les tribunaux les plus élevés dans la hiérarchie canadienne ou impériale n'ont pas souvent reconnu de façon expresse que des règles spéciales d'interprétation devaient prévaloir durant un état de crise. Tout au contraire, dans *Liversidge v. Anderson*²⁸, Lord MacMillan expliqua que son interprétation des règlements de guerre était « in accordance with a general rule applicable to the interpretation of all statutes or statutory regulations in peace time as well as in war time ». On peut bien lui concéder cela, mais son approche n'était sûrement pas conforme à l'application traditionnelle des présomptions en faveur de la liberté et du droit de propriété du citoyen²⁹. Selon ses propres termes, la justification de sa décision réside dans le fait que :

26. *R. v. Greenberg*, (1942) 2 All. E.R. 344, tel qu'approuvé dans *R. v. Kostynyk*, note 25, à la p. 551, par le juge Trueman, avec qui le juge en chef McPherson de même que les juges Dennistoun et Richards se dirent d'accord ; voir également l'opinion du juge Bergman (avec qui les mêmes juges furent aussi d'accord), à la p. 569, où il note l'importance accordée par la cour au « fact that these are not times of peace, but times of war », dans *Pearks' Dairies Ltd. v. Tottenham Food Control Committee*, (1918) 26 Cox C.C. 356, à la p. 361. Voir enfin *R. v. Sawatsky*, (1942) 3 W.W.R. 337 (Alta D.C.), à la p. 340.

27. (1940) 1 D.L.R. 689 (Ont. C.A.), à la p. 693, les juges Masten et Henderson étant d'accord.

28. [1942] A.C. 206 (C. des L.), à la p. 251 ; voir également la même affaire aux pages 219 et 244.

29. Voir aussi *R. v. Halliday* [1917] A.C. 260 (C. des L.), aux pp. 270, 274 ss. et 303 ss. Cette affaire « involved a conflict between the ordinary presumption in favour of the liberty of the subject, which had the support of Lord Shaw, and the desire of a court not to tie the hands of the government in a time of emergency, which found favour with the majority of the House of Lords » : J. Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell », (1938) 16 R. du B. Can. 1, à la p. 19.

« ... in a time of emergency when the life of the whole nation is at stake it may well be that a regulation for the defence of the realm may quite properly have a meaning which because of its drastic invasion of the liberty of the subject the courts would be slow to attribute to a peace time measure »³⁰.

On découvre ainsi une seconde facette de l'interprétation statutaire en temps de guerre ou d'urgence nationale : plutôt que d'avoir à choisir laquelle des diverses présomptions en faveur de l'individu devra l'emporter dans un cas particulier, le juge aura soit à appliquer ces présomptions, soit à leur apposer comme correctif la « counter-maxim *salus populi suprema lex* »³¹. Pour les raisons déjà indiquées, la maxime correctrice prévaudra toujours, pour autant que fut atteint, ou est réellement appréhendé comme ayant été atteint, le point où la sécurité de l'État ne peut plus être compatible avec la jouissance habituelle de la liberté. Alors, la tâche du juge n'est plus de découvrir laquelle des valeurs opposées mérite le plus d'être protégée dans un cas particulier, comme cela se présente dans la plupart des causes relatives aux libertés publiques³², mais bien de déterminer si l'urgence justifie la restriction temporaire de ces libertés mêmes. En pareils cas, lorsque le tribunal se départit de ses méthodes habituelles afin de confirmer la validité de mesures d'urgence, il sanctionne de ce fait une règle d'interprétation toute spéciale qui n'a pas d'autre application dans notre droit et qui est en ce sens exceptionnelle.

L'affaire *In re a Petition of Right*³³ fut entendue en Grande-Bretagne au commencement de la première guerre mondiale. Contrairement aux causes analogues subséquentes³⁴, le savant juge de première instance ne s'est pas mis à examiner les termes du *Defence of the Realm (Consolidation) Act*, 1914 pour pouvoir déterminer si les règlements adoptés sous son empire pouvaient prétendre prendre possession de terrains et établissements sans compensation. Il reconnut à la Couronne le droit de ce faire en vertu de la prérogative de guerre et il ajouta qu'il arriverait à la même conclusion s'il devait considérer que l'affaire était régie par le seul droit statutaire. La présomption habituelle en faveur du droit de propriété n'est même pas mentionnée, et dans un jugement très expéditif, l'accent n'est placé que sur la nécessité d'assurer la sécurité publique et la défense du pays :

30. Note 28.

31. *Halsbury's*, note 14, p. 292, note g, et les arrêts qui y sont cités.

32. Par exemple, le tribunal fait face au dilemme impliquant le principe de la liberté contractuelle *versus* le droit de tout citoyen à des opportunités égales, comme dans *Noble and Wolf v. Alley*, (1951) 1 D.L.R. 320 (C.S. Can.), et dans les autres affaires relatives aux clauses restrictives ; ou la liberté de commerce *versus* le droit à un traitement égal, comme dans *Christie v. York Corp.*, [1940] R.C.S. 139 et dans les autres causes sur la discrimination dans les endroits publics.

