

Direction des bibliothèques

AVIS

Ce document a été numérisé par la Division de la gestion des documents et des archives de l'Université de Montréal.

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

This document was digitized by the Records Management & Archives Division of Université de Montréal.

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal

**Les valeurs afférentes à la *Charte canadienne des droits et libertés*
dans le discours judiciaire : utilisations et sources**

Par

Guillaume Bousquet

Faculté des études supérieures
Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
En vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (LL.M.)

Octobre 2008

© Guillaume Bousquet 2008



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**Les valeurs afférentes à la *Charte canadienne des droits et libertés*
dans le discours judiciaire : utilisations et sources**

Présenté par :

Guillaume Bousquet

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Jean Leclair

Président-rapporteur

François Chevrette

Directeur de recherche

Danielle Pinard

Membre du jury

Résumé

Dans les décisions où entre en jeu la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges construisent leurs raisonnements à partir des droits et libertés énumérés dans son libellé, mais également à partir de valeurs. Parmi ces valeurs afférentes à la Charte se retrouvent notamment la protection des groupes vulnérables, la protection de la vie privée et de la réputation de la personne, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociale de même que l'encouragement à l'épanouissement personnel. Contrairement aux droits et libertés, lesquels furent directement inscrits par le constituant dans le libellé de la Charte, les valeurs représentent une création de l'appareil judiciaire.

Malgré la composante subjective que l'on attribue généralement aux valeurs, nous constatons que la sécurité du droit ne se trouve pas fragilisée par l'incorporation d'une dimension axiologique dans le raisonnement judiciaire en matière de Charte. Au contraire, le recours aux valeurs favorise la constance et la prévisibilité dans l'application et l'interprétation de cet instrument de protection des droits et libertés.

D'une part, les valeurs afférentes à la Charte sont utilisées de façon rigoureuse dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, dans l'adaptation des règles de common law et dans l'interprétation des lois. Les juges invoquent fréquemment les mêmes valeurs, à quelques variantes près, assurant ainsi une certaine stabilité dans le traitement des composantes axiologiques de la Charte.

D'autre part, les juges sont largement capables de dissocier de leurs convictions personnelles les valeurs qu'ils invoquent dans leurs décisions. Les valeurs tirées des comportements sociaux actuels, du droit international et du droit comparé, de même que des ouvrages des philosophes politiques et des théoriciens du droit, sont des valeurs qui ont peu à voir avec les sentiments, les opinions ou les intérêts personnels des juges.

Mots clés

Valeurs – Charte canadienne – sources – utilisations – société libre et démocratique – interprétation

Summary

In cases involving the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, judges include in their reasoning not only rights and freedoms, but also values. Among these Charter values we find protection of vulnerable groups, respect for the inherent dignity of human beings, cultivation of individual self-fulfillment and human flourishing, commitment to social justice and protection of privacy rights and reputation. Contrary to rights and freedoms, which are specifically enumerated in the Charter, values represent a creation of the judicial apparatus.

Notwithstanding their inherent subjective component, values do not weaken the law's predictability nor do they endanger judicial reasoning concerning the Charter. On the contrary, applying values brings constancy and certainty in the interpretation of the Charter.

On the one hand, Charter values are used in rigorous ways in the judicial review of constitutionality, in the adaptation of common law rules and in the interpretation of laws and by-laws. Judges have recourse to more or less the same values, thus bringing stability in the Charter's analysis.

On the other hand, judges are able to dissociate their personal beliefs from the values they call upon in their judgments. Values drawn from contemporary social behaviors, international law and comparative law, as well as political and legal philosophers' works, are values quite distant from judges' feelings, opinions and personal interests.

Keywords

Values – Canadian Charter – sources – utilizations – free and democratic society – interpretation

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Les subdivisions de notre mémoire	4
L'apport potentiel de notre mémoire	5
Quelques remarques méthodologiques	8
PARTIE 1 : LA SIGNIFICATION DES VALEURS AFFÉRENTES À LA CHARTE ET LEURS UTILISATIONS DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE	
1.1 Les principales acceptions des valeurs dans un contexte de <i>Charte</i>	11
1.1.1 Les valeurs d'une société libre et démocratique	11
1.1.2 Les valeurs sous-jacentes aux droits et libertés inscrits à la <i>Charte</i>	16
1.1.3 La différence entre les valeurs et les principes constitutionnels	19
1.2 Les principaux champs de l'activité judiciaire où l'on recourt aux valeurs afférentes à la <i>Charte</i>	24
1.2.1 Les valeurs afférentes à la <i>Charte</i> et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois	24
1.2.1.1 La grille d'analyse proposée dans l'arrêt <i>Oakes</i>	25
1.2.1.2 L'intégration des valeurs aux différentes étapes du test de <i>Oakes</i>	31
1.2.1.2.1 Le moment d'utiliser les valeurs	37
1.2.1.3 Les valeurs et la méthode d'analyse contextuelle	41
1.2.1.4 Les valeurs et l'interprétation téléologique	49
1.2.2 Les valeurs afférentes à la <i>Charte</i> et l'adaptation des règles de common law	55
1.2.2.1 L'utilisation des valeurs à l'aide d'exemples jurisprudentiels	57
1.2.2.2 Quelques remarques méthodologiques quant à l'utilisation des valeurs	61
1.2.2.3 Quelques remarques terminologiques quant à l'utilisation des valeurs	64
1.2.3 Les valeurs afférentes à la <i>Charte</i> et l'interprétation des lois	69
1.2.3.1 L'utilisation des valeurs illustrée à l'aide d'exemples jurisprudentiels	71
1.2.3.2 Les limites inhérentes à l'utilisation des valeurs comme outil interprétatif	74
1.2.3.3 Quelques remarques terminologiques quant à l'utilisation des valeurs	78

PARTIE 2 : LES SOURCES DES VALEURS AFFÉRENTES À LA CHARTE	81
2.1 Les valeurs sociales actuelles	83
2.1.1 Le caractère évolutif de la <i>Charte</i>	83
2.1.2 Les valeurs sociales actuelles illustrées à l'aide d'exemples jurisprudentiels	85
2.1.3 L'influence des attentes du public sur le discours judiciaire	90
2.1.3.1 La prise en compte des valeurs majoritaires	92
2.1.3.2 L'arrêt <i>Butler</i> , le rejet des valeurs excentriques et l'acceptation des valeurs qui font consensus	94
2.1.3.3 La prise en compte des valeurs des groupes minoritaires	99
2.2 Le droit international et le droit comparé	106
2.2.1 Les instruments internationaux comme sources d'interprétation de la <i>Charte</i>	108
2.2.1.1 Les types d'instruments internationaux admissibles à servir de sources d'interprétation de la <i>Charte</i>	110
2.2.2 Les instruments internationaux et les valeurs afférentes à la <i>Charte</i>	114
2.2.3 Le droit comparé et les valeurs afférentes à la <i>Charte</i>	118
2.2.4 Le cas spécial du droit constitutionnel américain	123
2.3 Les écrits des philosophes politiques et des théoriciens du droit	130
2.3.1 Les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression dégagées par Thomas I. Emerson	133
2.3.2 Les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative vus par John Stuart Mill	137
CONCLUSION	145

Remerciements

L'auteur souhaite remercier les professeurs François Chevrette et Luc B. Tremblay pour leur aide précieuse et leurs commentaires judicieux qui ont facilité la réflexion sur le thème des valeurs afférentes à la *Charte*.

Par ailleurs, l'auteur exprime sa reconnaissance à sa mère, Antonine Boily-Bousquet, pour son travail de révision du présent mémoire de même que pour son appui inconditionnel tout au long du cheminement aux études supérieures.

Finalement, l'auteur adresse toute sa gratitude à son père, Serge Bousquet, décédé au cours de la rédaction de ce mémoire. Sa bonne humeur, ses encouragements et son empathie laisseront des souvenirs impérissables.

INTRODUCTION

Laurence Tribe, dès la première édition de son célèbre ouvrage sur le droit constitutionnel américain, a décrit de la façon suivante le lien étroit qui existe entre les valeurs et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois :

There is simply no way for courts to review legislation in terms of the Constitution without repeatedly making difficult substantive choices among competing values, and indeed among inevitably controverted political, social and moral conceptions¹.

Cette très juste remarque dépasse le cadre juridique proprement américain et pourrait s'appliquer à plusieurs autres juridictions à travers le monde. Pensons en ce sens aux nombreux pays d'Europe continentale où le volet axiologique joue un grand rôle en droit constitutionnel. Mentionnons par exemple la Suisse, où la doctrine souligne l'impérieuse nécessité de prendre en considération, dans l'analyse de chaque cas d'espèce, toutes les valeurs juridiques en jeu afin « d'opérer une pesée globale des valeurs constitutionnelles »². Notons aussi qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle a reconnu l'importance de se référer à un « système objectif de valeurs » afin de développer le droit³.

Chez nous, la Cour suprême du Canada a également rappelé à maintes reprises l'attention toute particulière qu'il faut accorder aux valeurs dans les décisions comportant des enjeux constitutionnels. En effet, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des*

¹ Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola – New York, Foundation Press, 1978, p. 452, cité dans John Hart ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 43. Notons que dans la dernière édition de son ouvrage, le professeur Tribe reprend mot pour mot ce qu'il a écrit une vingtaine d'années plus tôt. Voir à cet égard Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Third Edition, New York, Foundation Press, 2000, p. 1367.

² Charles-Albert MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », dans Piermarco ZEN-RUFFINEN et Andreas AUER (dir.), *De la constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57, à la page 63.

³ Voir à cet égard la décision *Lüth*, BVerfGE 7, 198 (1958), comme citée et expliquée dans John D.R. CRAIG, « Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens », (1997) 42 *R.D. McGill* 355, 376.

*droits et libertés*⁴, les juges de la Cour suprême ont eu l'occasion de développer une jurisprudence riche en utilisation des valeurs. Ces dernières sont notamment invoquées lors du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, lors de l'examen de la validité des règles de common law ainsi qu'en matière d'interprétation des lois. Il n'est donc pas étonnant que les membres de la Cour aient insisté dans plusieurs décisions sur le rôle essentiel que jouent les valeurs en droit constitutionnel canadien.

Pensons notamment à l'arrêt *Lavoie*, dans lequel la juge Arbour a parlé de la nécessité d'appuyer, de façon générale, « les valeurs qui sous-tendent la Charte qui a été conçue comme un document cohérent exprimant nos valeurs les plus élevées et la loi suprême du pays »⁵. Gardons également à l'esprit les propos qu'a tenus la juge Charron dans la décision *Multani*. Selon l'honorable magistrate, « les valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la Charte canadienne [font] partie - parfois même intégrante - des règles de droit qui nous gouvernent »⁶. Mentionnons de surcroît que la juge Wilson, dissidente dans *McKinney*, s'est dite d'avis que « les valeurs reconnues dans la Charte devaient (...) faire partie de la loi suprême du Canada »⁷. Ainsi, à la lumière des passages jurisprudentiels qui précèdent, il est possible d'affirmer que la *Charte* protège non seulement des droits et libertés, mais aussi des valeurs⁸.

Cependant, il y a lieu de nous interroger sur l'opportunité de recourir aux valeurs. Ces dernières ne véhiculeraient-elles pas une image de relativisme, voire de subjectivité? En effet, notre langage, repris par les médias, est porteur d'une acception très peu universaliste des valeurs. Lorsque nous parlons des valeurs propres à telle ou telle génération, des valeurs prédominantes dans telle ou telle classe sociale, ou encore des

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après « *Charte* »).

⁵ *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 91 (ci-après « *Lavoie* »).

⁶ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 16 (ci-après « *Multani* »).

⁷ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 355 (ci-après « *McKinney* »).

⁸ Notons que cette remarque a été faite à propos de l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309 (ci-après « *Lyons* »), sur lequel nous reviendrons à la section 1.1.1. Voir sur ce point Christian BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353, 368.

valeurs caractérisant tel ou tel groupe ethnique ou religieux, ne faisons-nous pas ressortir la géométrie variable des valeurs?⁹ De même, la consultation des dictionnaires d'usage courant nous rappelle qu'un élément d'appréciation personnelle sous-tend les valeurs¹⁰. La spécificité d'une valeur serait en partie fonction du « sujet qui évalue »¹¹. C'est en ce sens que l'on oppose les jugements de valeur, reposant sur l'opinion, aux jugements de réalité, portant sur des faits.

Confrontés à ce « véritable relativisme dans le domaine des valeurs »¹², il peut paraître surprenant, du moins à première vue, que les tribunaux se réfèrent aux valeurs dans les situations où la *Charte* entre en jeu. Un document constitutionnel d'une telle importance ne requiert-il pas une constance, une prévisibilité dans son application et son interprétation? N'y a-t-il pas un danger que les juges ne puissent dissocier les valeurs qu'ils invoquent de leurs convictions personnelles, contrevenant ainsi au sacro-saint principe constitutionnel de la *rule of law*?¹³ Bref, la sécurité du droit se trouve-t-elle

⁹ Il importe de préciser que nous ne résumons ici que le sens courant que l'on donne au vocable valeur. Les ouvrages spécialisés en axiologie distinguent toutefois les doctrines « affirmant l'existence purement subjective des valeurs » de celles qui « assimilent les valeurs aux faits » et qui prônent une existence objective des valeurs. Voir sur ce point Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 116.

¹⁰ *Le Nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003, définit comme suit le mot valeur : « Ce qui est vrai, beau, bien selon un jugement personnel plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque » (p. 2735). Le *Oxford Dictionary of English*, Revised Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2005, fournit une définition semblable des valeurs : « Principles or standards of behaviour; one's judgement of what is important in life » (p. 1948).

¹¹ André-Jean ARNAUD *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 633. Voir également sur ce point Guy ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, 3^e édition, Montréal, Éditions Hurtubise HMH Ltée, 1992, p. 70, où la valeur est définie de la façon suivante : « Manière d'être ou d'agir qu'une personne ou une collectivité reconnaissent comme idéale et qui rend désirables ou estimables les êtres ou les conduites auxquels elle est attribuée » (nos italiques).

¹² Nous empruntons cette expression à C. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, note 9, p. 178.

¹³ André TREMBLAY souligne qu'il découle du principe de la *rule of law*, aussi appelé principe de légalité, que « les pouvoirs publics doivent être exercés conformément à la loi plutôt que sous le règne de l'arbitraire, c'est-à-dire selon des considérations ou préjugés personnels des intervenants ». Voir André TREMBLAY, *Droit constitutionnel: Principes*, 2^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, p. 139. Pour un excellent résumé de la signification du principe de la *rule of law*, depuis son introduction dans la doctrine par le professeur A.V. Dicey à la fin du 19^e siècle jusqu'à aujourd'hui, nous référons le lecteur à Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 684 *et seq.* Finalement, pour une étude approfondie du même sujet, le lecteur peut consulter Luc B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.

fragilisée du fait d'incorporer les valeurs dans le raisonnement judiciaire en matière de droits et libertés? Toutes ces interrogations ne sont pas sans fondements. Comme l'a très pertinemment souligné le juge McIntyre, dissident dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*,

[E]n veillant à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la Charte canadienne des droits et libertés, *les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la Charte et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas* (nos italiques)¹⁴.

Dans le but de répondre le plus efficacement possible auxdites interrogations et de bien circonscrire la problématique des valeurs en droit constitutionnel canadien, nous adopterons dans le présent mémoire une approche bipartite, conformément au modèle cartésien traditionnel. Quelques précisions s'imposent sur ce point.

Les subdivisions de notre mémoire

Dans la première partie de notre mémoire, nous étudierons la signification des valeurs afférentes à la *Charte* ainsi que leur utilisation dans le discours judiciaire. Nous chercherons à répondre aux questions suivantes : 1° « Que sont les valeurs afférentes à la *Charte*? » et 2° « Quels rôles jouent-elles dans le contentieux constitutionnel canadien? ».

Pour mener à bien une telle entreprise, nous distinguerons d'abord les principales acceptions que la Cour suprême donne au mot « valeur » dans un contexte de *Charte* (section 1.1). Nous analyserons les valeurs comprises comme étant celles d'une société libre et démocratique (section 1.1.1) de même que les valeurs sous-jacentes à un droit ou à une liberté constitutionnalis(e) (section 1.1.2). Il nous faudra également expliquer la différence entre les valeurs et les principes constitutionnels (section 1.1.3).

Ayant de la sorte précisé les acceptions du terme « valeur », nous présenterons alors les trois principaux champs de l'activité judiciaire où l'on recourt aux valeurs (section 1.2). Nous y exposerons que les valeurs sont utilisées lors du contrôle judiciaire

¹⁴ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 137-138 (ci-après « *Morgentaler* »).

de la constitutionnalité des lois (section 1.2.1), lors de l'adaptation des règles de common law en fonction de la *Charte* (section 1.2.2) et lors de l'interprétation des lois en fonction de la *Charte* (section 1.2.3).

Dans la seconde partie de notre mémoire, nous étudierons les sources des valeurs afférentes à la *Charte* afin de démontrer que la sécurité du droit n'est pas nécessairement fragilisée par l'incorporation des valeurs dans le raisonnement judiciaire en matière de droits et libertés. Cette démarche nous permettra de répondre à la question fondamentale suivante : « D'où les juges tirent-ils les valeurs qu'ils invoquent dans les décisions mettant en jeu la *Charte* ? ».

Pour ce faire, nous analyserons tour à tour les trois sources que sont les valeurs sociales actuelles (section 2.1), le droit international et le droit comparé (section 2.2) ainsi que les écrits des philosophes politiques et des théoriciens du droit (section 2.3).

L'apport potentiel de notre mémoire

Une telle démarche bipartite devrait, nous osons l'espérer, apporter une contribution significative à l'étude des valeurs dans notre droit constitutionnel. Jusqu'à présent, la production doctrinale canadienne a principalement porté sur les droits et libertés constitutionnalisés en eux-mêmes et non pas sur les valeurs afférentes à la *Charte*. À la vérité, malgré nos recherches, nous n'avons pu trouver d'ouvrage qui traitait à fond de notre sujet d'étude. De façon générale, les monographies ne mentionnent au passage que quelques points d'intérêt sur les valeurs afférentes à la *Charte*. Les articles de périodiques, au contraire, ne s'intéressent souvent qu'à des aspects très particuliers du sujet et sacrifient par le fait même les considérations d'ordre plus général. Pensons en particulier aux articles qui s'intéressent aux valeurs afférentes à la *Charte* exclusivement dans la perspective de l'adaptation de la common law¹⁵.

¹⁵ Voir à cet égard les nombreux articles écrits dans la foulée de l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (ci-après « *Hill* ») et qui traitent des règles de common law concernant la

Ainsi, la première partie de notre mémoire aura le mérite de poser quelques jalons qui permettront de mieux systématiser notre compréhension des valeurs dans le contentieux constitutionnel canadien. En déterminant la signification et le statut des valeurs afférentes à la *Charte*, de même qu'en examinant leur impact dans le processus de décision judiciaire, nous souhaitons procurer au lecteur une vue d'ensemble de cette thématique.

En ce qui a trait à la deuxième partie de notre mémoire, l'objectivation des sources axiologiques représente elle aussi un sujet fort novateur en droit constitutionnel canadien. Il est vrai que certains auteurs se sont intéressés avant nous aux techniques d'objectivation¹⁶. Cependant, ces derniers n'ont pas choisi les valeurs comme point focal de leurs analyses respectives. Il est également vrai que d'autres auteurs ont exploré avant nous les sources axiologiques en droit canadien. Toutefois, ces derniers ont davantage exploré la face subjective de la création judiciaire et se sont intéressés aux préférences personnelles des juges¹⁷, alors que nous tablerons plutôt sur trois sources objectives des valeurs.

diffamation et la vie privée. Consulter notamment June ROSS, « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the Charter », (1996) 35 *Alta. L. Rev.* 117; J.D.R. CRAIG, *loc. cit.*, note 3, ainsi que Geoffrey DUCKWORTH, « The Impact of Charter Values and Campbell v. Jones: Is It Now Easier To Establish Qualified Privilege Against Defamation? », (2006) 29 *Dalhousie L.J.* 277. Nous reviendrons sur ces articles lors de notre analyse du rôle des valeurs de la *Charte* dans l'adaptation de la common law (section 1.2.2).

¹⁶ Les travaux de Mark GOLD mettent en lumière les techniques rhétoriques d'objectivation employées par la Cour suprême du Canada. Mentionnons ses articles « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *S.C.L.R.* 455, « The Rhetoric of Rights : The Supreme Court and the Charter », (1987) 25 *O.H.L.J.* 375 ainsi que « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 1. Pour ce qui est des ouvrages étrangers traitant de l'objectivation, voir Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECTHS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 5^e édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, ainsi que Philip BOBBITT, *Constitutional Fate : Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982.

¹⁷ Voir notamment Andrée Lajoie et ses collaborateurs qui ont consacré de nombreux travaux aux juges qui ont siégé à la « Cour Dickson ». Mentionnons à titre illustratif leurs articles suivants : Andrée LAJOIE et Louise ROLLAND, « Gerald LeDain : sur une société libre et démocratique », (1993) 38 *R.D. McGill* 899; Andrée LAJOIE *et al.*, « Jean Beetz : sur la société libre et démocratique », (1994) 28 *R.J.T.* 557; Andrée LAJOIE *et al.*, « Les représentations de société libre et démocratique à la Cour Dickson : la rhétorique dans la discours judiciaire canadien », (1994) 32 *O.H.L.J.* 295; Andrée LAJOIE, « Dickson's Images and Interpretation of a Free and Democratic Society », dans DeLloyd J. GUTH (dir.), *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Société historique de la Cour suprême du Canada, 1998, p. 105.

Par « sources objectives », nous entendons celles qui ne proviennent pas des sentiments, des opinions ou des intérêts personnels des juges. En effet, les trois sources que nous avons choisi d'étudier existent dans le monde réel, c'est-à-dire indépendamment de l'échelle des valeurs propre à chaque magistrat. Premièrement, le droit international et le droit comparé relèvent du droit positif. Des traités internationaux, des législations étrangères et des décisions judiciaires d'entités nationales ou internationales ressortent plusieurs valeurs qu'ont en partage les sociétés libres et démocratiques semblables au Canada. Deuxièmement, les ouvrages des philosophes politiques et des théoriciens du droit ont une matérialité (ils sont imprimés) et peuvent être consultés par un vaste lectorat, que ce dernier soit juridique ou non. Les valeurs qui y sont inscrites représentent la création des auteurs et non celles des juges qui s'y réfèrent. Troisièmement, les valeurs sociales actuelles reflètent un état de fait. Le monde contemporain, pris dans son ensemble ou dans ses sous-groupes, prône certaines valeurs, et ce, peu importe que les juges choisissent de les partager ou de les rejeter. Comme nous le verrons plus loin, la magistrature doit surmonter ses propres préjugés sociaux et refléter dans ses jugements les valeurs de la société¹⁸. Pour ces raisons, il y a lieu de croire que la seconde partie de notre mémoire mettra en lumière des aspects encore peu connus des sources objectives d'où proviennent les valeurs afférentes à la *Charte*.

Cela étant, il nous faut maintenant apporter quelques précisions d'ordre méthodologique afin de circonscrire notre étude des valeurs.

Les travaux qui précèdent font notamment ressortir une certaine constance dans la façon dont les membres de la Cour Dickson concevaient la société libre et démocratique avant et après l'avènement de la *Charte*. Les images subjectives « pré-*Charte* » que les honorables magistrats entretenaient des concepts de liberté, de société et de démocratie reviennent en grande partie, malgré quelques variations, dans leurs interprétations « post-*Charte* » des éléments constitutifs d'une société libre et démocratique.

¹⁸ Consulter à cet égard notre section 2.1.3.1, *infra*.

Quelques remarques méthodologiques

Tout d'abord, il convient de déterminer ce que nous entendons par « valeur ». Tout au long de ce mémoire, nous éviterons l'écueil de donner une portée trop large au vocable « valeur ». Nous laisserons de côté les considérations terminologiques alambiquées au profit d'une analyse beaucoup plus proche du positivisme juridique classique. Les valeurs qui nous intéresseront seront celles que les juges désignent eux-mêmes, dans leurs motifs, comme étant des valeurs¹⁹. Dans la grande majorité des cas, ce repérage ne posera pas problème puisque les juges présentent directement au lecteur les valeurs auxquelles ils se réfèrent²⁰. Néanmoins, nous prendrons aussi en

¹⁹ Nous délaierons en cela les méthodes d'autres auteurs tels Andrée Lajoie et Peter W. Hogg. Quant à Lajoie, cette dernière a recouru, dans ses monographies *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 et *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, à une définition fonctionnelle du vocable valeur. Comme l'explique cette auteure, « [J]'ai utilisé le terme de valeurs (...) dans son sens commun contemporain, où il désigne les objets désirés et les enjeux visés par les groupes dominants et minoritaires » (Voir *Quand les minorités font la loi*, p. 26). Cette dernière précise également que « [c]es valeurs s'expriment sous forme de réclamations formulées par ces groupes dans leur discours judiciaire et politique, incluant les procédures, les communications – notamment, mais pas seulement, aux médias –, les manifestes et même, le cas échéant, les programmes des partis qui les représentent. Elles sont intégrées au droit dans le discours judiciaire que constituent les décisions et dans le discours politique sous toutes ses formes, y compris administratives et législatives (...) » (*Id.* pp. 27-28).

De cette acception très large du mot valeur découle selon nous la difficulté de vérifier si les juges attribuent vraiment l'appellation « valeur » aux objets désirés et aux enjeux visés par les différents groupes sociaux. Par exemple, Lajoie note que « l'identité est la valeur qui se mérite le plus grand nombre de mentions à propos [des Autochtones] dans [le discours] de la Cour » (p. 66). À l'appui d'une telle affirmation, elle cite notamment les jugements *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387 et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Or, dans ces deux décisions, la Cour suprême n'a aucunement utilisé les vocables « identité » ou « identitaire ». Qui plus est, le jugement *R. c. Ewanhuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, auquel Lajoie se réfère pour illustrer la dignité prônée par les groupes féministes (p. 67), présente une difficulté terminologique semblable. Bien que la Cour suprême ait effectivement invoqué le concept de dignité dans cette décision, elle n'a jamais précisé qu'il s'agissait d'une valeur à proprement parler. À la lumière de ces exemples jurisprudentiels, nous semble sujette à caution l'acception très large que donne Lajoie au terme « valeur ».

En ce qui a trait à Hogg, ce dernier a tenté de démontrer, dans son article « Equality as a Charter Value in Constitutional Interpretation », (2003) 20 *S.C.L.R. (2d)* 113, que les juges se sont servi de la « valeur » d'égalité pour définir certains droits et libertés, et ce, sans recourir au concept d'égalité inscrit à l'article 15 de la *Charte*. À titre illustratif, cet auteur note que l'égalité a permis de définir la liberté de religion dans les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (ci-après « *Big M Drug Mart* ») et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (ci-après « *Edwards Books* »). S'il est vrai que les juges invoquèrent le concept d'égalité dans ces deux arrêts, ils ne firent aucunement mention d'une égalité comprise au sens de valeur de la *Charte*. Pour cette raison, l'attribution fort libérale de l'expression « valeur » au concept d'égalité, telle que l'a effectuée Hogg, nous paraît donc elle aussi sujette à caution.

²⁰ À titre illustratif, les juges Cory et Iacobucci écrivent dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 828 (ci-après « *Zundel* »), que « les valeurs d'enrichissement et d'épanouissement personnels sont essentielles aux principes qui sous-tendent la liberté d'expression ». Le juge Dickson, dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S.

considération certaines autres décisions dans lesquelles la dimension axiologique est moins apparente à première vue, mais dont une lecture attentive révèle clairement que les juges se sont référés à des valeurs²¹.

Pour mener à bien notre analyse, nous nous référerons principalement à un noyau dur d'une trentaine de jugements rendus par la Cour suprême du Canada. Nous les avons préalablement sélectionnés en croisant les éléments « valeur » et « *Charte* » dans les moteurs de recherche des principales banques de données juridiques. Ces décisions, couvrant de façon représentative une période d'environ vingt-cinq ans, constitueront le matériau à partir duquel nous découvrirons les sources des valeurs invoquées par les juges. De manière subsidiaire, nous verrons également comment les autres cours canadiennes appliquent les enseignements prodigués par les juges de la Cour suprême à ce sujet.

Soulignons que deux raisons ont motivé notre choix d'axer principalement nos recherches jurisprudentielles sur les arrêts de la Cour suprême. Premièrement, puisqu'elle est placée au sommet de la hiérarchie des tribunaux du pays, la Cour suprême veille à uniformiser la façon dont les décideurs de tous les niveaux (qu'ils soient judiciaires, administratifs ou arbitraux) interprètent et mettent en application la *Charte*. Certains de ses arrêts comportent également des lignes directrices adressées aux instances gouvernementales afin de guider ces dernières en matière de droits et libertés constitutionnalisés. Il en résulte une jurisprudence extrêmement riche en concepts et en enseignements juridiques dans laquelle nous avons pu puiser. Deuxièmement, la longueur proverbiale des jugements de cette cour, si elle peut en rebuter quelques-uns,

697, 755 (ci-après « *Keegstra* »), parle quant à lui « d'un engagement profond envers les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité ».

²¹ Pensons par exemple aux motifs qu'ont rédigés les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45. Ces trois magistrats ont insisté à maintes reprises sur la protection des citoyens vulnérables, la dignité des enfants et la protection des enfants. Une lecture attentive du jugement révèle qu'ils ont qualifié respectivement la protection des citoyens vulnérables de « principe démocratique et constitutionnel » (par. 133) et la protection des enfants de « valeur reconnue par le droit international » (par. 175-176).

donne l'occasion au lecteur attentif de bien comprendre la façon dont les juges pensent le droit. Les motivations prolixes écrites par les membres de la Cour suprême nous paraissent parfaitement indiquées pour rechercher les sources des valeurs.

De plus, afin d'illustrer adéquatement le rôle et l'origine des valeurs afférentes à la *Charte*, il nous faudra analyser la jurisprudence de la Cour suprême d'une façon particulière. Au lieu de porter notre attention sur la *ratio decidendi* d'une décision, comme le font souvent les auteurs de doctrine, nous focaliserons sur les raisonnements judiciaires qui font ressortir le rôle et l'origine des valeurs afférentes à la *Charte*. Bien entendu, afin de faciliter la compréhension du lecteur, nous prendrons tout de même soin de résumer succinctement les décisions que nous aborderons.

Mentionnons en terminant que nous ne limiterons pas notre analyse aux motifs écrits par les juges majoritaires. Il peut en effet arriver que les juges majoritaires et dissidents, tout en ayant des opinions divergentes sur la façon de trancher un litige particulier, s'accordent sur la façon de concevoir l'utilisation des valeurs dans notre droit constitutionnel. Puisqu'il serait malheureux de nous priver des enseignements prodigués par les juges dissidents, nous prendrons soin de nous y référer à l'occasion.

PARTIE 1 : LA SIGNIFICATION DES VALEURS AFFÉRENTES À LA CHARTE ET LEURS UTILISATIONS DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE

1.1 Les principales acceptions des valeurs dans un contexte de Charte

Étant donné les différentes significations que peut revêtir le vocable « valeur » dans les décisions mettant en jeu la *Charte*, il convient de consacrer quelques pages à aplanir cette difficulté sémantique.

Nous étudierons d'abord les valeurs somme toute assez générales que sont les valeurs d'une société libre et démocratique. Ces valeurs constituent des lignes directrices qui guident les tribunaux dans leur appréhension de la *Charte*. Nous analyserons par la suite les valeurs plus précises qui sous-tendent chacun des droits et libertés constitutionnalisés. Ces valeurs représentent en fait des spécificités qui différencient les droits et libertés les uns des autres.

Mentionnons tout de suite qu'il s'avère impératif de bien examiner les valeurs générales d'une société libre et démocratique ainsi que les valeurs particulières qui caractérisent les différents droits et libertés inscrits à la *Charte*. Nous verrons plus loin que ces deux types de valeurs servent non seulement à définir l'objet d'un droit ou d'une liberté dans le cadre de l'interprétation téléologique, mais également à relier les composantes de ce droit ou de cette liberté aux faits de chaque espèce, et ce, dans le cadre de la méthode contextuelle^{21.1}.

1.1.1 Les valeurs d'une société libre et démocratique

Certaines valeurs ont comme dénominateur commun le fait de constituer le fondement même de la *Charte*. Ces valeurs ne sont ni le propre des libertés de conscience et de religion, ni le propre des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

^{21.1} Voir cet égard nos sections 1.2.1.3 et 1.2.1.4, *infra*.

personne, pas plus qu'elles caractérisent de façon particulière le droit de vote ou les libertés de circulation et d'établissement. Elles représentent plutôt des valeurs générales qui rejaillissent sur le portrait global que les juges se font de la *Charte*. Elles indiquent l'objet de la *Charte* considéré dans son ensemble²².

Dans un passage très connu de l'arrêt *Oakes*, le juge Dickson a énuméré quelques-unes de ces valeurs, sans toutefois vouloir en dresser une liste complète²³.

Selon l'honorable magistrat,

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société²⁴.

D'autres valeurs conceptuellement très proches de ces dernières, telles que la tolérance, le multiculturalisme, la participation au processus démocratique, la justice sociale à l'égard des groupes vulnérables²⁵, l'éducation et l'ordre social, constituent également des valeurs d'une société libre et démocratique²⁶.

²² *R.B. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 13-14 (juge Lamer), (ci-après « *Children's Aid Society* »).

²³ Sur ce point précis, nous postulons qu'il existe une lacune somme toute assez grave dans la traduction française des motifs que le juge Dickson a rédigés en anglais. Dans la version originale anglaise, l'on peut voir les mots « *to name but a few* » précéder les valeurs que donne en exemple le juge Dickson. Cependant, la traduction des mots « *to name but a few* » est carrément omise de la version française, ce qui a pour effet de laisser erronément entendre au lecteur que le juge Dickson dressait une liste complète des valeurs de la société libre et démocratique. Le mot français « comprennent » est singulièrement ambigu puisqu'il peut suggérer une liste exhaustive aussi bien que son contraire.

²⁴ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136 (ci-après « *Oakes* »). Nous reviendrons en de plus amples détails sur ce passage de l'arrêt *Oakes* lors de notre analyse du rôle des valeurs dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, à la section 1.2.1 de notre mémoire.

²⁵ Notons au passage que les juges de la Cour suprême ont étendu la protection des groupes vulnérables à la protection du meilleur intérêt de l'enfant. Dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 71, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué que « le meilleur intérêt de l'enfant correspond tout à fait aux valeurs explicites et aux préoccupations implicites de la *Charte*, puisqu'il vise à protéger un segment vulnérable de la société ». S'autorisant de ce passage, le juge Gonthier s'est dit d'avis, dans *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, par. 137, que le critère du meilleur intérêt de l'enfant « exprime une valeur fondamentale de notre société » et qu'il est « inattaquable selon la *Charte* ».

²⁶ A. LAJOIE, « Dickson's Images and Interpretation of a Free and Democratic Society », *loc. cit.*, note 17, 116. Voir également la décision *Newfoundland (Treasury Board) v. Newfoundland Assn. of Public Employees*, [2002] N.J. No. 324 (C.A.) (QL). Le juge Marshall y suggère, aux par. 391 et 407 de ses

Bref, nous pourrions assimiler les valeurs d'une société libre et démocratique à des lignes directrices permettant de guider l'interprétation et l'application de la *Charte*. Par exemple, la valeur de la justice sociale à l'égard des groupes vulnérables fut invoquée dans l'arrêt *Edwards Books* afin de rappeler que la *Charte* ne doit pas devenir « l'instrument des plus favorisés » au détriment des « moins favorisés » de notre société²⁷. Mentionnons également que la valeur du respect de la dignité inhérente de l'être humain fut décrite, dans la décision *Morgentaler*, comme une notion qui « trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la Charte »²⁸. Cette même valeur fut aussi qualifiée, dans l'affaire *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, de « valeur essentielle de notre société libre et démocratique qui doit guider les tribunaux dans l'interprétation de la Charte »²⁹.

Pour achever de nous convaincre que les valeurs d'une société libre et démocratique constituent des lignes directrices aiguillant l'interprétation et l'application de la *Charte*, référons-nous aux motifs du juge Lamer dans la décision *Children's Aid Society*. Discourant sur l'opportunité de se prévaloir des valeurs énumérées par le juge Dickson dans l'arrêt *Oakes*, le juge Lamer a précisé ce qui suit :

Dans le commentaire rapporté de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson rappelle différentes valeurs et principes essentiels qui doivent guider les tribunaux lors de l'interprétation des dispositions de la Charte. Or, je constate que cette énumération se rattache essentiellement aux libertés fondamentales et aux différentes catégories de droits qui figurent dans la Charte. Il m'apparaît donc que le juge en chef Dickson s'est d'abord exprimé sur *l'objet de la Charte considérée dans son ensemble (...)* Les commentaires du juge en chef Dickson sont certes très justes et pertinents mais ils prennent toute leur signification dans la mesure où

motifs, que les mesures gouvernementales en matière d'éducation, de santé et d'autres programmes sociaux promeuvent les valeurs et principes d'une société libre et démocratique. Cette décision fut confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees (N.A.P.E.)*, [2004] 3 R.C.S. 381.

²⁷ *Edwards Books*, précité, note 19, 779.

²⁸ *Morgentaler*, précité, note 14, 166 (juge Wilson). Voir aussi le par. 120 des motifs qu'a rendus le juge Cory dans *Hill*, précité, note 15. Ce dernier y qualifie la dignité inhérente de l'individu de « concept qui sous-tend tous les droits garantis par la Charte ».

²⁹ *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 77 (juge majoritaire Bastarache), (ci-après « *Blencoe* »).

ils renvoient aux principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des libertés énoncées dans la Charte (nos italiques)³⁰.

De ce passage ressort le fait que les valeurs d'une société libre et démocratique doivent impérativement colorer la vue d'ensemble que les juges se font de la *Charte*.

Par ailleurs, toujours dans le but d'aplanir les difficultés sémantiques découlant de l'utilisation du vocable « valeur » dans un contexte de *Charte*, il nous faut préciser que les valeurs d'une société libre et démocratique sont très fréquemment associées aux valeurs de la *Charte*.

Cette équivalence se rencontre tout d'abord chez de nombreux auteurs de doctrine. À titre illustratif, Timothy Macklem et John Terry notent que « *the values of a free and democratic society are (...) more or less the values enshrined in the Charter itself* »³¹. Luc B. Tremblay abonde dans le même sens lorsqu'il écrit que « les valeurs fondamentales de la société canadienne, celles qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique, [sont], grosso modo, les valeurs de la Charte »³². Beth Bilson relie elle aussi les valeurs de la *Charte* aux valeurs d'une société libre et démocratique énumérées en partie par le juge Dickson dans l'arrêt *Oakes*³³.

Outre les auteurs de doctrine, les juges de la Cour suprême ont indiqué qu'il y avait correspondance entre les valeurs de la *Charte* et les valeurs d'une société libre et démocratique. Dans *Morgentaler*, la juge majoritaire Wilson a affirmé très directement que « les valeurs que consacre la Charte sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique »³⁴. Dans *Butler*, un passage des motifs du juge Sopinka laisse entendre que les valeurs de la *Charte* et les valeurs d'une société libre et démocratique forment un

³⁰ *Children's Aid Society*, précité, note 22, par. 13-14.

³¹ Timothy MACKLEM et John TERRY, « Making the Justification Fit the Breach », (2000) 11 *S.C.L.R.* (2d) 574, 620.

³² Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte : Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487, 509.

³³ Beth BILSON, « The Voice from the Trenches: Administrative Tribunals and The Interpretation of the Charter », (2006) 69 *Sask. L. R.* 3, 25-26.

³⁴ *Morgentaler*, précité, note 14, 178.

seul et même concept³⁵. De même, dans *Lyons*, le juge majoritaire La Forest a précisé que « la Charte sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada »³⁶.

Qui plus est, dans *Keegstra*, le juge majoritaire Dickson a relié les valeurs de la *Charte* aux valeurs d'une société libre et démocratique en écrivant que « [d]'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la Charte elle-même »³⁷. Finalement, dans l'arrêt *Blencoe*, le juge majoritaire Bastarache a soutenu que le respect de la dignité inhérente des gens est « une valeur essentielle de notre société libre et démocratique »³⁸, tout en ajoutant, quelques paragraphes plus loin, que ce même respect de la dignité représente « une valeur qui sous-tend la Charte »³⁹.

Cette équivalence entre les valeurs de la *Charte* et les valeurs d'une société libre et démocratique tire son explication du libellé même de l'article premier de la *Charte*. Rappelons que ce dernier requiert, en cas d'atteinte aux droits et libertés, une justification qui « puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ainsi, les valeurs d'une société libre et démocratique *sont* les valeurs de la *Charte*, non pas expressément, mais par incorporation par le biais de l'article premier qui s'y réfère.

³⁵ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 493 (juge Sopinka), (ci-après « *Butler* »). Le passage auquel nous nous référons se lit comme suit : « [J]e ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger *les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique*. Comme l'indique [David] Dyzenhaus (...), la désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose *sur les valeurs de la Charte* » (nos italiques).

³⁶ *Lyons*, précité, note 8, 326.

³⁷ *Keegstra*, précité, note 20, 750.

³⁸ *Blencoe*, précité, note 29, par. 77.

³⁹ *Id.*, par. 80.

« Dans le texte de l'article premier se trouvent réunies les valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne »⁴⁰, de préciser très justement le juge Dickson.

Ayant de la sorte circonscrit les valeurs générales qui caractérisent une société libre et démocratique, examinons maintenant les valeurs plus précises que sont celles qui sous-tendent les droits et libertés inscrits à la *Charte*.

1.1.2 Les valeurs sous-jacentes aux droits et libertés inscrits à la *Charte*

Malgré les caractéristiques communes qui les unissent, les droits et libertés prévus à la *Charte*, lorsqu'analysés individuellement, présentent des spécificités qui les différencient les uns des autres. Pensons par exemple au droit de vote et au droit à la protection contre les traitements et peines cruels et inusités. Même si l'on peut penser qu'ils contribuent tous deux à renforcer des valeurs générales telles que la foi dans les institutions politiques et la dignité inhérente de chaque être humain, ils demeurent néanmoins fort différents au niveau des valeurs particulières qui les sous-tendent. Il en va de même pour la liberté de religion et la liberté d'expression. Même si l'on peut concevoir qu'elles participent toutes deux à la consolidation de la valeur générale qu'est le respect des différents groupes et cultures, elles diffèrent l'une de l'autre du point de vue des valeurs particulières qui les étayent. Il est donc impératif de comprendre que les droits et libertés, lorsqu'étudiés séparément, font appel à des valeurs qui leur sont propres et qui les définissent de manière spécifique.

Les auteurs Timothy Macklem et John Terry postulent que les valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés n'ont pas encore été entièrement découvertes. Selon eux, ces valeurs se préciseront au fur et à mesure que les tribunaux élucideront la raison d'être de chacun des droits et libertés⁴¹. Quoique nous partagions cette opinion, il faut néanmoins préciser que les valeurs qui sous-tendent certains droits

⁴⁰ Keegstra, précité, note 20, 735-736.

⁴¹ T. MACKLEM et J. TERRY, *loc. cit.*, note 31, 623.

et libertés ont fait l'objet d'abondantes élaborations et qu'elles semblent fixées (du moins pour l'instant) dans la jurisprudence⁴². Donnons-en trois exemples.

