

Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications**

*Danielle Pinard***

*L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés prévoit notamment que les droits et libertés qu'elle garantit ne peuvent être restreints que par une règle de droit. Selon l'auteure, cette référence à la notion de règle de droit impose une source particulière à ces limites permises, qui ne sauraient découler que d'actes d'autorités que la société démocratique canadienne habilite à édicter des règles de droit. De plus, ne devraient être règles de droit, au sens de l'article premier, que des règles suffisamment précises et accessibles, telles qu'elles permettent de prévoir l'ampleur des limites ainsi apportées. À cet égard, la décision de la Cour suprême du Canada, dans *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, surprend. La Cour semble y avoir accepté que des limites aux droits et libertés puissent découler d'une ordonnance administrative à portée individuelle. L'auteure critique cette décision. Elle propose que, s'il existe d'excellentes raisons de permettre aux autorités administratives d'apporter certaines limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés, il est préférable que ce soit l'octroi législatif du pouvoir discrétionnaire d'émettre des ordonnances administratives qui constitue la règle de droit au sens de l'article premier. C'est alors une politique législative qui devra subir le test de caractère raisonnable prévu à l'article premier de la Charte. Et c'est ce qui doit être.*

* Cet article a été réalisé grâce à une subvention attribuée par le Comité d'attribution des fonds internes de recherche ("C.A.F.I.R.") de l'Université de Montréal. L'auteure remercie Irène Zaikoff, aujourd'hui avocate stagiaire au cabinet d'avocats Viau Bélanger, pour son excellent travail d'assistance de recherche.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms provides that only reasonable limits that are prescribed by law may be imposed on constitutional rights and freedoms. The author believes that the use of the phrase prescribed by law, in French ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, implies that only institutions given the authority to adopt règles de droit by the democratic Canadian society may prescribe acceptable limits to constitutional rights. Moreover, for the purpose of section 1, only rules of law sufficiently precise and accessible should be considered as règles de droit, so as to allow us to foresee the scope of such acceptable limits. In this respect, the Supreme Court of Canada's decision, in Slaight Communications Inc. v. Davidson, comes as a surprise. Apparently, the Court had accepted a limit imposed by an individualized administrative order as being prescribed by law. The author presents a critical analysis of the case, and suggests that, if we allow administrative agencies to impose limits on constitutional rights and freedoms, it would be preferable that the legislative prescription of discretionary power itself, rather than the administrative order, be the subject of the section 1 analysis. Indeed, it should be a legislative policy, rather than an individual decision, that should pass the test.

INTRODUCTION

La constitutionnalisation des droits et libertés, lors de la réforme constitutionnelle canadienne de 1982, a eu un impact considérable sur notre système de souveraineté parlementaire. En effet, à cause du principe de la suprématie de la *Constitution*,¹ une règle de droit violant ces droits et libertés est désormais inconstitutionnelle et inopérante.² Alors qu'auparavant la souveraineté parlementaire, en droit constitutionnel canadien, n'était essentiellement limitée que par le partage des compétences législatives opéré par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*,³ avec comme conséquence qu'à l'intérieur de son champ de juridiction, chacun des parlements canadiens était souverain, certaines valeurs protégées limitent maintenant tous les choix législatifs.

1 Maintenant prévu au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, qui édicte : "La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit."

2 Cette sanction est en effet expressément prévue au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, à la note 1. Je parle ici, bien sûr, des violations qui ne sont pas justifiées en vertu de l'art. 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, à la note 1.

3 Tel était, jusqu'en 1982, le nom du principal texte constitutionnel canadien.

Notre histoire constitutionnelle est cependant fondée sur un respect constant de la souveraineté parlementaire. La *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit donc un certain aménagement de la suprématie nouvelle des droits et libertés. Ainsi, sous réserve de l'observation de formalités, le Parlement fédéral et les législatures provinciales peuvent déroger, de façon absolue, mais temporaire, au principe de la suprématie de certains des droits et libertés constitutionnellement protégés.⁴ De plus, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ (la "*Charte*") prévoit en ces termes que ces droits et libertés sont assujettis à des limites :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Si cette disposition limitative permet une marge de manoeuvre certaine dans l'aménagement des droits et des libertés, eu égard à la poursuite d'objectifs socialement désirables, elle a cependant été interprétée par la Cour suprême du Canada comme ne permettant que des limites satisfaisant aux conditions d'un test de contenu précis, élaboré dans l'arrêt *R. v. Oakes*.⁶ L'objectif de la mesure qui porte atteinte aux droits et libertés doit être suffisamment important, réel et urgent et, considérant la gravité de l'atteinte aux droits et libertés, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés. C'est à la partie qui invoque la justification de l'atteinte de l'établir par une preuve prépondérante.

Considérant la rigueur de ce test de contenu (et ce, quelle que soit la critique qu'on puisse par ailleurs en faire⁷), on aurait pu s'attendre à ce que la Cour suprême du Canada continue dans la

4 Voir l'art 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, à la note 1.

5 Précitée, à la note 2.

6 [1986] 1 R.C.S. 103.

7 Voir, par exemple, D. Pinard, "Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1989) 30 C. de D. 137 à la p. 168.

même lignée en élaborant, au niveau, cette fois, de la forme, un test tout aussi précis de ce qui peut constituer une règle de droit au sens de l'article premier, et donc être source des limites permises aux droits et libertés. En effet, une des conditions imposées par l'article premier, outre leur caractère raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique,⁸ est que les limites apportées aux droits et libertés soient le fait d'une règle de droit.⁹

Or, dans une décision récente, et à cet égard, unanime, *Slaight Communications Inc. v. Davidson*,¹⁰ ("Slaight") la Cour suprême du Canada a jugé qu'une simple ordonnance d'un arbitre du travail, rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte législatif, était une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*, et pouvait donc subir le test de contenu imposé par ce même article.¹¹ A la lumière du contexte jurisprudentiel, de l'objet de

8 Cet aspect de contenu des limites permises ne sera pas abordé dans ce texte, qui ne porte que sur la condition selon laquelle elles doivent être prévues dans une règle de droit.

9 Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. ch. C-12, la disposition limitative est ainsi formulée, à l'art. 9.1 : "Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice." L'article 56.3 de cette *Charte* définit le mot "loi" comme incluant un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi. Cette définition constitue vraisemblablement une donnée pertinente du problème de la source des limites permises aux droits et libertés, pour les fins de la *Charte québécoise*. Voir, pour une discussion de la question, F. Chevrette, "La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne*: le dit et le non-dit" dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (Montréal : Thémis, 1989) 71 à la p. 77. L'auteur y semble cependant enclin à interpréter la disposition limitative de la *Charte québécoise* à la lumière de la jurisprudence rendue en vertu de l'art. 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

10 [1989] 1 R.C.S. 1038.

11 Je parle ici, de façon positive, de la *possibilité* de subir le test de l'art. 1^{er}. En effet, à défaut de présenter la qualité de règle de droit au sens de cet article, la mesure ne pourra pas être soumise au test, et la limite ne pourra tout simplement pas être constitutionnellement justifiée.

l'article premier et surtout, de la condition selon laquelle la limite doit être imposée par une règle de droit, cette décision a surpris.¹²

Je tenterai, dans le présent texte, de voir en quoi, et pourquoi. Je considérerai d'abord l'importance de cette exigence selon laquelle les seules limites permises aux droits et libertés constitutionnellement protégés soient celles prévues par une règle de droit, pour ensuite étudier plus directement la décision de la Cour dans l'arrêt *Slaight*, et en analyser certains aspects et impacts particuliers.

1. LA NOTION DE RÈGLE DE DROIT DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Au-delà des contraintes de contenu imposées aux limites aux droits et libertés constitutionnellement permises par l'article premier de la *Charte*,¹³ l'exigence que ces limites soient prévues par une règle de droit (*prescribed by law*, dans la version anglaise), relève en principe, celle-là, de la forme. De cette mention expresse, on peut déduire qu'une limite légitime aux droits et libertés constitutionnellement protégés ne pourra pas être élaborée par n'importe qui, et de n'importe quelle façon.

(a) Les modèles

On l'a maintes fois répété, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'est pas faite dans le vide juridique, et le domaine des droits et libertés était alors déjà largement réglementé, tant au plan national qu'international.

12 La question de la nature de ces règles de droit pouvant apporter des limites aux droits et libertés, pour les fins de l'art. 1^{er}, ne semble d'ailleurs pas définitivement réglée par la jurisprudence. En effet, dans une récente décision de la Cour suprême du Canada, quatre juges, soit le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et Sopinka, ont expressément pris soin de ne pas décider si un texte législatif conférant aux policiers un vaste pouvoir discrétionnaire pouvait constituer une règle de droit au sens de cet article. Voir *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257 à la p. 1268.

13 C'est-à-dire leur caractère raisonnable et la possibilité de démonstration de leur justification dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il existait certains modèles de documents de protection des droits et libertés qui ne contenaient pas de disposition limitative expresse des droits et libertés. On pense, par exemple, à la *Déclaration canadienne des droits*¹⁴ et au *Bill of Rights* américain.¹⁵ Ces documents n'ont pas été pour autant interprétés comme garantissant de façon absolue les droits et libertés qu'ils énoncent, et l'essentielle pondération d'intérêts contradictoires a alors généralement été faite lors de la définition de ces droits et libertés.¹⁶

La technique qui consiste à prévoir une disposition limitative expresse dans des textes de protection des droits et libertés était cependant connue. Plusieurs documents internationaux étaient en effet ainsi rédigés. En voici quelques exemples.

L'article 29.2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948¹⁷ énonce ce qui suit :

Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi [*as are determined by law*] exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

La *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁸ (la "Convention européenne") est de facture différente, en ce qu'elle ne comprend pas de disposition limitative unique et d'application générale, mais en contient plutôt plusieurs, libellées précisément en fonction du droit particulier auquel elles se rattachent.

Voici, par exemple, le texte que l'on retrouve au paragraphe 2 de l'article 8, dans le contexte de la protection du droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance :

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi [*in accordance with the law*] et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Dans le contexte de la liberté de religion et d'opinion, le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention européenne contient aussi une disposition limitative, dont la version anglaise de "prévue par la loi" diffère quelque peu :

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi [*as are prescribed by law*], constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.¹⁹

Cette technique de rédaction de dispositions limitatives se retrouve aussi dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.²⁰ On y retrouve, par exemple, au paragraphe 2 de l'article 22, à propos du droit d'association :

L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi [*prescribed by law*] et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.²¹

Il est donc permis de croire que la tradition européenne et internationale a largement influé sur la rédaction de la disposition limitative des droits et libertés que l'on retrouve à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.²² Les autorités constituantes canadiennes ont délibérément choisi de préciser, dans une

14 L.R.C. 1985, app. III.

15 "The American Bill of Rights" dans *Code des droits et libertés*, textes réunis par A. Morel, 3e éd. (Montréal, Qué. : Thémis, 1989) à la p. 341.

16 Voir, par exemple : A. Morel, "La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges" (1983) 61 R. du B. can. 81 à la p. 82; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd. (Toronto : Carswell, 1985) aux pp. 680, 686, 687; J.E. Magnet, *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, 4e éd., vol. 2 (Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989) à la p. 59.

17 "Déclaration universelle des droits de l'homme" dans *Code des droits et libertés*, précité, à la note 15, à la p. 255.

18 "Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" dans *Code des droits et libertés*, précité, à la note 15, à la p. 323.

19 Voir aussi, pour d'autres exemples, les art. 10 et 11 de la Convention européenne, l'art. 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne et l'art. 2 du Protocole n°4 à la Convention européenne, cités dans *Code des droits et libertés*, précité, à la note 15.

20 Cité dans *Code des droits et libertés*, précité, à la note 15, à la p. 271.

21 Voir aussi, par exemple, les art. 18, par. 3, et 19, par. 3 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, dans *Code des droits et libertés*, précité, à la note 15.

22 Voir, dans le même sens : R. Elliot, "Freedom of Expression and Pornography: The Need for a Structured Approach to Charter Analysis" dans J.M. Weiler et R.M. Elliot, éd., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto : Carswell, 1986) 308 à la p. 324 :

disposition particulière, à la fois le caractère relatif de la protection constitutionnelle des droits et libertés, et la source légitime des limites permises.

(b) Les travaux préparatoires

L'étude des travaux préparatoires pertinents démontre aussi que la référence expresse à l'exigence d'une règle de droit comme source des limites légitimes aux droits et libertés, à l'article premier de la *Charte*, n'est pas le fruit du hasard.²³

En effet, la mention de la règle de droit n'apparaît que relativement tard dans l'élaboration de l'article premier.

Voici le texte de la première version de cette disposition limitative d'application générale, qui se retrouve apparemment dans un document confidentiel :

La Charte canadienne des droits et libertés reconnaît les droits et libertés suivants sous réserve des limites raisonnables généralement acceptées dans une société libre et démocratique.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms recognizes the following rights and freedoms subject only to such reasonable limits as are generally accepted in a free and democratic society.²⁴

La seconde se lisait comme suit :

"The term 'prescribed by law' does not appear in any of the statutory bills of rights currently in force in Canada. Its use in the Charter is attributable, it would seem, to the influence of international human rights documents, in particular the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms."

23 Voir, pour une étude de ces travaux préparatoires, et pour une justification de la recevabilité de cette dernière pour interpréter la *Charte* : R. Elliot, "Interpreting The Charter – Use of Earlier Versions as an Aid" (1982) *Charter Edition U.B.C. L. Rev.* 11; M. Beaupré, "Commentary: Interpreting the Charter – Use of Earlier Versions as an Aid" (1986) 20 *U.B.C. L. Rev.* 119. Voir aussi A.F. Bayefsky, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments, A Documentary History*, vol. 2 (Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1989). Les travaux de Elliot et de Bayefsky ne reproduisent cependant que les versions anglaises des textes constitutionnels.

24 Elliot, précité, à la note 23, à la p. 23. Il s'agit, selon cet auteur, de la première version de l'art. 1^{er}, que l'on retrouve dans un texte préparé par le gouvernement fédéral et daté du 22 août 1980 : id. aux pp. 13-14. Le premier projet de *Charte* préparé par le gouvernement fédéral, daté du 4 juillet 1980, contenait plutôt de multiples dispositions limitatives libellées en fonction des droits particuliers auxquels elles se rattachaient : voir Bayefsky, précitée, à la note 23, à la p. 599.

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés énoncés ci-après, sous les seules réserves normalement acceptées dans une société libre et démocratique de régime parlementaire.²⁵

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits as are generally accepted in a free and democratic society with a parliamentary system of government.²⁶

La première référence à l'exigence que les limites ne puissent être imposées que par une règle de droit apparaît dans cette troisième version, qui est d'ailleurs celle qui a finalement été retenue :

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.²⁷ [Soulignements ajoutés.]

Cette troisième version de l'article premier apporte plusieurs nouvelles restrictions, relatives à la fois à la forme et au contenu des limites permises. Seule celle de forme, manifestée par la référence à la règle de droit, m'intéresse ici. Cet ajout délibéré a en effet été interprété comme apportant une contrainte additionnelle au type de limites pouvant être imposées aux droits et libertés constitutionnellement protégés.²⁸ En fait, les deux premières versions de l'article premier précisaient le type de protection constitutionnelle des droits et libertés, mentionnant son caractère relatif et pondéré, eu égard aux

25 Projet de résolution concernant la Constitution du Canada, *La constitution canadienne 1980* (Le Ministre des approvisionnements et services Canada, 1981).

