Document généré le 15 juil. 2025 15:59

Les Cahiers de droit

Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques

François Chevrette et Herbert Marx

Volume 20, numéro 1-2, 1979

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042309ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042309ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Chevrette, F. & Marx, H. (1979). Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques. *Les Cahiers de droit*, *20*(1-2), 95–111. https://doi.org/10.7202/042309ar

Résumé de l'article

An entrenched Bill of Rights, it is maintained, would be of benefit not only to individuals and groups but also to provincial governments generally, because the same standards would apply at the federal as well as the provincial level. Such a Bill should include certain effective protections lacking in the present *Canadian Bill of Rights*.

The protection of civil liberties by way of the division of powers has favoured the enhancement of federal power and has worked to the disadvantage of the provinces. What is proscribed at the provincial level is permitted at the federal level. In effect, although the provincial persecution and prosecution of Communists and Jehovah's Witnesses are well known, particularly because of their appearances before the courts, similar legislative and administrative policies on the part of the federal Government and Parliament have not surfaced as clearly in the Canadian constitutional process or history. This is also true as concerns the treatment of Asiatics.

The formulation of the safeguards to be included in a Bill of Rights raises the question as to their scope and application. The present *Canadian Bill of Rights* has given rise to the situation where the act of an official, such as a police officer, is not subject to the provisions of the Bill whereas the legislative enactment that authorizes the act is so subject. An efficient Bill of Rights would control such acts as well as laws.

Lastly, it is suggested that there is a general consensus in Canada as to the essential contents of a Bill of Rights. In dealing with emergency situations, the federal Government should have the burden of proving that an emergency exists and that restrictions imposed on specific civil liberties are required. At present the person contesting the invocation of the *War Measures Act* or other emergency legislation has the almost impossible task of proving that an emergency does not in fact exist.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1979

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques

François CHEVRETTE
et Herbert MARX *

An entrenched Bill of Rights, it is maintained, would be of benefit not only to individuals and groups but also to provincial governments generally, because the same standards would apply at the federal as well as the provincial level. Such a Bill should include certain effective protections lacking in the present Canadian Bill of Rights.

The protection of civil liberties by way of the division of powers has favoured the enhancement of federal power and has worked to the disadvantage of the provinces. What is proscribed at the provincial level is permitted at the federal level. In effect, although the provincial persecution and prosecution of Communists and Jehovah's Witnesses are well known, particularly because of their appearances before the courts, similar legislative and administrative policies on the part of the federal Government and Parliament have not surfaced as clearly in the Canadian constitutional process or history. This is also true as concerns the treatment of Asiatics.

The formulation of the safeguards to be included in a Bill of Rights raises the question as to their scope and application. The present Canadian Bill of Rights *has given rise to the situation where the act of an official, such as a police officer, is not subject to the provisions of the Bill whereas the legislative enactment that authorizes the act is so subject. An efficient Bill of Rights would control such acts as well as laws.*

Lastly, it is suggested that there is a general consensus in Canada as to the essential contents of a Bill of Rights. In dealing with emergency situations, the federal Government should have the burden of proving that an emergency exists and that restrictions imposed on specific civil liberties are required. At present the person contesting the invocation of the War Measures Act *or other emergency legislation has the almost impossible task of proving that an emergency does not in fact exist.*

* Professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

(1979) 20 *Cahiers de Droit* 95

Pages

1. L'uniformisation des standards 97
1.1. La protection des équilibres politiques 97
1.2. La face cachée de l'histoire des libertés publiques 100

2. La formulation des garanties 104
2.1. Domaine d'application d'une déclaration des droits 105
2.2 Contenu et portée des garanties offertes 108

Le thème de la constitutionnalisation d'une déclaration des droits au Canada en est un que l'on discute depuis longtemps déjà. Le débat à ce sujet a été récemment ravivé par la présentation par le gouvernement fédéral d'un nouveau projet de réforme constitutionnelle comportant une déclaration des droits destinée à lier autant le Parlement central que les législatures des provinces [1]. Bien entendu le contenu d'une déclaration de ce genre pose un certain nombre de problèmes. Plus largement encore, c'est le débat classique sur le rôle respectif du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire qu'un tel projet se trouve à réouvrir [1].

Ce débat prend un caractère encore plus ample lorsqu'il concerne un pays fédéral comme le Canada. Les provinces, à bon droit jalouses d'une souveraineté déjà limitée par le fédéralisme, peuvent se demander s'il convient de limiter encore celle-ci. Et si oui, pourquoi ne serait-ce pas par des standards bien à elles, par lesquels elles pourraient accepter de se lier dans une certaine mesure, comme le Québec l'a fait dans sa *Charte des droits et libertés de la personne* [3]? On pourra soutenir encore que le fédéralisme à lui seul, c'est-à-dire le partage des compétences, a constitué dans le passé un instrument efficace de protection des libertés publiques, surtout à l'encontre des lois provinciales oppressives, les lois fédérales, penseront certains, l'ayant été beaucoup moins. Dans un tel contexte, quel est donc l'intérêt d'une déclaration des droits constitutionnalisée et liant les deux ordres de gouvernement?

---

1. Projet de loi sur la réforme constitutionnelle, présenté au Parlement par le Gouvernement du Canada en juin 1978 : *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, Bill C-60 (1re lecture), 3e session, 30e législature (Can.).
2. Voir par exemple la belle analyse de P.H. RUSSELL, « A Democratic Approach to Civil Liberties », (1969) 19 *U. of T. L.J.* 109.
3. L.Q. 1975, c. 6, art. 52 et 53. Selon ces dispositions, la Charte a valeur interprétative, mais plusieurs de ses articles ont primauté sur la loi postérieure qui leur est contraire, sauf si cette loi énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.