Tout d'abord, les valeurs particulières de la liberté d'expression sont fréquemment répétées dans les arrêts de la Cour suprême. Depuis les décisions *Ford* et *Irwin Toy* rendues respectivement en 1988 et 1989, les juges de la Cour suprême soulignent invariablement que trois valeurs constituent le fondement de cette liberté⁴³. Ces valeurs sont la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique de même que l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels⁴⁴. Tel qu'il a été souligné dans *Keegstra*, une bonne compréhension de ces valeurs s'avère primordiale :

À l'évidence, la conception qu'on peut avoir de la liberté d'expression est la toile de fond essentielle de toute analyse fondée sur l'al. 2b), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2b), mais viennent au premier plan dans l'étude des modalités de coexistence d'intérêts opposés avec cette même liberté, sous le régime de l'article premier de la Charte⁴⁵.

Nous verrons plus loin que les valeurs soutenant la liberté d'expression s'inscrivent dans une importante tradition philosophique⁴⁶. Les juges qui oublieraient de situer cette liberté dans ce cadre d'analyse risqueraient de la dénaturer.

Comme second exemple de valeurs particulières, reportons-nous aux valeurs qui sous-tendent l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée, laquelle découle du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies

⁴² Sur ce point, soulignons que les valeurs qui caractérisent un droit ou une liberté en particulier sont susceptibles de changer au gré de l'évolution de la société canadienne. Comme nous le verrons lors de notre étude de l'interprétation téléologique (section 1.2.1.4), il n'est pas souhaitable de considérer ces valeurs comme étant figées dans le temps puisque cela compromettrait les possibilités qu'a la *Charte* « de croître, d'évoluer et de s'ajuster aux besoins changeants de la société » (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique)* s. 94(2), [1985] 2 R.C.S. 486, 509, ci-après « *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* »).

⁴³ Parmi les nombreuses décisions mentionnant les trois valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, voir celles que nous rapporterons à notre section 2.3.1.

⁴⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 976 (juges majoritaires Dickson, Lamer et Wilson), (ci-après « *Irwin Toy* ») et *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 765 (jugement rendu par la Cour), (ci-après « *Ford* »).

⁴⁵ *Keegstra*, précité, note 20, 726.

⁴⁶ Voir notre section 2.3.1, *infra*.

abusives prévu à l'article 8 de la *Charte*⁴⁷. Dans *Mills*, un arrêt concernant la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction criminelle d'ordre sexuel, il a été souligné que les valeurs liées à la protection de la vie privée comprennent le droit de ne pas être importuné par l'État de même que la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels⁴⁸. La décision *Mills* synthétisait de cette manière ce que la jurisprudence avait auparavant dégagé à propos de l'article 8 de la *Charte*⁴⁹. De même, dans *R. c. Plant*, un arrêt touchant à la constitutionnalité d'une perquisition effectuée sans mandat, il a été affirmé que la vie privée avait aussi comme valeurs sous-jacentes la dignité, l'intégrité et l'autonomie de la personne⁵⁰. Ces mêmes valeurs ont été subséquemment reprises dans de nombreux jugements de la Cour suprême⁵¹. Ainsi, nous pouvons dire que la protection de la vie privée de la personne repose sur des valeurs distinctives dont les subtilités doivent nécessairement être bien comprises de la part des juges.

Comme troisième exemple de valeurs particulières, pensons aux valeurs qui sous-tendent le droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*. Dans la décision *McKinney*

⁴⁷ Consulter à cet égard la décision *A.M. c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 30 (juge majoritaire McLachlin), de même que J.D.R. CRAIG, *loc. cit.*, note 3, 371 et les arrêts qui y sont cités. Mentionnons incidemment que la vie privée pourrait aussi être considérée, *lato sensu*, comme faisant partie du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 de la *Charte*. Voir sur ce point le jugement *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, 412. Le juge La Forest y écrit, au nom de la Cour, qu'il est « enclin à admettre » que « l'article 7 assure la protection d'un droit à la vie privée comme le droit qui est inhérent à la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives de l'art. 8 de la *Charte* (...) ». Voir sur le même point l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 110 (ci-après « *O'Connor* »). La juge L'Heureux-Dubé y réitère que « l'article 7 de la *Charte* comprend un droit à la protection de la vie privée », bien qu'elle admette que la Cour suprême ait, « à plusieurs autres occasions, (...) parlé de la protection de la vie privée relativement à l'article 8 de la *Charte* ».

⁴⁸ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 79-80 (juges majoritaires McLachlin et Iacobucci), (ci-après « *Mills* »).

⁴⁹ Les juges McLachlin et Iacobucci rappellent en effet que le juge Cory a souligné, dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 50 (ci-après « *Edwards* ») que « le droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence est un élément clé de la notion de vie privée ». De même, les juges McLachlin et Iacobucci s'appuient sur le propos qu'a tenu le juge La Forest dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 53-54 : « Il est reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre ».

⁵⁰ *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 292 (juge Sopinka), (ci-après « *Plant* »).

⁵¹ Voir notamment *O'Connor*, précité, note 47, par. 118; *Schreiber c. Canada (Procureur général)* [1998] 1 R.C.S. 841, par. 42; *Mills*, précité, note 48, par. 81 ; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 19; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 60.

c. *Université de Guelph*, où fut examinée la délicate question de la mise à la retraite obligatoire, la juge dissidente L'Heureux-Dubé a indiqué que « la protection et la reconnaissance de la dignité humaine, l'établissement de chances égales et le développement du potentiel de chaque personne en fonction des aptitudes individuelles » représentaient des valeurs fondamentales consacrées au paragraphe 15(1) de la *Charte*⁵². Également, dans *Rodriguez*, un arrêt concernant le suicide assisté d'une personne en phase terminale de sa maladie, le juge dissident Lamer a relié l'égalité prévue au paragraphe 15(1) aux valeurs fondamentales d'autonomie individuelle et d'autodétermination dans notre système juridique⁵³.

Somme toute, à la lumière de ces quelques exemples jurisprudentiels concernant la liberté d'expression, le droit à la vie privée et le droit à l'égalité, il appert que des valeurs très précises étayent chaque droit et chaque liberté dont fait mention la *Charte*. Il y a tout lieu de croire, comme nous l'avons déjà mentionné, que ces valeurs particulières seront davantage circonscrites au fil du temps et des développements jurisprudentiels.

1.1.3 La différence entre les valeurs et les principes constitutionnels

Lorsqu'il s'agit d'étudier les valeurs dans le contentieux constitutionnel canadien, une difficulté supplémentaire provient du fait que les termes « valeur » et « principe » sont souvent intervertis. Cet obstacle terminologique se retrouve tant chez les juges que chez les auteurs de doctrine. Pour mieux comprendre ce phénomène, nous rapporterons dans un premier temps quelques exemples d'une telle interversion entre les principes et

⁵² *McKinney*, précité, note 7, 424. Remarquons que la traduction française des motifs qu'a rendus la juge L'Heureux-Dubé est équivoque étant donné la syntaxe irrégulière du passage qui suit : « La disposition [c'est-à-dire l'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne*, 1981, L.O. 1981, ch. 53] est donc incompatible avec les valeurs fondamentales consacrées au par. 15(1), la protection et la reconnaissance de la dignité humaine, l'établissement de chances égales et le développement du potentiel de chaque personne en fonction des aptitudes individuelles ». En revanche, dans la version originale anglaise, ce sont deux points (:) et non pas une virgule qui suivent le par. 15(1), ce qui donne un tout autre sens au même passage. La version originale anglaise est la suivante: « Hence the provision is inconsistent with the fundamental values enshrined within s. 15(1): the protection and enhancement of human dignity, the promotion of equal opportunity, and the development of human potential based upon individual ability ».

⁵³ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 554 (ci-après « *Rodriguez* »).

les valeurs. Dans un second temps, nous en expliquerons la cause probable et nous préciserons les choix terminologiques qui guideront notre mémoire.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Thomson Newspaper*, le juge dissident Gonthier a qualifié à la fois de valeur et de principe la participation des citoyens à la vie politique. L'honorable juge a écrit que la « participation utile des citoyens à l'institution politique » par le biais du processus électoral représente l'un des principes essentiels d'une société libre et démocratique. Au paragraphe suivant de ses motifs, il a ajouté que la « participation active des citoyens à la vie politique et sociale » constitue l'une des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte*⁵⁴.

De même, dans l'arrêt *Golden*, les juges majoritaires Iacobucci et Arbour ont indiqué que la common law doit être interprétée d'une façon compatible avec les « principes de la *Charte* »⁵⁵. Cette référence aux principes de la *Charte* est inhabituelle en ce que les membres de la Cour suprême écrivent généralement que les règles de common law doivent être compatibles avec les « valeurs de la *Charte* »⁵⁶.

Toujours en matière de common law, le juge Roscoe de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est référé tout à la fois, dans la décision *Campbell v. Jones*, aux « *Charter values* » et aux « *Charter principles* ». Il n'a cependant pas apporté de plus amples précisions terminologiques à cet égard⁵⁷.

Comme autre exemple, dans la cause *R. v. Lucas*, le juge Hrabinsky de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan) s'est autorisé des « *underlying values and principles essential to a free and democratic society* »⁵⁸ pour rendre sa décision. Le juge Hrabinsky

⁵⁴ *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 24-25 (ci-après « *Thomson Newspapers* »).

⁵⁵ *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 86.

⁵⁶ Voir à cet égard notre section 1.2.2 où nous analyserons le rôle que jouent les valeurs lors de l'adaptation de la common law.

⁵⁷ *Campbell v. Jones*, [2002] N.S.J. No. 450 (C.A.), par. 63.

⁵⁸ *R. v. Lucas*, [1995] S.J. No. 62 (Q.B.) (QL), par. 18.

a cependant cité, à l'appui de son argumentation, un extrait de l'arrêt *Slaight Communications* dans lequel il est question des « *underlying values of a free and democratic society* » et non pas des « *underlying principles* »⁵⁹.

Outre les juges, certains auteurs de doctrine intervertissent également les « principes d'une société libre et démocratique » et les « valeurs d'une société libre et démocratique ». Pensons en ce cas à Leon E. Trackman, William Cole-Hamilton et Sean Gatién. Ces derniers soulignent ce qui suit à propos de la vérification de l'objectif législatif : « *In Oakes, the Court stated that a valid objective must accord with the values of a free and democratic society* » (nos soulignés)⁶⁰. Or, si nous reproduisons le passage de l'arrêt *Oakes* auquel se réfèrent ces auteurs, nous voyons bien que le juge Dickson a employé le mot « *principle* » et non pas le mot « *value* ». Comme l'a écrit l'honorable magistrat, « *The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection* » (nos soulignés)⁶¹.

Cette interversion dans l'utilisation des termes « valeurs » et « principes » proviendrait justement de ce même arrêt *Oakes*, et plus particulièrement de son célèbre passage rapporté précédemment⁶² dans lequel le juge Dickson mentionne que les tribunaux « doivent être guidés par *des valeurs et des principes* essentiels à une société libre et démocratique » (nos italiques) tels que le « respect de la dignité inhérente de l'être humain », la « promotion de la justice et de l'égalité sociales », l'« acceptation d'une grande diversité de croyances », le « respect de chaque culture et de chaque

⁵⁹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056 (ci-après « *Slaight Communications* »).

⁶⁰ Leon E. TRACKMAN *et al.*, « *R. v. Oakes* 1986-1997: Back to the Drawing Board », (1998) 36 *O.H.L.J.* 83, 95.

⁶¹ *Oakes*, précité, note 24, 138. La traduction française de ce passage fait également ressortir le vocable « principe » : « La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux *principes* qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier » (nos italiques).

⁶² Voir section 1.1.1, *supra*.

groupe » ainsi que la « foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ».

À ce propos, Patrice Garant fait valoir que toutes ces valeurs (ou ces principes) représentent « des idéaux ou objectifs de la société canadienne, voire de l'humanité, qui servent de substrats aux principes et aux droits consacrés par la Constitution »⁶³. Il souligne d'ailleurs que les valeurs et les principes comportent une parenté certaine au point de se confondre⁶⁴. Il n'est donc pas étonnant que les juges et les auteurs de doctrine interchangent si souvent les valeurs et les principes dans un contexte de *Charte*.

Cependant, il y a lieu de distinguer les principes (pris au sens de valeurs) qui guident l'interprétation et l'application de la *Charte* des nombreux autres principes de droit constitutionnel, tels que les principes de justice fondamentale⁶⁵ et les principes structurants et institutionnels (principe de la séparation des pouvoirs, principe de la souveraineté parlementaire, principe du *rule of law* ou principe de légalité, principe du fédéralisme, principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité⁶⁶).

Distinguer les valeurs et les principes requiert donc une certaine minutie. Une analyse très attentive de chaque décision judiciaire est de rigueur si l'on veut éviter toute confusion terminologique. Comme l'indique Garant, c'est le contexte qui indique s'il s'agit de valeurs ou de principes dans chaque cas d'espèce⁶⁷.

⁶³ Patrice GARANT, « Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale », dans Gérald-A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e édition, Markham, Lexis Nexis Butterworths, 2005, p. 457, à la page 507.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Dans *Mills*, précité, note 48, par. 67, les juges majoritaires McLachlin et Iacobucci ont établi une distinction importante entre les principes de justice fondamentale et les valeurs d'une société libre et démocratique. Selon eux, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique [alors que] l'article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, *qui sont plus larges par nature* » (nos italiques).

⁶⁶ Pour une étude rigoureuse de ces principes, consulter A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, pp. 87 à 265; Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2002) *Queen's L.J.* 389; de même que Danielle PINARD, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada », (2006) 55 *Jahrbuch des Öffentlichen rechts* 625.

⁶⁷ P. GARANT, *loc. cit.*, note 63, 510-511.

Suivant cet enseignement, nous prendrons en considération dans le présent mémoire les valeurs et principes afférents à la *Charte* lorsque ces derniers serviront de guides dans l'interprétation et l'application de la *Charte*. Cependant, nous excluons de notre analyse les principes de justice fondamentale et les principes structurants et institutionnels du droit constitutionnel.

Ces précisions d'ordre terminologique étant faites, voyons dès à présent les principaux champs de l'activité judiciaire où servent les valeurs afférentes à la *Charte*.

1.2 Les principaux champs de l'activité judiciaire où l'on recourt aux valeurs afférentes à la *Charte*

Les valeurs afférentes à la *Charte* ont plusieurs utilisations dans le contentieux constitutionnel canadien^{67.1}. Dans les pages qui suivent, nous nous concentrerons sur les trois principaux champs de l'activité judiciaire où l'on recourt à ces valeurs, c'est-à-dire le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois (section 1.2.1), l'adaptation des règles de common law (section 1.2.2) et l'interprétation des lois (section 1.2.3).

1.2.1 Les valeurs afférentes à la *Charte* et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois existe depuis plus d'un siècle au Canada et il n'est pas de notre propos d'en retracer l'origine ni d'en faire l'historique. Essentiellement limité, durant les premières décennies ayant suivi l'établissement en 1867 du régime fédéral canadien, aux questions de partage des compétences entre les législateurs fédéral et provinciaux, ce contrôle a vu sa portée s'élargir graduellement. Grâce à l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution en 1982, il est dorénavant possible de contester la validité de toute règle de droit qui porterait atteinte aux droits et libertés constitutionnalisés.

Dans la présente section de notre mémoire, nous étudierons la riche dimension axiologique que comporte le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Pour ce faire, nous nous reporterons d'abord à l'article premier de la *Charte* puisque, de tous les articles que contient cet instrument de protection des droits et libertés, c'est lui qui a généré la jurisprudence la plus féconde en utilisation des valeurs. Dans un second temps, nous prendrons soin d'examiner la méthode contextuelle et la méthode d'interprétation téléologique, lesquelles tablent également sur les valeurs. L'examen de ces deux

^{67.1} Voir à cet égard notre note 269, *infra*.

méthodes nous permettra par ailleurs d'assurer une certaine diversité dans nos exemples jurisprudentiels.

1.2.1.1 La grille d'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes*

L'article premier de cette même *Charte*, que l'on qualifie de « disposition limitative », commande au(x) décideur(s) devant qui l'on a porté une contestation de vérifier si les restrictions aux droits et libertés se font « dans des limites qui s[oi]ent raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Les concepts de « limites raisonnables » et de « société libre et démocratique » énoncés à l'article premier représentent deux standards juridiques. En théorie du droit, le standard juridique se définit comme étant une formulation non pas détaillée et complète de la règle de droit, mais plutôt « générale et susceptible d'application efficace au genre visé, quelles qu'en soient les manifestations particulières »⁶⁸. La malléabilité inhérente à l'article premier a d'ailleurs fait dire au juge Dickson qu'il fallait voir dans cette disposition une « jauge s'adaptant aux valeurs et aux circonstances »⁶⁹.

Malgré la souplesse caractéristique de l'article premier, un cadre d'application insuffisamment délimité de ce dernier aurait été problématique. Comme le souligne très justement Danielle Pinard, « une application directe [de ce] standard à des faits particuliers [aurait] risqué de provoquer des problèmes d'acceptabilité sociale de la

⁶⁸ Danielle 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, 140. Pour une étude approfondie de la notion de standard juridique, nous référons le lecteur aux travaux de Roscoe Pound qui, durant les années 1920-30, a grandement contribué à populariser cette notion au sein de la communauté des juristes. Voir, *inter alia*, ses articles « The Administrative Application of Legal Standards », (1919) XLVI *American Bar Association Reports* 445 et « The Theory of Judicial Decision », (1922-23) 36 *Harvard L. Rev.* 641. Pour une perspective européenne de l'utilisation des standards, se référer à Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1980, de même qu'à Paul ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », (1988) 4 *Revue de la recherche juridique* 1037.

⁶⁹ *Keegstra*, précité, note 20, 737.

décision et de prévisibilité des décisions à venir »⁷⁰. En effet, sans un cadre d'analyse clairement défini, les décideurs⁷¹ auraient fort probablement interprété les standards de « limites raisonnables » et de « société libre et démocratique » de manière imprévisible et peut-être même arbitraire. C'est pour éviter de telles embûches que la Cour suprême a énoncé en 1986, dans le célèbre arrêt *Oakes*, les critères délimitant l'application de l'article premier. Deux décennies plus tard, ce sont les mêmes critères qui, malgré quelques évolutions, constituent toujours la grille d'analyse intrinsèquement liée à l'article premier⁷².

Les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes* afin d'encadrer le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois sont aujourd'hui très bien connus. Ils ont été cités à maintes reprises dans la jurisprudence et ils ont fait l'objet d'une analyse doctrinale aussi volumineuse qu'approfondie. Aux fins de notre mémoire, il ne nous appartient pas de les critiquer ou d'en faire l'apologie. Il nous revient plutôt d'examiner comment les juges de la Cour suprême ont fait ressortir, à travers le prisme du « test de *Oakes* », la très étroite relation qui existe entre les valeurs et l'article premier de la *Charte*.

Tout d'abord, rappelons que la première étape du test de *Oakes* consiste à vérifier si l'État peut faire valoir un objectif suffisamment important pour justifier une restriction aux droits et libertés prévus à la *Charte*. Dans le jargon des juristes constitutionnalistes, cet examen constitue « l'étape de l'objectif ». Dans l'arrêt *Oakes*, le juge Dickson a énoncé une norme d'analyse sévère : seuls les objectifs se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles peuvent être qualifiés de suffisamment importants. Selon lui, « les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent

⁷⁰ D. PINARD, *loc. cit.*, note 68, 169.

⁷¹ Contrairement à d'autres pays où l'on confie le contrôle de la constitutionnalité des lois en exclusivité à des cours constitutionnelles, ce contrôle peut être effectué au Canada par toute cour supérieure, et ce, dès la première instance. Les auteurs H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 187, précisent que les cours inférieures et les tribunaux administratifs bénéficient eux aussi d'une certaine marge de manœuvre pour interpréter la Constitution.

⁷² Sujit CHOUDHRY, « So What Is the Real Legacy of *Oakes* ? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 », (2006) 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, 505.

l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier »⁷³.

Si l'on en vient à la conclusion que la règle de droit dont la constitutionnalité est contestée vise un objectif législatif valide, l'on doit alors s'interroger sur sa proportionnalité, laquelle commande une analyse en trois étapes. Ces dernières doivent être franchies successivement et cumulativement : un accroch à l'une quelconque des trois étapes fait ressortir l'inconstitutionnalité de la règle de droit.

À la première étape, dite du « lien rationnel », l'on doit se demander s'il existe un lien entre l'objectif poursuivi et les moyens choisis par le législateur pour y arriver. À la seconde étape, dite de « l'atteinte minimale », il faut vérifier si les mesures prises par l'État atteignent le moins possible les droits et libertés garantis par la *Charte*. Bien entendu, les tribunaux doivent ici reconnaître une « certaine latitude »⁷⁴ au législateur quant à la façon de concevoir⁷⁵ les lois et règlements. À la troisième étape, dite de la « proportionnalité entre les effets et l'objectif », l'on cherche à savoir si l'atteinte au droit garanti par la *Charte* n'est pas trop grave comparativement aux avantages qui résultent de

⁷³ *Oakes*, précité, note 24, 138-139.

⁷⁴ *Irwin Toy*, précité, note 44, 999-1000. Le degré de latitude dont devrait disposer le législateur a donné lieu à des débats judiciaires houleux entre les tenants de l'activisme judiciaire et les partisans de la déférence (aussi appelée retenue) à l'égard du législateur. Prenons comme exemple l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd*, [2001] 3 R.C.S. 209 (ci-après « *Advance Cutting & Coring* ») dans lequel les juges LeBel (majoritaire) et Bastarache (dissident) en sont venus à des conclusions diamétralement opposées en ce qui a trait à la compétence institutionnelle de la Cour suprême.

Dans ce jugement portant sur la liberté d'association des travailleurs de la construction, le juge LeBel s'est dit d'avis qu'il fallait « laisser au processus politique le soin de régler la question en jeu dans le pourvoi [étant donné que] la gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux » (par. 239).

Le juge Bastarache écrit quant à lui : « Je ne suis pas d'accord avec le juge LeBel lorsqu'il recommande de faire preuve de retenue envers les choix du gouvernement pour l'interprétation des notions d'"accomplissement personnel" et de "démocratie". Je ne souscris pas à son opinion selon laquelle la présente affaire "débord[e] largement du domaine d'expertise des tribunaux" » (par. 31).

⁷⁵ En ce qui a trait à l'examen de la conformité constitutionnelle des politiques gouvernementales au moment de leur conception, nous renvoyons le lecteur à l'excellent article de Pearl ELIADIS, « Inscripting Charter Values in Policy Processes », (2006) 33 *S.C.L.R.* (2d) 229.

la mesure⁷⁶. Ainsi, la grille d'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes* et reprise par la jurisprudence a pour but de faciliter l'interprétation uniforme des standards juridiques énoncés à l'article premier, et ce, en segmentant les opérations intellectuelles que doivent mener les décideurs.

Malheureusement, en insistant sur une application mécanique des différentes étapes du test de *Oakes*, quelques juristes en sont venus à oublier la véritable nature de l'article premier⁷⁷. Des auteurs ont d'ailleurs affirmé que le test de *Oakes* était devenu, au fil des années, une formule sacramentelle⁷⁸ et une échappatoire procédurale⁷⁹. Pour remédier à ce problème, certains juges de la Cour suprême ont rappelé à la communauté juridique que les lignes directrices proposées dans l'arrêt *Oakes* ne doivent pas être substituées au libellé de l'article premier. Rappelons sur ce point la célèbre sortie du juge La Forest, dissident dans l'arrêt *RJR-MacDonald* :

[J]'estime nécessaire de clarifier la nature de l'erreur du juge [de première instance]. Tout au long de sa décision (...) il a adopté le point de vue, que partagent malheureusement certains auteurs, que les exigences en matière de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes*

⁷⁶ Notre description des étapes du test de *Oakes* s'appuie sur le résumé qu'en fait Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th Edition Supplemented, Scarborough, Thomson/Carswell, 2007, p. 38-18, de même que sur le par. 293 de l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où est décrite d'une manière claire et succincte la grille d'analyse énoncée dans *Oakes*.

Précisons que l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif a été reformulée par le juge Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (ci-après « *Dagenais* ») afin que l'on tienne compte non seulement des effets préjudiciables, mais aussi des effets bénéfiques des dispositions législatives contestées. Selon l'honorable magistrat, « la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité (...) Il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques ». Cette reformulation, somme toute assez complexe, fut reprise dans quelques arrêts qu'a rendus la Cour suprême dont *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442 et *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188.

Cependant, afin d'éviter les confusions terminologiques, nous nous en tiendrons à la formulation initiale de l'arrêt *Oakes* et nous utiliserons l'expression « proportionnalité entre les effets et l'objectif » tout au long de notre mémoire.

⁷⁷ À ce sujet, le juge Dickson rappelle dans *Keegstra*, précité, note 20, 735, que « l'on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme (...) D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la Charte peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement ».

⁷⁸ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 38-17.

⁷⁹ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, *op. cit.*, note 19, p. 56.

sont comparables à celles applicables à l'article premier ou les ont même remplacées. Ce point de vue se fonde sur une interprétation erronée de la jurisprudence de notre Cour. *Le « critère » approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu'il l'applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d'une « société libre et démocratique » (nos italiques)*⁸⁰.

Commentant cet extrait de la décision *RJR-MacDonald*, la doctrine a souligné que le juge La Forest n'a pas voulu faire table rase du *modus operandi* proposé dans *Oakes*. Au contraire, l'honorable magistrat aurait seulement souhaité rappeler aux autres membres de la Cour que la grille d'analyse proposée dans *Oakes* conservait sa validité à condition d'être appliquée de façon moins mécanique⁸¹.

Cette précision que le juge La Forest a apportée en 1995 a de quoi surprendre puisque, neuf ans plus tôt, dans l'arrêt *Oakes*, le juge Dickson avait clairement souligné la nécessité de bien conceptualiser l'expression « société libre et démocratique » telle qu'inscrite à l'article premier de la *Charte*. Pour reprendre au long un passage des motifs du juge Dickson que nous avons précédemment rapporté de façon abrégée⁸² :

L'inclusion des mots [société libre et démocratique] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. *Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique*, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation

⁸⁰ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 62 (ci-après « *RJR-MacDonald* »).

⁸¹ L.E. TRACKMAN *et al.*, *loc. cit.*, note 60, 136. Notons que le juge McLachlin, qui a écrit l'opinion majoritaire dans *RJR-MacDonald*, précité, note 80, par. 126, a précisé les propos du juge La Forest de la façon suivante : « Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que: "[l]e "critère" approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même". Il s'agit en fin de compte de savoir si la violation se situe à l'intérieur de limites raisonnables "dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique" (...) Je conviens avec le juge La Forest qu'il faut s'abstenir de faire une analyse trop technique fondée sur l'article premier; cependant, il n'existe pas, à mon avis, d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt *R. c. Oakes*, celle-ci venant compléter l'article premier » (nos italiques).

⁸² Voir notre section 1.1.1, *supra*.

des particuliers et des groupes dans la société. *Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer⁸³ (nos italiques).

Cet enseignement du juge Dickson revêt une importance capitale aux fins de notre mémoire puisqu'il met en lumière le rôle joué par les valeurs lors du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. En effet, il ressort clairement du choix des expressions «norme finale de justification» et «norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir une restriction» que les valeurs d'une société libre et démocratique doivent servir d'étalon de comparaison, d'élément de référence aux fins de l'analyse effectuée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il est impératif, pour reprendre l'explication de Lorraine Eisenstat Weinrib, de bâtir un régime de protection des droits et libertés à partir de la « primauté des valeurs » découlant de l'article premier⁸⁴.

Bien évidemment, il ne faut pas non plus verser dans l'excès et se jeter dans une analyse axiologique aux paramètres mal définis. Considérer directement les valeurs sans recourir à la grille d'analyse de l'arrêt *Oakes* deviendrait fort probablement une entreprise périlleuse⁸⁵. En effet, la pondération précise des intérêts opposés dans chaque cas d'espèce, telle qu'elle est actuellement effectuée, deviendrait difficilement réalisable. Il en découlerait peut-être l'établissement progressif d'une hiérarchie des valeurs, ce à quoi les tribunaux ont expressément refusé de prendre part⁸⁶. De surcroît, la

⁸³ *Oakes*, précité, note 24, 136.

⁸⁴ Lorraine E. WEINRIB, « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter », (1988) 10 S.C.L.R. 469, 504-505. Nous avons traduit son expression « firstness of values » par « primauté des valeurs ». La juge Arbour, dans la décision *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (ci-après « *Gosselin* »), tient un propos rejoignant celui de la professeure Weinrib. L'honorable juge souligne qu'il faut renforcer les droits garantis par la Charte en « consolidant les valeurs qu'ils visent à soutenir » (par. 353 de la décision).

⁸⁵ L.E. TRACKMAN *et al.*, *loc. cit.*, note 60, 119.

⁸⁶ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 100. La juge dissidente L'Heureux-Dubé indique dans cet arrêt que la « pondération appropriée des valeurs de la Charte n'admet pas une telle hiérarchie des valeurs ». Sur le même point, voir la décision *R. v. Brown [Interpretation of s. 648(1) of the Criminal Code]*, [1997] O.J. No. 6168 (Ct. J. Gen. Div.) (QL). Le juge Trafford y souligne, au par. 15, que « There is no hierarchy of

jurisprudence qui s'ensuivrait risquerait d'évoluer de manière imprévisible étant donné la composante subjective inhérente aux valeurs. Comme le soulignent très pertinemment Timothy Macklem et John Terry :

[A]ttempts to jettison the [Oakes] formula, in whole or in part, in favour of direct consideration of the values of a free and democratic society, are seriously mistaken, for the *Oakes* test offers a vital bulwark against what would otherwise be an arbitrary resolution of the question of reasonable limits to Charter rights and freedoms⁸⁷.

Force nous est donc de constater que le test de *Oakes* joue un rôle important dans l'intégration ordonnée des valeurs dans l'examen constitutionnel effectué en vertu de l'article premier de la *Charte*⁸⁸.

1.2.1.2 L'intégration des valeurs aux différentes étapes du test de Oakes

Les critères de l'objectif législatif, du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif permettent l'intégration des valeurs dans l'examen de la constitutionnalité des lois et règlements⁸⁹. Comme l'a rappelé le juge majoritaire Bastarache dans l'arrêt *M. c. H.*, les « valeurs qui sous-tendent la *Charte* guident l'application de l'article premier à chaque étape [du test de *Oakes*] »⁹⁰. Illustrons dès à présent, à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence, comment les membres de la Cour suprême intègrent des valeurs aux différentes étapes du test de *Oakes*.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Slaight Communications*, la valeur de la protection des groupes vulnérables a été déterminante lors de l'analyse de l'objectif législatif. Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si un arbitre de griefs pouvait s'autoriser

values under the Charter. Rather, recognition must be given to all of them through a blended analysis in the circumstances of a particular case ».

⁸⁷ T. MACKLEM et J. TERRY, *loc. cit.*, note 31, 622.

⁸⁸ *Keegstra*, précité, note 20, 845-846 (juge dissidente McLachlin).

⁸⁹ L.E. TRACKMAN *et al.*, *loc. cit.*, note 60, 93-94.

⁹⁰ *M. c. H.*, précité, note 76, par. 293. Souvenons-nous aussi des propos tenus par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache dans *Sharpe*, précité, note 21, par. 156 : « La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de *tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier* » (nos italiques).

de l'article 61.5 du *Code canadien du travail*⁹¹ pour enjoindre à un employeur de rédiger une lettre de recommandation au contenu prédéterminé⁹². En l'espèce, l'arbitre avait exigé que cette lettre fit mention de la période durant laquelle l'employé avait travaillé dans l'entreprise et des statistiques de ses ventes. Cette lettre devait également préciser que le congédiement avait été décrété « injuste » au terme d'un processus d'arbitrage⁹³. L'employeur contesta cette ordonnance arbitrale en invoquant une violation de sa liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte*.

Le juge majoritaire Dickson a refusé cette prétention de l'employeur au motif qu'une telle protection de la liberté d'expression « équivaldrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de relations de travail déjà inégales »⁹⁴. L'objectif de l'ordonnance arbitrale (et de l'article 61.5), qui était de protéger le groupe « particulièrement vulnérable » des travailleurs contre l'autorité des employeurs, a donc été jugé parfaitement valide⁹⁵. Le juge Dickson a ajouté, lors de l'examen de la proportionnalité entre les effets et l'objectif, que cet objectif de protéger les groupes vulnérables était conforme à d'autres valeurs d'une société libre et démocratique, telles la dignité inhérente de l'être humain et la promotion de la justice et de l'égalité sociale⁹⁶. Il

⁹¹ *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. Plus précisément, l'alinéa c) du paragraphe 61.5(9) autorise l'arbitre à « faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier ».

⁹² *Slaight Communications*, précité, note 59, 1047.

⁹³ *Id.*, 1046-1047.

⁹⁴ *Id.*, 1052.

⁹⁵ *Id.*, 1051.

⁹⁶ *Id.*, 1056-1057. Pour une utilisation semblable des valeurs du respect de la dignité inhérente de l'être humain et de la promotion de la justice et de l'égalité sociale, voir les motifs du juge La Forest dans *McKinney*, précité, note 7, 302-303. Était contestée dans cette affaire la mise à la retraite obligatoire à l'âge de soixante-cinq ans, telle qu'elle se pratiquait alors dans certaines universités. Parmi les objectifs invoqués à l'appui de la mise à la retraite se trouvait la réduction du chômage chez les jeunes. Tel qu'il ressort du passage suivant, le juge La Forest a jugé non valable un tel objectif : « En ce qui concerne l'objectif de réduire le chômage chez les jeunes, il me semble qu'il ne faut pas lui accorder trop d'importance. Si les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique comprennent, selon l'arrêt *Oakes*, le "respect de la dignité inhérente de l'être humain" et la "promotion de la justice et de l'égalité sociales", alors l'objectif de forcer les travailleurs plus âgés à prendre leur retraite pour permettre aux plus jeunes de travailler est discriminatoire en soi puisqu'il suppose que la prolongation de l'emploi de certains individus est moins importante pour ceux-ci et de moins grande valeur pour la société en général que l'emploi d'autres individus pour la seule raison de l'âge » (nos italiques).

ressort donc très clairement des motifs du juge Dickson que l'examen des valeurs a joué un rôle de premier plan dans l'application du test de *Oakes*.

Les motifs écrits par la juge dissidente Arbour dans la décision *Gosselin* constituent quant à eux un bon exemple de l'utilisation des valeurs aux étapes de l'objectif législatif et du lien rationnel.

Était contestée dans *Gosselin* la constitutionnalité de l'alinéa 29a) du *Règlement sur l'aide sociale*⁹⁷, lequel établissait une disparité dans les montants versés en fonction de l'âge des prestataires de l'assistance sociale. Pendant une période de cinq ans, soit de 1984 à 1989, les personnes de moins de 30 ans reçurent des prestations moins élevées que celles touchées par les personnes de 30 ans et plus. Il y avait toutefois majoration des sommes reçues si les personnes de moins de 30 ans participaient à des programmes d'intégration du marché du travail⁹⁸. Le gouvernement prétendait que la disposition réglementaire contestée servait deux objectifs principaux, nommément « prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes » et « favoriser l'intégration de ces derniers dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi »⁹⁹.

La juge Arbour, non satisfaite de ces deux objectifs, a décidé de les remanier de façon à y intégrer les valeurs de liberté et de dignité des jeunes adultes. Selon elle, il était possible « de formuler ces objectifs de façon à les adapter à l'analyse justificative faite en vertu de l'article premier, en mettant plutôt l'accent sur le fait qu'ils tendent à favoriser à long terme la liberté et la dignité inhérente des jeunes [adultes] »¹⁰⁰. Malgré cette reformulation des objectifs législatifs, la juge Arbour a conclu qu'il n'y avait aucun lien rationnel entre les mesures prises par le gouvernement québécois et la valorisation de

⁹⁷ *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1. Il s'agit d'un règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16.

⁹⁸ *Gosselin*, précité, note 84, par. 6-9.

⁹⁹ *Id.*, par. 391.

¹⁰⁰ *Id.*

la liberté et de dignité des jeunes adultes¹⁰¹. En effet, l'honorable juge s'est dite d'avis que les restrictions quant au montant des prestations « niaient les moyens élémentaires de subsistance » et rendaient la recherche d'un emploi difficile vu « l'incapacité des jeunes prestataires de se payer le téléphone, des vêtements convenables et des déplacements »¹⁰².

En ce qui a trait à l'intégration des valeurs lors de l'analyse de l'atteinte minimale, consultons maintenant les motifs rendus par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache dans l'arrêt *Sharpe*.

Était attaquée dans ce litige la constitutionnalité du paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, lequel interdisait la possession de pornographie juvénile. L'intimé, M. Sharpe, qui avait fait l'objet de plusieurs chefs d'accusation pour possession de ce type de matériel pornographique, soutenait que cette disposition du *Code criminel* portait atteinte à sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte*¹⁰³. Analysant une telle prétention, les juges L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont affirmé que le régime d'interdiction de pornographie juvénile, tel que conçu par le législateur fédéral, portait atteinte de façon minimale à la liberté d'expression. Des moyens de défense avaient en effet été insérés au *Code criminel* afin que le matériel possédant une teneur artistique, éducative, scientifique ou médicale ne soit pas déclaré illicite¹⁰⁴. Quant au matériel qui ne faisait partie d'aucune de ces exceptions, c'est-à-dire le matériel pornographique à proprement parler, il fallait selon les trois honorables juges « une loi à la mesure du préjudice qu'elle vis[ait] à prévenir »¹⁰⁵. Autrement dit, adopter une mesure aussi forte

¹⁰¹ *Id.*, par. 392.

¹⁰² *Id.*, par. 392.

¹⁰³ Par souci d'exactitude, notons que l'intimé Sharpe alléguait aussi une violation du droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte*. Toutefois, les juges L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ne jugèrent pas pertinent de faire une analyse distincte fondée sur l'article 7 puisque, selon eux, « le droit à la liberté garanti par l'article 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression ». Voir *Sharpe*, précité, note 21, par. 131.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 232.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 233.

constituait pour le législateur une façon adéquate de promouvoir la valeur du respect de la dignité inhérente des enfants et la valeur de la protection des groupes vulnérables¹⁰⁶.

Il est intéressant de faire ressortir que le critère de l'atteinte minimale semble avoir été assoupli dans la décision *Sharpe* puisqu'il s'est agi de protéger un groupe vulnérable de la société. Les juges L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont paru, dans ce cas d'espèce, reconnaître au législateur une marge de manœuvre plus grande qu'à l'ordinaire. Les trois magistrats ont d'ailleurs cité avec approbation ce que le juge Bastarache avait précédemment écrit dans l'arrêt *Thomson Newspapers* : « [N]os valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables *et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu* » (nos italiques)¹⁰⁷. Ressort clairement de l'arrêt *Sharpe* l'incidence qu'ont eue les valeurs sur la modulation du critère de l'atteinte minimale.

Finalement, afin d'éclairer notre compréhension de l'utilisation des valeurs au moment de la vérification de la proportionnalité entre les effets et l'objectif, consultons la décision *Multani*.

Cette dernière affaire a pour trame factuelle la décision d'une commission scolaire d'interdire à un de ses élèves le port du kirpan, un objet religieux sikh devant être fait de métal et ressemblant à un poignard¹⁰⁸. À titre d'accommodement raisonnable, la commission scolaire aurait accepté le port d'une réplique du kirpan faite d'un matériau autre que le métal. L'élève en question, Gurbaj Singh Multani, refusa de se plier à cette mesure et invoqua sa croyance sincère que seul un vrai kirpan lui permettait de se conformer aux exigences de sa religion¹⁰⁹. Selon lui, la décision de la

¹⁰⁶ *Id.*, par. 213 et 220.

¹⁰⁷ *Thomson Newspapers*, précité, note 54, par. 116, comme rapporté dans *Sharpe*, précité, note 21, par. 220.

¹⁰⁸ *Multani*, précité, note 6, par. 3.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 5 et 39. Précisons que l'élève Multani aurait pour sa part accepté de sceller son kirpan et de le coudre à l'intérieur de ses vêtements, à condition que le kirpan fût métallique (par. 6 de la décision).

commission scolaire portait atteinte à la liberté de religion prévue à l'alinéa 2a) de la *Charte*.

La juge Charron, analysant rigoureusement cette délicate situation, a affirmé que l'objectif de la décision qu'a prise la commission scolaire, en l'occurrence le maintien d'un niveau raisonnable de sécurité dans les écoles, était valide et qu'il y avait un lien rationnel entre cet objectif et la décision de prohiber le port du kirpan métallique¹¹⁰. Cependant, l'honorable juge n'a pu conclure que cette prohibition constituait une atteinte minimale à la liberté de religion, notamment parce que la preuve présente au dossier n'établissait pas la dangerosité du kirpan¹¹¹. Théoriquement, l'analyse de la constitutionnalité de la décision de la commission scolaire aurait pu prendre fin à ce moment. La juge Charron a toutefois estimé qu'il était pertinent de poursuivre son raisonnement jusqu'à l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Ce faisant, elle a souligné que la prohibition de porter le kirpan à l'école « empêch[ait] la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité et le développement d'une culture éducationnelle respectueuse des droits d'autrui »¹¹². Tablant également sur la valeur de la tolérance en matière religieuse, la juge Charron a affirmé que la décision de la commission scolaire véhiculait le message erroné que « certaines pratiques religieuses ne mérit[ai]ent pas la même protection que d'autres »¹¹³. L'atteinte à toutes ces valeurs força la juge Charron à constater que les effets préjudiciables de la prohibition du kirpan dépassaient ses effets bénéfiques. L'examen de la proportionnalité, dans l'arrêt *Multani*, fut donc effectué à travers le prisme des valeurs.

¹¹⁰ *Id.*, par. 48-49.

¹¹¹ *Id.*, par. 57-59.

¹¹² *Id.*, par. 78.

¹¹³ *Id.*, par. 79. Par souci d'exactitude, notons que la juge Charron avait précédemment invoqué, aux par. 71 et 76 de la décision, les valeurs du multiculturalisme et de la tolérance religieuse à l'étape de l'atteinte minimale. Il s'agit toutefois de courtes mentions, un peu comme si l'honorable magistrat avait voulu présenter brièvement ces valeurs avant de les utiliser formellement à l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif.

En définitive, les exemples fournis par les quatre décisions dont nous venons de discuter démontrent que les juges de la Cour suprême se servent des valeurs tant à l'étape de l'objectif législatif qu'aux étapes du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Ces exemples appellent par ailleurs quelques précisions quant au moment d'utiliser les valeurs.

1.2.1.2.1 Le moment d'utiliser les valeurs

Pour les besoins des explications de la section antérieure, nous avons choisi l'étape du texte de *Oakes* qui mettait le mieux en évidence l'influence des valeurs dans chacun des arrêts *Slaight Communications*, *Gosselin*, *Sharpe* et *Multani*. Il faut toutefois comprendre que les juges, dans ces quatre décisions, n'ont pas borné leur utilisation des valeurs à la seule étape que nous avons décrite.