26 Elliot, précité, à la note 23, à la p. 23. Selon cet auteur, cette version, encore préparée par le gouvernement fédéral, date du 5 octobre 1980 : id. à la p. 14. Selon Bayefsky, cependant, cette version daterait plutôt du 3 septembre 1980, précitée, à la note 23, à la p. 704.

27 Elliot, précité, à la note 23, à la p. 24. Elle est datée du 12 janvier 1981, et c'est celle qui a été discutée au Comité parlementaire sur la Constitution : id. à la p. 14. Voir aussi Bayefsky, précitée, à la note 23, à la p. 762.

28 "Explanatory Notes [:] This proposed amendment would narrow the limits that could be placed on the rights and freedoms guaranteed in the Charter. For a right to be limited, the limitation would be required to be prescribed by law and to be both reasonable and capable of being demonstrably justified." : Elliot, précité, à la note 23, à la p. 24; voir, dans le même sens, T. J. Christian, "The Limitation of Liberty: A Consideration of Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms" (1982) *Charter Edition U.B.C. L. Rev.* 105 à la p. 109.

exigences d'une société libre et démocratique. Elles auraient vraisemblablement permis des limites aux droits et libertés, justifiées dans une société libre et démocratique, peu importe leur source. Ainsi, toute violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement protégé aurait donné lieu à une évaluation du caractère raisonnable de la limite ainsi apportée. La violation aurait pu, par exemple, être justifiée par un contexte factuel particulier. Ce qu'apporte la troisième version, c'est une précision quant à la seule source légitime de ces limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés, soit la règle de droit. En vertu de cette dernière version, si la limite est apportée par une règle de droit, elle sera soumise au test de contenu qui y est prévu, et la limite pourra, le cas échéant, être jugée constitutionnellement permise. Une limite aux droits et libertés non prévue par une règle de droit sera automatiquement inconstitutionnelle, sans possibilité de sauvegarde par le biais de l'article premier.²⁹

C'est donc un choix que l'on a fait, non seulement de pondérer expressément la nouvelle protection constitutionnelle des droits et libertés, mais aussi de définir la seule provenance légitime des limites permises. Conformément aux prescriptions du principe de la *rule of*

law,³⁰ il fut donc décidé, par nos autorités constituantes, que seule une règle de droit pouvait légitimement limiter les nouveaux droits et libertés constitutionnels.

(c) *La Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'Affaire du Sunday Times*

La disposition limitative expresse prévue à l'article premier de la *Charte* a donc été délibérément édictée, et la référence qu'on y retrouve à l'exigence que les limites permises proviennent d'une règle de droit n'est pas non plus le fruit du hasard.

Voir, pour une telle analyse : F. Chevrette et A. Morel, "La protection constitutionnelle contre les abus de la police" (1989) 23 R.J.T. 449 à la p. 452. Ce serait donc un erreure que de limiter le champ d'application de la *Charte* aux seuls cas de suprématie constitutionnelle prévus à 52(1). De la même façon, cet acte policier, s'il viole des droits ou libertés constitutionnellement protégés, ne pourra être justifié au sens de l'art. 1^{er}, ne constituant pas une règle de droit. Il sera donc irrémédiablement inconstitutionnel, mais pourra donner lieu à une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. En vertu de cette analyse, ne devrait donc constituer une règle de droit au sens de l'art. 1^{er}, qu'une règle de droit susceptible d'être déclarée inopérante en vertu du par. 52(1). Dans la mesure, cependant, où une règle de droit au sens de l'art. 1^{er} doit nécessairement revêtir une certaine qualité, cette notion risque d'être plus étroite que celle que l'on retrouve au par. 52(1). Voir, pour une semblable interprétation différenciée de ces deux concepts, eu égard aux différents objectifs des deux dispositions : D. Gibson, "Reasonable Limits under the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1985) 15 Man. L.J. 27 à la p. 44, et l'opinion dissidente de Mme la juge Wilson dans *McKinney v. University of Guelph* (6 décembre 1990), 20747 (C.S.C.).

29 On peut lire la notion de règle de droit, au sens de l'art. 1^{er}, à la lumière de la même expression utilisée au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit en ces termes le principe de la suprématie constitutionnelle : "La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit." Ce paragraphe ne prévoit cependant qu'une partie de cette suprématie constitutionnelle, soit celle relative aux règles de droit. En ce sens, il emprunte nettement à son ancêtre, la *Loi de 1865 relative à la validité des lois coloniales* (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63, qui, elle, prévoyait la suprématie du droit impérial sur le droit colonial. Or, la Cour suprême du Canada, dans *Dolphin Delivery Ltd v. R.W.D.S.U.*, (sub nom. *Dolphin Delivery Ltd. c. S.G.D.M.R.*) [1986] 2 R.C.S. 573, a défini le champ d'application de la *Charte* de façon à couvrir toute action étatique d'ordre législatif, exécutif ou administratif. Ces actions ne présentent pas toutes la qualité de règle de droit au sens du par. 52(1). Ainsi, un acte policier, s'il est assujéti aux prescriptions constitutionnelles, n'est pas une règle de droit. S'il viole un droit ou une liberté, il sera inconstitutionnel, au sens de contraire à la *Constitution*, et donnera lieu à réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Il ne sera cependant pas pour autant "inopérant" au sens de l'art. 52(1).

30 Christian, précité, à la note 28, à la p. 109, précise, à propos de l'ajout de l'exigence d'une règle de droit comme source des limites permises par l'art. 1^{er} : "this component was inserted by the Government following representations to the Joint Committee. The Government accepted the advice of several organizations in adopting this further constraint on an ostensible limitation of liberty. Limitations must satisfy the criteria of legal validity. They must be properly promulgated by a duly authorized legislator or by an official acting within the bounds of statutory jurisdiction to enact delegated legislation.

This requirement is in accord with Dicey's view of the rule of law and the principle that there shall be 'absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and [excluding] the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government'."

Afin d'en arriver à une définition de cette règle de droit, il s'avère utile, et ce à simple titre d'exercice de droit comparé, de considérer l'importante étude qu'y a consacrée une décision judiciaire rendue en vertu de la Convention européenne. On le verra, l'approche qui y a été développée a d'ailleurs déjà eu une certaine influence en droit canadien.

(i) *La décision de la Cour européenne*

L'article 10 de la Convention européenne prévoit que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à des restrictions "prévues par la loi" (*prescribed by law*), qui constituent des mesures nécessaires à la poursuite de certains objectifs légitimes dans une société démocratique.³¹

Dans l'*Affaire du Sunday Times*,³² la Cour européenne des droits de l'homme (la "Cour européenne") a rendu un important jugement en ce qu'elle a précisé la signification de la condition relative aux sources des limites permises, exprimée par l'expression "prévues par la loi" que l'on retrouve à l'article 10.2 de la Convention européenne. L'importance de cette décision en droit européen, et son impact, tant en droit international que dans les régimes nationaux de protection des droits de la personne, sont tels qu'ils justifient une étude détaillée de son contenu.

Dans cette affaire, le journal *Sunday Times* invoquait essentiellement que les principes de *common law* relatifs à l'outrage au tribunal limitaient sa liberté d'expression. Le procureur général avait en effet obtenu contre le journal une injonction empêchant la publication d'articles portant sur des questions relatives à la thalidomide, un médicament administré à des femmes enceintes et ayant provoqué la malformation de nombreux enfants, dans un contexte de négociations relatives à la compensation des victimes. L'injonction et les principes de *common law* relatifs à l'outrage au tribunal avaient pour effet de restreindre la liberté d'expression du journal, l'empêchant de publier la série d'articles projetés. La Cour a jugé

qu'il s'agissait d'une limite prévue par la loi pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, mais que cette limite, n'étant pas "nécessaire", n'était donc pas permise par l'article 10.2.

La Cour a, dans ce jugement, précisé la signification de la condition selon laquelle les limites à la liberté d'expression³³ doivent être "prévues par la loi," que l'on retrouve à l'article 10.2.

Le *Sunday Times* a allégué que les principes de *common law* relatifs à l'outrage au tribunal étaient vagues et incertains au point où la limite imposée à sa liberté d'expression ne pouvait être considérée comme "prévues par la loi". La Cour a d'abord précisé que le mot "loi", dans ce contexte, référerait autant à la *common law* qu'aux règles de droit écrit. Puis elle a ajouté que l'expression "prévues par la loi" imposait des exigences de précision et d'accessibilité de la norme, de telle sorte qu'il soit possible d'en prévoir les cas d'application.

49. Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.³⁴

33 La conclusion de la Cour a cependant une portée plus large. A propos des dispositions limitatives de la Convention européenne et des Protocoles, dans lesquelles le texte français utilise généralement l'expression "prévues par la loi," mais où il existe des différences mineures entre les expressions des textes anglais, la Cour a précisé, à la p. 30 de l'arrêt du *Sunday Times*, précité, à la note 32 :

"Placée ainsi devant des textes d'un même traité normatif faisant également foi mais ne concordant pas entièrement, la Cour doit les interpréter d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet de ce traité."

Voir, dans le même sens, l'*Affaire Silver* (1983), Cour. Eur. D.H. Sér. A, n° 61, à la p. 33.

34 *Affaire du Sunday Times*, précitée, à la note 32, à la p. 31.

31 Article 10, Convention européenne, précitée, à la note 18.

32 (1979), Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 30. La décision de la Cour date du 26 avril 1979, et précède donc l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans une opinion distincte, le juge Zekia a précisé en ces termes que l'exigence d'intelligibilité, implicite dans l'expression "prévue par la loi," devait être comprise à la lumière des effets paralysant d'une réglementation floue de la liberté d'expression :

Toute restriction touchant l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être prévisible dans une mesure raisonnable. On ne peut jouir ou user du droit à la liberté d'expression si la jouissance est conditionnée et soumise à une législation ou à une règle ou un principe débordant d'incertitudes, ce qui équivaldrait à une restriction indue et même à un déni de cette liberté d'expression. Les mots "*prescribed by law*" ou, en français, "*prévues par la loi*" visent donc, selon moi, une législation imposant des restrictions que l'on puisse raisonnablement déterminer. Elle peut revêtir la forme d'une loi ou d'une règle de *common law* fermement établie.³⁵

Dès lors, il devait conclure ainsi qu'une simple autorisation légale ne suffisait pas, et que les conditions d'imposition des restrictions permises aux droits et libertés devraient nécessairement être précisées par la norme légale :

Dans son contexte, l'expression "prévue par la loi" ne signifie pas seulement "autorisée par la loi", mais vise nécessairement une loi qui décrive de façon raisonnablement complète les conditions de l'imposition de restrictions aux droits et libertés consacrés par l'article 10§1. Encore une fois, le droit à la liberté de la presse serait gravement touché si les hommes [sic] de presse ne pouvaient, en s'entourant d'une somme raisonnable de conseils juridiques et de précautions, s'informer, pour s'en prémunir, des risques et écueils qui les guettent en raison des imprécisions du *contempt of court*.³⁶

Dans une autre opinion distincte, le juge Evrigenis a rappelé la nécessaire interprétation restrictive de dispositions autorisant des limites aux droits et libertés :

Les restrictions du droit à la liberté d'expression que prévoit le paragraphe 2 de l'article 10, constituent des exceptions à l'exercice de ce droit. À ce titre, non seulement elles appellent une interprétation étroite (arrêt *Klass* et autres du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, §42, cité au paragraphe 65 de l'arrêt rendu en l'espèce), mais elles supposent également une définition juridique nationale suffisamment précise et certaine, permettant à quiconque exerce sa liberté d'expression d'agir avec une certitude raisonnable quant aux conséquences de ses actes sur le plan du droit.³⁷

Finalement, ce même juge a ainsi rappelé l'existence de liens entre le principe de la légalité et l'exigence que les limites permises aux droits et libertés soient "prévues par la loi" :

Il n'en reste pas moins que la Cour se devait d'être plus prudente avant d'adopter une interprétation généreuse de la phrase "prévue par la loi", interprétation qui aurait pour conséquence d'affaiblir le principe de la prééminence du droit et d'exposer une liberté fondamentale, essentielle pour la société démocratique visée par les rédacteurs de la Convention, au danger d'ingérences inconciliables avec la lettre et l'esprit de celle-ci.³⁸

La Cour européenne a donc rejeté une approche uniquement formaliste en précisant que l'exigence que les limites aux droits et libertés soient prévues par la loi imposait non seulement l'existence d'une loi, mais aussi la condition d'une certaine qualité de la loi.³⁹ Les limites doivent être suffisamment accessibles et précises, de telle sorte que l'on puisse en prévoir les cas d'application. Ces critères découlent directement du principe de la légalité. L'équité que tente de mettre en oeuvre ce principe ne pourra se réaliser que si le droit (positif) en vertu duquel chacun a le droit (subjectif) d'être régi présente ces qualités. On doit avoir la possibilité d'adapter son comportement à des normes intelligibles. Plus encore, cette nécessité, découlant du principe de la légalité, d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de ses actes, se double, en matière de droits et libertés constitutionnellement protégés, de l'importance d'en connaître à l'avance l'ampleur, afin de pouvoir les exercer dans leur plénitude et de ne pas être restreint par l'effet "paralysant"⁴⁰ de contours définitionnels flous.

(ii) *Son influence en droit canadien*

Certaines décisions judiciaires canadiennes présentent une analyse de la notion de règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*, qui semble s'inspirer de celle que l'on retrouve dans le jugement de la Cour européenne dans l'*Affaire du Sunday Times*.

38 Ibid. à la p. 69.

39 La Cour a réaffirmé ce point de vue, en 1984, dans l'*Affaire Malone* (1984), Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 82, une affaire mettant en jeu l'art. 8 de la Convention européenne, où elle a écrit, à la p. 32 :

"La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase 'prévue par la loi' ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la 'loi'; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention."

40 C'est le *chilling effect* du droit américain. Voir, dans le même sens, le passage du jugement de la Cour d'appel fédérale dans *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada*, cité ci-dessous, à la note 48.

35 Ibid. aux pp. 58-59.

36 Ibid. à la p. 62.

37 Ibid. à la p. 68.

La Cour suprême du Canada, dans *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*,⁴¹ a eu à discuter d'arguments relatifs aux qualités que doit revêtir une loi pour être une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*, et ainsi pouvoir subir le test de caractère raisonnable prévu par ce dernier. Était en cause, dans cette affaire, la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴² et des règlements édictés en vertu de cette dernière, interdisant toute publicité à caractère commercial destinée aux enfants de moins de treize ans. Irwin Toy a allégué que cette réglementation violait la liberté d'expression, et était à ce point vague, confuse et contradictoire qu'elle ne pouvait constituer une règle de droit au sens de l'article premier. La majorité de la Cour a répondu de façon ad hoc aux arguments avancés, sans pourtant y aller d'une vision plus générale de la question.