Notre propos sera de tenter de démontrer dans un premier temps qu'une déclaration des droits constitutionnalisée, en raison de l'uniformisation des standards qu'elle impliquerait pour les onze gouvernements au Canada, compterait plusieurs avantages, à la fois pour les individus et les groupes mais aussi pour les gouvernements eux-mêmes, singulièrement les gouvernements provinciaux. En plus d'une uniformité souhaitable, une telle déclaration devrait avoir la vertu de l'efficacité, ce qui n'est pas le propre de toutes les déclarations des droits, il s'en faut ! Aussi présenterons-nous dans un deuxième temps quelques réflexions sur la formulation des garanties que cette déclaration devrait comporter.

1. L'uniformisation des standards

Un pouvoir judiciaire conservateur est toujours libre de choisir une interprétation restrictive des libertés publiques et des droits fondamentaux, même si ceux-ci ont reçu une consécration proprement constitutionnelle. La constitutionnalisation n'en perd pas pour autant son importance. Elle prévient à tout le moins les violations claires, celles mêmes que la souveraineté parlementaire autorise en ce qu'elle requiert des intentions expresses, bien avouées[4]. Dans cette perspective, on comprend l'intérêt d'une déclaration constitutionnelle pour les individus et les groupes. Mais plus surprenante paraîtra l'idée que cette déclaration puisse profiter aussi aux gouvernants, dont elle vise justement à limiter le pouvoir. C'est bien pourtant un effet d'équilibre politique qu'aurait une déclaration constitutionnelle des droits en contexte canadien.

1.1. La protection des équilibres politiques

Les tribunaux ont consacré depuis bien longtemps le principe voulant que, dans le fédéralisme canadien, la souveraineté se trouvait pleinement partagée entre les deux ordres de gouvernement[5]. D'où il suit que ce que l'un ne peut faire, l'autre le peut. Si donc une mesure oppressive d'un ordre de gouvernement se trouve invalidée pour défaut de compétence, l'autre aura le pouvoir de l'adopter. Cette conséquence ne serait pas tellement fâcheuse si ce dernier s'en abstenait. On verra plus loin que bien souvent il n'en va pas ainsi et que les lois fédérales attentatoires aux libertés publiques ont existé et ont été appliquées, lois qui étaient du même type que des lois provinciales qui, elles, furent invalidées. Ces lois provinciales sont généra-

4. Dans la mesure où une déclaration des droits a l'effet d'une simple loi d'interprétation, le législateur peut en effet y contrevenir, pourvu qu'il le fasse clairement.
5. Voir par exemple *Murphy v. C.P.R.*, [1958] R.C.S. 626, 643.

lement bien connues, mais l'histoire a beaucoup moins retenu l'existence des lois fédérales qui leur correspondaient. Cela s'explique aisément. La célébrité des premières leur vient du degré de publicité que leur a procuré la contestation judiciaire dont les secondes furent exemptes. L'on voit donc de quelle façon des standards qui ne sont pas uniformes en matière de libertés publiques peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur un ordre de gouvernement et d'attribuer à l'autre des vertus qu'il n'a point toujours pratiquées.

Mais il y a autre chose encore. Il arrive assez souvent que le gouvernement d'une province juge souhaitable de défendre devant les tribunaux la constitutionnalité de lois ou de règlements d'une autre province alors qu'il y a tout lieu de croire qu'il n'en partage pourtant pas la politique puisqu'il a précisément une législation très différente et beaucoup plus libérale dans le même domaine. Une telle intervention se comprend, puisqu'elle a pour but de défendre, non point la teneur de la législation contestée, mais la compétence constitutionnelle pour légiférer dans le domaine en question. L'arrêt *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*[6], rendu par la Cour suprême en 1978, fournit un bon exemple d'une intervention de ce genre. Le Bureau de censure de la Nouvelle-Écosse avait interdit la projection du film *Dernier tango à Paris*. En défendant la constitutionnalité de la législation de cette province, le Québec défendait sa propre compétence. Cependant il se trouvait en même temps à prendre parti pour une législation infiniment moins libérale que la sienne, au point que plusieurs y voyaient, et non sans raison, une atteinte grave à la liberté d'expression. Le film en question, et combien d'autres encore du même genre, avait évidemment été librement projeté au Québec.

Pareille attitude, encore que surprenante et politiquement fâcheuse, est évidemment conforme aux règles du jeu. Aussi longtemps en effet que les libertés publiques se mouleront dans le cadre traditionnel du partage des compétences, il faudra s'attendre à ce que le litige constitutionnel à leur sujet se présente en termes de défense d'un domaine bien davantage qu'en termes de conformité d'une législation à certains standards fondamentaux. Plus profondément encore, les libertés publiques ne se prêtent pas au modèle constitutionnel propre au partage des compétences. Quand on le leur applique, il en résulte une jurisprudence qui manque beaucoup de cohérence ou qui est inutilement centralisatrice. Voyons de cela quelques illustrations.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*[7], la Cour suprême invalidait, parce

6. [1978] 2 R.C.S. 662.
7. [1957] R.C.S. 285.