33. Note 23. La décision dans cette affaire ne fut rejetée qu'en 1965, dans *Burmah Oil*, note 13, bien qu'elle soit devenue caduque pour autant qu'elle était incompatible avec le jugement de 1920 dans *De Keyser's*, note 15.

34. *Infra*, notes 53 et 55.

« The case just mentioned (*R. v. Hampden*) and other authorities appear to establish that by the Constitution the defence of the realm is entrusted to the Crown, that the law has entrusted the person of His Majesty with the care of this defence, that in this business of defence the « *suprema potestas* » is inherent in His Majesty as part of his Crown and Kingly dignity, that in times of war or invasion the maxim « *Salus populi suprema lex* » must prevail, and that in these times of war not only His Majesty, but likewise every man that hath power in his hands, may take the goods of any within the realm, pull down their houses or burn their corn to cut old victuals from the enemy, and do all other things that conduce to the safety of the Kingdom without respect had to any man's property »³⁵.

En appel, la décision fut confirmée immédiatement au terme de l'argumentation. La Cour émit subséquemment des motifs écrits tout aussi concis et substantiellement similaires à ceux du juge de première instance. Plutôt que d'appliquer une présomption en faveur des droits individuels, la Cour appliqua une présomption en faveur de la prérogative de la Couronne en temps de crise³⁶. Et le fait que la loi de même que les règlements étaient muets sur la question de la compensation servit à renforcer la position de la Couronne plutôt que celle des demandeurs³⁷. L'appel ultérieur, à la Chambre des Lords, fut abandonné avant jugement, à la suite d'un règlement intervenu entre les intéressés³⁸.

Dans *Re Gray*³⁹, la Cour suprême du Canada reconnut au gouvernement le pouvoir d'amender une loi formelle qui pouvait sembler reconnaître une telle compétence lorsqu'exercée en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*. La Cour nota que les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par cette dernière loi étaient en substance des pouvoirs législatifs et un raisonnement similaire fut repris par tous les juges de la même Cour dans *Re Chemicals*⁴⁰, quelques-uns d'entre eux appliquant même au cas sous l'étude l'affaire *Hodge v. The Queen* concernant les pouvoirs suprêmes des législatures provinciales⁴¹. Il ressort des motifs des juges majoritaires dans ces deux

35. Note 23, aux pp. 651-2.

36. *Ibid.*, à la p. 660 : « ... the prerogative right cannot be interfered with or taken away except by plain language or necessary implication ». Voir également aux pages 653 et 666.

37. *Ibid.*, à la p. 663 : la loi de 1914 « is legislation only during the continuance of the war, for the emergency of war, when it is necessary that the powers of the Crown should be exercised more freely and expeditiously than in time of peace... » ; aussi aux pages 654, 660-2, et 667.

38. *In re a Petition of Right of X*, (1916) 32 T.L.R. 699.

39. (1918) 57 R.C.S. 150 : quatre juges majoritaires et deux dissidences.

40. [1943] R.C.S. 1 : jugement unanime.

41. *Ibid.*, aux pp. 17-18, par le juge Rinfret avec qui le juge Taschereau fut en accord. À la p. 13, le juge en chef Duff précisa que « ... the *War Measures Act* does not, of course, attempt to transform the Executive Government into a legislature, in the sense in which the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces are legislatures ». De plus, dans *R. v. Singer* [1941] R.C.S. 111, il fut jugé qu'un règlement adopté sous l'empire de la *Loi sur les mesures de guerre* n'était pas pour autant une loi formelle. On peut donc se demander quelle est la différence que les tribunaux voient entre un tel règlement de nature matériellement législative et n'importe quel autre exercice de pouvoir législatif délégué. Si ce n'est le simple fait qu'un règlement de guerre se doit d'être reconnu valide pour des raisons d'État de caractère supérieur.

arrêts que c'est l'impact de la situation de guerre prévalant alors qui fut déterminant. Dans le premier cas, le juge Fitzpatrick écrit :

« Our legislators were no doubt impressed in the hour of peril with the conviction that the safety of the country is the supreme law which no other law can prevail. It is our clear duty to give effect to their patriotic intention »⁴².

Dans la seconde affaire, le juge Judson appliqua la maxime corrective *salus populi* à l'encontre de la maxime *delegatus non potest delegare*, après avoir cité le passage pertinent de Halsbury sur la faiblesse des présomptions usuelles en temps de guerre⁴³. Le fondement réel de la décision dans cette affaire réside dans la reconnaissance de la nécessité pour le gouverneur en conseil de déléguer ses pouvoirs législatifs afin que puissent être sauvegardés « the supreme interests of the State » et que la guerre soit menée « to a successful conclusion »⁴⁴. Dans ni l'un ni l'autre de ces arrêts on ne peut retracer de démarche interprétative qui soit conforme aux règles reconnues. Mais ici encore, les juges considèrent que, sur une longue période, ils ne font pas que préserver ainsi la sécurité de l'État : plus fondamentalement, ils garantissent la continuation d'un régime démocratique à l'encontre des objectifs de l'ennemi, « national plunder and enslavement », et la meilleure façon de protéger les libertés publiques dans de telles circonstances est d'accepter leur mise en veilleuse temporaire afin que l'on puisse en jouir encore dans l'avenir⁴⁵.