Tout d'abord, d'une certaine façon, la cour a pu éviter de répondre à l'argument selon lequel une disposition de la *Loi sur la protection du consommateur* conférait un large pouvoir discrétionnaire de faire des règlements, et qu'un tel pouvoir discrétionnaire ne pouvait constituer une règle de droit au sens de l'article premier. En effet, la Cour a tout simplement rappelé que puisqu'un règlement peut, lui-même, être une règle de droit au sens de l'article premier, le fait que la disposition législative habilitante confère un pouvoir discrétionnaire d'adopter ce règlement perd toute sa pertinence :

[U]ne restriction "est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application" [...] Un règlement promulgué en vertu d'un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, tel que celui en l'espèce, constitue une restriction prescrite par une règle de droit.⁴³

La Cour a aussi disposé de l'argument voulant que ce qui est confus et contradictoire ne puisse constituer une règle de droit au sens de l'article premier, en concluant que, correctement interprétées, les dispositions en cause ne présentaient tout simplement pas ces caractéristiques.⁴⁴

41 [1989] 1 R.C.S. 927.

42 L.R.Q., ch. P-40.1.

43 *Irwin Toy*, précité, à la note 41, à la p. 981.

44 *Ibid.* à la p. 982.

Enfin, la Cour a aussi discuté un argument voulant que les dispositions contestées ne pouvaient pas constituer une règle de droit au sens de l'article premier parce qu'elles étaient trop imprécises, ne fournissaient pas suffisamment d'indications aux tribunaux pour que ceux-ci soient en mesure d'interpréter l'interdiction, et, dès lors, conféraient un trop vaste pouvoir discrétionnaire d'interprétation aux tribunaux.⁴⁵ La Cour a répondu que, si l'exigence d'une restriction prescrite par une règle de droit ne pouvait s'accommoder d'un pouvoir discrétionnaire absolu, la simple existence d'une norme intelligible à appliquer par les tribunaux suffisait cependant. La Cour a jugé qu'en l'espèce, la condition était remplie.

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite "par une règle de droit".⁴⁶

Dans *Irwin Toy*, la Cour n'a donc pas donné une définition exhaustive de cette notion de règle de droit au sens de l'article premier. Elle n'a fait que répondre à des arguments qui lui étaient présentés. De certains passages, et du ton général du jugement, il est cependant possible d'inférer que la Cour pourrait accepter, tout comme l'a conclu auparavant, dans un autre contexte, la Cour européenne, que cette notion exige une certaine qualité de droit, c'est-à-dire que la norme soit relativement intelligible et accessible.⁴⁷

La Cour d'appel fédérale, dans *Luscher v. Deputy Minister (Customs & Excise)*,⁴⁸ a abordé la question de façon beaucoup plus

45 On peut mentionner que l'Office de protection du consommateur avait publié des critères devant aider à déterminer si une publicité était permise ou non, eu égard à la loi : *Irwin Toy*, précité, à la note 41, à la p. 982. La Cour européenne, après avoir décidé qu'un pouvoir discrétionnaire ne pouvait légitimement limiter des droits qu'à la condition qu'il existe des critères d'exercice de cette discrétion, a cependant accepté que ces derniers puissent être contenus dans des documents n'ayant pas force de loi : *Affaire Silver*, précitée, à la note 33, aux pp. 33-34 et *Affaire Malone*, précitée, à la note 39, à la p. 33.

46 *Irwin Toy*, précité, à la note 41, à la p. 983.

47 Il est donc possible que, pour cette raison, une loi rétroactive qui limite les droits et libertés ne puisse constituer une règle de droit au sens de l'art. 1^{er}.

48 (sub nom. *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada*) [1985] 1 C.F. 85 (C.A.).

directe. Dans ce litige, était contestée, au nom des libertés garanties à l'alinéa 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité d'un numéro tarifaire contenant une interdiction, vaguement formulée, d'importation de matériel ayant un caractère immoral ou indécent. S'appuyant notamment sur l'*Affaire du Sunday Times*, le juge Hugessen a clairement énoncé, pour la Cour, les exigences de précision et d'accessibilité imposées par la notion de règle de droit prévue à l'article premier de la *Charte* :

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer.⁴⁹

Les propos dissidents de la juge Tourigny de la Cour d'appel du Québec, dans *Tremblay c. Daigle*,⁵⁰ vont implicitement dans le même sens. Dans cette affaire, où l'on invoquait que, correctement interprétées, des dispositions de certaines lois québécoises interdisaient l'avortement projeté par l'appelante, en ce qu'elles reconnaissaient un droit à la vie pour le fœtus, elle a refusé de considérer qu'une limite aux droits constitutionnellement protégés puisse être prévue de façon aussi imprécise :

Dans un tel contexte, je suis d'avis que le jugement de première instance est mal fondé en droit et que, en l'absence de législation précise à cet effet, il ne saurait être question d'interpréter des dispositions générales de lois québécoises comme restreignant et, à plus forte raison, empêchant l'application de droits garantis par la Constitution canadienne. Je fais miens les propos de M^{me} la juge MacDonell, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans une décision de *Re Baby R...* et plus particulièrement :

"Such powers to interfere with the rights of women, if granted and if lawful, must be done by specific legislation and anything less will not do." [*Re Baby R...*, (1988) 15 R.F.L. 225 (B.C. S.C.)].⁵¹

Dans *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*,⁵² la Cour divisionnaire de l'Ontario a aussi énoncé des critères de précision et de clarté devant servir à identifier une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*, dans

49 Ibid. aux pp. 89-90. Cette approche a notamment été reprise par la Cour d'appel fédérale, dans *Osborne c. Canada (le Conseil du Trésor)*, [1988] 3 C.F. 219 à la p. 228 et ss. (C.A.).

50 [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.), infirmé [1989] 2 R.C.S. 530.

51 Ibid. à la p. 1758 (R.J.Q.).

52 (1983), 41 O.R. (2d) 583, 34 C.R. (3d) 73, 147 D.L.R. (3d) 58 (Cour divisionnaire d'Ontario, les juges Holland, Boland et Linden), appliqué (1984), 45 O.R. (2d) 80, 38 C.R. (3d) 271, 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A.).

un contexte où elle a décidé que ne s'y conformait pas une délégation législative de pouvoirs discrétionnaires à une commission de censure.

It is clear that statutory law, regulations and even common law limitations may be permitted. But the limit, to be acceptable, must have legal force. This is to ensure that it has been established democratically through the legislative process or judicially through the operation of precedent over the years.⁵³

On retrouve une approche comparable dans *Black v. Law Society (Alberta)*,⁵⁴ une décision de la Cour d'appel de cette province. Dans cette affaire où était discutée la question des associations inter-provinciales de cabinets d'avocats, le juge Kerans s'est exprimé comme suit, à propos des règles de droit pouvant apporter des limites permises aux droits et libertés :

(1) The limitation must be reasonably clear or ascertainable and made by recognized authority.

[...]

The first is settled law. The words "prescribed by law" in s. 1 affirm that aspect of the rule of law which does not permit the capricious or arbitrary exercise of power. More specifically they indicate that a violation is not protected unless it is permitted by some authority which is recognized as having a law-making function in our society, and that all members of society could know in advance, upon reasonable inquiry, what this rule is.⁵⁵

Ces quelques décisions canadiennes démontrent une préoccupation relative à la qualité de droit implicite dans la notion de règle de droit prévue à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Qu'elles s'en réclament explicitement ou non, elles sont dans la lignée de la décision de la Cour européenne dans l'*Affaire du Sunday Times*. Comme cette dernière, elles s'inspirent du principe de la *rule of law* et des exigences de précision et d'accessibilité qui en découlent nécessairement comme conditions d'un juste système de droit.

53 Ibid. à la p. 67 (147 D.L.R.).

54 (1986), 27 D.L.R. (4th) 527 (Alta. C.A.), appliqué [1989] 1 R.C.S. 591.

55 Ibid. à la p. 559 (D.L.R.). Voir aussi *Law Society (Manitoba) v. Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.), l'opinion du juge O'Sullivan, dissident. Dans *R. v. Keegstra* (1988), 65 C.R. (3d) 289, 43 C.C.C. (3d) 150 (Alta. C.A.), infirmé (13 décembre 1990), 21118 (C.S.C.), la Cour d'appel de l'Alberta a ainsi répondu à un argument selon lequel la disposition législative contestée était trop vague pour constituer une règle de droit au sens de l'art. 1^{er} :

"Does s. 281.2 limit free speech in a way that is not prescribed by law? It is argued for the accused that this subtest encompasses a 'void for vagueness' doctrine, and it has been breached by the loose language in the section. Any difficulty with the section is susceptible to solution by judicial interpretation, and this test is met." (À la p. 174 (C.C.C.))

(d) La doctrine américaine du *void for vagueness*

Dans cette recherche de l'interprétation correcte de la notion de règle de droit au sens de l'article premier, on invoque aussi, parfois, la doctrine américaine du *void for vagueness*.⁵⁶

Essentiellement, il semble que cette doctrine se rattache à l'exigence constitutionnelle de *due process* imposée dans les cas d'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité.⁵⁷ Cette exigence comprendrait des éléments de précision et d'accessibilité de la norme législative contestée. Laurence Tribe explique ainsi, dans un chapitre portant sur la liberté d'expression, la notion de *void for vagueness* :

As a matter of due process, a law is void on its face if it is so vague that persons "of common intelligence must necessarily guess as its meaning and differ as to its application". Such vagueness occurs when a legislature states its proscriptions in terms so indefinite that the line between innocent and condemned conduct becomes a matter of guesswork. This indefiniteness runs afoul of due process concepts which require that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of law enforcement officials, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory enforcement, be limited by explicit legislative standards.⁵⁸

Ces exigences de précision et d'accessibilité seraient particulièrement présentes dans les cas d'atteinte à la liberté d'expression, à cause de l'effet paralysant de dispositions législatives limitant cette dernière en des termes vagues. Il devient alors difficile

56 A cet égard, certaines décisions judiciaires canadiennes réfèrent à l'occasion à la jurisprudence américaine. Voir, par exemple : *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1, 10 D.L.R. (4th) 491 à la p. 521 (C.A.); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331 à la p. 345 (B.C. Prov. Ct.), modifié (1984), 38 C.R. (3d) 275 (B.C. Co. Ct.), appliqué (1985), 45 C.R. (3d) 36, 18 C.C.C. (3d) 1 (B.C. C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1985), 46 C.R. (3d) xxvii (C.S.C.). Voir aussi, pour une récente étude de cette doctrine par la Cour suprême du Canada, le *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Canada)*, (sub nom. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Canada)*) [1990] 1 R.C.S. 1123. Dans cette affaire, on a plaidé que l'imprécision des dispositions législatives contestées les rendait contraires aux principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

57 Tribe, dans une discussion du *procedural due process* précise ce qui suit : "Life, liberty and property could not, furthermore, be taken by virtue of a statute whose terms were 'so vague and uncertain' that one cannot determine their meaning." L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2e éd. (New York : Foundation Press, 1988) à la p. 684.

58 Ibid. à la p. 1033.

de distinguer l'expression législativement permise de celle législativement interdite, de sorte qu'inévitablement une certaine expression constitutionnellement protégée sera paralysée par cette interdiction législative formulée de façon floue. Tribe l'explique ainsi :

Discussions of vagueness in first amendment cases often borrow "fair notice" concepts from vagueness challenges of other sorts. But, in the first amendment area, the objectionable aspects of vagueness need not depend upon the absence of fair notice, for the first amendment's demand for specificity is also a product of the concern for a statute's chilling effect. "Those [...] sensitive to the perils posed by [...] indefinite language, avoid the risk [...] only by restricting their conduct to that which is unquestionably safe. Free speech may not be so inhibited" [...] As a consequence, the Supreme Court requires more specificity of a statute potentially applicable to expression sheltered by the first amendment than in other contexts, although no doctrinal formulation of the required increment has seemed possible.⁵⁹

Cette doctrine américaine du *void for vagueness* semble jouer quant à la détermination de l'existence d'une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement protégé. On le sait, la *Constitution* américaine ne contient pas de disposition limitative expresse et générale. Dès lors, le processus analytique en deux temps, développé en droit canadien essentiellement à cause de la présence de l'article premier de la *Charte*, et en vertu duquel on détermine d'abord l'existence d'une atteinte à un droit ou une liberté pour ensuite étudier le caractère raisonnable de la limite ainsi apportée, ne connaît pas d'existence en droit américain. Ce dernier ne présente donc qu'une utilité tout à fait périphérique pour la définition d'une règle de droit susceptible d'apporter, en vertu de l'article premier de la *Charte*, des limites légitimes aux droits et libertés constitutionnellement protégés en droit canadien. On ne saurait être trop prudent face aux dangers d'importation mécanique d'un concept développé dans un système juridique différent. Cette notion de *void for vagueness* pourra cependant, à l'occasion, apporter des informations précieuses, à un niveau plus général et abstrait, sur le type de précision législative qui pourrait être constitutionnellement requise.

59 Ibid. On doit remarquer qu'une certaine doctrine américaine ne traite de la question du *void for vagueness* que dans le contexte de la liberté d'expression. Voir J.E. Nowak, R.D. Rotunda et J.N. Young, *Constitutional Law*, 2e éd. (Saint Paul, Minn. : West, 1983).

(e) La notion de règle de droit de l'article premier

A la lumière de ce qui précède, on peut tenter d'élaborer certains paramètres de définition de cette notion de règle de droit qui peut légitimement apporter des limites aux droits et libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶⁰

(i) L'effet utile de la référence à la règle de droit

Tout d'abord, à un niveau fort élémentaire, on doit retenir que toute atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* ne sera pas susceptible de subir le test de l'article premier. Cela eût-il été le résultat souhaité, toute autorité publique assujettie à cette dernière aurait eu le pouvoir d'élaborer et d'imposer de telles limites, et la seule mention de la relativité de la protection constitutionnelle des droits et libertés, telle qu'on la retrouve dans les deux premières versions de l'article premier, aurait été suffisante. Dans chaque cas de violation de droits et libertés, à la condition, bien sûr, qu'elle soit le produit d'une intervention gouvernementale qui seule provoque l'application de la *Charte*, le caractère raisonnable de l'atteinte aurait été évalué eu égard au contexte législatif pertinent, le cas échéant, et au principe démocratique, certes, mais bien souvent à la seule lumière des faits particuliers de l'espèce.

60 Il semble que cette question précise n'ait pas fait l'objet d'une doctrine abondante. Voir cependant : R. Tassé, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans G. Beaudoin et E. Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd. (Montréal, Qué. : Wilson et Lafleur, 1989) à la p. 102; J.M. Ross, "Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984) 6 Human Rights Q. 180; P. Anisman, "Application of the Charter: A Structural Approach" dans P. Anisman et A.M. Linden, éd., *The Media, the Courts and the Charter* (Toronto : Carswell, 1986) 1; N. Finkelstein, "Section 1: The Standard for Assessing Restrictive Government Actions and the Charter's Code of Procedure and Evidence" (1983) 9 Queen's L.J. 143; D. Gibson, "Reasonable Limits under the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1985) 15 Man. L.J. 27; Christian, précité, à la note 28, à la p. 105; B. Hovius, "The Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?" (1985) 17 Ottawa L. Rev. 213; J. Falconer, "The ALERT Demand and the Right to Counsel: The Problem with Talboure" (1986) 28 Crim. L. Q. 390; P.W. Hogg, "Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" dans A. de Mestral et al., éd., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé* (Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1986) 3.

La référence expresse à la règle de droit comme seule source des limites permises a cependant été délibérément ajoutée, lors seulement de la troisième version de l'article premier, et dans un contexte où différents modèles de rédaction en la matière étaient disponibles. On doit donc donner un effet utile à cette mention précise, présumer qu'elle ajoute une condition de forme aux limites permises aux droits et libertés constitutionnellement protégés, et conclure que ce ne sont pas toutes les interventions gouvernementales portant atteinte à ces droits et libertés qui auront la possibilité de subir le test de caractère raisonnable prévu à l'article premier.