que relevant de la compétence fédérale exclusive sur le droit criminel [8], une loi du Québec qui rendait possible la fermeture de maisons où l'on faisait de la propagande communiste et qui interdisait l'impression ou la publication de cette propagande [9]. Tous les défenseurs de la liberté d'expression ont avec raison applaudi à cette célèbre décision. Il demeure que c'est moins au nom de la liberté d'expression que l'invalidation fut prononcée qu'en référence à une compétence fédérale. Or une telle justification présente un double inconvénient. Elle permet tout d'abord à l'autorité fédérale d'adopter une loi du même genre. En second lieu, elle est porteuse de beaucoup d'ambiguïté. En effet, on peut se demander quel pouvoir exactement cet arrêt reconnaît au Parlement fédéral et dénie aux provinces. En toute logique, ce n'est pas le seul pouvoir d'adopter des lois oppressives, mais c'est le pouvoir, beaucoup plus général, d'intervenir au moyen de la technique pénale dans des domaines comme ceux de l'opinion ou de la moralité [10]. Nul ne niera que ce soit là une conséquence centralisatrice. Elle l'est à ce point que la Cour suprême a refusé d'y souscrire quand elle a décidé que la censure du film relevait des provinces [11]. La centralisation est évitée. Mais c'est au détriment de la logique et de la cohérence, car il n'est pas facile de démontrer juridiquement que la répression de la propagande communiste est du droit criminel et que la censure du film n'en est pas [12]. C'est aussi au détriment de la liberté d'expression, la loi provinciale de censure jugée valide par la Cour étant du type le plus discrétionnaire et arbitraire que l'on puisse imaginer.

L'exemple qui précède montre bien que le partage des compétences et les libertés publiques sont deux ordres de réalité à ne pas confondre. On ne les confond qu'au prix, bien souvent, de résultats dommageables dans un cas comme dans l'autre. L'arrêt *McKay v. La Reine* [13] fournit un autre exemple d'un résultat, en l'occurrence favorable aux libertés publiques, mais dont la justification est aussi source d'ambiguïté parce qu'elle découle du partage des compétences. La Cour suprême dans cette affaire a jugé valide mais inapplicable en période d'élection fédérale un règlement municipal interdisant toute forme d'affichage dans certains quartiers d'une municipalité de l'Ontario. Le résultat immédiat est heureux. Le motif qui le

8. *British North America Act, 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (U.K.), art. 91(27), cité A.A.N.B. dans les pages qui suivent.
9. *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, S.Q. 1937, c. 11, mieux connue sous le nom de « Loi du cadenas ».
10. Pour une analyse de cette question voir: F. CHEVRETTE et H. MARX, « Le droit canadien en matière d'obscénité: aspects constitutionnels », (1976) 54 *R. du B. Can.* 499, 541.
11. *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil, Supra*, note 6.
12. F. CHEVRETTE et H. MARX, *loc. cit. supra* note 10, 552.
13. [1965] R.C.S. 798.

fonde autorise toutefois à se demander si toute forme de réglementation municipale en matière d'affichage, si raisonnable soit-elle, devient ainsi inapplicable lors d'élections fédérales. Le débat n'ayant pas porté sur la conformité du règlement à la liberté d'expression, mais bien sur la compétence fédérale exclusive sur les élections fédérales, on peut se demander si c'est toute forme de réglementation municipale de l'affichage électoral qui devient inapplicable à la publicité électorale fédérale.

Une déclaration des droits constitutionnalisée aurait donc pour effet d'orienter davantage le débat judiciaire vers les vraies questions au lieu de le faire porter uniquement sur des questions de compétence. Bien entendu, le risque demeurerait présent que plaideurs et juges continuent de se référer aussi à ces dernières, d'autant plus aisément qu'il existe à ce sujet une jurisprudence assez développée, alors que la jusrisprudence canadienne sur les libertés publiques l'est beaucoup moins. Ce devrait être le rôle de la doctrine de suggérer fortement un changement dans les habitudes judiciaires en cette matière. Une province pourrait ainsi défendre son champ de compétence sans avoir l'air de souscrire à toute législation d'une autre province qui serait judiciairement contestée.

On vient de voir qu'une déclaration des droits constitutionnalisée serait de nature à maintenir un certain équilibre politico-constitutionnel et à ne pas trop brouiller les compétences, surtout au profit de l'autorité fédérale. Parce qu'elle se trouverait à imposer les mêmes limites à l'autorité fédérale qu'aux provinces, une telle déclaration aurait aussi des effets bénéfiques pour les individus et les groupes. L'on verra maintenant les effets malheureux que cette non-uniformité des standards a entraînés historiquement.

1.2. La face cachée de l'histoire des libertés publiques

Pour illustrer ce dont il s'agit, prenons trois exemples, le premier relatif à la répression du communisme, le second à la persécution des témoins de Jéhovah et le troisième aux mesures discriminatoires prises par plusieurs gouvernements au Canada contre certaines minorités, en particulier les populations d'origine asiatique.

La décision judiciaire la plus célèbre au sujet de mesures répressives contre les communistes concerne une loi du Québec dont il a été question précédemment et qui fut invalidée par la Cour suprême [14]. Bien entendu les politiques de ce genre ne se limitèrent pas au Québec, comme en témoignent le refus, validé par les cours, d'admettre des communistes au Barreau de la Colombie-Britannique [15] et le refus par les tribunaux de la Nouvelle-Écosse

14. *Supra*, note 9.

désavoués cette fois par la Cour suprême, d'octroyer un certificat de reconnaissance syndicale aux associations ayant parmi leurs dirigeants des personnes d'allégeance communiste [16]. Mais ce qui doit aussi retenir l'attention, c'est le fait, moins bien connu, que la politique fédérale à l'endroit des personnes d'allégeance communiste ne différa guère de celle de certaines provinces.

On connaît l'histoire de la célèbre grève générale de Winnipeg, qui pendant les mois de mai et juin 1919 paralysa toute la vie de cette ville. Des condamnations pour conspiration séditieuse s'ensuivirent [17]. Cette grève fut interprétée par plusieurs comme une tentative d'instaurer un gouvernement de type communiste, cependant qu'une vue plus nuancée de l'événement donne à penser qu'il s'agissait d'une lutte des travailleurs pour l'amélioration de leurs conditions de vie. En juillet 1919, le Parlement fédéral adopta deux lois, l'une qui mettait hors la loi le parti communiste [18] et qui entraîna des condamnations [19], l'autre qui autorisait l'expulsion de « révolutionnaires » n'ayant pas la citoyenneté canadienne [20] et qui faillit entraîner une expulsion illégale [21]. Il fait peu de doute que ces mesures, abrogées en 1936, produirent leur effet de pacification idéologique contre le mouvement communiste et l'ensemble de la gauche au Canada.