Si louables soient-ils, de tels motifs basés sur des raisons d'État n'en constituent pas moins des armes dangereuses lorsqu'elles tombent dans les mains de juges trop zélés. Par exemple, dans *R. v. Burt*⁴⁶, le juge Hogg, afin de découvrir le sens du mot « loitering » (flâner) qui se trouvait dans un règlement de guerre, se mit à analyser le but de la *Loi sur les mesures de guerre* et des règlements adoptés sous son empire conformément à la règle établie dans l'affaire *Spitz*⁴⁷, cita, *inter alia*, de *Re Gray*⁴⁸ que « we are living in extraordinary times which necessitate the taking of extraordinary measures », et conclut que ce mot doit couvrir le cas de ces personnes occupées à faire du « piquetage » lors d'un conflit ouvrier, même si les règlements furent clairement établis pour prévenir l'espionnage et le sabotage et mentionnaient à deux autres endroits que le droit de grève était préservé. En d'autres termes, le savant juge dans cette affaire élargit le sens du règlement afin qu'il couvre le cas de l'accusé pour la seule raison que ce règlement « contemplated that the ordinary rights of individuals and of property as they exist in time of peace will necessarily be interfered with », mais il ne manqua pas d'ajouter qu'en autant qu'un tel règlement pouvait faire entrave aux objectifs de

42. Note 39, à la p. 160 ; voir aussi aux pp. 181-2.

43. Note 40, aux pp. 36-37 ; et note 31.

44. *Ibid.*, aux pages 11 et 30, par le juge en chef Duff et le juge Kerwin.

45. Note 3 et *R. v. Halliday*, note 29, aux pp. 271-2.

46. (1941) 1 D.L.R. 598, aux pp. 602-3.

47. Note 24.

48. Note 39.

l'ennemi, « by so doing (it would) preserve the freedom and liberties of the citizens of the Dominion »⁴⁹.

Dans une autre affaire, lors du rapport d'un bref d'*habeas corpus*, le juge en chef de la Cour provinciale d'Ontario refusa de libérer un prisonnier parce que le consentement du ministre de la justice n'avait pas été préalablement obtenu, tel que requis par la *Loi sur les mesures de guerre*, bien qu'il apparaissait clairement que le prisonnier n'était pas un étranger mais un sujet britannique naturalisé⁵⁰. Son argumentation culmina au point suivant :

« It is not a time when the prisoner is to have the benefit of the doubt ; it is a time when, in all things great and small, the country must have every possible advantage ; a time when it must be the general safety first in all things always ; until the final victory is won ; even though individuals may suffer meanwhile. Private wrongs can be righted then : while final defeat would not only prevent that but bring untold disasters to all »⁵¹.

De telles considérations ne sont pas extra-légales ni contraires à la *rule of law* ; elles ne font qu'exprimer un peu plus directement la signification réelle d'une règle constitutionnelle fondamentale qui prévaut en situation de guerre ou de crise extrême.

Comme on l'a vu, le seul fait que le pays soit en danger a beaucoup de poids aux yeux des juges et cela ressort de leurs motifs : évidemment, il s'agit là du seul critère sur lequel ils peuvent baser l'application de la maxime *salus populi*. Il ne faut pas alors se surprendre de découvrir que l'application de cette règle se mitige dans les affaires qui ne sont décidées qu'une fois les hostilités terminées et la guerre gagnée. Ainsi, en 1920, le juge Darling de la King's Bench Division s'en remit à ce dictum de Lord Atkinson dans *R. v. Halliday*⁵² :

« It by no means follows, however, that if on the face of a regulation it enjoined or required something to be done which could not in any reasonable way aid in securing the public safety and the defence of the realm it would not be *ultra vires* and void. It is not necessary to decide this precise point on the present occasion, but I desire to hold myself free to deal with it when it arises ».

Le savant juge indiqua alors que « here I think it does at last arise »⁵³ et il appliqua la présomption en faveur du droit d'accès aux tribunaux⁵⁴ pour décider que le règlement de guerre mis en cause n'avait pas été permis par la loi habilitante. Il est clair qu'un juge trouvera plus facile de découvrir qu'une mesure gouvernementale n'était pas nécessaire pour préserver la sécurité publique et assurer la défense du pays une fois que le danger pour l'État n'existe plus. La même année, la même Cour arriva à un résultat similaire

49. Note 46.

50. *Re Beranek*, (1915) 33 O.L.R. 139 (in ch.).

51. *Ibid.*, à la p. 141. Voir aussi *Re Gottesman*, (1918) 41 O.L.R. 547.

52. Note 29, aux pp. 272-3.

53. *Chester v. Bateson*, (1920) 1 K.B. 829, à la p. 833.

54. *Ibid.*, à la p. 834. Voir également l'opinion du juge Avory, aux pp. 835-6.

dans une cause où il apparaissait évident que les juges n'avaient plus l'intention de s'en rapporter principalement à l'objet des mesures de guerre ou à l'intention de leurs auteurs: le tribunal recommença à appliquer les règles habituelles d'interprétation et décida en conséquence que le règlement était *ultra vires*⁵⁵.