(ii) Le sens ordinaire de la notion de règle de droit

La notion matérielle de règle de droit a une signification consacrée et relativement précise. Il s'agit d'une norme abstraite d'application générale.⁶¹

La règle de droit peut donc servir de guide à l'action, et précède, par définition, son application dans des cas concrets. Elle

61 "Il faut en effet prendre d'abord conscience et mesure de ce corps de règles destinées à organiser la vie en société, qui constitue ce qu'on appelle le *droit objectif* parce qu'il réunit un ensemble de règles formulées de manière générale et impersonnelle, c'est-à-dire sans référence à tel ou tel individu déterminé. C'est alors le phénomène juridique à l'état pur qui est en cause et pose, en particulier, la question de l'essence de la règle de droit." : J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, 5e éd. rév. (Paris : Que sais-je, Presses Universitaires de France, 1988) aux pp. 3-4.

"On a tendance à identifier la règle de droit et la loi et à considérer que l'une et l'autre se définissent comme les règles de conduite régissant les rapports sociaux, sanctionnées par le Droit et qui ont un caractère permanent, général et abstrait [...] Cela signifie que la règle vise toute une catégorie de personnes placées dans les conditions établies pour son application et définies de manière abstraite." : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd. (Paris : Méthodes du droit, Dalloz, 1989) à la p. 45.

"La règle de droit (loi ou règlement) – comme d'ailleurs toutes les autres règles de conduite – a un caractère de généralité. On doit entendre par là qu'elle s'adresse à tous, et non à tel ou tel individu en particulier. On exprime la même idée en disant que la règle de droit est impersonnelle ou encore qu'elle a un caractère *objectif*." : B. Starck, *Introduction au droit*, 2e éd. par H. Roland et L. Boyer (Paris : Litec, 1988) à la p. 182.

“ne s'épuise pas en tranchant un cas.”⁶² Son caractère abstrait en garantit l'impartialité.⁶³

La signification consacrée de la règle de droit fait donc en sorte que la simple référence à cette notion, à l'article premier, implique que les limites permises aux droits et libertés devront être précisées dans des normes abstraites d'application générale.⁶⁴

(iii) *Le principe de la rule of law*

La notion de règle de droit, dans le contexte des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés, doit aussi être interprétée à la lumière du principe de la *rule of law*.⁶⁵ Ce principe est d'ailleurs expressément mentionné dans le préambule de la *Charte*

62 J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* (Paris : Armand Colin, 1984) à la p. 12, à la note (5) :

“On pourrait dire, d'un autre point de vue, que la règle ne s'épuise pas en tranchant un cas; tout au contraire, sa vocation, parce qu'elle envisage une situation, est de s'appliquer à une série de cas. Ce qui fait découvrir, du même coup, que la règle de droit implique une certaine permanence.”

63 “C'est parce que la loi est générale, abstraite et impersonnelle et parce qu'elle s'applique à tous ceux qui en remplissent les conditions, [...] que la loi est gage d'impartialité. L'impersonnalité de la loi est en effet une garantie contre l'arbitraire puisqu'elle n'est pas faite pour ou contre une personne déterminée. Elle représente ainsi une source de sécurité et d'égalité pour les citoyens.” : Bergel, précité, à la note 61, à la p. 45.

64 On peut remarquer ici que cette interprétation se rattache au texte précis de la version française de l'art. 1^{er}. Or le texte anglais ne réfère qu'à des limites *prescribed by law*. Les deux versions de l'art. 1^{er} ont cependant valeur officielle (voir l'art. 57 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), et on peut facilement prétendre que, puisqu'il s'agit d'une exception à la protection des droits et libertés, elle doit s'interpréter restrictivement. On devrait ainsi privilégier l'interprétation susceptible de représenter la signification commune aux deux versions, et donc préférer le sens plus étroit de règle de droit.

65 Voir Christian, précité, à la note 28, à la p. 109. Voir, dans le même sens, Hovius, précité, à la note 60, à la p. 234 :

“Canadian courts can certainly be expected to endorse the view that in any society based on the *rule of law*, a law restricting civil liberties should be sufficiently precise to permit individuals to reasonably foresee its applicability in advance. The Convention caselaw, therefore, provides a useful rationale for the conclusion that a limitation on the rights and freedoms set out in the Charter is not prescribed by law for the purposes of section 1 unless the law containing the limitation provides detailed criteria for its application.”

Voir aussi Hogg, précité, à la note 60 à la p. 12 :

canadienne des droits et libertés.⁶⁶ Il implique la nécessité de normes précises et accessibles.⁶⁷ Fondamentalement, l'assujettissement juste à un régime de droit implique la possibilité de le comprendre et de pouvoir ajuster son comportement de façon à être en mesure d'éviter les sanctions juridiques. A fortiori, en matière de droits et libertés constitutionnellement protégés, il est de toute première importance que chacun sache à la fois l'ampleur de la protection et celle des limites permises. Dans ce domaine, l'incertitude est pire encore, en ce qu'elle risque de paralyser l'exercice légitime de certains droits et libertés constitutionnellement protégés. A cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne est fort éclairante.⁶⁸

“[T]hat it is designed to ensure that citizens are plainly advised of any restrictions on their guaranteed rights, so that they can regulate their conduct accordingly. On this basis, the phrase would be satisfied by any law that satisfied two requirements: (1) the law must be adequately accessible to the public, and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct by it.”

66 “Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit.” : la *Charte*, précitée, à la note 2, préambule.

67 D. Gibson, “Reasonable Limits Under The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (1985) 15 *Man. L.J.* 27 à la p. 45 :

“The most fundamental meaning of ‘prescribed’, based on its Latin origins, is ‘written in advance’. The reason for requiring a law to be prescribed is usually to ensure that it is capable of being known by the community in order that it may be complied with, or, if disputed, that it may be challenged legally or politically.”

Je ne voudrais cependant pas être comprise comme une “diceyenne”, avide d'une précision législative telle que cette avidité ne puisse, en pratique, se satisfaire que d'un État libéral passif. Je prône plutôt un critère de clarté législative réaliste, atteignable et susceptible de s'accommoder des nombreuses mesures législatives essentielles à un réel exercice des libertés.

68 Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Canada)*, précité, à la note 56, le juge Lamer, aujourd'hui juge en chef, a expliqué que l'imprécision et la portée excessive d'une loi pouvaient être constitutionnellement contestées de deux façons. D'une part, elles peuvent donner lieu à un argument de violation des principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'autre part, l'imprécision et la portée excessive d'une loi peuvent l'empêcher d'être une règle de droit au sens de l'art. 1^{er} de cette *Charte*, et donc de pouvoir apporter des limites constitutionnellement permises aux droits et libertés. Dans cette affaire, cependant, l'imprécision n'a été discutée qu'en rapport avec les dispositions de l'art. 7 de la *Charte*. Voir aussi la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Red Hot Video*, précité, à la note 56, pour une considération des exigences de précision et d'accessibilité aux fins de l'étude des principes de justice fondamentale de l'art. 7.

(iv) *Le principe démocratique*

L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés, dans la mesure, notamment, où leur : "justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique." Cette référence expresse au principe démocratique colore aussi la notion de règle de droit. Ce contexte ne prescrit-il pas une source particulière de ces règles de droit aptes à limiter les droits et libertés? N'implique-t-il pas que seules les autorités qu'une société démocratique autorise à élaborer des règles de droit pourront façonner les limites aux droits et libertés, dont les tribunaux évalueront ultérieurement la conformité au critère de fond prévu à l'article premier? Les acteurs étatiques sont assujettis à la *Charte*; et parmi eux, certains seulement sont habilités à définir les limites de ces droits et libertés, dont la légitimité au sens de l'article premier sera ensuite évaluée dans le forum judiciaire. Au Canada, les parlements et les tribunaux sont, en principe, les autorités qui ont qualité pour élaborer des règles de droit.

Ainsi, les parlements canadiens sont certainement des acteurs légitimes à qui les autorités constituantes ont permis d'élaborer des limites aux droits et libertés, eu égard aux exigences de la société démocratique. Puisque l'enchâssement de la *Charte* a considérablement porté atteinte au principe de la souveraineté du parlement, il semble cohérent que ce soit d'abord aux parlements que revienne la possibilité de façonner les limites aux droits et libertés exigées par la vie démocratique. Cette possibilité implique cependant aussi une responsabilité : si les parlements ne peuvent élaborer à l'avance, avec précision, toutes les limites aux droits et libertés imposées par la vie démocratique, et si une forme de délégation du pouvoir d'adopter de telles règles de droit, à des autorités administratives, s'avère à cet égard nécessaire, les parlements devraient à tout le moins définir eux-mêmes les paramètres et conditions générales

d'imposition de ces limites, dont ils assument d'ailleurs l'ultime responsabilité.⁶⁹

Au sein de la société démocratique canadienne, les tribunaux judiciaires sont aussi habilités à énoncer des règles de droit, sous la forme du *common law*. Le système de droit canadien fait une large part à cette source de droit, à côté du droit statutaire. Il est inévitable que le *common law* soit aussi considéré comme source permise des règles de droit pouvant limiter les droits et libertés.⁷⁰

Il semblerait donc possible de formuler ici l'hypothèse sommaire voulant que seules des normes abstraites d'application générale adoptées par les parlements canadiens, par des autorités administratives à qui ils ont clairement délégué ce pouvoir, ou par les tribunaux judiciaires, et qui soient raisonnablement précises et accessibles, devraient constituer des règles de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

69 Le thème des sources des règles de droit rejoint ici celui de leur forme : une délégation législative claire pourra présenter les nécessaires qualités de précision et d'accessibilité. "Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables" : Mme la juge Wilson, dissidente, dans *McKinney*, précité, à la note 29, à la p. 89, à propos de la référence à la notion de règle de droit à l'art. 1^{er}.

70 "La règle de droit constitue le bien propre de l'autorité législative et aussi des tribunaux lorsqu'elle est dérivée de la *common law*." : Tassé, précité, à la note 60, à la p. 102. Dans l'*Affaire du Sunday Times*, précitée, à la note 32, à la p. 30, la Cour européenne a justifié en ces termes le fait qu'une limite apportée par une règle de *common law* était "prévues par la loi" au sens de la Convention européenne :

"La Cour constate que dans 'prévues par la loi', le mot 'loi' englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n'attache donc pas d'importance au fait que le *contempt of court* est une création de la *common law* et non de la législation. On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la *common law* n'est pas 'prévues par la loi' au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif: on priverait un État de *common law*, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 § 2 et l'on frapperait à la base son système juridique."

2. L'ARRÊT *SLAIGHT COMMUNICATIONS*

(a) La décision de la Cour

Dans cette affaire, étaient contestées deux ordonnances rendues par un arbitre du travail agissant en vertu de l'article 61.5c) du *Code canadien du travail*.⁷¹ Cette disposition législative se lit comme suit :

Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur :

[...]

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

A la lumière d'un contexte factuel particulier, qu'il n'est pas utile de rappeler ici, l'arbitre a d'abord rendu une première ordonnance (positive) imposant à l'employeur l'obligation de remettre à un employé, qui avait été congédié, une lettre de recommandation attestant d'un certain nombre d'éléments précisés. La deuxième ordonnance (négative) interdisait à l'employeur de répondre à toute demande de renseignements concernant l'employé autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation.

L'employeur a contesté ces ordonnances, au motif, notamment, d'une violation de sa liberté d'expression constitutionnellement protégée.⁷² La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de l'employeur contre au arrêt de la Cour d'appel fédérale qui avait rejeté sa demande de révision. Six juges ont participé au jugement de la Cour suprême,⁷³ trois opinions ont été rédigées, dont une est dissidente et une autre dissidente en partie. Le juge en chef Dickson a jugé que les deux ordonnances étaient permises par le droit administratif, qu'elles violaient la liberté d'expression mais constituaient des limites raisonnables au sens de l'article premier. Les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé lui ont donné leur ac-

cord. Le juge Beetz, dans une opinion dissidente, a considéré que les deux ordonnances violaient la liberté d'expression et ne constituaient pas des limites permises par l'article premier, et que l'ordonnance négative était aussi déraisonnable du point de vue du droit administratif. Le juge Lamer, quant à lui, a décidé que l'ordonnance négative était nulle au sens du droit administratif, et que l'ordonnance positive était permise par le droit administratif, violait la liberté d'expression, mais constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier.

Le juge Lamer a consacré de longs développements de son opinion à l'analyse des rapports entre le droit administratif et la *Charte canadienne des droits et libertés*, particulièrement en ce qui concerne la question des limites permises par l'article premier de la *Charte*.⁷⁴ Cette partie de son jugement a expressément reçu l'approbation de tous les autres juges,⁷⁵ et les idées qui y sont exprimées représentent donc, sur la question, l'opinion unanime de la Cour dans cette affaire *Slaight*. C'est essentiellement à elles que je m'arrêterai ici.

Tout d'abord, l'assujettissement des ordonnances arbitrales à la *Charte* a été considérée comme indiscutable, et ce dans les termes suivants :

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi.⁷⁶

Quoique cet élément précis de la décision de la Cour ne fasse pas directement l'objet de la présente étude, on peut tout simplement remarquer, en passant, que la Cour n'a pas utilisé le concept d'intervention gouvernementale qu'elle avait préalablement élaboré dans l'arrêt *Dolphin Delivery*⁷⁷ afin de définir le champ d'application de la *Charte*, mais qu'elle a plutôt retenu ici un critère qui apparaît plus formel : il ne semble en effet retenir que la source législative de l'habilitation à agir, et donc des actes posés.

71 S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5c), mod. par la *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21.

72 D'autres motifs, de droit administratif, étaient aussi invoqués, au soutien de l'invalidité des ordonnances.

73 Sept juges ont initialement entendu la cause, mais le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

74 *Slaight*, précité, à la note 10, aux pp. 1077 et ss.

75 Opinion du juge en chef Dickson, *ibid.* à la p. 1048; opinion du juge Beetz, à la p. 1058, dans *Slaight*, précité, à la note 10.

76 *Ibid.* à la p. 1077.

77 Précité, à la note 29.

Dans son analyse du fonctionnement des prescriptions constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cadre du droit administratif, la Cour a d'abord précisé que lorsqu'un texte législatif confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de violer les droits et libertés constitutionnellement protégés, c'est le texte législatif lui-même qui doit subir le test de caractère raisonnable de l'article premier.⁷⁸

La Cour a cependant interprété la disposition du *Code canadien du travail* qui conférait à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire imprécis en vertu duquel les deux ordonnances avaient été élaborées comme n'autorisant pas la violation de droits et libertés constitutionnellement protégés.

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait.⁷⁹

Après avoir conclu que le texte du *Code canadien du travail* qui conférait à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire imprécis ne lui conférait, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de violer les droits et libertés constitutionnellement protégés, la Cour a poursuivi en affirmant que le texte autorisait cependant l'arbitre à apporter aux droits et libertés des limites raisonnables permises par l'article premier de la *Charte*.