Dans *Slaight Communications*, le juge Dickson s'est servi des valeurs non seulement à l'étape de l'objectif, comme nous l'avons étudié précédemment, mais aussi à l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Notons l'absence de référence aux valeurs dans son analyse du lien rationnel et de l'atteinte minimale.

Dans *Gosselin*, la juge Arbour a invoqué les valeurs non seulement aux étapes de l'objectif et du lien rationnel, comme nous l'avons mentionné précédemment, mais aussi à l'étape de l'atteinte minimale¹¹⁴. Soulignons toutefois qu'aucune valeur n'apparaît dans son *obiter dictum* concernant la proportionnalité entre les effets et l'objectif¹¹⁵.

En ce qui a trait au jugement *Sharpe*, nous avons focalisé sur les valeurs dans un contexte de proportionnalité entre les effets et l'objectif, mais il faut savoir que les juges

¹¹⁴ *Gosselin*, précité, note 84, par. 394.

¹¹⁵ La juge Arbour n'avait théoriquement pas besoin de s'attarder à la proportionnalité entre les effets et l'objectif puisqu'elle avait successivement conclu à l'absence de lien rationnel et à une atteinte qui n'était pas minimale. Elle a néanmoins poursuivi son analyse de la proportionnalité entre les effets et l'objectif sous la forme d'un court *obiter dictum*, lequel ne fait aucunement référence aux valeurs.

L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont recouru aux valeurs à chacune des étapes du test de *Oakes*¹¹⁶.

Quant à l'arrêt *Multani*, alors que la juge Charron fait usage des valeurs aux étapes de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif, aucune référence aux valeurs n'apparaît aux étapes de l'objectif et du lien rationnel.

L'étude de ces quatre jugements nous porte donc à croire qu'il n'existe, à l'heure actuelle, aucune théorie unifiée quant au moment d'utiliser les valeurs lors de l'analyse en vertu de *Oakes*. Nous avons vu plus haut que le juge Bastarache a affirmé, dans la décision *M. c. H.*, que les « valeurs qui sous-tendent la *Charte* guident l'application de l'article premier à chaque étape [du test de *Oakes*] »¹¹⁷. Cependant, il nous faut conclure que cette déclaration de principe résiste mal à l'épreuve des faits. S'il est vrai que les juges de la Cour suprême invoquent les valeurs tant à l'étape de l'objectif législatif qu'aux étapes du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif, cela ne veut pas dire que, dans un même jugement, les valeurs reviennent de façon méthodique à chacune desdites étapes.

Des quatre arrêts qui nous ont servi d'exemples, seule la décision *Sharpe* (motifs des juges L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache) révèle un emploi soutenu des valeurs à chacune des étapes du test de *Oakes*. Dans les trois autres cas, les juges ont omis d'intégrer la composante axiologique à l'une quelconque des étapes dudit test. Ce phénomène n'est pas limité aux arrêts que nous avons analysés ci-dessus. En effet, notre analyse d'autres arrêts de la Cour suprême nous confirme la tendance qu'ont les juges à ne pas recourir aux valeurs à chacune des étapes de la grille d'analyse énoncée dans

¹¹⁶ La référence aux valeurs est très apparente en ce qui concerne les étapes du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Elle l'est peut-être moins à l'étape de l'objectif en ce que le mot « valeur » n'y apparaît pas. Il faut néanmoins préciser que les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache se réfèrent, lors de leur étude de l'objectif législatif, à la protection des enfants comme groupe vulnérable de la société (*Sharpe*, précité, note 21, par. 194). Cette protection avait été posée comme valeur au moment de l'analyse dite « contextuelle », laquelle précède, dans les motifs des trois juges, l'analyse du test de *Oakes*. Voir notamment les par. 175 à 180 de la décision.

¹¹⁷ *M. c. H.*, précité, note 76, par. 293.

*Oakes*¹¹⁸. Force nous est donc de constater que les juges usent des valeurs d'une manière inconstante et imprévisible aux différentes étapes du test de *Oakes*.

Néanmoins, il faut nous réjouir du fait que les valeurs apportent une contribution véritable lors de l'examen du lien rationnel et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Ces deux étapes sont généralement considérées comme des opérations intellectuelles d'importance secondaire dans l'application du test du *Oakes* étant donné leur nature instrumentale et technique. En effet, si l'on fait abstraction de la dimension axiologique que nous venons d'explorer, la doctrine indique que seules les étapes de l'objectif législatif et de l'atteinte minimale ont une incidence réelle sur le dénouement des litiges constitutionnels, laissant ainsi en plan les étapes du lien rationnel et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif.

D'une part, des auteurs ont noté que la façon dont les juges définissent l'objectif législatif a une incidence directe sur les autres étapes du test de *Oakes*. Timothy Macklem et John Terry écrivent à ce sujet que :

[J]udges exercise wide discretion in defining the objective of the impugned legislation. (...) [T]he objective [can be] defined with an eye to the proportionality test. The more closely a government objective

¹¹⁸ Mentionnons, à titre illustratif, quelques-uns des arrêts sur lesquels nous étayons cette constatation :

- Dans *Zundel*, précité, note 20, les juges dissidents Cory et Iacobucci n'ont pas employé les valeurs aux étapes du lien rationnel (pp. 829-830) et de l'atteinte minimale (pp. 830-841).
- Dans *Keegstra*, précité, note 20, il est difficile de percevoir le rôle que la juge dissidente McLachlin a attribué aux valeurs dans son analyse de l'atteinte minimale (pp. 854-862).
- Dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 (ci-après « *Sauvé* »), la juge majoritaire McLachlin n'a fait aucune mention des valeurs aux étapes de l'atteinte minimale (par. 54-56) et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif (par. 57-62). Quant au juge dissident Gonthier, les valeurs paraissent avoir un rôle ténu dans son analyse de l'atteinte minimale (par. 160-174).
- Dans *M. c. H.*, précité, note 76, les juges majoritaires Cory et Iacobucci ont survolé l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif sans se référer aux valeurs (par. 133-135).
- Dans *Thomson Newspapers*, précité, note 54, le juge dissident Gonthier a omis d'invoquer les valeurs aux étapes du lien rationnel (par. 39-40) et de l'atteinte minimale (par. 41-58).
- Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, le juge majoritaire Dickson n'a pas recouru aux valeurs à l'étape de la proportionnalité entre les effets et l'objectif (pp. 939-940).

matches the means chosen to achieve it, the more likely it is that the legislation in question will survive the proportionality test¹¹⁹.

Outre la définition de l'objectif législatif qui aiguille le déroulement des autres étapes du test de *Oakes*, d'autres auteurs ont remarqué d'autre part que l'étape de l'atteinte minimale représente le « cœur et l'esprit » du contrôle de la constitutionnalité des lois¹²⁰.

Pensons par exemple à Peter W. Hogg, lequel explique très pertinemment que :

The least drastic means [test] is the centre of the inquiry into S. 1 justification. Only in a rare case will a court reject the legislative judgment that the objective of the law is sufficiently important to justify limiting a Charter right. It is an even rarer case where the law is not rationally connected to the objective. And the inquiry into disproportionate effect is normally, if not always, precluded by the judgment that the law's objective is sufficiently important to justify the impact on civil liberties. *What is left for serious inquiry is the question of whether the law has impaired the Charter right no more than is necessary to accomplish the objective* (nos italiques)¹²¹.

Or, à la lumière des exemples jurisprudentiels que nous avons étudiés ci-dessus, nous percevons que les juges déploient un effort réel afin d'intégrer les valeurs aux étapes du lien rationnel et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Souvenons-nous que dans l'arrêt *Gosselin*, la juge Arbour a axé son analyse du lien rationnel sur les valeurs de liberté et de dignité des jeunes adultes. C'est le non-respect de ces valeurs qui a permis à l'honorable magistrat d'affirmer qu'il n'existait aucun lien rationnel entre les objectifs du gouvernement québécois et les mesures que ce dernier avait prises pour restreindre les prestations d'aide sociale aux personnes de moins de trente ans¹²².

Gardons également à l'esprit que dans l'arrêt *Multani*, la juge Charron s'est longuement attardé aux valeurs de la tolérance religieuse, du multiculturalisme, de la diversité et du développement d'une culture éducative respectueuse des droits

¹¹⁹ T. MACKLEM et J. TERRY, *loc. cit.*, note 31, 580-581. Voir également, sur le même point, Mark GOLD, « The Rhetoric of Rights: The Supreme Court and the Charter », *loc. cit.*, note 16, 404-405.

¹²⁰ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 38-36.

¹²¹ Peter W. HOGG, « Shaping Section 1 of the *Charter* », dans DeLloyd J. GUTH (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 93, aux pages 98-99. Le même auteur décrit de façon très similaire la « force » relative des différentes étapes du test de *Oakes* dans la dernière édition de son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, note 76, p. 38-36.

¹²² Voir à cet égard notre section 1.2.1.2, *supra*.

d'autrui. Selon l'honorable magistrat, l'atteinte à toutes ces valeurs que causait la prohibition du kirpan dans les écoles dépassait largement les effets bénéfiques d'une telle mesure¹²³. Ce fut donc en fonction d'une forte composante axiologique que la juge Charron examina la proportionnalité entre les effets et l'objectif dans l'arrêt *Multani*.

Bref, malgré leur manque de rigueur quant au moment d'utiliser les valeurs aux différentes étapes du test de *Oakes*, les juges incorporent tout de même une dimension axiologique à leur analyse du lien rationnel et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif, ces deux étapes étant traditionnellement perçues comme revêtant une importance moindre dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

1.2.1.3 Les valeurs et la méthode d'analyse contextuelle

Après avoir illustré de quelle manière interviennent les valeurs aux différentes étapes du test de *Oakes*, il nous faut maintenant aborder l'étroite relation entre les valeurs et la méthode d'analyse dite « contextuelle ». Il s'agit d'une méthode qui joue un rôle essentiel dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Comme l'a écrit le juge majoritaire Bastarache dans l'arrêt *Thomson Newspapers*,

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable, car le critère élaboré dans R. c. Oakes (...) exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la Charte (nos italiques)¹²⁴.

¹²³ Voir à ce sujet notre section 1.2.1.2, *supra*.

¹²⁴ *Thomson Newspapers*, précité, note 54, par. 87.

La méthode contextuelle fut énoncée formellement¹²⁵ par la juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* et reprise par la Cour suprême dans sa jurisprudence subséquente. Était en jeu, dans *Edmonton Journal*, la constitutionnalité d'une disposition législative en vigueur en Alberta¹²⁶ interdisant de publier ou d'imprimer certains renseignements relatifs aux procédures judiciaires civiles en matière matrimoniale. L'appelante, une entreprise exploitant un journal dans cette province, prétendait que cette mesure portait indûment atteinte à la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte*. De son côté, le législateur albertain défendait sa disposition en soutenant, *inter alia*, qu'elle permettait de protéger le droit à la vie privée des parties¹²⁷. La principale difficulté que présentait ce pourvoi était celle d'équilibrer correctement la liberté d'expression et la vie privée, deux droits pouvant recevoir des significations différentes dans des contextes différents¹²⁸.

Dans ses motifs, la juge Wilson a rejeté l'idée de déterminer *in abstracto* le poids qu'elle devait accorder à chacun de ces deux droits. En effet, une telle évaluation abstraite l'aurait empêchée de prendre en considération les « faits particuliers » du cas d'espèce et aurait peu contribué à la « recherche d'un compromis » entre les deux

¹²⁵ Nous disons « formellement » puisque la Cour suprême se réfère très généralement aux motifs de la juge Wilson, dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (ci-après « *Edmonton Journal* ») comme étant le prototype de la méthode contextuelle. Notons cependant que d'autres membres de ce tribunal avaient, avant la juge Wilson, souligné l'importance du contexte. Se référer par exemple aux motifs du juge La Forest dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469 (ci-après « *Cotroni* ») et plus particulièrement aux pp. 1489-1490. Voir également Danielle PINARD, « La méthode contextuelle », (2002) 81 *R. du B. can.* 323, 337-338, où l'auteure rappelle que la méthode contextuelle tire également ses origines des motifs que le juge Dickson a écrits dans les jugements *Big M Drug Mart*, précité, note 19 et *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (ci-après « *Public Service Employee Relations Act* »).

¹²⁶ *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

¹²⁷ Le législateur albertain invoquait également que l'interdiction en question visait à « sauvegarder la morale publique » contre les histoires d'adultère et d'inconduites sexuelles, de même qu'elle assurait que ceux qui désiraient porter leurs litiges matrimoniaux devant les tribunaux ne soient pas dissuadés de le faire par crainte de voir des détails personnels publiés dans les journaux. Les membres de la Cour firent peu de cas de ces deux objectifs, comme en témoignent les motifs du juge Cory (*Edmonton Journal*, précité, note 125, 1343-1345).

¹²⁸ *Id.*, 1356 (juge Wilson).

droits¹²⁹. Selon l'honorable juge, une méthode contextuelle, qu'elle définissait comme suit, était de mise pour bien trancher le litige :

La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les (...) valeurs en conflit en vertu de l'article premier¹³⁰.

En l'espèce, la juge Wilson a longuement considéré les sources axiologiques de la liberté de presse et de la vie privée des parties au litige. Comme nous le détaillerons en d'autres sections de notre mémoire, l'honorable magistrat a examiné les valeurs à la lumière des comportements sociaux actuels¹³¹ et de la tradition juridique américaine¹³². Elle s'est également référé aux écrits des philosophes du droit et de la politique¹³³. Les constatations qu'elle en a tirées l'amènèrent à conclure que la disposition législative albertaine empiétait de façon injustifiée sur la liberté de presse¹³⁴.

Ainsi, la méthode contextuelle commande aux décideurs de baliser adéquatement les valeurs en jeu, et ce, à la lumière des faits propres à chaque cas d'espèce. Ce *modus operandi* leur permet d'effectuer une analyse plus pénétrante des droits et des libertés inscrits à la *Charte*. Il ne s'agit donc pas de « parler des valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques »¹³⁵, mais bien de circonscrire les valeurs de façon pragmatique en tenant compte des particularités de chaque litige¹³⁶. La formulation initiale de la

¹²⁹ *Id.*, 1355-1356 (argument *a contrario*).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Voir à cet égard notre section 2.1.2, *infra*.

¹³² Voir à cet égard notre section 2.2.4, *infra*.

¹³³ Consulter sur ce point *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1362-1363, où la juge Wilson mentionne les écrits de Charles Fried, William L. Prosser, Edward J. Bloustein ainsi que ceux de Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis. Tous ces auteurs ont publié sur la question du « right of privacy » dans des revues juridiques américaines de renom.

¹³⁴ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1367-1368.

¹³⁵ *Keegstra*, précité, note 20, 845 (juge dissidente McLachlin).

¹³⁶ La prise en compte des particularités de chaque litige se traduit notamment par des variations quant au moment d'appliquer la méthode contextuelle. Dans certaines décisions, les juges recourent à cette dernière lors de l'étape initiale de la définition des droits constitutionnels en cause, étape qui précède généralement le test de *Oakes*. Dans d'autres décisions, c'est au moment de la pondération effectuée en vertu de l'article

méthode contextuelle dans *Edmonton Journal* fut d'ailleurs décrite par l'auteure Danielle Pinard comme étant

[U]ne méthode d'analyse et de raisonnement, une approche de principe dans le cadre du contentieux constitutionnel, qui veut que chacune des étapes de l'analyse se réalise à la lumière des contextes factuel et axiologique pertinents¹³⁷.

Cela dit, il nous faut ajouter que les jugements rendus dans la foulée de l'arrêt *Edmonton Journal* ont précisé davantage le lien entre le contexte et les valeurs afférentes à la *Charte*. La Cour suprême a fait savoir que les valeurs à prendre en considération comprennent à la fois les valeurs particulières qui sous-tendent les droits et libertés et les valeurs générales d'une société libre et démocratique. Dans les paragraphes qui suivent, nous illustrerons cette double dimension axiologique à l'aide des jugements *Keegstra* et *Sharpe*¹³⁸. Gardons néanmoins à l'esprit que ces deux décisions représentent des illustrations particulières de la méthode contextuelle, c'est-à-dire des illustrations axées sur sa composante axiologique, et qu'elles ne sauraient à elles seules caractériser entièrement cette méthode fort complexe.

Dans *Keegstra*, le juge majoritaire Dickson a affirmé que, d'une part, la tâche d'appréciation contextuelle des droits et libertés doit comprendre les valeurs générales d'une société libre et démocratique. Commentant les propos tenus par la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, l'honorable magistrat a écrit ce qui suit :

[J]e ne vois aucune raison pour ne pas appliquer [le] point de vue [de la juge Wilson] à l'ensemble des valeurs rattachées à une société libre et

premier de la *Charte* qu'apparaît la référence à la méthode contextuelle. Pour une étude éclairante, exemples jurisprudentiels à l'appui, des tenants et aboutissants d'une mise en application variable de la méthode contextuelle, consulter D. PINARD, *loc. cit.*, note 125, 342-249.

¹³⁷ *Id.*, 360.

¹³⁸ Pour les besoins de nos explications, nous avons cru bon de limiter notre choix à ces deux décisions rendues postérieurement à l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, note 125. Cependant, l'arrêt *Cotroni*, précité, note 125, rendu quelque mois avant *Edmonton Journal*, esquissait déjà cette double dimension axiologique, tel qu'il appert de l'extrait suivant des motifs du juge La Forest : « Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation [de l'article premier] aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir » (p. 1489, nos italiques).

démocratique. De toute évidence, la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit procéder d'une appréciation du rapport synergique entre deux éléments: les valeurs sous-tendant la Charte et les circonstances de l'instance particulière¹³⁹.

Le juge Dickson a d'ailleurs retranscrit dans ses motifs les valeurs et principes essentiels d'une société libre et démocratique qu'il avait précédemment énumérés dans *Oakes*, c'est-à-dire le « respect de la dignité inhérente de l'être humain », la « promotion de la justice et de l'égalité sociales », l'« acceptation d'une grande diversité de croyances », le « respect de chaque culture et de chaque groupe » ainsi que la « foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société»¹⁴⁰.

Ces précisions sur l'insertion des valeurs d'une société libre et démocratique dans la méthode contextuelle ne sont pas sans intérêt. Elles se retrouvent en effet dans une section des motifs du juge Dickson intitulée « La façon générale d'aborder l'article premier »¹⁴¹, laquelle précède (et chapeaute) les autres sections abordant les différentes étapes du test de *Oakes*. Il faut sûrement voir en cela la volonté du juge Dickson d'appliquer la méthode contextuelle à travers le prisme des valeurs d'une société libre et démocratique, et ce, tout au long du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

D'autre part, l'arrêt *Keegstra* démontre aussi l'importance de considérer, dans la méthode contextuelle, les valeurs particulières qui sous-tendent les droits et libertés. Dans une section qu'il a intitulée « Le rapport entre l'expression en cause et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression »¹⁴², le juge Dickson a souligné que « l'approche contextuelle exige une discussion ouverte de la manière dont entrent en jeu les valeurs de l'al. 2b) dans les circonstances du pourvoi »¹⁴³. Les trois valeurs particulières qui servent de fondement à la liberté d'expression, nommément la découverte de la vérité,

¹³⁹ *Keegstra*, précité, note 20, 737.

¹⁴⁰ *Id.*, 736.

¹⁴¹ *Id.*, 734.

¹⁴² *Id.*, 759.

¹⁴³ *Id.*, 767.

l'enrichissement et l'épanouissement personnels ainsi que la participation au processus politique, furent donc rigoureusement replacées dans le contexte de la propagande haineuse.

Quant à la première valeur, le juge Dickson a écrit qu'il est « très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies ». Quant à la seconde, il a précisé que les messages haineux « préconisent avec une virulence démesurée l'intolérance et les préjugés », allant ainsi à l'encontre de l'enrichissement et l'épanouissement de tous les membres de la société. Finalement, en ce qui a trait à la troisième valeur, l'honorable magistrat a souligné que la propagande haineuse « répudie et mine les valeurs démocratiques » et qu'elle va à l'encontre de la participation réelle de tous les citoyens au processus politique¹⁴⁴.

Force était donc pour le juge Dickson de constater qu'une utilisation inadéquate du contexte dans l'évaluation de l'activité expressive aurait risqué « d'être néfaste [aux] valeurs inhérentes à la liberté d'expression et [aux] autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique »¹⁴⁵. Tel ne fut pas le cas. En l'espèce, l'examen adéquat du contexte a permis au juge Dickson d'affirmer que la propagande haineuse est une « catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b) »¹⁴⁶.

Quant à la décision *Sharpe*, dont nous faisons mention ci-dessus, les motifs des juges L'heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache mettent également en valeur la double dimension axiologique de la méthode contextuelle.

D'une part, les trois magistrats ont rappelé l'importance de bien jauger les valeurs particulières sous-jacentes au(x) droit(s) qui font l'objet d'une restriction. En l'espèce, il

¹⁴⁴ *Id.*, 763 et 765.

¹⁴⁵ *Id.*, 760.

¹⁴⁶ *Id.*, 766.

s'agissait d'examiner les trois valeurs qui étayent la liberté d'expression en fonction du contexte de la pornographie juvénile. De l'avis des honorables magistrats,

La nature de l'activité expressive en cause est un autre facteur contextuel important qui ressort de la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 2b). La Cour a souligné que, en vertu de l'article premier de la Charte, le degré de protection auquel l'expression a droit varie selon la nature de l'expression. Plus l'expression s'éloigne des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce droit, plus la mesure qui la restreint peut être justifiée¹⁴⁷.

Suivant cette précision, furent tour à tour passées en revue les valeurs que sont la recherche de la vérité, la participation à la prise d'une décision politique et l'enrichissement et l'épanouissement personnels. La pornographie juvénile fut d'abord qualifiée de nuisible à la première valeur, car elle « promeut l'idée fausse que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes »^{147.1}. Quant à la seconde valeur, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont souligné qu'il « n'existe aucun lien entre la possession de pornographie juvénile et la participation au processus politique ». Finalement, en ce qui a trait à la troisième valeur, il fut tranché que la pornographie juvénile « nuit à l'épanouissement personnel et au développement autonome des enfants en érotisant leur situation d'infériorité sur les plans social, économique et sexuel ». En bout de piste, cet examen contextuel des valeurs sous-tendant la liberté d'expression a amené les juges à ne reconnaître qu'une protection « atténuée » à la liberté d'expression en matière de pornographie juvénile¹⁴⁸.

En somme, dans l'arrêt *Sharpe*, les valeurs particulières sous-jacentes à la liberté d'expression ne furent pas considérées comme des notions éthérées. Au contraire, grâce à la méthode contextuelle, elles furent étroitement circonscrites en fonction des effets sociaux néfastes engendrés par la pornographie juvénile.

¹⁴⁷ *Sharpe*, précité, note 21, par. 181.

^{147.1} *Id.*, par. 183.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 184-186.

D'autre part, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont également rappelé, dans l'arrêt *Sharpe*, l'importance d'intégrer dans l'approche contextuelle les valeurs d'une société libre et démocratique, et ce, par le biais de l'analyse effectuée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Pour reprendre leur expression :

[L]a méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Par conséquent, les déterminations fondées sur l'article premier ne doivent pas se faire en vase clos et ne doivent pas non plus porter exclusivement sur le droit ou la liberté auxquels il est porté atteinte¹⁴⁹.

Suivant cet enseignement, les trois magistrats ont reproduit dans leurs motifs les valeurs et principes d'une société libre et démocratique qu'a énumérés le juge Dickson dans l'arrêt *Oakes*¹⁵⁰. De ces valeurs et principes, la dignité inhérente de l'être humain est revenue à de multiples reprises tout au long du jugement. Elle fut notamment invoquée dans l'analyse du préjudice que cause la pornographie juvénile aux enfants¹⁵¹ ainsi que dans la discussion sur la sécurité et l'égalité des enfants¹⁵².

Bref, il ressort de l'arrêt *Sharpe*, tout comme il ressortait de l'arrêt *Keegstra* que nous avons étudié plus haut, que les décideurs sont tenus de ratisser large dans leur analyse du contexte s'ils souhaitent bien comprendre toutes les valeurs en jeu, et ce, dans chaque cas d'espèce. En retour, cette bonne compréhension des valeurs a comme effet

¹⁴⁹ *Id.*, par. 154. Si cet extrait de l'arrêt *Sharpe* fait bien ressortir l'opportunité d'examiner le contexte lors de l'analyse aux termes de l'article premier de la *Charte*, n'oublions pas que le contexte devrait également être pris en considération dans les litiges où l'article premier n'entre pas en jeu. Pensons par exemple à l'arrêt *R. c. Crawford; R. c. Creighton*, [1995] 1 R.C.S. 858; par. 34, dans lequel le juge Sopinka s'est intéressé au contexte lors de son examen de l'article 7 de la *Charte*. Selon l'honorable magistrat, « les droits garantis par la Charte ne sont pas absolus en ce sens qu'ils ne peuvent être appliqués dans toute leur étendue sans tenir compte du contexte. Le respect des valeurs qui sous-tendent la Charte doit prendre en considération d'autres intérêts et, en particulier, d'autres valeurs de la Charte qui peuvent être incompatibles avec le respect intégral des premières ».

¹⁵⁰ *Sharpe*, précité, note 21, par. 153.

¹⁵¹ « Le préjudice qu'elle [la pornographie juvénile] cause existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et découle directement de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants » : *Sharpe*, précité, note 21, par. 158.

¹⁵² « L'interdiction de la possession de pornographie juvénile est conforme aux valeurs démocratiques essentielles à notre collectivité, ainsi qu'aux droits garantis aux enfants par la Charte. C'est une mesure législative qui favorise le respect de la dignité inhérente des enfants en enrayant le matériel qui les avilit, d'où son utilité pour protéger les droits des enfants à l'égalité et à la sécurité » : *Sharpe*, précité, note 21, par. 213.

bénéfique de permettre un examen plus approfondi de la disposition législative contestée et de son impact *in concreto* sur les justiciables.

Ayant apporté ces quelques précisions sur le lien étroit qui existe entre les valeurs et la méthode contextuelle, voyons maintenant comment la double dimension axiologique « valeurs générales d'une société libre et démocratique » et « valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés » se retrouve aussi dans la méthode d'interprétation téléologique.

1.2.1.4 Les valeurs et l'interprétation téléologique

La méthode contextuelle dont nous venons de faire la description est intimement liée, dans les décisions mettant en jeu la *Charte*, à la méthode d'interprétation téléologique¹⁵³. Pour mettre en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans chaque instance, tel que le requiert la méthode contextuelle, il faut préalablement définir ce droit ou cette liberté et en circonscrire la portée, ce que permet l'interprétation téléologique¹⁵⁴.

Comme l'indique la présence de l'étymon grec « *teleos* », signifiant le but, la finalité¹⁵⁵, l'interprétation téléologique commande aux décideurs de déterminer la raison d'être d'une règle de droit afin d'en lever les ambiguïtés. La recherche de cette raison d'être peut prendre une forme différente selon que l'on interprète une loi ordinaire ou un texte constitutionnel de la nature de la *Charte*¹⁵⁶.

Lorsque l'on a affaire à une loi, un règlement ou toute autre règle n'ayant pas une valeur constitutionnelle, l'interprétation téléologique requiert notamment que l'on

¹⁵³ T. MACKLEM et J. TERRY, *loc. cit.*, note 31, 612.

¹⁵⁴ *Id.*, 613.

¹⁵⁵ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 475.

Notons qu'en anglais, l'on désigne l'interprétation téléologique par l'expression *purposive interpretation*.

¹⁵⁶ Colleen SHEPPARD, « The Social Values of Justice », dans DeLloyd J. GUTH (dir.), *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Société historique de la Cour suprême du Canada, 1998, p. 133, à la page 136.

recherche l'intention qu'avait le législateur au moment de l'édiction. L'on doit ainsi découvrir quel objectif visait le législateur en créant la nouvelle règle de droit qui venait modifier le droit déjà en place¹⁵⁷.

Cependant, dans le contexte particulier des droits et libertés prévus à la *Charte*, une telle recherche de l'intention originale paraît peu indiquée. Rappelons que dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, le juge Lamer a affirmé que deux grandes difficultés guettent l'interprète désirant découvrir l'intention du corps législatif qui a adopté la *Charte*. Premièrement, le grand nombre d'acteurs ayant participé à l'élaboration de ce texte constitutionnel rend « presque impossible »¹⁵⁸ la découverte d'une seule et même intention. Deuxièmement, accorder une trop grande importance à la volonté originale du législateur risque de « figer la Charte à l'époque de son adoption » et de compromettre ses possibilités « de croissance, d'évolution et d'ajustement aux besoins changeants de la société »¹⁵⁹. En conséquence, lorsque l'interprétation téléologique porte sur une ou plusieurs dispositions de la *Charte*, il s'agit non pas de rechercher l'intention du constituant, mais plutôt de déterminer l'« objet » de la protection offerte par le droit ou la liberté étudié(e)¹⁶⁰.

Dans la décision *Big M. Drug Mart*, le juge Dickson a souligné que de nombreux éléments entrent en jeu dans la détermination de cet objet. À son avis,

¹⁵⁷ Dans les pays partageant la tradition juridique anglo-saxonne, l'on souligne que l'interprétation téléologique tire ses origines d'une célèbre décision anglaise datant de la fin du 16^e siècle, l'affaire *Heydon's Case*, (1584) 3 Co. Rep. 7a, 7b, 76 E.R. 637. Lord Coke y affirma que l'on devait considérer l'état du droit avant l'édiction de la loi et rechercher quelle lacune le législateur avait souhaité corriger, procédé généralement identifié par l'expression « *mischief rule* ». Sur ce point historique précis de même que sur l'interprétation téléologique des lois en général, se référer à l'excellent ouvrage de P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 155, pp. 475 *et seq.*

¹⁵⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 42, 508-509.

¹⁵⁹ *Id.*, 509.

¹⁶⁰ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 765. Nous pourrions aussi substituer le vocable « objet » par celui « d'intérêt ». L.B. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 32, 494, écrit que « la Cour suprême a établi que l'interprétation de la *Charte* devait procéder conformément à la méthode d'interprétation téléologique, ce qui signifie que les droits et libertés garanties doivent être interprétés en fonction *des intérêts qu'ils visent à protéger* » (nos italiques). Sur la relation entre l'intérêt et l'objet, voir Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459, 468-471.

[L']objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte¹⁶¹.

Cette détermination de l'objet est également un exercice axé sur la découverte des valeurs. Robert J. Sharpe et Kent Roach notent avec pertinence que l'interprétation téléologique représente «*[a] complex, value-laden exercise that draws upon a range of sources in the innovative spirit that the Charter demands*»¹⁶². Ainsi, dans les paragraphes qui suivent, nous démontrerons que les valeurs générales d'une société libre et démocratique, tout comme les valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés, interviennent dans l'interprétation téléologique.

Tout d'abord, en ce qui a trait aux valeurs particulières soutenant les droits et libertés, il faut nous remémorer les motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Oakes*. Tâchant dans cette affaire de circonscrire la présomption d'innocence enchâssée à l'alinéa 11d) de la *Charte*, l'honorable magistrat a écrit « qu'il importe dans l'interprétation de l'al. 11d) de tenir compte de son objet » et il a reproduit l'extrait de l'arrêt *Big M. Drug Mart* que nous venons de rapporter, extrait suivant lequel de nombreux éléments interviennent dans la détermination de l'objet. L'honorable magistrat a poursuivi sa pensée en précisant que « [p]our identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la Charte dont il est question en l'espèce, *il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit* » (nos italiques)¹⁶³. S'en est suivi un examen des fondements axiologiques de la présomption d'innocence. Furent prises en considération des notions telles la dignité humaine, l'équité, la justice sociale, la foi en l'humanité et la croyance « que les gens sont honnêtes et respectueux des lois jusqu'à preuve du contraire »¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Big M Drug Mart*, précité, note 19, 344.

¹⁶² Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, 3rd Edition, Toronto, Irwin Law Inc., 2005, pp. 52-53.

¹⁶³ *Oakes*, précité, note 24, 119.

¹⁶⁴ *Id.*, 119-120.

Fort de la compréhension des valeurs inhérentes à la présomption d'innocence, le juge Dickson a pu délimiter précisément la teneur de l'alinéa 11d)¹⁶⁵.

D'autre part, limiter l'interprétation téléologique aux valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés risquerait peut-être de dénaturer le droit ou la liberté étudié(e), un peu comme si l'arbre cachait la forêt. Conséquemment, les juges ont fait valoir qu'il fallait effectuer une mise en perspective globale et tenir compte du cadre plus large de l'ensemble des valeurs de la *Charte*.

Pensons à ce sujet à la décision *Advance Cutting & Coring*, dans laquelle il s'est agi d'étudier la liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la *Charte*. Le juge dissident Bastarache y a mentionné qu'il fallait « examiner l'effet des autres valeurs véhiculées par la Charte sur son atteinte, comme l'exigent les règles d'interprétation [téléologique] énoncées dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd* »¹⁶⁶.

Pensons également au tout récent arrêt *Health Services and Support*. Dans cette décision, les juges majoritaires McLachlin et LeBel se sont reportés aux valeurs de la *Charte* prises au sens large afin de définir la liberté d'association¹⁶⁷. Il leur fallait en l'espèce déterminer si cette liberté protégeait le droit à la négociation collective. Pour répondre à cette épineuse question, les juges ont souligné qu'ils devaient notamment « rechercher si les valeurs reconnues par la *Charte* favorisent une interprétation de l'al. 2d) qui protège le processus de négociation collective »¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Suivant le juge Dickson, « [l]e droit, prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve (...) Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité » : *Oakes*, précité, note 24, 121.

¹⁶⁶ *Advance Cutting & Coring*, précité, note 74, par. 8.

¹⁶⁷ *Health Services and Support -Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 21 et 39 (ci-après « *Health Services* »).

¹⁶⁸ *Id.*, par. 39. Nous employons l'expression « notamment » puisque les juges McLachlin et LeBel ont examiné deux autres arguments. Furent aussi étudiées l'histoire de la négociation collective au Canada (par. 40 à 68) ainsi que la négociation collective en droit international (par. 69 à 79).

Pour arriver à la conclusion que la liberté d'association protège effectivement le droit à négociation collective, les deux magistrats ont étudié « l'objet général des garanties de la *Charte* et le libellé de l'al. 2d) »¹⁶⁹. Ce faisant, ils ont indiqué que « la protection du processus de négociation collective dans le cadre de l'al. 2d) est compatible avec les valeurs fondamentales de la *Charte* »¹⁷⁰. Au sujet desdites valeurs, les juges McLachlin et LeBel ont précisé ce qui suit :

La dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie font partie des valeurs inhérentes à la *Charte* (...) Assurer la protection de la négociation collective au moyen de l'al. 2d) de la *Charte* permet de compléter, même de promouvoir, toutes ces valeurs¹⁷¹.

Ces valeurs « inhérentes » à la *Charte*, que les deux magistrats ont qualifiées de valeurs « intrinsèques » à la *Charte* un peu plus loin dans le même jugement¹⁷², ont ainsi joué un rôle important dans l'interprétation de la liberté d'association.

En définitive, tant les valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés que les valeurs de la *Charte* prises au sens large entrent en ligne de compte dans l'interprétation téléologique. L'étude de ces valeurs donne l'occasion aux juges de découvrir la véritable raison d'être des droits et libertés et favorise ainsi une application uniforme de la *Charte*.

Néanmoins, contrairement à la méthode contextuelle où la double dimension axiologique « valeurs particulières / valeurs générales » se rencontre fréquemment dans un même jugement, nous n'avons pu trouver qu'un seul exemple jurisprudentiel¹⁷³

¹⁶⁹ *Id.*, par. 39.

¹⁷⁰ *Id.*, par. 80.

¹⁷¹ *Id.*, par. 81. Voir également les par. 82 et 84 qui complètent le par. 81.

¹⁷² *Id.*, par. 86 : « [R]econnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, *intrinsèques* à la *Charte* » (nos italiques).

¹⁷³ Il s'agit de l'arrêt *Gosselin*, précité, note 84. Le juge dissident Bastarache y a affirmé que les valeurs qui sous-tendent la *Charte* « constituent un concept important et susceptible de nous éclairer sur un droit garanti par celle-ci » (par. 203). Toutefois, l'honorable magistrat a avancé qu'il fallait, lors de l'interprétation téléologique, accorder la préséance aux valeurs sous-jacentes aux droits et libertés et non pas aux valeurs plus générales qui sous-tendent de la *Charte*. Selon le juge Bastarache, « bien qu'une

révélant cette double dimension axiologique dans la méthode d'interprétation téléologique. Dans les autres décisions consultées, comme nous l'avons vu ci-dessus, les juges insistent tantôt sur les valeurs sous-jacentes aux droits et libertés, tantôt sur les valeurs de la *Charte* au sens large, laissant le lecteur un peu perplexe quant aux raisons motivant le choix du particulier ou du général. Nous osons espérer que les prochains jugements rendus en matière de *Charte* apporteront une meilleure uniformité dans l'utilisation des valeurs lors de l'interprétation téléologique.

Ces explications sur l'interprétation téléologique terminent notre analyse du rôle que jouent les valeurs dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Dans notre prochaine section, nous verrons comment les valeurs afférentes à la *Charte* donnent l'occasion aux juges de modifier les règles de common law.

interprétation téléologique de la Charte soit influencée par une préoccupation dominante pour la dignité humaine, la démocratie et les autres valeurs qui sous-tendent la Charte, elle [l'interprétation téléologique] doit d'abord et avant tout s'attacher à l'objet de la disposition en question » (par. 214).

Cette opinion du juge Bastarache nous paraît peu convaincante en ce qu'elle fait primer les valeurs particulières sur les valeurs générales sans explication véritable. Nos recherches nous indiquent d'ailleurs qu'il s'agit d'une opinion isolée en ce qu'elle ne fut pas reprise dans la jurisprudence de la Cour suprême.

1.2.2 Les valeurs afférentes à la *Charte* et l'adaptation des règles de common law

Dans les mois qui suivirent l'entrée en vigueur de la *Charte*, la communauté juridique canadienne s'est interrogée quant au domaine d'application de cet instrument de protection des droits et libertés. D'aucuns prétendaient que la *Charte* ne s'appliquait qu'aux rapports entre l'État et les individus, étant donné le libellé de son article 32 limitant expressément sa portée aux législatures fédérale et provinciales ainsi qu'à leurs gouvernements. D'autres faisaient valoir que la *Charte* devait aussi régir les rapports entre individus, étant donné que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁴ rend inopérantes les dispositions « de toute règle de droit » qui s'avèrent incompatibles avec la Constitution¹⁷⁵, l'expression « toute règle de droit » étant suffisamment large pour englober les droits privé, législatif et de common law. Plus particulièrement, la communauté juridique canadienne cherchait à savoir si la *Charte* pouvait avoir une incidence sur le développement de la common law

Cette épineuse question fut résolue en 1986 lorsque la Cour suprême rendit l'arrêt *Dolphin Delivery*¹⁷⁶. Il fut décidé dans cette affaire qu'aux termes de son article 32, la *Charte* ne s'appliquerait formellement à la common law qu'en présence d'une « action

¹⁷⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

¹⁷⁵ R.J. SHARPE et K. ROACH, *op. cit.*, note 162, p. 93.

¹⁷⁶ Pour un exemple jurisprudentiel antérieur à l'arrêt *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 (SDGMR) c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 (ci-après « *Dolphin Delivery* ») et qui reflète l'incertitude entourant l'application de la *Charte* à la common law entre parties privées, consulter *Power v. Moss*, (1987) 25 C.R.R. 175 (Nfld. S.C.). Cette décision fut rendue en septembre 1986, c'est-à-dire trois mois avant que la Cour suprême ne rende *Dolphin Delivery*. Il était question, dans *Power v. Moss*, de la règle de common law régissant la perte de *consortium*. Un homme avait été grièvement blessé dans un accident de la route et son épouse réclamait des dommages-intérêts pour perte de *consortium*. Or, la jurisprudence antérieure à cette décision autorisait uniquement le mari à réclamer de tels dommages-intérêts. Estimant que cette règle de common law allait directement à l'encontre de l'égalité des sexes prévue à l'article 15 de la *Charte*, le juge Aylward a fait valoir que « [T]he crystallized common law rule, which denies a wife the right to recover for loss of her husband's consortium but allows a husband to recover for the loss of his wife's consortium, violates the sex equality provisions of Section 15(1) of the Charter and is of no force and effect ». Par conséquent, le juge Aylward a modifié la règle de common law de façon à permettre à l'épouse de réclamer des dommages-intérêts pour perte de *consortium*.

Soulignons que pour arriver à une telle conclusion, le juge Aylward a appliqué directement un article de la *Charte* dans sa modification d'une règle de common law entre parties privées. Comme nous le verrons dans la présente section, l'arrêt *Dolphin Delivery* est venu, quelques mois plus tard, interdire un tel *modus operandi* dans l'utilisation de la *Charte* lors de l'adaptation de la common law entre parties privées.

gouvernementale » portant atteinte aux droits et libertés constitutionnalisés¹⁷⁷. Furent ainsi exclues du domaine d'application directe de la *Charte* les relations entre particuliers en l'absence d'une intervention étatique¹⁷⁸. Cependant, afin de ne pas laisser en reste la primauté de la Constitution¹⁷⁹, il fut décidé que la *Charte* pouvait être mise en œuvre de façon indirecte dans les litiges entre parties privées¹⁸⁰. Pour reprendre l'expression du juge McIntyre,

[L]orsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée, en s'appuyant sur la common law et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la Charte est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la common law¹⁸¹.

Ces explications qu'a fournies le juge McIntyre, qualifiées de « *genesis of the Charter values approach* »¹⁸², furent reprises et complétées par celles du juge Cory dans l'arrêt *Hill c. Église de Scientologie*. Selon le juge Cory, une partie à un litige de nature purement privé ne pourrait pas invoquer la violation des droits et libertés prévus à la *Charte* afin de contester la validité d'une règle de common law. En revanche, cette

¹⁷⁷ *Dolphin Delivery*, précité, note 176, 599 (juge McIntyre). La doctrine a souligné à maintes reprises que la Cour suprême n'a pas été suffisamment précise dans ses explications du concept d'action gouvernementale. Louis TASSÉ note qu'il « reste en effet plusieurs zones grises importantes à éclaircir particulièrement en ce qui touche le contenu de la notion de gouvernement » (Voir « Application de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *op. cit.*, note 63, p. 73, à la page 121). Gérald-A. BEAUDOIN affirme lui aussi que « la notion d'acte gouvernemental n'est pas claire » (Voir *La Constitution du Canada*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2004, p. 865). Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *op. cit.*, note 162, p. 97, notent quant à eux que ces ambiguïtés ont engendré une jurisprudence à géométrie variable.

¹⁷⁸ Rappelons que toute mesure législative régissant la conduite des individus est une activité étatique, alors que la common law, droit judiciaire (« *judge-made law* »), n'en est pas.

¹⁷⁹ À cet égard, le juge McIntyre souligne dans *Dolphin Delivery*, précité, note 176, 593, qu'« [a]dopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la common law qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe ».

¹⁸⁰ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, pp. 37-25 et 37-28. Voir également les motifs de la juge L'heureux-Dubé dans *Hill*, précité, note 15, par. 206 : « En d'autres termes, la règle fondamentale est la suivante : en l'absence d'une action gouvernementale, la *Charte* ne s'applique qu'indirectement à la common law ».

¹⁸¹ *Dolphin Delivery*, précité, note 176, 603.