À tout événement, il est intéressant de noter de façon approximative que les principaux arrêts en Angleterre et au Canada qui ont donné effet à quelque règle de droit exorbitante pour la protection de l'État furent rendus durant la guerre⁵⁶, alors que les principaux arrêts que l'on pourrait invoquer pour circonscrire en quelque façon les actes du gouvernement se trouvent dans la période d'après-guerre⁵⁷. L'existence ou l'inexistence d'un danger réel ne peut être ignorée ou reléguée au rang de simple critère extra-légal plus ou moins susceptible de provoquer les réactions des juges. Comme j'ai tenté de le démontrer, l'importance d'un état de crise constitue par elle-même un facteur que la constitution reconnaît implicitement ou expressément afin d'assurer dans le temps sa propre validité. Cela semble avoir été bien compris par les plaideurs dans les affaires mettant en cause des mesures de guerre, et leur augmentation devant le tribunal fut souvent adressée en conséquence: ils mirent l'accent ou bien sur le fait que le pays se trouvait en difficulté extrême en raison de la guerre ou bien sur celui que les règles devraient être changées en raison de la cessation de fait des hostilités⁵⁸.

Il reste pourtant certain que les juges ne se préoccupent pas seulement en temps de guerre des impératifs de sécurité. Même en temps de paix, la *common law* et le processus judiciaire furent influencés jusqu'à un certain point par le besoin de protéger l'État dans les domaines qui sont susceptibles d'affecter sa sécurité. C'est pour cette raison que fut développé un corps spécial de règles juridiques en matière d'immigration par exemple, où la conception du « privilège » associée à la reconnaissance de la nécessité d'une

55. *Newcastle Breweries Ltd., v. The King* (1920) 1 K.B. 855, par le juge Salter au nom de la cour, à la p. 864: « The word « designed » (dans la loi habilitante) must mean « framed » and not « intended ». If it were enough that the authors of a Regulation intended it to conduce to the public safety, the mere making of a Regulation would establish its validity ». À comparer avec *Lipton Ltd. v. Ford*, (1917) 2 K.B. 647, aux pp. 654-5. Voir aussi *Cannon Brewery Co. v. Central Control Board (Liquor Traffic)*, (1918) 2 Ch. 101, aux pp. 110-2 et 120-1, et en appel à [1919] A.C. 744 (C. des L.), bien que, dans cette affaire, la Couronne ne se soit pas opposée au droit à recevoir compensation; dans *De Keyser's*, note 15, à la p. 529, l'affaire *Newcastle* fut approuvée, et voir aussi à la p. 579; enfin *Burmah Oil*, note 13, à la p. 155.

56. *In re a Petition of Right, R. v. Halliday, Re Gray et Re Chemicals*, notes 23, 29, 39 et 40, et *R. v. Comptroller General of Patents*, (1941) 2 K.B. 306.

57. Les affaires mentionnées dans les notes 53 et 55; et *Re Price Brothers and Co.*, (1920) 60 R.C.S. 265; *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 695 (C.P.); *Re the Validity of the Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124. Voir Brun et Tremblay, note 2, p. 160.

58. *In re a Petition of Right*, note 23, à la p. 657; *The Zamora*, note 21, à la p. 83; *R. v. Halliday*, note 29, à la p. 263; l'affaire *Newcastle*, note 55, à la p. 858; l'affaire *Bottrill*, note 20, aux pp. 43-4 et 48; l'affaire *Burmah Oil*, note 13, à la p. 89; *Perlman v. Piché*, (1918) 41 D.L.R. 147 (C.S. Qué.), à la p. 163; *A.-G. v. Wilsf United Dairies*, (1922) 91 L.J. (K.B.) 897; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. A.-G. Can.*, (1947) 1 D.L.R. 577 (C.P.), à la p. 592.

plus grande discrétion exécutive constitua la pierre angulaire de tout le droit en la matière⁵⁹. Un champ tout aussi large de discrétion fut également concédé par les tribunaux à ceux qui avaient la responsabilité d'administrer et de commander les forces armées⁶⁰. Certes, en ces deux domaines d'activité étatique, le gouvernement doit pouvoir compter, même en temps de paix, sur une plus grande latitude; mais une différence importante avec le régime de crise se manifeste pour autant que la maxime *salus populi* ne prévaut pas, et c'est qu'il y reste toujours place pour l'application générale des règles de justice naturelle et pour la soumission à la *rule of law*⁶¹.

À partir de tout ce qui vient d'être dit, il m'apparaît qu'en temps de crise extrême, réelle ou réellement appréhendée par les organes de l'État, il n'est même pas nécessaire que ceux qui se soucient des libertés publiques se demandent si elles devraient être protégées malgré les impératifs de sécurité; dans chacune des situations de ce genre, les mesures de protection l'emporteront sur toutes autres considérations incompatibles visant à protéger les droits et libertés, que nous aimions cela ou non⁶². Il ne vaudrait pas la peine non plus de tenter de faire adopter des mesures de contrôle de l'action gouvernementale avant le recours effectif à des pouvoirs d'urgence, puisqu'il est dans la raison d'être de ces pouvoirs de ne tolérer aucun délai: et cela est universellement admis⁶³. Ainsi, il ne reste que deux questions à résoudre si on veut alléger autant que possible l'impact des mesures d'urgence sur les droits et libertés des citoyens: premièrement, quels types de recours devraient être

59. *A.-G. Can. v. Cain*, [1906] A.C. 542 (C.P.); *Vaaro v. The King*, [1933] R.C.S. 36; *Masella v. Langlais*, [1955] R.C.S. 263, à la p. 281; J. Brossard, *L'immigration*, Montréal, P.U.M., 1967, à la p. 90.