Il faut donc interpréter l'al. 61.5(9)c) comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier sous réserve toutefois que cette ordonnance, si elle restreint un droit ou une liberté protégés, ne les restreigne que dans des limites qui soient raisonnables

et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.⁸⁰

Il semble que ce soit en partie le caractère relatif et pondéré des droits et libertés garantis par la *Charte* qui ait amené la Cour à inférer un tel pouvoir de leur apporter des limites :

Ce n'est en effet que si la restriction apportée à un droit ou à une liberté n'est pas contenue dans des limites qui soient raisonnables et justifiables que l'on peut parler de violation de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits et les libertés qu'elle énonce. Elle garantit plutôt le droit de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.⁸¹

Dès lors, lorsqu'une ordonnance est émise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire accordé par un texte de loi ne conférant ni expressément ni par implication nécessaire le pouvoir de violer les droits et libertés constitutionnellement garantis, et qu'elle porte quand même atteinte à ces droits et libertés, c'est l'ordonnance elle-même qui doit subir le test du caractère raisonnable de l'article premier. La Cour considère ainsi cette option :

2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*.

– Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

– si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;

– si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction.⁸²

La Cour ajoute :

Pour déterminer si cette restriction est contenue dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut donc évaluer si l'utilisation qui fut faite de la discrétion a pour effet de contenir la restriction dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre

78 *Slaight*, précité, à la note 10, à la p. 1080.

79 *Ibid.* aux pp. 1077-1078; voir aussi p. 1079.

80 *Ibid.* à la p. 1079.

81 *Ibid.*

82 *Ibid.* à la p. 1080.

d'une société libre et démocratique. Si la réponse est positive nous devons conclure que l'arbitre avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance puisqu'il était autorisé à rendre une ordonnance restreignant un droit ou une liberté énoncés à la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables. Si la réponse est au contraire négative il faut alors conclure que l'arbitre a excédé sa juridiction puisque le Parlement ne lui a pas délégué le pouvoir de violer la *Charte*. Ayant excédé sa juridiction sa décision est donc nulle et sans effets.⁸³

La Cour précise enfin en ces termes qu'il s'agit bel et bien d'une limite prévue par une règle de droit au sens de l'article premier :

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi.⁸⁴

(b) Critique

(i) *La question du texte législatif qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés*

La partie du jugement de la Cour relative aux textes législatifs qui confèrent expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés en est la plus simple. On y précise que ce sont alors ces textes qui doivent subir le test du caractère raisonnable prévu à l'article premier de la *Charte*.⁸⁵ Cela s'intègre tout à fait bien dans la lignée des précédents jurisprudentiels consacrés, en droit canadien, à la nature de la règle de droit au sens de l'article premier.

En effet, tôt dans l'histoire jurisprudentielle de la *Charte*, dans l'arrêt *R. v. Therens*,⁸⁶ le juge Le Dain, de la Cour suprême, a précisé qu'une limite aux droits et libertés, permise par l'article premier de la *Charte* canadienne, ne pouvait découler que d'une loi, d'un règlement

ou de la *common law*. Cette affaire mettait en cause le droit à l'assistance d'un avocat, dans le contexte d'une demande faite en vertu d'un article du *Code criminel*⁸⁷ qui permettait à l'époque à un "agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre [...] une infraction," d'"exiger sur le champ ou dès que possible" que cette personne fournisse un échantillon d'haleine. La Cour suprême a jugé que l'atteinte au droit à l'avocat avait été le fait de l'acte du policier, et que cette limite n'était nullement prévue par une règle de droit au sens de l'article premier, puisque le texte législatif habilitant le policier à agir ne fondait ni expressément, ni par implication nécessaire, la violation du droit à l'assistance d'un avocat. Le juge Le Dain s'est exprimé ainsi, énonçant ce qui est devenu par la suite la définition consacrée de la règle de droit au sens de l'article premier :

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.⁸⁸

En l'absence d'une telle règle de droit, la restriction au droit garanti était le fait de l'acte du policier et ne pouvait donc être soumise au test de sauvegarde de l'article premier. Elle était irrémédiablement inconstitutionnelle.

Cette analyse de la Cour a été suivie par une jurisprudence constante. Dans *R. v. Thomsen*,⁸⁹ la violation du droit à l'assistance d'un avocat a eu lieu dans le cadre d'une demande d'un policier qui avait agi en vertu d'une autre disposition du *Code criminel*, qui prévoyait alors que :

L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon

83 Ibid. à la p. 1081.

84 Ibid. aux pp. 1080-1081.

85 Ibid. à la p. 1080.

86 [1985] 1 R.C.S. 613.

87 Il s'agissait de l'art. 235(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [maintenant L.R.C. 1985, ch. C-46, art 254(3)].

88 Précité, à la note 86, à la p. 645, le juge Le Dain. Ce dernier était cependant dissident quant à la question de l'exclusion de la preuve.

89 [1988] 1 R.C.S. 640.

d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse.⁹⁰

La Cour a alors estimé que, puisque la disposition législative permettait la prise d'échantillon "sur-le-champ", l'atteinte au droit protégé était prévue par une règle de droit. Elle découlait implicitement de ses conditions d'application, et pouvait donc subir le test de l'article premier.

Dans *R. v. Simmons*,⁹¹ il était allégué qu'une fouille autorisée par la loi avait été réalisée de façon à porter atteinte à certains droits garantis par la *Charte* canadienne. La Cour a refusé d'analyser la violation en vertu des termes justificatifs prévus à l'article premier, puisqu'il n'y avait pas de règle de droit au sens de ce dernier. Le juge en chef a écrit ce qui suit, pour la majorité :

La *Loi sur les douanes* n'impose aucune limite expresse au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. On n'a pas soutenu que la restriction du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'impose par voie d'interprétation nécessaire de la loi. La restriction du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat constituait une limite imposée non pas par une règle de droit, mais plutôt par les actes des agents des douanes.⁹²

Dans *R. v. Hufsky*,⁹³ la Cour a réitéré ce même test de la nature d'une règle de droit au sens de l'article premier, et a conclu qu'un texte législatif qui conférait à un policier le pouvoir discrétionnaire d'arrêter au hasard des conducteurs de véhicules automobiles impliquait une restriction tacite au droit à la protection contre la détention arbitraire, et constituait une règle de droit. Il pouvait donc être soumis au test de caractère raisonnable. On y retrouve le passage suivant :

90 Article 234.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [maintenant S.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(2)].

91 [1988] 2 R.C.S. 495.

92 Ibid. à la p. 531. Voir aussi les motifs distincts de la juge Wilson, notamment aux pp. 544 et 545 :

"Aucune restriction de ce genre n'est imposée au droit garanti à l'appelante par l'al. 10b), que ce soit une restriction exprimée aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ou une restriction qui découle nécessairement des termes de ces articles ou de leurs conditions d'application. Il n'y a rien dans ces articles qui soit incompatible avec le droit à l'assistance d'un avocat, pas plus que leurs conditions d'application n'empêchent l'exercice de ce droit [. . .] Ces dispositions législatives n'ont pas pour objet d'imposer une limite au droit à l'assistance d'un avocat ni de tenter d'empêcher d'y avoir recours et elles sont parfaitement compatibles avec le droit garanti à l'appelante par l'al. 10b)."

93 [1988] 1 R.C.S. 621.

Comme l'indiquent les arrêts *Therens* et *Thomsen*, une restriction par une règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*, peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. À mon avis, une restriction tacite au droit à la protection contre la détention arbitraire résulte des termes du par. 189a(1) du *Code de la route*, qui confère à un agent de police le pouvoir de choisir, à son entière discrétion, les conducteurs de véhicules automobiles auxquels il ordonnera de s'arrêter. En d'autres termes, il autorise l'arrêt au hasard des véhicules automobiles.⁹⁴

La juge Wilson a repris cette approche, dans des motifs distincts qu'elle a rédigés dans l'affaire *R. v. Debot*,⁹⁵ à propos d'une fouille réalisée en vertu d'une habilitation législative qui ne fondait nullement une violation de droits constitutionnels :

S'il doit y avoir des limites au droit à l'assistance d'un avocat autres que les limites qu'impose la sécurité des policiers, c'est-à-dire des restrictions à apporter au sens des mots "sans délai" à l'al. 10b), elles doivent, à mon avis, être conformes à l'article premier de la *Charte* [. . .] [L]e ministère public intimé ne soutient pas que le libellé de l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* ou ses conditions d'application impliquent nécessairement une limite au droit à l'assistance d'un avocat [. . .] Par conséquent, il n'est ni possible ni nécessaire que notre Cour décide en l'espèce si une fouille sur place à la recherche de drogues, avant d'aviser le suspect de son droit à l'assistance d'un avocat, constitue une limite raisonnable à l'al. 10b) prescrite "par une règle de droit" dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier.⁹⁶

Finalement, dans *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*,⁹⁷ la Cour a une fois de plus cité avec approbation la définition de la règle de droit au sens de l'article premier, telle qu'initialement formulée dans l'arrêt *Therens*.

Jusqu'à l'affaire *Slaight*, la définition de règle de droit, au sens de l'article premier, semblait donc confirmée, exigeant que la limite aux droits et libertés découle expressément ou par implication nécessaire des termes mêmes d'une loi ou d'un règlement, de leurs conditions d'application ou encore de la *common law*. Cette définition était d'ailleurs présentée comme exhaustive, de telle sorte qu'en l'absence d'une telle source, une violation d'un droit ou d'une liberté par un agent administratif, par ailleurs autorisé à agir en vertu d'un texte législatif, ne pouvait être soumise au test de caractère raisonnable de l'article premier, et était donc absolument inconstitutionnelle.

94 Ibid. aux pp. 633-634.

95 [1989] 2 R.C.S. 1140.

96 Ibid. à la p. 1165.

97 Précité, à la note 41, à la p. 981.

Cette définition présentait plusieurs avantages. D'une part, elle respectait les prescriptions du principe de la *rule of law*. En effet, elle exigeait une élaboration préalable et accessible des limites permises aux droits et libertés, limites dont les tribunaux évalueraient ultérieurement la conformité aux exigences de fond imposées par l'article premier. Certes, cette définition n'allait-elle pas jusqu'à intégrer explicitement les exigences développées par la Cour européenne dans l'*Affaire du Sunday Times*,⁹⁸ mais, on l'a vu, la Cour suprême semble avoir accepté de leur reconnaître une certaine pertinence, dans sa réponse à des arguments présentés dans l'affaire *Irwin Toy*.⁹⁹

D'autre part, la définition respectait aussi l'exigence d'une source autorisée, par la société démocratique canadienne, pour l'élaboration des limites permises aux droits et libertés. Ces limites pouvaient être élaborées dans un texte de loi, un texte de législation déléguée ou encore dans des règles de *common law*.

(ii) *La reconnaissance de la qualité de règle de droit à une ordonnance administrative*

La nouveauté que semble apporter le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Slaight* concerne plutôt la question des actes posés en vertu d'un texte législatif qu'on a interprété comme ne conférant pas expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Jusqu'à cette décision, et en vertu de la tendance jurisprudentielle apparemment bien établie, il semble bien que si de tels actes avaient porté atteinte à des droits ou libertés constitutionnellement protégés, ils auraient tout simplement été jugés irrémédiablement inconstitutionnels.

Dans *Slaight*, dans un tel contexte, la Cour a cependant traité l'*ordonnance* émise en vertu d'une habilitation statutaire à exercer un pouvoir discrétionnaire comme une règle de droit au sens de l'article premier, et lui a donc fait subir le test de caractère raisonnable qui y

est prévu.¹⁰⁰ Ainsi, si un texte législatif qui délègue un pouvoir discrétionnaire ne doit pas être interprété de manière à conférer le pouvoir de violer les droits et libertés constitutionnellement protégés, à moins de ne le faire de façon expresse ou par implication nécessaire, un tel texte pourra cependant être compris comme habilitant à imposer à ces mêmes droits et libertés des limites au sens de l'article premier de la *Charte*.¹⁰¹

A. *Les justifications apportées par la Cour*. La Cour a apporté quelques éléments d'explication de cette position, à première vue nouvelle, selon laquelle une ordonnance administrative émise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte législatif constitue une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

Tout d'abord, on l'a vu, la Cour semble justifier cette approche par le caractère relatif et pondéré des droits et libertés garantis par la *Charte*.¹⁰²

Il semble difficile de concevoir en quoi l'incontestable caractère relatif de la protection constitutionnelle des droits et libertés apporte une quelconque réponse à la question de l'autorité légitime habilitée à leur apporter des limites raisonnables. Ce caractère relatif des droits protégés est *une* des informations que nous donne l'article

100 Il est vrai qu'un certain passage du jugement peut donner l'impression que c'est le texte de loi qui constituait la règle de droit :

"C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi." *Slaight*, précité, à la note 10, aux pp. 1080-1081.

En réalité, cependant, dans le jugement de la Cour, c'est l'ordonnance concrète qui a dû subir le test de l'art. 1^{er}.

101 C'est ce qui semble ressortir du jugement de la Cour. Voir, notamment, le passage de la p. 1079 de l'arrêt *Slaight*, précité, à la note 80.

102 Voir *Slaight*, précité, à la note 10, à la p. 1079.

98 Précitée, à la note 32.

99 Précitée, à la note 41.

premier, la source autorisée des limites permises en est une autre, et justement celle qui nous intéresse ici.¹⁰³

Le jugement semble porteur de cette confusion, en ce qu'il identifie le concept A : "violation des droits et libertés" au concept B : "violation des droits et libertés qui ne constitue pas une limite raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique." En procédant à cette association automatique, la Cour évacue la condition, expressément prévue à l'article premier de la *Charte*, de la seule imposition des limites par une règle de droit. Ainsi, elle peut conclure d'un texte législatif qui n'autorise ni expressément ni par implication nécessaire la violation des droits et libertés ("A"), qu'il permet quand même qu'on leur apporte des limites raisonnables et justifiables ("B").

103 Cette confusion possible de deux éléments pourtant différents prévus par l'art. 1^{er}, soit le caractère relatif des droits et libertés et la condition que les limites permises soient imposées par une règle de droit, explique peut-être le caractère ambigu du passage suivant que l'on retrouve dans *R. v. Sanelli*, (sub nom. *R. c. Duarte*) [1990] 1 R.C.S. 30, un arrêt dans lequel la Cour a d'abord conclu : 1° que des actes policiers d'interception de communications privées violaient le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte*; 2° que, quoique ces actes soient autorisés par un texte de loi, ils étaient, à l'exclusion de ce dernier, la seule source de la violation; 3° que, l'art. 1^{er} ne recevait dès lors aucune application et qu'il n'était donc pas nécessaire d'évaluer le caractère raisonnable de l'atteinte. Voici ce passage, que l'on retrouve, apparemment en obiter, aux pp. 56-57 du jugement :

"Il suffit de mentionner brièvement une justification possible, aux termes de l'article premier, des actes de la police en l'espèce. La question de savoir si la surveillance participative est une limite raisonnable imposée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, nous ramène au fait que l'appelant ne prétend nullement qu'il faudrait priver les policiers du droit d'avoir recours à des indicateurs ou d'intercepter eux-mêmes des communications dès lors qu'ils ont gagné la confiance d'un suspect. Il fait uniquement valoir qu'il devrait y avoir un contrôle judiciaire de cette pratique, comme il y a dans le cas de la surveillance par un tiers. En un mot, il n'y a pas de justification pour les fouilles et les perquisitions sans mandat dès lors qu'il est admis que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat. Ce simple fait (et je constate que l'intimée n'a avancé aucun argument réfutant la notion que la police aurait pu comparaître devant un juge pour obtenir une autorisation de surveillance participative) détruit, à mon avis, l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable apportée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives."