Le gouvernement fédéral a continué sa politique anticommuniste durant la deuxième guerre mondiale et durant la guerre froide. Le parti communiste fut à nouveau mis hors la loi [22] et plusieurs communistes furent condamnés pour espionnage, y compris un député fédéral de Montréal [23]. Ottawa mit en application une censure très sévère, au point que plusieurs journaux et périodiques circulant librement en Grande-Bretagne furent interdits au Canada. Cette censure était plus rigide que celle qui

15. *Martin v. Law Society of British Columbia*, [1950] 3 D.L.R. 173 (C.A. C.-B.).
16. *Smith and Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95. Le Québec a déjà légiféré pour refuser ou enlever la reconnaissance syndicale aux associations ayant des communistes parmi leurs membres. *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1953-54, c. 10, art. 1.
17. Voir par exemple *R. v. Russell*, (1920) 33 C.C.C. 1 (C.A. Man.).
18. *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 46, art. 1. Ici comme dans l'exemple qui suit (*infra*, note 20), les communistes n'étaient pas expressément nommés, mais il allait de soi que c'était avant tout eux que la loi visait.
19. *R. v. Buck*, [1932] 3 D.L.R. 97 (C.A. Ont.); *R. v. Evans*, (1934) 62 C.C.C. 29 (C.A. C.-B.).
20. *Loi amendant une loi de la présente session intitulée « Loi modifiant la Loi de l'immigration »*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 26.
21. *Wade v. Egan*, (1935) 64 C.C.C. 21 (C.A. Man.) et F.R. SCOTT « Case and Comment », (1936) 14 *R. du B. Can.* 62.
22. Voir *Re Guralnick*, (1942) 78 C.C.C. 152 (K.B. Man.).
23. *R. v. Rose*, [1947] B.R. 77 (C.A. Qué.).

existait alors aux États-Unis [24]. Durant l'après-guerre, on tenta à plusieurs reprises d'expulser les communistes des syndicats ou de dissoudre ceux qu'ils contrôlaient.

Un peu comme dans le cas des communistes, la jurisprudence la plus célèbre concernant les témoins de Jéhovah découle d'événements qui ont eu lieu au Québec. Elle consiste dans cinq grands arrêts rendus par la Cour suprême au cours des années 1950 et qui ont eu pour effet de protéger les droits de cette minorité religieuse contre une répression soutenue par le régime Duplessis [25]. Plus forte au Québec qu'ailleurs, cette répression s'est pourtant manifestée aussi dans les autres provinces [26], au niveau fédéral, et même des États-Unis [27]. Au niveau fédéral, signalons que dès 1918 deux publications des témoins de Jéhovah furent proscrites et que la secte elle-même fut mise hors la loi de 1940 à 1943 [28]. Ce contexte est important. Il n'excuse personne, mais il impute des responsabilités à un plus grand nombre de gens qu'on le croit généralement.

La vague d'immigrants d'origine asiatique qui arriva dans l'Ouest du pays au tournant du siècle pour chercher de l'or ou pour servir de main-d'œuvre bon marché à la construction de chemins de fer fut l'objet des discriminations les plus diverses de la part des pouvoirs publics et de la population locale. Dans l'arrêt *Union Colliery Co. v. Bryden* [29], l'avocat des appelants rappela que la Colombie-Britannique avait tenté par tous les moyens d'empêcher les personnes d'origine chinoise de s'installer dans

---

24. Voir H. MARX, « The Emergency Power and Civil Liberties in Canada », (1970) 16 *McGill L.J.* 39, 73-77.
25. *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265 (libelle séditieux); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299 (distribution de littérature); *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834 (dispersion d'assemblée religieuse); *Lamb v. Benoit*, [1959] R.C.S. 321 (arrestation illégale); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (dommages pour retrait illégal de permis).
26. Voir par exemple *R. v. Clark*, [1941] 3 W.W.R. 228 (Police Court Man.); *Ruman v. Lethbridge School District Trustees*, [1943] 3 W.W.R. 340 (C.S. Alta); *Greenless v. A.G. for Canada*, [1946] 1 D.L.R. 550 (C.A. Ont.).
27. J.T. EYTON, « The Jehovah's Witnesses and the Law in Canada », (1959) 17 *U. of T., Fac of L. R.* 96. Au cours de la seule année 1940, des foules s'attaquèrent aux témoins de Jéhovah en 335 occasions.
28. Par l'arrêté en conseil 2943, adopté le 4 juillet 1940, (1940) *Gazette du Canada*, édition spéciale du jeudi 4 juillet 1940, (1 page), sous l'autorité du règlement 39 C (arrêté en conseil 2363, (1940) *Gazette du Canada*, édition spéciale du 6 juin 1940, 2 pages) lui-même adopté le 4 juin de la même année en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* et des *règlements concernant la défense du Canada*. Canada, *Débats de la Chambre de communes*, 15 mai 1946, 2e session, 20e législature, vol. II, pp. 1559-1560. Des quelque 11 000 objecteurs de conscience, environ 550 étaient des témoins de Jéhovah, et sur ce nombre 126 furent gardés dans des camps de travail jusqu'au 31 mars 1946.
29. [1899] A.C. 580.

cette province, et il fit référence à 26 lois discriminatoires adoptées entre 1878 et 1898[30]. Cet arrêt invalida précisément, au nom du partage des compétences et du pouvoir fédéral exclusif sur la nationalisation et les étrangers[31], une de ces lois qui interdisait aux Chinois de travailler dans les mines. Quelques années auparavant, une loi de la même inspiration mais plus odieuse encore, qui imposait une taxe spéciale sur tout Chinois de plus de 14 ans, avait aussi été invalidée[32]. On notera que le gouvernement fédéral, qui par ailleurs se souciait de désavouer certaines de ces lois provinciales, adopta vers la même époque et maintint en vigueur jusqu'après la deuxième guerre mondiale une double politique d'immigration: l'une pour tout le monde et l'autre pour les seules personnes d'origine chinoise[33]. De cela la jurisprudence constitutionnelle ne fait pas état!