¹⁸² J.D.R. CRAIG, *loc. cit.*, note 3, 370.

même partie pourrait alléguer avec succès que la règle de common law est « incompatible avec les valeurs de la *Charte* ». Comme le souligne le juge Cory :

Les particuliers ne se doivent réciproquement aucune obligation constitutionnelle et ne peuvent fonder leur cause d'action sur un droit garanti par la Charte. La partie qui conteste la common law ne peut alléguer que celle-ci viole un droit garanti par la Charte, tout simplement parce que les droits garantis par la Charte n'existent pas en l'absence d'une action de l'État. Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les valeurs de la Charte (...) Par conséquent, *dans le contexte d'un litige civil qui n'oppose que des particuliers, la Charte "s'applique" à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les valeurs de la Charte*¹⁸³ (nos italiques).

Afin de bien comprendre en quoi consiste cette utilisation des valeurs de la *Charte*, passons maintenant de la théorie à la pratique et reportons-nous à quelques litiges de nature purement privée¹⁸⁴ tirés de la jurisprudence de la Cour suprême.

1.2.2.1 L'utilisation des valeurs à l'aide d'exemples jurisprudentiels

Tout d'abord, dans la décision *A.M. c. Ryan*, s'est posé le problème de la validité d'une règle de common law concernant le privilège de non-divulgence de la preuve.

¹⁸³ *Hill*, précité, note 15, par. 95.

¹⁸⁴ Quant à la question du développement de la common law en présence d'une action gouvernementale, nous référons le lecteur aux arrêts énumérés par France ALLARD dans « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B. (numéro spécial - mars)* 1, 9. Parmi ces arrêts se trouvent *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 et *R. c. Salituro* [1991] 3 R.C.S. 654 (ci-après « *Salituro* »).

Dans *B.C.G.E.U.* et dans *Swain*, la Cour suprême a axé son analyse sur les droits et libertés prévus à la *Charte* et non pas sur les valeurs de la *Charte*. Cette façon de faire respecte les balises méthodologiques posées dans *Dolphin Delivery* puisque la présence d'une action gouvernementale appelle l'utilisation des droits et libertés à proprement parler et non pas l'utilisation indirecte de la *Charte* par le biais de ses valeurs.

Cependant, dans *Salituro*, la Cour a modifié une règle de common law en étayant son raisonnement sur les valeurs et non pas sur les droits et libertés prévus à la *Charte*. Ce changement de la common law visait à permettre à une personne séparée, sans possibilité raisonnable de réconciliation, d'être témoin à charge contre son ex-conjoint dans une affaire criminelle. La Cour a souligné que « l'incapacité du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* », et plus particulièrement avec la valeur de l'égalité entre les sexes (p. 671 de la décision). Une telle utilisation indirecte de la *Charte* par le biais de ses valeurs nous paraît peu opportune. S'agissant d'une affaire criminelle, Sa Majesté la Reine était partie au litige et il y avait donc clairement une action gouvernementale. Conséquemment, la Cour aurait dû s'en remettre aux droits et libertés constitutionnalisés et non pas aux valeurs de la *Charte*. Nous reviendrons sur l'arrêt *Salituro* à la section 2.1.2 de notre mémoire.

L'appelante, une jeune dame agressée sexuellement, s'opposait à ce que soient reçues en preuve les notes qu'avait prises la psychiatre qui la traitait. Dans ses motifs, la juge majoritaire McLachlin a observé que « les facteurs (...) applicables pour déterminer l'existence d'un privilège devraient être mis à jour de manière à refléter les valeurs pertinentes de la *Charte* »¹⁸⁵. Ces dernières étaient, selon elle, la valeur de la vie privée (découlant de l'article 8 de la *Charte*) et la valeur de l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi (consacrée à l'article 15 de la *Charte*)¹⁸⁶.

La vie privée, d'une part, afin d'éviter de « perpétu[er] le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes »¹⁸⁷. L'égalité de traitement et de bénéfice de la loi, d'autre part, parce qu'une divulgation automatique des communications entre un médecin et son patient « accentu[er]ait les craintes que la victime éprouv[er]ait au sujet de sa vie privée et [serait] susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation »¹⁸⁸. Forte de ces considérations, la juge McLachlin a conclu que le privilège de non-divulgation de la preuve devait être appliqué non pas de manière absolue, mais plutôt de façon à tenir compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Dans cette affaire, le contenu des notes prises par le psychiatre a pu être dévoilé aux avocats de l'agresseur ainsi qu'aux témoins experts de ce dernier, c'est-à-dire à un « petit groupe de professionnels fiables », de préciser la juge McLachlin¹⁸⁹.

L'arrêt *Pepsi-Cola* représente un autre excellent exemple de l'utilisation des valeurs de la *Charte*. Dans cette affaire, la Cour suprême a dû déterminer si la common law permettait ou interdisait le piquetage dit « secondaire » effectué par des employés en

¹⁸⁵ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 30.

¹⁸⁶ Pour une analyse des mêmes valeurs, se référer à l'arrêt *L.L.A. c. A.B.*, [1995] 4 R.C.S. 536. Cette dernière décision traite elle aussi de la production en preuve des dossiers médicaux d'une patiente agressée sexuellement. Lors de son examen de la règle de common law, la juge L'Heureux-Dubé a fait ressortir les valeurs d'égalité et de protection de la vie privée des plaignantes. L'honorable magistrate a toutefois ajouté une troisième valeur de la *Charte* à son analyse, nommément le droit à une défense pleine et entière. Voir à cet égard le par. 63 ainsi que les par. 79 et ss. de la décision.

¹⁸⁷ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 30. Voir également les par. 32 à 38 de la même décision, lesquels traitent des tenants et des aboutissants de la vie privée en matière de production en preuve des documents.

¹⁸⁸ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 30.

¹⁸⁹ *Id.*, par. 41.

grève. La Cour a défini le piquetage secondaire comme étant celui « destiné à appuyer un syndicat [et] qui se fait ailleurs qu'à l'établissement de l'employeur [où travaillent] les membres du syndicat en question »¹⁹⁰. En l'espèce, le piquetage secondaire avait été effectué devant certains points de vente de l'employeur, devant l'hôtel où séjournaient les travailleurs de remplacement ainsi que devant les résidences des cadres.

Les juges McLachlin et LeBel, au nom de la Cour, ont affirmé que le piquetage « comporte toujours une action expressive » et qu'à ce titre « il fait intervenir l'une des plus importantes valeurs constitutionnelles, à savoir la liberté d'expression consacrée à l'alinéa 2b) de la *Charte* »¹⁹¹. Cette valeur de la liberté d'expression fut jugée bénéfique non seulement pour les relations de travail, mais également pour la démocratie et la société dans son ensemble¹⁹². Cela fit dire aux juges McLachlin et LeBel qu'à défaut d'actes délictuels ou criminels de la part des grévistes, lesquels actes risqueraient de faire subir un préjudice à l'employeur ou aux tiers, le piquetage secondaire devait être considéré comme légal aux termes de la common law¹⁹³.

En l'espèce, fut donc autorisé le piquetage secondaire effectué devant les points de vente de l'employeur et devant l'hôtel où séjournaient les travailleurs de remplacement. En revanche, le piquetage qui eut lieu devant les résidences des cadres de l'entreprise fut qualifié d'« conduite assortie de menaces de préjudice envers les salariés de la société occupant ces résidences, [menaces] qui étaient destinées à les empêcher de (...) circuler à leur guise ». Conséquemment, les juges McLachlin et LeBel

¹⁹⁰ *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 1 (ci-après « *Pepsi-Cola* »).

¹⁹¹ *Id.*, par. 32.

¹⁹² *Id.*, par. 32-35.

¹⁹³ *Id.*, par. 73-74. Précisons incidemment que l'arrêt *Pepsi-Cola* est venu de la sorte compléter l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, note 176, rendu seize ans plus tôt. Dans *Dolphin Delivery*, le juge McIntyre s'était penché sur le piquetage secondaire, mais n'avait pas tranché définitivement la question de sa légalité. Voir à cet égard le par. 43 de *Pepsi-Cola*.

confirmèrent l'injonction émise en première instance et qui interdisait le piquetage devant les résidences des cadres de l'entreprise¹⁹⁴.

Également, dans le jugement *Hill* auquel nous nous sommes précédemment référé, la Cour suprême s'est penchée sur la common law de la diffamation. Les appelants, qu'un jury avait condamnés à payer de lourds dommages-intérêts pour avoir tenu des propos outrageants à l'endroit d'un substitut du Procureur général de l'Ontario, soulevaient comme moyen d'appel que la common law attachait une trop grande importance à la protection de la réputation au détriment de la liberté d'expression¹⁹⁵. Aux fins de son analyse, la Cour suprême a considéré la protection de la réputation de la personne et la liberté d'expression comme étant des valeurs de la *Charte*¹⁹⁶. Si la première découlait de la dignité inhérente des individus et du droit à la vie privée¹⁹⁷, la seconde représentait quant à elle la transposition directe de la liberté d'expression, prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte*, dans le domaine des valeurs de la *Charte*¹⁹⁸. Ayant analysé les différences d'interaction entre ces valeurs dans les contextes canadien et américain, le juge Cory s'est dit d'avis que la common law canadienne de la diffamation

¹⁹⁴ *Pepsi-Cola*, précité, note 190, par. 7 et 115-117.

¹⁹⁵ *Hill*, précité, note 15, par. 63 (juge Cory).

¹⁹⁶ *Id.*, par. 99-100 (juge Cory). Pour une analyse des valeurs de la liberté d'expression et de la réputation de la personne dans un contexte d'opinion journalistique diffamatoire, voir *Cusson v. Quan*, [2007] O.J. No. 4348 (C.A.) (QL). Le juge Sharpe, s'exprimant au nom de la Cour, y considère également la liberté de presse comme étant une valeur de la *Charte*. Voir à cet égard le par. 140 de la décision.

Qui plus est, pour une analyse des mêmes valeurs dans un contexte de propos diffamatoires tenus par un animateur de radio controversé, se référer à la toute récente affaire *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 C.S.C. 40. Le juge Binnie y examine la défense de « commentaire loyal » invoquée par l'animateur. Notons que l'honorable magistrat incorpore également à son analyse la valeur du respect des individus, valeur qu'il a d'ailleurs jointe à celle de la protection de la réputation de la personne. Voir à cet égard les par. 1 et 2 de la décision.

¹⁹⁷ Le juge Cory précise à ce sujet que « [b]ien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la Charte, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la Charte. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique. En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle ». Voir *Hill*, précité, note 15, par. 120-121.

¹⁹⁸ Voir notamment *Hill*, précité, note 15, par. 104-105, où le juge Cory se reporte aux jugements *Butler*, précité, note 35 et *Keegstra*, précité, note 20, où fut étudiée la liberté d'expression dans un contexte de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

respectait les valeurs de la *Charte* et qu'il n'était pas souhaitable de la modifier¹⁹⁹ pour y incorporer, tel que le souhaitent les appelants, certains concepts de droit américain²⁰⁰.

Les exemples jurisprudentiels que nous venons d'analyser appellent les quelques commentaires supplémentaires qui suivent eu égard à l'insertion des valeurs de la *Charte* dans les litiges purement privés en common law. Ces commentaires sont d'ordres méthodologique et terminologique.

1.2.2.2 Quelques remarques méthodologiques quant à l'utilisation des valeurs

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les juges de la Cour suprême ont souligné l'importance de ne pas importer dans la sphère du litige privé les critères constitutionnels développés en droit public. Dans l'arrêt *Hill*, le juge Cory s'est dit d'avis que l'analyse effectuée aux termes de l'article premier de la *Charte* et des critères énoncés dans le jugement *Oakes* n'avait pas sa place en matière de litiges privés²⁰¹. Pour reprendre l'expression de l'honorable magistrat :

Il faut se rappeler que la "contestation" fondée sur la Charte dans un litige privé ne repose pas sur la violation d'un droit garanti par la Charte (...) Par conséquent, la pondération doit être plus souple que l'analyse traditionnelle effectuée en vertu de l'article premier dans les cas qui mettent en cause une action gouvernementale. Formulées en termes généraux, les valeurs de la Charte devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la Charte offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire²⁰².

¹⁹⁹ *Hill*, précité, note 15, par. 141. Geoffrey DUCKWORTH, *loc. cit.*, note 15, 293, avance pertinemment que les propos du juge Cory ne ferment pas à la porte à l'examen d'autres valeurs de la *Charte*, non mentionnées dans *Hill*, lors de l'examen de la common law de la diffamation. Cet auteur note par contre que l'introduction de la valeur d'égalité dans cet examen serait peu opportune: « *Surely even the most compelling affirmation of equality cannot carry with it the right to defame an individual reputation with impunity* ».

²⁰⁰ Consulter à ce sujet *Hill*, précité, note 15, par. 122 à 140, où le juge Cory discute des dangers d'introduire en droit canadien la règle de la « malveillance véritable » développée aux États-Unis.

²⁰¹ R.J. SHARPE et K. ROACH, *op. cit.*, note 162, p. 101.

²⁰² *Hill*, précité, note 15, par. 97. Mentionnons incidemment que le juge Cory a fait valoir qu'un changement quant au fardeau de preuve s'opère lorsque la validité d'une règle de common law est contestée dans un litige purement privé. Comme l'explique ce dernier au par. 98 de la décision, « [l]e partage habituel du fardeau dans la contestation d'une action gouvernementale fondée sur la Charte ne devrait pas intervenir dans un litige privé comportant une "contestation" de la common law fondée sur la

Bien que l'idée d'une pondération souple des valeurs ait été reprise dans la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Hill* sous la forme d'affirmations de principe, il est encore aujourd'hui difficile d'attribuer à cette méthodologie des paramètres qui lui soient propres. Par exemple, dans la décision *A.M. c. Ryan*, la juge dissidente L'Heureux-Dubé a rappelé que la pondération doit être plus souple dans les affaires civiles opposant des particuliers que dans les affaires où l'État est partie au litige²⁰³. Toutefois, n'apparaît nulle part dans ses motifs la description du procédé qu'elle a entendu suivre pour effectuer ce type de pondération. Il en va de même dans l'arrêt *Pepsi-Cola*. Les juges McLachlin et LeBel ont souligné, au nom de la Cour, qu'une méthode de pondération souple devait être adoptée « afin de résoudre les présumées contradictions entre la common law et les valeurs de la Charte »²⁰⁴. Cependant, les honorables magistrats n'ont pas été clairs sur la façon dont ils désiraient mener cette pondération souple.

Bien évidemment, sont absents de la pondération souple les quatre critères d'analyse énoncés dans l'arrêt *Oakes*²⁰⁵, c'est-à-dire ceux de l'objectif, du lien rationnel,

Charte (...) *Dans une situation ordinaire, lorsqu'on dit de l'action gouvernementale qu'elle viole un droit garanti par la Charte, il appartient au gouvernement de justifier la loi ou la règle de common law qui est attaquée. En revanche, la situation est toute autre lorsque deux particuliers s'opposent dans une action civile. L'un d'eux aura intenté l'action sur le fondement d'une règle de common law, qui peut être depuis longtemps acceptée au sein de la collectivité. Il devrait donc pouvoir invoquer cette règle de droit sans être tenu de la défendre. Il incombe entièrement à la partie qui conteste la common law de démontrer non seulement que la common law est incompatible avec les valeurs de la Charte, mais en outre que ses dispositions ne peuvent être justifiées* » (nos italiques).

Pour une discussion des conséquences de ce changement du fardeau de preuve, se référer à J. ROSS, *loc. cit.*, note 15, 129-130. Cette auteure note par exemple, à la p. 130, que les justiciables vulnérables ou désavantagés qui souhaiteraient contester la validité d'une règle de common law se trouveraient en position plus difficile que celle de leurs opposants.

²⁰³ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 64 et 100.

²⁰⁴ *Pepsi-Cola*, précité, note 190, par. 22.

²⁰⁵ Précisons que cela n'était pas nécessairement le cas dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Hill*, précité, note 15. Pensons par exemple à l'arrêt *Dagenais*, précité, note 76, dans lequel la Cour suprême a analysé la validité d'une ordonnance judiciaire rendue aux termes de la common law. Cette ordonnance interdisait la diffusion d'une série télévisée au motif que cette dernière aurait pu influencer indûment les jurés dans certains procès criminels alors en cours. Pour trancher cette question, le juge dissident Gonthier a pondéré les valeurs de liberté d'expression et de procès équitable en appliquant directement les critères énoncés dans *Oakes*, précité, note 24. Dans ses motifs, l'honorable magistrat a longuement insisté sur l'étape de l'atteinte minimale (pp. 923-929) de même que sur l'étape de la proportionnalité entre l'objectif de l'interdiction de publication et ses effets (pp. 929-931). Notons toutefois que le juge Gonthier a soutenu que la *Charte* s'appliquait directement à la common law en matière criminelle, ce qui justifiait peut-être son recours au test de *Oakes*. Certains collègues du juge Gonthier, dont le juge Lamer et L'Heureux-Dubé, ont cependant préféré l'application indirecte de la *Charte* par le biais de ses valeurs. Cette dernière

de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Pour le reste, cependant, il est difficile de percevoir comment l'analyse qu'effectuent les juges en matière de common law entre parties privées diffère de l'analyse traditionnelle réalisée aux termes de l'article premier. Par exemple, l'on retrouve dans les décisions en matière de common law entre parties privées certaines références à la méthode contextuelle développée dans le cadre du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois²⁰⁶. L'on note également, dans les jugements *Hill, A.M. c. Ryan* et *Pepsi-Cola*, la présence de nombreux renvois à la jurisprudence développée sous l'empire du test de *Oakes*²⁰⁷. Qui plus est, la pondération souple des valeurs qu'a préconisée la Cour suprême dans l'arrêt *Hill* n'est pas toujours suivie par les juges d'autres cours canadiennes²⁰⁸.

Afin de clarifier cet imbroglio méthodologique, il serait souhaitable que la Cour suprême définisse plus clairement ce que représente la pondération souple dans les litiges en matière de common law entre parties privées. Comme nous l'avons vu, ce « nouveau » type de pondération qu'a présenté le juge Cory dans l'arrêt *Hill* est peu clair dans sa formulation et n'a pas été suffisamment précisé dans les arrêts rendus depuis lors.

approche semble recevoir la préférence de Peter W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 37-27, lequel rappelle le caractère essentiellement privé du litige à la base de l'arrêt *Dagenais*.

²⁰⁶ Voir notamment le par. 104 de *Hill*, précité, note 15, où le juge Cory se réfère à la façon dont a été appliquée la méthode contextuelle dans l'arrêt *Keegstra*, précité, note 20. Consulter également les par. 65 à 70 de *Pepsi-Cola*, précité, note 190, où les juges McLachlin et LeBel, au nom de la Cour, abordent les contextes propres aux piquetages primaire et secondaire.

²⁰⁷ Dans *Hill*, précité, note 15, par. 104-106, le juge Cory s'est servi des précédents *Keegstra*, précité, note 20 et *Butler*, précité, note 35, pour affirmer que le contenu de certaines communications s'éloigne des valeurs profondes qui sous-tendent la liberté d'expression. Toujours au sujet de la liberté d'expression, les juges McLachlin et LeBel ont invoqué dans *Pepsi-Cola*, précité, note 190, plusieurs jugements en droit du travail rendus dans un contexte d'article premier, notamment *Advance Cutting & Coring*, précité, note 74, *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016 et *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125.

²⁰⁸ Voir à cet égard la décision *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2003] B.C.J. No. 994 (C.A.) (QL), plus particulièrement aux par. 73-80. Le juge Prowse y suggère qu'une analyse rigoureuse effectuée aux termes de l'article premier paraît plus appropriée qu'une pondération souple des valeurs lorsqu'il s'agit d'apporter des modifications substantielles à la common law. Voir également la décision *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 2714 (Sup. Ct.) (QL) que le juge Prowse cite afin d'appuyer sa suggestion.

Cela étant, passons maintenant à certaines considérations d'ordre terminologique concernant l'utilisation des valeurs de la *Charte*.

1.2.2.3 Quelques remarques terminologiques quant à l'utilisation des valeurs

Lorsque les juges de la Cour suprême se reportent aux « valeurs de la *Charte* » dans les litiges privés faisant intervenir la common law, nous devons comprendre qu'ils assimilent parfois les droits et libertés constitutionnalisés à des valeurs.

Parmi les exemples jurisprudentiels que nous avons analysés plus haut, nous avons vu que le juge McLachlin a assimilé, dans *A.M. c. Ryan*, le droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi (consacré à l'article 15 de la *Charte*) à la « valeur de l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi »²⁰⁹. De même, dans les arrêts *Hill* et *Pepsi-Cola*, les juges ont assimilé la liberté d'expression (énoncée à l'alinéa 2b) de la *Charte*) à la « valeur de la liberté d'expression »²¹⁰. Également, si l'on considère que l'arrêt *Dagenais* a tranché un litige de nature purement privée (ce qui n'est pas l'avis de tous²¹¹), l'on peut affirmer que le juge majoritaire Lamer et la juge dissidente L'Heureux-Dubé ont assimilé la liberté d'expression et le droit à un procès équitable, prévus respectivement aux alinéas 2b) et 11d) de la *Charte*, aux valeurs de liberté d'expression et de procès équitable²¹².

Suivant cette logique, les droits et libertés prévus à la *Charte* seraient également des « valeurs » de la *Charte*. Rien de plus normal, car les droits prévus à la *Charte* représentent certaines valeurs-clés d'une société libre et démocratique que le législateur a voulu promouvoir par l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution²¹³.

²⁰⁹ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 30.

²¹⁰ *Pepsi-Cola*, précité, note 190, par. 32 (juges McLachlin et LeBel au nom de la Cour); *Hill*, précité, note 15, par. 99-100 (juge Cory).

²¹¹ Consulter à cet égard notre note infrapaginale 205.

²¹² Voir les motifs du juge Lamer, aux pp. 875 et ss. de *Dagenais*, précité, note 76, de même que ceux de la juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 914 à 916 de la même décision.

²¹³ Rappelons que la juge Arbour a écrit dans *Lavoie*, précité, note 5, par. 91, que « la Charte a été conçue comme un document cohérent exprimant nos valeurs les plus élevées et la loi suprême du pays ».

D'aucuns prétendent que le fait d'assimiler les droits et libertés aux valeurs résulterait de la volonté de la Cour suprême de mitiger l'impact de la décision *Dolphin Delivery* et de sa règle jurisprudentielle voulant que les droits et libertés de la *Charte* ne s'appliquent qu'en présence d'une action gouvernementale²¹⁴. Il en résulterait ainsi une différence ténue entre l'application directe des droits et libertés prévus à la *Charte* et l'application indirecte de la *Charte* par le biais de ses valeurs²¹⁵.

Quoiqu'il existe indéniablement un lien très étroit entre les valeurs de la *Charte*, telles qu'invoquées dans les litiges de common law entre parties privées, et les droits et libertés inscrits dans cette même *Charte*, il ne faut cependant pas croire qu'il y a toujours assimilation entre ces deux concepts. À ce sujet, Peter W. Hogg souligne très pertinemment que :

*Every Charter right is probably also a Charter value, but the latter is stated at a higher level of generality, without the detail that the Court has carefully engrafted onto the actual right (...) It is this broader, more flexible concept that is being used by the Supreme Court of Canada, not just for the purpose of developing the common law, but for the purpose of interpreting the Charter itself (nos italiques)*²¹⁶.

Les valeurs de la *Charte*, en tant que concept « général », « souple » et de « large portée », permettent ainsi aux juges d'invoquer certains éléments qui dépassent le strict libellé du texte de la *Charte*.

À titre illustratif, dans la décision *A.M. c. Ryan*, la juge McLachlin s'est référée à la vie privée en tant que valeur de la *Charte*. L'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée n'est pas inscrite dans le libellé de la *Charte*. Il ne s'agit donc ni d'un droit, ni d'une liberté à proprement parler. Il s'agit plutôt d'une valeur qui découle

Précisons cependant que l'arrêt *Lavoie* a été rendu dans un contexte de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

²¹⁴ P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 19, 116 et J. ROSS, *loc. cit.*, note 15, 125.

²¹⁵ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 37-28 et J. ROSS, *loc. cit.*, note 15, 139. Voir également les motifs du juge Hutcheon dans *Bank of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1995] B.C.J. No. 1640 (C.A.) (QL), par. 100. L'honorable magistrat avoue candidement ce qui suit : « I have not been able to develop a meaningful distinction between the application of the Charter and the application of Charter values ».

²¹⁶ P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 19, 117.

de l'esprit de l'article 8 de la *Charte*²¹⁷. Il aurait d'ailleurs été malaisé d'assimiler directement l'article 8 à une valeur s'appliquant à un litige privé. Rappelons que cette disposition de la *Charte* a été conçue pour protéger les personnes contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives menées par un organisme étatique, et non pour protéger la confidentialité des dossiers médicaux dans un litige opposant deux parties privées. En l'espèce, la valeur de la vie privée représente donc une manifestation plus souple d'un droit constitutionnalisé, lequel droit n'aurait pas pu s'appliquer directement étant donné l'absence d'intervention étatique.

Comme second exemple illustrant le fait que les valeurs de la *Charte* dépassent la simple assimilation des droits et libertés à des valeurs, reportons-nous à l'arrêt *Hill* que nous avons abordé précédemment. Dans cette affaire, le juge Cory a invoqué la valeur de la protection de la réputation de la personne. Cette valeur n'apparaît pas dans le libellé même de la *Charte*. Elle n'est ni un droit, ni une liberté à proprement parler. Elle découle plutôt de la protection de la vie privée, dont nous venons tout juste de faire mention, et de la dignité inhérente aux individus, valeur qui, selon le juge Cory, « sous-tend tous les droits et libertés garantis par la *Charte* »²¹⁸. D'ailleurs, cinq ans après l'arrêt *Hill*, le juge Bastarache a réitéré, au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Blencoe*, que la dignité inhérente aux individus et la réputation de la personne sont des valeurs et non pas des droits indépendants aux termes de la *Charte*. De l'avis du juge Bastarache,

[I]l vaut mieux considérer la notion de "dignité" que l'on trouve dans la jurisprudence de notre Cour comme une valeur sous-jacente que comme un droit autonome garanti par la Charte (...) Même si notre Cour a conclu, dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, que la réputation est un concept qui sous-tend les droits garantis par la Charte, elle n'est pas non plus elle-même un droit indépendant garanti par la

²¹⁷ *A.M. c. Ryan*, précité, note 47, par. 30. Consulter sur le même point notre section 1.1.2, *supra*, où sont examinées les origines des valeurs particulières liées à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée.

²¹⁸ *Hill*, précité, note 15, par. 120-121. En ce qui a trait à la dignité inhérente aux individus, consulter également notre section 1.1.1, *supra*, où sont examinées les valeurs d'une société libre et démocratique.

Charte (...) Le respect de la réputation d'une personne, tout comme le respect de sa dignité, est une valeur qui sous-tend la Charte²¹⁹.

Somme toute, il faut retenir de ces exemples jurisprudentiels que les valeurs de la *Charte* invoquées dans les litiges privés, où il est question de l'adaptation de la common law, ne se limitent pas à la seule assimilation des droits et libertés constitutionnalisés à des valeurs. Bien que cette assimilation existe (souvenons-nous du droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi, du droit à un procès équitable et de la liberté d'expression, tous devenus des « valeurs » de la *Charte*), il faut aussi reconnaître que les valeurs peuvent traduire des notions qui, sans être directement énoncées dans les dispositions de la *Charte*, découlent conceptuellement de ces dernières²²⁰ (pensons alors à la valeur de la protection de la vie privée ainsi qu'aux valeurs de dignité inhérente aux individus et de réputation de la personne).

De cette utilisation des valeurs de la *Charte* dans l'adaptation de la common law, il faut aussi retenir que les juges se montrent prudents dans l'exercice de leur discrétion et hésitent à modifier substantiellement les règles de common law. Comme nous avons été à même de le constater, aucun des exemples jurisprudentiels que nous avons rapportés ne fait état d'un changement draconien de la common law. Les mérites de cette

²¹⁹ *Blencoe*, précité, note 29, par. 78-80.

²²⁰ Bien que les précisions que nous avons apportées ci-dessus à propos du phénomène d'assimilation permettent de mieux comprendre l'utilisation des valeurs de la *Charte* en common law, nous parvenons difficilement à expliquer pourquoi les membres de la Cour suprême intervertissent les valeurs et les droits dans des jugements où il n'est aucunement question de l'adaptation de la common law. Rapportons, en guise d'exemple, deux décisions touchant au contrôle de la constitutionnalité des lois dans lesquelles une telle situation s'est produite.

Premièrement, dans *Edwards Books*, précité, note 19, où fut étudiée une loi portant atteinte à la liberté de religion prévue à l'alinéa 2a) de la *Charte*, la juge dissidente Wilson a parlé d'une « valeur fondamentale comme [celle] de la liberté de religion » (p. 811). Cependant, dans les paragraphes précédents, l'honorable magistrate s'est référée à la liberté de religion en tant que liberté constitutionnalisée et non pas en tant que valeur.

Deuxièmement, dans *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, où entrain en jeu la liberté d'association garantie à l'alinéa 2d) de la *Charte*, le juge McIntyre s'est référé à la « valeur de la liberté d'association » tout de suite après avoir mentionné que « la liberté d'association constitu[ait] l'un des droits les plus fondamentaux qui existe dans une société libre » (p. 393).

Nous postulons qu'en de telles situations, les juges ont voulu dire que l'objet de la liberté de religion et l'objet de la liberté d'association étaient des valeurs à protéger, ou encore, plus simplement, que la liberté de religion et la liberté d'association étaient des valeurs en elles-mêmes que le législateur a choisi de constitutionnaliser en 1982. Nous formons le souhait que les membres de la Cour suprême s'expliquent plus clairement sur ce sujet dans les prochains jugements qu'ils rendront en matière de *Charte*.

réserve judiciaire ont d'ailleurs été rappelés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Salituro*.

S'exprimant au nom de la Cour, l'honorable magistrat a écrit ce qui suit :

[E]n régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. *Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société*²²¹ (nos italiques).

Et de poursuivre le juge Iacobucci un peu plus loin dans ses motifs,

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la Charte, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la Charte, *sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative* dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée²²² (nos italiques).

Bref, il nous faut comprendre que les valeurs de la *Charte* ont une utilité certaine dans l'adaptation progressive des règles de common law. Toutefois, les modifications substantielles doivent être laissées aux organes législatifs, lesquels peuvent édicter des lois (« statute law ») venant compléter ou modifier la common law.

Ces précisions quant à l'impact des valeurs de la *Charte* sur l'adaptation de la common law ayant été apportées, il convient maintenant de clore notre étude de l'utilisation des valeurs en nous intéressant aux rôles que jouent ces dernières dans l'interprétation des lois.

²²¹ *Salituro*, précité, note 184, 670.

²²² *Id.*, 675. Voir également sur ce point l'arrêt *Hill*, précité, note 15, par. 85 et 92.

1.2.3 Les valeurs afférentes à la *Charte* et l'interprétation des lois

Nous venons de voir que l'adaptation de la common law doit s'effectuer de manière à tenir compte des valeurs de la *Charte*. Cette adaptation n'a rien de vraiment controversé : la common law étant un droit judiciaire (« *a judge-made law* »), il paraît tout à fait normal que les tribunaux en modifient les règles au gré des changements sociaux, moraux et économiques du pays²²³. Comme l'a souligné le juge Iacobucci à quelques reprises, il appartient aux tribunaux de veiller à ce que la common law soit dynamique, évolutive²²⁴ et qu'elle « continue de refléter les valeurs fondamentales de la société »²²⁵, parmi lesquelles se trouvent évidemment les valeurs de la *Charte*.

Il en va autrement du rôle que jouent les tribunaux dans l'interprétation des lois. Incombe dans ce cas aux tribunaux la tâche d'interpréter et d'appliquer les textes législatifs « conformément à l'intention souveraine du législateur »²²⁶. Il s'agit là du principe de la suprématie du pouvoir législatif²²⁷. Ainsi, en l'absence d'une contestation portant sur la constitutionnalité d'une disposition législative, les tribunaux sont limités à interpréter les règles législatives et ne peuvent modifier le libellé de ces dernières²²⁸.

Malgré cette limitation, il faut tout de même reconnaître le rôle important que jouent les tribunaux dans la détermination du sens de la règle législative²²⁹. Nous aborderons dans les prochains paragraphes un aspect particulier de cet apport, soit celui de l'utilisation des valeurs de la *Charte* en tant qu'outil interprétatif.

²²³ *Salituro*, précité, note 184, 670.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 61 (ci-après « *Bell ExpressVu* »).

²²⁶ *Id.*

²²⁷ F. ALLARD, *loc. cit.*, note 184, 18.

²²⁸ *Id.* Bien entendu, en présence d'une contestation de la validité constitutionnelle d'une disposition législative, les tribunaux jouent alors un rôle doublement plus étendu : premièrement, ils doivent mener l'examen rigoureux aux termes de l'article 1 de la *Charte*; deuxièmement, s'ils concluent à l'inconstitutionnalité, ils devront choisir entre de nombreuses mesures correctives (déclaration d'invalidité avec effet immédiat, déclaration d'invalidité avec effet suspendu pendant une période déterminée, reformulation judiciaire par le biais de l'interprétation atténuée, reformulation judiciaire par le biais de l'interprétation large, etc.). Voir sur ce dernier point l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, plus particulièrement aux pp. 695 et ss.

²²⁹ F. ALLARD, *loc. cit.*, note 184, 18.

Existe en droit constitutionnel canadien un principe d'interprétation voulant qu'il faille donner la préférence à l'interprétation conforme aux valeurs consacrées dans la Charte plutôt qu'à l'interprétation qui serait contraire à ces dernières²³⁰. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'arrêt *Slaight Communications*,

[Q]uoique 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, inopérante²³¹.

Ainsi, lorsqu'une disposition législative se prête à deux interprétations également plausibles, l'une étant constitutionnelle et l'autre inconstitutionnelle, c'est l'interprétation constitutionnelle qui doit l'emporter^{231.1}. Cet effet interprétatif de la *Charte* est issu de la présomption de constitutionnalité des lois²³², notion selon laquelle l'on présume les textes législatifs conformes à la Constitution et à la *Charte* qui en fait partie²³³.

²³⁰ *Hills c. Canada (procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, 558 (juge majoritaire L'Heureux-Dubé). Voir sur le même point *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 660. Le juge Gonthier, au nom de la Cour, y souligne que « (...) dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la Charte et l'autre non, il convient d'adopter la première ».

²³¹ *Slaight Communications*, précité, note 59, 1078. Rappelons que dans cet arrêt, la Cour suprême s'est penchée sur l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 61.5 du *Code canadien du travail*. Cet article se lisait comme suit à l'époque du jugement : « Lorsque l'arbitre décide (...) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, 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 ». Selon le juge Lamer, la *Charte* s'appliquait à l'ordonnance rendue par l'arbitre de griefs puisque ce dernier était nommé en vertu d'une disposition législative et qu'il tirait tous ses pouvoirs de la loi. Conséquemment, il était impossible d'interpréter l'article 61.5 comme conférant le pouvoir à l'arbitre de violer la *Charte* (p.1078). Fort de ces considérations, le juge Lamer a fait valoir que l'article 61.5 conférait 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* » (p. 1079, nos italiques).

Pour une application du principe d'interprétation dégagé dans *Slaight Communications* dans un contexte réglementaire, voir également *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 163-164. Dans cet arrêt, la Cour suprême a analysé l'interprétation qu'il fallait donner au *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, eu égard à la prétendue violation de la liberté d'expression de manifestants politiques.

^{231.1} *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 215 (juge dissidente Deschamps).

²³² Pour une analyse pénétrante des tenants et aboutissants de cette présomption, se référer à Danielle PINARD, « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*, (1989-90) 35 *R.D. McGill* 305. À la p. 325 de son article, la professeure Pinard note que cette présomption repose sur trois fondements distincts, nommément : 1° le respect de

Au soutien de ce principe d'interprétation, Ruth Sullivan rappelle que la *Charte* prescrit des normes parmi les plus importantes de notre culture politico-juridique et qu'elle commande en conséquence une interprétation conforme à l'esprit desdites normes²³⁴. Favoriser une interprétation contraire aux valeurs de la *Charte* équivaudrait à négliger sciemment le contexte dans lequel les textes législatifs ont été édictés²³⁵.

Afin d'illustrer la fonction des valeurs de la *Charte* dans l'interprétation des lois, référons-nous dès à présent aux motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Willick c. Willick*²³⁶ et à ceux des juges Cory et Iacobucci dans *Zundel*.

1.2.3.1 L'utilisation des valeurs illustrée à l'aide d'exemples jurisprudentiels

Tout d'abord, était en jeu dans l'arrêt *Willick c. Willick* l'interprétation à donner au paragraphe 17(4) de la *Loi sur le divorce*²³⁷, lequel paragraphe concerne la modification des ordonnances alimentaires. Cette disposition commande aux tribunaux de prendre en considération les « changement[s] dans les ressources, les besoins ou, d[e] façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés ».

l'intention présumée du législateur, 2° la cohérence et l'harmonie de l'ordre juridique, 3° la déférence du pouvoir judiciaire à l'égard des choix du législateur.

²³³ F. ALLARD, *loc. cit.*, note 184, 19. Pour une critique des différentes significations que peut revêtir l'expression « présomption de constitutionnalité », consulter les motifs qu'a écrits le juge Beetz, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 121-125.

²³⁴ Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th Edition, Markham, Butterworths, 2002, pp. 367-368.

²³⁵ *Id.*, p. 367. Ruth Sullivan ne semble pas établir de distinction entre les textes législatifs édictés avant l'avènement de la *Charte* et ceux édictés après cette modification constitutionnelle. Nous estimons nécessaire que les juges favorisent une interprétation conforme aux valeurs de la *Charte* pour tous les textes législatifs, peu importe l'époque où ils sont entrés en vigueur. Cependant, l'interprétation conforme aux valeurs de la *Charte* devrait logiquement être plus rigoureuse pour les textes législatifs édictés depuis l'avènement de la *Charte*.

²³⁶ *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Notons qu'il n'y a pas de dissidence dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé écrivant pour ses collègues Gonthier et McLachlin, alors que, dans des motifs distincts, le juge Sopinka a écrit pour ses collègues La Forest, Cory et Iacobucci.

²³⁷ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.).

Après avoir rappelé la présence de facteurs sociaux tels que le « fort taux de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales » et l' « omission des tribunaux de tenir compte des coûts cachés dans le calcul des aliments destinés aux enfants », la juge L'Heureux-Dubé s'est dite d'avis que l'interprétation à privilégier en l'instance était celle qui favoriserait la valeur d' « égalité matérielle consacrée à la *Charte* »²³⁸. De l'avis de l'honorable magistrature,

[U]ne interprétation des dispositions de la Loi sur le divorce visant les aliments et leur modification qui est sensible à l'égalité de résultat entre les conjoints doit être préférée à une approche qui ne tient compte que de l'égalité de traitement et qui peut avoir un effet discriminatoire eu égard au sexe²³⁹.

Plus importante encore nous semble être la façon dont la juge L'Heureux-Dubé a justifié le recours à la valeur d'égalité. C'est par le biais des valeurs de la *Charte*, et non pas par le biais des règles traditionnelles d'interprétation des lois, que l'égalité a joué son rôle dans la démarche interprétative menée par l'honorable magistrature. Comme l'explique cette dernière,

[J]e ne saurais accepter que les dispositions de la *Loi sur le divorce* en cause dans ce pourvoi soient interprétées sans égard à leur contexte social et sans considérations des réalités sociales incontestables dans lesquelles s'insère la *Loi*. Par conséquent, je préfère ne pas me confiner aux règles "ordinaires" d'interprétation des lois pour déterminer l'interprétation qu'il convient de donner à la loi ici en cause et l'application qu'il convient d'en faire. (...) En termes simples, les règles "ordinaires" d'interprétation des lois (...) ne tiennent pas suffisamment compte de la mesure dans laquelle une interprétation donnée est conforme aux valeurs véhiculées par la *Charte*. Bien que les règles "ordinaires" d'interprétation des lois aient subi l'épreuve du temps et soient incontestablement dignes de respect, nous ne pouvons permettre qu'elles nous engagent, sans discussion, dans une voie qui risque de s'écarter de la *Charte* ou d'en miner l'importance²⁴⁰.

Commentant cet enseignement de la juge L'Heureux-Dubé, l'auteure Danielle Pinard a très justement remarqué que l'examen du contexte et des réalités sociales donne

²³⁸ *Willick c. Willick*, précité, note 236, 706.

²³⁹ *Id.*, 705-706.

²⁴⁰ *Id.*, 707.

l'occasion d'évaluer si l'interprétation des lois est conforme aux valeurs de la *Charte*²⁴¹. Ainsi, en matière d'interprétation des lois, il convient de dépasser le cadre strictement juridique et de tenir compte des données sociales pertinentes à la bonne résolution des litiges²⁴².

Comme second exemple illustrant l'importance des valeurs de la *Charte* dans l'interprétation des lois, souvenons-nous des motifs qu'ont rédigés les juges Cory et Iacobucci, dissidents dans l'arrêt *Zundel*. Il était question dans cette affaire de la constitutionnalité de l'article 181 du *Code criminel* interdisant la publication de fausses nouvelles. Le libellé de cette disposition se lisait comme suit :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

L'appelant *Zundel*, qui avait été accusé d'avoir publié une brochure démentant l'Holocauste, prétendait que cette disposition portait indûment atteinte à sa liberté d'expression. Nous reviendrons en détail sur cet aspect du jugement lors de notre analyse du droit international et du droit comparé comme sources des valeurs de la *Charte*²⁴³. Qu'il nous soit ici permis d'analyser une autre question de droit qui fut soulevée dans le pourvoi en Cour suprême, plus précisément celle de l'imprécision de l'expression « intérêt public » contenue à l'article 181.

L'appelant *Zundel* soutenait en effet que cette expression était si imprécise qu'elle rendait l'article 181 invalide. Ce dernier faisait valoir « qu'un gouvernement sans scrupules pourrait l'utiliser pour que soit considéré comme criminel un comportement ou une opinion qu'il ne partage pas »²⁴⁴.

²⁴¹ D. PINARD, *loc. cit.*, note 125, 361.

²⁴² Nous reviendrons sur les données sociales à notre section 2.1

²⁴³ Voir notre section 2.2.3, *infra*.

²⁴⁴ *Zundel*, précité, note 20, 804.

Les juges Cory et Iacobucci réfutèrent cet argument et se dirent d'avis que les valeurs garanties par la *Charte* permettaient de donner un sens à l'intérêt public. Les deux magistrats écrivirent qu' « en tant que document fondamental qui énonce des caractéristiques essentielles de notre vision de la démocratie, la Charte nous fournit quelques indications sur les valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique »²⁴⁵. À leur avis, l'intérêt public consistait en la préservation et la promotion de l'égalité, de la liberté et de la dignité humaine²⁴⁶. Également, la référence à certains articles de la *Charte*, notamment les articles 7 (droit à la vie, liberté, sécurité), 15 (droit à l'égalité) et 27 (promotion du patrimoine multiculturel canadien), permettait de bien définir l'intérêt public. La publication de fausses nouvelles qui porterait atteinte à un groupe identifiable devait donc être considérée comme étant contraire à l'intérêt public²⁴⁷.