60. *China Navigation Co. Ltd. v. A.-G.* (1932) 2 K.B. 197, aux pp. 214-5; *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763 (C. des L.).

61. Voir également BRUN et TREMBLAY, note 2, aux pp. 147 ss; R. D. YACHETTI, « Natural Justice and the Alien », (1965) 4 *Western L. Rev.* 68.

62. Parmi ceux qui n'aiment pas cela, J.N. LYON et R.G. ATKEY, dans *Canadian Constitutional Law in a Modern Perspective*, Toronto, U.T.P., 1970, à la p. 526, allèguent que les moyens traditionnels de protection de l'État sont dangereux en ce qu'ils peuvent faire obstacle à l'épanouissement de l'homme tout en perpétuant le *statu quo* en faveur d'intérêts particuliers. En temps critique, une telle position n'impressionnera aucun des organes étatiques et même les tribunaux n'y pourront voir qu'un autre exemple de ce manque de pragmatisme et de réalisme qui distingue trop souvent les théoriciens des praticiens: *Gagnon et Vallières*, note 3. De fait, même les juges les plus libéraux ne prétendent pas protéger les libertés publiques afin de laisser place à des transformations économiques et sociales de notre régime. Selon les termes du juge Rand, les libertés publiques mêmes constituent pour notre système juridique « its ultimate stabilizing force »: *Switzman v. Elbling*, [1958] R.C.S. 285, à la p. 305. Et dans une affaire où la Cour suprême des États-Unis reconnut la compétence constitutionnelle de forcer les membres du Parti Communiste à s'enregistrer, le juge Black se déclara dissident, mais écrivit: « I would reverse this case and leave the Communists free to advocate their beliefs in proletarian dictatorship publicly and openly among the people of this country with full confidence that the people will remain loyal to any democratic government truly dedicated to freedom and justice... »: *Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board*, (1961) 367 U.S. 1. D'un autre côté, voir Matkin, note 4, à la p. 8.

63. Voir, par exemple, la clause XI de la Déclaration de Bangkok, qui réaffirmait les Conclusions de Lagos sur la détention préventive, reproduite dans Lyon et Atkey, note précédente, à la p. 8.

disponibles, pendant et après l'exercice de tels pouvoirs, à ceux dont les droits furent indûment enfreints; deuxièmement, quels organes devraient être habilités à vérifier pendant et après leur exercice, si ces pouvoirs furent utilisés légalement et convenablement et à octroyer les remèdes appropriés.

Si l'on répond à ces questions dans l'ordre inverse, il s'agit simplement de prendre pour acquis que ceux qui devront entendre les recours et décider de leur bien-fondé ne doivent pas être exclusivement les mêmes que ceux qui, de fait, ont exercé les pouvoirs d'urgence. C'est malheureusement ce qui se produisit récemment au Québec, puisque compensation ne pouvait être obtenue qu'*ex gratia* du ministre de la Justice, après qu'il eût lui-même requis la proclamation de la *Loi sur les mesures de guerre* et exercé lui-même les pouvoirs conférés par règlement⁶⁴. Étant donné que des mesures extraordinaires seront probablement toujours prises par le gouvernement, il faut laisser au Parlement et aux tribunaux ordinaires le soin d'en examiner la légalité et l'opportunité et d'accorder réparation en conséquence. On doit cependant mettre l'accent sur le contrôle judiciaire puisque, dans notre système de gouvernement, le Parlement cède trop facilement aux caprices du gouvernement. Mais le seul fait que le Parlement se penche sur l'opportunité d'avoir recours à des mesures d'urgence et discute ouvertement de la façon dont elles furent mises en œuvre demeure quand même un outil très efficace dans les mains de ceux qui tiennent à cœur les libertés individuelles et collectives, même s'il est improbable que le gouvernement ne subisse de ce fait une défaite en Chambre.

Dans *R. v. Singer*⁶⁵, la Cour suprême du Canada avait à se demander si la violation d'un règlement adopté sous l'empire de la *Loi sur les mesures de guerre* pouvait être poursuivie en vertu de l'article 164 du Code criminel (aujourd'hui devenu l'article 115) concernant les lois du Parlement fédéral et des Législatures provinciales. Dans ses motifs, le juge Rinfret, appuyé par le juge Crocket, fit remarquer que, du point de vue de la population, une grande différence existait entre un tel règlement et une loi formelle :

« An Act of Parliament, in order to become law and to form part of the statutes of Canada, must be adopted by the House of Commons, the Senate and receive the Royal Assent. It is debated publicly, to the knowledge of the public, and it comes into force on the day of its sanction by Royal Assent, which is given publicly. The regulation takes the form of an Order in Council, debated secretly by the Privy Council and, generally speaking, will come into force as soon as it is signed by the Governor General... »⁶⁶.