Cette jurisprudence, on l'a vu, a nié aux provinces le pouvoir d'empêcher des personnes d'origine étrangère d'occuper certains emplois[34]. Elle leur a permis toutefois de leur enlever le droit de vote aux élections provinciales, au motif que les provinces devaient avoir pleine compétence à ce sujet[35]. C'est ainsi que la Colombie-Britannique a enlevé le droit de vote aux Chinois, aux Indiens et aux Japonais, à l'exception des Japonais ayant servi dans les forces armées canadiennes au cours du premier conflit mondial[36]. Elle enleva aussi ce droit aux Doukhobors. Lors de sa venue au Canada, ce groupe avait obtenu d'être exempté du service militaire. La Colombie-Britannique enleva le droit de vote à toute personne bénéficiant d'une telle exemption[37]. On notera que le gouvernement fédéral fit exactement la même chose en 1917 pour les objecteurs de conscience, c'est-à-dire les Doukhobors et les Mennonites[38]. En 1920, une loi fédérale enleva aussi ce droit à tous ceux qui l'avaient perdu au niveau provincial à cause de leur race[39]. Telle était donc la situation lorsqu'en 1938 la Cour suprême

30. *Id.*, 581.
31. Art. 91(25) de l'A.A.N.B.
32. *R. v. Wing Chong*, (1886) 1 B.C.R. (2° p.) 150 (C.S. C.-B.). Aussi *Tai Sing v. Maguire*, (1878) 1 B.C.R. (1°. p.) 101 (C.S. C.-B.).
33. *Acte à l'effet de restreindre et réglementer l'immigration chinoise au Canada*, S.C. 1885, 48-49 Vict., c. 71. J. BROSSARD, *L'immigration*, Montréal, P.U.M., 1967, pp. 90 et ss.
34. *Union Colliery Co. v. Bryden*, [1899] A.C. 580. Mais sur la possibilité pour une province d'avoir une politique d'embauche discriminatoire pour le travail à faire sur les terres de la Couronne, voir *Brooks-Bidlake and Whittall v. A.G. for British Columbia*, [1923] A.C. 450 et comparer avec *A.G. of British Columbia v. A.G. of Canada*, [1924] A.C. 203.
35. *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151.
36. *Provincial Elections Act*, R.S.B.C. 1897, c. 67, art. 8.
37. *An Act to Amend the « Provincial Elections Act »*, S.B.C. 1919, c. 25, art. 2.
38. *Loi des élections en temps de guerre*, S.C. 1917, 7-8 Geo. V, c. 39, art. 2, modifiant l'art. 154 de la *Loi des élections fédérales*.
39. *Loi des élections fédérales*, S.C. 1919-1920, 10-11 Geo. V., c. 46, art. 30(g).

rendit sa célèbre décision *Re Alberta Statutes*[40] où le juge Duff vante les mérites de la démocratie canadienne! Et les choses n'allaient pas s'améliorer par la suite, si l'on se rappelle seulement le traitement réservé au groupe d'origine japonaise par le gouvernement fédéral pendant la dernière guerre mondiale[41].

Ce qui précède n'a pas pour but de suggérer que le comportement du gouvernement fédéral en matière de libertés publiques fut plus répréhensible que celui de plusieurs provinces; cela ne serait pas exact. Mais ce qui paraît l'être, c'est que les provinces ont rencontré, dans plusieurs cas bien que pas dans tous, des obstacles constitutionnels dans l'implantation de certaines de leurs politiques oppressives ou discriminatoires, alors que le gouvernement fédéral, qui a eu des politiques du même genre, n'a point rencontré de tels obstacles. Des standards constitutionnels uniformes de protection des libertés publiques rendraient impossible pareil déséquilibre.

L'efficacité de ces standards n'est évidemment pas moins importante que leur uniformité. Pour qu'elle existe, il faut viser à la meilleure formulation possible des garanties constitutionnelles en matière de libertés publiques. Quelques remarques s'imposent à ce sujet.

2. La formulation des garanties

La belle réflexion du juriste français René Savatier, selon qui le droit serait « au confluent des éthiques et des techniques », acquiert une résonance particulière quand on l'applique à une déclaration des droits. Car une telle déclaration, en plus d'être un document juridique, a aussi, et plus que n'importe quel autre texte de loi, un rôle éducatif et « programmatif ». Cela n'est évidemment pas sans influer sur la façon dont le texte en est rédigé. Il peut donc arriver qu'on y trouve certaines proclamations à propos desquelles le juriste se demandera comment elles peuvent prêter à une application judiciaire et quelles doivent être les conséquences de leur violation.

Cette difficulté pourra être plus grande encore si la déclaration dont il s'agit a rang de loi constitutionnelle. Un texte constitutionnel gouverne l'ensemble de la légalité d'un pays et est donc d'application très générale. Au surplus, on l'adopte normalement pour longtemps et il ne saurait se prêter à des modifications trop fréquentes. D'où il résulte pour une constitution certaines exigences de brièveté et de sobriété que ne requiert pas au même degré le texte de loi ordinaire. Ces exigences seront plus accusées

40. [1938] R.C.S. 100.