Forts de ces considérations, les juges Cory et Iacobucci soulignèrent que l'article 181 ne manquait pas de précision puisqu'il « constituait un guide suffisant quant aux conséquences juridiques d'un comportement donné »²⁴⁸.

1.2.3.2 Les limites inhérentes à l'utilisation des valeurs comme outil interprétatif

Malgré leur utilité interprétative, les valeurs de la *Charte* ne devraient être utilisées qu'en la présence d'une véritable ambiguïté dans un texte législatif. Tel que l'a affirmé le juge Iacobucci, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Bell ExpressVu*,

[I]l importe de souligner le fait que, dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d'interprétation fondé sur le respect des "valeurs de la *Charte*", ce principe ne s'applique uniquement qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes, mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre²⁴⁹.

²⁴⁵ *Id.*, 806.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*, 806-807.

²⁴⁸ *Id.*, 807.

²⁴⁹ *Bell ExpressVu*, précité, note 225, par. 62. S'autorisant notamment de l'arrêt *Bell ExpressVu*, le juge Rivard écrit ce qui suit dans la décision *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*, [2006] O.J. No. 2268 (Sup. Ct.) (QL), par. 25 : « The first step, therefore, is analyzing the provision without regard to

Tant les auteurs de doctrine²⁵⁰ que les juges de la Cour suprême ont insisté sur ce même point²⁵¹. Par exemple, dans l'arrêt *Symes*, le même juge Iacobucci a refusé, au nom de la majorité de la Cour, d'examiner les valeurs de la *Charte* au motif que les dispositions contestées de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁵² ne présentaient aucune ambiguïté²⁵³. Ce dernier a affirmé que le fait de rendre les dispositions législatives contestées automatiquement compatibles avec la *Charte* empêcherait les tribunaux de conclure à l'existence d'atteinte(s) à la *Charte*²⁵⁴. Cette fâcheuse conséquence ferait obstacle à tout contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et romprait ainsi le dialogue entre les tribunaux et le législateur²⁵⁵.

De fait, la jurisprudence que nous avons consultée nous porte à croire que les enseignements des juges de la Cour suprême ont été bien suivis par les juges des autres cours canadiennes. En effet, de nombreux magistrats ont rappelé qu'il n'est pas opportun de se servir des valeurs de la *Charte* lorsque les dispositions législatives ne présentent aucune ambiguïté véritable²⁵⁶.

Charter values. If the provision remains subject to more than one meaning, then the interpretation that is consistent with *Charter* values takes priority over the interpretation that does not » (les soulignés sont du juge Rivard).

²⁵⁰ F. ALLARD, *loc. cit.*, note 184, 19 et P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 37-29.

²⁵¹ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 752 (juge majoritaire Iacobucci), (ci-après « *Symes* »); *Willick c. Willick*, précité, note 236, 706-707 (juge L'Heureux-Dubé); *Pharmascience inc. c. Binet*, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 29 (juge majoritaire LeBel); *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23-24 (juge majoritaire Charron).

²⁵² *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63].

²⁵³ *Symes*, précité, note 251, 752.

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ *Bell ExpressVu*, précité, note 225, par. 66 (juge Iacobucci au nom de la Cour). Voir aussi sur ce point les propos du juge Sopinka dans *Willick c. Willick*, précité, note 236, 679-680, de même les propos de la juge majoritaire Charron dans *Charlebois c. Saint John (Ville)*, précité, note 251, par. 24. Cette dernière y souligne que « dans le contexte de la présente affaire, le recours à cet outil [c.-à-d. les valeurs de la *Charte*] illustre bien comment son utilisation abusive peut effectivement court-circuiter l'examen judiciaire de la constitutionnalité de la disposition législative. Elle risque de fausser l'intention du législateur et de le priver de la possibilité de justifier une éventuelle atteinte aux droits garantis par la *Charte* comme étant une limite raisonnable au sens de l'article premier ».

²⁵⁶ Se référer, *inter alia*, aux décisions suivantes :

- *R. v. Daly*, [2003] B.C.J. No. 1742 (S.C.) (QL) : refus de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l'article 517 du *Code criminel*. Voir les par. 66 à 68 de la décision.
- *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. O'Quinn*, [1997] N.S.J. No. 44 (C.A.) (QL) : refus de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l'article 70 du *Workers' Compensation Act*, S.S. 1979, c. W-17.1, tel qu'amendé par S.N.S. 1992, c. 35, s. 6. Voir les par. 17 à 23 de la décision.

Notons par ailleurs que le recours aux valeurs de la *Charte* pour lever les difficultés d'interprétation des lois s'avère parfois lui-même sujet à interprétation puisque, dans certaines décisions, les juges ne s'entendent pas quant à l'opportunité d'une telle démarche. Donnons en deux exemples.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Symes*, nous avons vu que le juge majoritaire Iacobucci ne s'est pas servi des valeurs de la *Charte* comme outil d'interprétation puisque, selon lui, les dispositions législatives contestées n'étaient aucunement ambiguës. Son avis ne fut cependant pas partagé par la juge dissidente L'Heureux-Dubé²⁵⁷. Au dire de cette dernière, les dispositions législatives contestées étaient réellement équivoques et il fallait recourir aux valeurs de la *Charte* pour en lever les difficultés d'interprétation. La juge L'Heureux-Dubé a donc invoqué la valeur d'égalité entre les sexes afin de permettre aux femmes d'affaires de déduire, à titre de frais d'entreprises aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les frais de garde des enfants qu'elles ont à charge. La valeur d'égalité entre les sexes découlait en l'espèce des articles 15 et 28 de la *Charte*²⁵⁸. Force nous est donc de constater qu'il peut exister, dans une même décision, des opinions divergentes quant à la pertinence de faire usage des valeurs de la *Charte* dans l'interprétation des lois.

• *Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [2007] F.C.J. No. 1007 (F.C.T.D.) (QL): refus de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter le *Mackenzie Valley Resource Management Act*, S.C. 1998, c. 25. Voir les par. 64-65 de la décision.

• *Daley v. Economical Mutual Insurance Co.*, [2005] O.J. No. 5516 (C.A.) (QL) : refus de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter la disposition 8(3) du *Statutory Accident Benefits Schedule - Accidents on or After November 1, 1996*, O. Reg. 403/96, adoptée en vertu du *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8. Voir les par. 38 à 41 de la décision.

• *R. v. Brown*, [1998] O.J. No. 482 (Ct. J. Gen. Div.) (QL) : refus de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l'article 648 du *Code criminel*. Voir les par. 14 et ss. de la décision, et plus particulièrement le par. 17.

²⁵⁷ Précisons que la juge McLachlin, elle aussi dissidente dans l'arrêt *Symes*, précité, note 251, 832, a indiqué qu'elle souscrivait à l'interprétation qu'a donnée la juge L'Heureux-Dubé de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

²⁵⁸ *Symes*, précité, note 251, 819. Notons que pour étayer son argumentation, la juge L'Heureux-Dubé s'est abondamment référée au contexte social actuel et aux statistiques démontrant que les femmes sur le marché du travail se retrouvent souvent en situation d'inégalité. Nous reviendrons sur cet aspect particulier des motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans notre analyse des valeurs sociales actuelles comme source des valeurs afférentes à la *Charte* (section 2.1.3.2, *infra*).

Comme second exemple jurisprudentiel illustrant ce type de désaccord, reportons-nous à l'arrêt *R. c. Bernshaw*. Il était question dans cette affaire de l'interprétation des paragraphes 254(2) et (3) du *Code criminel* relatifs à la détection de la présence d'alcool chez les conducteurs de véhicules à moteur. Bien que les juges Cory et Sopinka aient reconnu, dans leurs motifs respectifs, qu'il fallait trouver une interprétation plus appropriée des paragraphes ambigus, ces deux magistrats n'ont aucunement recouru aux valeurs de la *Charte* dans leurs démarches. Ils ont plutôt adopté une approche traditionnelle axée sur l'analyse de la jurisprudence existante en la matière²⁵⁹. On ne retrouve d'ailleurs aucune trace du vocable « valeur » dans leurs motifs respectifs.

Cependant, de son côté, leur collègue L'Heureux-Dubé a choisi de lever l'imprécision des paragraphes 254(2) et (3) à l'aide des valeurs de la *Charte*. Cette dernière a estimé que

« [D]eux des valeurs reconnues par la Charte sont pertinentes à l'interprétation de l'ambiguïté à laquelle donne lieu l'interaction des par. 254(2) et (3) du *Code criminel*. La première est la valeur sous-jacente à l'al. 10b) de la Charte, selon laquelle une personne ne peut être détenue sans l'assistance d'un avocat que pendant une période aussi courte que possible dans les circonstances (...) La seconde est la valeur sous-jacente à l'art. 8 de la Charte selon laquelle il ne saurait être porté atteinte à la vie privée d'une personne de façon déraisonnable²⁶⁰.

Selon la juge L'Heureux-Dubé, une telle utilisation des valeurs de la *Charte* s'avérait tout indiquée puisque « le sens ordinaire des termes employés dans les dispositions en cause donn[ait] (...) peu d'indications quant à l'intention du législateur »²⁶¹. Or, il nous paraît surprenant que l'honorable magistrate n'ait pas réussi à dégager l'intention du législateur sans recourir aux valeurs de la *Charte*, alors que ses collègues Cory et Iacobucci ont pu le faire. La juge L'Heureux-Dubé a peut-être voulu apporter une plus-

²⁵⁹ Voir, *inter alia*, les par. 26-28 et 34-36 des motifs du juge Cory, ainsi que les par. 61-75 des motifs du juge Sopinka dans *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254 (ci-après « *Bernshaw* »).

²⁶⁰ *Id.*, par. 94.

²⁶¹ *Id.*, par. 90.

value au jugement en se servant des valeurs de la *Charte*, mais nous avançons que cette démarche n'était pas nécessaire à la résolution correcte du litige.

1.2.3.3 Quelques remarques terminologiques quant à l'utilisation des valeurs

Lors de notre analyse du rôle des valeurs dans la modification de la common law, nous avons indiqué que les droits et libertés constitutionnalisés étaient parfois assimilés à des valeurs. Une situation semblable se présente lorsqu'il s'agit d'examiner le rôle des valeurs dans l'interprétation des lois et des règlements. Afin de bien comprendre ce point, reportons-nous brièvement aux exemples jurisprudentiels que nous venons d'examiner.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Willick c. Willick*, la valeur d'égalité matérielle invoquée par la juge L'Heureux-Dubé tire son origine de l'article 15 de la *Charte* prévoyant le droit à l'égalité de traitement devant la loi²⁶². La valeur d'égalité apparaît aussi dans l'arrêt *Zundel*, sous la plume des juges dissidents Cory et Iacobucci. Ces derniers relient l'article 15 à cette valeur²⁶³. De plus, dans *Symes*, une argumentation de la juge dissidente L'Heureux-Dubé joint la valeur d'égalité entre les sexes aux articles 15 et 28 de la *Charte*²⁶⁴.

Outre l'égalité, d'autres droits et libertés ont été assimilés à des valeurs dans le cadre de l'interprétation des lois. C'est le cas de la « valeur » de l'assistance à l'avocat lors d'une détention (arrêt *Bernshaw*) et de « valeur » de la liberté (arrêt *Zundel*). Ces valeurs sont en fait des droits prévus respectivement à l'alinéa 10b) et à l'article 7 de la *Charte*²⁶⁵.

²⁶² *Willick c. Willick*, précité, note 236, 705.

²⁶³ *Zundel*, précité, note 20, 806.

²⁶⁴ *Symes*, précité, note 251, 819.

²⁶⁵ Voir *Zundel*, précité, note 20, 806 (juges dissidents Cory et Iacobucci) et *Bernshaw*, précité, note 259, par. 94 (juge L'Heureux-Dubé).

Toutefois, il faut comprendre que les valeurs ne se limitent pas à la simple utilisation des droits et libertés dans un cadre interprétatif. Des concepts qui n'apparaissent pas dans le libellé de la *Charte* sont également désignés comme des « valeurs de la *Charte* » lors de l'interprétation des lois.

Rappelons en effet que dans *Zundel*, les juges dissidents Cory et Iacobucci ont recouru à la valeur de la dignité humaine pour cerner la notion d'intérêt public. Or, comme nous l'avons exposé précédemment²⁶⁶, la dignité est une valeur qui sous-tend la *Charte* dans son entier et qui en guide l'interprétation. La dignité n'est pas, à proprement parler, un droit indépendant aux termes de la *Charte*.

Souvenons-nous aussi que la protection de la vie privée, à laquelle s'est référée la juge L'Heureux-Dubé dans *Bernshaw*, n'est pas inscrite dans le texte de la *Charte*. Tel que nous l'avons mentionné auparavant²⁶⁷, la vie privée n'est ni un droit, ni une liberté à proprement parler. Elle constitue plutôt une valeur qui découle de l'esprit de l'article 8 de la *Charte*.

Somme toute, ces exemples tirés de la jurisprudence démontrent que les valeurs de la *Charte* invoquées lors de l'interprétation des lois ne se limitent pas à la seule assimilation des droits et libertés constitutionnalisés à des valeurs. Même si cette assimilation est effectivement présente (pensons à cet égard au droit à l'égalité, au droit à la liberté et au droit à l'assistance d'un avocat lors d'une détention, tous devenus des « valeurs » de la *Charte*), il faut aussi admettre que les valeurs peuvent traduire des notions qui, sans être directement énoncées dans les dispositions de la *Charte*, découlent conceptuellement de ces dernières (pensons alors à la valeur de la dignité humaine et à la valeur de la vie privée). Comme nous le rapportions précédemment, les valeurs de la *Charte*, en tant que concept « général », « souple » et de « large portée », permettent

²⁶⁶ Voir nos sections 1.1.1 et 1.2.2.3, *supra*.

²⁶⁷ Voir nos sections 1.1.2 et 1.2.2.3, *supra*.

donc aux juges d'invoquer certains éléments qui dépassent le strict libellé de la *Charte*²⁶⁸.

Ayant de la sorte étudié les valeurs lors de l'interprétation des lois, lors de l'adaptation de la common law et lors du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois²⁶⁹, nous pouvons maintenant passer à la seconde partie de notre mémoire. Analysons dès à présent les sources des valeurs afférentes à la *Charte*, lesquelles comprennent respectivement les valeurs sociales actuelles, le droit international et les droits constitutionnels étrangers ainsi que les ouvrages des intellectuels de renom.

²⁶⁸ P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 19, 117. Consulter à cet égard la citation complète de l'article de Hogg que nous avons rapportée à la section 1.2.2.3, *supra*.

²⁶⁹ Par souci d'exactitude, mentionnons que les valeurs de la *Charte* ont d'autres utilisations connexes à l'interprétation des lois, notamment dans le contrôle judiciaire de l'activité administrative et dans le développement du droit civil québécois. Étant donné que la jurisprudence de la Cour suprême est actuellement assez limitée en ces matières, il nous aurait été difficile d'en mener une étude approfondie. Nous devons donc nous limiter à tracer la légère esquisse qui suit :

Quant au contrôle judiciaire de l'activité administrative, le juge L'Heureux-Dubé a rappelé, dans la décision *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56 (ci-après « *Baker* »), que le pouvoir discrétionnaire des agents de l'État doit être exercé « conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la Charte » (nos italiques). Était en jeu, dans *Baker*, l'application de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. De même, dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710 (ci-après « *Chamberlain* »), tant les juges majoritaires que les dissidents ont invoqué les valeurs de tolérance, de respect de la diversité et d'égalité afin d'analyser le refus d'un conseil scolaire d'autoriser certains manuels au motif que ces derniers illustraient des familles dont les parents étaient de même sexe. Était en jeu, dans *Chamberlain*, l'application de la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412. Enfin, pour une excellente étude de l'impact des valeurs de la *Charte* sur le contentieux administratif, nous référons le lecteur à Beth BILSON, *loc. cit.*, note 33. Selon cette auteure, « It is clear that Charter values are in some ways close cousins of the public or administrative law values » (p. 25).

Quant au rôle joué par les valeurs de la *Charte* dans le développement du droit civil québécois, France ALLARD, *loc. cit.*, note 184, a soumis que les tribunaux doivent agir comme les « gardiens de l'esprit de la *Charte canadienne* dans tous les domaines d'expression de la règle de droit » et qu'ils sont tenus de favoriser le respect des valeurs de la *Charte* dans l'interprétation du droit civil (p. 29). La même auteure parle d'ailleurs d'une « communauté de valeurs » que partagent la *Charte* et les règles de droit civil concernant la protection de la personne humaine (pp. 32 et 46). À l'appui de sa thèse, Allard cite le jugement *Hendricks c. Procureur général du Québec*, REJB 2001-25733 (C.S.), dans lequel a été admise la possibilité de contester la constitutionnalité de l'alinéa 2 de l'article 365 du *Code civil du Québec* pour cause de non-conformité à la *Charte* (p. 27). Cette disposition du *Code civil du Québec* indiquait que le mariage ne pouvait être célébré qu'entre un homme et une femme et empêchait ainsi l'union matrimoniale des couples homosexuels. Restera à voir, dans les prochaines années, si cet autre rôle des valeurs de la *Charte* trouvera écho dans la jurisprudence de la Cour suprême.

PARTIE 2 : LES SOURCES DES VALEURS AFFÉRENTES À LA CHARTE

Dans l'introduction de notre mémoire, nous avons mentionné que l'examen des sources axiologiques de la *Charte* représente un sujet novateur en droit constitutionnel canadien. En effet, jusqu'à présent, les auteurs de doctrine ont davantage examiné les sources générales d'interprétation de la *Charte* que l'origine des valeurs invoquées par les juges.

Par exemple, Peter W. Hogg a étudié, dans son célèbre traité de droit constitutionnel, quatre sources auxquelles se réfèrent fréquemment les tribunaux pour interpréter la *Charte*. Lesdites sources sont la jurisprudence antérieure à la *Charte*, la jurisprudence américaine, le droit international et l'historique législatif de la *Charte*²⁷⁰. Cet auteur n'a toutefois pas précisé d'où proviennent les valeurs qui influencent le raisonnement judiciaire.

Robert J. Sharpe et Kent Roach ont eux aussi examiné les sources interprétatives de la *Charte*, sans pour autant préciser l'origine des valeurs. Les sources interprétatives dont ont fait mention ces deux auteurs sont les écrits philosophiques, l'Histoire et les traditions, de même que le droit américain et le droit international²⁷¹.

Néanmoins, chez nos voisins du sud, l'origine des valeurs constitutionnelles a déjà fait l'objet d'études doctrinales. Par exemple, John Hart Ely s'est penché sur les sources des valeurs afférentes à la Constitution américaine. Cet auteur a identifié plusieurs sources susceptibles de retenir l'attention des juges, parmi lesquelles se retrouvent les principes de droit naturel, les consensus sociaux, les traditions et les arguments basés sur la raison²⁷².

²⁷⁰ Voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, pp. 36-37 à 36-42.

²⁷¹ Voir R.J. SHARPE et K. ROACH, *op. cit.*, note 162, pp. 57 et ss.

²⁷² Voir de façon générale le chapitre « Discovering Fundamental Values » dans J.H. ELY, *op. cit.*, note 1, pp. 43-72.

Dans la présente partie de notre mémoire, nous étudierons trois sources des valeurs afférentes à la *Charte* auxquelles les membres de la Cour suprême se réfèrent fréquemment. Plus précisément, nous analyserons tour à tour les valeurs sociales actuelles, le droit international et le droit comparé ainsi que les écrits des philosophes politiques et des théoriciens du droit.

Pour mener à bien notre étude, nous adopterons une méthode pragmatique avant tout qui consistera en l'analyse successive de chacune des sources que nous avons identifiées. Cette façon de procéder permettra de segmenter très précisément nos explications et facilitera la compréhension du lecteur.

2.1 Les valeurs sociales actuelles

François Terré, dans son *Introduction générale au droit*, a décrit le rapport entre les règles de droit et les comportements sociaux de la façon suivante :

Le droit tendant à régir la vie des hommes en société, il est naturel qu'il existe des relations étroites et nombreuses entre les données sociales et les règles juridiques : le social influence le juridique, le fait évoluer; le juridique influence le social²⁷³.

Cette constatation paraît couler de source : le droit étant lui-même une création sociale, il est dans l'ordre des choses qu'il reflète les valeurs incluses dans l'ordre social qui lui donne vie²⁷⁴.

Puisqu'une lecture attentive des jugements qu'a rendus la Cour suprême confirme l'existence de cette dialectique socio-juridique, il s'agira pour nous, dans la présente section, d'illustrer le lien étroit qui existe entre les valeurs sociales actuelles et les valeurs afférentes à la *Charte*.

2.1.1 Le caractère évolutif de la Charte

Nous avons vu précédemment²⁷⁵ que la Cour suprême a insisté sur le caractère évolutif que doit revêtir la *Charte*. Souvenons-nous que dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, le juge Lamer a soutenu que le fait d'accorder une trop grande importance à la volonté originale du législateur risquerait de « figer la Charte à l'époque de son adoption » et de compromettre ses possibilités « de croissance, d'évolution et

²⁷³ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1998, p. 26.

²⁷⁴ Marc RÉGLADE, *Valeur sociale et concept juridique, norme et technique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 61. Pour un exemple illustrant de quelle façon le droit reflète les valeurs sociales de son temps, voir l'excellent ouvrage de Daniel J. BOORSTIN, *The Mysterious Science of the Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1953. Cet auteur y explique que les célèbres *Commentaries on the Law of England*, écrits dans la seconde moitié du XVIII^e siècle par William Blackstone, représentent une inscription dans la doctrine juridique des valeurs les plus chères aux Anglais de l'époque. Plus particulièrement, Boorstin insiste sur la protection de la propriété, de la liberté et de la vie, ces valeurs ayant été « popularisées » notamment par la montée en puissance d'une bourgeoisie commerciale désireuse de sauvegarder ses droits. Voir à cet égard les chapitres 7, 8 et 9 de l'ouvrage.

²⁷⁵ Voir section 1.2.1.4, *supra*.

d'ajustement aux besoins changeants de la société »²⁷⁶. Rappelons-nous également que le juge Dickson a écrit, au nom d'une Cour unanime dans l'arrêt *Southam*, que l'interprétation des droits et libertés devait impérativement évoluer avec le passage du temps. De l'avis de l'honorable magistrat :

[U]ne constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une Déclaration ou une Charte des droits, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. *Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées* (nos italiques)²⁷⁷.

Cette conception évolutive de la *Charte* a été reprise par la doctrine, laquelle a reconnu l'importance d'insuffler un certain dynamisme dans l'interprétation et l'application des droits et libertés. D'après Brun et Tremblay²⁷⁸, de même que Hogg²⁷⁹, le contenu et la portée des droits et libertés sont appelés à changer au gré des transformations de la société. Brunelle précise quant à lui que la formulation des droits et libertés en des termes généraux représente une méthode de rédaction favorisant leur évolution²⁸⁰.

Or, les droits et libertés constitutionnalisés ne sont pas les seuls à devoir évoluer au fil des changements sociaux : les valeurs afférentes à la *Charte* sont également appelées à subir certaines transformations avec le passage du temps. Par conséquent, lorsque les juges invoquent les valeurs afférentes à la *Charte*, ils doivent se reporter aux valeurs sociales contemporaines et non à celles d'une époque révolue.

²⁷⁶ Renvoi sur la *Motor Vehicle Act*, précité, note 42, 509.

²⁷⁷ *Canada (Direction des enquêtes sur les coalitions, directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155.

²⁷⁸ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 930.

²⁷⁹ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 36-25.

²⁸⁰ C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 8, 363. Voir également Philip BOBBITT, *op. cit.*, note 16, p. 23, qui fait la même remarque dans un contexte de droit américain. Cet auteur indique que « the Constitution often provides general concepts –of equal protection or due process, for example- to which *each generation must affix particular conceptions* » (nos italiques).

Illustrons, à l'aide des exemples jurisprudentiels qui suivent, comment les valeurs afférentes à la *Charte* sont très étroitement liées aux valeurs sociales qui prévalent à l'époque actuelle.

2.1.2 Les valeurs sociales actuelles illustrées à l'aide d'exemples jurisprudentiels

Comme premier exemple jurisprudentiel illustrant la connexité entre les valeurs afférentes à la *Charte* et les valeurs sociales actuelles, reportons-nous à la décision *Salituro*. Dans cette affaire, le juge Iacobucci a examiné, au nom de la Cour, s'il fallait modifier une règle de common law de façon à permettre à une personne séparée, sans possibilité raisonnable de réconciliation, d'agir comme témoin à charge contre son ex-conjoint dans une instance criminelle.

Pour bien comprendre les tenants et aboutissants de cette règle de preuve, le juge Iacobucci a remonté dans l'Histoire et a étudié les raisons qui motivèrent originellement les juges à interdire le témoignage des femmes, que ce soit en faveur ou en défaveur de leur mari. Tout d'abord, cette règle se motivait par le statut de la femme mariée dans l'Angleterre des XVII^e et XVIII^e siècles. À cette époque, l'épouse perdait son identité juridique propre, laquelle devenait « incorporée » à celle de son mari²⁸¹. Au fil du temps, cette première justification de l'incapacité à témoigner, basée sur le statut de la femme mariée, fut délaissée au profit de deux autres, nommément le besoin de préserver l'harmonie conjugale et la « répugnance » que manifestait la société à « forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre »²⁸².

À la lumière de telles constatations historiques, le juge Iacobucci s'est dit d'avis que les justifications de la règle de common law, bien qu'autrefois valables, ne cadraient plus avec les valeurs sociales actuelles et les valeurs afférentes à la *Charte*. Plus particulièrement, la sujétion juridique des femmes allait selon lui directement à

²⁸¹ *Salituro*, précité, note 184, 671-672.

²⁸² *Id.*, 672.

l'encontre de la valeur d'égalité entre les femmes et les hommes. De l'avis de l'honorable magistrat,

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. *La conception du rôle de la femme qu'elle véhicule n'est plus compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'incapacité du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs enchâssées dans la Charte canadienne des droits et libertés et la préserver serait contraire au devoir de notre Cour de veiller à ce que la common law évolue en conformité avec ces valeurs (nos italiques)*²⁸³.

Outre la valeur de l'égalité des sexes, le juge Iacobucci s'est également référé au respect de la liberté individuelle, qu'il a qualifié de « précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte* »²⁸⁴. Fut aussi invoquée la valorisation de la dignité humaine puisqu'elle sous-tendait l'exercice des droits et des responsabilités des femmes « en tant que membres égaux de notre société »²⁸⁵.

De l'avis du juge Iacobucci, une mise à jour de la règle de common law portant sur l'incapacité du conjoint s'avérait d'autant plus nécessaire que d'autres domaines du droit canadien reflétaient déjà les valeurs contemporaines d'égalité des sexes, de respect de la liberté individuelle et de valorisation de la dignité humaine.

À propos de la valeur de l'égalité des sexes, le juge Iacobucci s'est référé à la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*²⁸⁶. Dans le préambule de cette loi, le législateur ontarien a indiqué qu'il souhaitait reconnaître l'égalité des conjoints et favoriser le règlement ordonné et équitable des affaires en cas d'échec du mariage. L'examen de ce

²⁸³ *Id.*, 671.

²⁸⁴ *Id.*, 673.

²⁸⁵ *Id.*, 674 et 676-677.

²⁸⁶ Voir le préambule de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4.

préambule a fait dire au juge Iacobucci que « lois modernes sur le divorce reconnaissent expressément que le mariage est une société entre des personnes également libres »²⁸⁷.

En ce qui a trait au respect de la liberté individuelle, l'honorable magistrat a cité comme autorité l'arrêt *Big M Drug Mart* portant sur l'interdiction faite aux commerçants de vendre leurs produits le dimanche. Dans cette décision, le juge Dickson a précisé que « la liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain »²⁸⁸. Tablant sur cet enseignement, le juge Iacobucci a affirmé que l'inhabilité du conjoint à témoigner était incompatible avec le respect de la liberté individuelle²⁸⁹.

Quant à la valorisation de la dignité humaine, le juge Iacobucci s'est reporté à l'arrêt *Morgentaler*²⁹⁰ dans lequel furent jugées inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* interdisant l'avortement. Cette référence à la dignité humaine a fait dire au juge Iacobucci que « la prépondérance du lien du mariage sur la valeur du choix individuel dans les cas de séparation irrémédiable était peut-être légitime à l'époque de lord Coke [c'est-à-dire au XVIIe siècle], où la personnalité juridique de la femme était

²⁸⁷ *Salituro*, précité, note 184, 674-675. Pour un second exemple d'une loi servant d'indication aux valeurs sociales actuelles, voir la décision *S.E.P. v. D.D.P.*, [2005] B.C.J. No. 1971 (S.C.) (QL). Il était question dans cette affaire de la définition de l'adultère, laquelle était traditionnellement considérée en common law comme une relation extra-conjugale entre des personnes de sexes opposés. Cherchant à savoir si un homme marié à une femme pouvait avoir commis l'adultère en ayant des relations sexuelles avec un autre homme, le juge Garson s'est dit d'avis que les mœurs sociales actuelles ne limitaient plus l'adultère aux relations extra-conjugales hétérosexuelles et qu'elles englobaient aujourd'hui les relations homosexuelles. Une telle conclusion s'appuie sur le fait que la toute récente *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33 confirme la validité des mariages entre personnes de même sexe. Comme l'a précisé l'honorable magistrat aux par. 43-44 de ses motifs, « [t]he evolution of societal values concerning same-sex marriage has not been without controversy or opposition. However, I consider parliament's enactment of the Civil Marriage Act to be a legislative statement of the current values of our society consistent with the Charter that I am obliged to use as a guide to my consideration of the current common law definition of adultery. Individuals of the same sex can now marry and divorce and the common law would be anomalous if those same-sex spouses were not bound by the same legal and social constraints against extra-marital sexual relationships that apply to heterosexual spouses. I conclude that the definition of adultery used in our courts should reflect views that are consistent with the Civil Marriage Act and should be harmonized with the values enunciated in the Charter » (nos italiques).

²⁸⁸ *Big M Drug Mart*, précité, note 19, 336. Extrait reproduit dans *Salituro*, précité, note 184, 673.

²⁸⁹ *Salituro*, précité, note 184, 673-674.

²⁹⁰ *Id.*, 674.

incorporée à celle de son mari lors du mariage, mais elle ne l'est plus à l'ère de la Charte »²⁹¹.

En définitive, ces références à l'égalité des sexes, à la liberté individuelle et à la dignité humaine ont permis au juge Iacobucci de conclure que les valeurs afférentes à la *Charte*, évaluées conjointement aux valeurs sociales actuelles, commandaient la mise à jour de la règle de common law concernant l'inhabileté du conjoint à témoigner. L'honorable magistrat a donc convenu qu'il fallait modifier ladite règle « de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable *habiles* à témoigner pour le poursuivant »²⁹² (nos italiques).

Après avoir étudié l'arrêt *Salituro*, analysons maintenant l'arrêt *Edmonton Journal*. Ce dernier constitue un autre exemple jurisprudentiel illustrant la prise en compte des valeurs sociales actuelles dans le contentieux constitutionnel.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*, 677. Pour d'autres exemples de droit matrimonial illustrant la nécessité de mettre les règles de common law au diapason des valeurs afférentes à la *Charte* et des valeurs sociales actuelles, voir les décisions *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 2714 (Sup. Ct.) (QL) et *D'Andrea v. Schmidt*, [2005] S.J. No. 290 (Q.B.) (QL).

Il était question, dans la première affaire, de déterminer si la règle de common law définissant le mariage comme étant l'union entre un homme et une femme contrevenait au droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*. Selon le juge Blair, « *[i]f the Courts are to examine the common law definition of marriage through the prism of Charter rights and values, it seems to me they must recognize and appreciate the changes that have occurred over the centuries, and more rapidly in recent years, in the attitudes of society towards the family, marriage and relationships, as outlined above. To do otherwise is to abandon the purpose of section 15 - which is to promote equality and prevent discrimination arising from such ills as stereotyping, prejudice and historical wrongs - and to fail to consider the common law principle under review in a contextual fashion* » (par. 80 de la décision, nos italiques).

Quant à la seconde affaire, le juge Currie a cherché à savoir s'il y avait lieu de moderniser la règle de common law en matière de présents faits en contrepartie d'une promesse de mariage. Traditionnellement, en vertu de cette règle, uniquement l'homme pouvait tenter une action pour récupérer la bague de fiançailles lorsque sa promise se dédisait de sa promesse de se marier avec lui. Toutefois, comme l'a fait remarquer le juge Currie aux par. 35 à 38 de la décision, cette règle est anachronique puisque, de nos jours, les personnes des deux sexes, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles, peuvent offrir une bague de fiançailles à leur partenaire et souhaiter la récupérer en cas de bris de la promesse de mariage. Qui plus est, cette règle devait être modifiée puisqu'elle allait directement à l'encontre de la valeur de l'égalité entre les sexes. Pour reprendre l'expression du juge Currie, « *[t]oday an engagement ring might be given by a person of either gender to a person of either gender. To keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society, the language used to state the cause of action can be changed to reflect the circumstances of today and to conform with the underlying values of the Charter* » (par. 39 de la décision).

Souvenons-nous qu'était en jeu, dans *Edmonton Journal*, la constitutionnalité d'une disposition législative albertaine interdisant de publier ou d'imprimer certains renseignements relatifs aux procédures judiciaires civiles en matière matrimoniale. Afin de défendre la validité de sa loi, le législateur de l'Alberta avait soutenu devant la Cour qu'une telle mesure permettait, entre autres choses, de protéger la vie privée des parties²⁹³. Le législateur prétendait que la publication dans les journaux de détails gênants dévoilés au cours des procédures judiciaires pouvait engendrer angoisse et perte de dignité personnelle chez les parties²⁹⁴. En somme, il incombait à la Cour d'examiner s'il existait, aux termes de l'article premier de la *Charte*, un équilibre adéquat entre les deux valeurs en jeu, c'est-à-dire la publicité du processus judiciaire et la protection de leur vie privée des parties²⁹⁵.

Bien qu'elle ait reconnu que la protection de la vie privée des parties représentait un objectif légitime au sens de l'arrêt *Oakes* et qu'il existait un lien rationnel entre la loi contestée et cet objectif, la juge Wilson a affirmé que la mesure législative « n'avait pas le degré de proportionnalité requis »²⁹⁶. Selon l'honorable juge, le législateur albertain basait son interdiction générale de publication sur l'hypothèse que toutes les affaires matrimoniales (et non pas quelques-unes d'entre elles) causaient des traumatismes émotionnels et psychologiques chez les parties et chez leurs enfants. Comme l'a fait valoir la juge Wilson, cette vision trop alarmiste ne reflétait pas la réalité sociale contemporaine :

Je crois qu'il est important d'être conscient de la proportion d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties ou à leurs enfants un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement grande face au public qu'une interdiction de publication serait justifiée. Il en est incontestablement ainsi dans certains cas, mais le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta ne se restreint pas à ces cas. Il englobe

²⁹³ Pour un résumé plus complet des faits à la base de cette décision, voir section 1.2.1.3, *supra*.

²⁹⁴ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1363-1364.

²⁹⁵ *Id.*, 1353 (section « Méthode d'application de la Charte ») et 1367 (section « L'article premier de la Charte »).

²⁹⁶ *Id.*, 1367.

toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. *Bien que cette hypothèse puisse avoir été valide à une époque, je pense qu'il est tout à fait irréaliste de maintenir cette hypothèse aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance*²⁹⁷ (nos italiques).

En conséquence, la juge Wilson s'est dite d'avis qu'il fallait invalider cette mesure législative étant donné sa portée trop vaste. Une loi conçue plus soigneusement aurait permis d'atteindre un meilleur équilibre²⁹⁸, aux termes de l'article premier de la *Charte*, entre les valeurs en jeu, c'est-à-dire la publicité du processus judiciaire et la protection de la vie privée des parties.

À la lumière de ces explications sur l'arrêt *Edmonton Journal*, nous voyons donc que les valeurs furent évaluées en fonction de la réalité sociale contemporaine, laquelle n'exigeait plus d'accorder à la vie privée des parties un degré de protection aussi élevé qu'auparavant.

Ayant illustré, à l'aide de ces exemples jurisprudentiels, le lien très étroit entre les valeurs sociales actuelles et les valeurs dans un contexte de *Charte*, abordons maintenant l'influence qu'ont les attentes du public sur le discours judiciaire.

2.1.3 L'influence des attentes du public sur le discours judiciaire

Dans leur célèbre *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca ont étudié les effets des attentes de l'auditoire sur la

²⁹⁷ *Id.*, 1367-1368. Dans le même arrêt, le juge Cory a décrit la réalité sociale actuelle en des termes qui font écho à ceux utilisés par sa collègue Wilson. Comme l'a affirmé le juge Cory, « [s]i les allégations d'adultère et la mauvaise conduite des parties pouvaient faire scandale à l'époque de l'adoption de la loi [c'est-à-dire en 1935], elles ne font plus sourciller personne aujourd'hui. Les feuilletons télévisés de la journée et les émissions présentées aux heures de grande écoute ainsi que les films et les revues traitent tous de façon colorée et dans le moindre détail des divers arrangements et combinaisons possibles en matière de relations humaines. *C'est maintenant la réalité quotidienne de la société.* Par comparaison, la preuve dans une affaire matrimoniale semble très édulcorée » (p. 1343, nos italiques).

²⁹⁸ *Id.*, 1367-1368.

production des discours écrits et oraux. Définissant l'auditoire comme « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation »²⁹⁹, ces auteurs soutiennent que l'orateur, pour être efficace, doit nécessairement se préoccuper de l'acceptabilité de ses affirmations. Malgré une bonne foi évidente et une logique implacable dans sa présentation des arguments, l'orateur risque de connaître l'échec si ses affirmations ne sont pas comprises et jugées valables par les personnes à qui il s'adresse. D'où la nécessité, pour l'orateur, de prendre en considération son auditoire et d'ajuster ses arguments en conséquence. Tel que l'avancent Perelman et Olbrechts-Tyteca,

Chaque milieu pourrait être caractérisé par ses opinions dominantes, par ses convictions indiscutées, par les prémisses qu'il admet sans hésiter : ces conceptions font partie de sa culture et tout orateur qui veut persuader un auditoire particulier ne peut que s'y adapter. Aussi la culture propre de chaque auditoire transparait-elle à travers les discours qui lui sont destinés³⁰⁰.

Comme le laisse entendre cet extrait, la construction du discours en fonction des attentes de l'auditoire peut s'avérer une tâche complexe. L'auditoire le plus englobant, que Perelman et Olbrechts-Tyteca nomment « auditoire universel »^{300.1}, se subdivise en effet en de multiples sous-groupes. Ces « auditoires partiels » correspondent notamment aux différentes subdivisions politiques, professionnelles ou religieuses d'une société.³⁰¹ Bien entendu, le succès de l'orateur dépendra de son habileté à structurer son discours de manière à tenir compte, si possible, des attentes des auditoires partiels qui forment l'auditoire universel.

Dans les pages qui suivent, nous verrons que la prise en compte des valeurs sociales actuelles requiert des juges qu'ils cernent les attentes de l'auditoire universel et des auditoires partiels. Pour ce faire, nous verrons tour à tour comment les valeurs

²⁹⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 16, p. 25. Notons que Perelman et Tyteca appliquent le mot orateur tant au contexte des présentations orales qu'écrites (p. 9).

³⁰⁰ *Id.*, p. 27.

^{300.1} Perelman et Olbrechts-Tyteca définissent l'auditoire universel comme étant « constitué par l'humanité tout entière, ou du moins par tous les hommes adultes et normaux » (*Id.*, p. 39).

³⁰¹ *Id.*, p. 29.

majoritaires (section 2.1.3.1) et minoritaires (2.1.3.2) exercent une influence certaine sur la production du droit.

2.1.3.1 La prise en compte des valeurs majoritaires

L'idée qu'une argumentation efficace doit être construite en fonction des attentes de l'auditoire fut reprise par Andrée Lajoie, laquelle a examiné dans son ouvrage *Jugements de valeurs* l'influence qu'exerce le public canadien sur la production du droit³⁰². Au sujet de l'utilisation des valeurs dans le discours judiciaire, cette auteure a indiqué sans ambages que les juges « introduisent dans le droit les valeurs dominantes et écarte[nt] celles qui répugnent totalement à la majorité »³⁰³. Selon elle, les juges sont ancrés dans une communauté de référence et ne peuvent intégrer au droit des valeurs que cette communauté n'accepterait à aucun prix³⁰⁴. Autrement dit, la légitimité du droit dépendrait en grande partie de l'acceptabilité sociale des décisions judiciaires. Tel que l'a précisé Lajoie, « le justiciable veut pouvoir faire confiance au juge dans l'interprétation du droit, qu'il exige conforme à ses valeurs »³⁰⁵.

Au soutien de cette affirmation, Lajoie a cité entre autres exemples la tristement célèbre décision *Théberge*³⁰⁶. Dans cette affaire, un juge avait incorporé à son allocution au jury des propos subséquentement qualifiés de « sexistes, antisémites, racistes [et] contraires aux valeurs dominantes »³⁰⁷. Une enquête du Conseil canadien de la magistrature recommanda la destitution dudit juge et souligna que son attitude avait « porté gravement atteinte à la confiance du public à l'égard de l'appareil judiciaire »³⁰⁸.

³⁰² A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, op. cit., note 19, p. 53.

³⁰³ *Id.*, p. 110.

³⁰⁴ *Id.*, p. 189. S. RIALS, op. cit., note 68, p. 144, partage également cette opinion. Cet auteur s'imagine mal qu'un décideur « fasse en tout point prévaloir des valeurs différentes de celles de la société globale ».

³⁰⁵ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, op. cit., note 19, p. 191.

³⁰⁶ R. c. *Théberge*, 4000-01-002411-940, C.S. Québec, 7 décembre 1995 (juge Bienvenue).

³⁰⁷ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, op. cit., note 19, p. 190.

³⁰⁸ *Rapport au ministre de la Justice du Conseil canadien de la magistrature au terme du paragraphe 65(1) de la Loi sur les juges concernant les plaintes au sujet du comportement de l'Honorable juge Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause Théberge*, octobre 1996, rapporté dans A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, op. cit., note 19, p. 190.

À la suite de cette enquête, le juge fautif démissionna de sa charge. À n'en point douter, un tel exemple met en lumière l'influence du pouvoir démocratique, exercée par les citoyens-justiciables, sur le pouvoir judiciaire³⁰⁹.

Hormis les quelques situations flagrantes de non-respect des valeurs dominantes, comme ce fut le cas dans l'affaire *Théberge*, les juges accordent une grande importance à l'acceptabilité sociale des décisions qu'ils rendent. Souvenons-nous à cet égard des propos très pragmatiques qu'a tenus le juge Wilson, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, au sujet des bienfaits de la publicité du processus judiciaire :

Nous savons tous que les juges qui siègent en matière matrimoniale manifestent parfois, à l'égard des relations matrimoniales, des *attitudes dépassées* qui peuvent influencer leurs décisions. Il est essentiel que la presse puisse publier des déclarations de cette nature faites par un juge au cours des procédures. *C'est la seule façon dont le public peut être assuré que la magistrature est capable de surmonter ses propres préjugés sociaux et qu'elle peut, dans son rôle, refléter les valeurs de la société*³¹⁰ (nos italiques).