Ce passage constitue un des aspects problématiques de cette décision. Un autre en est le refus de voir dans le texte législatif même la source de la violation.

La Cour semble aussi justifier sa thèse en concluant à l'existence d'une délégation, par le législateur, du pouvoir d'apporter des limites aux droits et libertés.

Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.¹⁰⁴ [Soulignements ajoutés.]

Ce qui surprend ici, c'est que l'on semble imposer deux tests d'interprétation différents à d'éventuelles délégations législatives en matière d'atteinte à des droits et libertés constitutionnellement protégés. On l'a vu, et c'est maintenant le fruit d'une jurisprudence consacrée, un texte législatif ne sera interprété comme autorisant la violation de droits et libertés que si ses termes ou ses conditions d'application le prévoient, de façon expresse ou par implication nécessaire.¹⁰⁵ Or, l'effet combiné de la décision ultime, dans *Slaight*, et du passage précité, contraint à conclure que l'on pourra aussi imputer au législateur une autre intention, soit celle de déléguer le pouvoir d'imposition de limites raisonnables et justifiables aux droits et libertés, et ce tout simplement "lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire."

On semble aussi avoir justifié la conclusion que l'ordonnance constituait une règle de droit par le fait que l'arbitre n'exerçait que des pouvoirs conférés par la loi.¹⁰⁶

Le caractère essentiellement statutaire des pouvoirs de l'arbitre peut à la rigueur présenter une pertinence quant à la détermination de son assujettissement à la *Charte*.¹⁰⁷ On ne saurait cependant en conclure pour autant que les actes qu'il pose sont des règles de droit au sens de l'article premier. Il ne peut évidemment faire plus que ce que la loi lui permet. La question est justement ici de savoir si la loi lui permet d'imposer des limites quelconques aux droits et libertés. A cet égard la Cour, dans sa conclusion, semble présumer ce que, justement, elle doit démontrer.

104 *Slaight*, précité, à la note 84, à la p. 1079.

105 C'est alors le texte législatif qui devra subir le test de l'art. 1^{er}.

106 *Slaight*, précité, à la note 10, à la p. 1080.

107 Voir, ci-dessus, à la note 76.

B. *Critique*. On doit d'abord rappeler que, dans l'affaire *Slaight*, la Cour suprême a rapidement conclu que la disposition législative en cause, qui donnait à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire "de faire toute [autre] chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier," ne conférait pas le pouvoir de violer la *Charte*, et qu'elle était donc constitutionnelle sans même avoir à subir le test de caractère raisonnable de l'article premier. La Cour pouvait dès lors se tourner vers l'ordonnance elle-même, et procéder à l'analyse que l'on a vue.

La conclusion de la Cour découle d'une interprétation conciliatrice (*reading down*) du texte législatif contesté. En vertu d'une telle interprétation, qui est issue, selon moi, de la présomption de constitutionnalité,¹⁰⁸ la Cour a précisé que lorsqu'une disposition est susceptible de plus d'une interprétation, elle ne doit pas être interprétée de façon à être incompatible avec la *Charte*.¹⁰⁹

Après avoir conclu que la disposition législative habilitante, correctement interprétée, ne présentait aucun vice d'ordre constitutionnel, la Cour a donc exclusivement porté son attention sur l'ordonnance précise émise par l'arbitre dans le contexte factuel de l'espèce.¹¹⁰

Quoi qu'il en soit des justifications expressément apportées par la Cour, il demeure que l'acceptation d'une ordonnance administrative, comme règle de droit au sens de l'article premier, n'est pas sans soulever de problèmes.

A un premier niveau, on peut tout d'abord se demander en quoi une telle ordonnance peut constituer une règle de droit. Il est d'ailleurs possible de se poser la même question à propos de l'affaire *Re B.C.G.E.U.*,¹¹¹ dans laquelle la Cour a implicitement accepté qu'une injonction émise par un tribunal judiciaire, dans un contexte

108 D. Pinard, "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1990) 35 R. D. McGill 305.

109 *Slaight*, précité, à la note 10, à la p. 1078; voir, pour une même approche, le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Ladouceur* (1987), 59 O.R. (2d) 688 (C.A.). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême du Canada, dans un jugement rendu le 31 mai 1990, précité, à la note 12, a plutôt considéré que la disposition apportait des limites permises au sens de l'art. 1^{er} de la *Charte*.

110 Voir cependant les remarques de la note 100.

111 [1988] 2 R.C.S. 214.

particulier, constituait une telle règle de droit.¹¹² En effet, en vertu de l'acception consacrée, cette dernière notion n'implique-t-elle pas, par définition, une norme abstraite d'application générale, devant justement servir de guide et de fondement à l'élaboration de décisions concrètes dans les cas d'applications individuelles?¹¹³ L'ordonnance administrative ne constitue pas une telle norme. En paraphrasant Bergel, on peut dire que, tout au plus, elle ne sert que de relais délibéré entre la règle de droit et la prescription individuelle :

Il ne semble cependant pas que les jugements, contrats ou décisions administratives qui créent des prescriptions individuelles puissent en eux-mêmes être qualifiés de sources de droit car ils ne créent pas de normes capables de régir une série illimitée de cas. Ces actes n'ont qu'un effet relatif dans la mesure où ils ne s'imposent qu'à leurs auteurs ou leurs destinataires, même si cette relativité subit parfois des exceptions. Ce sont surtout de simples relais entre les règles de droit et les prescriptions individuelles.¹¹⁴

L'acceptation d'une ordonnance administrative comme règle de droit fait donc violence au sens traditionnel et ordinaire de cette dernière notion.¹¹⁵

Cette confusion entre la notion d'ordonnance administrative et celle de règle de droit entraîne ici une conséquence importante. On l'a vu, la condition de forme voulant que seule une règle de droit puisse limiter les droits et libertés a justement pour objet d'assurer que ces limites soient accessibles et certaines, de telle sorte qu'il soit possible de les prévoir, de toute évidence avant leur application dans un cas

112 Voir aussi *Southam Inc. c. Gagnon*, [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1989), 105 N.R. (note) (C.S.C.). La Cour d'appel du Québec y a décidé qu'une ordonnance de non-publication, émise par un commissaire, constituait une règle de droit au sens de l'art. 1^{er}.

113 Voir ci-dessus, à la p. 101 du texte. Les propos de Mme la juge Wilson, dans des motifs distincts qu'elle a rédigés dans *Dolphin Delivery Ltd. c. S.G.D.M.R.*, précité, à la note 29, expriment une préoccupation semblable. Elle semble en effet y limiter l'objet de l'analyse faite en vertu de l'article premier à la norme abstraite, et réserve pour une seconde étape la considération de l'application de cette norme aux faits particuliers d'une espèce.

114 Bergel, précité, à la note 61, à la p. 53.

115 La conclusion de la Cour se rattache peut-être mieux au texte anglais de l'art. 1^{er}, qui réfère simplement à une limite *prescribed by law*. On peut en effet dire d'une limite imposée par une ordonnance administrative, elle-même autorisée par un texte de loi, qu'elle est *prescribed by law*. Il semble que Mme la juge Wilson comprenne ainsi l'arrêt *Slaight*, et retienne cette interprétation de l'art. 1^{er} : voir son opinion, dissidente, dans *McKinney*, précité, à la note 29, à la p. 103 :

particulier. Or, accepter de considérer une ordonnance administrative comme règle de droit au sens de l'article premier, c'est aussi accepter l'impossibilité de prévoir, avant leur application dans un cas donné, la nature et l'ampleur des limites permises aux droits et libertés, et donc les conséquences juridiques d'un comportement particulier. La formulation et l'application unique de l'ordonnance administrative se

"A mon avis, une interprétation semblable doit être adoptée dans les présents pourvois. Bien que les universités ne soient pas des créatures de la loi au même sens que l'arbitre dans l'arrêt *Slaight Communications*, leur pouvoir en matière de relations de travail avec les professeurs et les employés provient de leurs lois habilitantes. Ces dispositions ne violent pas en soi la *Charte*. C'est plutôt la mesure prise conformément à ces dispositions qui a entraîné la violation. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer précisément si les politiques concrètes qui imposent la retraite à 65 ans constituent une 'règle de droit' au sens de l'article premier. Pour des motifs semblables à ceux exprimés dans l'arrêt *Slaight Communications*, si les mesures qui prévoient la retraite obligatoire ne sont pas raisonnables et si leur justification ne peut se démontrer, elles ne relèvent pas du pouvoir des universités et doivent être annulées."

La décision de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Slaight*, n'est pas la seule qui semble s'accommoder mieux de la version anglaise que de la version française de l'art. 1^{er}. Dans *Cotroni c. Centre de Prévention de Montréal*, (sub nom. *États-Unis c. Cotroni*) [1989] 1 R.C.S. 1469, par exemple, la majorité a ainsi justifié l'applicabilité de l'art. 1^{er}, à la p. 1500 du jugement :

"Est également sans fondement l'allégation que le pouvoir de l'exécutif de livrer une personne, qui découle du traité, n'est pas une 'règle de droit' au sens de l'article premier de la *Charte* et ne saurait donc justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Le pouvoir de l'exécutif et le traité tirent leur validité, aux fins du droit interne, de l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21."

On retrouve la même approche dans le jugement de la majorité de la Cour, dans *R. v. Ladouceur*, précité, à la note 12, dans lequel on retrouve le passage suivant, à la p. 1278 :

"Le pouvoir d'un agent de police d'intercepter des véhicules automobiles au hasard découle du par. 189a(1) du *Code de la route* et est donc prescrit par une règle de droit. Voir *Hufsky*, précité, à la p. 634. Ce pouvoir a également été justifié par notre Cour dans l'arrêt *Dedman*, précité, comme étant prescrit par la common law."

La Cour d'appel du Québec privilégie une analyse semblable, dans *Southam Inc. c. Gagnon*, précité, à la note 112 :

"Il ne fait pas de doute que ces ordonnances constituent des règles de droit au sens de cet article, dans la mesure où celui qui les a émises l'a fait à partir de pouvoirs qu'il tirait de la loi et d'une décision gouvernementale." (Aux pp. 1157-1158.)

Voir ci-dessus, à la note 64, pour une interprétation de l'art. 1^{er} qui privilégie sa version française. A ce sujet, il est intéressant de remarquer que les motifs pertinents du jugement de la Cour, dans *Slaight*, ont été rédigés en français : voir la présentation matérielle de l'opinion du juge Lamer, précité, à la note 10, à la p. 1065.

confondent en effet dans le temps, et toute prévisibilité est dès lors impossible.¹¹⁶ Le danger de considérer exclusivement cette ordonnance, aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier, est de devoir se satisfaire d'un contrôle ex post facto, en l'absence de toute indication préalable quant à l'ampleur des limites apportées. En fait, relativement à ce critère de prévisibilité, seul le texte législatif qui confère le pouvoir discrétionnaire constitue une donnée pertinente, du moins jusqu'à ce que l'ordonnance soit rendue. C'est donc dire que ce texte ne peut être entièrement évacué de l'analyse faite en vertu de l'article premier, même lorsque l'on a décidé qu'il était en soi constitutionnel et que seule l'ordonnance qui portait atteinte à un droit ou à une liberté devait subir le test de l'article premier.¹¹⁷

La reconnaissance d'une ordonnance administrative comme règle de droit au sens de l'article premier génère aussi des difficultés d'un autre ordre, en ce qu'elle oriente l'étude entreprise en vertu de l'article premier vers les faits particuliers d'une espèce.¹¹⁸ On se rappellera que dans l'arrêt *R. v. Oakes*,¹¹⁹ la Cour suprême du Canada a élaboré un test précis pour l'évaluation du caractère raisonnable d'une limite aux droits et libertés au sens de l'article premier de la *Charte*. Ce test a de toute évidence été conçu de façon à permettre

116 Or, en principe, la règle de droit doit être distinguée de ses applications :

"La règle de droit est faite pour être appliquée. C'est dans la logique de sa fonction sociale. Et la confrontation du caractère abstrait de la règle à la réalité concrète qu'elle a vocation à régir suscite la nécessité de son interprétation: il convient d'en rechercher le sens pour déterminer si, et comment, elle doit être mise en oeuvre." : Aubert, précité, à la note 61, à la p. 54.

117 Voir ci-dessous, pour une considération de l'hypothèse en vertu de laquelle c'est le texte législatif attributif de discrétion qui doit respecter les conditions imposées par l'art. 1^{er} de la *Charte*.

118 Voir, pour ce qui semble être le refus d'un tel déplacement de l'objet d'étude en vertu de l'art. 1^{er}, dans un contexte cependant différent, la dissidence du juge Blair dans *McKinney v. University of Guelph* (1987), 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193 à la p. 256 et ss. (C.A.). Il refuse en effet de considérer l'application concrète de la disposition législative dans un contexte factuel particulier afin de justifier le caractère raisonnable de la limite qu'elle apporte aux droits constitutionnels à l'égalité, et se limite à cet égard aux strictes données législatives de la violation. À cet égard, la Cour suprême du Canada semble lui avoir donné raison : voir *McKinney*, précité, à la note 29. Voir aussi les motifs distincts de Mme la juge Wilson, dans *Dolphin Delivery Ltd. c. S.G.D.M.R.*, précité, à la note 29, dans lesquels elle a tenu à préciser le caractère objectif de la démarche entreprise pour une analyse en vertu de l'art. 1^{er}.

119 Précité, à la note 6.

l'évaluation de politiques législatives, et c'est ainsi qu'il a depuis lors été compris et appliqué. Il prévoit l'évaluation de l'objectif poursuivi par la mesure contestée, et de la proportionnalité des moyens mis en oeuvre en vue de la réalisation de cet objectif, eu égard à la gravité de la violation des droits et libertés. Mais une ordonnance administrative se prête mal à un tel type d'analyse en termes d'objectif poursuivi et de moyens utilisés.¹²⁰ En réalité, bien souvent, les faits précis de l'instance constitueront vraisemblablement le seul éclairage pertinent pour l'évaluation du caractère raisonnable d'une telle ordonnance. Or, on a traditionnellement compris que l'article premier se préoccupait de politiques législatives, et non de contextes factuels particuliers.¹²¹ Accorder à une ordonnance administrative la qualité de règle de droit au sens de l'article premier risque d'introduire un double niveau d'analyse au sein de l'étude entreprise en vertu de cette disposition. Les opinions rédigées dans l'arrêt *Slaight* illustrent cette difficulté. En effet, la considération que l'on y retrouve du caractère raisonnable de la limite à la liberté d'expression apportée par l'ordonnance de l'arbitre utilise à la fois des éléments de politique générale et des données factuelles propres à l'espèce, et semble parfois osciller entre l'analyse d'une politique législative et la considération d'un contexte factuel particulier.¹²²

De prime abord, la reconnaissance d'une ordonnance rendue en vertu de l'octroi législatif d'un pouvoir discrétionnaire, comme règle de droit au sens de l'article premier, heurte enfin les préceptes du principe démocratique. On a vu, dans la première partie de ce texte, que la référence à la société libre et démocratique, à l'article premier, colore la notion de règle de droit en identifiant, comme seules sources autorisées des limites permises, les parlements, les autorités à qui ils ont délégué ce pouvoir, et les tribunaux judiciaires.