En ce sens, la disposition de la *Loi sur les mesures de guerre* requérant le dépôt immédiat devant le Parlement de la proclamation est de la plus haute importance⁶⁷, et le débat qui s'ensuit nécessairement adoucit les conséquen-

64. Dans les cas où il y eut compensation, ce fut à la suite de recommandations faites par le Protecteur du citoyen, mais il n'appert pas que toutes les recommandations de ce dernier ont été acceptées : voir le 2^e rapport annuel du Protecteur du citoyen, Québec, 1970, à la p. 165.

65. [1941] R.C.S. 111.

66. *Ibid.*, à la p. 115.

67. [1970], S.R.C., c. W-2, a. 6(2).

ces du manque de publicité lors de l'adoption des règlements. La pression politique qui s'abat alors sur le gouvernement n'est pas à négliger, si l'on prend en considération le fait qu'à travers les questions et commentaires des députés, c'est toute la population qui exprime son souci pour la protection de ses droits et libertés. Mais cela n'empêche évidemment pas la « tyrannie de la majorité » d'avoir cours⁶⁸.

C'est pourquoi les tribunaux également doivent pouvoir exprimer leurs vues et accueillir les recours normalement disponibles en vertu de la Loi. Un tel droit d'accès aux tribunaux est loin de constituer une mesure de défense infaillible contre des agissements arbitraires et drastiques, étant donné que les juges soutiendront toujours la validité de l'exercice de tels pouvoirs lorsqu'ils sont considérés comme nécessaires pour la protection de l'État. Pour la même raison, l'accès aux tribunaux ne peut pas entraver l'exercice de pouvoirs d'urgence s'ils sont requis par les circonstances. Comme on l'a vu, ce que les tribunaux peuvent faire, c'est de minimiser après coup les effets de l'exercice de tels pouvoirs sur les individus pour autant que, ce faisant, ils ne mettent pas en péril la sécurité de l'État, c'est-à-dire, principalement, une fois que le danger est passé et que la maxime *salus populi* redevient inapplicable⁶⁹. Évidemment, les tribunaux pourront aussi invalider les actes du gouvernement qui peuvent apparaître clairement injustifiés dans les circonstances et qui constituent des abus de pouvoir en périodes non critiques⁷⁰.

Le droit d'accès aux tribunaux est justement ce qui fut indirectement enlevé par la proclamation de la *Loi sur les mesures de guerre* en octobre 1970. Lorsqu'il a agi ainsi, le gouvernement n'a pas sentiment en recours à des pouvoirs délégués tels qu'ils apparaissent dans les statuts, mais il a invoqué une loi qui avait été interprétée plusieurs fois durant les deux guerres mondiales par des juges qui étaient alors profondément impressionnés par les dangers qui menaçaient l'État⁷¹. Ainsi, le gouvernement a exercé plus qu'un certain nombre de pouvoirs législatifs délégués ; il se servit de l'occasion pour appliquer à un ensemble de faits une loi qui avait été interprétée pour de toutes autres circonstances, empêchant ainsi tout contrôle possible de ses actes par les tribunaux, à moins que ces derniers s'infirmant leurs décisions

68. Voir MATKIN, note 4.

69. Pour ceux qui craignent que les tribunaux, n'étant pas familiers avec les circonstances qui justifient le recours à des mesures d'urgence, n'entravent involontairement leur exercice, mentionnons que ceci n'est susceptible de se produire qu'après l'utilisation de tels pouvoirs et que, en dernier ressort, le gouvernement peut toujours faire édicter une loi spéciale afin d'obvier aux conséquences d'une décision qu'il ne peut accepter, comme ce fut le cas à la suite de l'arrêt *Burmah Oil*, par exemple : voir Lyon et Atkey, note 62, à la p. 212. Une telle façon de contourner la *rule of law* a au moins l'avantage d'être faite ouvertement et publiquement, et contraste avec les méthodes qui affectent les droits des individus beaucoup plus subrepticement.

70. BONENFANT, note 4, à la p. 23.

71. Pour un compte rendu de l'exorbitance des principales règles de droit applicables lors d'une proclamation adoptée en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, voir BRUN et TREMBLAY, note 2, aux pp. 157 ss. et 316 ss. Voir aussi E.E. MURPHY, Jr., « The War Power of the Dominion », (1952) 30 *R. du B. Can.* 791.

antérieures sur cette loi, ce qui est beaucoup trop leur demander dans un système de *stare decisis* comme celui qui prévaut au Canada.