Ce passage expose clairement que les valeurs sociales actuelles doivent primer les valeurs personnelles parfois surannées que certains juges seraient tentés d'inscrire dans leurs décisions.

Outre les « attitudes dépassées » et les « préjugés sociaux » entretenus par certains magistrats, existent des valeurs excentriques, contraires au « réflexe axiologique » de la majorité des individus³¹¹, que l'appareil judiciaire ne peut cautionner. Pensons en ce sens à la tolérance de l'exploitation des femmes dans un contexte de pornographie, laquelle a été expressément rejetée par la Cour suprême dans l'arrêt *Butler*. Analysons maintenant cette décision de plus près.

³⁰⁹ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, op. cit., note 19, p. 195.

³¹⁰ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1360.

³¹¹ C. GRZEGORCZYK, op. cit., note 9, p. 184. Voir également sur ce point J.H. ELY, op. cit., note 1, p.52, qui fait l'observation caustique suivante: « It is no fairer to cite the dissenting « morality » of Adolf Hitler to prove the nonexistence of moral truth than it would be to invoke the views of the Flat Earth Society to prove there is not a correct position on the shape of the world. *There are ethical positions so hopelessly at odds with assumptions most of us hold that we would be justified in labelling them (if not with absolute precision) irrational* » (nos italiques).

2.1.3.2 L'arrêt *Butler*, le rejet des valeurs excentriques et l'acceptation des valeurs qui font consensus

Était en jeu dans l'arrêt *Butler* la constitutionnalité de l'article 163 du *Code criminel* en matière d'obscénité. L'appelant Butler, propriétaire d'une boutique faisant la vente de matériel pornographique, avait fait l'objet de divers chefs d'accusation touchant la vente, la possession et l'exposition à la vue du public de matériel obscène. Il invoquait comme moyen d'appel la violation de la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte*. Le paragraphe 163(8) du *Code criminel* disposait qu'une publication était réputée « obscène » lorsqu'elle avait pour caractéristique dominante l'exploitation induite des choses sexuelles ou encore l'exploitation de choses sexuelles liées au crime, à l'horreur, à la cruauté ou à la violence.

La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Butler* avait déjà établi que l'évaluation du caractère « indu » de l'exploitation des choses sexuelles devait être effectuée à travers le prisme d'une « norme sociale de tolérance ». Une tolérance contemporaine, ayant évolué avec le temps et les idées, et non pas une tolérance abstraite et fixée à une époque antérieure³¹². Qui plus est, ce critère devait être appliqué de façon à tenir compte des normes de l'ensemble de la société canadienne et ainsi revêtir un « caractère national »³¹³.

Le critère jurisprudentiel de la norme sociale de tolérance fut repris et mis à jour par le juge Sopinka dans *Butler*. Selon l'honorable magistrat, il existe une corrélation entre la tolérance de la société canadienne et le contenu du matériel pornographique. Un matériel qui déshumanise ou dégrade les participants aux activités sexuelles, en les plaçant par exemple « en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation », serait contraire aux principes d'égalité et de dignité des tous les

³¹² *R. v. Close*, [1948] V.L.R. 445, p. 465 (juge Fullager) et *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), pp. 116-117 (juge dissident Freedman), ces deux décisions étant citées avec approbation par le juge Sopinka dans *Butler*, précité, note 35, 476-477.

³¹³ *Butler*, précité, note 35, 476-478.

humains³¹⁴ et échouerait le test des normes sociales³¹⁵. En effet, l'opinion publique jugerait ce type de matériel nocif pour l'ensemble de la société et plus particulièrement pour les femmes³¹⁶ qui peuvent y être exploitées ou traitées comme des « objets de domination sexuelle masculine »³¹⁷. L'insistance sur l'opinion publique est palpable dans l'extrait suivant des motifs du juge Sopinka :

[I]l existe tout un éventail d'opinions quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant [en matière de pornographie]. (...) Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, *nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société*³¹⁸ (nos italiques).

Ayant déterminé de la sorte que le jugement de « l'ensemble de la société » permet d'évaluer si une publication revêt un caractère obscène ou non, le juge Sopinka a ensuite analysé si l'article 163 du *Code criminel* portait atteinte de façon injustifiée à la liberté d'expression. Intéressons-nous plus particulièrement à son étude de l'objectif législatif puisqu'elle fait ressortir l'étroite relation entre les valeurs sociales et le droit.

Au soutien de l'interdiction de distribuer du matériel obscène, le législateur fédéral invoquait les objectifs de maintenir une « société décente » et d'éviter le préjudice causé par les attitudes antisociales développées lors de l'exposition au matériel obscène³¹⁹.

³¹⁴ *Id.*, 479.

³¹⁵ *Id.*, 478.

³¹⁶ *Id.*, 479-480.

³¹⁷ *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.), p. 239 (juge Ferg), décision citée avec approbation dans *Butler*, précité, note 35, 478-479.

³¹⁸ *Butler*, précité, note 35, p. 484. Cette référence aux normes sociales n'est pas le propre du droit canadien. À propos de la jurisprudence administrative française, S. RIALS, *op. cit.*, note 68, p. 71, souligne que « La moralité juridique ne peut être mise légitimement en œuvre que par référence à ce qui est tenu pour normal en matière de moralité à un moment donné, le juge étant bien sûr en dernière analyse l'interprète des mentalités de son temps » (nos italiques).

³¹⁹ *Butler*, précité, note 35, 491-492.

En ce qui a trait à l'objectif de garder une société décente, le juge Sopinka s'est dit d'avis que le maintien des normes traditionnelles de bienséance « n'est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la Charte »³²⁰. Ce qu'il a qualifié de « prévention de l'obscénité pour l'obscénité », si elle pouvait autrefois justifier la prohibition des publications à caractère sexuel, contrevient aujourd'hui à la *Charte*³²¹.

Par contre, l'objectif de combattre le préjudice engendré par le matériel obscène a reçu l'entière adhésion du juge Sopinka. La prolifération de matériel allant « sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société », de même que la menace pour « la véritable égalité entre les hommes et les femmes » que représente l'exposition du public à des scènes violentes et dégradantes, constituaient selon lui des préoccupations urgentes et réelles autorisant la restriction à la liberté d'expression³²². Comme l'a rappelé l'honorable magistrat, le Parlement peut légitimement légiférer « en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique »³²³.

Bien que le juge Sopinka n'ait pas clairement explicité quelles étaient les valeurs fondamentales de notre société auxquelles il se référerait, une lecture attentive du jugement nous porte à croire que ces valeurs correspondraient aux principes d'égalité entre les sexes et de dignité de tous les humains, principes fréquemment invoqués dans ses motifs³²⁴ et dans ceux de son collègue Gonthier³²⁵.

³²⁰ *Id.*, 498. Le juge Sopinka ne définit pas ce que sont les normes traditionnelles de bienséance, mais il paraît se référer à la désapprobation des représentations sexuelles explicites, notamment celles qui se situent « en dehors des contextes approuvés du mariage et de la sexualité » (p. 492).

³²¹ *Id.*, 492-493.

³²² *Id.*, 496-497.

³²³ *Id.*, 493.

³²⁴ Voir notamment les extraits suivants tirés des motifs du juge Sopinka :

- « [L]e matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains » (*Id.*, 479).

Quant au juge Gonthier, ce dernier a lui aussi insisté sur les valeurs majoritaires en matière de prévention du préjudice causé par le matériel obscène. À son avis, il existe aujourd'hui un consensus social suivant lequel le matériel sexuel dégradant ou déshumanisant est nocif pour la communauté en général.

Lors de son analyse de l'objectif législatif, le juge Gonthier a souligné qu'une intervention de l'État en matière de moralité devait nécessairement passer par l'existence « d'un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien »³²⁶. Plus loin dans ses motifs, il a fait valoir qu'un tel consensus existe bel et bien à l'heure actuelle. Par exemple, il a écrit que « [l]e matériel obscène avilit la sexualité : il engendre l'humiliation des femmes et parfois la violence à leur endroit. *C'est plus qu'une simple question de goût* » (nos italiques). L'honorable magistrat a également affirmé que « *la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État* »³²⁷ (nos italiques).

Par ailleurs, un argument de « sens commun » expliquerait, selon nous, l'existence du consensus dont nous venons de faire mention. Commentant l'arrêt *Butler*, le juge majoritaire Bastarache a rappelé dans la décision *Thomson Newspapers* que « certaines inférences logiques et certaines perceptions partagées concernant le comportement humain, qu'on pourrait appeler simplement le sens commun »³²⁸, permettent de relier l'avilissement des femmes dans un contexte de pornographie et les

• « [S]i l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant » (*Id.*, 497).

• « [L']objectif [de la loi] vise donc à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens » (*Id.*, 509).

³²⁵ Voir notamment l'extrait suivant tiré des motifs du juge Gonthier : « Après tout, l'un des objectifs majeurs de la moralité est d'éviter qu'un préjudice soit causé. C'est là un objectif bien fondé puisque le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines » (*Id.*, 524). Précisons que le juge Gonthier, sans être dissident, a écrit d'autres motifs dans cette décision.

³²⁶ *Id.*, 524.

³²⁷ *Id.*

³²⁸ *Thomson Newspapers*, précité, note 54, par. 116.

comportements sociaux préjudiciables à l'endroit des femmes. De l'avis du juge Bastarache,

Les Canadiens présument que les formes d'expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d'autres caractéristiques personnelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien (...) *Dans les affaires portant sur la pornographie et la propagande haineuse, la Cour a accepté les perceptions communes parce qu'elles sont largement considérées par les Canadiens comme des faits et parce qu'elles font partie intégrante de nos valeurs*, qui sont le fondement de toute justification conformément à l'article premier³²⁹ (nos italiques).

À la lumière du critère de la norme sociale de tolérance, nous voyons donc qu'il répugnerait manifestement à la société canadienne de tolérer l'exploitation des femmes dans un contexte de pornographie. L'objectif législatif de combattre le préjudice qu'engendre le matériel pornographique déshumanisant ou dégradant répondait ainsi concrètement aux attentes du public en général et reflétait les valeurs sociales majoritaires.

En définitive, nous avons illustré à l'aide de l'arrêt *Butler* comment les attentes du public et les valeurs majoritaires (ou, pour reprendre l'expression du juge Gonthier, les valeurs qui font « consensus ») ont influencé l'interprétation de la liberté d'expression inscrite à la *Charte*. Nous avons vu que le matériel obscène allait sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société, dont font partie l'égalité des sexes et la dignité de tous les êtres humains.

Cela étant, il convient maintenant d'aborder l'envers de la médaille, c'est-à-dire la façon dont la Cour suprême prend en considération certaines valeurs que prônent les groupes minoritaires.

³²⁹ *Id.*

2.1.3.3 La prise en compte des valeurs des groupes minoritaires

Si certaines valeurs, telles la prévention du préjudice en matière de pornographie, la lutte contre la propagande haineuse et la protection des enfants, paraissent faire consensus³³⁰, il n'en demeure pas moins que d'autres valeurs ne sont partagées que par une minorité de la population. Cette segmentation des valeurs serait la résultante de la structure actuelle de nos sociétés modernes, ces dernières ayant fait « le deuil de l'unanimité et des majorités stables en possession tranquille de leur vérité »³³¹. De l'avis de Michele Taruffo,

Un système de valeurs stables et cohérentes ne peut être trouvé que dans les sociétés statiques et homogènes, ou homogénéisées par un groupe dominant. Ce n'est pas la situation des sociétés modernes, dynamiques et conflictuelles où des valeurs très différentes sont propres aux différents groupes sociaux et politiques, aux classes, aux mouvements d'opinion, aux couches sociales et économiques et même aux individus³³².

Devant ce pluralisme des valeurs sociales, il revient aux tribunaux de se faire les gardiens des droits et libertés afin d'éviter que les minorités ploient sous le joug d'une majorité tyrannique³³³. La majorité pouvant avoir la fâcheuse tendance de supprimer sans justification les idées ou les comportements peu populaires, les tribunaux sont appelés à contrôler son influence en requérant du législateur de justifier les atteintes aux droits et libertés³³⁴.

³³⁰ Au sujet de la protection des enfants, consulter *Sharpe*, précité, note 21, par. 170. Les juges dissidents L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache y écrivent que « [L]a société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant ». En ce qui a trait à la lutte contre la propagande haineuse, voir la façon dont le juge majoritaire Bastarache, dans *Thomson Newspapers*, précité, note 54, par. 116, résume l'arrêt *Keegstra*, précité, note 20.

³³¹ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, *op. cit.*, note 19, p. 207.

³³² Michele TARUFFO, « La justification des décisions fondées sur des standards », [1988] 4 *R.R.J.* 1223, 1238. Voir également la conclusion très semblable à laquelle arrive C. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, note 9, p. 149.

³³³ Jean CHRÉTIEN, « The Negotiation of the Charter : The Federal Government Perspective », dans Joseph M. WEILER et Robin M. ELLIOT (dir.), *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 5, à la page 10.

³³⁴ R.J. SHARPE et K. ROACH, *op. cit.*, note 162, p. 33.

L'auteure Andrée Lajoie, dont nous avons précédemment mentionné l'ouvrage *Jugements de valeurs* traitant de l'influence des valeurs majoritaires sur la production du droit, s'est également intéressée à l'intégration des valeurs des minorités dans le droit. Dans une monographie intitulée *Quand les minorités font la loi*, Lajoie a étudié les moyens qu'ont pris quatre groupes minoritaires de la société canadienne, notamment les gais et lesbiennes, les Autochtones, les Québécois et les femmes, pour faire avancer la cause des valeurs qu'ils prônaient respectivement. Alors que les gais et lesbiennes revendiquaient entre autres choses le respect de l'identité et de la différence, les Autochtones réclamaient notamment leur autodétermination politique et le respect de leur territoire. Parmi les réclamations des Québécois se trouvaient le respect de l'identité et l'accession à un pouvoir politique plus grand. Finalement, parmi les exigences de groupes féministes se trouvaient l'égalité, la liberté et l'« empowerment »³³⁵.

Alors que certaines valeurs que prônaient ces quatre groupes minoritaires furent reconnues, du moins nominalement, par le législateur et les tribunaux (mentionnons par exemple l'égalité, la dignité et le respect de l'identité)³³⁶, d'autres valeurs reçurent un accueil plus tiède (citons alors l'autodétermination politique, réclamée par les Autochtones, de même que l'accession à un pouvoir politique plus grand qu'espéraient les Québécois)³³⁷.

De l'étude complexe menée par Lajoie, il faut retenir que les groupes minoritaires peuvent réussir, malgré certains revers, à influencer la production du droit³³⁸. Aux fins

³³⁵ Pour une liste complète des valeurs que prônaient ces quatre groupes, voir respectivement, dans l'ouvrage *Quand les minorités font la loi*, *op. cit.*, note 19, les pp. 34-37 (valeurs des gais et lesbiennes), 37-44 (valeurs des femmes), 45-51 (valeurs des Autochtones) et 51-60 (valeurs des Québécois). Plus particulièrement quant à l'empowerment revendiqué par les femmes, Lajoie précise qu'il s'agit « d'un terme américain difficilement traduisible qui signifie que les femmes et les groupes minoritaires se donnent du pouvoir dans la société » (p. 38).

³³⁶ *Id.*, pp. 62-63.

³³⁷ *Id.*, pp. 78 et 81.

³³⁸ Paul HOWE et Joseph F. FLETCHER remarquent également que « [The] value change has abetted the mobilization of previously marginalized groups, including ethnic minorities, homosexuals, and women – a process dubbed the “new politics” – and engendered greater sympathy in the general population for such groups ». Voir à cet égard « The Evolution of Charter Values », dans Hamish TELFORD et Harvey

du présent mémoire, nous nous concentrerons plus particulièrement sur certaines valeurs que les femmes sont parvenues à faire inscrire dans le droit, et ce, à partir des jugements qu'a rendus la Cour suprême.

Tout d'abord, il convient de préciser que les femmes ne représentent pas une minorité au sens numérique du terme, puisqu'elles comptent pour la moitié de la population canadienne. Au sens que Lajoie lui donne, la minorité féminine est une minorité « marginalisée » au plan économique³³⁹. Par exemple, eu égard au régime fiscal canadien, les femmes ayant intégré le marché du travail se sont longtemps retrouvées dans une situation financière désavantageuse par rapport à celle des hommes. C'était le cas en matière de déductions fiscales touchant les dépenses d'entreprise, lesquelles déductions paraissaient beaucoup plus avantageuses pour les hommes d'affaires que pour les femmes d'affaires. Dans l'arrêt *Symes*, la Cour suprême s'est penchée sur cette épineuse question en tentant de déterminer si, aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les frais de garde d'enfants étaient déductibles à titre de dépense d'entreprise.

Malgré la complexité technique de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les faits de l'arrêt *Symes* peuvent se résumer assez succinctement. L'appelante Elizabeth Symes, qui exerçait la profession d'avocate à temps plein, avait dû recourir aux services d'une gardienne pour prendre soin de ses enfants. Elle avait conséquemment déduit le salaire qu'elle versait à la gardienne en soutenant qu'il s'agissait d'une dépense d'entreprise. Revenu Canada rejeta cette déduction au motif que les frais de garde représentaient non pas des frais d'entreprise, mais plutôt des frais personnels ou de subsistance³⁴⁰. Le litige ayant cheminé jusqu'en Cour suprême, l'appelante y a soutenu que les valeurs de la *Charte* ainsi que le droit à l'égalité de traitement de la loi commandaient une

LAZAR (dir.), *Canada : The State of the Federation 2001, Canadian Political Culture(s) in Transition*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, p. 265, à la page 266.

³³⁹ A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, op. cit., note 19, p. 124.

³⁴⁰ *Symes*, précité, note 251, 705-707.

interprétation de la *Loi sur l'impôt du revenu* permettant la déduction des frais de garde³⁴¹.

Le juge Iacobucci, au nom d'une majorité composée exclusivement de juges masculins, rejeta les arguments de l'appelante. Quant à l'argument basé sur les valeurs de la Charte, il affirma que ces dernières ne devaient servir qu'en cas d'ambiguïté véritable dans l'interprétation des lois³⁴². Selon lui, la *Loi sur l'impôt du revenu* ne laissait entrevoir aucune ambiguïté dans le cas d'espèce et n'autorisait pas la déduction de frais d'entreprise relativement à la garde des enfants³⁴³. Le juge Iacobucci fit également peu de cas de l'argument fondé sur le droit à l'égalité de traitement inscrit à l'article 15 de la *Charte* puisque, à son avis, l'appelante n'avait pas réussi à démontrer que le refus de déduire les frais de garde créait une distinction entre les hommes et les femmes³⁴⁴.

Les deux femmes siégeant alors à la Cour suprême se firent dissidentes et refusèrent de souscrire aux motifs de leurs collègues masculins. La juge L'heureux-Dubé, à laquelle se joignit la juge McLachlin, se dit d'avis qu'il fallait interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* en tenant compte de l'égalité entre les sexes et de la situation actuelle des femmes sur le marché du travail³⁴⁵. Statistiques et études à l'appui de son argumentation³⁴⁶, l'honorable magistrate soutint que le refus de considérer les frais de garde d'enfants comme des frais d'entreprise ne se justifiait plus dans le contexte social actuel. À son avis, les tribunaux définirent traditionnellement les dépenses d'entreprises « en fonction de la situation des hommes d'affaires et de la façon dont ils font

³⁴¹ *Id.*, 751 (juge majoritaire Iacobucci) et 786 (juge dissidente L'heureux-Dubé).

³⁴² Voir section 1.2.3.2, *supra*.

³⁴³ *Symes*, précité, note 251, 752.

³⁴⁴ *Id.*, 765-766 et 771-772.

³⁴⁵ *Id.*, 786.

³⁴⁶ Voir, *inter alia*, les motifs de la juge L'Heureux-Dubé aux pp. 790-793, 800-802 et 817 de *Symes*, précité, note 251.

affaires »³⁴⁷, et ce, au détriment des femmes d'affaires qui sont de plus en plus nombreuses de nos jours.

En effet, s'il fut un temps où les mères demeuraient au foyer, l'évolution de la structure de la société a fait en sorte qu'une majorité d'entre elles ont aujourd'hui intégré le marché du travail, de préciser la juge L'Heureux-Dubé³⁴⁸. Malgré ce changement, ce serait principalement les mères qui encourent les dépenses relatives à la garde des enfants :

« [P]our l'instant, ce sont principalement les femmes qui assument les coûts, tant sociaux que financiers, de la garde des enfants et notre Cour ne peut, en prenant sa décision, faire abstraction du véritable contexte lorsqu'elle examine si les frais de garde d'enfants peuvent être considérés comme une dépense d'entreprise »³⁴⁹.

Plus particulièrement quant à la profession qu'exerçait l'appelante, c'est-à-dire celle d'avocate, une étude publiée par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur l'égalité des sexes dans la profession juridique révélait que « la proportion de la responsabilité assumée par les avocates auprès de leurs enfants [était] pratiquement le double de celle assumée par les avocats » et qu' « une majorité de femmes [avait] déclaré avoir perdu des revenus pour élever leurs enfants tandis que seulement une faible minorité d'hommes l'[avait] fait »³⁵⁰.

Conséquemment, la juge L'Heureux-Dubé affirma que les dépenses relatives à la garde des enfants étaient engagées afin que les femmes d'affaires puissent concilier

³⁴⁷ *Id.*, 798.

³⁴⁸ *Id.*, 792-793.

³⁴⁹ *Id.*, 791.

³⁵⁰ Association du Barreau canadien, Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique, *Les assises de la réforme: Égalité, diversité et responsabilité*, Ottawa, 1993, pp. 72 et 74. Ce document est cité dans Symes, précité, note 251, 801-802. À la lumière des statistiques dégagées dans une telle étude, les motifs du juge majoritaire Iacobucci surprennent à maints égards. Selon ce dernier, l'appelante Symes n'a pas fait la preuve que ce sont principalement les femmes qui paient les frais de garde d'enfants. Comme l'écrit l'honorable magistrat, « il ne suffit pas pour l'appelante d'établir que les femmes assument une part disproportionnée de la garde des enfants dans la société. Elle doit plutôt démontrer que les femmes paient une part disproportionnée des frais de garde d'enfants. (...) [En l'espèce], elle a fort bien établi comment la question de la garde des enfants a, du point de vue de l'emploi, un effet négatif sur les femmes. Malheureusement, la preuve que les femmes paient les coûts sociaux ne suffit pas à établir que ce sont elles qui paient les frais de garde d'enfants » (*Id.*, par. 131 et 135).

efficacement travail et obligations familiales, et ultimement afin de produire des revenus d'entreprise³⁵¹.

Forte de ces considérations, la juge L'Heureux-Dubé établit un lien entre le contexte social actuel et les valeurs de la *Charte*. À son avis, la valeur d'égalité entre les sexes devait infuser l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

[T]out en s'assurant que les lois respectent les impératifs de la *Charte*, il importe de voir si une situation ou une loi entraîne des répercussions différentes pour les femmes et les hommes. Refuser les frais de garde à titre de dépense d'entreprise a clairement une incidence différente sur les femmes, et nous ne pouvons tout simplement pas parler d'égalité et, du même souffle, maintenir une interprétation qui favorise les hommes d'affaires et qui continue de nier les besoins professionnels des femmes d'affaires qui ont charge d'enfants. À mon avis, l'examen des valeurs de la *Charte* aux fins de l'interprétation de la *Loi* renforce la conclusion que Mme Symes devrait pouvoir déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise (nos italiques)³⁵².

À la lumière du passage qui précède, il appert que l'évolution de la société a eu une incidence importante sur la façon dont furent appliquées les valeurs de la *Charte* dans la dissidence de l'arrêt *Symes*. Puisqu'en l'espèce l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne répondait plus à la réalité sociale actuelle et qu'elle « niait les besoins professionnels des femmes d'affaires », la valeur d'égalité entre les sexes fut invoquée afin de corriger des écarts criants. Comme le remarqua très justement la juge L'Heureux-Dubé, « le monde des affaires est de plus en plus peuplé d'hommes et de femmes, et l'interprétation de l'expression "dépense d'entreprise" doit tenir compte de la situation de tous les participants dans ce domaine »³⁵³.

En définitive, nous avons vu, tout au long de notre examen des valeurs sociales actuelles, que les juges qui invoquent les valeurs afférentes à la *Charte* doivent se reporter à nos valeurs contemporaines et non à celles d'une époque révolue. Comme

³⁵¹ *Symes*, précité, note 251, 798-800.

³⁵² *Id.*, 819.

³⁵³ *Id.*, 798.

nous l'avons souligné, la légitimité du droit dépend notamment de l'acceptabilité sociale des décisions judiciaires. La *Charte* étant un instrument de protection des droits et libertés évoluant avec le passage du temps, les juges ne peuvent s'autoriser de valeurs surannées qui rebutteraient les justiciables.

Sous l'éclairage de ces considérations théoriques, nous avons exposé comment l'égalité des sexes et la dignité humaine furent circonscrites, dans les arrêts *Salituro*, *Butler* et *Symes*, en fonction des valeurs sociales qui prévalent aujourd'hui. Nous avons également étudié, à l'aide de l'arrêt *Edmonton Journal*, de quelle façon la vie privée fut examinée à la lumière des valeurs sociales actuelles.

Cela étant, il convient maintenant de nous intéresser au lien étroit qui existe entre les valeurs de la *Charte* et les valeurs tirées des instruments internationaux et des droits étrangers. Cette étude fera l'objet de la section 2.2 qui suit.

2.2 Le droit international et le droit comparé

Depuis l'avènement de la *Charte*, les instruments internationaux de protection des droits de la personne ont fréquemment servi dans le contentieux constitutionnel canadien. Entre 1984 (année de la première décision de la Cour suprême mettant en jeu la *Charte*³⁵⁴) et 1996, la Cour suprême a recouru à de tels instruments dans une cinquantaine de jugements interprétant la *Charte*³⁵⁵. En l'an 2000, ce nombre était porté à plus d'une centaine³⁵⁶. Compte tenu des nombreuses références au droit international apparaissant dans les arrêts qu'a rendus la Cour suprême depuis lors, il y a tout lieu de croire que cette tendance s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui.

Pour bien comprendre l'intérêt que manifestent les juges de la Cour suprême à l'égard du droit international, il importe de situer l'avènement de la *Charte* dans un contexte de mondialisation de la protection des droits de la personne³⁵⁷. En réaction aux atrocités commises lors de la Seconde Guerre mondiale, furent notamment adoptés la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³⁵⁸, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁵⁹ ainsi que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁶⁰. Le juge Dickson, écrivant hors du cadre de ses fonctions, a souligné que ces traités marquèrent la volonté de la communauté internationale de faire

³⁵⁴ En l'occurrence, il s'agit du jugement *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (ci-après « *Skapinker* »).

³⁵⁵ Gérard La FOREST, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues », (1996) 34 *A. Can.D.I.* 89, 90-91, tel que cité dans Louis LeBEL and Gloria CHAO, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law », (2002) 16 *S.C.L.R. (2d)* 23, 45.

³⁵⁶ Michel BASTARACHE, « The Honourable G.V. La Forest's Use of International and Foreign Material in the Supreme Court of Canada and His Influence on Foreign Courts », in JOHNSON *et al.* (dir.), *Gérald V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, University of Manitoba, 2000, p. 433-34, tel que rapporté dans L. LeBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 355, 45.

³⁵⁷ William A. SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3rd édition, Toronto, Thomson Carswell, 2007, p.104. Voir sur le même point Michel BASTARACHE, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Domestic Application of Universal Values », (2003) 19 *S.C.L.R. (2d)* 371, 374.

³⁵⁸ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948).

³⁵⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171.

³⁶⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3.

entrer l'humanité dans une ère nouvelle basée sur le respect intégral des droits de la personne³⁶¹.

Afin de tenir compte de ces « nouvelles » normes internationales, de nombreux pays procédèrent à l'ajustement de leur droit interne. Plus particulièrement quant au contexte canadien, les juges majoritaires Iacobucci et Bastarache ont rappelé, dans l'arrêt *Office de commercialisation des œufs c. Richardson*, que « l'essor des droits de la personne sur le plan international est un facteur important qui a contribué à l'adoption, au Canada, d'un document garantissant les droits et libertés »³⁶².

En effet, le Canada a adopté sa *Charte* en s'inspirant largement du contenu des instruments internationaux. Par exemple, l'article premier de la *Charte* s'apparente à la disposition limitative de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³⁶³. De même, l'article 27 de la *Charte*, promouvant l'héritage multiculturel canadien, s'inspire de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁶⁴. Tel que le soulignent William A. Schabas et Stéphane Beaulac, les divers instruments internationaux promouvant la protection des droits de la personne doivent donc être considérés comme faisant partie du « contexte d'adoption » de la *Charte*³⁶⁵.

³⁶¹ Brian DICKSON, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Context and Evolution », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *op. cit.*, note 63, p. 8.

³⁶² *Office de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57.

³⁶³ W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 256.

³⁶⁴ *Zundel*, précité, note 20, 815-816 (juges dissidents Cory et Iacobucci). Voir également sur ce point Joseph Eliot MAGNET, « Multiculturalism and Collective Rights », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *op. cit.*, note 63, pp. 1271 *et seq.*

³⁶⁵ W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 102. Pour une énumération détaillée des sources internationales de la *Charte*, voir John B. LASKIN *et al.*, *The Canadian Charter or Rights Annotated*, Aurora, Canada Law Book, 2008. Apparaissent notamment dans cet ouvrage les références au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ainsi qu'à la Constitution américaine.

2.2.1 Les instruments internationaux comme sources d'interprétation de la Charte

Puisque les instruments internationaux font partie du contexte d'adoption de la *Charte*, il n'y a rien d'étonnant à ce que les membres de la Cour suprême aient fréquemment répété que ces instruments peuvent servir d'outils d'interprétation de la *Charte*. Le juge Dickson fut l'un des plus ardents promoteurs de cette approche. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, ce dernier a émis l'opinion suivante :

[I]l faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que *ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne (nos italiques)*³⁶⁶.

Bien qu'émise dans le cadre d'une opinion dissidente³⁶⁷, cette idée que les normes du droit international constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation de la *Charte* fut reprise à maintes occasions par la jurisprudence³⁶⁸ et refléterait l'état actuel du

³⁶⁶ *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 349-350.

³⁶⁷ Précisons que les juges majoritaires, dans *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, ont peu parlé du droit international dans leurs motifs. Pourtant, ce dernier aurait pu être pertinent à la solution du litige. Voir à cet égard Stephen J. TOOPE, « The Uses of Metaphor : International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 534, 539.

³⁶⁸ Parmi les arrêts rendus par la Cour suprême, voir notamment *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 80 (jugement rendu par la Cour), (ci-après « *Burns* »), de même que *Zundel*, précité, note 20, 811 (juges dissidents Cory et Iacobucci). Parmi les décisions rendues par d'autres tribunaux canadiens, voir entre autres *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 381 (F.C.T.D.) (QL) (juge Gibson, par. 44) ; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 262 D.L.R. (4th) 13 (F.C.A.) (juge Desjardins, par. 66) ainsi que *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1988] F.C.J. No. 317 (F.C.A.) (QL) (juge MacGuigan).

droit³⁶⁹. Elle fut également complétée, toujours par le juge Dickson, mais cette fois pour une majorité de la Cour, dans les arrêts *Slaight Communications* et *Keegstra*.

Dans le premier de ces deux jugements, l'honorable magistrat a affirmé que les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne jouaient le double rôle d'éclairer l'interprétation des droits et libertés prévus à la *Charte*³⁷⁰ et de préciser ce qui peut constituer un objectif législatif urgent et réel lors du test de *Oakes*³⁷¹. Eu égard à l'interprétation des droits et libertés prévus à la *Charte*, nous avons vu précédemment³⁷² que cet exercice requiert de prendre en considération les valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés. D'autre part, en ce qui a trait à l'évaluation de l'objectif législatif, le juge Dickson a noté que « le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit international (...) devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif »³⁷³.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Keegstra*, l'honorable magistrat a également remarqué ce qui suit :

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la Charte elle-même³⁷⁴.

Ainsi, en mettant en parallèle les jugements *Slaight Communications* et *Keegstra*, nous devons comprendre que les instruments internationaux permettent de dégager non

³⁶⁹ M. BASTARACHE, *loc. cit.*, note 356, 434, tel que cité dans Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la *Charte* : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *op. cit.*, note 63, p. 56.

³⁷⁰ Voir également le par. 70 des motifs de la juge L'Heureux-Dubé, majoritaire dans l'arrêt *Baker*, précité, note 269. Selon elle, le droit international des droits de la personne a une « incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la Charte ».

³⁷¹ *Slaight Communications*, précité, note 59, 1056-1057.

³⁷² Consulter notre section 1.1.2, *supra*.

³⁷³ *Slaight Communications*, précité, note 59, 1057. La validité de l'opinion du juge Dickson a été réaffirmée récemment dans l'arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 55 (juge LeBel).

³⁷⁴ *Keegstra*, précité, note 20, 750. Appliquant cette observation aux faits de l'espèce, le juge Dickson a noté que les principes d'égalité et de dignité intrinsèque des personnes se manifestent tant dans la *Charte* que dans les instruments internationaux que sont le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra*, note 359 et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 no. 28. Voir à cet égard les pp. 751-752 et 754-755 de la décision.

seulement les valeurs particulières qui sous-tendent les droits et libertés inscrits à la *Charte*, mais aussi les valeurs plus générales d'une société libre et démocratique.

Nous reviendrons en de plus amples détails sur la dimension axiologique de l'utilisation du droit international dans les jugements mettant en jeu la *Charte*³⁷⁵. Cependant, avant d'en arriver là, il convient de préciser quels types d'instruments internationaux peuvent servir de sources interprétatives de la *Charte*.

2.2.1.1 Les types d'instruments internationaux admissibles à servir de sources d'interprétation de la *Charte*

Nous avons vu jusqu'à maintenant que les normes internationales représentent une source pertinente et persuasive d'interprétation de la *Charte*. De l'avis du juge Dickson, cette source serait d'autant plus pertinente et persuasive qu'elle découlerait des « obligations internationales contractées par le Canada »³⁷⁶. Cette référence au concept d'obligations internationales appelle quelques remarques concernant le rapport entre les ordres juridiques international et interne³⁷⁷.

Selon la théorie dite « moniste », le droit international s'applique directement dans l'ordre juridique interne des États, c'est-à-dire sans passer par une procédure de réception formelle³⁷⁸. Il suffit qu'un État soit signataire d'une convention internationale³⁷⁹ pour que cette dernière ait force de loi à l'échelle nationale. Plusieurs pays d'Europe, dont la France, se réclament de la théorie moniste.

³⁷⁵ Voir à cet égard notre section 2.2.2, *infra*.

³⁷⁶ *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 349-350. Remarquons que l'expression « obligations internationales » revient dans les motifs qu'a rédigés le juge Dickson dans les arrêts *Slaight Communications*, précité, note 59, 1056 et *Keegstra*, précité, note 20, 750.

³⁷⁷ Nous adoptons pour la présente section la structure logique utilisée par S. BEAULAC, *loc. cit.*, note 369, 54-58.

³⁷⁸ Nguyen Quoc DINH *et al.*, *Droit international public*, 7^e édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, pp. 93-94.

³⁷⁹ Les conventions internationales représentent l'une des quatre sources du droit international. Le par. 38(1) du *Statut de la Cour internationale de justice*, in *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, Can. T.S. 1945, no. 7, énumère comme suit ces quatre sources : les conventions internationales, les coutumes internationales, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et finalement les décisions judiciaires et doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Cependant, aux

Au contraire, selon la théorie « dualiste », existe un cloisonnement entre le droit international et le droit interne : le premier ne peut interagir avec le second que s'il fait l'objet d'un processus de transformation par lequel il devient une loi ou un règlement national³⁸⁰. Autrement dit, pour que des conventions internationales s'imposent à un tribunal national, ces textes doivent non seulement avoir été ratifiés, mais également avoir été incorporés législativement en droit interne³⁸¹. Au Canada et dans les autres systèmes juridiques d'origine britannique, c'est cette conception dualiste qui prévaut³⁸².

Suivant le modèle dualiste en vigueur au Canada, l'on pourrait croire que seuls les instruments ratifiés et subséquemment incorporés en droit interne permettent d'interpréter la *Charte*. Or, il n'en est rien. Comme l'a laissé entendre le juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, les instruments internationaux « que le Canada a ratifiés »³⁸³ constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de la *Charte*. Point n'est besoin d'attendre l'incorporation législative formelle pour que ces derniers servent d'outils interprétatifs.

Suivant l'enseignement de la juge L'Heureux-Dubé, majoritaire dans l'arrêt *Baker*, la prise en considération des conventions internationales non incorporées en droit canadien permettrait aux tribunaux de dégager les valeurs partagées par la communauté internationale³⁸⁴. Était notamment en jeu, dans *Baker*, l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant*³⁸⁵. Au moment du litige, le Canada avait ratifié ce traité,

fins du présent mémoire, nous limiterons notre analyse aux conventions internationales, laissant volontairement de côté les autres sources formelles du droit international. Deux raisons motivent cette décision. D'une part, les arrêts de la Cour suprême que nous présenterons dans cette section de notre mémoire recourent très majoritairement aux conventions internationales comme outil d'interprétation de la *Charte*. D'autre part, les autres sources du droit international comportent certains écueils qui rendent difficile leur utilisation aux fins de l'interprétation de la *Charte*. Voir à cet égard L. LeBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 355, 30 *et seq.*

³⁸⁰ N. Q. DINH *et al.*, *op. cit.*, note 378, pp. 94-95.

³⁸¹ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 649 et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 367, 537.

³⁸² H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 644.

³⁸³ *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 349-350. Voir sur ce point W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 85.

³⁸⁴ P. ELIADIS, *loc. cit.*, note 75, 235.

³⁸⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3.

mais ne l'avait pas formellement intégré à son droit interne. Bien que la juge L'Heureux-Dubé ait reconnu que ce traité n'avait « aucune application directe au Canada »³⁸⁶, elle a tout de même noté ce qui suit :

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire (...) [En l'espèce], les valeurs et les principes de la Convention [relative aux droits de l'enfant] reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir³⁸⁷ (nos italiques).

Même si l'arrêt *Baker* ne traitait que de l'interprétation d'une loi ordinaire^{387.1}, nommément la *Loi sur l'immigration*³⁸⁸, il y a tout lieu de croire que l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé s'appliquerait également à l'interprétation de la *Charte*. C'est du moins ce que laisse entendre la doctrine³⁸⁹ de même que le juge Iacobucci³⁹⁰, dissident dans l'arrêt *Baker*.

De plus, pour pousser plus avant notre analyse des types d'instruments internationaux admissibles à servir dans l'interprétation de la *Charte*, il nous faut préciser que les instruments que le Canada ne peut ratifier, étant donné leur portée territoriale limitée, ont également retenu l'attention des juges de la Cour suprême.

³⁸⁶ *Baker*, précité, note 269, par. 69.

³⁸⁷ *Id.*, par. 70-71.

^{387.1} Notons incidemment que l'utilisation du droit international aux fins d'interprétation des lois canadiennes est sujette à controverse. D'aucuns prétendent que le droit international ne devrait servir d'outil interprétatif qu'en présence d'ambiguïté(s) dans la législation de notre pays. D'autres argumentent au contraire que le droit international est pertinent pour interpréter les lois canadiennes, et ce, même si ces dernières ne sont pas ambiguës. Pour un examen rigoureux de l'une et l'autre positions, et ce, à la lumière de la présomption de conformité de la législation canadienne au droit international, consulter Hugo CYR, *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, Presses interuniversitaires / Peter Lang, 2008 (à venir), pp. 85-86 et 153-154. Cet auteur se montre toutefois critique et qualifie d'« artificiel » l'affrontement entre ces deux écoles de pensée.

³⁸⁸ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

³⁸⁹ Par exemple, W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, pp. 87-88, ont inclus l'arrêt *Baker* dans leur analyse des instruments internationaux pertinents et persuasifs lors de l'interprétation de la *Charte*.

³⁹⁰ *Baker*, précité, note 269, par. 81.

Comme le font valoir Schabas et Beaulac, les membres de cet auguste tribunal considèrent les instruments internationaux comme étant des sources pertinentes et persuasives d'interprétation de la *Charte*, et ce, peu importe que ces instruments aient été ratifiés par le Canada³⁹¹. Ces deux auteurs citent en exemple l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, lequel porte sur la liberté d'association prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte*. Dans cette décision, le juge majoritaire LeBel a invoqué à de nombreuses reprises la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³⁹². Pourtant, cet instrument international est limité au cadre juridique européen. Il ne peut être ratifié par le Canada et encore moins incorporé à son droit interne. Quant au juge dissident Bastarache, il s'est référé à une convention internationale liant le Canada (nommément le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁹³), ainsi qu'à une autre qui ne peut le lier puisque limitée au cadre juridique africain (nommément la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*³⁹⁴).

De même, dans l'arrêt *Burns* traitant des principes de justice fondamentale et de la protection contre les traitements cruels et inusités (articles 7 et 12 de la *Charte*), une Cour suprême unanime s'est référée à certains instruments internationaux, tels que la *Convention européenne d'extradition*³⁹⁵ et la *Convention relative aux droits de l'enfant*³⁹⁶, sans pourtant établir de distinction entre les instruments qui lient le Canada et ceux qui ne peuvent le lier étant donné leur portée territoriale limitée³⁹⁷.

³⁹¹ W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, pp. 87, 88 et 90.

³⁹² *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221. Voir *Advance Cutting & Coring*, précité, note 74, par. 172, 249 et 251.

³⁹³ *Supra*, note 360. Voir *Advance Cutting & Coring*, précité, note 74, par. 11, 14 et 30.

³⁹⁴ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1981). Voir *Advance Cutting & Coring*, précité, note 74, par. 13.

³⁹⁵ *Convention européenne d'extradition*, S.T.E. no. 24. Voir *Burns*, précité, note 368, par. 82.

³⁹⁶ *Supra*, note 385. Voir *Burns*, précité, note 368, par. 93.

³⁹⁷ W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 88. Voir sur le même point S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 367, 539. Selon Toope, « [T]he Court often neglects to state the basis upon which the international norms are alluded to. This is particularly true for treaty commitments that have not been expressly incorporated into domestic law. So it is common in the Court to cite the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the *European Convention on Human Rights* in one breath, failing to

Somme toute, il ressort des exemples jurisprudentiels qui précèdent que trois types d'instruments internationaux permettent d'interpréter la *Charte* : 1° Les instruments ratifiés et incorporés formellement en droit interne canadien; 2° Les instruments ratifiés, mais non incorporés en droit interne canadien; 3° Les instruments qui ne peuvent être ratifiés par le Canada étant donné leur portée territoriale limitée.

Ayant de la sorte précisé quels types d'instruments internationaux peuvent servir d'outils interprétatifs de la *Charte*, analysons maintenant comment lesdits instruments permettent de dégager les valeurs afférentes à la *Charte*.

2.2.2 Les instruments internationaux et les valeurs afférentes à la *Charte*

Nous avons noté précédemment que les instruments internationaux nous renseignent sur les valeurs afférentes à la *Charte*³⁹⁸. Nous tâcherons dans la présente section de déterminer, à l'aide des arrêts *Sharpe* et *Keegstra*, dans quelle mesure la Cour suprême recourt au droit international pour cerner lesdites valeurs.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Sharpe*, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Gonthier ont passé en revue le droit international afin de vérifier si l'interdiction de possession de pornographie juvénile portait indûment atteinte à la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte*³⁹⁹.