120 Voir aussi *Re B.C.G.E.U.*, précité, à la note 111.

121 Voir F. Chevrette et A. Morel, précités, à la note 29, à la p. 460, à propos du procédé d'inopérabilité circonstancielle :

"Ce qui en revanche semble certain, c'est que plus les droits et libertés seront interprétés en termes absolus, avec de fréquents recours à l'art. 1^{er}, moins le procédé d'inopérabilité circonstancielle sera utilisable, *puisque cet article fait appel, non pas aux faits, mais aux politiques législatives* et qu'il ne se prête pas à l'utilisation de ce procédé." [Soulignements ajoutés.]

122 Voir l'opinion du juge Lamer à la p. 1082 et ss., et l'opinion du juge en chef aux pp. 1051, 1053, et 1055, dans *Slaight*, précité, à la note 10.

L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance, à la lumière de considérations d'opportunité, peut difficilement se concevoir comme la délégation du pouvoir d'adopter des règles de droit. Dans ce contexte, reconnaître à une ordonnance administrative la qualité de règle de droit au sens de l'article premier, et laisser à un arbitre le soin de concevoir et d'imposer, selon les cas particuliers, des limites aux droits et libertés, semble peu conforme à cet esprit démocratique de l'article premier.

(iii) *Une autre voie : l'octroi législatif du pouvoir discrétionnaire comme règle de droit*

L'acceptation d'une ordonnance administrative individuelle, comme règle de droit au sens de l'article premier, soulève donc des problèmes sérieux : elle fait violence au sens consacré de la notion de règle de droit, elle entraîne des difficultés d'imprévisibilité, elle oriente l'analyse vers les faits particuliers d'une espèce, et permet à une source non autorisée d'apporter des limites aux droits et libertés.

De plus, on l'a vu, la façon dont la Cour a justifié cette conclusion peut laisser sceptique.

On peut cependant se demander si la Cour n'aurait pas eu tout avantage à s'interroger directement et explicitement sur l'opportunité de reconnaître, tel qu'elle l'a fait, un pouvoir aux organismes administratifs d'apporter des limites constitutionnellement permises aux droits et libertés.¹²³ Il y a en effet peut-être plusieurs excellentes raisons militent en faveur d'un tel octroi. On pense, par exemple, au-delà d'une quelconque signification intrinsèque des termes utilisés à l'article premier de la *Charte*, au caractère raisonnable, voire nécessaire, des limites que ces organismes sont appelés à imposer aux droits et libertés individuels, dans la poursuite d'un intérêt social et collectif jugé supérieur. Peut-être est-il utopique d'exiger des textes législatifs précisant à l'avance tous les cas de limites permises à ces droits et libertés. Et la raison d'être même de ces organismes spécialisés et théoriquement plus au fait de la logique d'un milieu

123 Voir, pour une discussion de la question des décisions des tribunaux administratifs comme possibles règles de droit au sens de l'art. 1^{er} : Christian, précité, à la note 28, à la p. 110; Finkelstein, précité, à la note 60, à la p. 161.

particulier ne justifie-t-elle pas la nécessité de leur conférer le pouvoir d'élaborer, à la lumière de leur expertise, des limites aux droits et libertés dont le caractère raisonnable ne s'explique qu'à la lumière d'un contexte d'action étatique particularisée?

Il est donc possible qu'il existe, théoriquement, d'excellentes raisons de permettre aux organismes administratifs d'aménager, dans le champ d'activités dont ils ont une connaissance privilégiée, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement protégés. Le texte de la *Constitution* exige cependant que seule une règle de droit puisse apporter de telles limites. Le fait de reconnaître cette qualité à une ordonnance administrative prête le flanc à la critique élaborée dans les pages précédentes. Il ne constitue cependant pas la seule voie possible. Dans *Slaight*, la Cour a rapidement conclu que l'octroi législatif du pouvoir discrétionnaire d'émettre des ordonnances administratives ne conférait, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Ce dernier pouvoir n'est certes pas expressément conféré. Il est moins certain, cependant, qu'il ne le soit pas, par implication nécessaire. De prime abord, il est vrai que discrétion et nécessité coexistent difficilement. Néanmoins, il demeure qu'on pourrait très bien prétendre que l'exercice efficace de la discrétion administrative, dans certains cas, entraînera nécessairement des atteintes aux droits et libertés. Dès lors, l'octroi législatif d'un pouvoir discrétionnaire, en soi, pourrait éventuellement constituer cette règle de droit soumise au test de l'article premier.¹²⁴ On devrait alors se demander si, dans une société libre et démocratique, il est raisonnable de déléguer à un organisme administratif un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice est susceptible d'aménager, dans son champ d'activités, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement protégés. Le cas échéant, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire devrait certes être balisé par l'économie générale de la loi pertinente et les principes consacrés de droit administratif, afin de satisfaire aux exigences de clarté et d'accessibilité discutées plus haut.

¹²⁴ On peut d'ailleurs se demander, à la lumière d'un passage précité de l'arrêt *Slaight*, si la Cour était aussi loin de cette conclusion qu'on peut le croire : voir ci-dessus, à la note 100.

Par exemple, dans *R. v. Hufsky*,¹²⁵ la Cour suprême du Canada a interprété une disposition législative conférant aux policiers un pouvoir discrétionnaire de choisir au hasard les conducteurs de véhicules automobiles auxquels ils ordonneraient de s'arrêter, comme impliquant une restriction au droit à la protection constitutionnelle contre les détentions arbitraires. La disposition législative était ainsi libellée :

Un agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, peut exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Si tel est le cas, le conducteur obtempère immédiatement à la demande de l'agent identifiable à première vue comme tel.¹²⁶

La Cour a implicitement considéré cette disposition législative comme une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*, pour conclure qu'il s'agissait, dans le contexte d'un programme structuré de contrôles routiers ponctuels, d'une limite permise, qui justifiait les restrictions au droit à la protection contre la détention arbitraire apportées en vertu de cette habilitation législative.

De plus, la Cour a récemment confirmé la constitutionnalité de cette même disposition législative, cette fois utilisée pour fonder des interpellations effectuées complètement au hasard, dans *R. v. Ladouneur*.¹²⁷ Encore une fois, on y a conclu à la violation du droit à la protection contre les détentions arbitraires, cependant justifiée au sens de l'article premier.¹²⁸

La considération de la disposition législative conférant le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances, plutôt que ces dernières, comme règle de droit au sens de l'article premier, présente plusieurs avantages. Tout d'abord, il s'agit réellement d'une règle de droit, c'est-à-dire d'une norme générale devant justement guider et fonder ces actes individuels. Il s'agit de plus du produit de l'activité

¹²⁵ Précité, à la note 93.

¹²⁶ *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 189a [aj. L.O. 1981, ch. 72, art. 2; mod. par L.O. 1989, ch. 72, art. 94].

¹²⁷ Précité, à la note 12.

¹²⁸ On peut remarquer que la Cour d'appel de l'Ontario, dans cette même affaire *Ladouneur*, précitée, à la note 109, a plutôt considéré que la disposition devait être interprétée comme ne s'appliquant que dans le cadre de certains programmes structurés d'interpellations, évitant ainsi toute déclaration d'inconstitutionnalité, et donc tout recours à l'art. 1^{er}. On reconnaît ici la technique de l'interprétation conciliatrice, le *reading down*.

parlementaire elle-même, ce qui règle le problème de la légitimité des sources. Enfin, l'analyse du caractère raisonnable des limites apportées par une telle règle de droit impliquera, en principe, l'analyse de politiques législatives, plutôt que de contextes factuels particuliers.

La possibilité qu'un texte de loi octroyant un pouvoir discrétionnaire puisse constituer une règle de droit au sens de l'article premier n'est cependant pas sans soulever de difficultés aucunes.¹²⁹ En effet, à la lumière, par exemple, des exigences de précision et d'accessibilité issues du principe de la *rule of law*, on peut se demander si ce type de disposition législative présente la qualité nécessaire à cette fin. Une telle préoccupation a d'ailleurs déjà fait l'objet d'une attention jurisprudentielle.

Ainsi, la Cour européenne s'est prononcée sur la question, dans son interprétation des limites permises par la Convention européenne. On se rappellera qu'il est bien établi par la jurisprudence de la Cour que l'expression "prévues par la loi," que l'on retrouve dans les dispositions limitatives des droits garantis par la Convention européenne, implique que les limites présentent des qualités de précision et d'accessibilité. Discutant plus particulièrement la question de la précision, la Cour a eu à se prononcer sur la possibilité de limites imposées par un texte de loi conférant un pouvoir discrétionnaire. Dans l'*Affaire Silver*,¹³⁰ des prisonniers contestaient l'interception de leur courrier par les autorités pénitenciaires. Cette interception était autorisée par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévu dans des règlements édictés en vertu de la loi sur les prisons. Des guides et directives, sans force de loi, encadraient l'exercice de cette discrétion. La Cour européenne a affirmé qu'un tel texte conférant un pouvoir discrétionnaire pouvait légitimement apporter des limites aux droits et libertés, à la condition toutefois que les paramètres de la discrétion soient précisés, dans le texte de loi

129 Je ne discute pas ici de la conformité de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire avec les principes de justice fondamentale. Voir, par exemple, à propos de la conformité du pouvoir discrétionnaire de poursuivre du procureur général aux principes de justice fondamentale : *R. v. L. (T.P.)*, [1987] 2 R.C.S. 309 à la p. 348; et *R. v. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387 à la p. 411, cités dans *États-Unis c. Cotroni*, précité, à la note 115, à la p. 1498.

130 Précitée, à la note 33.

prévoyant la restriction, ou encore dans des directives administratives. Voici certains passages pertinents du jugement de la Cour européenne dans *Silver* :

89. Une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée, mais la Cour a déjà reconnu l'impossibilité d'arriver à une certitude absolue dans la rédaction des lois et le risque de voir le souci de certitude engendrer une rigidité excessive.

[...]

90. Les requérants soutiennent de surcroît que cette dernière doit fournir des garanties contre les abus.

Le Gouvernement admet que le système de contrôle de la correspondance doit lui aussi se prêter à un contrôle et la Cour estime évidente la nécessité de certaines sauvegardes. L'un des principes sous-jacents à la Convention, la prééminence du droit, veut qu'une immixtion des autorités dans les droits d'un individu puisse subir un contrôle efficace (voir notamment l'arrêt *Klass* et autres du 6 septembre 1978, série A n° 28, pp. 25-26, §55). Il en est spécialement ainsi lorsque, comme en l'occurrence, la loi investit l'exécutif d'amples pouvoirs discrétionnaires dont l'exercice relève d'une pratique sujette à évolution mais échappant à tout examen du Parlement (paragraphe 26 ci-dessus).

La Cour n'interprète pourtant pas les termes "prévue par la loi" comme signifiant qu'il faille insérer les garanties dans le texte même qui permet d'imposer des restrictions. En réalité, il existe un lien étroit entre la question des garanties contre les abus et celle des recours effectifs. Aussi la Cour juge-t-elle préférable de l'aborder dans le contexte plus large de l'article 13.¹³¹

La Cour européenne a donc accepté que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire législativement conféré puisse justifier des limites aux droits protégés, à la condition, toutefois, que l'exercice de ce pouvoir soit contrôlé d'une quelconque façon, comme, par exemple, par l'existence de normes prévues dans le texte de loi ou même dans des guides et directives n'ayant pas force de loi, ou encore de mécanismes de contrôle.¹³²

On peut très bien soutenir que le pouvoir discrétionnaire contesté dans l'arrêt *Slaight* remplit cette condition. Le législateur a

131 Ibid. aux pp. 33-34.

132 Voir aussi l'*Affaire Malone*, précitée, à la note 39, à la p. 33. Dans cette affaire, la Cour européenne a réitéré l'exigence selon laquelle les limites aux droits et libertés doivent respecter les prescriptions de la *rule of law* et a affirmé que le droit national devait dès lors prévoir une certaine forme de contrôle de l'action gouvernementale et préciser les contours des pouvoirs discrétionnaires accordés. Elle a conclu ainsi en l'espèce, quant à l'insuffisante précision des normes contestées, à la p. 36 :

en effet expressément prévu, dans le *Code canadien du travail*,¹³³ certains critères d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire : il doit être précédé d'une conclusion de congédiement injuste, et il doit viser une fin particulière, soit "de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier." L'économie générale du Code doit aussi inspirer l'esprit dans lequel doit s'exercer ce pouvoir. Enfin, le droit administratif canadien prévoit un régime général de contrôle judiciaire de l'activité administrative, dont les conditions sont relativement certaines et accessibles.

On retrouve, dans la jurisprudence canadienne, certains indices de cette préoccupation relative à un nécessaire encadrement des pouvoirs discrétionnaires apportant des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés.

Ainsi, dans *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*,¹³⁴ une affaire mettant en cause les droits à l'éducation dans la langue de la minorité, la Cour d'appel de l'Ontario¹³⁵ a refusé en ces termes qu'un large pouvoir discrétionnaire, conféré à une commission administrative, puisse constituer la source d'une limite permise à des droits constitutionnellement protégés :

Any limitation placed on minority language education rights cannot be left to the unfettered discretion of existing school boards no matter how

"En raison de l'ambiguïté et de l'incertitude qui subsistent sur cet aspect capital du droit en vigueur, la Cour ne saurait arriver à une conclusion différente de celle de la Commission. À ses yeux, le droit anglais et gallois n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Dans cette mesure fait défaut le degré minimal de protection juridique voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique."

La Cour d'appel fédérale, dans *Weatherall v. Canada (Attorney General)* (1988), [1989] 1 C.F. 18, 65 C.R. (3d) 27, a cependant décidé qu'une directive administrative, adoptée en vertu d'une habilitation législative, ne pouvait pas être considérée comme une règle de droit au sens de l'art. 1^{er} de la *Charte*. Elle a, de plus, refusé d'interpréter un règlement prévoyant un pouvoir discrétionnaire, et constituant la règle de droit, à la lumière des critères contenus dans ces directives.

133 Précité, à la note 71.

134 (1984), 47 O.R. (2d) 1, 10 D.L.R. (4th) 491 (C.A.).

135 Dans un jugement unanime, auquel ont participé les juges Lacourcière, Blair, Cory, Robins et Tarnopolsky.

competent and well-meaning those boards may be.¹³⁶

On ne doit pas inférer de cette décision la conclusion selon laquelle un pouvoir discrétionnaire ne peut jouer aucun rôle dans la définition des limites aux droits et libertés. D'une part, c'est une discrétion apparemment absolue (*unfettered*) que l'on dénonce ici. D'autre part, le contexte particulier de l'affaire incite aussi à tempérer le ton catégorique de la conclusion. Le pouvoir discrétionnaire confié à la commission était en fait celui de décider si l'enseignement dans la langue de la minorité serait offert, alors que la *Charte* reconnaît, dans certaines conditions, un droit constitutionnel à un tel enseignement. Le pouvoir discrétionnaire de la commission administrative était donc celui de définir l'ampleur de certains droits linguistiques reconnus dans la province, alors que ces droits font l'objet d'une protection constitutionnelle et que leur exercice dépend justement de leur reconnaissance par le droit positif et de la mise en oeuvre des nécessaires structures administratives. L'exercice du pouvoir discrétionnaire pouvait donc, éventuellement, paralyser l'exercice de l'ensemble de ces droits constitutionnellement protégés.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a aussi exprimé une préoccupation similaire, dans *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*,¹³⁷ lorsqu'elle a décidé qu'un pouvoir discrétionnaire conféré à une commission de censure ne pouvait constituer une règle de droit au sens de l'article premier, aux fins de justifier une atteinte à la liberté d'expression. La Cour divisionnaire s'est exprimée comme suit :

136 *Reference re Education Act*, précité, à la note 134, à la p. 520 (D.L.R.). La Cour a ensuite référé, en ces termes, à la doctrine américaine du *void for vagueness* :

"It is both interesting and helpful to note that the U.S. Supreme Court has developed the constitutional principle that the Legislature may not grant administrative bodies an unfettered discretion to regulate constitutionally protected activities or to make decisions which directly affect the exercise of constitutionally guaranteed substantive rights. The court has developed the 'void for vagueness' rule which requires Legislatures to set reasonably clear and specific standards in circumstances where the grant of an unfettered discretion leads to arbitrary, discriminatory or otherwise unconstitutional restrictions upon guaranteed rights or imposes unnecessary inhibition upon the exercise of constitutional rights." (Aux pp. 520-521.)