De ce point de vue, le remplacement en 1970 des règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* par une loi sur des mesures provisoires visant à préserver l'ordre public est de beaucoup préférable. Cette loi fut soumise aux exigences de la discussion publique à la Chambre des Communes et dans les média d'information; elle était spécialement conçue pour faire face à une situation particulière à laquelle elle voulait remédier; et de plus, les tribunaux étaient susceptibles de lui donner une interprétation plus conforme à son but et à son objet véritables, à la lumière des circonstances qui avaient conduit à son édicition. C'est toujours de cette façon que les situations de crise ont été résolues en Angleterre, où aucune loi comme notre *Loi sur les mesures de guerre* n'a jamais été mise à la disposition permanente du gouvernement: c'est en ayant recours soit à la prérogative⁷², soit à une législation spéciale temporaire⁷³, que les problèmes urgents se règlent. Il faut pourtant admettre que le gouvernement peut réellement avoir besoin d'une habilitation claire et permanente lui permettant de faire rapidement face à n'importe quelle menace sans devoir attendre durant tout le long processus d'édiction d'une loi formelle. Au Royaume-Uni, l'*Emergency Powers Act, 1920*⁷⁴ répond à un tel besoin, mais elle laisse au Parlement un très grand rôle de contrôle à jouer. Répondent également à un tel besoin, au Royaume-Uni et au Canada, les pouvoirs que détient la Couronne en vertu de sa prérogative. Donc, la *Loi sur les mesures de guerre* devrait être abrogée sans délai: les motifs qui ont déjà pu servir à justifier la façon dont on l'a rédigée, de même que l'interprétation qui lui fut donnée, ne correspondent plus du tout aux raisons que l'on peut invoquer de nos jours pour la conserver dans les statuts du Canada.

Par ailleurs, l'accès aux tribunaux afin d'obtenir réparation ne doit pas être le seul remède disponible aux individus lésés; il est très peu probable que les juges puissent du même coup confirmer la validité de l'exercice de pouvoirs d'urgence et accepter le droit du citoyen à indemnité ou compensation⁷⁵. Par ailleurs, la réparation par voie judiciaire peut venir à s'appliquer de façon trop sélective en raison du fait que les règles de la preuve et de procédure sont susceptibles de conduire à un traitement inégal de tous ceux qui étaient substantiellement dans la même situation: ceci est implicitement

72. On doit noter que les pouvoirs issus de la prérogative existent au Canada tout autant qu'au Royaume-Uni et qu'ils peuvent tous être exercés par le gouverneur général en conseil pour ce qui concerne le champ de compétence fédérale: *R. v. Bank of Nova Scotia*, (1886) 11 R.C.S. 1 et les nouvelles Lettres Patentes de 1947 constituant la charge de Gouverneur général au Canada.

73. Les lois pertinentes qui étaient en vigueur pendant les deux guerres mondiales sont maintenant abrogées: *Defence of the Realm Act*, 1914, 4-5 Geo. 5, c. 29, et *Emergency Powers Defence Act*, 1939, 2-3 Geo. 6, c. 6.

74. 10-11 Geo. 5, c. 55, tel qu'amendé par l'*Emergency Powers Act*, 1964.

75. Cela se produisit dans l'affaire *Burmah Oil*, note 13. Cependant, cet arrêt avait trait à l'exercice de la prérogative de guerre et reconnu qu'il ne saurait y avoir de droit à compensation dans le cas de dommages causés sur le champ de bataille, par opposition aux dommages résultant de stratégies économiques conçues à l'avance.

reconnu par la pratique courante au Royaume-Uni de passer une loi générale d'indemnisation à la suite de l'exercice de pouvoirs extraordinaires⁷⁶. À la lumière de ce qui s'est produit au Québec après la proclamation de la *Loi sur les mesures de guerre* en 1970, on peut facilement conclure que le recours, par ceux qui y ont subi des dommages, aux services du Protecteur du citoyen s'est avéré beaucoup plus efficace et expéditif que n'importe quel recours aux tribunaux ordinaires. Une analyse rapide du rapport de l'ombudsman à cet égard peut élucider cette assertion.

Le Protecteur du citoyen se pencha sur presque la moitié des 238 plaintes qu'il avait reçues, et il fut décidé que la grande majorité d'entre elles étaient bien fondées⁷⁷. Dans son rapport final au ministre de la Justice le 26 février 1971, l'ombudsman fit la recommandation suivante :

« ... accueillir favorablement, dès lors qu'aucune accusation ne fut retenue contre eux et sans égard à cette « raison suffisante de soupçon », la réclamation de tous ceux qui, pour avoir été arrêtés ou été l'objet de perquisition, ont subi des dommages réels, évalués selon les règles que j'ai suivies »⁷⁸.

Tout le monde sait que le ministre de la Justice accepta de donner effet à cette recommandation dans une large mesure, mais c'est sur la procédure qu'il convient de s'arrêter. Cette procédure apparaît en fait comme étant à l'opposé d'une démarche strictement judiciaire : elle fut basée sur des considérations d'équité.

Après avoir reçu un rapport préliminaire en novembre 1970, le ministre de la Justice déclarait à l'Assemblée nationale du Québec qu'il était prêt à considérer toute recommandation d'indemnité pourvu que l'arrestation ait été faite sans motifs sérieux de soupçon ou que la perquisition ait été impropre et nuisible. Il s'agissait évidemment là d'une approche strictement légaliste au problème : sitôt que les conditions posées pouvaient être prouvées, n'importe quel tribunal aurait accepté d'accorder jugement au demandeur. Exiger une preuve que ceux qui ont exercé les pouvoirs d'urgence ont commis une faute équivaut à demander l'impossible, selon les termes de l'ombudsman lui-même. Ce dernier indiqua qu'un seul des cas sur lesquels il s'est penché aurait requis beaucoup plus de temps, s'il avait fallu en faire un débat contradictoire, que n'en a exigé la solution de l'ensemble avec une autre approche, l'équité⁷⁹. En d'autres termes, tout en admettant que ses conclusions dans chaque cas particulier n'avaient pas de valeur décisive parce qu'il

76. Par exemple, les *Indemnity Act, 1920*, 10-11 Geo. 5, c. 48 ; *Compensation (Defence) Act, 1939*, 2-3 Geo. 6, c. 75 ; et *Enemy Property Act, 1953*, 1-2 Eliz. 2, c. 52.