41. H. MARX, *loc. cit. supra*, note 24, p. 83-88.

encore pour cette partie de la constitution qu'est la déclaration des droits, la nature même de celle-ci invitant à y proclamer des principes généraux et fondamentaux et à ne pas s'arrêter longtemps aux détails et aux modalités d'application. Pourtant, si l'on veut qu'une déclaration des droits ait une portée juridique véritable, il faut se garder de la soustraire aux impératifs de précision de la technique juridique auxquels n'échappe aucun texte de loi.

Plusieurs questions importantes et difficiles se posent donc quant aux garanties que devrait comporter une déclaration des droits constitutionnalisée et à la façon dont ces garanties devraient être rédigées. Nous en retiendrons deux. La première a trait au mode d'insertion d'une déclaration dans l'ordre juridique existant, en d'autres termes à son domaine d'application. Une seconde question, davantage reliée au contenu même des garanties, consiste simplement à voir ce qu'il devrait être et à porter une attention particulière aux restrictions qu'on peut vouloir apporter à ces garanties en certaines circonstances.

2.1. Domaine d'application d'une déclaration des droits

En matière de libertés fondamentales, la pensée constitutionnelle classique, européenne continentale autant qu'américaine, nous a familiarisés avec l'idée qu'une déclaration des droits est essentiellement une technique de protection du citoyen contre la puissance publique, et qu'elle ne devait pas avoir d'effet sur les rapports privés[42]. La chose au reste ne surprendra personne, tant elle est en conformité avec l'ensemble de la pensée politique d'inspiration libérale.

De nos jours, sur le plan international de même que dans plusieurs pays, cette tradition de non-application aux rapports privés est critiquée et remise en cause[43]. Toutefois on a beaucoup moins de raisons de suivre le même mouvement au Canada, car le domaine des relations privées y relève au premier chef des provinces, qui sous ce rapport n'ont pas failli à leur devoir de légiférer pour protéger les droits fondamentaux; et pour les secteurs d'activité privée qui le concernent, le Parlement fédéral vient de faire de même.

S'il est vrai de penser qu'au Canada une déclaration des droits doit demeurer surtout opposable à la puissance publique, encore faut-il qu'elle

42. Voir par exemple P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1968.
43. Voir par exemple *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Institut international des droits de l'homme, Paris, Pédone, 1971.

remplisse cette tâche efficacement. À cet égard, l'expérience vécue sous l'empire de l'actuelle *Déclaration canadienne des droits*[44] peut procurer d'utiles leçons.

En adoptant cette loi en 1960, on a choisi de l'insérer dans la hiérarchie des autres règles de droit en la rendant applicable à toutes les autres lois fédérales, antérieures ou postérieures. La technique retenue fut donc celle propre à n'importe quelle loi d'interprétation de type traditionnel, à cette importante différence près qu'au cas de conflit irrémédiable entre la Déclaration et n'importe quelle autre loi, c'est la première qui doit toujours l'emporter, sauf si le Parlement stipule expressément que ce doit être la seconde[45].

Le procédé de la loi d'interprétation peut entraîner des résultats féconds et il a l'avantage d'être familier à tous les juristes. Il présente en revanche certains inconvénients. Il n'est pas courant, c'est le moins qu'on puisse dire, de voir une loi d'interprétation l'emporter sur une loi qui lui est directement contraire ! Les rédacteurs de la Déclaration n'ayant pas été suffisamment clairs à ce sujet[46], il en est résulté un interminable débat au sujet de l'effet de la Déclaration sur les lois qui lui contreviennent. On ne dira jamais assez combien cette controverse a été fâcheuse, d'autant qu'au bout du compte la Cour suprême, ayant un moment opté pour la primauté de la Déclaration[47], s'est ensuite ravisée à toutes fins pratiques dans une série de décisions qui ne font pas la richesse de notre droit. Chez les juges et les commentateurs, une attention trop exclusive à cette question de l'effet de la Déclaration sur les autres lois fédérales a eu pour conséquence de laisser dans l'ombre plusieurs autres questions, souvent plus importantes. Qui niera que les violations de la Déclaration sont bien plus souvent le fait de policiers ou d'autres officiers publics que du législateur fédéral ? Un tel état d'incertitude a en outre donné lieu à des arrêts où le tribunal a rejeté par exemple l'allégation qu'une loi fédérale contrevenait au principe de l'égalité de tous devant la loi[48], et cela, sans que l'exégète puisse découvrir si c'était parce que la Déclaration n'avait pas primauté sur l'autre loi,

44. S.R.C. 1970, App. III.

45. E.A. DRIEDGER, « The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights : A Draftsman's Viewpoint », (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 303.

46. *Déclaration canadienne des droits, supra*, note 44, art. 1 et 2. Il est surprenant qu'un des plus importants rédacteurs de la Déclaration soit d'avis que, si les choses étaient à refaire, il les referait exactement de la même façon (E.A. DRIEDGER, *loc. cit. supra*, note 45, 316), alors qu'après presque 20 ans de tâtonnements dans l'interprétation, les tribunaux sont arrivés en pratique à un résultat opposé à celui qu'il avait souhaité en rapport avec la primauté de la Déclaration sur les autres lois fédérales.

47. *La Reine v. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

48. *Le Procureur général du Canada v. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

ou si c'était pour le motif plus étroit qu'il n'y avait pas violation du principe de l'égalité en l'instance[49]. Cela, on en conviendra, contribue assez peu à l'élucidation judiciaire de ce principe complexe!