137 Précité, à la note 52.

In our view, although there has certainly been a legislative grant of power to the board to censor and prohibit certain films, the reasonable limits placed upon that freedom of expression of film-makers have not been legislatively authorized. The Charter requires reasonable limits that are prescribed by law; it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film of which it disapproves. That kind of authority is not legal for it depends on the discretion of an administrative tribunal. However dedicated, competent and well-meaning the board may be, that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law.¹³⁸

Ici encore, le contexte particulier de l'affaire limite la portée de la conclusion largement formulée. Le pouvoir conféré à la commission administrative pouvait éventuellement empêcher, de façon préventive, l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés : le mandat de la commission de censure était justement de définir les paramètres d'exercice de la liberté d'expression dans la province, pour les fins d'un certain secteur d'activités cependant. L'absence de critères législatifs préalablement définis était donc fatale, en ce qu'elle risquait de paralyser l'exercice de l'ensemble des droits et libertés visés.

On se rappellera que, dans un contexte présentant des analogies certaines, la Cour d'appel fédérale a aussi invoqué l'incertitude inhérente à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour lui refuser la qualité nécessaire pour constituer une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Dans *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada*,¹³⁹ on retrouve le passage suivant :

Le seul fait qu'une limite soit vague, amiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable.¹⁴⁰ [Soulignements ajoutés.]

La Cour d'appel fédérale semble cependant avoir elle-même, expressément, qualifié cette affirmation voulant que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire suffise à nier tout caractère raisonnable à une limite aux droits et libertés. La Cour a en effet précisé, en ces termes,

138 Ibid. à la p. 67 (147 D.L.R.). Voir, dans le même sens : *Entreprises Claude et Hughes Marquis Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1987] R.J.Q. 1369 aux p. 1383 et ss. (C.S.).

139 Précité, à la note 48.

140 Ibid. à la p. 89.

que le vice d'ordre constitutionnel qu'elle dénonçait était l'effet paralysant d'un pouvoir discrétionnaire ayant pour objet de définir l'ampleur des droits et libertés protégés :

Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.¹⁴¹

Les décisions rendues dans *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights, Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors et Luscher*, si elles dénoncent le rôle des pouvoirs discrétionnaires dans l'imposition de limites aux droits et libertés, le font cependant dans un contexte particulier. En effet, dans ces trois affaires, le pouvoir discrétionnaire avait, d'une certaine façon, pour objet de définir l'ampleur de certains droits et libertés protégés, de telle sorte que l'incertitude inhérente à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire pouvait avoir comme effet de paralyser, de façon préventive, l'exercice de l'ensemble de ces droits et libertés constitutionnellement protégés.

Dans l'affaire *Slaight*, la question se pose différemment. En effet, le pouvoir discrétionnaire contesté n'y était nullement conféré dans le but de définir l'ampleur de la protection de droits et libertés. Le pouvoir discrétionnaire conféré à l'arbitre visait à lui permettre "de contrebalancer les effets du congédiement [injuste] ou d'y remédier."¹⁴² Il n'avait aucunement pour objet de définir la portée de droits et libertés. Tout au plus pouvait-il avoir comme effet de leur apporter certaines limites. Le danger de frustrer, de façon préalable et générale, l'exercice des droits et libertés, dénoncé dans les trois arrêts précédemment mentionnés, n'existait donc pas.

Il est difficile d'identifier la position de principe de la Cour suprême du Canada sur cette question de la possibilité qu'une disposition législative qui confère à un organisme administratif le pouvoir

141 Ibid. aux pp. 89-90.

142 Voir ci-dessus.

discrétionnaire d'émettre des ordonnances puisse constituer une règle de droit au sens de l'article premier.

Dans l'arrêt *Slaight*, on le sait, la Cour a conclu qu'une telle disposition législative devait être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*, et n'avait donc pas à subir le test de l'article premier. Si une ordonnance rendue en vertu de cette disposition devait restreindre les droits ou libertés, la Cour semble considérer cette ordonnance comme la règle de droit au sens de l'article premier.

Bien sûr, dans l'affaire *Hufsky*,¹⁴³ la Cour suprême a-t-elle implicitement accepté, dans les faits, qu'une telle disposition puisse constituer une règle de droit au sens de l'article premier.¹⁴⁴ En l'absence d'explications ou de discussion expresse de la question, il est cependant difficile d'en retenir une position de principe. Il est

143 Précitée, à la note 93.

144 Il semble d'ailleurs que le caractère discrétionnaire de la disposition y ait plutôt fait l'objet d'une analyse dans le cadre de l'évaluation du caractère raisonnable de la limite apportée aux droits, tel qu'il ressort du passage suivant du jugement de la Cour :

"Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard afin d'accroître tant la détection que la perception du risque de détection des infractions à la circulation automobile dont plusieurs sont indétectables par la simple observation de la façon de conduire, je suis d'avis que la restriction que le par. 189a(1) du *Code de la route* impose au droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique." : *R. v. Hufsky*, précité, à la note 93, à la p. 636 (R.C.S.).

Voir, pour une analyse comparable : *États-Unis c. Cotroni*, précité, à la note 115; et *R. v. Robson* (1985), 45 C.R. (3d) 68, 19 C.C.C. (3d) 137 (C.-B. C.A.). D'une part, cette approche prive peut-être la notion de règle de droit de tout contenu réel, en ce qu'elle semble se satisfaire, à cet égard, d'un simple rattachement de la limite à une quelconque disposition législative. D'autre part, on peut se demander si le lieu d'évaluation de la légitimité du caractère discrétionnaire de la norme, soit la recherche de la qualité de règle de droit, ou encore l'étude du caractère raisonnable de la limite, n'entraîne pas une différence à l'égard du fardeau de preuve. On sait en effet que c'est à la partie qui invoque la justification de la limite de prouver son caractère raisonnable, mais il se peut que la nature d'une règle de droit soit une question de droit qui ne soit pas sujette à un fardeau de preuve. Enfin, il ne faut pas oublier l'éventuelle différence de difficulté des deux tests : est-il plus difficile de se qualifier comme règle de droit, avec les exigences de précision et d'accessibilité que cela entraîne peut-être, que de satisfaire aux critères développés dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la note 6, à propos du caractère raisonnable des limites permises?

aussi intéressant de noter que, si la Cour a récemment réitéré une telle conclusion, sans plus de commentaires,¹⁴⁵ c'est cependant dans un jugement partagé, dans lequel quatre des neuf juges ont expressément refusé de décider si la limite était bel et bien imposée par une règle de droit au sens de l'article premier.¹⁴⁶ La préoccupation à cet égard est donc bien vivante, est ce, même en haut lieu.¹⁴⁷

Le juge Sopinka, l'un des quatre juges ayant expressément refusé de se prononcer sur la question, a d'ailleurs déjà, dans un autre contexte, émis des réserves quant à la possibilité qu'un pouvoir discrétionnaire puisse constituer une règle de droit au sens de l'article premier. En effet, dans l'arrêt *États-Unis c. Cotroni*,¹⁴⁸ la Cour a décidé que le pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif d'extrader une personne, conféré par la *Loi sur l'extradition*¹⁴⁹ et un traité conclu entre le Canada et les États-Unis, constituait une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte* et justifiait la violation des droits constitutionnels garantis au paragraphe 6(1) de cette dernière.

On ne retrouve, dans le jugement de la majorité, aucune préoccupation apparente relative à la qualité de règle de droit au sens

145 La Cour a réitéré cette position dans *R. v. Ladouceur*, précité, à la note 12, mettant en cause le même pouvoir discrétionnaire, cependant mis en oeuvre dans un contexte différent.

146 Le juge en chef Dickson, et les juges Wilson, La Forest et Sopinka, dans une opinion rédigée par ce dernier, ont estimé que les détentions arbitraires en cause ne constituaient pas des limites raisonnables et dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et ont ajouté, à la p. 1268 de l'arrêt *Ladouceur*, précité, à la note 12 : "Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième condition, c.-à-d., déterminer si le par. 189a(1) est une limite prescrite par une règle de droit."

147 La question de l'octroi législatif, à un organisme administratif, du pouvoir discrétionnaire d'émettre des ordonnances, me semble en principe différente de celle de la discrétion judiciaire présente dans l'interprétation d'une norme législative floue. Pour ce qui est de ce dernier cas, cependant, la Cour suprême du Canada a déjà précisé la nécessité d'une norme intelligible à appliquer. En effet, dans *Irwin Toy Liée c. Québec (Procureur général)*, précité, à la note 41, on a présenté à la Cour un argument en vertu duquel on prétendait que la norme législative ne pouvait être une règle de droit aux fins de l'art. 1^{er}, non seulement parce qu'elle était trop vague, mais aussi parce qu'elle constituait, en fait, une délégation d'une discrétion imprécise aux tribunaux. La Cour a répondu qu'à cet égard, une disposition législative pouvait constituer une règle de droit, dans la mesure où elle prévoyait une norme intelligible à appliquer; voir ci-dessus, à la note 41, à la p. 983.

148 Précité, à la note 115.

149 Alors S.R.C. 1970, ch. E-21.

de l'article premier.¹⁵⁰ Au contraire, le simple source législative de l'acte posé semble considérée comme suffisante.¹⁵¹ Il demeure que le juge La Forest, au nom de la majorité, a traité de l'aspect discrétionnaire du pouvoir en cause, mais ce dans le cadre de son étude du caractère raisonnable de la limite ainsi imposée, pour conclure qu'étaient remplies les exigences du test de l'article premier.¹⁵² Le juge Sopinka a cependant rédigé des motifs dissidents, dans lesquels il a refusé de conclure à l'existence d'une limite "prescrite par une règle de droit," au motif que trop d'éléments discrétionnaires pouvaient influencer la façon dont les extraditions étaient décidées. Il s'exprime ainsi, en réponse à un argument selon lequel le pouvoir discrétionnaire en cause était traditionnellement exercé dans le respect de certains critères bien établis :

Le non-respect de cette pratique ne pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire que si, comme le souligne mon collègue, "il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires". Il est donc difficile d'accepter qu'une violation d'un droit garanti par la *Charte* puisse être justifiée en offrant au citoyen la protection de cette pratique. À mon sens, ce ne sont pas des "limites prescrites par une règle de droit". Elles ne sont pas non plus soigneusement conçues pour réduire l'effet d'une violation du par. 6(1).¹⁵³

Cette préoccupation exprimée par le juge Sopinka se comprend bien à la lumière de la complexité de l'affaire *Cotroni*. En effet, il est difficile d'identifier précisément ce qui y a été considéré comme règle de droit au sens de l'article premier, soit la *Loi sur l'extradition*, le traité, la décision particulière prise en l'espèce ou encore l'ensemble de tout cela. Il est permis de supposer que c'est peut-être le caractère

diffus de l'élément discrétionnaire, plutôt que sa seule présence, qui l'a empêché de conclure à l'existence d'une règle de droit.¹⁵⁴

La reconnaissance de l'octroi législatif du pouvoir discrétionnaire d'émettre des ordonnances administratives, comme règle de droit au sens de l'article premier, soulève donc certaines difficultés en ce qui concerne les qualités de précision et d'accessibilité des limites permises aux droits et libertés constitutionnellement protégés, issues du principe de la *rule of law*. Un pouvoir discrétionnaire absolu ne pourrait constituer une telle limite. La nécessité de l'octroi d'un certain pouvoir discrétionnaire à l'administration est cependant maintenant acceptée, et l'exhaustivité législative est à cet égard reconnue comme utopique. Les principes généraux de droit administratif prévoient un certain nombre de conditions d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ainsi que des modes de contrôle. En matière de limites permises aux droits et libertés constitutionnellement protégés, des critères ou paramètres d'exercice de cette discrétion doivent cependant être préalablement établis. Des mécanismes de contrôle, s'ils doivent être mis en place, ne suffisent pas. Le principe de la *rule of law* exige plus qu'un simple contrôle ex post facto de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, particulièrement dans le domaine des droits et libertés constitutionnellement protégés. L'on doit être en mesure, jusqu'à un certain point, de pouvoir prévoir avec suffisamment de précision les limites qui pourront légitimement être apportées aux droits et libertés.¹⁵⁵

154 Cette préoccupation n'est pas sans rappeler ce passage de l'*Affaire Malone*, précitée, à la note 39, à la p. 36 :

"Néanmoins, les données communiquées à la Cour ne permettent pas de dire avec l'assurance souhaitable à quels égards le pouvoir d'interception se trouve intégré à des normes juridiques et sous quels rapports il reste tributaire de l'exécutif. En raison de l'ambiguïté et de l'incertitude qui subsistent sur cet aspect capital du droit en vigueur, la Cour ne saurait arriver à une conclusion différente de celle de la Commission. À ses yeux, le droit anglais et gallois n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Dans cette mesure fait défaut le degré minimal de protection juridique voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique."

155 J. Weiler, "The Regulation of Strikes And Picketing Under the Charter" dans Weiler et Elliot, *Litigating the Values of a Nation*, précité, à la note 22, 211 à la p. 235 : "For a 'limit' to be 'prescribed by law' it would seem that it must have legal force and be sufficiently specific and ascertainable so as to preclude an arbitrary or totally discretionary application."

150 Il est intéressant de noter que la décision dans *États-Unis c. Cotroni*, précité, à la note 115, est rendue le 8 juin 1989, alors que l'arrêt *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, précité, à la note 41, qui discute de la qualité que doit présenter une règle de droit au sens de l'art. 1^{er}, le précède : il date du 27 avril 1989.

151 Il semble qu'une telle approche soit présente dans les arrêts *Slaight*, précité, à la note 10, et *Ladouceur*, précité, à la note 115; voir la discussion, ci-dessus, à la note 115.

152 Voir la discussion, ci-dessus, à la note 144.

153 *États-Unis c. Cotroni*, précité, à la note 115, à la p. 1519.

Dans l'arrêt *Slaight*, la Cour suprême du Canada a, avec raison, reconnu l'importance de permettre une forme d'aménagement des droits et libertés par des organismes administratifs. La reconnaissance d'une ordonnance administrative comme règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*, constitue cependant l'aspect problématique de la décision. S'il existe de bonnes raisons de reconnaître à des organismes administratifs le pouvoir d'aménager, dans leur champ d'expertise, l'exercice des droits et libertés, l'habilitation législative constitue peut-être un meilleur lieu pour l'analyse prévue à l'article premier.