77. Les autres plaintes furent soit retirées, soit jugées frivoles ou en dehors de la compétence de l'ombudsman, etc. Voir le rapport, note 64, aux pp. 164-165.

78. *Ibid.*, à la p. 170.

79. *Ibid.*, aux pp. 167-168. Sur ce point, son diagnostic s'avère adéquat du seul fait que les actions en dommages intentées à la suite de la « crise d'octobre » n'ont pas encore été disposées par les tribunaux. Même si dans un cas particulier un demandeur peut réussir, il reste que le recours à l'ombudsman est beaucoup plus adéquat pour satisfaire aux réclamations de la grande majorité dans de telles circonstances.

ne prétendait pas mettre en œuvre les effets d'une stricte responsabilité, le Protecteur du citoyen les fonda sur l'idée suivante :

« ... il n'y a pas de raison de faire subir à quelques-uns seulement les conséquences dommageables d'une opération qui n'avait de sens qu'en fonction de la protection de tous »⁸⁰.

Voilà la différence essentielle entre une approche judiciaire ou légalité au problème et celle qui fut en fait adoptée, parce qu'à tous les autres points de vue, ce sont des critères légaux qui ont généralement prévalu : ainsi, en ce qui a trait à l'évaluation du montant des dommages subis dans chaque cas, les prescriptions du droit civil québécois furent suivies⁸¹ et il faut admettre que la compensation qui fut effectivement reçue *ex gratia* à la suite des recommandations de l'ombudsman ne peut pas être substantiellement différente de celle qu'un tribunal ordinaire aurait accordée. Mais il n'est pas besoin de dire qu'un tribunal avait commis une faute, et comme nous l'avons vu, on ne peut découvrir de telle faute aussi longtemps que les actes dont on se plaint peuvent raisonnablement être présumés avoir été accomplis en vue de la protection et de la sécurité de l'État⁸².

Si, durant l'application de la maxime *salus populi*, il est impossible de réconcilier la jouissance des libertés publiques avec les exigences de la sécurité étatique, cela n'empêche pas qu'une telle réconciliation puisse se faire sur une plus longue période. Tout comme notre système juridique laisse la porte ouverte à toutes sortes d'interventions gouvernementales susceptibles d'affecter grandement les droits et libertés des individus en temps de crise, ce même système devrait aussi permettre qu'une fois la crise terminée tous les modes de réparation seront disponibles afin que soient compensés les dommages encourus par une fraction seulement de tous ceux que le gouvernement prétendait protéger. Au Canada, on ne devrait jamais permettre que soit exclue, *a priori*, quelque forme que ce soit de contrôle judiciaire, parlementaire ou politique des actes du gouvernement, surtout lorsque l'on sait que les modes d'indemnisation *ex gratia* au moyen de législation spéciale ou autrement ne sont consentis aussi couramment et systématiquement qu'en Grande-Bretagne. Plutôt que d'entraver les pouvoirs du gouvernement en

80. *Ibid.*, à la p. 170.

81. *Ibid.*, à la p. 168.

82. Il faut noter cependant que le principe de l'équité appliqué par le Protecteur du citoyen avait déjà été accepté de façon générale dans les cas où la Couronne se prévalait de son pouvoir de prendre possession de terrains et bâtiments sans compensation. Dans *De Keyser's*, note 15, à la p. 553, Lord Moulton énonça : « ... the feeling that it was equitable that burdens borne for the good of the nation should be distributed over the whole nation and should not be allowed to fall on particular individuals has grown to be a national sentiment ». Dans *Burmah Oil*, note 13, aux pp. 104-106, 126-127, 134-135, 149 et 156, les savants juges se dirent d'accord avec cela. Dans la même veine, on peut faire état de la position du gouvernement québécois à l'effet que les dépenses encourues durant la crise de 1970 devraient être supportées par le pays tout entier et non pas seulement par la province. Je ne vois aucune raison pourquoi la même philosophie ne pourrait pas s'appliquer dans le cas des « spectateurs innocents » qui ont subi des dommages dans le cours d'une opération qui se voulait pour la protection de tous.

temps de crise, toutes ces garanties ne peuvent que tendre à mitiger l'opposition à leur usage et ainsi contribuer à satisfaire en même temps aux impératifs et de la sécurité et de la liberté⁸³.

83. « No doubt the Defence Act is of national importance, and *salus populi, suprema lex*. But the safety of the State is best secured by a general average contribution, and not by making jettison of individual interests »: *R. v. Abbott*, (1897) 2 I.R. 362, à la p. 405.