De ce qui précède, il faut évidemment retenir que la règle de la primauté d'une déclaration des droits sur la loi doit être établie très clairement. Mais cela ne suffit probablement pas. Car en effet, donner comme domaine d'application à une déclaration le seul domaine des règles juridiques, c'est-à-dire des normes législatives et réglementaires, c'est risquer de laisser croire que l'application concrète de la loi, par opposition à sa lettre, n'est point soumise à la déclaration et qu'on peut ainsi l'enfreindre sans qu'une sanction soit appliquée. La Cour suprême a déjà donné à entendre que c'est seulement la loi, et non son application, qui était soumise au principe de l'égalité et que « ... la façon dont un ministre de la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur pour la bonne administration d'une loi n'entre pas en jeu lorsqu'on examine la question de savoir si cette loi, en soi, porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi. »[50] Un peu dans le même ordre d'idées, mais en rapport cette fois avec le droit du détenu de consulter un avocat[51], la Cour suprême a rendu un verdict d'acquittement dans le cas d'une personne accusée d'avoir refusé de fournir un échantillon de son haleine, au motif que ce refus était justifié par le fait qu'on l'avait privée du droit de consulter un avocat et qu'il y avait là une excuse raisonnable au sens du texte d'incrimination[52].

On voit donc que l'efficacité de la Déclaration est mieux assurée quand elle se greffe à un texte qu'elle sert à interpréter ou à mettre à l'écart. Mais quand la violation participe davantage de la nature du simple fait juridique, ses conséquences sont moins claires. Une personne veut-elle faire cesser, par ordre du tribunal et en invoquant la Déclaration, l'écoute électronique illégale chez elle, on pourra lui répondre que la Déclaration n'a qu'un effet déclaratoire et qu'elle n'autorise pas le redressement demandé[53]. Une autre illustration est fournie par cet arrêt de la Cour suprême où une personne s'est vue aussi refuser le droit de consulter un avocat, mais a néanmoins fourni un échantillon de son haleine[54]. Une fois commise, ce genre d'illégalité de la part de l'autorité policière ne se prête

49. *Déclaration canadienne des droits, supra*, note 44, art. 1*b*).
50. *Smythe v. La Reine*, [1971] R.C.S 680, 685-686.
51. *Déclaration canadienne des droits, supra*, note 44, art. 2*c*) (ii).
52. *Brownridge v. La Reine*, [1972] R.C.S. 926.
53. *Re Copeland and Adamson et al*, (1972) 28 D.L.R. (3d) 26, 34 (H.C. Ont.).
54. *Hogan v. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574.

pas, comme s'y prête un texte, à interprétation ou à annulation. La violation de la Déclaration fut donc laissée sans remède, et la Cour refusa de juger inadmissible au procès, parce qu'illégalement obtenue, la preuve en question. Et il est très frappant que le plus important arrêt de la Cour suprême rendu ces dernières années au sujet des preuves illégalement obtenues et de leur admissibilité au procès le fut sans référence aucune à la *Déclaration canadienne des droits*[55].

Il paraît donc important qu'une déclaration des droits s'insère dans l'ordre juridique existant par le moyen d'un rattachement, non seulement aux règles de droit, mais aussi aux diverses formes que peut prendre leur application concrète. Certes on peut soutenir, et l'on a raison au plan logique, que toute action de la puissance publique découle de la loi et qu'en régissant le sens de la règle, une déclaration se trouve à régir aussi tous les actes posés. En clair, et pour reprendre les exemples qui précèdent, cela veut dire qu'il faut invoquer la Déclaration, non point comme une barrière immédiate à l'acte de la puissance publique, mais comme un outil d'interprétation servant à montrer que la loi n'autorise pas telle forme d'écoute électronique ou que la règle de *common law* rendant admissible au procès la preuve illégalement obtenue est une règle qui n'est pas conforme à la Déclaration[56]. Mais de tels cheminements logiques sont souvent difficiles et hasardeux. Aussi vaut-il mieux poser clairement le principe de la subordination de la règle de droit et de ses diverses applications aux standards d'une déclaration des droits, et stipuler qu'au cas de violation de ceux-ci, l'autorité judiciaire doit pouvoir imposer la sanction appropriée[57].

L'insertion d'une déclaration des droits dans l'ordre juridique existant, on vient de le voir, est une question importante et complexe. Le contenu des garanties qu'elle doit comporter ne l'est évidemment pas moins. Nous lui consacrerons quelques brèves réflexions pour terminer.

2.2. Contenu et portée des garanties offertes

À quelques réserves près — nous les évoquerons plus loin — il n'y a point de divergences fondamentales dans l'opinion juridique et politique canadienne au sujet des garanties que devrait offrir une déclaration des

55. *R. v. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

56. Il n'y a aucune raison pour que la notion de « Loi du Canada » définie à l'article 5(2) de la *Déclaration canadienne des droits* n'englobe pas le *common law*.

57. Une disposition générale de ce type au sujet des sanctions paraît souhaitable. On en retrouve une d'ailleurs à l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec *supra*, note 3, ainsi qu'à l'article 24 du projet fédéral de réforme constitutionnelle, *supra*, note 1.