Lors de l'analyse contextuelle effectuée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*, les trois magistrats ont examiné les mesures internationales de protection des enfants contre diverses formes de préjudice et en sont venus à la conclusion que cette protection est une valeur très répandue de par le monde. Ils ont souligné que la

distinguish between a treaty commitment of Canada, arguably transformed into Canadian law through the vehicle of the *Charter*, and a treaty to which Canada could never be a party ».

³⁹⁸ Voir à cet égard notre section 2.2.1, *supra*.

³⁹⁹ Voir à cet égard notre section 1.2.1.2, *supra*, dans laquelle nous avons déjà résumé les faits du litige.

*Convention relative aux droits de l'enfant*⁴⁰⁰, document international qui proclame notamment la protection de l'enfant contre l'exploitation sexuelle⁴⁰¹, avait fait l'objet, au moment du jugement, d'une ratification ou d'une adhésion par cent quatre-vingt-onze États, ce qui en faisait « l'instrument de défense des droits de la personne le plus universellement accepté de l'histoire »⁴⁰². De plus, le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*⁴⁰³ avait été signé, au moment du jugement, par soixante-neuf États⁴⁰⁴. De nombreux autres instruments internationaux témoignaient eux aussi de l'importance de la protection des enfants⁴⁰⁵.

Cet examen des mesures internationales de protection des enfants a donc fait dire aux juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Gonthier que « le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la personne indique toute l'importance qu'il faut lui accorder »⁴⁰⁶. Sur ce point, les trois magistrats se sont autorisés des passages des arrêts *Slaight Communications* et *Keegstra* que nous avons rapportés précédemment⁴⁰⁷. Rappelons que ces arrêts, lorsque mis en parallèle, enseignent que les instruments internationaux permettent de dégager les valeurs afférentes à la *Charte*.

L'analyse contextuelle ayant été ainsi effectuée, la valeur de la protection des enfants fut reprise afin de vérifier si l'objectif poursuivi par le législateur était urgent et réel. Les trois magistrats reconnurent d'abondant que l'interdiction de la possession de

⁴⁰⁰ *Supra*, note 385.

⁴⁰¹ *Sharpe*, précité, note 21, par. 171.

⁴⁰² *Id.*, par. 177.

⁴⁰³ *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000).

⁴⁰⁴ *Sharpe*, précité, note 21, par. 178.

⁴⁰⁵ Voir la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra*, note 358, la *Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies*, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *supra*, note 360 et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra*, note 359. Ces instruments sont mentionnés dans *Sharpe*, précité, note 21, par. 178.

⁴⁰⁶ *Id.*, par. 176.

⁴⁰⁷ Consulter à cet égard notre section 2.2.1, *supra*.

pornographie juvénile avait pour but la protection des enfants. Ils notèrent de nouveau l'existence d'une « conviction de la collectivité internationale [de] protéger les enfants contre les préjudices de la pornographie juvénile »⁴⁰⁸. Conséquemment, l'objectif législatif fut jugé urgent et réel, d'autant plus qu'il répondait à « l'engagement international du Canada de protéger les enfants »⁴⁰⁹.

Bref, les conventions internationales ont permis, dans l'arrêt *Sharpe*, de déterminer que les valeurs de la société libre et démocratique canadienne devaient nécessairement comprendre la valeur de la protection des enfants, étant donné l'importance de cette dernière à l'échelle planétaire.

Par ailleurs, l'utilité des instruments internationaux pour dégager les valeurs afférentes à la *Charte* est manifeste dans un autre arrêt que nous allons maintenant analyser, nommément l'arrêt *Keegstra*. Y furent invoquées, à la lumière des instruments internationaux, les valeurs d'égalité et de dignité intrinsèque des personnes.

Était contestée dans *Keegstra* la constitutionnalité du paragraphe 319(2) du *Code criminel*⁴¹⁰ prohibant la communication de déclarations qui, autrement que dans une conversation privée, fomentent volontairement la haine contre un « groupe identifiable ». Le législateur fédéral avait défini comme groupe identifiable « toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique ». L'intimé James Keegstra, un enseignant dans un établissement de niveau secondaire, avait été reconnu coupable en première instance d'avoir fomenté la haine par des déclarations antisémites qu'il avait faites à ses élèves⁴¹¹. La Cour d'appel de l'Alberta ayant jugé, entre autres choses, que le paragraphe 319(2) violait la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte* et que cette violation n'était pas justifiée aux termes de

⁴⁰⁸ *Sharpe*, précité, note 21, par. 196.

⁴⁰⁹ *Id.*

⁴¹⁰ *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 318(4).

⁴¹¹ *Keegstra*, précité, note 20, 713.

l'article premier⁴¹², le ministère public s'est pourvu en appel devant la Cour suprême afin de défendre la validité de sa disposition législative.

Le juge Dickson, écrivant au nom de la majorité de la Cour, a estimé d'« importance capitale » les objectifs législatifs à la base de l'interdiction de la propagande haineuse, c'est-à-dire réduire la tension raciale, ethnique et religieuse au Canada de même qu'empêcher le préjudice découlant de ce type de propagande⁴¹³. En effet, la protection contre la discrimination représentait une caractéristique saillante des principaux instruments internationaux de protection des droits de la personne. Par exemple, l'article 4 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁴¹⁴ enjoignait les pays signataires (dont le Canada) à adopter des mesures destinées à éliminer toute incitation à la discrimination raciale⁴¹⁵. Les articles 19 et 20.1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴¹⁶ proscrivaient quant à eux l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse⁴¹⁷. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴¹⁸ fut également interprétée comme justifiant l'interdiction étatique des communications racistes⁴¹⁹.

Fort de ces constatations, le juge Dickson a rappelé que les obligations internationales concernant les droits de la personne « reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-

⁴¹² *Id.*, 720-722. Nous utilisons l'expression « entre autres choses » étant donné que la Cour d'appel de l'Alberta, et subséquemment la Cour suprême, ont également étudié la présomption d'innocence prévue à l'alinéa 11d) de la *Charte*. Cependant, puisque l'arrêt rendu par la Cour suprême fait peu appel aux valeurs afférentes à la *Charte* dans l'analyse de la présomption d'innocence, nous n'estimons pas opportun de nous y attarder.

⁴¹³ *Id.*, 758.

⁴¹⁴ *Supra*, note 374.

⁴¹⁵ *Keegstra*, précité, note 20, 750-751.

⁴¹⁶ *Supra*, note 359.

⁴¹⁷ *Keegstra*, précité, note 20, 751-752.

⁴¹⁸ *Supra*, note 392.

⁴¹⁹ *Keegstra*, précité, note 20, 753-754.

tendent la *Charte* elle-même »⁴²⁰. Étant donné l'existence d'un consensus international voulant qu'il faille lutter contre la propagande haineuse, le législateur fédéral disposait, aux termes de la *Charte*, d'un objectif urgent et réel en adoptant le paragraphe 319(2) du *Code criminel*. Comme l'a écrit le juge Dickson :

Le fait que la communauté internationale ait agi collectivement pour condamner la propagande haineuse (...) vient souligner l'importance de l'objectif qui sous-tend le par. 319(2) et *des principes d'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes, qui se manifestent aussi bien dans les droits internationaux de la personne que dans la Charte*⁴²¹ (nos italiques).

Ainsi, les nombreux traités internationaux que le juge Dickson a examinés dans l'arrêt *Keegstra* lui ont permis de constater toute l'importance que revêt, à l'échelle planétaire, la promotion de l'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes. Appliquées dans un contexte canadien, c'est-à-dire aux termes de la *Charte*, ces valeurs-principes ont donc joué un rôle de première importance dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité de la disposition contestée. Une telle utilisation des instruments internationaux nous amène à écrire, à l'instar de Stephen J. Toope, que « the Supreme Court has begun to invoke the general values of international society, as stated in formal treaties, to shape its readings of domestic law »⁴²².

Ayant déterminé, à l'aide des arrêts *Sharpe* et *Keegstra*, dans quelle mesure la Cour suprême a eu recours au droit international pour cerner les valeurs afférentes à la *Charte*, il nous faut maintenant examiner comment les droits étrangers fournissent des indications pertinentes sur lesdites valeurs.

2.2.3 Le droit comparé et les valeurs afférentes à la *Charte*

En plus de recourir aux instruments internationaux, la Cour suprême se réfère fréquemment aux droits étrangers pour dégager les valeurs qui sont afférentes à la

⁴²⁰ *Id.*, 750.

⁴²¹ *Id.*, 754-755.

⁴²² S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 367, 539.

Charte. Cet exercice de comparaison des droits s'inscrit dans une tendance dite de « mondialisation du droit »⁴²³, et plus particulièrement des droits de la personne. Comme le remarque avec justesse Ruth Sullivan,

As the world becomes smaller and more interdependent, the legislation of other jurisdictions becomes an increasingly relevant context in which to read domestic legislation⁴²⁴.

Non seulement au Canada, mais aussi ailleurs dans le monde, les magistrats s'inspirent aujourd'hui des mesures législatives et des décisions judiciaires les plus autorisées provenant de l'étranger.

Dans le contexte constitutionnel canadien, cette ouverture sur le monde se justifie aisément. Rappelons à cet égard que l'article premier de la *Charte*, en raison de sa référence au concept de « société libre et démocratique », invite implicitement ses interprètes à comparer notre droit aux droits d'autres sociétés libres et démocratiques. Cette approche présenterait l'avantage majeur de permettre à la *Charte* d'être interprétée de façon évolutive et dynamique⁴²⁵. Comme l'a souligné une Cour suprême unanime dans l'arrêt *Burns*, la prise en considération des tendances internationales « est utile pour apprécier nos valeurs par rapport à celles d'États comparables au Canada »⁴²⁶.

En contrepartie, une analyse trop superficielle des droits étrangers fait voir certains écueils que peut présenter le recours au droit comparé⁴²⁷. Il faut en effet garder à l'esprit que les contextes sociaux et juridiques prévalant dans les autres pays peuvent différer de ceux qui existent au Canada⁴²⁸. Pour éviter ces embûches, le juge Bastarache a précisé, au nom d'une majorité de la Cour dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, que la comparaison des droits ne devrait s'effectuer que s'il existe un certain consensus du point

⁴²³ M. BASTARACHE, *loc. cit.*, note 357, 379. W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p.110, rapportent que ce phénomène est également appelé « transjudicial pluralism », « transnational judicial dialogue », « transnational legal process » ou encore « judicial globalization ».

⁴²⁴ R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 234, p. 330.

⁴²⁵ W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 287.

⁴²⁶ *Burns*, précité, note 368, par. 92.

⁴²⁷ L. LeBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 355, 62-63.

⁴²⁸ *Thomson Newspapers*, précité, note 54, par. 121 (juge Bastarache, au nom de la majorité de la Cour).

de vue du droit international, ou encore si les juristes canadiens disposent d'une preuve « expliquant pourquoi les dispositions adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques ont une valeur persuasive compte tenu de la situation canadienne »⁴²⁹. Somme toute, une approche prudente et nuancée s'avère de mise dans la façon d'aborder le droit comparé.

Quant à la force persuasive des conclusions pouvant être tirées d'un exercice de comparaison des droits, il faut souligner que les droits étrangers ne permettent pas à eux seuls de juger de la constitutionnalité des dispositions législatives canadiennes. Cependant, les mesures législatives adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques s'avèrent particulièrement pertinentes lors de l'évaluation du caractère urgent et réel des objectifs poursuivis par le législateur⁴³⁰, ou encore lors de l'analyse contextuelle de la disposition contestée et du droit auquel il a été porté atteinte.

Afin d'illustrer comment le droit comparé permet de cerner les valeurs d'une société libre et démocratique, référons-nous de nouveau à l'arrêt *Sharpe*. Dans cette décision, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Gonthier ont passé en revue certains droits étrangers afin de faire ressortir l'importance de la valeur de la protection des enfants.

Lors de l'analyse contextuelle, les trois juges ont noté que de nombreux pays, tels l'Australie, la Belgique, l'Angleterre, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, criminalisent la possession de pornographie juvénile⁴³¹ et cherchent par ce moyen à

⁴²⁹ *Id.*

⁴³⁰ *Zundel*, précité, note 20, 814 (juges dissidents Cory et Iacobucci).

⁴³¹ Consulter à cet égard *Sharpe*, précité, note 21, par. 180, où sont citées les législations étrangères qui suivent :

- Pour l'Australie : *Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995* (Austl.) (No. 7);
- Pour la Belgique : *Code pénal*, art. 383bis;
- Pour l'Angleterre : *Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1 et 7; *Criminal Justice Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160, *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch.33, art. 84 à 86;
- Pour l'Irlande : *Child Trafficking and Pornography Act*, 1998 (No. 22) (Ir.), art. 2 et 6;

protéger les enfants. Cette référence aux droits étrangers s'est faite parallèlement à l'examen des instruments internationaux, lequel examen avait préalablement fait dire aux trois magistrats que « le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la personne indique toute l'importance qu'il faut lui accorder »⁴³².

Qui plus est, lors de l'évaluation de l'objectif législatif qui était, rappelons-le, de protéger les enfants en interdisant la possession de pornographie juvénile, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Gonthier se sont de nouveau référés aux législations étrangères. Cet exercice leur a fait dire que « l'existence, dans la plupart des sociétés libres et démocratiques, de lois interdisant la possession de pornographie juvénile démontre que cette mesure répond à un besoin urgent »⁴³³.

Bref, la revue des législations étrangères en matière de pornographie juvénile a fait ressortir, dans l'arrêt *Sharpe*, l'importance qu'accordent les sociétés libres et démocratiques à la valeur de la protection des enfants. Conséquemment, cette valeur fut prise en compte lors du contrôle judiciaire effectué aux termes de la *Charte* et de son article premier.

Comme seconde illustration jurisprudentielle du rôle que joue le droit comparé dans l'identification des valeurs d'une société libre et démocratique, référons-nous aux motifs que les juges dissidents Cory et Iacobucci ont rédigés dans l'arrêt *Zundel*. Rappelons qu'il était question, dans cette affaire, de la constitutionnalité de l'article 181 du *Code criminel* qui interdisait la publication de fausses nouvelles⁴³⁴. L'appelant

• Pour la Nouvelle-Zélande : *Films, Videos, and Publications Classification Act*, 1993 (N.-Z.) No. 94, art. 2, 3, 131;

• Pour les États-Unis : 18 *U.S.C.* ss. 2252(a)(4)(B) et 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

⁴³² *Sharpe*, précité, note 21, par. 176. Pour une analyse du rôle des instruments internationaux dans *Sharpe*, voir section 2.2.2, *supra*.

⁴³³ *Sharpe*, précité, note 21, par. 195.

⁴³⁴ Le libellé exact de l'article 181 du *Code criminel* se lisait comme suit à l'époque du jugement :

« Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public ».

Zundel, qui avait été accusé d'avoir publié une brochure démentant l'Holocauste, prétendait que cette disposition portait indûment atteinte à sa liberté d'expression.

Lors de l'analyse de l'objectif sous-tendant l'article 181, les juges Cory et Iacobucci se sont dit d'avis que le législateur poursuivait notamment le but de « promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale »⁴³⁵. Les deux magistrats ont précisé que le concept d'intérêt public consistait en la préservation et la promotion de l'égalité, de la liberté et de la dignité humaine découlant des « garanties accordées par la Charte » et des « valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique »⁴³⁶. Également, l'intérêt public devait, selon les juges Cory et Iacobucci, tenir compte des « valeurs changeantes de la société canadienne, [lequelles] valeurs englobent le multiculturalisme et l'égalité »⁴³⁷.

Après avoir brièvement expliqué⁴³⁸ que deux instruments internationaux, nommément le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴³⁹ et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁴⁴⁰, interdisaient la promotion de la haine raciale, religieuse ou nationale et confirmaient en ce sens l'importance de l'objectif de l'article 181, les juges Cory et Iacobucci se sont attardés aux droits nationaux étrangers. Ils ont noté que le *Code criminel italien*, à son article 656, interdisait la publication et la diffusion de nouvelles fausses, exagérées ou trompeuses susceptibles de perturber l'ordre public. Ils ont aussi fait remarquer que le *Code criminel danois* allait dans le même sens en prohibant, à son article 266b), les discours faux contre certains groupes sociaux vulnérables. De même,

⁴³⁵ Zundel, précité, note 20, 807.

⁴³⁶ *Id.*, 806. Par souci d'exactitude, notons que l'étude du concept d'intérêt public fait partie des remarques préliminaires concernant l'article premier, lesquelles remarques précèdent immédiatement l'analyse de l'objectif législatif proprement dit.

⁴³⁷ *Id.*, 823.

⁴³⁸ *Id.*, 811.

⁴³⁹ *Supra*, note 359, art. 20(2).

⁴⁴⁰ *Supra*, note 374, art. 4.

ils ont souligné que les Allemagnes de l'Est et de l'Ouest disposaient à cette époque de mesures législatives pour contrer la haine raciale⁴⁴¹.

Conséquemment, les juges Cory et Iacobucci ont indiqué que de telles mesures législatives adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques étaient pertinentes dans l'évaluation de l'objectif sous-jacent à notre disposition canadienne interdisant la publication de fausses nouvelles⁴⁴². Il n'est donc pas étonnant que les deux magistrats aient écrit que l'article 181 pouvait « jouer un rôle important et utile en favorisant la tolérance raciale et sociale qui est si essentielle pour le bon fonctionnement d'une société démocratique et multiculturelle »⁴⁴³.

Bref, l'exercice de comparaison des droits a permis aux juges Cory et Iacobucci, dissidents dans l'arrêt *Zundel*, d'éclairer leur analyse des valeurs de la société libre et démocratique canadienne.

Ayant jusqu'ici illustré le lien qui existe entre les droits étrangers et les valeurs afférentes à la *Charte*, il convient maintenant de nous pencher sur un droit étranger en particulier. Dans la prochaine section, nous étudierons plus en détail l'influence qu'exerce le droit constitutionnel américain sur le droit constitutionnel canadien.

2.2.4 Le cas spécial du droit constitutionnel américain

Le juge La Forest, écrivant hors de ses fonctions judiciaires, a fait valoir que l'entrée en vigueur de la *Charte* a marqué un « point décisif » dans la transition vers un usage plus soutenu des autorités américaines en droit canadien⁴⁴⁴. Statistiquement parlant, la Cour suprême du Canada s'est référée à la jurisprudence américaine beaucoup plus fréquemment depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* qu'elle ne le faisait auparavant.

⁴⁴¹ *Zundel*, précité, note 20, 812-813.

⁴⁴² *Id.*, 814.

⁴⁴³ *Id.*, 809.

⁴⁴⁴ Gérard V. La FOREST, « The Use of American Precedents in Canadian Courts », (1994) 46 *Me. L. Rev.* 211, 213.

Christopher P. Manfredi rapporte que de 1949 à 1983, la jurisprudence de nos voisins états-uniens constituait environ 3 pour cent de toutes les autorités citées par la Cour suprême. Cependant, durant les six premières années d'adjudication en fonction de la *Charte*, c'est-à-dire de 1984 à 1990, cette proportion a presque triplé pour atteindre les 8 pour cent⁴⁴⁵. Même si de nos jours la jurisprudence américaine risque d'être citée moins fréquemment qu'elle ne l'a été à cette époque, principalement parce que nos tribunaux ont développé depuis lors un riche corpus de décisions proprement canadiennes⁴⁴⁶, il n'en demeure pas moins que l'influence juridique qu'exerce sur nous le droit américain mérite encore l'attention.

Plusieurs raisons expliquent cet engouement pour le droit américain. Premièrement, il est indéniable que les rédacteurs de la *Charte* s'inspirèrent en partie des mesures de protection des droits et libertés prévues dans le droit constitutionnel américain⁴⁴⁷ et plus particulièrement dans l'*American Bill of Rights*⁴⁴⁸. Deuxièmement, plusieurs membres de notre Cour suprême, ainsi que de nombreux avocats qui y plaident, ont effectué une partie de leurs études juridiques dans les universités américaines et se sont ainsi familiarisés avec le *modus operandi* de la protection des droits et libertés aux États-Unis⁴⁴⁹. Parallèlement à cela, la production doctrinale canadienne a été largement inspirée, du moins durant les premières années de la *Charte*, du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois tel qu'il se pratique chez nos voisins du sud⁴⁵⁰. Finalement, la Cour suprême a elle-même incité les plaideurs à lui fournir des autorités américaines

⁴⁴⁵ Christopher P. MANFREDI, « The Canadian Supreme Court and American Judicial Review: United States Constitutional Jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 213, 214. Rappelons que 1984 est l'année où la Cour suprême a rendu sa première décision mettant en jeu la *Charte*, c'est-à-dire l'arrêt *Skapinker*, précité, note 354.

⁴⁴⁶ G.V. La FOREST, *loc. cit.*, note 444, 217.

⁴⁴⁷ Bijon ROY, « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », (2004) 62 *U.T. Fac. L. Rev* 99, 134.

⁴⁴⁸ Robert HARVIE et Hamar FOSTER, « Ties that Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law under the Charter », (1990) 28 *O.H.L.J.* 729, 737.

⁴⁴⁹ G.V. La FOREST, *loc. cit.*, note 444, 213 et 217.

⁴⁵⁰ R. HARVIE et H. FOSTER, *loc. cit.*, note 448, 780.

dans les causes mettant en jeu la *Charte*⁴⁵¹. Rappelons à cet égard les motifs que le juge Estey a rédigés, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* :

La Loi constitutionnelle de 1982 apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour. *Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada*⁴⁵² (nos italiques).

Bien évidemment, les juges de la Cour suprême ont précisé dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Skapinker* que les autorités américaines devaient être utilisées avec circonspection dans notre droit interne étant donné les « particularités de la tradition culturelle, historique, sociale et politique du Canada »⁴⁵³. Dans la décision *R. c. Rahey*, qui traite du droit d'être jugé dans un délai raisonnable prévu à l'alinéa 11b) de la *Charte*, le juge La Forest a souligné qu'une imitation servile de la jurisprudence constitutionnelle américaine ne constituait pas un signe de notre maturité nationale⁴⁵⁴. « La jurisprudence américaine, tout comme la jurisprudence britannique, doit être considérée comme un outil et non comme un maître à penser »⁴⁵⁵, a-t-il précisé. De même, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, où furent étudiés les articles 8 et 10 de la *Charte*, le juge Dickson a rappelé que les juristes canadiens doivent « hésiter à adopter des interprétations américaines qui ne sont pas en harmonie avec le régime d'interprétation de notre Constitution »⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ G.V. La FOREST, *loc. cit.*, note 444, 213.

⁴⁵² *Skapinker*, précité, note 354, 366-367.

⁴⁵³ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 256-257 (juge Wilson). Voir également sur ce point G.V. La FOREST, *loc. cit.*, note 444, 214.

⁴⁵⁴ *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, 639.

⁴⁵⁵ *Id.*

⁴⁵⁶ *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 516. Toujours au sujet de l'utilisation de la jurisprudence américaine en droit canadien, voir les motifs du juge majoritaire Dickson dans *Keegstra*, précité, note 20, 738-744, ainsi que le jugement rendu par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Pressler v. Lethbridge*, [1997] B.C.J. No. 2352 (S.C.) (QL), par. 50 à 52.

Bref, il nous faut retenir des explications qui précèdent que les juges canadiens peuvent tirer profit de la riche expérience américaine lors de l'interprétation et de l'application des droits et libertés. Cependant, les juges canadiens doivent veiller à ce que cet apport intellectuel étranger cadre bien avec la tradition culturelle, historique, sociale et politique de notre pays.

À l'aide des jugements *Edmonton Journal* et *Zundel*, nous analyserons dans les paragraphes qui suivent comment notre Cour suprême a évalué les valeurs afférentes à la *Charte* à la lumière de la jurisprudence américaine.

Tout d'abord, dans *Edmonton Journal*, la juge Wilson a tablé sur la jurisprudence américaine afin de définir la valeur de la publicité du processus judiciaire. Cette valeur devait être équilibrée, aux termes de l'article premier de la *Charte*, avec une seconde valeur, soit celle de la protection de la vie privée des parties⁴⁵⁷. Comme nous l'avons décrit précédemment⁴⁵⁸, il s'agissait en l'espèce de vérifier si une disposition législative portait indûment atteinte à la liberté d'expression en interdisant la publication ou la diffusion de certains renseignements relatifs aux procédures judiciaires civiles en matière matrimoniale.

Invoquant la décision *Gannett Co. v. DePasquale*⁴⁵⁹ rendue par la Cour suprême des États-Unis, la juge Wilson a fait valoir que la publicité des procès « serv[ait] des intérêts sociaux importants relatifs à l'intégrité de la procédure judiciaire »⁴⁶⁰ et qu'elle permettait de se « prémunir contre toute partialité de la part d[es] tribun[aux] »⁴⁶¹. L'honorable magistrat a également fait siens les propos qu'a tenus le juge Burger, de la

⁴⁵⁷ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1353 (section « Méthode d'application de la Charte ») et 1367 (section « L'article premier de la Charte »).

⁴⁵⁸ Pour un résumé des faits à la base de la décision *Edmonton Journal*, voir section 1.2.1.3, *supra*.

⁴⁵⁹ *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979).

⁴⁶⁰ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1359.

⁴⁶¹ *Gannett Co. v. DePasquale*, précité, note 459, 427, comme cité par la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1359.

Cour suprême des États-Unis, dans la décision *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*⁴⁶². Le juge Burger y indiquait que les médias agissent comme les suppléants du public lors des procès et qu'ils préservent ainsi l'intégrité du processus de présentation de la preuve⁴⁶³. Ces deux décisions américaines, de même qu'une troisième (*Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*⁴⁶⁴), ont finalement fait dire à la juge Wilson que la publicité des procès force juges et jurés à se conduire de façon responsable afin d'inspirer confiance aux plaideurs⁴⁶⁵.

Forte des enseignements tirés de la riche expérience américaine en matière de liberté d'expression, la juge Wilson s'est dite d'avis que « les arguments en faveur du droit de la presse de rapporter les détails de procédure judiciaire sont solides » et qu'il fallait des raisons « très sérieuses » pour qu'une mesure législative puisse restreindre la publicité des procès⁴⁶⁶. En l'espèce, la valeur du droit du public à la publicité du processus judiciaire a donc primé la valeur de la protection de la vie privée des parties.

Comme seconde illustration du recours à la jurisprudence américaine pour jauger les valeurs afférentes à la *Charte*, référons-nous maintenant à l'arrêt *Zundel*. Rappelons que la Cour suprême devait y déterminer si la publication de fausses nouvelles représentait une forme d'expression protégée en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte*. La juge McLachlin, en se prononçant au nom de la majorité de la Cour, a paru s'être inspirée de la conception de la liberté d'expression qui prévaut aux États-Unis. S'autorisant des propos tenus par le juge Holmes dans la décision *United States c. Schwimmer*⁴⁶⁷,

⁴⁶² *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

⁴⁶³ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1359-1360.

⁴⁶⁴ *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986).

⁴⁶⁵ *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1360.

⁴⁶⁶ *Id.*, 1362. Par souci d'exactitude, notons que la juge Wilson s'est également basée sur les écrits de Jeremy Bentham (*Treatise on Judicial Evidence*) et de John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law*) pour arriver à une telle conclusion. Nous reviendrons sur les écrits des théoriciens du droit à la section 2.3, *infra*.

⁴⁶⁷ *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929). Le juge Holmes a fait valoir ce qui suit aux pp. 654-655 de cette décision: « [I]f there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate ».

l'honorable magistrat a fait valoir que la teneur particulière d'un message incitant à l'intolérance n'est pas une raison pour refuser à son émetteur la protection accordée par la liberté d'expression⁴⁶⁸. Selon la juge McLachlin, la liberté d'expression « est une garantie qui sert à protéger le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être »⁴⁶⁹.

Suivant cette conception somme toute assez large de la protection accordée par l'alinéa 2b) de la *Charte*, la juge McLachlin a affirmé que la publication de mensonges délibérés peut, à l'occasion⁴⁷⁰, répondre à des fins sociales utiles et ainsi favoriser deux valeurs importantes qui sous-tendent la liberté d'expression, nommément la participation au processus démocratique et l'accomplissement de soi⁴⁷¹. Cette nécessité de protéger les valeurs à la base même de la liberté d'expression a ultimement fait dire à la juge McLachlin que la publication de fausses nouvelles représentait une forme d'expression protégée aux termes de l'alinéa 2b) de la *Charte*⁴⁷².

À la lumière des explications qui précèdent, il ressort de la décision *Zundel* que la jurisprudence américaine a eu une influence certaine sur la façon dont la juge majoritaire McLachlin a balisé la liberté d'expression et les valeurs qui la sous-tendent, nommément la participation au processus démocratique et l'accomplissement de soi.

En définitive, nous avons vu, tout au long de notre examen du droit international et du droit comparé, que les juges qui invoquent les valeurs afférentes à la *Charte* se reportent fréquemment aux valeurs partagées par la communauté internationale. Comme

⁴⁶⁸ *Zundel*, précité, note 20, 752-753.

⁴⁶⁹ *Id.*, 753.

⁴⁷⁰ La juge McLachlin soutient par exemple qu'une personne combattant la cruauté envers les animaux peut citer de fausses statistiques à l'appui de ses revendications et qu'un auteur peut, à des fins artistiques, mentir délibérément dans ses écrits (*Id.*, 754-755).

⁴⁷¹ *Id.* Rappelons sur ce point que la Cour suprême a dégagé, dans les arrêts *Ford*, précité, note 44 et *Irwin Toy*, précité, note 44, trois valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression : 1) La recherche de la vérité ; 2) La participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique ; 3) L'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels. Voir à cet égard notre section 1.1.2, *supra*, ainsi que notre section 2.3.1, *infra*.

⁴⁷² *Zundel*, précité, note 20, 759.

nous l'avons souligné, l'étude attentive des instruments internationaux et des législations étrangères fait ressortir les valeurs fondamentales qu'ont en partage les sociétés libres et démocratiques comparables au Canada. Conséquemment, nous avons indiqué de quelle façon les juges canadiens tirent profit des mesures de protection des droits et libertés prises ailleurs dans le monde⁴⁷³.

Sous l'éclairage de ces considérations théoriques, nous avons exposé comment les instruments internationaux ont permis de cerner, dans l'arrêt *Sharpe*, la valeur de la protection des enfants. Nous avons également étudié, à l'aide de l'arrêt *Keegstra*, de quelle manière les instruments internationaux ont influencé l'application des valeurs d'égalité et de dignité intrinsèque des personnes.

En ce qui a trait à l'exercice de comparaison des droits, nous avons vu comment la revue des législations étrangères a donné l'occasion aux membres de la Cour suprême d'étudier la valeur de la protection des enfants (dans *Sharpe*), ainsi que les valeurs d'égalité, de liberté, de dignité humaine et de multiculturalisme (dans *Zundel*). Plus particulièrement quant au droit constitutionnel américain, nous avons rapporté de quelle façon ce droit a contribué à équilibrer la valeur de la publicité du processus judiciaire (dans *Edmonton Journal*) et à baliser les valeurs de participation au processus démocratique et d'accomplissement de soi (dans *Zundel*).

Cela étant, il convient maintenant de nous intéresser au lien étroit qui existe entre les valeurs de la *Charte* et les écrits des philosophes politiques et des théoriciens du droit. Cette étude fera l'objet de la section 2.3 qui suit.

⁴⁷³ C'est en ce sens que nous pourrions écrire, à l'instar de W.A. SCHABAS et S. BEAULAC, *op. cit.*, note 357, p. 291, que « *The contemporary trend shown by national and international adjudicative bodies favour[s] [a] cross-fertilisation among human rights experiences* ». Ou encore, à l'instar de Peter W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 36-41, nous pourrions souligner que « *The search for wisdom is not to be circumscribed by national boundaries* ».

2.3 Les écrits des philosophes politiques et des théoriciens du droit

Parmi les premiers arrêts qu'elle a rendus en matière de *Charte*, la Cour suprême a tout de suite reconnu l'utilité des arguments philosophiques lors de l'interprétation de cet instrument de protection des droits et libertés. En 1985, dans la décision *Big M. Drug Mart*, le juge majoritaire Dickson a fait valoir que la *Charte* devait être « située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »⁴⁷⁴. De même, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)* rendu en 1987, le juge majoritaire McIntyre a réitéré que « l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société » pouvaient jouer un rôle valable lors de l'interprétation de la *Charte*.⁴⁷⁵ C'est en ce sens que l'auteur Christian Brunelle a pu écrire que :

L'œuvre de création à laquelle la Cour doit se livrer pour donner un sens aux termes de la Charte canadienne – et ainsi la revêtir d'une dimension humaine qui corresponde aux valeurs qui la sous-tendent – invite à recourir à des sources parfois moins juridiques parmi lesquelles la philosophie jouit d'un traitement privilégié⁴⁷⁶.

En effet, lorsqu'il s'est agi de déterminer les fondements philosophiques des droits et libertés inscrits à la *Charte*, la Cour suprême s'est souvent référée aux grands penseurs dont les idées ont façonné notre conception occidentale de la société. Pensons notamment aux philosophes politiques grecs (Platon, Aristote), britanniques (John Stuart Mill, Jeremy Bentham,), français (Voltaire, Alexis de Tocqueville) et allemands (Georges Hegel, Emmanuel Kant) dont la Cour a mentionné les idées ou parfois même cité des extraits de leurs œuvres. Mentionnons également que des concepts développés par des théoriciens du droit et de la politique contemporains, tels que Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, Joseph Raz et John Rawls, apparaissent dans la jurisprudence de la Cour⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ *Big M Drug Mart*, précité, note 19, 344.

⁴⁷⁵ *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 394. Par souci d'exactitude, précisons que le juge McIntyre a souligné, à la même page, que la « tradition constitutionnelle » ainsi que « la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel » permettent également de circonscrire l'interprétation de la *Charte*.

⁴⁷⁶ C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 8, 357.

⁴⁷⁷ Nous reprenons ici quelques philosophes politiques et théoriciens du droit qu'a mentionnés David M. BROWN dans son article « *Sauvé and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen?* », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 299. Nous avons plus particulièrement consulté l'annexe B intitulée « *The Use of*

Bien évidemment, les références à ces grands penseurs ne peuvent dicter à elles seules la solution des litiges où est invoquée la *Charte*. Dans certains jugements, les citations philosophiques ont une fonction plus ornementale que pratique, en ce sens qu'elles embellissent la forme sans vraiment changer le fond. Pensons notamment à Platon et Aristote, brièvement invoqués dans l'affaire *Rodriguez* afin de rappeler que le suicide a déjà été perçu comme « un crime contre les dieux et l'État »⁴⁷⁸. Rapportons également l'exemple de Voltaire, succinctement cité dans l'arrêt *Little Sisters* afin de souligner que « la liberté de pensée est la vie de l'âme »⁴⁷⁹. Souvenons-nous aussi de Jacques Maritain, dont les enseignements ont fait dire au juge La Forest, dans la décision *McKinney*, que « les droits de la personne continuent de jaillir de l'expérience humaine »⁴⁸⁰. Ces trois exemples ont en commun le fait de ne constituer que de très courts passages qui ont vraisemblablement eu peu d'impact dans la résolution des litiges.

Toutefois, dans d'autres jugements, les vues des intellectuels de renom ont fait bien plus qu'embellir les motifs des juges. Lorsqu'il s'est agi de comprendre les fondements mêmes des droits et libertés, les travaux de certains philosophes politiques et théoriciens du droit ont apporté des éléments de réponse beaucoup plus substantiels que dans les trois exemples que nous venons de rapporter.

Par exemple, dans *Dolphin Delivery*, qui fut le premier arrêt dans lequel la Cour suprême a interprété la liberté d'expression⁴⁸¹, le juge McIntyre a cité deux extraits de l'ouvrage *On Liberty* de John Stuart Mill afin de rappeler que la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter est bénéfique pour la démocratie moderne⁴⁸².

Political and Legal Philosophers by the Supreme Court of Canada », aux pp. 342 à 347. Apparaissent dans cette annexe les références exactes des décisions de la Cour suprême dans lesquelles sont mentionnés ces intellectuels de renom.

⁴⁷⁸ *Rodriguez*, précité, note 53, 596 (juge Sopinka).

⁴⁷⁹ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministère de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 272 (juge Iacobucci).

⁴⁸⁰ *McKinney*, précité, note 7, 295.

⁴⁸¹ R.J. SHARPE et K. ROACH, *op. cit.*, note 162, p. 58.

⁴⁸² L'un des deux extraits de l'ouvrage *On Liberty* se lit comme suit : « [C]haque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement

De même, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, la juge Wilson a cité des passages provenant du *Treatise on Judicial Evidence* et du *Rationale of Judicial Evidence* de Jeremy Bentham. L'honorable magistrat a cherché en cela à établir les limites à la liberté d'expression, et ce, dans le cadre particulier de la publicité du processus judiciaire. Lesdits passages lui ont fait remarquer que les procès publics ont des effets bénéfiques sur le processus de présentation de la preuve et qu'ils contribuent à cultiver la confiance du public dans le fonctionnement des tribunaux⁴⁸³.

Également, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, des extraits de l'ouvrage *De la démocratie en Amérique*, d'Alexis de Tocqueville, ont contribué à définir la liberté d'association. Le juge McIntyre s'est en effet référé à de Tocqueville pour étayer ses propres affirmations voulant que « l'exercice des droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui »⁴⁸⁴ et que « les associations servent à éduquer leurs membres sur le fonctionnement des institutions démocratiques »⁴⁸⁵. Précisons que les idées d'autres penseurs, parmi lesquels se

comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes». Voir John Stuart MILL, « On Liberty », dans R. B. McCALLUM (dir.), *On Liberty and Considerations on Representative Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1946, p. 14, comme cité dans sa traduction française dans *Dolphin Delivery*, précité, note 176, 583.

⁴⁸³ Pour arriver à une telle conclusion, la juge Wilson s'est autorisée des propos suivants tenus par Bentham : « [L]es effets de la publicité prennent leur importance maximale lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements ». Voir Jeremy BENTHAM, *Treatise on Judicial Evidence*, London, J.W. Paget, 1825, p.69, tel que cité dans sa traduction française dans *Edmonton Journal*, précité, note 125, 1360. Consulter également la p. 1358 de la même décision, où est reproduit un extrait de l'ouvrage *Rationale of Judicial Evidence* de Bentham.

⁴⁸⁴ Le juge McIntyre se base sur le fait que de Tocqueville ait écrit qu' « [A]près la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même ». Voir Alexis de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1951, p. 305 du tome I, comme cité dans *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 395.

⁴⁸⁵ Le juge McIntyre s'appuie sur l'idée suivante développée par de Tocqueville : « ...[Des individus] ne sauraient faire longtemps partie de ces associations-là sans découvrir comment on maintient l'ordre parmi un grand nombre d'hommes, et par quel procédé on parvient à les faire marcher, d'accord et méthodiquement, vers le même but. Ils y apprennent à soumettre leur volonté à celle de tous les autres, et à subordonner leurs efforts particuliers à l'action commune (...) ». Voir A. de TOCQUEVILLE, *op. cit.*, note 484, p. 158 du tome II, comme cité dans *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 396.

trouvent notamment Aristote et Thomas I. Emerson, ont aussi permis de définir la liberté d'association dans ce même *Renvoi*⁴⁸⁶.

Si, dans les exemples jurisprudentiels que nous venons de mentionner, les travaux des philosophes politiques et des théoriciens du droit ont permis de cerner les droits et libertés constitutionnalisés, existent d'autres arrêts de la Cour suprême où des intellectuels de renom ont joué un rôle prépondérant lorsqu'il s'est agi de dégager les valeurs afférentes à la Charte. Dans les paragraphes qui suivent, nous nous pencherons sur la façon dont les idées de Thomas I. Emerson et de John Stuart Mill ont permis aux membres de la Cour de dégager respectivement les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression ainsi que sur les valeurs démocratiques contenues dans la *Charte*.

2.3.1 Les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression dégagées par Thomas I. Emerson

Voyons tout d'abord le cas des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Ces dernières ont été dégagées pour la première fois dans l'arrêt *Ford* (en 1988) et fixées définitivement dans l'arrêt *Irwin Toy* (en 1989). Dans *Ford*, une Cour suprême unanime a cité l'extrait suivant de l'article *Toward a General Theory of the First Amendment*⁴⁸⁷ que Thomas I. Emerson a publié en 1963 :

Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un système de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour permettre la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4)

⁴⁸⁶ Voir *Public Service Employee Relations Act*, précité, note 125, 395-396 et 398.

⁴⁸⁷ Le « First Amendment », ajouté en 1791 à la Constitution américaine, protège la liberté de religion, la liberté d'expression, la liberté d'association et le droit des citoyens d'adresser des requêtes au gouvernement. Le libellé de cette disposition se lit comme suit : « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ; or abridging the freedom of speech, or of the press ; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances* ».

pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société⁴⁸⁸.

Or, la lecture que nous avons faite de l'article d'Emerson révèle que ces quatre valeurs sont intrinsèquement liées à la conception philosophique de la liberté d'expression qui s'est développée en Occident depuis la Renaissance⁴⁸⁹.

En effet, tout de suite après avoir énuméré les quatre valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, Emerson a indiqué en note infrapaginale que les sources générales du développement de cette conception provenaient notamment des ouvrages de John Milton (*Aeropagitica*), de John Locke (*Two Treatises of Government, Essay Concerning Human Understanding, Letters on Toleration*), de John Stuart Mill (*On Liberty*), de Walter Bagehot (*The Metaphysical Basis of Toleration*) ainsi que des écrits de Thomas Jefferson et de James Madison⁴⁹⁰.

Plus précisément quant à la valeur de l'épanouissement personnel des individus, Emerson s'est autorisé de Milton pour écrire que « *[T]he suppression of belief, opinion and expression is an affront to the dignity of man, a negation of man's essential nature* »⁴⁹¹. De même, en ce qui a trait à la valeur de la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social et politique, Emerson s'est référé à Mill pour rappeler que la liberté d'expression est un bien social (« *a social good* ») dont la valeur est bonifiée par la contribution d'un grand nombre d'individus⁴⁹². Également, en ce qui touche la valeur du maintien d'un équilibre adéquat entre la stabilité et le changement dans la société, Emerson a repris la pensée de Bagehot pour indiquer que les

⁴⁸⁸ Thomas I. EMERSON, « Toward a General Theory of the First Amendment », (1963) 72 *Yale L.J.* 877, 878, comme traduit et cité dans *Ford*, précité, note 44, 765.

⁴⁸⁹ T.I. EMERSON, *loc. cit.*, note 488, 878.

⁴⁹⁰ *Id.*, 879. Notons que les intellectuels cités par Emerson ont tous la langue anglaise en partage. Il est selon nous malheureux qu'Emerson n'ait pas inclus à sa liste des philosophes français ou allemands.

⁴⁹¹ *Id.*, 879-880.

⁴⁹² *Id.*, 882.

sociétés qui ont voulu supprimer la liberté d'expression et imposer une conformité idéologique ont retardé leur propre développement de manière indésirable⁴⁹³.

Bref, comme nous le voyons, les quatre valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression dégagées par Emerson reposent manifestement sur des considérations philosophiques et politiques. Bien que la Cour suprême n'ait pas remonté, comme nous venons de le faire, jusqu'aux sources dont s'est servi Emerson pour écrire son article, il est d'importance capitale de comprendre que la conception de la liberté d'expression cautionnée par la Cour possède une composante philosophique et politique indéniable.