droits de type constitutionnel. Les divergences d'opinion étant si nombreuses en toutes autres matières constitutionnelles, il vaut la peine de noter qu'il en va assez différemment pour ce secteur-ci. Qu'il s'agisse des grandes libertés classiques, soit celles de pensée, de conscience, de religion, d'opinion, de parole, d'association, de réunion pacifique et de presse ; qu'il s'agisse encore de garanties légales et procédurales, comme celles de la liberté et de la sûreté de la personne, de l'égalité devant la loi, du droit à l'avocat et à l'audition impartiale, de la protection contre l'auto-incrimination et du droit à un traitement humain et dépourvu d'arbitraire ; on paraît s'entendre sur le fait que cette liste, d'ailleurs non exhaustive, de droits et libertés appelle une consécration constitutionnelle et s'y prête bien. Les avis peuvent différer, par exemple sur l'éventail des motifs prohibés de discrimination, ou encore sur le sort à faire aux preuves illégalement obtenues ; il demeure que dans l'ensemble un certain consensus paraît acquis sur l'essentiel[58]. Si importants qu'ils soient, les droits économiques et sociaux ne sont pas au nombre de ceux pour lesquels on souhaite une reconnaissance constitutionnelle. C'est probablement à juste titre, dans la mesure où ils n'ont de sens que précisés par la loi ou le règlement[59], et qu'il n'est peut-être pas souhaitable, dans notre tradition juridique, de constitutionnaliser une disposition purement « programmative ». Il en va de même des organismes administratifs de protection des droits fondamentaux, ainsi que de l'institution de recours d'ordre pénal ; ces questions appellent une réglementation trop précise et changeante pour se prêter commodément à la constitutionnalisation.

Au-delà de nombreuses questions de détail, il reste à savoir si une déclaration des droits constitutionnalisée devrait contenir une disposition expresse autorisant en certaines circonstances la restriction des garanties qu'elle établit.

Si elle doit avoir un caractère proprement constitutionnel, il paraîtrait assez contradictoire qu'une déclaration des droits puisse, comme c'est le cas présentement aussi bien au palier fédéral que québécois, être mise en veilleuse par la seule volonté expressément déclarée du législateur. On peut aller jusqu'à soutenir que, même en temps d'urgence, elle devrait garder pleine application, et que l'on devrait laisser au pouvoir judiciaire le soin d'assouplir la portée de ces garanties en de telles circonstances. Mais une solution de ce type a peu de chance d'être jugée acceptable. Aussi se retrouve-t-on devant l'alternative suivante.

---

58. À l'exception, bien entendu, de l'important débat sur l'opposition entre droits individuels et droits collectifs, qui n'est pas analysé ici.

59. À titre d'exemple, la plupart des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, *supra*, note 3, qui traitent des droits économiques et sociaux, les consacrent dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi.

D'une part, on peut envisager qu'une déclaration prévoit qu'en certaines circonstances ou pour certaines raisons d'ordre exceptionnel, dont l'existence serait soumise au contrôle judiciaire, des restrictions pourront être apportées aux garanties qu'elle institue. C'est une solution de ce genre qu'a retenue le projet fédéral de réforme constitutionnelle de juin 1978. Selon ce projet, la sauvegarde de la liberté et de la démocratie et des motifs de santé, de sécurité et de paix publiques peuvent donner ouverture à de telles restrictions. Cette solution n'est pas sans intérêt, dans la mesure où elle se trouve à encadrer en quelque sorte la discrétion judiciaire, tout en laissant à la jurisprudence le soin de préciser, dans des situations concrètes, le sens de ces motifs ou circonstances exceptionnelles. En revanche, il n'est pas impossible que nos cours de justice ne s'adonnent pas spontanément autant qu'elles le devraient à ce travail d'élaboration jurisprudentielle, et que la généralité, très grande et probablement inévitable, des critères proposés les conduise à avaliser beaucoup de restrictions aux garanties de la déclaration. Aussi une seconde solution paraît-elle de beaucoup préférable.

Cette dernière consisterait à ne permettre de telles restrictions qu'en cas de guerre ou d'insurrection, et à obliger le Parlement fédéral à énoncer expressément la dérogation et son motif. Il paraît souhaitable en effet que toute législation d'urgence ou toute législation dérogatoire aux garanties d'une déclaration des droits s'identifie comme telle[60], de façon que, par ce signal d'alarme, le contrôle parlementaire puisse s'exercer pleinement. C'est un peu le cas de la Déclaration actuelle, qui exige la mention « nonobstant » pour qu'on puisse y déroger. Ce n'est pas le cas cependant du projet fédéral de réforme constitutionnelle, qui autorise des restrictions découlant non seulement du texte exprès d'une loi, mais aussi de son interprétation ou de son application.

Une fois le contrôle parlementaire opéré, et pour que le contrôle judiciaire puisse lui aussi s'exercer pleinement, le fardeau de prouver, d'abord qu'il y a urgence, ensuite que la restriction aux droits fondamentaux est justifiée, devrait reposer sur la puissance publique. Le mécanisme de la présomption ou du renversement du fardeau de la preuve est coutumier à la plupart des secteurs du droit. Il est paradoxal qu'on l'ait à ce jour si peu utilisé dans le droit des libertés publiques, au profit de l'individu et à l'encontre de la puissance publique. Ce serait ici une excellente occasion de le faire. Comme le montre la jurisprudence relative à la *Loi sur les mesures de guerre*[61], il est quasiment impossible de prouver qu'un état d'urgence décrété par le gouvernement n'existe pas.

60. Voir à ce sujet l'intéressant jugement du juge Beetz dans le *Renvoi relatif à la validité de la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

61. S.R.C. 1970, c. W-2.

La constitutionnalisation d'une déclaration des droits, surtout dans un pays fédéral comme le Canada, est d'une réalisation complexe, tant au point de vue de la technique législative qu'au point de vue des réalités politiques. L'opposition possible entre droits individuels et droits collectifs est un aspect majeur de ces dernières réalités ; l'analyse de cet aspect aurait cependant dépassé le cadre des quelques réflexions qui précèdent. En même temps que certaines des difficultés techniques que pose la constitutionnalisation d'une déclaration des droits, ces réflexions ont tenté de mettre en relief les avantages qu'elle pouvait comporter, à la fois pour l'équilibre politico-constitutionnel et pour les droits et libertés des individus et des collectivités.