Qui plus est, les quatre valeurs de la liberté d'expression, telles qu'étudiées par Emerson, furent reprises presque intégralement dans la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Ford*. Dans la décision *Irwin Toy*, parue quelques mois après *Ford*, les juges majoritaires Dickson, Lamer et Wilson se dirent d'avis que les valeurs sous-tendant la liberté d'expression étaient : 1° la recherche de la vérité; 2° la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; 3° l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels⁴⁹⁴. Remarquons que ces trois valeurs correspondent presque mot pour mot aux trois premières valeurs qu'a identifiées Emerson. Quant à la quatrième valeur circonscrite par Emerson, c'est-à-dire le maintien d'un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société, les juges majoritaires dans *Irwin Toy* n'en firent plus mention puisque la Cour unanime de *Ford* avait précédemment émis l'opinion que cette valeur était « étroitement liée »⁴⁹⁵ à la valeur de la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social et politique. Selon toute vraisemblance, ces deux valeurs furent alors jointes l'une à l'autre. Toutefois, mis à part ce léger changement, nous pouvons affirmer que la conception de la liberté d'expression promue par Emerson fut reprise presque intégralement par la Cour suprême.

⁴⁹³ *Id.*, 884.

⁴⁹⁴ *Irwin Toy*, précité, note 44, 976.

⁴⁹⁵ *Ford*, précité, note 44, 765.

En effet, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême a invariablement axé son analyse sur les mêmes valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Rapportons à titre illustratif les jugements *Keegstra*⁴⁹⁶, *Zundel*⁴⁹⁷, *Société Radio-Canada c. Lessard*⁴⁹⁸, *Pepsi-Cola*⁴⁹⁹, *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*⁵⁰⁰, ainsi que le tout récent arrêt *JTI-Macdonald Corp.*⁵⁰¹, lesquels jugements mentionnent tous que la liberté d'expression est caractérisée par les trois valeurs particulières que nous avons énumérées ci-dessus⁵⁰².

En somme, nous pouvons donc affirmer que la conception de la liberté d'expression, telle que véhiculée dans la jurisprudence de la Cour suprême, représente un emprunt direct à Emerson et aux travaux des intellectuels occidentaux dont ce dernier s'est autorisé pour écrire son article *Toward a General Theory of the First Amendment*. Soulignons au passage que la Cour suprême semble avoir malheureusement dissimulé cet emprunt⁵⁰³.

⁴⁹⁶ *Keegstra*, précité, note 20, 727 et ss. (juge majoritaire Dickson).

⁴⁹⁷ *Zundel*, précité, note 20, 754 et ss. (juge majoritaire McLachlin).

⁴⁹⁸ *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 451-453 (juge dissidente McLachlin), (ci-après « *Lessard* »).

⁴⁹⁹ *Pepsi-Cola*, précité, note 190, par. 32 et ss. (juges McLachlin et LeBel au nom de la Cour).

⁵⁰⁰ *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 65-74 (juges majoritaires Deschamps et McLachlin), (ci-après « *2952-1366 Québec Inc.* »).

⁵⁰¹ *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 34 (juge McLachlin au nom de la Cour), (ci-après « *JTI-Macdonald* »).

⁵⁰² Il nous est impossible de prévoir si la Cour suprême modifiera un jour sa façon de définir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression ou encore si elle précisera davantage ces dernières. Comme l'a souligné la juge McLachlin dans la décision *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 240-41 : « [i]l y aura certainement des questions quant à la portée exacte de la recherche de la vérité, de la participation au sein de la société et des conditions nécessaires à l'enrichissement et à l'épanouissement personnels. On aurait tort de tenter dès le début de définir ces valeurs de façon détaillée. Outre les difficultés inhérentes à ce genre d'exercice, cela risquerait d'enlever toute protection constitutionnelle à des modes d'expression qui devraient être protégés. Comme on l'a souligné dans *Irwin Toy*, "[l]a délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève [...] d'un examen judiciaire qui doit être fait dans chaque cas" (p. 977). Cela donnera lieu à des règles juridiques de plus en plus définitives et complètes, à l'image de l'expérience et du jugement naissant de la société et des tribunaux sur la difficile question de savoir quand y a-t-il atteinte à la liberté d'expression » (nos italiques).

⁵⁰³ Cette dissimulation est frappante dans *Irwin Toy*, précité, note 44, 976, où les juges majoritaires Dickson, Lamer et Wilson ne soulignent pas qu'ils ont dégagé les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression à partir des travaux d'Emerson. Les trois magistrats se contentent d'écrire : « Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi (...) » (nos italiques).

2.3.2 Les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative vus par John Stuart Mill

En plus de définir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, les travaux des intellectuels de renom ont joué un rôle de premier plan lorsqu'il s'est agi, dans la seconde affaire *Sauvé*⁵⁰⁴, de cerner les « valeurs démocratiques » et les « préceptes fondamentaux de la démocratie participative » contenus dans la *Charte* et plus particulièrement à son article 3. Rappelons que cette disposition garantit que tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Dans les paragraphes qui vont suivre, nous verrons comment les travaux des philosophes politiques et des théoriciens du droit ont servi à étayer les motifs qu'ont rédigés les juges McLachlin (majoritaire) et Gonthier (dissident) dans la seconde affaire *Sauvé*. Nous nous attarderons principalement à la façon dont la juge McLachlin a examiné les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative à la lumière des travaux de John Stuart Mill.

Rappelons tout d'abord que la Cour suprême devait, dans la seconde affaire *Sauvé*, évaluer la constitutionnalité de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*⁵⁰⁵ privant du droit de vote tous les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus. Bien qu'il concédât dès le départ que cette mesure portait atteinte à l'article 3 de la

Qui plus est, le nom d'Emerson n'apparaît nullement dans les arrêts *Zundel*, précité, note 20; *Lessard*, précité, note 498; *Pepsi-Cola*, précité, note 190; *2952-1366 Québec Inc*, précité, note 500 et *JTI-Macdonald*, précité, note 501. Bref, de tous les arrêts dont nous avons fait mention dans notre texte, seuls *Keegstra*, précité, note 20, 827-828 et *Ford*, précité, note 44, 765, relie les travaux d'Emerson aux trois valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

Notons par ailleurs que l'omission de préciser certains emprunts aux intellectuels de renom ne se retrouve pas uniquement en matière de liberté d'expression. Christian BRUNELLE, *loc. cit.*, note 8, 373-375, rapporte que dans l'affaire *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, la juge Wilson est demeurée silencieuse sur l'origine de sa conception de la liberté lors de son analyse du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 de la *Charte*. La juge Wilson a subséquemment précisé, dans les motifs qu'elle a rédigés dans les arrêts *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 et *Morgentaler*, précité, note 14, que sa conception de la liberté a été influencée par l'ouvrage *On Liberty* de John Stuart Mill.

⁵⁰⁴ Il faut distinguer la « première affaire » *Sauvé*, c'est-à-dire *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, de la « seconde affaire » *Sauvé*, précitée, note 118.

⁵⁰⁵ *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2.

*Charte*⁵⁰⁶, le ministère public soutint qu'une telle restriction se justifiait pleinement aux termes de l'article premier. Il avança que cette privation du droit de vote visait à « accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit » de même qu'à « infliger une sanction supplémentaire ou faire ressortir les objectifs généraux de la sanction pénale »⁵⁰⁷. Le caractère éminemment symbolique de ces objectifs força les juges de la Cour suprême à table sur des considérations philosophiques, politiques et sociales qui se prêtaient mal à des démonstrations factuelles rigoureusement exactes⁵⁰⁸. Comme l'a très franchement souligné le juge Gonthier, la « philosophie sociale ou politique [à la base de la loi contestée] était non susceptible d'être étayée par une preuve au sens où on l'entend habituellement »⁵⁰⁹.

Conséquemment, les motifs qu'a rédigés le juge Gonthier ont porté en grande partie sur des notions abstraites telles que la démocratie, la punition, la primauté du droit et la responsabilité du citoyen⁵¹⁰. L'honorable magistrat a insisté sur l'examen sérieux que l'on devait en faire, puisque ces notions « constitu[ai]ent en fait toute la preuve dont dispos[ait] la Cour »⁵¹¹. Furent donc appelés en renfort plusieurs grands noms de la théorie du droit contemporaine. Mentionnons par exemple Joseph Raz, cité à propos de la relation entre le droit et la moralité de même qu'au sujet de la primauté du droit⁵¹². Le juge Gonthier s'est également référé à Ronald Dworkin afin de déterminer dans quelles circonstances une conception particulière de la moralité revêt un caractère suffisamment fondamental pour faire l'objet d'une intervention du législateur⁵¹³. Notons aussi que fut reprise la vision de John Rawls relativement à l'interrelation entre la primauté du droit et la nécessité d'adopter des règles sur les questions d'intérêt public⁵¹⁴.

⁵⁰⁶ *Sauvé*, précité, note 118, par. 6.

⁵⁰⁷ *Id.*, par. 21.

⁵⁰⁸ *Id.*, par. 67.

⁵⁰⁹ *Id.*, par. 186.

⁵¹⁰ *Id.*, par. 99.

⁵¹¹ *Id.*, par. 102.

⁵¹² *Id.*, par. 112 et 115.

⁵¹³ *Id.*, par. 113.

⁵¹⁴ *Id.*, par. 143.

De toute évidence, ces références aux théoriciens du droit auront permis de mieux comprendre le symbolisme inhérent aux objectifs que le législateur avait avancés au soutien de la privation du droit de vote chez les détenus. Rappelons que lesdits objectifs, qui visaient notamment à accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, participaient du respect de la primauté du droit, laquelle fut qualifiée de « valeur fondamentale de la collectivité »⁵¹⁵.

Par ailleurs, la responsabilité civique et le respect de la règle de droit furent associés aux valeurs d'une société libre et démocratique. Comme l'a souligné sur ce point le juge Gonthier :

[Les] objectifs poursuivis par le législateur par l'adoption de l'al. 51e) de la Loi reflètent des valeurs de la société canadienne, des valeurs qui ont trait précisément au maintien de l'intégrité et de la santé de la démocratie comme telle. Il se peut que ces objectifs soient abstraits, mais ils sont le fondement de notre société. *Ce sont des valeurs importantes qui sous-tendent l'article premier de la Charte* (nos italiques)⁵¹⁶.

À la lumière de ces explications, il appert que le juge Gonthier s'est senti parfaitement à l'aise de recourir à des justifications abstraites, symboliques et philosophiques aux fins de son argumentation.

Au contraire, la juge McLachlin a évité de fonder son argumentation sur de telles justifications. Dans une remarque très directe, elle a affirmé que les symboles « rend[aient] l'analyse de la question de la justification plus difficile »⁵¹⁷. En conséquence, elle a tenté de développer ses motifs à partir de notions plus juridiques telles que la personnalisation de la peine en droit pénal⁵¹⁸ et l'importance intrinsèque du droit de vote à la lumière des articles 3 et 33 de la *Charte*⁵¹⁹. Toutefois, et c'est là le

⁵¹⁵ *Id.*, par. 103.

⁵¹⁶ *Id.*, par. 121.

⁵¹⁷ *Id.*, par. 22.

⁵¹⁸ *Id.*, par. 48.

⁵¹⁹ La juge McLachlin attribue au droit de vote une « importance privilégiée » (*Id.*, par. 12), le considère comme « l'un des droits les plus fondamentaux garantis par la *Charte* » (par. 13) et le qualifie de « pierre angulaire de la démocratie » (par. 14). Elle mentionne à cet égard que l'on ne peut déroger à l'article 3 de

grand paradoxe de la seconde affaire *Sauvé*, la juge McLachlin a quand même incorporé certaines notions symboliques à son argumentation⁵²⁰. Pensons par exemple à sa discussion sur le contrat social et l'appartenance du citoyen à la cité malgré son non-respect des lois⁵²¹. Pensons également à sa référence au philosophe John Stuart Mill lorsqu'il s'est agi d'étudier les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative contenus dans la *Charte*.

Plus particulièrement quant à la pensée de Mill, la juge McLachlin a reproduit dans ses motifs un passage de l'ouvrage *Thoughts on Parliamentary Reform* suivant lequel « la possession et l'exercice de droits politiques, notamment du droit de vote, figurent parmi les principaux outils de formation, tant morale qu'intellectuelle, de l'esprit populaire »⁵²². S'autorisant ainsi de Mill, la juge McLachlin a affirmé que priver les prisonniers du droit de vote « équival[ait] à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales »⁵²³. L'honorable magistrate s'est référée à Mill à deux autres reprises afin de soutenir que le droit de vote est un outil de développement social puisqu'il transmet le sens des valeurs démocratiques et de la responsabilité civique⁵²⁴. Bref, de l'avis de la juge McLachlin,

Le retrait du droit de vote en guise de punition ne transmet pas le "message éducatif" que le gouvernement a la prétention de transmettre; au contraire, il en réduit l'efficacité et est incompatible avec les

la *Charte* par le biais de son article 33. Les auteurs de doctrine n'ont pas manqué de souligner que cette opinion de la juge McLachlin est erronée en ce sens qu'elle ouvre la porte à la création d'une hiérarchie des droits. Dans son article «Developments in Constitutional Law: the 2002-2003 Term – A Tale of Two Courts», (2003) 22 *S.C.L.R.* (2d) 83, 92, Graeme G. MITCHELL lui reproche de rendre « sacrosaint » le droit de vote. De même, David M. BROWN, *loc. cit.*, note 477, 308, parle d'une « elevation of the right to vote in section 3 into the pantheon of virtually untouchable rights ».

⁵²⁰ D.M. BROWN, *loc. cit.*, note 477, 314-315, décrit ainsi cette contradiction: « Ironically, the majority's judgment in *Sauvé* (...) relied on abstract values in concluding that the government's reliance on abstract values, such as enhancing the respect for the law, failed the rational connection analysis ».

⁵²¹ *Sauvé*, précité, note 118, par. 47.

⁵²² John Stuart MILL, « Thoughts on Parliamentary Reform » (1859), dans J. M. ROBSON (dir.), *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, Toronto, University of Toronto Press, 1977, pp. 322-323, comme cité dans sa traduction française dans *Sauvé*, précité, note 118, par. 38.

⁵²³ *Sauvé*, précité, note 118, par. 38.

⁵²⁴ *Id.*, par. 49 et 59.

préceptes fondamentaux de démocratie participative contenus dans la *Charte* et garantis par celle-ci⁵²⁵.

Or, il est impératif de comprendre que les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative contenus dans la *Charte* semblent très étroitement liés à la pensée de Mill. Plus exactement, les références aux idées de Mill (paragraphe 38 et 49 des motifs de la juge McLachlin) concordent très exactement avec la discussion sur les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative (paragraphe 38-41 et 49). Il appert donc que la pensée de Mill a joué un rôle de premier plan dans l'analyse de la dimension axiologique découlant du retrait du droit de vote aux prisonniers.

Cependant, afin d'être parfaitement rigoureux dans notre étude de la seconde affaire *Sauvé*, il y a lieu de nous interroger sur la façon dont la juge McLachlin s'est autorisée de la pensée de Mill. Bien que ce dernier ait effectivement écrit que le droit de vote représentait l'un des outils du processus de formation démocratique des citoyens, il soutenait néanmoins que les prisonniers devaient perdre ce même droit de vote. En effet, Mill croyait que le retrait du droit de vote faisait partie intégrante de la peine à infliger aux criminels. Il l'avait clairement indiqué dans une note infrapaginale de ses *Thoughts on Parliamentary Reform*, c'est-à-dire l'ouvrage même auquel s'est référée la juge McLachlin à l'appui de son argumentation. Pour reprendre l'expression de Mill,

I pass over the question whether insane persons, or persons convicted of crime, should be exceptions to this general provision. As far as the direct influence of their votes went, it would scarcely be worthwhile to exclude them. But, as an aid to the great object of giving a moral character to the exercise of the suffrage, it might be expedient that *in the case of crimes evincing a high degree of insensibility to social obligation, the deprivation of this and other civic rights should form part of the sentence*⁵²⁶ (nos italiques).

Qui plus est, notons que dans une autre de ses œuvres intitulée *Considerations on Representative Government*, Mill a défendu une vision très élitiste de la démocratie et il

⁵²⁵ *Id.*, par. 41.

⁵²⁶ J.S. MILL, *op. cit.* note 522, p. 322, tel que cité dans D.M. BROWN, *loc. cit.* note 477, 329.

s'est opposé au suffrage universel. Il y a notamment soutenu que les gens vivant des mesures d'assistance sociale, ainsi que ceux ne pouvant lire, écrire ou calculer, devaient être privés du droit de vote⁵²⁷.

À la lumière de ces informations, il appert que la juge McLachlin a commis une bévue en s'autorisant de Mill pour étayer son argumentation sur les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative contenus dans la *Charte*. Cette maladresse est d'autant plus surprenante que les témoins experts avaient peu discuté de l'œuvre de Mill lors des audiences. Le juge de première instance n'y avait consacré que deux phrases dans ses motifs qui s'étalaient sur plus de 180 paragraphes⁵²⁸. Les juges de la Cour fédérale d'appel n'avaient pour leur part aucunement mentionné Mill dans leur décision⁵²⁹.

Somme toute, l'écueil d'ériger Mill en fer de lance du droit de vote des détenus aurait pu être évité si la juge McLachlin avait fait montre de plus de rigueur dans son analyse et si elle avait véritablement maîtrisé ce qu'a écrit ce philosophe⁵³⁰. Il est à

⁵²⁷ D.M. BROWN, *loc. cit.*, note 477, 326-27.

⁵²⁸ Les deux phrases se retrouvent aux par. 8 et 124 de la décision *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857.

⁵²⁹ Voir à cet égard la décision *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2000] 2 C.F. 117 (C.A.).

⁵³⁰ Martha C. NUSSBAUM, professeure de philosophie, d'études classiques et de littérature comparée à l'Université Brown, se montre acerbe quant aux compétences des juristes en matière de philosophie. Dans un article intitulé « The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education », (1992-93) 45 *S.L.R.* 1627, elle affirme que les juristes abordent d'une manière superficielle, voire incorrecte, la discipline très spécialisée qu'est la philosophie. Comme elle l'écrit à la p. 1644, « [I]legal academics who pick up a bit of philosophy and do a thing or two in that field do it pretty badly. Not that this is surprising, for anything one picks up without years of relevant training and practice is likely to be badly done. The wonder is only that people suppose they can do it, whereas they never would suppose that they could publish on a mathematical topic without years of mathematical study. Or sing on the stage of the San Francisco Opera without having had voice lessons » (nos italiques).

Voir également sur ce point C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 8, 379-382, qui rappelle que dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre (dissident en partie) a fait montre de « méconnaissance philosophique » en rejetant catégoriquement la façon dont Aristote concevait l'égalité. La Cour devait déterminer, dans cette affaire, si l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au Barreau de la Colombie-Britannique portait indûment atteinte au droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*. Lorsqu'il s'est agi de circonscrire le concept d'égalité, le juge McIntyre a souligné que le principe aristotélicien d'« égalité formelle », tel que dégagé dans l'*Éthique de Nicomaque*, ne se justifiait plus de nos jours. Selon l'honorable magistrat, l'application d'un tel principe permettrait de

espérer qu'une telle erreur ne se reproduira plus dans les arrêts à venir que rendra la Cour suprême. Dans un contexte de *Charte*, « il ne suffit pas de référer à la philosophie, encore faut-il s'en servir de façon utile »⁵³¹, de souligner pertinemment Christian Brunelle.

Nonobstant l'utilisation inexacte des écrits de Mill dans la seconde affaire *Sauvé*, nous croyons que le recours aux philosophes politiques et aux théoriciens du droit conserve toute sa pertinence lors de l'examen des valeurs afférentes à la *Charte*. Comme nous l'avons vu lors de notre étude des arrêts *Ford et Irwin Toy* ainsi que de l'article *Toward a General Theory of the First Amendment*, les valeurs sous-jacentes à l'alinéa 2b) de la *Charte* ont été légitimement dégagées à partir de la conception philosophique de la liberté d'expression qui s'est développée en Occident depuis la Renaissance, et plus particulièrement à partir des idées de Milton, Locke, Mill, Bagehot, Jefferson et Madison.

Puisque l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société jouent un rôle important dans notre contentieux constitutionnel canadien, nous pouvons considérer que le recours aux philosophes politiques et aux théoriciens du droit se justifie parfaitement lorsqu'il s'agit de dégager les valeurs afférentes à la *Charte*. Comme le note d'ailleurs Christian Brunelle avec beaucoup d'à-propos,

La référence à des concepts d'une teneur hautement philosophique, telles les notions de liberté, d'égalité ou de société démocratique, qui émergent du texte de la *Charte*, justifie encore moins l'attitude « monopolistique » des juristes et leur hostilité coutumière à l'égard de la philosophie. À l'ère de la *Charte*, plus que jamais auparavant, se

justifier les lois nazies à l'égard des Juifs ainsi que les lois ségrégationnistes qui ont déjà eu cours aux États-Unis (p. 166 de la décision).

Cependant, il s'agit là d'une interprétation erronée de la philosophie d'Aristote. Comme l'a fait valoir Brunelle, « l'affirmation [du juge McIntyre] révèle une profonde incompréhension de l'approche aristotélicienne de l'égalité. S'il faut admettre que les propos de la Cour suprême peuvent concorder avec le passage de l'*Éthique de Nicomaque*, encore faut-il replacer cet extrait dans son contexte puisqu'il ne reflète qu'imparfaitement toute la richesse de la théorie égalitaire d'Aristote que la Cour tient à réfuter » (p.380).

⁵³¹ C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 8, 372.

posent aux juristes des questions auxquelles ils ne peuvent répondre sans l'aide des philosophes et de l'éclairage de leurs réflexions⁵³².

Ces remarques venant clore notre examen du lien étroit qui existe entre les idées phares des intellectuels de renom et les valeurs afférentes à la *Charte*, passons maintenant à la conclusion générale de notre mémoire.

⁵³² *Id.*, 370-371.

CONCLUSION

Dans l'introduction de notre mémoire, nous avons mentionné que l'étude des valeurs afférentes à la Charte représentait un sujet de recherche fort novateur. En effet, peu d'auteurs de doctrine se sont intéressés aux fondements axiologiques sur lesquels repose la Charte.

Confronté à cette situation de fait, il nous a fallu bâtir notre argumentation en nous référant aux décisions judiciaires qui faisaient le mieux ressortir l'impact des valeurs afférentes à la Charte. Les décisions que nous avons choisies provenaient pour la plupart du volumineux corpus jurisprudentiel de la Cour suprême. Accessoirement, nous avons pris soin de faire état de plusieurs jugements qu'ont rendus les autres instances judiciaires canadiennes.

Dans la première partie de notre mémoire, nous avons distingué les principales acceptions que reçoit le vocable « valeur » dans un contexte de Charte.

Tout d'abord, nous avons présenté les valeurs d'une société libre et démocratique comme étant des valeurs générales qui rejaillissent sur le portrait global que les juges se font de la Charte. Le respect de la dignité humaine, la justice sociale à l'égard des groupes vulnérables, l'acceptation d'une grande diversité de croyance et la participation au processus démocratique constituent quelques exemples de ces valeurs qui éclairent l'objet de la Charte dans son ensemble et qui guident les tribunaux dans leur conceptualisation des droits et libertés.

À l'inverse, nous avons souligné que les droits et libertés, lorsqu'étudiés séparément, possèdent des valeurs qui leur sont propres et qui les définissent de manière précise. Nous avons qualifié ces dernières de « valeurs particulières sous-jacentes aux droits et libertés » et nous en avons donné quelques illustrations à l'aide des valeurs sous-

jaçentes à la liberté d'expression, au droit à l'égalité et au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Qui plus est, nous avons indiqué que les valeurs afférentes à la Charte sont souvent qualifiées de « principes » par les juges. Cette apparente synonymie peut poser un problème puisque l'expression « principe » revêt de multiples significations en droit constitutionnel. Aux fins de notre mémoire, nous avons pris en considération les principes lorsque ces derniers avaient le sens de valeurs. Nous avons en contrepartie exclu de notre analyse les principes de justice fondamentale et les principes structurants et institutionnels qui découlent de notre Constitution (principe de la séparation des pouvoirs, principe de la souveraineté parlementaire, principe du rule of law ou principe de légalité, principe du fédéralisme, principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité).

À la lumière de toutes ces précisions portant sur les acceptions du vocable « valeur » dans un contexte de Charte, nous avons examiné trois champs de l'activité judiciaire où l'on fait fréquemment appel aux valeurs.

Premièrement, en ce qui a trait au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, nous avons souligné que les valeurs jouent un rôle important aux différentes étapes du test de Oakes. Les juges intègrent en effet une composante axiologique dans leur analyse de l'objectif législatif, du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets et l'objectif. Pour ce faire, les juges recourent à la méthode d'analyse contextuelle ainsi qu'à l'interprétation téléologique des droits et libertés. La première commande aux décideurs de circonscrire les valeurs non pas dans l'absolu, comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, mais bien de façon pragmatique, c'est-à-dire en tenant compte des particularités de chaque litige. La seconde requiert des décideurs qu'ils s'interrogent sur la raison d'être des droits et libertés constitutionnalisés. Cette détermination de la finalité des dispositions de la Charte constitue un exercice axé sur la découverte des valeurs.

Deuxièmement, nous avons vu que les règles de common law régissant le droit privé doivent se développer de manière compatible avec les valeurs de la Charte. Nous avons souligné que les valeurs auxquelles les juges se réfèrent sont parfois des droits et libertés assimilés à des valeurs. Souvenons-nous notamment du droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi, du droit à un procès équitable et de la liberté d'expression, tous devenus des « valeurs » de la Charte dans un contexte d'adaptation de la common law entre parties privées. Cependant, nous avons précisé que le concept « général », « souple » et de « large portée » que sont les valeurs de la Charte permet également aux juges d'invoquer certains éléments qui dépassent le strict libellé de la Charte. Rappelons à ce sujet les valeurs de protection de la vie privée, de respect de la réputation de la personne et de préservation de la dignité inhérente des individus.

Troisièmement, nous nous sommes penché sur le rôle des valeurs afférentes à la Charte dans l'interprétation des lois. Nous avons vu que les juges, en présence d'une véritable ambiguïté dans un texte législatif, doivent accorder la préférence à l'interprétation qui est conforme aux valeurs consacrées dans la Charte plutôt qu'à celle qui est contraire à ces dernières. Par ailleurs, nous avons mentionné que les valeurs utilisées dans l'interprétation des lois pouvaient être des droits et des libertés assimilés à des valeurs (souvenons-nous du droit à l'égalité et du droit à l'assistance d'un avocat lors d'une détention, tous deux devenus des « valeurs » de la Charte), mais également des valeurs à proprement parler qui ne sont pas inscrites dans le texte de la Charte (rappelons-nous de la protection de la vie privée et de la préservation de la dignité humaine).

En déterminant de la sorte la signification des valeurs afférentes à la Charte, de même qu'en précisant leur impact sur l'activité judiciaire, nous avons, dans la première partie de notre mémoire, mis en évidence la très riche dimension axiologique du droit constitutionnel canadien.

En ce qui a trait à la seconde partie de notre mémoire, nous y avons étudié trois sources « objectives » à partir desquelles les juges cernent les valeurs afférentes à la Charte. Nous avons cherché en cela à déterminer d'où proviennent les valeurs que les juges inscrivent dans leurs décisions.

Comme première source des valeurs afférentes à la Charte, nous avons identifié les valeurs sociales actuelles. Nous avons vu que le caractère évolutif de la Charte commande aux juges de se reporter aux valeurs sociales qui prévalent aujourd'hui et non à celles d'une époque révolue. En effet, les juges sont soucieux de l'acceptabilité de leurs décisions et accordent de l'importance à l'opinion des justiciables. Avec ces considérations théoriques en arrière-plan, nous avons exposé comment les valeurs d'égalité des sexes, de dignité humaine et de vie privée furent circonscrites en fonction des valeurs sociales actuelles.

Par la suite, nous avons expliqué comment les instruments internationaux et le droit comparé constituent une seconde source d'où émanent les valeurs afférentes à la Charte. D'une part, en ce qui a trait aux instruments internationaux, nous avons souligné que ces derniers constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation de la Charte puisqu'ils font ressortir les valeurs fondamentales que partagent les sociétés libres et démocratiques semblables au Canada. C'est dans cette optique que nous avons indiqué comment les instruments internationaux ont permis aux juges de cerner les valeurs de protection des enfants, d'égalité et de dignité intrinsèque des personnes. D'autre part, en ce qui concerne le droit comparé, nous avons vu que les magistrats canadiens analysent fréquemment les mesures législatives et les décisions judiciaires les plus autorisées provenant de l'étranger. Nous avons précisé que les valeurs de protection des enfants, d'égalité, de liberté, de dignité humaine, de multiculturalisme, de publicité du processus judiciaire, de participation au processus démocratique et d'accomplissement de soi ont été jaugées en fonction des droits étrangers.

Qui plus est, nous avons vu que les idées phares des philosophes politiques et des théoriciens du droit constituent une troisième source des valeurs afférentes à la Charte. Rappelons à cet égard les valeurs qui sous-tendent l'alinéa 2b) de la Charte, lesquelles proviennent d'un écrit du professeur Thomas I. Emerson résumant la conception philosophique occidentale de la liberté d'expression. Rappelons également les valeurs démocratiques et les préceptes fondamentaux de la démocratie participative, dégagés (bien qu'imparfaitement) à partir des écrits de John Stuart Mill.

L'étude de ces trois sources « objectives » des valeurs afférentes à la Charte nous a permis de constater que la sécurité du droit ne se trouve pas fragilisée par l'incorporation d'une dimension axiologique dans le raisonnement judiciaire en matière de droits et libertés. Comme nous avons été à même de le constater, les juges sont largement capables de dissocier de leurs convictions personnelles les valeurs qu'ils invoquent dans leurs décisions. En effet, les valeurs tirées des comportements sociaux actuels, du droit international et du droit comparé, de même que des ouvrages des intellectuels de renom, sont des valeurs qui ont peu à voir avec les sentiments, les opinions ou les intérêts personnels des juges.

Qui plus est, les valeurs afférentes à la Charte subissent généralement⁵³³ un traitement judiciaire rigoureux qui favorise la constance et la prévisibilité dans l'application et l'interprétation de cet instrument de protection des droits et libertés. Les valeurs que les juges invoquent reviennent d'ailleurs périodiquement dans la jurisprudence en droit constitutionnel. Selon nos estimations, tout au plus une vingtaine de valeurs ont été identifiées comme étant des valeurs afférentes à la Charte depuis les vingt-cinq dernières années. Pensons notamment aux valeurs que nous avons rapportées à de multiples reprises tout au long de notre mémoire : respect de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne, protection de sa réputation et de sa vie privée,

⁵³³ Nous écrivons « généralement », car les valeurs ont été traitées avec moins de rigueur dans quelques décisions, dont la seconde affaire *Sauvé*, précitée, note 118, que nous avons étudiée à la section 2.3.2.

protection des groupes vulnérables (dont font partie les enfants), promotion de l'égalité des sexes, participation au processus démocratique, acceptation d'une grande diversité de croyance, pour ne nommer que celles-là. Le fait que les magistrats invoquent fréquemment ces mêmes valeurs, à quelques variantes près, assure une certaine stabilité dans le traitement des composantes axiologiques de la Charte.

Le lecteur aura sans doute fort bien compris que notre choix de centrer nos analyses sur les sources objectives des valeurs afférentes à la Charte n'équivaut aucunement à nier que des valeurs davantage subjectives, s'apparentant à des préférences personnelles des décideurs, entrent aussi en jeu dans le processus d'adjudication. Entendues dans l'une et l'autre acceptions, les valeurs ont tout intérêt à être débusquées plutôt qu'occultées. Comme on l'a déjà écrit,

Judges may well reach different determinations in the same context because they conceive of different normative values, or attach different weights to the same values (...) It is unavoidable that the personal views of judges will influence their conception of the values underlying a free and democratic society and their manner of construing those values. *But the goal is to subject such personal values to more open scrutiny, not to negate their existence* » (nos italiques)⁵³⁴.

En terminant, puisque le thème des valeurs de la Charte est si vaste, nous sommes conscient de n'avoir pu en couvrir tous les tenants et aboutissants. Nous souhaitons donc suggérer deux pistes de recherche à ceux que notre mémoire aura intéressés. D'abord, il serait pertinent de vérifier dans quelle mesure les juges de la Cour suprême reprennent les valeurs dégagées par les juges de première instance et par leurs confrères des cours d'appel provinciales ou fédérale, le cas échéant. Parallèlement à cela, il serait instructif de préciser quels sont les modes d'insertion des valeurs dans le raisonnement judiciaire. Les valeurs afférentes à la Charte sont-elles introduites par preuve testimoniale, c'est-à-dire mises en évidence par les parties au litige, leurs témoins et les intervenants? Résultent-elles plutôt de la connaissance d'office? Une relecture attentive des décisions

⁵³⁴ L.E. TRACKMAN *et al.*, *loc. cit.*, note 60, 90.

que nous avons mentionnées permettrait fort probablement d'en connaître un peu plus sur cette délicate question.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

MONOGRAPHIES ET RECUEILS DE TEXTES

ARNAUD, A.-J. *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

BEAUDOIN, G.-A., *La Constitution du Canada*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2004

BEAUDOIN, G.-A. et E. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e édition, Markham, Lexis Nexis Butterworths, 2005

BOBBITT, P., *Constitutional Fate : Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982

BOORSTIN, D.J., *The Mysterious Science of the Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1953

BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 1999

CYR, H., *Canadian Federalism and Treaty Powers : Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, Presses interuniversitaires / Peter Lang, 2008 (à venir)

DINH, N.Q., P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7^e édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002

ELY, J.H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980

GRZEGORCZYK, C., *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982

GUTH, D.J. (dir.), *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Société historique de la Cour suprême du Canada, 1998

HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, 5th Edition Supplemented, Scarborough, Thomson/Carswell, 2007

LAJOIE, A., *Jugements de valeurs : le discours du judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997

- LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002
- LASKIN, J.B. et al., *The Canadian Charter or Rights Annotated*, Aurora, Canada Law Book, 2008
- PERELMAN, C. et L. OLBRECTHS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 5^e édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988
- RÉGLADE, M., *Valeur sociale et concept juridique, norme et technique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950
- ROCHER, G., *Introduction à la sociologie générale*, 3^e édition, Montréal, Éditions Hurtubise HMH Ltée, 1992
- SCHABAS, W.A. et S. BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3rd edition, Toronto, Thomson Carswell, 2007
- SHARPE, R.J. et K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, 3rd Edition, Toronto, Irwin Law Inc., 2005
- SULLIVAN, R., *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th Edition, Markham, Butterworths, 2002
- TELFORD, H. et H. LAZAR (dir.), *Canada : The State of the Federation 2001, Canadian Political Culture(s) in Transition*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002.
- TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1998
- TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel: Principes*, 2^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000
- TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, Third Edition, New York, Foundation Press, 2000
- WEILER, J.M. et R.M. ELLIOT (dir.), *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986
- ZEN-RUFFINEN, P. et A. AUER (dir.), *De la constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996

ARTICLES DE PÉRIODIQUES

ALLARD, F., « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B. (numéro spécial – mars)* 1.

BASTARACHE, M., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Domestic Application of Universal Values », (2003) *19 S.C.L.R. (2d)* 371

BILSON, B., « The Voice from the Trenches: Administrative Tribunals and The Interpretation of the Charter », (2006) *69 Sask. L.R.* 3

BROWN, D.M., « Sauvé and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen? », (2003) *20 S.C.L.R. (2d)* 299

BRUNELLE, C., « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) *50 R. du B.* 353

CHOUDHRY, S., « So What Is the Real Legacy of *Oakes* ? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1 », (2006) *34 S.C.L.R. (2d)* 501

CRAIG, J.D.R., « Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens », (1997) *42 R.D. McGill* 355

DUCKWORTH, G., « The Impact of Charter Values and *Campbell v. Jones*: Is It Now Easier To Establish Qualified Privilege Against Defamation? », (2006) *29 Dalhousie L.J.* 277

ELIADIS, P., « Inscribing Charter Values in Policy Processes », (2006) *33 S.C.L.R. (2d)* 229

EMERSON, T.I., « Toward a General Theory of the First Amendment » (1962-63) *72 Yale L.J.* 877

GOLD, M., « The Rhetoric of Rights: The Supreme Court and the Charter », (1987) *25 O.H.L.J.* 375

HARVIE, R. et H. FOSTER, « Ties that Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law under the Charter », (1990) *28 O.H.L.J.* 729

HOGG, P.W., « Equality as a Charter Value in Constitutional Interpretation », (2003) *20 S.C.L.R. (2d)* 113

La FOREST, G.V., « The Use of American Precedents in Canadian Courts », (1994) *46 Me. L. Rev.* 211

LeBEL, L. et G. CHAO, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law », (2002) 16 *S.C.L.R. (2d)* 23

MACKLEM, T. et J. TERRY, « Making the Justification Fit the Breach », (2000) 11 *S.C.L.R. (2d)* 574

MANFREDI, C.P., « The Canadian Supreme Court and American Judicial Review: United States Constitutional Jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 213

MITCHELL, G.G., « Developments in Constitutional Law: the 2002-2003 Term – A Tale of Two Courts », (2003) 22 *S.C.L.R. (2d)* 83

NUSSBAUM, M.C., « The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education », (1992-93) 45 *S.L.R.* 1627

PINARD, D., « La méthode contextuelle », (2002) 81 *R. du B. can.* 323

PINARD, D., « 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

PINARD, D., « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*, (1989-90) 35 *R.D. McGill* 305

ROSS, J., « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the Charter », (1996) 35 *Alta. L. Rev.* 117

ROY, B., « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », (2004) 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 99

TOOPE, S.J., « The Uses of Metaphor : International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 534

TRACKMAN, L.E. *et al.*, « *R. v. Oakes* 1986-1997: Back to the Drawing Board », (1998) 36 *O.H.L.J.* 83

TREMBLAY, L.B., « Le Canada de la Charte : Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487

TREMBLAY, L.B., « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459

WEINRIB, L.E., « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter », (1988) 10 *S.C.L.R.* 469.

JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Note : Dans le présent mémoire, nous renvoyons le lecteur aux pages des recueils de la Cour suprême (R.C.S.) pour les décisions antérieures à 1995. Quant aux décisions parues depuis lors, nous renvoyons le lecteur aux paragraphes numérotés apparaissant également dans les R.C.S.

A.M. c. Ryan, [1997] 1 R.C.S. 157

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, [2002] 2 R.C.S. 559

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), [2000] 2 R.C.S. 307

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892

Canada (Direction des enquêtes sur les coalitions, directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 R.C.S. 610

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76

Chamberlain c. Surrey School District No. 36, [2002] 4 R.C.S. 710

Charlebois c. Saint John (Ville), [2005] 3 R.C.S. 563

Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835

Edmonton Journal c. Alberta, [1989] 2 R.C.S. 1326

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283

États-Unis d'Amérique c. Cotroni; États-Unis d'Amérique c. El Zein, [1989] 1 R.C.S. 1469

Ford c. Québec (procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

- Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429
- Health Services and Support -Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391
- Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130
- Hills c. Canada (procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513
- Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927
- Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211
- Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769
- Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357
- Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministère de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120
- L.L.A. c. A.B.*, [1995] 4 R.C.S. 536
- M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3
- Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110
- McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229
- Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141
- Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256
- Office de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157
- Pharmascience inc. c. Binet*, [2006] 2 R.C.S. 513
- R. c. Advance Cutting & Coring Ltd*, [2001] 3 R.C.S. 209
- R. c. Beare; R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387
- R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452

- R. c. Crawford; R. c. Creighton*, [1995] 1 R.C.S. 858
- R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30
- R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128
- R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713
- R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330
- R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311
- R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679
- R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697
- R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309
- R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30
- R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103
- R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411
- R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281
- R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588
- R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654
- R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45
- R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387
- R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495
- R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075
- R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933
- R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432

- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731
- R.B. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315
- Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313
- Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique) s. 94(2)*, [1985] 2 R.C.S. 486
- RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199
- Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519
- Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519
- Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679
- Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841
- Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038
- Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421
- Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695
- Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 (SDGMR) c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573
- Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156
- Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees (N.A.P.E.)*, [2004] 3 R.C.S. 381
- Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627
- Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.
- Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3
- WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 C.S.C. 40
- Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670

JURISPRUDENCE D'AUTRES COURS CANADIENNES

Bank of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp., [1995] B.C.J. No. 1640 (C.A.) (QL)

Campbell v. Jones, [2002] N.S.J. No. 450 (C.A.) (QL)

Cusson v. Quan, [2007] O.J. No. 4348 (C.A.) (QL)

D'Andrea v. Schmidt, [2005] S.J. No. 290 (Q.B.) (QL)

Daley v. Economical Mutual Insurance Co., [2005] O.J. No. 5516 (C.A.) (QL)

de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 262 D.L.R. (4th) 13 (F.C.A.)

EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General), [2003] B.C.J. No. 994 (C.A.) (QL)

Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] F.C.J. No. 381 (F.C.T.D.) (QL)

Halpern v. Canada (Attorney General), [2002] O.J. No. 2714 (Sup. Ct.) (QL)

International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada, [1988] F.C.J. No. 317 (F.C.A.) (QL)

Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [2007] F.C.J. No. 1007 (F.C.T.D.) (QL)

M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General), [2006] O.J. No. 2268 (Sup. Ct.) (QL)

Newfoundland (Treasury Board) v. Newfoundland Assn. of Public Employees, [2002] N.J. No. 324 (C.A.) (QL)

Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. O'Quinn, [1997] N.S.J. No. 44 (C.A.) (QL)

Power v. Moss, (1987) 25 C.R.R. 175 (Nfld. S.C.)

Pressler v. Lethbridge, [1997] B.C.J. No. 2352 (S.C.) (QL)

R. v. Brown [Interpretation of s. 648(1) of the Criminal Code], [1997] O.J. No. 6168 (Ct. J. Gen. Div.) (QL)

R. v. Brown, [1998] O.J. No. 482 (Ct. J. Gen. Div.) (QL)

R. v. Daly, [2003] B.C.J. No. 1742 (S.C.) (QL)

R. v. Lucas, [1995] S.J. No. 62 (Q.B.) (QL)

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [1996] 1 C.F. 857

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2000] 2 C.F. 117 (C.A.)

S.E.P. v. D.D.P., [2005] B.C.J. No. 1971 (S.C.) (QL)

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Gannett Co. v. DePasquale, 443 U.S. 368 (1979)

Lüth, BVerfGE7, 198 (1958)

Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California, 478 U.S. 1 (1986)

Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929)

LÉGISLATION CANADIENNE

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)]

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63]

Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2

Loi sur l'aide sociale, L.R.Q., ch. A-16

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.)

Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7)

Code pénal belge

Criminal Justice Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 33

Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33

Films, Videos, and Publications Classification Act, 1993 (N.-Z.) No. 94

Protection of Children Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 37

INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Charte des Nations unies, Can. T.S. 1945, no. 7

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.

Convention européenne d'extradition, S.T.E. no. 24

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 no. 28

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3

Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies, Rés. A.G. 1386 (XIV)

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3

Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, A/RES/54/263 (2000)